

Letras Jurídicas

Letras Jurídicas
Revista Multidisciplinar del CEDEGS

Año 14 N° 27
ENERO-JUNIO 2013
XALAPA, VERACRUZ, MÉXICO

CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO,
GLOBALIZACIÓN Y SEGURIDAD

CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO, GLOBALIZACIÓN Y SEGURIDAD DE LA UNIVERSIDAD VERACRUZANA

De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta Revista *Letras Jurídicas. Revista Multidisciplinar del CEDEGS*, se solidarice con su contenido

Diseño de portada original: Rosario Huerta, Patricia Pérez y Armando Guzmán

Formación: Alan Jair García Flores

Notas Relevantes: Manuel Cruz Florencia

Letras Jurídicas. Revista Multidisciplinar del CEDEGS Año 14, Núm. 27, enero-junio 2013 es una publicación semestral del Centro de Estudios Sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana. Editora responsable: Luz del Carmen Martí Capitanachi. Número de Certificado de Reserva otorgado por el Instituto Nacional de Derecho de Autor: 04 2009 112513373500 102. Número de Certificado de Licitud de Título: 11726. Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8287. ISSN 1665 1529. Domicilio de la publicación: Galeana y 7 de noviembre. C. P. 91000 Xalapa, Veracruz. Distribuidor: Centro de Estudios sobre Derecho Globalización y Seguridad, Galeana y 7 de noviembre, Xalapa, Veracruz. Impresa por "Códice", Domicilio de la imprenta: Violeta No. 7 Colonia Salud, C.P. 91070, Xalapa, Veracruz. Este número se terminó de imprimir en el mes de junio de 2013 con un tiraje de 300 ejemplares.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Instituto Nacional del Derecho de Autor.

<http://www.letrasjuridicas.com>



UNIVERSIDAD VERACRUZANA

Dr. Raúl Arias Lovillo
Rector

Porfirio Carrillo Castilla
Secretario Académico

Lic. Víctor Aguilar Pizarro
Secretario de Administración y Finanzas

Dr. Ignacio Beristain Guevara
Director General de Investigaciones

Dr. Miguel Ángel Casillas Alvarado
Director General del Área Académica de Humanidades

Dra. Socorro Moncayo Rodríguez
*Coordinadora del Centro de Estudios sobre
Derecho, Globalización y Seguridad*

LETRAS JURÍDICAS

REVISTA MULTIDISCIPLINAR DEL CEDEGS

REBECA ELIZABETH CONTRERAS LÓPEZ
DIRECTORA

Luz Del Carmen Martí capitanachi
Directora Fundadora

CONSEJO EDITORIAL

Ana Gamboa de Trejo (México)
Jaqueline Jongitud Zamora (México)
Jorge Witker Velázquez (México)
Sergio García Ramírez (México)
Marta S. Moreno Luce (México)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)
José Luis Cascajo Castro (España)
Rafael Bustos Gisbert (España)
Regina María Pérez Marcos (España)

COMITÉ EDITORIAL

Josefa Montalvo Romero (México)
Socorro Moncayo Rodríguez (México)
José Antonio Márquez González (México)
Ángela Figueruelo Burrienza (España)
Julia Roperro Carrasco (España)
Rossana Panne (Italia)

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
--------------------	----

ARTÍCULOS

Ensayos sobre el proceso penal acusatorio adversarial, relativo a los juicios orales. Perspectivas de un ciudadano María Isabel Arredondo Icardo César Armando Cruz Espino.....	15
Daño moral e Internet. Una novedosa e intrincada relación Hiram Casanova Blanco.....	33
Los límites ónticos en la labor del juzgador. Un reto frente a la modernización de la impartición de justicia Bertha Alicia Ramírez Arce José Luis Cuevas Gayosso	55
Seguridad internacional y Derechos humanos en el siglo XXI: problemas ético-jurídicos del uso de los drones Teresa M. G. Da Cunha López.....	69
Análisis de la inclusión penal del manejo de organismos genéticamente modificados en México Martha Cristina Daniels Rodríguez	83
La Constitución de Cádiz en el trienio liberal Ángela Figueruelo Burrieza.....	99
El Derecho a la Salud en la recepción federal del Derecho Internacional de Derechos Humanos y su armonización en el derecho local-estadual Ma. del Rosario Huerta Lara	123
Ética empresarial: ¿Cómo hacer negocios sin perder el alma? José Manuel Lastra Lastra	139
La licenciatura en derecho de la Universidad Veracruzana y la implantación de los juicios orales Salvador Martínez y Martínez.....	165

Dos aproximaciones a Ronald Myles Dworkin	
Arnaldo Platas Martínez	177

RESEÑAS

La noble práctica de la investigación jurídica	
Alan Jair García Flores	193
La Costumbre Indígena es Derecho	
Jorge Alberto González Galván.....	197
Ciudadanía y Participación Política en el Estado Democrático y Social	
Ileana Nieves Velázquez	201
La investigación jurídica en el posgrado	
Sara Luz C. Quiroz Ruiz.....	205
Presidencialismo y Fuerzas Armadas en México 1876-2012.	
Una relación de contrastes	
Petra Armenta Ramírez	
José Luis Rosario Pelayo.....	209

COMENTARIOS RELEVANTES

Comentario Legislativo: La contrarreforma en materia de derechos humanos	
José Francisco Báez Corona	215
Comentario Relevante: Notarios: cancelando los sellos.	
Una profesión venerable se encuentra bajo presión.	
José Antonio Márquez González.....	220
Comentario Jurisprudencial: Suplencia de la queja deficiente en materia penal	
Roberto Ortiz Gómez	225

NOTICIAS RELEVANTES

Inauguración del Parque Tecnológico de la Universidad de Xalapa	231
Presentación del libro “Del Derecho al trabajo, al trabajo con derechos” . .	233
Conferencia Magistral: “Reforma Laboral es una “embestida empresarial”	235
Lineamientos para los autores	237

PRESENTACIÓN

La Revista Letras Jurídicas es un foro multidisciplinar de análisis y discusión de temas relacionados con la ciencia jurídica, nos interesa recibir contribuciones diversas que reflejen la complejidad de los temas abordados. La revista es el órgano de difusión del Centro de estudios sobre derecho, globalización y seguridad de la Universidad Veracruzana (CEDEGS), por lo que los tópicos tratados en la revista son diversos; asimismo, existe interés por indagar lo relativo a la investigación jurídica y el aprendizaje del derecho, que también es una línea de generación y aplicación del conocimiento cultivada en el Centro.

En este número encontramos diez artículos, seis reseñas de textos actuales que tocan temas fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica. Además tres comentarios relevantes, algunos de carácter legislativo o jurisprudencial, que permiten al lector mantenerse actualizado respecto de los avances del derecho en México. Dentro de las noticias informamos de la inauguración del Parque Tecnológico de la Universidad de Xalapa, en el cual participa el CEDEGS, como resultado de un convenio de colaboración. Además la presentación del libro de la doctora Josefa Montalvo, investigadora del centro de estudios y la conferencia magistral del doctor Lastra Lastra, realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

Dentro de los artículos incluidos aparecen temas históricos como el relativo a la Constitución de Cádiz; temas doctrinales de interés sustantivo, como la aproximación a Dworkin; un acercamiento a los cambios del sistema de justicia, no sólo penal, que tiene además aristas diversas en su estudio e implementación, así como la reflexión sobre la labor del juzgador.

Hay temas novedosos que se requieren profundizar en el estudio del Derecho, como los relativos a la seguridad internacional y los derechos humanos, el daño moral e internet y el manejo de los organismos genéticamente modificados. Otro aspecto sustancial es el análisis del derecho a la salud pero en su recepción local, pues precisamente en esas indagaciones locales es indispensable insistir.

En este número encontramos dos colaboraciones ampliamente recomendables. El artículo de José Manuel Lastra Lastra, con un título sugerente: “Ética empresarial: ¿cómo hacer negocios sin perder el alma?” y la reseña que presenta Jorge Alberto González Galván, quien también fue presentador del libro “La costumbre indígena es derecho”.

Como cada número contamos con colaboradores de distintos ámbitos académicos y profesionales, tanto nacionales como extranjeros, a quienes agradecemos su participación. Es importante señalar que cada artículo recibe un doble arbitraje que permite garantizar la calidad y pertinencia de los temas abordados.

Rebeca Elizabeth Contreras López
Directora

ARTÍCULOS

Ensayos sobre el proceso penal acusatorio adversarial, relativo a los juicios orales. Perspectivas de un ciudadano *

María Isabel Arredondo Icardo **
César Armando Cruz Espino ***

RESUMEN: El presente ensayo aspira a explorar y esclarecer una interpretación funcional y multidimensional del sistema acusatorio adversarial, relativo a los juicios orales, objeto de participar tanto con la perspectiva de un sentido cívico como con la expectativa de exponer un estudio accesible a los educandos y público en general, en armonía con el compromiso y la complejidad que confiere una de las reformas más sobresalientes y amplias de los últimos años.

Palabras Clave: Sistema acusatorio adversarial, juicios orales, estado de derecho, ciudadanía, libertad.

ABSTRACT: This essay aims to explore and clarify the functional and multidimensional interpretation of the adversarial system and relation to oral trials, in order to collaborate with both the perspective of a civic sense as to expose a study accessible to students and the general public, referring to the commitment and complexity that gives one of the most outstanding and comprehensive reforms of recent years.

Key Words: Adversarial system, oral trials, rule of law, citizenship and freedom.

SUMARIO: Introducción. 1. Antecedentes. 2. Influencias del Derecho Continental. 3. Fuentes del Sistema Acusatorio Adversarial. 4. Distinción Teórica. 5. Los juicios orales en México. 6. Conclusiones. Fuentes de Consulta.

Introducción

A fin de desarrollar el esquema anterior debe enunciarse que no deja de ser relevante que la reforma constitucional concerniente al sistema penal acusatorio y

* Artículo recibido el 4 de mayo de 2013 y aceptado para su publicación el 27 de mayo de 2013.

** Investigadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

*** Investigador del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, haya sido acompañada de una serie de enmiendas constitucionales tanto de carácter nacional como de vinculación internacional, tales como la reforma en materia de los derechos humanos del 10 de junio de 2011¹.

Mismas que referidas en conjunto se destacan dentro del terreno normativo nacional contemporáneo como un bloque de normas legales urgentes, donde se vislumbra una clara preocupación de fortalecer eventuales soluciones a nuestros problemas nacionales actuales v.gr. la seguridad pública y el llamado “trabajo digno”, enmarcados éstos obligadamente en el contexto social, político y global que irremediablemente se hace perceptible por el temor extraordinario que los mismos generan según el diámetro de su entorno.

Sobre todo cuando por fortuna y en clara actitud de compensación, los derechos humanos aparecen fuertemente revalorizados y reconocidos como sustanciales implícitamente desde finales del siglo XX, a fin de propiciar asimismo una democracia más puntual en defender, conservar y perpetuar el estado de derecho, en tanto que en él es obvia la presunción de parte de la comunidad internacional que alude directamente a naciones como México; así como el de atender, comprometidamente, el cuidado conveniente y eminentemente apremiante de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales.

En este sentido es acertado enfatizar la importancia y magnitud jurídica internacional de estos derechos, según la interpretación de las palabras pronunciadas al respecto de FLORES: quien destaca de manera general la trascendencia y respeto que deben tener en la actualidad los derechos humanos como una parte fundamental de la política exterior e internacional de los Estados, viéndose éstos ante todo condicionados a la aprobación internacional y por ende evitando en lo posible el riesgo de aislarse de sus relaciones internacionales.²

Cabe advertir que a pesar de los espacios adyacentes en los que se verá envuelto el tema, las reflexiones seguirán sustentadas en la cuestión planteada de principio considerando el formato que impone la exposición. Aunque siempre por su extrema relación vinculante con la materia que se aborda y en el sobreentendido de que involucra varias medidas de la idea de la misma, resulta conveniente e interesante relacionar el sustantivo e interesante colofón de Carbonell,

1 Véase la siguiente página web donde se pueden consultar las diferentes Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 2013 en lo que va del tercer milenio: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/reformas.php>, Tomada el 29 de marzo de 2013.

2 FLORES, Marcello, *Diccionario de derechos humanos. Cultura de los derechos en la era de la globalización*, Flacso, México, 2009, p. 21.

suscitado en su escrito referente a la reforma constitucional en materia de derechos humanos:

Llega en un momento especialmente delicado, cuando la situación de los derechos humanos en el país se ha degradado considerablemente en el contexto de una exacerbada violencia y de una actuación desbocada e ilegal de un sector de las fuerzas armadas.

Llega también cuando México acumula ya seis sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han verificado en el plano internacional lo que ya se sabía: el Estado mexicano presenta profundas deficiencias en la tutela de los derechos.³

Sumando a lo anterior y a manera de justificación adicional, viene muy acertado y conveniente referir las palabras de presentación que sustentan los autores WITKER y NATARÉN en su destacable libro “Tendencias actuales del diseño del proceso acusatorio en América Latina y México”.

Los diseños procesales penales que integran la nueva justicia criminal en la región forman parte de los cambios y reformas en los Estados democráticos, que transitan de modelos autoritarios a otros con orientación republicana y participativa.

La recuperación del Estado de derecho, y una proclamada defensa y respeto de los derechos humanos han sido las vertientes que han dado sustento a la emergencia de los nuevos enjuiciamientos penales, que cambian los perfiles inquisitivos por elementos acusatorio-adversariales en gestación.⁴

De tal manera que puede percibirse si bien subyacentemente que la presión internacional entre otras tantas evidencias nacionales hayan orillado a la nación a condicionar sus leyes a las circunstancias actuales que confronta el pueblo mexicano, situación que se ha visto reflejada más aún y previa a la reforma, con los fundamentos argumentativos de la iniciativa presidencial del 9 de marzo de 2007, reconociéndose así abiertamente en ella que “nuestro sistema de justicia penal ha sido objeto recurrente de críticas y llamados a su modernización, tanto por la sociedad en general como por organismos públicos y privados, nacionales e internacionales”.⁵

3 CARBONELL, Miguel, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades*. Artículo publicado el 6 de septiembre de 2012 y tomado de la página oficial del autor <miguelcarbonell.com> el 29 de marzo de 2013.

4 WITKER, Jorge; NATARÉ, Carlos F., *Tendencias actuales del diseño del proceso acusatorio en América Latina y México*, UNAM, Procuraduría General de Justicia del Estado de Chihuahua, México, 2010. En <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2755>, (Consultado en línea el 2/05/2013 en su versión PDF).

5 Ver iniciativa del Ejecutivo Federal, tomada el 29 de marzo de 2013 de la siguiente página web: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/reformas.php>, donde se establecen las disposiciones en materia penal, relativas al sistema penal acusatorio entre otras.

Por otro lado, es importante estar conscientes de la dimensión sistemática que representa el echar andar los procedimientos orales en puerta en relación a la sociedad a la que va dirigida (2016), pues es claro que nos enfrentamos al hecho de que el lego o el profesional de otras disciplinas distintas al derecho no tiene al alcance o bien la predilección o predisposición en los procedimientos y trámites jurídicos de carácter científico que generalmente son del conocimiento y estudio atribuidos por –dígase– adjudicación natural a profesionales de derecho o a la labor diaria de las instituciones legislativas, entre otras relativas a su disciplina.

Lo que permite aventurar la urgencia de atender paralelamente el cómo educar a una sociedad no iniciada, con el propósito de que la Reforma pueda tener las expectativas esperadas y evitar un impedimento en el camino por falta de la comprensión popular.

Esta preocupación se suma a los objetivos del ensayo en cuestión: por ello desde una perspectiva particular pero con rigor diligente y como parte adicional de la planificación del mismo, se pretende facilitar de una manera sencilla a través de un léxico más a modo en lo posible una manera de colaborar en el discernimiento de una reforma penal que se antoja dura de digerir. De esta manera, va dirigido a todo tipo de lector.

1. Antecedentes

Ciertamente el siglo XXI ha representado para la sociedad mexicana y válida por extensión a toda América Latina, una inclinación obligada y necesariamente solidaria en favor de dar un giro radical a las costumbres de la administración de justicia de sus Estados, con la noble intención de favorecer así un aceleramiento y simplificación de los procesos penales y con ello ir tras el camino de restablecer la confianza ciudadanía en la administración de aquélla, la cual había llegado a un punto trágico arrastrado por una crisis de índole permanente en su desempeño, enfatizado por un pasmo burocrático excesivo caso puntual del proceso penal y tropiezo esencial de su fluidez conducente para el seguimiento eficaz y justo de las diferentes etapas de enjuiciamiento.

De tal manera que se puede aventurar: que uno de los motivos de la Reforma –si no el fundamental– nace justamente de la iniciativa de la propia ciudadanía como bien lo puntualiza Carbonell: “Lo cierto es que en el caso de la reforma que estamos analizando, el impulso inicial proviene de la sociedad civil”.

Además y seguidamente ésta fuera catapultada en origen por las necesidades de justicia de las propias jurisdicciones estatales de la República, tales

como: Nuevo León, Nuevo México, Zacatecas, Oaxaca, Baja California, Chihuahua, entre otras.

Así de esta manera se puede aludir que es un acierto válido, si bien parcial, de la predisposición de los tribunales de justicia pertenecientes a varias jurisdicciones, a las que se les puede adjudicar el pregonar el desarrollo de este proceso penal acusatorio, que finalmente el Gobierno Federal juzgó y optó pertinente lanzarla a nivel constitucional.

A fin de respaldar este suceso, viene apropiado apoyarse según las palabras de WITKER, el cual expresa que “debe enfatizarse que este conjunto de entidades realizaron las reformas referidas en fecha previa en algún caso con casi cuatro años de adelanto a la reforma constitucional del 18 de junio de 2008.”⁶

Finalmente y como consecuencia debe adherirse a lo anterior las iniciativas del Presidente Vicente Fox del 29 de marzo de 2004 y la del Presidente Felipe Calderón del 9 de marzo de 2007, citada anteriormente⁷.

Es así que la reforma penal fomenta inquietudes que surgen en principio de la estructura social y coloquial de abajo hacia arriba, y por lo tanto presagian un cambio sustentado por las necesidades sociales en los tiempos de prueba por los que camina el Estado mexicano. Súmese a ello, que son elementos procesales presumiblemente comprobados en tanto que han sido experimentados positivamente por otros Estados-nación con anterioridad, esencialmente por su pragmatismo y justicia en la solución de casos que fueran expuestos en mayor o menor grado a través de la implementación de un sistema procesal acusatorio adversarial, en donde el juicio oral fuese la fase mayormente atendida para determinar la culpabilidad o no del sujeto acusado, pero toda vez con el fin de tratar de conseguir la verdad procesal, en el entendido de que “la verdad no será averiguada a cualquier costo, sino por el contrario, se buscará sin afectar derechos fundamentales del imputado o de terceros”.⁸

Más aún la alta jerarquía de valores de libertad y derechos que este procedimiento proclama y presume en sí mismo, auguran desatarse de aquellos seguimientos penales que se asocian en cierta medida con los términos de una persecución penal a toda costa influenciada por la Inquisición, legado de la co-

6 Al respecto consúltese el libro del autor intitulado *Tendencias actuales del diseño del proceso acusatorio en América Latina y México*, UNAM, México, 2010, Pp. 28-29. En <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2755>> Fecha de consulta en línea el 21 de marzo de 2013, en su versión virtual pdf.

7 Véase las perspectivas de Miguel Carbonell respecto de las iniciativas presidenciales analizadas en su libro sobre *Los Juicios Orales en México*, Porrúa, México, 2013, Pp. 14 y 15.

8 REYES L., Jahaziel, *El Sistema Acusatorio Adversarial. A la luz de la reforma constitucional*, Edit. Porrúa, México, 2011, p. 178

lización por los rezagos implícitos de la Edad Media y esencialmente en base a la técnica jurídica de codificación del siglo XIX; pese a que en algún momento de su evolución histórica en México, fuera definida dentro de los alcances de un sistema de carácter mixto en donde se aplicaban de alguna manera el principio de oralidad, pero sin alcanzar realmente su firme consolidación.

Caso contrario y de efectos sólidos alcanzados en la Europa continental, hecho que debiera ser el interés de un estudio aún más profundo, enmarcados dentro de la rama del derecho comparado para confrontar su dimensiones y alcances.

Es de esta forma que la larga trayectoria histórica, la tradición y los hábitos negativos del proceso penal anterior han establecido indudablemente raíces profundas, ejerciendo ante todo un obstáculo primario a sortear para su formal implementación en el país. Causa evidentemente apremiante frente a la necesidad impostergable del Gobierno de establecer una seguridad pública que fortalezca como consecuencia el Estado de Derecho mexicano –por demás en recelo ante los ojos de la comunidad internacional–, y respondiendo a favor de la anhelada búsqueda de la confiabilidad de la sociedad hacia sus gobernantes, como una visión esencial para restablecer la administración de justicia y al Estado-nación, ante las expectativas de sus relaciones nacionales como internacionales.

2. Influencias del Derecho Continental

Evidentemente debemos observar que hemos entrado en el terreno de un sistema procesal que se considerara por los especialistas lejano en la práctica a nuestra tradición jurídica, toda vez que el sistema jurídico en México abandera naturalmente las influencias acarreadas del sistema neo-romanista desde la edad media,⁹ aquel que sustenta su ordenación jurídica en la hegemonía del derecho romano y la tradición germánica (familia jurídica romano-germánica, donde sus normas jurídicas son escritas, es decir un derecho legislado), y que se viera establecido en la Europa Continental a lo largo del siglo XIX influyendo poderosamente sobre las colonias de toda la América Latina y expandiendo sus importantes reminiscencias hasta el día de hoy, pero que por sus circunstancias específicas coloniales desafortunadamente altamente rezagados tocante a los juicios orales.

Esto significa que nuestro ancestro directo y gestor de nuestro ordenamiento penal es el que sustenta el Derecho Continental actual y por consecuencia relati-

⁹ <http://cursodesistemasjuridicos2012.blogspot.mx/2012/05/sistema-neorromanista.html> (Fecha de consulta: 10 de abril, 2013)

vamente distante en la práctica del Derecho Anglosajón mismo que sustenta con mayor experiencia o tipifica en la práctica una mayor autoridad en relación a su historia legal aquellas características de enjuiciamiento que se desean rescatar a nivel federal: de acusatoria, oralidad y contrariedad por excelencia. Hecho que se tratará de puntualizar y discernir con mayor precisión más adelante.

Sin embargo cabe adelantar a fin de ampliar la idea expuesta: que en estos sistemas también existen diferencias sustantivas tanto en la visión moral y filosófica como en el seguimiento en el que se desarrollan los juicios y, fundamentalmente, en el manejo de la interpretación de los principios prácticos que rigen las etapas del proceso penal. Por lo que el sistema anglosajón sólo puede ser un referente.

Por tanto al abordar estas distinciones en un nuevo sistema propuesto, de repente nos descubre y sorprende dentro de un panorama jurídico amplio, que nos es ajeno y extraño por su desconocimiento de uso y que conlleva además analizar en sí aquellos retos que acarrea implícitamente a fin de actualizarse al tema, no sólo científicamente pero ante todo culturalmente.

Siendo así, que se requiere apostar por una formación profesional sólida del aprendizaje-enseñanza en todos los niveles sociales sobre el tema que nos permita llevar a la *praxis* el proceso penal reformado y de esta forma “segura” poder aterrizarlo con justicia social en la plataforma de acción de los así llamados juicios orales –etapa final y para el caso más práctica del enjuiciamiento–, sin el riesgo de soslayar los principios y características intrínsecas que los definen, a saber: *publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*, que rige el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que se debieran respetar rigurosamente para su correcto funcionamiento como un desafío a cumplir, y evitar por tanto al máximo la tentación de caer en los vicios arraigados del sistema anterior.

En este sentido el diseño pedagógico inicial es dar paso a la modernización de los planes de estudio llevando a cabo la compatibilidad correspondiente con el nuevo derecho procesal penal, en donde se refleje que la capacidad jurídica del alumnado esté orientada en el desarrollo de sus habilidades argumentativas.

Seguidamente, promover la publicación de libros de texto que faciliten el funcionamiento mental de dicho proceso. Asimismo, favorecer la remodelación de aulas en salas de juicio oral a fin de reproducir los juicios orales en vivo.¹⁰

10 Ver estas consideraciones referidas de CARBONELL, Miguel, sobre el futuro del sistema de los juicios orales, en su libro *Los Juicios Orales en México*, Edit. Porrúa, México, 2013, Pp. 180 y ss. Asimismo, cabe significar que la Universidad de Xalapa, representa en el Estado de Veracruz la pionera institucional de esta rama

En esto resulta muy apropiado relacionar la experiencia chilena referida por Carbonell, referente de las habilidades que los estudiantes debieran adquirir para que puedan litigar apropiadamente los juicios orales, con la idea de que aprendan el derecho a través del estudio de casos específicos:

1. La primera consiste en poder manejar lo que se llama la “teoría del caso”, para lo cual se requiere planear estratégicamente el litigio y su preparación;
2. La segunda tiene que ver con la adecuada introducción de la información relevante en el proceso; dicha información le da sustento a la teoría del caso. Esto se hace por medio del interrogatorio y contra-interrogatorio a las partes, testigos y peritos.
3. La tercera se refiere al uso de la información durante la argumentación inicial y en las conclusiones del juicio, es decir, lo que se conoce como alegato inicial o de apertura de alegato final o de cierre.¹¹

Relativo a lo anterior surge oportuno relacionar –hecho que con su venia nos parece a lugar–, desde luego a manera de paréntesis y de carácter comparativo, el dar un pequeño espacio para mencionar aquel suceso transformador e histórico que sufriera el sistema político de Polonia en la década de los noventa posterior e inmediata a la caída del muro de Berlín, como un punto distintivo de referencia experiencial de los autores: entre otras muchas reformas privilegiaba atender la disyuntiva urgente de cómo educar a las nuevas generaciones ante el desafío que presentaba el aprendizaje y adaptación urgente de una economía capitalista –o llámesele oportunamente una economía occidental para un mayor acercamiento de la situación acontecida– tomando en cuenta así las perspectivas orientales característico de este país, siendo geográficamente de por sí un Estado-nación propio de la Europa Central; tómese aquí como relativo apropiado la concepción de las denominaciones geopolíticas entre la Alemania Occidental Capitalista y la Alemania Oriental Socialista, distinguiéndose así después del conflicto de la Segunda Guerra Mundial, misma que diera margen al bloque socialista fracasado en 1989, y que para Polonia diera como resultado fin a los pesares del comunismo en el año 1990, con la elección del primer presidente de la renaciente República democrática polaca Wojciech Jaruzelcki, consecuencia de las acertadas aportaciones Lech Walesa como sindicalista y activista de los derechos humanos, cofundador del movimiento llamado de “Solidaridad” (*Solidarnosc*) que fuera el primer sindicato independiente del bloque soviético.

pedagógica de enseñanza-aprendizaje relativo a la construcción de salas propias para la representación de los juicios orales en vivo.

¹¹ *Ibidem*, p. 181

En principio y de naturaleza consensual se implementaron estudios de postgrado (Maestría) a todas las universidades – y no necesariamente se les requirió a los interesados la formalidad de un perfil económico, pero si un requerimiento mínimo del grado de licenciatura universitaria de cualquier disciplina educativa– y, de esta manera, arrancaron insospechadamente con una ola de egresados en alguna especialidad o rama económica dada, salvando aparentemente el problema de entrada.

No obstante aquí surge oportuno puntualizar, que sin embargo tuvieron que esperar con paciencia inusual un periodo aproximado de dos décadas para su real consolidación aparente, pese a la gran motivación que el nuevo sistema de libertad implicaba.

De esta manera se quiere destacar a fin de apreciar el tiempo y espacio que requiere para un país dado, el volumen y problemática que estima un cambio de tal trascendencia, tanto o más, como comparativamente en nuestro país lo es la transformación del sistema de justicia penal que actualmente aboga la reforma del 18 de junio de 2008, que para su consolidación, dicho sea de paso, implica la construcción del esqueleto estructural del sistema judicial en toda la Nación mexicana y un cambio de mentalidad jurídica de talla –sin exageración–apocalíptica.

Evidentemente aquella nación apostó –destacablemente se aprecia– el abordar el sistema educativo como fundamento prioritario y logístico para su desarrollo económico, y no la estructura tentativa del comercio como se esperaba en sí, de entre un sinnúmero de opciones como estrategia óptima para su realización. Sirva esto de ejemplificación oportuna y comparativa.

3. Fuentes del Sistema Acusatorio Adversarial

A fin de esclarecer este capítulo adecuadamente es necesario hacer una breve retrospectiva de los sistemas penales vigentes por excelencia, respetando su orden de aparición histórica: acusatorio, inquisitivo y mixto; así como su distinción teórica como antesala preparatoria para posteriormente dar paso a las características y principios del sistema acusatorio actual, el cual –como se ha alertado anteriormente– será tratado desde la perspectiva de un ciudadano comprometido, con la intención de interpretar el significado que representa lo que fue hecho para y por él frente al Estado, en el ámbito de la búsqueda de una transformación o reforma imparcial de la administración de justicia para un mejor futuro de la doctrina jurisprudencial en el país.

Respecto del sistema acusatorio, la evolución histórica del derecho procesal indica que desde la Edad Antigua la mayoría de las naciones de la Europa Continental –evidentemente todavía no en su estado formal como sistema– fuera parte habitual de los enjuiciamientos, sólo que con la peculiaridad como atinadamente puntualiza Reyes al respecto, de que “no se hacía distinción entre infracciones civiles o penales, ya que toda ruptura a la paz comunitaria era considerada como una ofensa y traía aparejada la desprotección para el infractor, respecto de la comunidad de la cual formaba parte.”¹²

De esta manera el carácter acusatorio del sistema siguió prevaleciendo durante el periodo de la Edad Media hasta el siglo XIII, permitiendo desafortunadamente más tarde el paso al sistema inquisitorio en el siglo XVIII, lo que para América Latina significaría recibir de lleno la plena concepción autoritaria e inquisidora de manos de los conquistadores.

Es decir un sistema que estaba sustentado en la concepción absoluta del poder central la cual no admitía la división de poderes y que era además poderosamente influenciado por la jurisdicción eclesiástica.

En este sentido como el autor citado señala aludiendo al naciente sistema inquisitorio “en el afán de establecer una seguridad pública extrema –tal vez por su carácter imperial– la persecución del que infringía la ley era una misión obligada, legado que transmitió a las demás naciones y que permitiera posterior y ampliamente el sistema inquisitorio”.¹³

Complementariamente en cuanto a sus peculiaridades fundamentales expresa lo siguiente: “Su carácter principal fue el secreto de los procedimientos, lo que llevó a suprimir la publicidad, la constancia escrita de los actos del proceso, así como la producción de las pruebas, para quedar reducida a la nada la oralidad del juicio que antaño lo caracterizó”¹⁴.

Dentro de los males, sin embargo logró a favor instaurar la incorporación la norma de la inocencia de culpabilidad en tanto no hubiera confesión del imputado –herencia del principio complementario que distingue la actual *presunción de inocencia* parte de los principios adicionales del proceso penal acusatorio–.

Por desgracia y paradójicamente, en aquellos tiempos, esto dio lugar irremediablemente al procediendo de la tortura, pues en aras de confirmar a toda costa la presunción de culpabilidad el inquisidor se inclinaba por utilizar métodos in-

12 REYES L., *El Sistema Acusatorio Adversarial. A la luz de la reforma constitucional*, Op. Cit., Pp. 1 y 2.

13 REYES L., *El Sistema Acusatorio Adversarial. A la luz de la reforma constitucional*, Op. Cit., Pp. 1 y ss.

14 REYES L., *El Sistema Acusatorio Adversarial. A la luz de la reforma constitucional*, Op. Cit., Pp. 1 y 6.

humanos y medidas coercitivas con la autoridad que le privilegiaba el sistema; que más tarde daría lugar a protestas y movimientos revolucionarios, incluyendo a los intelectuales cuyos ideales forzarían el surgimiento de la República y la muerte del absolutismo implacable representado por las monarquías absolutas.

En este sentido y a propósito se juzga conveniente abrir un breve paréntesis para mencionar dos actitudes nacionalistas resurgidas en la actualidad, altamente polémicas y que se encuentran precisamente en la mesa de la discusión: la primera, referente a los ciudadanos considerados enemigos sociales caracterizado por el llamado *régimen de excepción* en cuanto al trato específico de la delincuencia organizada,¹⁵ y la segunda, la vacilación ante la formalización legal o no de la tortura en casos específicos o extraordinarios, o sea, en el estado concreto de la sospecha respecto de terroristas potenciales y que fuera una actitud obligada de los países afectados: EE.UU, Inglaterra y España¹⁶.

Retomando el tema que nos atiende fuera de esta interesante digresión, es adicionalmente la manifestación revolucionaria francesa, donde el derecho anglosajón hace acto de presencia ofreciendo sus experiencias al derecho continental, toda vez que aquél había conservado el régimen acusatorio preferencialmente.

Su principal aportación se ve reflejada en el Tribunal de jurados¹⁷ que sustituyera con fortuna las funciones del inquisidor, estableciéndose así el principio de la publicidad del juicio que pone al acusador y al defensor en igualdad de circunstancias.

Así, que esta mixtura de sistemas, comprometida y elegida como prudente y que se viera estructurada en tres etapas: instrucción preparatoria, un procedimiento intermedio y una etapa final,¹⁸ se ve diluida con el pasar del tiempo en dos generalizadas: una primera fase que designada al proceso inquisitivo y una segunda caracterizada por el juicio acusatorio; sin embargo, en la práctica y así lo muestra su evolución gradual en el tiempo, la última es aparente y de hecho una representación o duplicación del primera etapa, pues ante la presencia de las partes en litigio, se fingía un juicio contradictorio, oral y público.

15 Véase a este respecto el capítulo VI relativo al “régimen de excepción en la delincuencia organizada” en el libro de REYES L., *El Sistema Acusatorio Adversarial. A la luz de la reforma constitucional*, Op. Cit., p. 221 y ss.

16 Véase asimismo para la cuestión de las fuentes de legitimidad de la tortura de CARBONELL, Miguel, *Los juicios orales en México*, Edit. Porrúa, UNAM, México, 2013, p. 8 y ss.

17 Su referencia de parentesco la podemos hallar en el “tribunal de escabinos” el cual se instituía por ciudadanos legos en derecho, quienes junto con jueces profesionales participaban de los enjuiciamientos de naturaleza penal y eran por el bien de la justicia designados por sorteo.

18 Véase el contenido de sus valores en REYES L., *El Sistema Acusatorio Adversarial. A la luz de la reforma constitucional*, Op. Cit., p. 6 y 7.

En este apartado, no se podría pasar por alto que esta concepción inicialmente nace con el Código de instrucción criminal francés establecido con todas sus características en 1808, tales como la separación de los derechos civiles y penales y teniendo como objetivo estabilizar el Estado de derecho –hecho que enfocado en el marco del proceso judicial, fuera concebido de una manera similar en relación al código estadounidense¹⁹, legado indiscutible de Napoleón Bonaparte y conocido por ello como Código Napoleónico.

Este código permitió además tres derechos: el derecho a un juicio con jurado, el derecho a un abogado y el derecho a ser declarado inocente en tanto no se haya demostrado la culpabilidad. Seguidamente, en el entendido de que estos lineamientos tenían como fin satisfacer los ideales de la Revolución francesa, es por lo que fueran además basados asimismo en el contexto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Y es así que gracias a la expansión napoleónica a España, América Latina fuera influenciada por el moderno código, favoreciendo de algún modo los brotes de las manifestaciones independientes de las naciones latinoamericanas.

Por último cabe significar para efectos constructivos que las reglamentaciones del Código Civil de Francia fueron una recopilación del derecho de costumbres, el derecho escrito o legislativo, y las nuevas leyes de la Revolución.

4. Distinción Teórica

Después de haber enunciado la trayectoria histórica de los diferentes sistemas penales a fin de tener un panorama general, es hora de pasar a lo relativo de su diferencia teórica.

La concepción reconocida por los especialistas respecto del enjuiciamiento penal, de naturaleza acusatoria, define al juez como un sujeto pasivo el cual resuelve el juicio según su libre convicción, pero sujeto dentro del ámbito de la racionalidad, es decir no se le otorgan facultades para la investigación del caso ni prejuzgar en secreto y fuera de lo irracional. La idea es evitar que el juez busque y valore las pruebas sin ser contrastadas en el juicio por el defensor. En tanto al acusador le corresponde la responsabilidad de presentar las pruebas; así como a la defensa contradecirlas en los parámetros de un enjuiciamiento oral y público para la justa equidad de las partes en el enjuiciamiento.

Por el contrario un enjuiciamiento inquisitorio se concibe cuando el juez busca la prueba, valora su dictamen en secreto y toma el papel de acusador por así

19 http://www.cronotecagenealogica.com/codigo_napoleon.html. Consultada el 8 de abril de 2013.

decirlo, sin que el imputado tenga conocimiento ni sea llamado a debate. Se define por ello, que no puede existir imparcialidad del juez y en menoscabo de los derechos del imputado.

Una vez expuestas estas generalidades podemos pasar a los principios que maneja el nuevo proceso penal en la reforma constitucional, pero abocándonos dentro de los parámetros planeados, es decir en relación al artículo 20 constitucional sin atender el inciso "A".

Este artículo distingue que el proceso penal será acusatorio y oral y que se regirá por los principios de *publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*. Sin embargo este cambio de sistema no predestina la transformación total del sistema de justicia *ipso facto*. Por lo que debemos estar preparados a que ello conlleve un proceso alcanzable a largo plazo y una transformación cultural, jurídica y social, que se vislumbra monumental en el margen del calibre jurisdiccional de los nuevos fundamentos procesales estipulados.

Ser acusatorio implica que no habrá juicio sin la existencia de la acusación de un tercero. Además deberá distinguir y separar las funciones de la persona que se dedique a la investigación de la que dicte finalmente la sentencia.

Ser oral implica a su vez que el proceso se desarrolle bajo la palabra hablada entre las partes, incluyendo a las declaraciones del juez, bloqueando con ello la escritura como registro del mismo. A pesar de que esta no sea una innovación propiamente dicha debe destacarse que este principio de oralidad no regirá en la etapa de la investigación donde gobernará la escritura instituido por decreto en el apartado "B", así como el acta de la declaración del testigo definidos en la fracción III del apartado "A".

Ser público se refiere a que la sociedad misma participe y pondere el juicio. Es por ello aquí que se manejan los jueces legos (tribunal de escobinos) y a puertas abiertas en las salas de audiencias para posibilitar la asistencia del público; limitada sólo a los medios de comunicación respecto de la afectación de otros derechos, como pudiera ser puntualmente la presunción de inocencia o en el caso específico de la protección de testigos.

Finalmente es un derecho que se le otorga a la sociedad dentro de un Estado democrático a fin de ofrecerle la libertad y la facultad de la posibilidad de poder valorar los juicios que se llevan a cabo en su entorno al que pertenecen. Además de que este hecho repercuta directamente en la confianza del pueblo, pues denota la transparencia de la autoridad judicial.

La contradicción o el hecho del principio de contrariedad es el de oponerse al juzgamiento personal del contrario en igualdad de circunstancias, a fin de poner a todas y cada una de las partes en un plano puramente equitativo. Asimismo, implica no solamente la contrariedad de argumentos sino la posibilidad de presentar un argumento diferente a los presentados en la mesa, siempre que se cuente con las pruebas para el debate del mismo, exceptuando los casos de la delincuencia organizada en razón de sus características específicas de su contenido legal.

Tanto el principio de concentración como el de continuidad tienen la peculiaridad de que sólo se ajustan a la etapa del juicio. La primera, traduce que el juicio se aplique en una sola audiencia, la segunda, como su palabra lo define, será la unión de la misma en el tiempo, es decir evitando las suspensiones y un corte en el desarrollo del juicio.

Esto tendrá como consecuencias garantizadas la celeridad del juicio y la memoria circunscrita al alcance retentivo favorable que posibilita el caso en un solo acto, tanto de los elementos argumentativos como de las pruebas presentadas.

La inmediación implica la presencia sin falta de las partes responsables en la audiencia, evitando los funcionarios intermediarios y la delegación de las funciones de juez a terceros. El hecho de la exigencia de esta puntualidad se expresa en relación a que la conducta corporal como el habla de las partes darán indicios razonables de las impresiones recogidas en los argumentos presentados por los participantes.²⁰

5. Los juicios orales en México

Teniendo en cuenta que la novedad del sistema acusatorio adversarial se centra mayormente en la última etapa del proceso penal, no es extraño que aquél se asocie coloquialmente con el apelativo de “los juicios orales” como un reconocimiento convencional y asociación práctica generalizada.

Es decir al hacer referencia a la reforma penal no es superficial que se mencione y puntualice sugestivamente con ello la última secuencia del proceso penal, pese a que la argumentación de algunos autores juzguen con autoridad reconocida que la denominación asumida es incorrecta. Tal como lo señala MARTÍNEZ, diciendo: “descubrí que en casi toda Europa, empezando por España, Italia y Alemania, no hay juicios orales, sino sistemas de enjuiciamiento

20 REYES L., *El Sistema Acusatorio Adversarial. A la luz de la reforma constitucional*, Op. Cit., Pp. 9 y ss.

criminal en el proceso penal acusatorio, conformados para su praxis en tres etapas: de investigación, intermedia o de vinculación a proceso y etapa de juicio oral.”²¹

Es más, si se advierte de hecho que el procedimiento penal anterior no ponía atención y trascendencia en la fase final correspondiente precisamente al enjuiciamiento oral donde se lleva a cabo el grueso de la sentencia, enfatizaba así la oposición aludida y lo habitual en su inscripción: juicios orales.

Insinuando por ende un dictamen más justo, no en base a la etapas de preinscripción e inscripción que fueran fundamentalmente manifestadas por escrito como tradición comúnmente aceptada. Por lo que podemos asumir que la denominación adoptada se presume usual, a fin de resaltar la importancia y novedad del blanco primario del nuevo proceso penal: el juicio oral o debate.

Asimismo, ya que se advierte esta distinción esencial entre el aspecto inquisitorio y acusatorio durante cada paso de la exposición de esta presentación, no está por demás puntualizar el paradigma que ello representa:

[...] en el nuevo sistema de justicia penal impone que los actos de investigación, si bien son fundamentales para la determinación de las decisiones más relevantes de las etapas iniciales del proceso (preliminar e intermedia), dejan de tener relevancia alguna para la decisión final por parte del tribunal acerca de la culpabilidad o no del sujeto en el juicio oral. Lo anterior es una derivación lógica e inmediata del mandato constitucional, al indicar que sólo será considerado como prueba aquello que sea producido en juicio (con la salvedad de la prueba anticipada).²²

6. Conclusiones

Como conclusión no convencional es oportuno observar a especialistas en la materia con la duda y pretensión de que la solución de nuestros problemas sociales se pudiesen resolver con el mandato de una reforma constitucional, sin tomar en cuenta de aquellas necesarias prerrogativas de un sondeo nacional y análisis que confirme su eficacia previo a su mandato.

En este sentido se alerta atinadamente que “la falta de realización de un diagnóstico supone, como lo sugieren algunos autores, un punto débil de la reforma; dicha omisión permite que sus criterios, con buenas razones, se pregunten si en efecto la respuesta adecuada a la inseguridad pública, a la impunidad,

21 MARTÍNEZ G., Jesús, *Derecho Procesal Penal en el Sistema Acusatorio y su fase procedimental oral* (Mitos, Falacias y Realidades). Edit. Porrúa, México, 2011, p. Introductoria XXV.

22 REYES L., *El Sistema Acusatorio Adversarial. A la luz de la reforma constitucional*, Op. Cit., p. 178, véase también la fuente utilizada: artículo 20, apartado “A”.

al mal funcionamiento general de la justicia penal, se tenía que resolver partiendo de una reforma constitucional”.²³

Evidentemente no se debe perder de vista que con seguridad existieron muchos elementos que dieran forma y sustento a esta decisión perentoria, por lo que tolera quizás el espacio de reflexionar en la creencia de que surgiera asimismo inclinada por un requerimiento social en estado alarmante que no concedía el margen a un consenso abierto en detrimento de una demora política, ante la impaciencia de una realidad penal tambaleante que era a todas luces insostenible.

Cabe destacar a propósito, dos sucesos que evidencian la primacía de tal conjetura: la primera, definida por las reacciones legislativas penales a nivel constitucional antecedida por algunos Estados-nación de América Latina, hecho que no deja de ser sintomática la reacción a favor de un cambio penal aparentemente conjunto y similar que nos identifica como región; la segunda, esencialmente impulsada por aquellos estados de la república mexicana que se movían ya de hecho en tal dirección; pudiendo agregar sustancialmente un tercero, siendo tal vez el de mayor peso: la persuasión del consenso unilateral de la comunidad internacional en atender la tutela de los derechos humanos internacionales, que ha sido la parte coyuntural, activando y modificando, sin alternativa secundaria, la estructura del sistema de justicia penal en naciones que privilegian salvaguardar su democracia y el estado de derecho en recelo.

Por otro lado realísticamente si se quiere, se presagia eventualmente también que los llamados juicios orales tendrán una respuesta directa y afortunada sólo en relación a los casos menos complicados, es decir, no así referente a la delincuencia organizada pues ésta engloba otros parámetros específicos y sensibles como el que se ha aceptado en llamar “régimen de excepción”.

Y es aquí donde sí vendría muy bien un estudio previo evaluativo, pues es ciertamente la problemática más sensible que presenta actualmente la sociedad mexicana que tiene que ver con la política del Estado y vinculada fuertemente con los derechos humanos fundamentales.

No obstante, la reforma penal en este sentido aborda oportunamente de principio al menos dos aspectos distintivos en el tratamiento de la delincuencia: la delincuencia común y la delincuencia organizada.

23 CARBONELL, Miguel, *Los Juicios Orales en México*, Edit. Porrúa, México, 2013, p. 19.

Fuentes de Consulta

- AGUILERA P., Rafael E., *Teoría política del estado constitucional*, Edit. Porrúa, México, 2011.
- CARBONELL, Miguel, *Los Juicios Orales en México*, Edit. Porrúa, México, 2013.
- FLORES, Marcello, *Diccionario de derechos humanos. Cultura de los derechos en la era de la globalización*, FLACSO, México, 2009.
- <http://cursodesistemasjuridicos2012.blogspot.mx/2012/05/sistemaneeorromanista.html>>Consultada el 10 de abril, 2013.
- LARA P., Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, Edit. Porrúa, México, 2007.
- MARTÍNEZ G., Jesús, *Derecho Procesal Penal en el Sistema Acusatorio y su fase procedimental oral (Mitos, Falacias y Realidades)*, Edit. Porrúa, México, 2011.
- REYES L., Jahaziel, *El Sistema Acusatorio Adversarial. A la luz de la reforma constitucional*, Edit. Porrúa, México, 2011.
- WITKER, Jorge; NATARÉN, Carlos F., *Tendencias actuales del diseño del proceso acusatorio en américa latina y México*, UNAM, Procuraduría General de Justicia del Estado de Chihuahua, México, 2010. En <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2755>, Libro consultado en línea el 2.05.2013 en su versión PDF.
- www.cronotecagenealogica.com/codigo_napoleon.html>. Consultada el 8 de abril de 2013.
- www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/reformas.php> Consultada el 29 de marzo, 2013.

Daño moral e Internet. Una novedosa e intrincada relación*

Hiram Casanova Blanco **

RESUMEN: En el presente artículo, se analizan aspectos de una novedosa y compleja relación entre el daño moral y las llamadas nuevas tecnologías de la información, con especial referencia en la afectación de derechos al honor y reputación, analizando la naturaleza jurídica de los aspectos involucrados, así como una breve explicación de sus orígenes y características esenciales.

Palabras Clave: Daño moral, Internet, honor, nuevas tecnologías.

ABSTRACT: In this paper, we analyze aspects of a novel and complex relationship between moral damage and calls new information technologies, with special emphasis on the involvement of right to honor and reputation, analyzing the legal nature of the issues involved, and a brief explanation of its origin and essential characteristics.

Key Words: Moral damage, Internet, honor, new technologies.

SUMARIO: Introducción. 1. Generalidades del daño moral. 1.1 Breves antecedentes legislativos. 1.2. Aspectos integrantes de la definición legal del daño moral. 1.3. Generalidades sobre el concepto de vida privada, derecho a la intimidad y derecho al honor. 2. Breve referencia a las características esenciales de Internet. 2. 1 Antecedentes generales. 2.2 Servicios que proporciona Internet y características esenciales relevantes. 3. El impacto del fenómeno Internet y sus características principales. 3.1 Impacto de Internet en el ámbito económico. 3.2. Impacto de Internet en el ámbito político. 3.3. Impacto de Internet en el ámbito de las relaciones sociales y personales. 3.4. Conclusiones sobre el impacto de Internet en nuestra sociedad actual. 4. Comentarios finales en torno a la relación entre derecho al honor e Internet. Fuentes de Consulta.

* Artículo recibido el 29 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 20 de febrero de 2013.

** Licenciado en Derecho con mención honorífica por la Universidad Veracruzana; Maestrando en Derecho Civil y Familiar por la Universidad Autónoma de Barcelona y Secretario de Tribunal Colegiado de Circuito en el Poder Judicial de la Federación.

Introducción

La comunicación es una de las principales características de la cultura humana. Desde la comunicación interpersonal, pasando por la grupal y la social, la comunicación ha sido reconocida por diversas teorías como una de las bases de los cambios sociales y tecnológicos. A lo largo de la historia de la humanidad el desarrollo de tecnologías para mejorar la comunicación generó nuevas sociedades, avances y modificaciones sustanciales en los sistemas de producción, e incluso en los de aprendizaje.¹

A lo largo del siglo XX, en el ámbito del derecho se llevó a cabo la regulación de la comunicación emitida a través de los “medios tradicionales” de comunicación, es decir, de aquellos que nacieron funcionando bajo un sistema análogo (radio, televisión, prensa y cine). Sin embargo, en las últimas tres décadas, con el surgimiento de las llamadas “tecnologías de la información y el conocimiento” (TIC), las libertades de información se *expanden* del campo analógico al digital, dando a los usuarios la *posibilidad de construir sus propios contenidos y enviar mensajes a un receptor, a un grupo o en forma masificada*, lo que ha fragmentado la función hegemónica que tenían los “medios tradicionales.”²

La apertura de Internet en 1993 para su uso social y el establecimiento de la *www* (Word Wide Web) como la “supercarretera de la información”, afianzó la idea de la llamada “sociedad de la información y el conocimiento” o “sociedad de la información y la comunicación”. Internet *no es una idea física o tangible*, sino más bien una *red gigante* que interconecta innumerables grupos de menor tamaño de redes de computadoras interconectadas, es pues, la “red de redes.”³ Este nuevo paradigma está *revolucionando la base material humana*, tal como lo hizo en su momento el invento de Gutenberg.⁴

Este cambio o revolución en la manera en que se está llevando a cabo la comunicación entre los seres humanos ha generado, invariablemente, la transformación de los campos de interacción social, la cultura, el arte, la ciencia, etcétera; de ahí que en dichos ámbitos puedan presentarse *puntos de conflicto* en el contexto de las relaciones jurídicas surgidas de la propia actividad humana. Uno de esos puntos de controversia es el que abordaremos en el presente trabajo referido a una figura jurídica regulada en el derecho civil como es el daño moral.

1 CONTRERAS OCTAVIO, Sergio, “Internet: un derecho humano”, en revista *etcétera*, segunda época, México, 2012, p. 38.

2 *Ídem*.

3 ÁLVAREZ, Clara Luz, *Internet y Derechos Fundamentales*, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 1.

4 CONTRERAS OCTAVIO, Sergio, “Internet: un derecho humano”, *Op. Cit.*, p. 38.

1. Generalidades del daño moral

1.1 Breves antecedentes legislativos

En principio, debe precisarse que en el derecho romano, durante sus últimas etapas, se admitió la necesidad de resarcir los daños morales, inspirado en un principio de buena fe, y en la actitud que debe observar todo hombre de *respeto a la integridad moral* de los demás; por lo que se consagró este derecho al tenor del principio de que junto a los bienes materiales de la vida, objeto de protección jurídica, existen otros *inherentes al propio individuo*, que deben también ser tutelados y protegidos, aun cuando no sean bienes materiales.

En México, es en el Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiséis de mayo de mil novecientos veintiocho, donde se contiene ese tema, incluyendo el artículo 1916, que es el fundamento de la figura jurídica del daño moral.

Al respecto, cabe precisar que dicho artículo, en su texto vigente hasta antes del veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, era muy breve y respondía a la idea de que los daños morales *sólo podían repararse si estaban ligados a un daño material* y, además, al Estado no se le responsabilizaba por esa clase de daño, por lo que la segunda parte del precepto transcrito *condicionaba* la procedencia de la reclamación por concepto de daño moral al hecho de que se hubiera *acreditado la responsabilidad civil*, es decir, la reclamación por concepto de daños y/o perjuicios de *carácter patrimonial*.

Así, el artículo de que se trata introdujo el tema de la indemnización o reparación por el daño moral que causen los hechos ilícitos, sean o no considerados como delitos; sin embargo, la reparación ordenada a título de indemnización moral *no era autónoma*, sino que se encontraba *supeditada* a la existencia de la responsabilidad civil derivada de un daño patrimonial y el monto de la indemnización fijada por el juez se limitaba a las dos terceras partes de la condena por daño patrimonial, como máximo.

Fue con motivo de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, cuando el actual artículo 1916, *definió por primera vez* el daño moral estableciendo, desde ese entonces, que por él se entiende la *afectación que una persona sufre en sus sentimiento, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás*; y en su último párrafo, también reguló el daño moral derivado de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, disponiendo que en ese supuesto, el juez ordenará

que se dé publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Los antecedentes legislativos relacionados con la citada reforma, tales como la iniciativa de reforma, el dictamen de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados y las discusiones correspondientes, publicadas en los Diarios de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, del tres, once, catorce, veintisiete, veintiocho y veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, evidencian que el *propósito fundamental* de dichas modificaciones legales, además de *lograr una autonomía* a la compensación equitativa para resarcir a las víctimas o a sus familiares, de los hechos ilícitos, *independientemente de que sean o no constitutivos de delito*, fue el de *ampliar las hipótesis* del daño moral para la procedencia de la reclamación en aquellos casos en que a través de cualquier medio, incluyendo los de difusión, se atacara a una persona atribuyéndole determinados actos, conductas o preferencias, consideradas como ilegales o violatorias de los valores morales de la sociedad.

Posteriormente, el trece de abril de dos mil siete, la legislación sustantiva civil, experimentó otra reforma legal en relación con el daño moral, siendo que dichas modificaciones legales *tuvieron como objetivo derogar diversas disposiciones de la codificación punitiva relativas a los delitos de injurias, difamación y calumnias, para adicionar la figura jurídica del daño moral prevista en la legislación sustantiva civil*, toda vez que se consideró que los jueces de esta última materia, deberían resolver si ciertas y determinadas personas, en abuso del derecho de libre expresión, actuaban dentro o fuera de la ley al difundir su información u opiniones; de modo que, las citadas reformas dieron pie al establecimiento de *supuestos jurídicos nuevos* para la reclamación del daño moral que ahora se establece en la legislación civil, lo que se corrobora con la *inclusión de cuatro fracciones* en el artículo 1916 que *definen de manera más específica* el tipo de hechos ilícitos que pueden presentarse en esos casos, así como la *adición de un último párrafo* al artículo 1916 bis de la codificación sustantiva civil en el que se establecen de manera concreta, los *casos de excepción de daño moral tratándose de ofensas al honor*.

1.2. Aspectos integrantes de la definición legal del daño moral

De los preceptos citados en el apartado anterior deriva que legalmente se entiende por daño moral la alteración profunda 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 tie-

nen los demás, producida por un hecho, actividad, conducta o comportamiento ilícitos.

Al respecto, debe decirse que en la doctrina argentina se define al daño moral como:

La privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor notable en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los sagrados afectos y el que se infiere al violarse alguno de los derechos personalísimos o de la personalidad, que protegen como bien jurídico los atributos o presupuestos de la personalidad del hombre: la paz, la vida privada, la libertad individual, la integridad física, o sea todo lo que puede resumirse en el concepto de seguridad personal.⁵

En cuanto al *hecho ilícito*, cabe precisar que el artículo 1830 del Código Civil Federal dispone que el hecho ilícito es aquel que es contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres; de modo que por hecho ilícito debe entenderse *toda conducta humana culpable, con intención o negligencia, que pugna con un deber jurídico en estricto sentido, plasmado en una ley de orden público o sancionado como buena costumbre*.

Por otra parte, de conformidad con lo previsto en el primer párrafo del artículo 1916 bis del Código Civil Federal, los gobernados que ejercen sus *derechos de opinión, crítica, expresión e información*, en los *términos y limitaciones establecidos en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República*, *no estarán obligados a reparar el daño moral causado*; lo que implica que sí deben repararlo cuando en forma ilícita, entre otros supuestos, afecten la vida privada de una persona.

Así, deriva del segundo párrafo de ese precepto que establece que cuando se demanda la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual, quien la ejerza *debe acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta*.

Luego, interpretando el precepto referido en sentido contrario puede afirmarse que el legislador estableció una responsabilidad civil a cargo de quien, en ejercicio de sus *libertades de opinión, crítica, expresión e información*, rebase los límites establecidos en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República, a saber: el respeto a la vida privada, la moral, la paz pública, por lo que sí es responsable *cuando provoque un delito, perturbe el orden público y transgreda el respeto de los derechos de terceros por afectar su vida privada*.

5 MOSOET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por Daños*, Tomo V. Daño Moral, Editorial Rubinzal-Culzani, Argentina, 1999, Pp. 116-117.

En ese orden de ideas, tomando en cuenta que el artículo 7o. constitucional no establece lo que debe entenderse por “vida privada”, ya que en rigor, sólo le corresponde el enunciado y principios de las normas imperativas, para el estudio correspondiente del daño moral tratándose del ejercicio de los derechos de opinión, crítica, expresión e información, debe acudirse a lo que dispone el artículo 1916 del Código Civil Federal, que en su primer párrafo sienta las bases del daño moral, al señalar, de manera enunciativa, los bienes que tutela dicha figura, como son: a) afectos, b) creencias, c) sentimientos, d) vida privada, e) configuración y aspectos físicos, f) decoro, g) *honor*, h) *reputación*; e, i) la consideración que de uno tienen los demás.

En efecto, si bien el artículo 1916 del código sustantivo civil federal no define lo que es vida privada, lo cierto es que establece algunos de los llamados derechos de la personalidad, los cuales se encuentran *indisolublemente ligados* a la vida privada y reconocidos por el derecho positivo, mediante la concesión de un ámbito de poder y un señalamiento del *deber general de respeto* que se impone a los terceros, que en el derecho civil se tradujo en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación del daño moral cuando se atente contra cualquiera de ellos, y que comprende como sujeto pasivo a quien ejerce su derecho de escribir e imprimir o publicar y difundir sus ideas u opiniones, si es que su conducta en sí misma resulte ilícita, lo que implica que su actuación revela que actúa con el ánimo de afectación, si es que se involucra su vida privada y no se limita a la crítica objetiva de la función pública.⁶

Del mismo modo, conviene precisar que el último párrafo del artículo 1916 en comento, el cual fue *adicionado con motivo de la reforma legal del trece de abril de dos mil siete*, establece como un *caso de excepción* que no da lugar al derecho de indemnización por daño moral, cuando exista una *reproducción fiel de información*, aun en los casos en que la información reproducida *no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona*, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, *siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo*.

1.3. Generalidades sobre el concepto de vida privada, derecho a la intimidad y derecho al honor

Al respecto, debe decirse que el concepto de vida privada comprende el respeto al comportamiento, que incluye el ámbito de la personalidad, en donde queda incluido el concepto de domicilio, documentos; la apariencia de la personali-

⁶ Apoya dicho criterio, la tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 98 del Tomo: 217-228 Cuarta Parte Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, que dice: “DAÑO MORAL. SU REGULACIÓN.”

dad, esto es, el *cuidar la imagen que cada individuo desea proyectar en la convivencia con sus semejantes*; y la autenticidad de la personalidad, es decir, que la imagen que se maneje de él sea *la que corresponde a la realidad*, lo cual se aplica incluso a hombres públicos.

Dicho concepto también comprende el *respeto al anonimato*, que incluye los secretos de la persona, relativos a su vida familiar, a sus finanzas, a su estado de salud, a sus relaciones fiscales, a sus posiciones ideológicas o religiosas; la imagen y la voz, es decir, que si no actúa en público o no ejerce un cargo o función pública o su acto privado no incide en la función pública, no se use su fotografía o no se le retrate o grabe sin su consentimiento; y otros datos nominativos, como su lugar de nacimiento, su nombre completo, o su nacionalidad, a menos que se trate de registros públicos de datos que *hayan sido aportados voluntariamente* y no en cumplimiento a una norma legal que imponga la obligación de hacerlo, como ocurre con los datos que se aportan como ciudadano al Instituto Federal Electoral.

De igual manera, comprende el *respeto a sus relaciones con otra persona*, donde se incluyen su correspondencia, su teléfono, sus conversaciones; y sus relaciones familiares y sentimentales, a menos que éstos tengan trascendencia a su función pública e incida en desvío de recursos y ejercicio indebido del poder o función pública, con base en fuentes o datos objetivos.

En su origen etimológico, intimidad proviene del término *intus* (dentro), superlativo de interior; es decir, refiere no sólo a lo que está adentro, sino a lo que está *más adentro*.

La intimidad *no es absoluta, sino relativa*. Así, no constituye ninguna agresión a la privacidad, el que una autoridad administrativa o judicial, legalmente competente, como es el caso de un juez penal con motivo de un juicio, investigue y recabe información sobre los antecedentes y vida pasada de un indiciado, pero si se difunde información sin ninguna base o fundamento derivados de una sospecha o de un proceso legal abierto, esto último sí constituye un atentado a la privacidad, ya que sólo hasta que exista sentencia con calidad de cosa juzgada, puede afirmarse válidamente que alguien es responsable penalmente de la comisión de un delito.

Otro elemento de relatividad de lo íntimo son las circunstancias en que el conflicto o acto se presenta. Un agente policiaco no está legitimado para investigar datos sobre una persona sin que exista una denuncia, pero si tales datos derivan de flagrancia o pueden llevar a esclarecer un delito, sí se justifica su actuación.

Un diverso elemento es el normativo, ya que hay informaciones que deben conocerse, por ejemplo, para expedir un pasaporte, donde la Secretaría de Relaciones Exteriores requiere una serie de datos sobre el sujeto que incluye temas considerados como íntimos.

De modo que, si bien existen cuestiones que usualmente pertenecen a la vida privada, *el mismo sujeto puede revelarlas, en virtud de las personas con las que trata, las circunstancias en la que se encuentra o en virtud de una obligación legal, civil, penal, fiscal o administrativa*; y el que el individuo pueda revelar tales cuestiones privadas a quien él lo desea, forma parte esencial del derecho a la intimidad, y se justifica cuando lo hace en cumplimiento de una obligación o de un deber ante la autoridad correspondiente.

Luego, esta revelación voluntaria o con ciertos requisitos, forma parte de las garantías fundamentales del ser humano, ya que si tiene derecho a guardar secretos, debe tener derecho a revelarlos cuando y como él quiera.

También hay momentos en que *por virtud de un interés colectivo, superior al individual*, es necesario forzar a que se produzca la revelación de lo privado. En esos casos es lícito exigir dicha revelación.

Tales facultades, que corresponden naturalmente al Estado, deben mantenerse en un nivel de *respeto a la individualidad*, de manera que no haga nugatorio el derecho fundamental del ser humano, puesto que incluso en materia penal, el individuo procesado o indiciado tiene derecho a estar asistido de abogado que lo asesore y el derecho a permanecer callado, en términos de las fracciones II y IX del apartado B del artículo 20 Constitucional.

Asimismo, el honor, del latín *honor-oris*, es uno de los *bienes jurídicos más preciados de la personalidad humana*, que puede ser considerado como el primero y *más importante* de aquel grupo de derechos que protegen los *matices morales o éticos* de esa personalidad, porque el individuo es un ente social y político.

En ese sentido, se le puede definir como el bien jurídico constituido por la *proyección psíquica del sentimiento de estimación que la persona tiene de sí misma, o la que atribuye a otros sujetos de derecho*, cuando coincide con el que considera el ordenamiento jurídico de cada época o región geográfica, atendiendo a lo que la colectividad en que actúa, considera como sentimiento estimable.

A su vez, la reputación, del latín *reputatio-onis*, es la *opinión que la gente tiene de una persona*.

De manera que *el honor y la reputación son dos aspectos de una misma materia*, ya que el *honor* es una consideración hecha en un *ángulo meramente subjetivo*, en

tanto que *la reputación es ese mismo honor, pero considerado desde fuera del sujeto que lo vive* y, por ello, resulta ante la colectividad como la reputación o fama.

El honor en sentido subjetivo es el sentimiento de nuestra propia dignidad; el honor en sentido objetivo es el reconocimiento que de esa dignidad hacen los demás. El primero es la propia estimación; el segundo la buena reputación. De los dos, el primero es el que entraña el contenido primario del honor y conduce al segundo.

El aspecto subjetivo del honor es diferente de persona a persona, según el medio social en que cada una se haya desenvuelto, los factores familiares en que se desarrolló, la herencia genética misma, el pueblo o la nación a que pertenezca.

Así, lo que para una persona pueda ser honroso, deshonroso o indiferente, para otra puede revestir, siempre en el aspecto subjetivo, una situación inversa o contraria y ello obedecerá a todos esos factores sociológicos que influyen en la moral individual, y que pueden cambiar atendiendo a la época y lugar determinados.

De modo que, *el sentido del honor subjetivo en cada persona, puede variar y ser distinto al sentido del honor objetivo* que sustenta la colectividad en que se mueve, y de ahí que la consideración personal, individual, subjetiva que se tenga del honor puede o no coincidir con la que es producto de todas las aportaciones de los demás miembros de la colectividad, que constituyen un producto social diferente que es el honor objetivo o reputación.

Con base en lo anterior, podemos colegir que el *derecho al honor* es algo más que un derecho civil, *es un derecho fundamental* que integra diversos elementos, unos de carácter positivo que constituyen los elementos interno y externo referidos, de modo que *para transgredir ese derecho siempre debe estar presente la afectación de la dignidad y su divulgación*; esto es, si la afectación se queda en el ámbito de lo interno, no produce ninguna consecuencia. Por ello debe tenerse en cuenta la trascendencia de la divulgación, ya sea familiar, local, nacional o mundial y el medio que se emplee para ello.⁷

Los elementos del derecho al honor de carácter negativo, son aquellos consistentes en la falta de veracidad de los hechos que constituyen el ataque, y la falta de consentimiento del afectado.

7 SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo y VÁZQUEZ-MELLADO GARCÍA, Julio César (Coord.), *Estudios Contemporáneos de Derecho Civil*, ensayo: *Necesaria Regulación Constitucional de los Atributos de la Personalidad*, Editorial Porrúa, México, 2009, Pp. 154 y 155.

2. Breve referencia a las características esenciales de Internet

2.1 Antecedentes generales

Internet *no es una idea física o tangible*, sino más bien una *red gigante* que interconecta innumerables grupos de menor tamaño de redes de computadoras interconectadas, es pues, la “red de redes.”⁸

Surgió en el entorno de la tecnología militar norteamericana en los años sesenta. La Agencia de Proyectos de Investigación avanzada de defensa de los Estados Unidos (DARPA por sus siglas en inglés) inició un programa para desarrollar técnicas de conexión entre computadoras con el fin de intercambiar información de manera sencilla y segura. El objetivo del proyecto era crear una red amplia de computadoras en la que la información pudiera ir de unos a otros a través de vías distintas, de manera que si un área era atacada en una acción bélica, la información pudiera llegar por un camino u otro a su destinatario.⁹

De tal manera que, a esa idea inicial de índole militar de *enlazar redes de diferentes clases que hiciera posible una comunicación transparente entre múltiples redes de computadoras interconectadas*, se le conoció como *Internetting* y después derivó en Internet.¹⁰

En ese contexto, se ha considerado que el Internet es, entre otras cosas, un *medio para difundir información*, para el debate público y la comunicación personal, para el comercio y la prestación de servicios, *sin importar la ubicación geográfica*, lo que implica que ese amplio ámbito pueda utilizarse, en algunas ocasiones, para la comisión de ilícitos¹¹, sin que este último aspecto constituya su rasgo principal, pues al contrario, la propia amplitud del Internet revela que su función trasciende dicho aspecto.

2.2 Servicios que proporciona Internet y características esenciales relevantes

Una vez que se accede al Internet, éste ofrece una *amplia variedad de métodos de comunicación y obtención de información* que se encuentran en constante desarrollo y evolución, por lo que es difícil establecer categorías de manera precisa, de manera tal que los servicios y aplicaciones que ofrece Internet son innumerables.¹²

8 ÁLVAREZ, Clara Luz, *Internet y Derechos Fundamentales*, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 1.

9 FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, Mc Graw Hill, España, 1998, p. 24.

10 ÁLVAREZ, Clara Luz, *Internet y Derechos Fundamentales*, Op. Cit., p. 1.

11 *Ibidem*, p. 2.

12 *Ibidem*, p. 29.

Así, el Internet *ofrece varios servicios* encontrándose entre los más significativos el *Word Wide Web (www)*, el correo electrónico, la mensajería instantánea, las conversaciones en línea o *chats*, descarga de audio (*podcast*) y la transferencia de archivos (FTP o *File Transfer Protocol*), entre muchos otros.

Particular relevancia presenta el servicio de *Word Wide Web* el cual, en palabras de su creador Tim Berners-Lee, se define:

[...] simplemente como el universo de información accesible de la red global. Es un espacio abstracto con el cual las personas pueden interactuar, y está en la actualidad primordialmente poblado por páginas inter-vinculadas de texto, imágenes y animaciones con sonidos, mundos tridimensionales y videos ocasionales.¹³

Una *característica esencial* del servicio *www* es que ofrece la información en *formato de hipertexto*, que es un concepto que designa *información altamente interconectada*. Una página de hipertexto en Internet puede contener todo tipo de elementos como enlaces a otras páginas de la red, imágenes, gráficos, sonido o animación. Lo que hace popular a este servicio es su *fácil utilización* y lo espectacular de la presentación de los documentos hipermedia.¹⁴

El protocolo para transmitir por Internet los documentos que contengan el formato de hipertexto es el *HTTP* ("*Hypertext Transfer Protocol*") y los documentos están escrito en un lenguaje denominado *HTML* ("*Hypertext Markup Language*"), así cuando un usuario entra a la red mediante algún programa que permite su acceso, conecta con un documento *HTML* del servidor que tenga especificado en las preferencias de su programa y, desde ese momento, es suficiente con pulsar palabras o imágenes sensibles para tener acceso al documento o servidor conectado gracias al enlace hipertexto y presente en cualquier punto de la red mundial.¹⁵

3. El impacto del fenómeno de Internet y sus características principales

El impacto que ha producido Internet en el mundo contemporáneo presenta características que, por su relevancia, deben puntualizarse y que para la autora Clara Luz Álvarez se dividen en 4 ejes fundamentales: 1) *la ausencia de un control único*; 2) *la ausencia de fronteras del ciberespacio*; 3) *presencia de múltiples actores*

13 Citado por ÁLVAREZ, Clara Luz, *Internet y Derechos Fundamentales*, Op. Cit., pp. 31 y 32.

14 FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, Op. Cit., p. 25.

15 *Ídem*.

cada uno con su rol e intereses específicos; y 4) la existencia de una *multiplicidad de regulación aplicable*.¹⁶

En cuanto a la *primera característica* enunciada, el Internet se concibe como una red formada por la interconexión de redes en todo el mundo, de diferentes tamaños y de propietarios distintos, distribuida *sin puntos de control únicos, ni cuya operación entera dependa de uno o varios puntos de control*, de ahí que surja una especie de “autonomía” en cuanto a la transmisión de información y datos a lo largo de la red, lo cual no impide que gobiernos o incluso el sector privado puedan, con *alcance limitado*, generar algún tipo de intervención.¹⁷

La *segunda característica* enunciada, se centra en la idea de un nuevo mundo que no fue descubierto, sino creado por el ser humano: el *ciberspacio*, el cual está siendo “poblado” día con día, creando normas y reglas propias que, a su vez, generan impacto en la vida cotidiana. El ciberespacio y el Internet se presentan como un *nuevo mundo con su territorio propio*, el cual como cualquier otro sucumbirá ante la ocupación humana y, eventualmente, adquirirá normas de urbanidad, conceptos morales e incluso principios jurídicos.¹⁸

En ese sentido, el ciberespacio se concibe como *un nuevo ambiente humano y tecnológico que comprende personas de diversos los países, culturas e idiomas, y de diferentes edades y ocupaciones que proporcionan y solicitan información*, así como de una *red mundial de computadoras interconectadas por virtud de la infraestructura de telecomunicaciones*, haciendo posible que la información *se procese y transmita digitalmente*.¹⁹

La *tercera característica* del impacto de Internet en el mundo es la *presencia de múltiples actores* cuya actividad se refleja en el ciberespacio, cada uno con intereses propios y que pueden agruparse en *entidades relacionadas directamente con el Internet, gobiernos y organismos internacionales, operadores de comunicaciones, proveedores de acceso, actores de la sociedad civil, comerciantes y empresarios electrónicos, así como usuarios en general*, entre los cuales no existe relación jerárquica, toda vez que todos ellos pretenden influir en el Internet de una u otra manera.²⁰

Por último, la *cuarta característica* se refiere a la *existencia de una multiplicidad de regulación aplicable que es creada por personas o entidades distintas a los Esta-*

16 ÁLVAREZ, Clara Luz, *Internet y Derechos Fundamentales*, Op. Cit., p. 33.

17 Ídem.

18 ÁLVAREZ, Clara Luz, *Internet y Derechos Fundamentales*, Op. Cit., citando a DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, p. 37.

19 FUENTES CAMACHO, Teresa, “Introduction: UNESCO and the Law of Cyberspace”, *The International Dimensions of Cyberspace Law*, Burlington, UNESCO Publishing, 2000, p. 1.

20 ÁLVAREZ, Clara Luz, *Internet y Derechos Fundamentales*, Op. Cit., p. 33.

dos y gobiernos, sin perjuicio de las leyes estatales que surjan para tratar de regular a las redes, actividades y servicios proporcionados que se desarrollan por medio de Internet; esto es, *con independencia de que los gobiernos o estados de un determinado lugar intenten regular el Internet*, debe señalarse que *existen organismos no gubernamentales*, como por ejemplo la *Internet Engineering Task Force (IETF)* o el *World Wide Web Consortium (W3C)* que *fomentan una amplia y abierta participación de cualquier interesado* para ir construyendo una regulación por consenso de la llamada “red de redes.”²¹

3.1 Impacto de Internet en el ámbito económico

Ante los cambios globales que ha generado Internet en los últimos años, la ONU convocó a la *Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información 1 (CMSI)* celebrada en Ginebra a finales de 2003, y en su segunda edición realizada en Túnez en diciembre de 2005, donde se analizó el papel que juegan las nuevas tecnologías en la sociedad actual, la *posibilidad de progreso social* con ellas, pero también los riesgos que representa la diferencia entre comunidades “conectadas” y la que se encuentran “desconectadas” de estas innovaciones.²²

En las conclusiones de la última Cumbre se propuso el *acceso universal, ubicuo equitativo y asequible* a la infraestructura y los servicios de las tecnologías de la información (incluyendo acceso a energía, computadoras y servicios de Internet). Los representantes de los países que asistieron, reconocieron que el *dominio tecnológico* es un factor capital para el *crecimiento económico*, ya que genera ventajas tales como un público consciente, nuevos empleos, incremento del comercio y una mayor divulgación de la ciencia.²³

Algunos gobiernos de países altamente desarrollados han creado políticas y legislaciones con las cuales pretenden adaptar sus marcos normativos al nuevo modelo de la sociedad de la información, ante el *desfase* que vive el “mundo tradicional capitalista” con la digitalización de la vida humana. Así, por ejemplo, en *Finlandia* se presenta el caso donde desde el uno de julio de dos mil diez el *derecho a Internet* se convirtió en una *garantía social*. En dicho país los ciudadanos tienen el *derecho constitucional a la conexión de banda ancha* de un “Megabit” o “Megabyte” (unidad de medida de información muy utilizada en las transmisiones de datos de forma telemática); además, el *sistema educativo* tiene la *obligación de conectar a todas las escuelas y librerías públicas a la red*. La constitución de

21 *Ídem*.

22 CONTRERAS OCTAVIO, Sergio, “Internet: un derecho humano”, en la revista *etcétera*, segunda época, México, 2012, Pp. 38 y 39.

23 *Ibídem*, p. 39.

Finlandia contempla para 2015 la conectividad social a una banda ancha de 100 “Megabit” o “Megabyte”, lo que representa que por Internet podrán realizarse actividades simultáneas tales como el envío de archivos, teletrabajo, consumo de televisión de alta definición o edición de productos, sin que esto represente lentitud en la conexión.²⁴

Sobre el *desarrollo de la red y la economía*, la conectividad demuestra que los países donde existe más participación social mediante Internet, también presentan *un mejor nivel de vida*. Así, los países que presentan mayores niveles de penetración social de la red son: Noruega (97.2%), Islandia (97%), Suecia (92.9%), Australia (89.9%), Dinamarca (89%), Finlandia (88%), Corea (82%), Canadá (81.6%), Japón (80%), Estados Unidos (78.3%), Singapur (77%), Hong Kong (68%), Alemania (67.4%) y Reino Unido (52%).²⁵

3.2. Impacto de Internet en el ámbito político

Por lo que respecta al *ámbito político*, puede decirse que el acceso a Internet también está *modificando* las relaciones humanas en dicho aspecto, pues la *posibilidad de conexión* de los usuarios puede *mejorar sus sistemas democráticos*, o en *extremo, causar su total eliminación*, como ocurrió a finales de dos mil diez y principios de dos mil once con la llamada “Primavera Árabe”, en la que la comunicación con las nuevas tecnologías disponibles, sobre todo entre los jóvenes, produjo un *nivel de concientización social* que llevó, por una parte, a caídas o modificaciones sustanciales en regímenes políticos y, por otra, al intento de dichos regímenes para *tratar de controlar la red*, siendo el caso más reciente la República Islámica de Irán donde el gobierno anunció la intención de crear un “segundo internet” que sea controlado por el Ministerio de Información.²⁶

3.3. Impacto de Internet en el ámbito de las relaciones sociales y personales

En el *ámbito social*, la irrupción de Internet ha provocado un *sinfín de modificaciones* en las relaciones humanas y de tan *diversa naturaleza y grado de realización*, que todavía hoy es imposible definir los alcances de dichos cambios.

A diferencia de las tecnologías de comunicación “tradicionales” o analógicas, Internet y sus innovaciones son las herramientas comunicativas *de mayor penetración en la historia de la humanidad*. En cuatro años Internet alcanzó la cifra

24 CONTRERAS OCTAVIO, Sergio, “Internet: un derecho humano”, *Op. Cit.*, p. 40.

25 *Ibidem*, p. 41.

26 *Ibidem*, p. 39. El autor cita el enlace electrónico <http://www.haa-retz.com/news/middle-east/report-iran-seeks-support-to-censor-internet-disconnect-from-global-network-1.425602>

de 50 millones de usuarios. Para principios de 2012 existían en el mundo *más de 2 mil 200 millones de seres humanos conectados a la red*, de los cuales *mil 100 millones* están unidos todos los días a través de “redes sociales” como Facebook y Twitter, compartiendo videos en You Tube y buscando información en Google. A nivel global 32% de la población tiene acceso a Internet.²⁷

En México, según cifras de *Internet World Stats*, con una población de 113 millones de personas, para inicios de 2012 se tiene una *comunidad de cibernautas* que alcanza los *42 millones de personas*, lo que representa el *36% de la población*. A su vez, datos proporcionados por la Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI) establecen que de 17 millones de internautas que había en México en 2005, *la cifra se duplicó en cinco años* a 34 millones en 2010, de los cuales el 60% son jóvenes menores de 35 años.²⁸

En este contexto, cabe resaltar que existe un diverso aspecto que permite entender, en la medida de lo posible, la variedad de mutaciones del comportamiento humano a raíz del surgimiento del fenómeno informático: la *relativización entre lo público y lo privado*.

En la ciencia jurídica se estableció desde hace ya mucho tiempo la *distinción entre derecho público y derecho privado*. Así, de acuerdo con la clásica cita recogida en el *Digesto*, derecho público “es el que se refiere al estado de la república”, es decir, al gobierno del pueblo romano; mientras que el derecho privado “es el que se refiere a la utilidad de los particulares”; por lo que se consideraba al derecho público como un derecho imperativo de la *lex publica* en oposición a los *privata hominis et familiae iura*.²⁹

Ahora bien, *Internet relativiza esta distinción entre lo público y lo privado*, en tanto que antes de la aparición de la red estas dos cuestiones estaban claramente separadas por *barreras tanto físicas como económicas*, pero ahora no, porque el desvanecimiento de tales diferencias se nutre también de la *difuminación* que se produce *entre lo individual y lo colectivo, entre lo real y lo virtual*. Esta difuminación de lo público y lo privado podría entenderse como la desaparición del segundo concepto; sin embargo, las condiciones en que el poder público y los usuarios se desenvuelven en internet *han cambiado* desde su pasividad inicial al momento del surgimiento de esta nueva tecnología, en tanto que aparece una *nueva situa-*

27 CONTRERAS OCTAVIO, Sergio, “Internet: un derecho humano”, *Op. Cit.*, citando cifras de la *Internet World Stats* una de las fuentes más autorizadas en materia de información estadística sobre Internet, p. 39.

28 *Ídem*.

29 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2004, p. 178.

ción de ubicación del ser humano en este nuevo entorno, para la que algunos autores manejan tres términos: “lo *semipúblico*, lo *pseudopúblico* y lo *neopúblico*.”³⁰

De esos tres conceptos y atendiendo al significado gramatical de los prefijos que los conforman (donde “semi” significa “medio” o “casi”, “pseudo” implica “falso”, mientras que “neo” se considera como “reciente” o “nuevo”) puede resultar conveniente inclinarse por la *tercera opción*, toda vez que lo *neopúblico* puede utilizarse para *describir esta nueva forma de manifestarse lo público y lo privado* dentro de Internet.

Así, surgen diversas características que explican este nuevo modelo de relación, tales como la *supresión de la idea de superioridad* entre gobernantes y gobernado, en tanto que el individuo de lo *neopúblico gravita sobre la sociedad multidireccionalmente*, autodeterminándose a sí mismo desde la porción heterogénea que le proporciona la propia red.³¹

Una característica más que evidencia esta nueva relación entre lo público y lo privado en Internet (*neopúblico*), lo constituye la *confusión entre lo real y lo virtual*, es decir, la experiencia sensitiva del mundo exterior frente a la recreación de la imaginación humana. Esta contradicción se potencializa en Internet, y en el desvanecimiento entre lo real y lo virtual, al parecer el último gana terreno, sin que por ello se considere algo falso, pues algunos autores estiman que sólo se trata de una “realidad distinta”; de tal manera que “*esta nueva dimensión del ciberespacio, la digitalidad, conduce a una reinterpretación de nuestro modo de entender la técnica, puesto que en ese nuevo mundo lo real puede convertirse en falso, el original en copia, y el ser, en identidad virtual...*”³²

Sin embargo, es justo decir que la característica señalada en el párrafo anterior, se encuentra muy lejos de ser cabalmente entendida y explicada, sobre todo por la propia provisionalidad de la situación que describe; de ahí que todavía exista mucha materia que dilucidar en cuanto a los reales alcances de este aspecto.

Por último, otra característica que se vincula con la difuminación entre lo público y lo privado en Internet es la referida a la *relativización entre el individuo y la sociedad*. De tal modo que, esta característica se entiende en el sentido de que *el individuo ya no se enfrenta a la colectividad y se protege en una caja de cristal frente a sus intromisiones, más bien el individuo se expande en la colectividad virtual, volvien-*

30 *Ibidem*, Pp. 182 y 183.

31 *Ibidem*, p. 184.

32 MORÓN LERMA, Esther, *Internet y derecho penal: “Hacking” y otras conductas ilícitas en la red*, Pamplona, Aranzadi, España, 1999, p. 79.

do el modelo de *comportamiento comunitario*, perfilando matices explicativos de una “nueva ciudadanía”. En el espacio “neopúblico” el individuo ya no se opone a la masa, pues dicho espacio es algo diferente, en tanto que Internet genera relaciones humanas “desubicadas” desde el punto de vista territorial, lo que impacta de manera directa en el entendimiento de la posición del individuo y la sociedad, así estos nuevos modelos de relacionarse socialmente sustituyen a las formas de interacción humana limitadas territorialmente.³³

Las características enunciadas en párrafos anteriores permiten establecer *el contenido* de la nueva categoría utilizada por la doctrina para tratar de explicar la nueva relación entre lo público y lo privado en Internet.

3.4. Conclusiones sobre el impacto de Internet en nuestra sociedad actual

Como se aprecia, Internet es un *medio polifacético*, es decir, contiene muy diferentes configuraciones de comunicación. Su variedad demuestra la convergencia que se está produciendo entre comunicaciones interpersonales y medios de comunicación de masas analógicos o “tradicionales” con los digitales. Esta convergencia entre medios de comunicación revela un aspecto de especial interés en el Internet: *el intercambio de papeles* entre quienes utilizan dicha red de comunicación, fundamentalmente los productores y los receptores de contenidos, pues de acuerdo a las características de *interconectividad y uso de la tecnología* que presenta la red, un usuario puede convertirse en un productor o emisor de información.³⁴

De igual manera, las características enunciadas en párrafos anteriores, tanto en lo referente a la infraestructura tecnológica que compone la “red de redes”, como en lo relativo al impacto que genera su utilización en el ámbito de la vida contemporánea, permiten establecer que la información y los datos que son ingresados a través del Internet tienen la particularidad de contar con una *difusión y circulación mucho más dinámica* que la que proporcionan los tradicionales medios de comunicación masiva.

En ese sentido, las citadas características también permiten concluir que dicha información participa de una *naturaleza singular*, porque su *conocimiento* por parte de los usuarios puede establecerse de forma *directa, rápida y accesible* en un determinado sitio, dominio o página *web* a la que se encuentra ingresada, *al no contar con límites claramente definidos*, hasta el momento, para la regulación de su circulación.

33 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet*, Op. Cit., p. 186.

34 FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, Mc Graw Hill, España, 1998, p.26.

Por consiguiente, las conductas relacionadas con la mencionada difusión de información en la red, en tanto hechos o actos ocurridos en una realidad física o virtual, pueden derivar en *conductas lícitas o ilícitas*, de acuerdo con el acto que las configure y, en ese sentido, tales conductas son susceptibles de afectar el honor o la reputación de una persona, lo que puede abarcar los *dos aspectos* que conforman los citados atributos de la personalidad, esto es, tanto el *ámbito meramente interno o subjetivo* (honor) como la perspectiva que se aprecia *desde fuera del sujeto que lo vive* (reputación).

De ahí que, las posibles variaciones en cuanto a la ejecución de las conductas desplegadas en la “red de redes”, pueden derivar en actos lícitos o ilícitos que en su momento lleguen a vincularse con el honor y reputación de una persona y, precisamente, su propia naturaleza como actos con una difusión y circulación más directa, rápida, accesible y dinámica que las formas tradicionales, y sin limitaciones definidas, evidencia lo intrincado de esta novedosa relación surgida entre el Internet y el daño moral (en su vertiente de afectación a los citados atributos de la personalidad), además de comprobarse la trascendencia que ahora tiene la información ingresada en Internet, en la medida que puede dar lugar a hechos cuyas consecuencias resultan inmediatas, continuas, permanentes, continuadas, e incluso en algunos casos, con combinaciones de varias o todas las características anteriores respecto de la idea o proyección que un individuo tiene de sí mismo (honor), o bien, de la opinión que la gente tiene de dicho individuo (reputación).

En ese contexto, no debe olvidarse que la inclusión de información y datos en Internet, deriva en que su publicación y circulación *se inscriba en un entorno o espacio virtual conocido comúnmente como “ciberspacio”* que, por su misma conformación, *no limita* y al contrario, *permite* el surgimiento tanto de las citadas conductas, como de sus consecuencias, con bastante *facilidad y posibilidad*.

4. Comentarios finales en torno a la relación entre derecho al honor e internet

La evolución de la comunicación electrónica, en especial, la cibernética, ha dado lugar a que las fronteras entre lo público y lo privado se difuminen notablemente. Es cierto que la sociedad de masas permite el anonimato, pero la tecnología allana, en muchos casos, la vida privada.³⁵

35 FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, Op. Cit., p. 142.

Las tendencias políticas, historias médicas o nuestras finanzas pueden encontrarse a disposición de muchos o casi cualquiera en la “red de redes”, pues así lo permite el desarrollo de infraestructura y uso del Internet. De tal manera que, la red implica en ciertos casos, una evidente amenaza para la protección del ámbito de la vida privada, siendo la *razón fundamental* de dicha amenaza la *globalización de la información*, pues a través del Internet es posible la *difusión* de elementos relativos a la *imagen y vida particular* de los individuos, pero a *nivel mundial*³⁶ de acuerdo con la infraestructura tecnológica desarrollada y la forma de uso empleada en dicha red.

Ejemplo del *desafío* que entraña la globalización de la información para los medios de protección de la intimidad y el honor que otorga el derecho, lo constituye el *caso paradigmático* ocurrido en mil novecientos noventa y seis, con F. Mitterrand, fallecido Presidente de Francia. Tras su muerte, el que había sido su médico particular durante décadas publicó un libro sobre los últimos momentos de la vida del Presidente. En tal caso, en enero de dos mil seis, el Tribunal de Grande Instancia de París ordenó que se practicara la figura jurídica del “secuestro de la publicación” a instancia de la familia Mitterrand, siendo que dicha figura jurídica consiste esencialmente en evitar la distribución de una publicación que puede causar daños irreparables.³⁷

Antes de ordenarse el citado “secuestro”, se habían *vendido ya 40,000 copias del libro*. Uno de los compradores, que *poseía un cibercafé*, es decir, un establecimiento comercial en el que se ofrece acceso a Internet, *introdujo en su servidor una copia del libro sacado de circulación*. El servidor estuvo colapsado durante muchos días debido al *intenso tráfico electrónico*, pero además la citada información ingresada, fue *inmediatamente copiada o reflejada* en servidores de organizaciones anticensura y pro libertad de expresión *de todo el mundo*, y para finales de febrero del dos mil seis, esto es, mes y medio después de la orden de “secuestro” del material, *ya había una copia en inglés* disponible en *numerosos servidores*.³⁸

El ejemplo aludido, revela aspectos preocupantes tales como la *inoperancia de los instrumentos tradicionales* otorgados por el derecho, como en el caso sucedió con el “secuestro” judicial del material controvertido; así como lo referente al problema que genera la *globalización de la información* que algunos autores han dado en llamar “*forum Shopping*”³⁹ siendo que la *introducción en cualquier servi-*

36 *Ídem*.

37 *Ídem*.

38 *Ibídem*, Pp. 142 y 143.

39 *Ídem*.

dor del mundo de una sola copia sobre determinada información en Internet supone que, potencialmente, millones de personas tengan acceso a ella, lo cual pone en evidencia los alcances tan amplios, casi universales, de los efectos de las publicaciones realizadas en Internet, en un mundo sin fronteras definidas como es el ciberespacio.

Así, de acuerdo con la manera en que generalmente circula y se difunde la información o los datos que se ingresan al Internet, pueden realizarse actos instantáneos entendidos éstos como conductas que se consuman en un solo acto o se agotan en un solo momento; así como hechos continuos o permanentes que se realizan por una sola acción prolongada sin interrupción por más o menos tiempo; o de igual forma, pueden acontecer hechos continuados presentados como una pluralidad de acciones que integran una sola conducta, en razón de la unidad de propósito e identidad de sus consecuencias, pero que pueden tener cierta discontinuidad en su ejecución, aunque siempre completando una sola conducta; y todos ellos, potencialmente, pueden llegar a generar afectación al honor y reputación de una persona con resultados variables según sea el caso; de ahí la importancia de que el derecho cuente con mecanismos suficientemente claros, pero sobre todo eficaces, para la defensa adecuada de esos atributos de la personalidad, que dicho sea de paso, son considerados derechos fundamentales, en tanto que participan de las características de éstos, principalmente la relativa a que son intrínsecos o conciernen sólo a la persona, por lo que deben gozar de una protección amplia de acuerdo con lo actualmente previsto en el artículo 1° de nuestra Carta Magna.

Fuentes de Consulta

- ÁLVAREZ, Clara Luz, *Internet y Derechos Fundamentales*, Editorial Porrúa, México, 2011.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código Civil Federal.
- CONTRERAS OCTAVIO, Sergio, "Internet: un derecho humano", en revista *etcétera*, segunda época, México, 2012.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, España, 1998.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2004.
- FUENTES CAMACHO, Teresa, "Introduction: UNESCO and the Law of Cyberspace", *The International Dimensions of Cyberspace Law*, Burlington, UNESCO Publishing, 2000.
- MORÓN LERMA, Esther, *Internet y derecho penal: "Hacking" y otras conductas ilícitas en la red*, Pamplona, Aranzadi, España, 1999.
- MOSOET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por Daños*, Tomo V Daño Moral, Editorial Rubinzal-Culzani, Argentina, 1999.
- SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo y VÁZQUEZ-MELLADO GARCÍA, Julio César (Coordinadores), *Estudios Contemporáneos de Derecho Civil*, Editorial Porrúa, México, 2009.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, consultado a través de la siguiente dirección electrónica <http://psvscjn.usap.scjn.pjf.gob.mx/paginas/tesis.aspx>

Los límites ónticos en la labor del juzgador. Un reto frente a la modernización de la impartición de justicia *

Bertha Alicia Ramírez Arce **

José Luis Cuevas Gayosso***

RESUMEN: El presente artículo aborda una de las problemáticas que podemos encontrar en el ejercicio de la labor jurisdiccional, la crisis de legalidad; expresada como la ineficacia de los controles legales, la manifiesta corrupción y ausencia de certeza en la impartición de justicia. La sociedad exige cambios y consideramos que la reforma educativa y judicial es un reto que debemos afrontar. Es necesaria una modernización con objetivos orientados a dignificar la labor y el ejercicio del juzgador.

En el ámbito de la docencia retomar una formación humanista, fortaleciendo el apego a los principios y argumentación razonada, y en el ámbito de la labor jurisdiccional garantizar una impartición de justicia proba, apelando a la ineludible tutela de los derechos humanos.

Palabras Clave: Límites ónticos, labor jurisdiccional, crisis de legalidad.

ABSTRACT: This article discusses one of the problems that can be found in the exercise of judicial work, the crisis of legality; expressed as the ineffectiveness of legal controls, the manifest corruption and lack of certainty in the administration of justice. Society demands changes and we consider educational and judicial reforms, is a challenge we must face. Modernization is required objectives designed to dignify the work and the exercise of the judge.

In the field of teaching resume a humanistic, strengthening the commitment to the principles and reasoned argument, and the scope of work ensuring judicial administration of justice likely appealing to the inescapable human rights protection.

Key Words: Ontic limits, labor court, legality crisis.

SUMARIO: Introducción 1. La formación del jurista. 2. La justicia en el ejercicio jurisdiccional. 3. Límites ónticos. 4. Los Principios Generales del Derecho.

* Artículo recibido el 4 de febrero de 2013 y aceptado para su publicación el 18 de abril de 2013.

** Docente de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho e Investigadora del Seminario de Derecho romano y Derechos indígenas de la Universidad Veracruzana (UV).

*** Investigador de tiempo completo del IIJ de la UV; Director del Seminario de Derecho romano y Derechos indígenas de la UV.

Algunos criterios doctrinarios en la labor de la impartición de justicia 5. Compromisos y retos. Bibliografía.

Introducción

La educación y formación de profesionales en México se encuentra en franca crisis, situación que genera, diversas problemáticas, como: incompetitividad, falta de compromisos sociales, ausencia de valores y ética profesional en el ejercicio laboral. La realidad social y los problemas relacionados nos evidencian el resultado de tales circunstancias.

En el caso de la formación del jurista, visualizamos particularmente que la falta de compromisos sociales, ausencia de valores y de ética profesional en el ejercicio, se han convertido en el *Leviatán* del tercer milenio, particularmente en el ámbito de la práctica jurisdiccional que nos revela un escenario ausente de certeza y seguridad jurídica en la búsqueda de la justicia.

Ante tal escenario, ni idealismos ni solipsismos, requerimos asumir compromisos y responsabilidades como sociedad y Estado, uniéndonos al reto de formar juristas con plena conciencia y convicción de ver en el derecho y en la judicatura, una alternativa para proporcionar a la sociedad el asidero necesario, generador de un mínimo de certeza en la independencia de la labor jurisdiccional e impartición de justicia.

1. La formación del jurista

La formación del jurista impone retos importantes en la realidad actual. Retos que no obstante los avances obtenidos, es necesario reconocer que se han generado al mismo tiempo, grandes vacíos o ausencias en el proceso de formación, como lo es la instrucción o acceso al conocimiento de la disciplina jurídica con ausencia de valores.

Esta circunstancia no solo la observamos sino que la padecemos ya que cada vez, es más común enfrentar consecuencias emanadas de problemáticas tales como: incompetitividad, falta de compromiso social, ausencia de valores o ética profesional.

Cabe hacer una reflexión al respecto. Para que el compromiso, competitividad y actitudes éticas puedan generarse en el estudiante, necesariamente deberán ser promovidas y mostradas en el quehacer docente, ya sea en su método de enseñanza o de investigación.

Consideramos necesario replantear los objetivos de la enseñanza jurídica, revisarlos, y en consecuencia aceptar el hecho de que el proceso de formación del jurista en México requiere de una “reformación”.

Guzmán Brito afirma que: la idea de reformación implica un reconocimiento a la idea de ver al estudiante con una educación jurídica que se entiende deformada, y en efecto, entendemos por “deformación”, la imposición de prejuicios; la ausencia de espíritu crítico y la falta de ímpetu constructivo y emprendedor.¹

En este mismo sentido, conviene traer a cuenta la tesis de Ferrajoli, quien en materia de constitucionalismo advierte una profunda crisis: entre el derecho y la razón jurídica en los países, incluso, de democracia “avanzada”, y destaca tres aspectos de dicha crisis.²

La crisis de legalidad; expresada en la ineficacia de los controles legales y en los crecientes procesos de corrupción que envuelven a la política, a la administración pública, a las finanzas y la economía. Es en esta situación donde podemos observar la gran ausencia de valores y compromisos sociales por parte de esta problemática.

La crisis del Estado social; favorecido por el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la “inflación normativa” y sobre todo, la falta de un sistema de garantías de derechos sociales, el cual como Ferrajoli afirma, “representa, no sólo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio.”.³

La crisis del Estado nacional, que se manifiesta en el cambio de lugares de la soberanía y alteración del sistema de fuentes, con lo que se debilita el constitucionalismo nacional, ya que los centros de decisión antes reservados a los Estados en ejercicio de su soberanía, en materia militar, política monetaria y políticas sociales, se han trasladado a organismos internacionales, lo cual evidencia la falta de un constitucionalismo internacional.⁴

Esta crisis del derecho, en sus tres vertientes, se traduce a decir de Ferrajoli, en “una crisis de la democracia”, por que revela una crisis del principio de legalidad.

1 Ver: GUZMÁN BRITO, Alejandro, “En torno a los objetivos de la enseñanza jurídica”, en *Revista de Ciencias Sociales, Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, No. 40, EDEVAL, Universidad de Valparaíso, Chile, 1995, Pp. 23-30. Siguiendo esta línea de pensamiento, Ver también RAMÍREZ ARCE, Bertha Alicia, “La moderna romanística crítica. Su papel fundamental en la enseñanza de la ciencia jurídica y su devenir en México” en *Revista Letras Jurídicas*, No. 22, Universidad Veracruzana, México, 2010, Pp. 253-263.

2 FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª edición, Trotta, España, 2004, p. 15.

3 *Ibidem*, p. 16.

4 *Idem*.

El riesgo que Ferrajoli prevé para el futuro de los derechos fundamentales y de sus garantías, depende no sólo de la crisis del derecho, sino de la “razón jurídica moderna”, esto es, de la pérdida de confianza en la razón jurídica.

A partir de los problemas expuestos consideramos que la labor docente en este sentido tiene mucho por hacer. Un primer paso en búsqueda de soluciones, consiste en reconocer que la razón jurídica está en crisis, por la falta de una práctica adecuada que permita seguir manteniendo la confianza de la sociedad en ella.

El ejercicio de la razón jurídica es precisamente eso, una práctica que amén de constante, debe ser inducida y promovida con el ejemplo por los docentes, en quienes descansa en primera instancia, el proceso de formación del estudiante de derecho.

El modelo garantista, propuesto por Ferrajoli, es una alternativa de solución, su teoría plantea que el derecho en su función de garantizar la tutela de los derechos fundamentales, en los ordenamientos de constitución rígida como la mexicana, se caracteriza por una doble artificialidad, es decir:

Ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico*, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del *Estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo.⁵

El modelo garantista de Ferrajoli propone cambios estructurales en los planos del modelo positivista clásico, a saber:

- En el plano de la *teoría del derecho*, donde esta doble artificialidad del ser y su deber ser, supone una revisión de la teoría de la validez, basada entre la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones;
- En el plano de la *teoría política*, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial;
- En el plano de la teoría de la *interpretación y de la aplicación de la ley*, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de sujeción a la ley;

5 *Ibíd.*, p. 19.

- En el plano de la *metateoría del derecho*, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto.⁶

De los cambios estructurales propuestos por Ferrajoli, destaca para nuestro tema el marcado con el inciso c), el cual propone una “redefinición del papel del juez”, lo que resulta evidenciador de la necesidad de revisar el binomio: ejercicio docente en la formación del jurista y la labor fundamental del juez. Aspectos que se revisarán en el siguiente apartado.

2. La justicia en el ejercicio jurisdiccional

El ejercicio del juzgador como se ha señalado, juega un papel importante en los cambios estructurales que como sociedad debemos afrontar, en materia de educación y de formación del jurista en México. De manera particular en cuanto a la manera de dar solución a las problemáticas que se someten a su jurisdicción.

La formación del jurista propiamente de aquél que conocerá de casos particulares y que habrá de realizar la labor interpretativa de la norma, desarrollando su actividad intelectual cuando no exista norma aplicable al caso concreto, es una de las actividades que en el ámbito de la docencia se deben fortalecer, partiendo de la siguiente premisa: La justicia es constante práctica, es decir, la labor fundamental del juzgador es “practicar la justicia”.

Para educar y formar a los juristas, quienes ejercerán la labor fundamental de la impartición de justicia, es necesario considerar a la deontología jurídica como un medio de conocimiento para alcanzar tal objetivo.

Saldaña Serrano, señala al respecto:

La deontología jurídica, y particularmente la ética del juzgador, cumple con dos objetivos principalísimos: por una parte, parece que la deontología tiende a ser (sic) mejores profesionistas a los jueces, no sólo por conocer bien el derecho sino por la búsqueda de cierta perfección humana. Así, la deontología contribuye señalándole la acción buena y correcta a realizar en un caso específico; y por la otra, le ofrece una cierta certeza y seguridad de que el resto de sus colegas de profesión actuarán del mismo modo, es decir, se apegarán a lo establecido por dichos presupuestos deontológicos.⁷

6 *Ibíd.*, p. 20.

7 SALDAÑA SERRANO, Javier, “Virtudes judiciales: Principio básico de la deontología jurídica”, en *Reforma Judicial Revista Mexicana de Justicia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2006, p. 84.

Consideramos que la ética personal de juzgador tiene un papel fundamental y en ese sentido el modelo ético más propicio a decir de Saldaña es el de la “ética de las virtudes”⁸. En este sentido, habrá que recordar que las virtudes aristotélicas son: justicia, prudencia, templanza y fortaleza.

Cicerón, al hablar de la honestidad, señala cuatro principios: prudencia, justicia, fortaleza y templanza, las cuales encuentran también sustento en las virtudes aristotélicas.

Mas todo lo que es honesto ha de proceder de alguna de estas cuatro partes. Porque, o consiste en la investigación y conocimiento de la verdad, o en la conservación de la sociedad humana, en dar a cada uno lo que es suyo, y en la fidelidad de los contratos, o en la grandeza y firmeza de un ánimo excelso e invencible, o en el orden y medida de todo cuanto se dice y hace, en que se comprende la moderación y templanza.⁹

Cicerón al hablar de justicia la asocia a la idea de fidelidad y en la propia obra de *Los Oficios*, en el capítulo VII, corrobora esta idea indicando a la fidelidad como fundamento de la justicia, veamos: “El fundamento de la justicia es la fidelidad; esto es, la firmeza y veracidad en las palabras y contratos”.¹⁰

El análisis de estas citas fue motivo de reflexión, en un estudio realizado anteriormente, por Ramírez Arce,¹¹ del cual ahora destacamos que Cicerón materializa una problemática límite, al exponer en el capítulo X “De los Oficios”, la siguiente afirmación a manera de título. “La justicia de nuestra acción depende muchas veces de las circunstancias.- Casos en que está uno dispensado de cumplir la palabra o promesa”.¹²

Mas hay casos y circunstancias en que lo que parece digno de un hombre justificado, a quien llamamos hombre de bien, varía totalmente y se muda en lo contrario; de forma que viene a ser justo no cumplir lo prometido, no volver el depósito, y el no guardar y desentenderse de otras cosas que la buena fe y la verdad requieren. Porque es necesario referirse en todo a aquellos fundamentos de la justicia que propuse

8 *Ibidem*, p. 86.

9 CICERON, *Los Oficios*, Libro I, Capítulo V, Tratados Morales, Los clásicos, Cumbre, México, 1978, Pp. 165-166.

10 *Ibidem*, Capítulo VII, p. 168.

11 Ver: RAMÍREZ ARCE, Bertha Alicia, “Reflexiones en torno al principio de justicia, como bien común. Paradigma romanista en el pensamiento Rousseauiano y moderno de Rawls y Kauffmann”, Ponencia presentada al XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Universidad de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, México, 2006.

12 *Ibidem*, Capítulo X, Pp. 171-172.

al principio: lo primero que no se haga daño a nadie, y lo segundo que se mire por la común utilidad.¹³

Con base en lo anterior, podemos afirmar que el límite al ejercicio de lo justo, en determinadas circunstancias, será aquello que observe la utilidad común y en este sentido la virtud del juzgador deberá encontrar apoyo en la prudencia, en el discernimiento de lo justo e injusto y en la práctica de lo honesto.

3. Límites ónticos

Una de las problemáticas que se observa en el ejercicio de la labor jurisdiccional son los límites dentro de los cuales debe ser aplicado el elemento ético en la labor del juzgador.

Considerando que de dicha labor se exige independencia e imparcialidad en la toma de decisiones, observando el sentido de la norma y haciendo valer su opinión incluso en contra de la opinión de la mayoría o generalidad.¹⁴

Para lograr lo anterior resulta fundamental que el juzgador goce de absoluta autonomía en la impartición de justicia, al margen de presiones políticas o de control externo.

Dworkin, postula la “tesis de los derechos”, señalando como líneas principales de su planteamiento las siguientes: a) Los jueces deben aplicar el derecho creado por otras instituciones, y b) No deben crear un nuevo derecho.¹⁵

Se refiere a las políticas, cuya directriz en determinado caso vaya orientada a la búsqueda de determinados principios que puedan operar y ser aplicados en la labor interpretativa.

Realiza además la reflexión en el sentido de que “las decisiones deberían ser tomadas por los juzgadores atendiendo a los principios y no a las políticas”.¹⁶

Para ello propone que la persona del juzgador, tenga características especiales, que sin duda, detalla en la metáfora utilizada a partir del personaje que crea para tal efecto, “Hércules”, a quién provee de una serie de cualidades que serían las deseables en las personas encargadas de la labor jurisdiccional.¹⁷

13 *Idem.*

14 Ver: FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Op. Cit.

15 DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio (Taking Rights Seriously)*, Traducción Marta Guastavino, Ariel derecho, España, 1988, Pp. 6-10.

16 *Idem.*

17 Para un estudio detallado sobre el tema, Ver: MUÑOZ GONZALEZ, José Antonio, “Casos difíciles y Derecho como integración. Estudio sobre la teoría jurídico filosófica de Ronald Dworkin”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 3, 1999/2000, Pp. 57-66.

En la metáfora, explica que en los casos difíciles, el juez debe dar el triunfo al principio que tenga mayor fuerza de convicción. Ello ubica al juzgador ante la necesidad de discernir entre una disyuntiva de valores. Ante esta situación resuelve argumentando que la función del juez no es creadora, en sentido estricto, sino garantizadora, cuando en la solución del caso no tenga norma aplicable, ha de acudir a los principios jurídicos. Extrayendo tales principios del propio derecho y no de las reglas sociales o ideas políticas.

Con lo expuesto podemos concretar que los límites ónticos en la labor del juzgador, deberán ser aquellos que respeten la autonomía, independencia e imparcialidad en la toma de decisiones, así como el prudente discernimiento del juzgador en la labor interpretativa de la norma y en los casos en que no exista norma aplicable al caso apelar a la honestidad en el sentido ciceroniano, o en su caso al límite de la justicia, es decir, a la utilidad común.

4. Los Principios Generales del Derecho. Algunos criterios doctrinarios en la labor de la impartición de justicia

El debate en el pensamiento moderno en torno a los principios generales del derecho han generado diversas posturas e interpretaciones, que alientan su protección a partir de diferentes disciplinas e intereses ya sean sociológicas, económicas, políticas, y por supuesto jurídicas. No obstante, desde este enfoque, debemos reconocer, que los criterios doctrinarios y los referentes que el derecho comparado nos ofrecen siempre contribuirán a la reflexión y crítica de aquellas instituciones jurídicas que no resulten eficaces¹⁸, para dar solución a los problemas que nuestra realidad exige.

Ferrajoli, considera que el “garantismo” es la respuesta a la crisis entre las relaciones de justicia y política, concibiéndolo como “un conjunto de principios axiológicos racionalmente compartidos”.¹⁹

Kauffmann, con relación al debate “derechos humanos-principios generales del derecho”, afirma que, la problemática de estos temas radica precisamente, en que poco nos aportan, en tanto, su estudio se aborde en forma rigurosamente absoluta o abstracta, ya que, a pesar de su ayuda, no se puede superar del todo el tema del relativismo con lo cual han sido tan criticados, y afirma que los dere-

18 En este sentido, Ver: HABERLE, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, Traducción Héctor Fix-Fierro, publicada en *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., tomo IV, México, 2003, Pp. 3455-3482.

19 Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Jueces y política*, Universidad de Camerino, Italia.

chos humanos: “Son, precisamente, derechos de los hombres y para los hombres y nada en lo humano es absoluto. Esto vale también para los principios generales del derecho.”²⁰

Así mismo, considera que los principios no se pueden aplicar como en una receta de cocina; con dichos principios no obra la subsunción [...] Pero tales principios son tópicos (*topoi*) importantes de la argumentación y tienen, por ende, gran peso cuando se trata de la protección de las minorías y de los más débiles, cuanto más se concretan, más contingentes devienen y sólo por excepción se podrá fundamentar una decisión sólo en un principio tal.

En el fondo no se puede presentar abstractamente la forma en como actúan los principios generales en la argumentación, tan sólo se pueden demostrar con ejemplos.²¹

Barroso, afirma que: “Los principios no son, como las reglas, comandos inmediatamente descriptivos de conductas específicas, sino normas que consagran determinados valores o indican fines públicos que se deben realizar a través de distintos medios.”²²

Barroso, propone que para el trato de los casos límite el juzgador deberá apelar a lo que él llama “principio instrumental de la razonabilidad”.²³

Por otra parte, Cea Egaña, en su propuesta de Estado Constitucional de Derecho, como Paradigma jurídico, sostiene que:

[...] La ciencia del derecho ha sido remozada y se desenvuelve en un nuevo raciocinio jurídico. En éste, el intérprete de la constitución se halla más libre para desplegar la búsqueda de armonía entre los derechos fundamentales en conflicto, conjugándolos con sujeción a la finalidad presente en todo valor, principio o precepto jurídico de índole fundamental. De la teorización lógico-formal se avanza a la argumentación razonable y práctica, infundiendo vida al ordenamiento normativo.²⁴

El autor sostiene que en este paradigma es menester ayudar a la magistratura persuadiéndola de la importancia de su función en el Estado Constitucional de Derecho, capacitándola en argumentación, ponderada y razonada, amén, de adentrarse en la consecución del ideal de un sistema normativo coherente, en el

20 KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, traducción Luis Villar y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 337.

21 *Ibídem*, p. 338.

22 BARROSO, Luis Roberto, *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho. El triunfo tardío del Derecho Constitucional en Brasil*, UNAM, México, 2008, p. 14.

23 *Idem*, p.15.

24 CEA EGAÑA, José Luis, “El Estado Constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano/2005*, Biblioteca Jurídica Virtual, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, p. 50.

que los principios y valores constitucionales irradian a todo el régimen preceptivo.²⁵

Es importante destacar que el debate en este sentido ha sido prolífico, y que autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky, han influenciado y contribuido incluso como promotores, en el pensamiento de las cortes en algunos países Latinoamericanos, como es el caso de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Alexy, en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia; la influencia de Ferrajoli en algunas de las sentencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia en México y el caso de Zagrebelsky como magistrado de la Corte Constitucional Italiana.²⁶

En este sentido podemos encontrar en la doctrina un sólido apoyo para el mejoramiento de la labor jurisdiccional, cerrando la brecha entre la doctrina y la práctica.

5. Compromisos y retos

La educación y formación del jurista en México y particularmente la de aquellos que se dedicarán a la administración de justicia, nos obliga a reconocer que existen fallas y temas pendientes por tratar.

Sabedores de que esta problemática tiene un origen y responsables, consideramos que es nuestro deber como académicos señalarlos y en tal sentido apuntar que es en el ámbito de la formación jurídica, donde queda mucho por hacer.

Esta situación, no es ajena para nadie, todos padecemos sus consecuencias: como sociedad, cuando acudimos ante nuestros servidores públicos y recibimos un trato prepotente; cuando nuestra clase política hace oídos sordos a nuestras verdaderas necesidades o cuando acudimos ante los órganos jurisdiccionales en espera de un trato digno, justo y apegado a derecho, y sólo nos enfrentamos ante una lamentable realidad que dista mucho del ideal de trato igualitario y justo para todos.

La sociedad nos exige cambios y deseamos formar parte de esta movilización y reforma educativa y judicial. Comprendemos que es necesaria una modernización pero con rumbo, con objetivos orientados a dignificar la labor y el ejercicio del juzgador.

25 *Idem*, p.54

26 Cfr. CARBONELL, Miguel, "El neoconstitucionalismo en América Latina: Una perspectiva teórica", en *Documento de trabajo de Derecho Constitucional*, núm. 103 Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, Pp. 9

En este sentido, retomar una formación humanista, basada en los retos y exigencias que nuestra sociedad impone, fortaleciendo sus valores y principios, defendiéndolos con la práctica y el ejemplo.

Guzmán Brito, sostiene que en la actualidad para asegurar la vigencia social de un derecho en una sociedad culta, basta que éste se encuentre enraizado en los estamentos de juristas, jueces y legisladores.²⁷

Lo anterior anticipa el inminente compromiso que tenemos que asumir, ante el necesario proceso de modernización de la impartición de justicia, y en este sentido proponemos a guisa de ejemplo los siguientes retos:

1. Observar a la justicia como un ejercicio práctico, constante, vivencial, no como una aspiración o anhelo. Sólo así nos volveremos peritos en la materia, y en consecuencia juristas.
2. Anteponer en el ejercicio jurisdiccional a la prudencia, como virtud creadora del derecho, apelando a la razón jurídica, deslindando a las razones políticas y económicas, que sólo han abonado a la falta de confianza en la labor jurisdiccional y promovida la corrupción.
3. Garantizar una impartición de justicia proba, mediante la aplicación de la ley en términos de una interpretación justa incluso en aquellos casos donde exista oscuridad en la norma, apelando a la ineludible tutela de los derechos humanos.
4. Promover una mentalidad crítica y en consecuencia propositiva, creadora y reformadora de nuestro derecho, en defensa y protección del principio *pro homine*.
5. Y por último siguiendo a Ferrajoli, el reto más difícil, que consiste en alcanzar la legitimación democrática del poder judicial y su autonomía e independencia, ello como límites ónticos fundamentales en la actividad jurisdiccional.

27 ALCALDE Rodríguez, Enrique, *Los Principios Generales del Derecho*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2003, parafraseando a Guzmán Brito.

Bibliografía

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los Principios Generales del Derecho*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto, *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho. El triunfo tardío del Derecho Constitucional en Brasil*, UNAM, México, 2008.
- CARBONELL, Miguel, "El neoconstitucionalismo en América Latina: Una perspectiva teórica", en *Documento de trabajo de Derecho Constitucional*, núm. 103, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007.
- CEA EGAÑA, José Luis, "El Estado Constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano/2005*, Biblioteca Jurídica Virtual, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx.
- CICERON, *Los Oficios, Tratados Morales*, Los clásicos, Cumbre, México, 1978.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio (Taking Rights Seriously)*, Traducción Marta Guastavino, Ariel derecho, España, 1988.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4ª ed., Trotta, España, 2004.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, "En torno a los objetivos de la enseñanza jurídica", en *Revista de Ciencias Sociales, Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, No. 40, EDEVAL, Universidad de Valparaíso, Chile, 1995.
- HABERLE, Peter, "Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", Traducción Héctor Fix-Fierro, publicada en *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª ed., Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., tomo IV, México, 2003.
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, traducción Luis Villar y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- MUÑOZ GONZALEZ, José Antonio, "Casos difíciles y Derecho como integración. Estudio sobre la teoría jurídico filosófica de Ronald Dworkin", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 3, 1999/2000.
- RAMIREZ ARCE, Bertha Alicia, "La moderna romanística crítica. Su papel fundamental en la enseñanza de la ciencia jurídica y su devenir en México", ponencia presentada en el *Seminario: Historia y Prospectiva de la Ciencia Jurídica (1810-1910-2010)*, Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad, UV. 2010.
-
- _____, "Reflexiones en torno al principio de justicia, como bien común. Paradigma romanista en el pensamiento Rousseauiano y moderno de Rawls y Kauffmann", Ponencia presentada al XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Universidad de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, México, 2006.

SALDAÑA SERRANO, Javier, "Virtudes judiciales: Principio básico de la deontología jurídica", en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2006.

Seguridad internacional y Derechos humanos en el siglo XXI: problemas ético-jurídicos del uso de los drones*

Teresa M. G. Da Cunha López *

RESUMEN: Este artículo intenta colocar algunas cuestiones ético-jurídicas sobre el uso de los “drones”, acotando su tratamiento al contexto actual de la narco guerra y de la seguridad internacional. El uso de los “DRONES” coloca dos cuestiones del ámbito jurídico y ético que han sido, hasta el momento, escasamente trabajadas, sea por la academia o por el público en general. La primera cuestión, en campo del *Ius Ad Bellum*, es sobre la legitimidad de actos de guerra en territorios de países con los cuales no existe una declaración previa de guerra o que, inclusive, son aliados y de la legalidad, bajo los principios del Derecho Internacional de lo que eufemísticamente se ha venido llamando como “muertes selectivas” o “asesinatos selectivos”. La segunda cuestión se coloca en el terreno de los Derechos Humanos, ya que lo que estamos observando son ejecuciones extra-judiciales, de individuos que si bien culpables o presuntamente culpables de actos atroces, no han sido juzgados conforme a derecho.

Palabras Clave: Derechos Humanos, *Ius Ad Bellum*, Drones.

ABSTRACT: This article attempts to place ethical and legal issues regarding the use of “drones” at the center of the discussing, limiting their treatment to the current context of the drug war and the use of safety international. The use of “DRONES” on the new “fuzzy” wars raise two issues, a legal one and an ethical one, that, so far, have barely being addressed either by academia or the general public. The first question deals with issues in *Ius Ad Bellum* field, about the legitimacy of acts of war in the territories of countries with which there is no previous state or declaration of war, or, even, are allies. This arises the problem of the legality under international law principles of what has been called euphemistically “targeted killings” or “targeted killings”. The second issue is created in the field of Human rights, because what we are observing are extra-judicial executions, although individuals who allegedly guilty or guilty of heinous acts have not been prosecuted under the law.

Key Words: Human Rights, *Ius Ad Bellum*, Drones.

* Artículo recibido el 12 de febrero de 2013 y aceptado para su publicación el 11 de abril de 2013.

** Doctora en Derecho. Profesora-investigadora en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; Titular del Área de Ciencias Sociales en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la facultad antes referida, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, con perfil PROMEP (tdacunhalopes@gmail.com).

SUMARIO: Introducción. 1. La Urgencia de legislar sobre el uso de los drones en México. 2. ¿Que son los “drones” y cuáles son sus usos en teatro de guerra y operaciones de seguridad nacional?. 3. Los Problemas ético-jurídicos de la “guerra por control remoto”. 4. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

El año 2012 fue sin duda el “año de los drones”. El año 2013 será, sin duda, el año de las iniciativas legislativas (Senado estadounidense) e internacionales (Asamblea General de la ONU) para un encuadramiento normativo del uso de los “drones”. Este movimiento ya se colocó en el centro del escenario esta semana, exactamente el 8 de febrero 2013, después de la intervención en el Senado de Estados Unidos de John Brennan, elegido por el Presidente Barack Obama como director de la CIA y de la fuerte posición de los integrantes de la Comisión y del público, que coinciden en el rechazo de los argumentos “legales” del memorando del Departamento de Justicia.

En el año 2012, una de las noticias más relevantes, rápidamente difundida por los medios impresos y televisivos, así como por las redes sociales, fue la muerte del presunto sucesor de Bin Laden, Anwar al-Awlaki, que juntamente con varios de sus guardias-espaldas, voló en pedazos por el aire, al ser abatido por un misil disparado por un “drone”, o sea por un avión no tripulado estadounidense, en territorio de Yemen. Seguida en el 4 de Junio del 2012 por ataque con drones que eliminó al líder de Al Qaeda Abu Yahya al-Libi,¹ en la región norte de Warizistan, Pakistán.

Estos son dos casos de los cerca de 300 ataques autorizados por el Presidente norteamericano, en Afganistán, Somalia, Pakistán e Yemén, en lo que ya se conoce como la “guerra de Obama”².

Las órdenes para ejecutar estos ataques, con el objetivo preciso de la eliminación física del (de los) líder(es) terrorista(s) de su ejecución sin juicio previo, se fundamenta en los poderes ejecutivos del Presidente estadounidense, en cuanto Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas, con apego a la Resolución del Congreso de Septiembre del 2001 que lo autoriza a usar la fuerza contra “na-

1 WALCOT, John y Tony CAPACCIO, “Drone Strike tht kills Al-Qaeda Leader raises questions”, Bloomberg Businessweek, ed. 5 de Junio 2012, consultado el 29 de Agosto 2012 <http://www.businessweek.com/news/2012-06-05/drone-strike-that-kills-al-qaeda-leader-leaves-questions>.

2 SCHWARTZ, Andrew H., (Coord), “Confront and Conceal: Obama’s Secret Wars and surprising Use of American Power”, Conference 12 de June 2012, CSIS Conference Center, Washington, Consultado en 14 de Junio 2012 en http://csis.org/files/attachments/061212_SchiefferSeries_DavidSanger_TRANSCRIPT.pdf

tions, organizations, or persons” involucradas en los ataques terroristas “in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States.”

Ahora bien, esta y otras acciones similares³, que directamente implican una orden de matar en territorio de un país con el cual no existe un estado de guerra legítima, a cualquier individuo considerado hostil, conllevan problemas complejos, tanto del punto de vista jurídico como del punto de vista ético, a los cuales regresaré, después de argumentar la urgencia de un debate en México sobre la introducción de estas armas en la narcoguerra, afín de aclarar, sin margen para dudas el uso, alcance y límites de su despliegue y las consideraciones no solamente operacionales y tácticas, si no también jurídico-éticas de su uso en territorio nacional por las fuerzas armadas y las agencias estadounidenses.

Este debate es urgente, no sólo por el contexto real del uso y proliferación⁴ de estas armas en territorio nacional, hasta el momento sólo para operaciones de inteligencia, pero también por la urgencia en normar su uso militar frente a los posibles y variados usos civiles.

1. La Urgencia de legislar sobre el uso de los drones en México

Desde Febrero del 2011 el ejecutivo norte americano tomó la decisión de intensificar su participación⁵ en la guerra contra las drogas de México, para lo cual se ha firmado un acuerdo (al cual haremos referencia en el apartado IV de este artículo) entre los dos mandatarios en Marzo del año pasado. Como resultado, el gobierno de Obama ha comenzado a enviar aviones no tripulados en misiones que penetran profundamente en territorio mexicano, un paso allá de la política vigente desde los años 90's en que los drones sólo eran usados sobre frontera. De acuerdo con funcionarios estadounidenses y mexicanos, en declaraciones que han sido hechas públicas (Ver: la edición Huffington Post del 16 de Marzo del 2011⁶), estas

3 CORDESMAN, Anthony H., “The U.S. Air War in Iraq, Afganistán, and Pakistan CSIS, Center for Strategic International Studies, Arleigh A. Burke Chair in Strategy, Revisado el 14 de Octubre, 2010, http://csis.org/files/publication/100610_AfPakAir.War.Stats.pdf

4 CONKLIN, Christopher L., “Cyber Capacity and Counterproliferation: Determining a Cyber Command and Control for U.S. Covert Counterproliferación Action”, in Project on Nuclear Issues, 2012 Summer Conference, Los Alamos National Laboratory, Consultado el 27 de Agosto 2012 en http://csis.org/images/stories/poni/120627_Conklin.pdf

5 MONGE, Yolanda, “EE UU vigila con aviones espía los movimientos de los narcos mexicanos”, in *El País*, edición del 17 de Marzo 2011, consultada el 14 de junio del 2012 en http://elpais.com/diario/2011/03/17/internacional/1300316421_850215.html. Nota: este artículo de Monge retoma la información detallada publicada con anterioridad en el New York Times.

6 RODRIGUEZ, Olga, “U.S. Drones Allowed Into Its Territory”, *Huffington Post*, México, edición del 16 de Marzo 2011, consultada el 15 de Agosto 2012 en http://www.huffingtonpost.com/2011/03/16/mexico-us-drones-allowed-_n_836649.html?view=print&comm_ref=false

misiones en territorio mexicano tienen como objetivo información de inteligencia que ayuda a localizar a los principales traficantes y seguir sus redes.

El Pentágono comenzó a desplegar de forma sistemática, drones armados sobre los cielos de México en el mes de marzo del 2011, con la intención de recoger información de inteligencia en apoyo a las agencias policiales mexicanas, a partir de la firma formal, en la reunión en la Casa Blanca del 3 de marzo por el Presidente Felipe Calderón y su homólogo norteamericano Barack Obama, del acuerdo para continuar los vuelos de vigilancia. Los vuelos son realizados por los *drones*, aviones no tripulados Global Hawk –los mismos que se utilizan para el espionaje en la guerra de Afganistán–, unos aparatos que vuelan a más de 10.000 metros de altitud y que son invisibles desde tierra. El objetivo de los *drones* es seguir al minuto los movimientos de los sospechosos implicados en el narcotráfico con el fin de localizar y dismantelar sus redes.

La ayuda estadounidense se ha mantenido en secreto debido a las restricciones legales en México y la sensibilidad de la opinión pública con cuestiones relacionadas con la soberanía e el intervencionismo estadounidense en el continente.

Antes del estallido de la violencia del narcotráfico en México, que ha dejado más de 34.000 muertos en los últimos cuatro años, dicho acuerdo habría sido prácticamente impensable.

Además de los vuelos no tripulados de los drones, EE UU lleva años entrenando a miles de policías y tropas del Ejército mexicano, aportando equipo y tecnología en la batalla contra el narco, colaborando con las unidades de seguridad mexicanas,⁷ llevando a cabo actividades de espionaje en México y actualización de equipos de seguridad y tecnología de la inteligencia mexicana.

Fue México quien pidió a Washington el uso de los aviones espía (que hasta ahora solo supervisaban la frontera) dentro del espacio aéreo mexicano para recabar datos que ayuden a dismantelar las redes de narcotraficantes.

Sin embargo, los parlamentarios mexicanos nunca han autorizado la apertura del espacio aéreo nacional a los vuelos de estos aparatos ni tampoco se les ha presentado ningún balance de estas operaciones. En la práctica, México no ejerce ningún control sobre esa labor de inteligencia que Estados Unidos realiza sobre el territorio mexicano e incluso depende de su poderoso vecino para saber lo que pasa en su propio suelo.

7 WEINTRAUB, Sidney y Duncan WOOD, "Cooperative Mexican-U.S. Antinarcotics Efforts. "A Report of the CSIS Simon Chair in Political Economy, CSIS, Noviembre 2010, consultado en http://csis.org/files/publication/101108_Weintraub_MexicanUSAntinarc_web.pdf

La cooperación entre EE UU y México en materia de lucha contra la droga es muy opaca. A pesar de que ambos países reconocen la existencia y extensión de su trabajo conjunto que ha sido crucial para capturar a al menos 20 grandes capos, los acuerdos se mantienen en el más absoluto secreto: “La única manera en la que vamos a poder seguir haciendo lo que estamos haciendo en territorio mexicano es si permitimos que de alguna manera México lo pueda negar cuando quiera”, afirmó el exjefe de operaciones de la DEA, en declaraciones al New York Times⁸.

2. ¿Que son los “drones” y cuáles son sus usos en teatro de guerra y operaciones de seguridad nacional?

El Drone o Predador es un aparato designado para volar con control remoto y que, hoy en día es parte de los arsenales militares de diversos países. Actualmente existen algo más de 7.000 drones, que desde el 2001, han sido empleados en Afganistán, Pakistán, Irán, Colombia, Israel, México, y, más recientemente, en Yemen y Libia.

Podemos pensar, en un ejercicio de prospectiva de la guerra en el futuro, en una guerra dirigida desde miles de computadoras y en la que la labor de los soldados sea programar, armar y lanzar “juguetes” a cientos de kilómetros de distancia del enemigo. Sí bien tienen el riesgo de como afirma Peter Singer, (un especialista en robótica militar y autor del libro *“Wired for War”*) de deshumanizar la guerra, por otro lado, este tipo de armas reducen el coste humano de las operaciones militares. Pero tal, puede ser contraproducente ya que las puede hacer más frecuentes (debate que dejaremos para otra ocasión y otro foro de discusión).

Quiero dejar muy claro, aquí, que desde el punto de vista que defiendo en esta columna de opinión, hay que separar, tajantemente, dos situaciones⁹:

1.- El uso de esta tecnología para operaciones de reconocimiento, de vigilancia, de inteligencia y de apoyo a operaciones organizadas y ejecutadas por las Fuerzas Armadas de México en territorio nacional, en cumplimiento de órdenes ejecutivas derivadas de la autoridad presidencial con base al artículo 89o. Constitucional, y que pueden tener o no el apoyo técnico estadounidense en

8 THOMPSON, Ginger. “U.S. Drones Fight Mexican Drug Trade”, edición del 15 de Marzo del 2011, consultada el 16 de marzo del 2011 en <http://www.nytimes.com/2011/03/16/world/americas/16drug.html?pagewanted=all>

9 Como se ha sostenido en: DA CUNHA LÓPES, Teresa M. G., “La Guerra por control remoto: problemas jurídico-éticos” disponible en: <http://mx.globedia.com/guerra-control-remoto-problemas-juridico-eticos>.

base a convenios bilaterales, no me parece que coloque ningún problema jurídico-ético.

Algunos sucesos o casos, publicados por diversas fuentes de información y que en su momento causaron mucho debate y revuelo entre la opinión pública, me parecen entrar en este primero tipo de situaciones, y, por lo tanto, no son objeto de discusión en este artículo. Según El Universal, en su edición del 17 de marzo 2011: “Aviones no tripulados denominados *Predator* B Drones del Pentágono han recibido desde 2009 autorización del gobierno del Presidente Felipe Calderón para realizar operaciones sobre territorio de México. A principios de 2011 el gobierno de Barack Obama acordó con el de Calderón que estas naves espías entraran a territorio de México y se extendiera el acuerdo para el resto del año, indica información del Pentágono, de la Oficina de la Patrulla Fronteriza, de Aduanas y Protección, así como del congresista Henry Cuellar.”

Aparentemente estas operaciones tienen lugar, regularmente, desde el 2009 y podemos citar los siguientes antecedentes:

1.1.-En julio de 2009 un avión no tripulado (UAV o *Predator*) de Aduanas y Protección Fronteriza de EE.UU. (CBP, por sus siglas en inglés) voló por primera vez dentro de territorio mexicano, con permiso del gobierno de México, para ayudar a buscar a los homicidas de Robert Rosas, agente de la Patrulla Fronteriza, asesinado en California.

1.2.-En 2010, según diversas fuentes periodísticas, durante reuniones oficiales con el Presidente Calderón y con Guillermo Galván, secretario de la Defensa, Henry Cuellar, congresista demócrata por Nuevo Laredo, propuso al gobierno de México el empleo de drones o predadores en territorio mexicano como una forma de apoyar la lucha contra el narcotráfico.

1.3.-También en el 2010, el caso de un avión no tripulado (según diversas fuentes un Mini Orbital de la Policía Federal) mexicano se estrelló en el jardín de una casa en El Paso, Texas, incidente reportado por el periódico El Paso Times y confirmado, oficialmente, por Keith Holloway, funcionario de la Junta Nacional de Seguridad del Transporte del vecino país del Norte.

2.-Por otro lado, tenemos el uso de los “Drones” o “Predadores” como un instrumento de una potencia que se auto proclama la primera fuerza de contrainsurgencia del mundo y que se atribuye la autoridad “legítima” de intervención preventiva, disuasiva, militar o punitiva en cualquier parte del globo, en cualquier territorio soberano, sin autorización o conocimiento de los respectivos gobiernos.

O, el caso de operaciones de “limpieza” en que ejecuta extra-judicialmente penas de muerte sobre individuos que declara enemigos de la seguridad nacional estadounidense.

3. Los Problemas ético-jurídicos de la “guerra por control remoto”

Para tal, sólo tiene como fuente de derecho, una resolución de un Congreso, que no está respaldada por ningún mandato internacional, ni por ninguna cláusula en Tratados Internacionales (tal como sería una Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU o la activación del art. 5 del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), por ejemplo).

Stephen L. Carter, jurista y titular de la Cátedra de Derecho “William Nelson Cromwell”, en la Universidad de Yale, acaba de publicar un artículo que me parece digno de citar (y de recomendar), llamado “*What’s wrong with Awlaki’s killing*”¹⁰ y que coloca dos cuestiones del ámbito jurídico y ético que han sido, hasta el momento, escasamente trabajadas, sea por la academia o por el público en general.

La primera cuestión se coloca en campo del *Ius Ad bellum y dice respecto* a la legitimidad de actos de guerra en territorios de países con los cuales no existe una declaración previa de guerra o que, inclusive, son aliados (como es el caso de recientes operaciones estadounidenses en Pakistán) y de la legalidad, bajo los principios del Derecho Internacional de lo que eufemísticamente se ha venido llamando como “*muertes selectivas*” o “*asesinatos selectivos*”.

Stephen L. Carter y muchos otros juristas son extraordinariamente escépticos sobre los argumentos esgrimidos por las administraciones Bush y Obama para justificar el uso de los drones en estos contextos, en el sentido de que estos actos son contrarios a los principios internacionales del derecho de la guerra, además de colocaren el problema de la reciprocidad: “*What about reciprocity? Under both the law and the ethics governing armed conflicts, sauce for the goose is sauce for the gander. If a tool of warfare is acceptable for one side, then it is acceptable for the other – even if only one of the two sides is fighting in a just cause.*”

La segunda cuestión se coloca en el terreno de los Derechos Humanos, ya que lo que estamos observando son ejecuciones extra-judiciales, de individuos que si bien culpables o presuntamente culpables de actos atroces, no han sido juzgados conforme a derecho.

10 CARTER, Stephen L., “What’s wrong with Awlaki’s killing” in *The Daily Beast*, 30 de septiembre 2011, consultado el 30/09/2011 en la dirección <http://www.thedailybeast.com/articles/2011/09/30/anwar-al-awlaki-killing-obama-must-explain-his-targeted-drone-policy.html>

Gary Solis, Profesor de Derecho en la Universidad de Georgetown, en su libro del 2010 "La Ley de Conflicto Armado: Derecho Internacional Humanitario en la Guerra",¹¹ escribió: "Asesinatos y asesinatos selectivos (muertes selectivas) son actos muy distintos".

El Juez Abraham Sofaer,¹² ex juez federal de la Corte de Distrito de EE.UU. para el Distrito Sur de Nueva York, escribió sobre el tema: "Cuando la gente llama un asesinato selectivo de "asesinato", lo que en realidad está tratando es de impedir el debate sobre el fondo de la cuestión. "Asesinato" es ampliamente definido como el acto premeditado ilícito de matar a un individuo, y es por esa razón prohibido en los Estados Unidos... Los funcionarios estadounidenses no pueden matar a la gente sólo porque sus políticas son vistas como perjudiciales para nuestros intereses... Pero los "asesinatos" en defensa propia no son más "asesinatos" en los asuntos internacionales que las muertes realizadas por nuestras fuerzas policiales contra los asesinos domésticos. Los "asesinatos" selectivos en defensa propia, han sido determinados por el gobierno federal en base a su legítima autoridad y están fuera de la prohibición de asesinato."

Mathew J. Morgan en su obra "The Impact of 9/11 and the New Legal Landscape: The Day That Changed Everything?", escribió¹³? Hay una gran diferencia entre asesinato y asesinato selectivo... no [es] sinónimo". Opinión compartida por la grande mayoría de los textos jurídicos consultados. Del mismo modo, Amos Guiora¹⁴, profesor de Derecho en la Universidad de Utah, escribe: "asesinato selectivo... no es un asesinato", Steve David, Director y Profesor de Relaciones Internacionales, en la Universidad de John Hopkins, reitera "hay fuertes razones para creer que la política israelí de asesinatos selectivos no es lo mismo que el asesinato". Opinión compartida por el profesor de derecho de la Universidad de Siracusa William Banks y por el jurista de GW Peter Raven-Hansen que afirman: "muerte selectiva de terroristas no es ilegal... y no constituye asesinato".

11 SOLIS, Gary, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, Georgetown, 2010

12 SOFAER, Abraham. "Responses to Terrorism /Targeted Killing is a necessary option" in *The San Francisco Chronicle*, consultado el 20 de mayo 2010 en la dirección <http://www.sfgate.com/opinion/openforum/article/Responses-to-Terrorism-Targeted-killing-is-a-2775845.php>

13 MORGAN, Mathew J., (Coord.), *The Impact of 9/11 and the New Legal Landscape: The Day That Changed Everything?*, Palgrave Macmillan, New York, 2009.

14 GUIORA, Amos. "Targeted Killing as active self-defense", in *Case Western Reserve Journal of International Law* 36, 2004, 319.

A su vez Rory Miller¹⁵ defiende que el: “asesinato selectivo... no es ‘asesinato’”, en cuanto Eric Patterson y Teresa Casale escriben: “Tal vez lo más importante es la distinción legal entre asesinatos selectivos, muertes selectivas y el asesinato.”

Este último punto es el que ha perneado en la opinión pública y que también fue retomado por el editorial del periódico español El País que afirma, a propósito de la muerte de El Aulaki que esta tiene otro ángulo que ha llamado la atención de las organizaciones de derechos humanos. “El Aulaki no estaba formalmente acusado de ningún delito ni, por supuesto, había sido sometido a ningún proceso en EE UU. A diferencia de Bin Laden, quién asumió la responsabilidad del 11-S y contra quién habían aportado pruebas muchos de los detenidos después de aquel episodio criminal, El Aulaki nunca había reconocido públicamente su vinculación con ningún acto terrorista.”

Otros autores como Cárdenas y Sokolowicz han intentado colocar la cuestión en el cuadro del Derecho Internacional: “Denominar a este tipo de acciones como “muertes selectivas”, por oposición a llamarlas “asesinatos selectivos”, supone hacer toda una distinción que va ciertamente más allá de la semántica. Porque los “asesinatos” suponen siempre premeditación, alevosía, traición, y perfidia, lo que marca una distinción profunda entre ambas expresiones. Dependiendo del color político de quienes las utilicen y de las respectivas circunstancias, la selección de algunas de esas posibles denominaciones conlleva entonces un verdadero juicio de valor.”¹⁶

En el derecho internacional consuetudinario la palabra “asesinato” supone la muerte selectiva de una persona enemiga cuando se utilizan para ello métodos traicioneros. A su vez, la “traición” se define como un engaño a quien se está obligado a enfrentar en buena fe. Esto quiere decir que la esencia de un accionar “traicionero” es la falta de respeto a la obligación legal de, en la guerra, actuar de buena fe.”¹⁷

El Artículo 23 (b) de la Convención de la Haya (IV) sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra en Tierra, de 1907, prohibía “dar muerte o herir traicioneramente a individuos que pertenezcan a la nación o ejército hostil”.

¹⁵ MILLER, Rory, *Ireland and the Middle East: trade, society and peace*, Irish Academic Press, Dublin, 2007.

¹⁶ CARDENAS, Emilio y Gastón SOKOLOWICZ. “¿Muertes anticipadas o asesinatos selectivos?” in *Agenda Internacional* no. 3, 2006, Disponible en <http://www.agendainternacional.com/numerosAnteriores/n3/0303.pdf>

¹⁷ *Ibidem*

Esta regla ha sido ciertamente recogida por el derecho consuetudinario internacional.

Desde este punto de vista, algunos sostienen entonces que la política de las “muertes selectivas” por parte de los Gobiernos (EE.UU, Israel) no conforma “asesinatos”, desde que –para efectuarlas– no se utiliza ni la “traición”, ni la “perfidia”, al momento de implementar el respectivo ataque. El método preferido para ese accionar parece ser, en cambio, el de utilizar misiles que se disparan desde helicópteros en vuelo o, como viene siendo usual desde hace una década, desde los drones.

La naturaleza esencialmente militar de esta modalidad operativa pareciera excluir la noción de “traición”.

A su vez, el Artículo 37 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949 prohíbe la “perfidia”, del siguiente modo:

Queda prohibido matar a un adversario valiéndose de medios pérfidos. Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia los actos siguientes: a) simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición; b) simular una incapacitación por heridas o enfermedad; c) simular el estatuto de persona civil, no combatiente; y d) simular que se posee un estatuto de protección mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales, o de otros Estados que no sean partes en el conflicto.

El Artículo 37 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, no prohíbe, en cambio, las estratagemas, tales como el camuflaje, las operaciones simuladas, y la difusión y utilización de informaciones falsas.

Pareciera, en consecuencia, que la utilización de aeronaves como instrumento para provocar la muerte de líderes terroristas no estaría necesariamente alcanzada por la ante dicha prohibición. No obstante, el análisis de la legalidad de este tipo de alternativas va, más allá de la norma comentada y, en todo el caso, habría que establecer si las muertes de líderes y sicarios del crimen organizado provocadas por el uso de los drones recaen o no en la figura de operaciones contra un tipo específico de terrorismo: el narcoterrorismo.

4. Conclusiones

No estoy contra el uso de los drones, per se, y reconozco la potencialidad de optimizar resultados y de disminuir los costos en vidas en operaciones legítimas tanto de seguridad nacional como de guerra.

Sí, estoy contra el uso de los drones de forma discrecional por los gobiernos, sin un mínimo de normas y, principalmente cuando usados en franca violación de los Principios de Derechos Humanos que rigen las Sociedades democráticas y civilizadas.

Cito, con las debidas distancias y muchas reservas, la opinión de Kenneth Anderson, uno de los grandes expertos actuales sobre las cuestiones de la legalidad de la “guerra de los drones” (autor del libro *“Targeted Killing in U.S. Counterterrorism Strategy and Law”* y profesor de Derecho en el American University Washington College of Law), el cual defiende la urgente necesidad de que Estados-Unidos, en cuanto país que usa de forma sistemática los drones, produzca un corpus de normas éticas (*“a set of shared ethical understandings to help our leaders decide when the use of targeted killing is necessary and appropriate.”*¹⁸) de encauzamiento de las decisiones operacionales.

Pero voy más allá: ¿porque razón esperar a que los EE.UU. definan ese conjunto de normas, y que estas sean de carácter ético y no jurídico?

Dada la situación sobre el terreno en México, en la cual el uso de los drones es cotidiano y necesario para crear condiciones efectivas de lucha contra los elementos que atacan la seguridad nacional, los límites jurídico-éticos deberían ser uno de los puntos de discusión de la nueva Ley de Seguridad Nacional, o de forma más eficiente, de un Manual de Procedimientos Militares, lo que fortalecería la acción de las Fuerzas Armadas y le daría la necesaria seguridad jurídica.

Por otro lado, dada la posibilidad, también ella real (el *“Predator targeted killing program”* es uno de los programas prioritarios de Obama), de una acción unilateral de Estados Unidos de “limpieza” de individuos considerados peligrosos para la seguridad nacional estadounidense en territorio mexicano, me parece urgente llevar este debate a los organismos internacionales e iniciar los trabajos para elaborar un documento normativo que pueda, de forma inequívoca, retirar cualquier tipo de legitimidad a ese tipo de operaciones.

18 ANDERSON, Kenneth, *Targeted Killing in U.S. Counterterrorism Strategy and Law*, in SERIES: Counterterrorism and American Statutory Law, Number 9 of 9 The Brookings Institution, Georgetown University Law Center and the Hoover Institution, Georgetown, consultado el 14 de septiembre 2012 en la dirección <http://www.brookings.edu/research/papers/2009/05/11-counterterrorism-anderson>

Caso contrario, por este caminar, no estamos muy lejos del día en que nos despertaremos y descubriremos el titular de la muerte de un ciudadano mexicano, declarado, como diría Marcus Tullius Cicero, "*hostis humani generis*" por una orden ejecutiva (Executive Order) del Presidente de EE.UU, que explota como fuego de artificio, al ser atacado por un dron en un camino de Sinaloa, en una vereda de la sierra de Guerrero o en la autopista a la altura de Cuatro Caminos.

Sé que por el momento parece política-ficción, inspirada en los libros de Tom Clancy, pero es un posible futuro

Bibliografía

- ANDERSON, Kenneth, *Targeted Killing in U.S. Counterterrorism Strategy and Law*, in SERIES: Counterterrorism and American Statutory Law, Number 9 of 9 The Brookings Institution, Georgetown University Law Center and the Hoover Institution, Georgetown, consultado el 14 de septiembre 2012 en la dirección <http://www.brookings.edu/research/papers/2009/05/11-counterterrorism-anderson>.
- CARDENAS, Emilio y Gastón SOKOLOWICZ. "¿Muertes anticipadas o asesinatos selectivos?" in *Agenda Internacional* no. 3, 2006, Disponible en <http://www.agendainternacional.com/numerosAnteriores/n3/0303.pdf>
- CARTER, Stephen L., "What's wrong with Awlaki's killing" in *The Daily Beast*, 30 de septiembre 2011, consultado el 30/09/2011 en la dirección <http://www.thedailybeast.com/articles/2011/09/30/anwar-al-awlaki-killing-obama-must-explain-his-targeted-drone-policy.html>.
- CONKLIN, Christopher L., "Cyber Capacity and Counterproliferation: Determining a Cyber Command and Control for U.S. Covert Counterproliferación Action", in *Project on Nuclear Issues*, 2012 Summer Conference, Los Alamos National Laboratory, Consultado el 27 de Agosto 2012 en http://csis.org/images/stories/poni/120627_Conklin.pdf
- CORDESMAN, Anthony H., "The U.S. Air War in Iraq, Afganistán, and Pakistan CSIS, Center for Strategic International Studies, Arleigh A. Burke Chair in Strategy, Revisado el 14 de Octubre, 2010, http://csis.org/files/publication/100610_AfPakAir.War.Stats.pdf.
- DA CUNHA LÓPES, Teresa M. G., "La Guerra por control remoto: problemas jurídico-éticos" disponible en: <http://mx.globedia.com/guerra-control-remoto-problemas-juridico-eticos>
- GUIORA, Amos. "Targeted Killing as active self-defense", in *Case Western Reserve Journal of International Law* 36, 2004, 319.
- MILLER, Rory, *Ireland and the Middle East: trade, society and peace*, Irish Academic Press, Dublin, 2007.
- MONGE, Yolanda, "EE UU vigila con aviones espía los movimientos de los narcos mexicanos", in *El País*, edición del 17 de Marzo 2011, consultada el 14 de junio del 2012 en http://elpais.com/diario/2011/03/17/internacional/1300316421_850215.html.
- MORGAN, Mathew J., (Coord.), *The Impact of 9/11 and the New Legal Landscape: The Day That Changed Everything?*, Palgrave Macmillan, New York, 2009.
- RODRIGUEZ, Olga, "U.S. Drones Allowed Into Its Territory", *Huffington Post*, México, edición del 16 de Marzo 2011, consultada el 15 de Agosto 2012 en

- http://www.huffingtonpost.com/2011/03/16/mexico-us-drones-allowed-_n_836649.html?view=print&comm_ref=false
- SCHWARTZ, Andrew H., (Coord), *"Confront and Conceal: Obama's Secret Wars and surprising Use of American Power"*, Conference 12 de June 2012, CSIS Conference Center, Washington, Consultado en 14 de Junio 2012 en http://csis.org/files/attachments/061212_SchiefferSeries_DavidSanger_TRANSCRIPT.pdf
- SOFAER, Abraham. "Responses to Terrorism /Targeted Killing is a necessary option" in *The San Francisco Chronicle*, consultado el 20 de mayo 2010 en la dirección <http://www.sfgate.com/opinion/openforum/article/Responses-to-Terrorism-Targeted-killing-is-a-2775845.php>
- SOLIS, Gary, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, Georgetown, 2010
- THOMPSON, Ginger. "U.S. Drones Fight Mexican Drug Trade", edición del 15 de Marzo del 2011, consultada el 16 de marzo del 2011 en <http://www.nytimes.com/2011/03/16/world/americas/16drug.html?pagewanted=all>
- WALCOT, John y Tony CAPACCIO, "Drone Strike tht kills Al-Quaeda Leader raises questions", Bloomberg Businessweek,ed. 5 de Junio 2012, consultado el 29 de Agosto 2012 <http://www.businessweek.com/news/2012-06-05/drone-strike-that-kills-al-qaeda-leader-leaves-questions>
- WEINTRAUB, Sidney y Duncan WOOD, "Cooperative Mexican-U.S. Antinarcotics Efforts". A Report of the CSIS Simon Chair in Political Economy, CSIS Noviembre 2010, consultado en http://csis.org/files/publication/101108_Weintraub_MexicanUSAntinarc_web.pdf

Análisis de la inclusión penal del manejo de organismos genéticamente modificados en México *

Martha Cristina Daniels Rodríguez **

RESUMEN: En este artículo se hace un análisis crítico del tipo penal “de la bioseguridad”, contenido en el Código Penal Federal. La autora sostiene que la manera en que se sanciona por esta vía el manejo inadecuado de organismos genéticamente modificados es contraria a un Derecho Penal garantista, además de ser violatoria de los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad.

Palabras Clave: Organismos genéticamente modificados, Derecho Penal, legalidad, proporcionalidad.

ABSTRACT: This paper criticizes the content of the mexican penal code, in relation to biosecurity. The author considers inappropriate the inclusion of criminal sanctions when handling genetically modified organisms, as it contradicts a criminal law based on human rights, and also violates constitutional principles, such as legality and proportionality.

Key Words: Genetically modified organisms, Criminal Law, legality, proportionality.

SUMARIO: Introducción. 1. La prevención como justificación de la sanción penal. 2. La expansión penal. 3. El Derecho Penal clásico. 4. El tipo penal “de la bioseguridad”, contenido en el Código Penal Federal. 5. Principio de legalidad. 6. Principio de proporcionalidad. 7. Reflexión final. Bibliografía.

Introducción

De manera tradicional, para la aplicación de una sanción penal se ha requerido un resultado material (como el quitarle la vida a otro, en el delito de homicidio). Igualmente, se ha exigido la existencia de una conducta que lesione un bien jurídicamente relevante; es decir, no basta con que se realice una acción que afecte, por ejemplo, el honor, sino que este bien afectado debe ser objeto de tutela jurídica, dado su valor en una sociedad determinada; la protección de estos bienes

* Artículo recibido el 10 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 20 de marzo de 2013.

** Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

a través del Derecho Penal está condicionada al grado de importancia que se les otorga; únicamente los bienes de mayor jerarquía deben estar contenidos en las leyes penales. De la misma manera, se ha requerido la existencia de un vínculo entre la conducta y el resultado lesivo. Sin estos requisitos, el juez penal, estaría impedido para imponer una sanción.

A pesar de esta postura clásica del Derecho Penal, se han ido incorporando tipos (como el manejo inadecuado de organismos genéticamente modificados, que se estudia más adelante), que sancionan la mera puesta en peligro de bienes tutelados por el Derecho, sin que necesariamente exista una lesión a éstos, por lo que tampoco se exige un vínculo entre la acción y el resultado dañoso y, en algunos casos el tipo penal no contiene la descripción exacta de la conducta requerida. Todo ello vulnera los principios tradicionales del Derecho Penal, vigentes en un Estado garantista.

1. La prevención como justificación de la sanción penal

La doctrina de la prevención general, “al querer prevenir el delito mediante las normas penales, constituye fundamentalmente una teoría de la amenaza penal”¹. Su justificación se encuentra en la creencia de que una persona se abstendrá de realizar una conducta contraria al Derecho porque se ha dado cuenta de que, cuando otros lo han intentado, han sido sancionados. Esto, por supuesto, en la práctica requiere que las sanciones sean ejecutadas en todos los casos y de manera imparcial.

La prevención especial consiste en la posibilidad de que la aplicación individualizada de las penas incite a los individuos a evitar la comisión de conductas que se consideran inadecuadas para la convivencia social. Siguiendo a Liszt, la prevención especial se da en tres vertientes: “asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección”². En este sentido, no se castiga al delincuente por haber cometido un delito, sino que se busca que no lo realice. De acuerdo a Roxin, “la teoría preventivo-especial sigue el principio de resocialización [...] [lo que] cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho Penal [...] en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la socie-

1 ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general, Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, Diego Manuel Luzón Peña et. al. (Trad.), traducción de la 2ª edición alemana, reimpresión, Ed. Civitas, Madrid, 2000, p.90.

2 LISZT, citado en: *Ibidem*, Pp. 85-86.

dad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo [...]”³.

Quizá debido a las dificultades prácticas que presenta la teoría de la prevención especial, las leyes penales, en ocasiones, parecieran estar basadas en la retribución, dado que imponen un castigo, no necesariamente para proteger algún bien jurídico, sino simplemente para causar dolor al autor del hecho ilícito. Este es el caso de, por ejemplo, la cadena perpetua⁴ (vigente en Veracruz) o la pena de muerte en otras regiones.

Siguiendo a Beccaria⁵, el fin de las penas debe ser, precisamente, la prevención y no el castigo. Esta postura es particularmente relevante tratándose de conductas que afectan al ambiente, dado que no se perciben beneficios al sancionar con una pena privativa de libertad a quien lo afecte negativamente (de manera dolosa o culposa), por lo que la finalidad debería ser el evitar el daño y, en todo caso, su reparación, no el simple castigo corporal, ni siquiera como medida de prevención general o especial. Coincido con quienes postulan que el “fundamento de la pena es la defensa de la sociedad (protección de bienes jurídicos), y a la retribución (con éste u otro nombre) corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido”⁶.

2. La expansión penal

Hay quien sostiene, como Silva Sánchez, que el Derecho Penal se está expandiendo⁷ y que esta expansión responde a decisiones de política criminal, inducidas por las nuevas características del mundo globalizado. Estas características obligan a los países a re-evaluar la importancia de proteger por la vía penal ciertos bienes jurídicos (como el ambiente), cuya escasez era difícil imaginar en el pasado.

La expansión, de acuerdo a Silva Sánchez, se da en dos vertientes: por un lado el endurecimiento de penas (particularmente de las que implican privación de libertad) y, por el otro, la incorporación en el catálogo penal de conductas diferentes. Esto en un afán de tutela, como dije, de lo que parecieran ser nuevos bienes jurídicos.

3 *Ibidem*, p. 87.

4 Gaceta Oficial del Estado. Reforma de 15 de agosto de 2008.

5 BECCARIA, Cessare, *Tratado de los delitos y de las penas*, 13ª edición facsimilar, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 45.

6 MIR PIUG, Santiago, *Derecho Penal, parte general*, 6ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2002, p. 94.

7 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición revisada y ampliada, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

En México se está siguiendo la tendencia hacia la criminalización de conductas consideradas como riesgosas, dada la posibilidad que tienen de vulnerar bienes jurídicos colectivos. Es el caso de la inclusión de sanciones penales para quienes manejen organismos genéticamente modificados que puedan alterar el ambiente.

La inclusión del manejo inadecuado de organismos genéticamente modificados, como conducta criminal es un ejemplo claro de la expansión a la que se refiere Silva Sánchez. Al criminalizarse esta conducta sin tener claras las reglas administrativas para el manejo de este tipo de organismos⁸, lo que se logró fue crear un tipo penal en blanco, que requiere el análisis de múltiples normas jurídicas no penales para su aplicación, además de contener una misma sanción privativa de libertad para conductas diferentes que, por otra parte, no están especificadas de manera puntual, como lo exige el Derecho Penal garantista. Esta situación únicamente contribuye a la función simbólica del Derecho Penal, lo que, de acuerdo a Baratta, ayuda a que la percepción social sea en el sentido de que se hace un esfuerzo por combatir la criminalidad, aunque su efectividad sea nula⁹.

3. El Derecho Penal clásico

Como se señaló en la introducción, el Derecho Penal garantista se ha ido modificando y esto, de acuerdo a algunos autores, encuentra su explicación en la sociedad del riesgo en que vivimos, lo que sirve de justificación para incluir penas para conductas que no necesariamente producen un daño, sino que ponen en peligro bienes considerados importantes social, cultural o económicamente, como en el caso de la inclusión de los delitos ambientales en los que se sanciona la posibilidad de que ocurra un daño; por ello no se sancionan a través de los clásicos delitos contra el patrimonio o la integridad física, sino que tienen un tratamiento especial, lo que podría vulnerar algunos principios tradicionales del Derecho Penal, toda vez que es el riesgo y no el resultado el merecedor de sanción. Desde la visión funcionalista del Derecho Penal¹⁰ podría asegurarse que la pena en estos casos no se produce únicamente para proteger algún bien

8 Más de tres años después de la reforma penal (en marzo de 2005) fue publicada la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados.

9 Ver: BARATTA, Alessandro, "El concepto actual de seguridad en Europa", en: *Revista Catalana de Seguritat Pública*, N° 8, Escola de Policia de Catalunya, España, 2001, Pp. 45-46.

10 Ver: JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, parte general (Fundamentos y teoría de la imputación)*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Trads.), 2ª edición corregida, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, Pp. 57 y ss.

jurídico, sino para sancionar el daño social que se genera por la desobediencia a la ley.

Zaffaroni reitera que el peligro abstracto no debe ser tipificado toda vez que, “[n]o existe ofensa al bien jurídico en caso de posibilidad de peligro (peligro de peligro o peligro remoto), que en la tentativa llevaría a un peligro remotísimo [...] Por ello, no hay ofensa por peligro abstracto, y no es válida la distinción entre peligro concreto y abstracto: todos los peligros típicos deben ser concretos o no son peligros”¹¹.

Como sabemos, la tutela de bienes jurídicos no es el único factor que se toma en cuenta al adoptar decisiones legislativas en el ámbito penal. Es necesario que se prevea si el cumplimiento de la nueva legislación resulta factible o si corre el riesgo de convertirse en una norma ineficaz, utilizada de manera simbólica ante la imposibilidad de su ejecución o su falta de aceptación por los grupos a quienes va dirigida.

Cuando se toma una decisión legislativa, particularmente tratándose de Derecho Penal, entran en juego una serie de factores que tienen que ver más con razones políticas que propiamente de Derecho Penal. Sampedro señala que, a veces por ignorancia o a propósito, se expide legislación simbólica,

[...] mediante la cual sólo se pretende dar la impresión de que se ‘hace algo’, mientras que en realidad lo único cierto que puede concluirse es que se toma postura frente a determinados valores o incluso ideologías, al catalogar conductas con la etiqueta de reprobables mediante la expedición, nada más ni nada menos, que de tipos penales que de entrada no prestan ningún efecto protector concreto [...] ¹².

Roxin opina que no es posible desvincular la legislación penal de las decisiones de política criminal y la consecuencia de ello podría ser la creación de tipos penales simbólicos, que pretende cumplir una función preventiva¹³.

Lo que se desea puntualizar aquí es que el que se trate de bienes jurídicos de suma importancia (como los recursos naturales o el ambiente, por citar algunos ejemplos), no implica necesariamente que su vulneración deba ser sancionada con una pena. En un Estado democrático de derecho, el tratamiento penal para determinadas conductas debe estar acompañado de un conjunto de principios que velan por la seguridad jurídica del gobernado. La inclusión de ciertos tipos

11 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura básica del derecho penal*, Ed. Ediar, Argentina, 2009, p. 103.

12 SAMPEDRO, Camilo, “Consideraciones político-criminales en torno al derecho penal ambiental”, en *Justicia Ambiental. Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente*, Universidad externado de Colombia, Colombia, 2001, p. 452.

13 ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general*, Op. Cit., Pp. 223-231.

penales transgrede algunos de estos principios. Tal es el caso del tipo penal que a continuación se analiza.

4. El tipo penal “De la bioseguridad”, contenido en el Código Penal Federal

En febrero de 2002¹⁴ se adicionó el Código Penal Federal, para incluir como conducta delictiva el manejo inadecuado de organismos genéticamente modificados, dentro del título vigésimo quinto “delitos contra el ambiente y la gestión ambiental”, encontramos el capítulo tercero, titulado “de la bioseguridad”, cuyo artículo 420 Ter señala que,

Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien en contravención a lo establecido en la normatividad aplicable, introduzca al país, o extraiga del mismo, comercie, transporte, almacene o libere al ambiente, algún organismo genéticamente modificado que altere o pueda alterar negativamente los componentes, la estructura o el funcionamiento de los ecosistemas naturales.

Para efectos de este artículo, se entenderá como organismo genéticamente modificado, cualquier organismo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología, incluyendo los derivados de técnicas de ingeniería genética.

Analizando, de manera gramatical el citado artículo, encontramos las siguientes críticas:

- La sanción será aplicable únicamente a quienes actúen en oposición a lo que las leyes señalan; es decir, incluso si se provocaran daños al ambiente, no habrá sanción mientras el actor haya cumplido con lo legalmente establecido. Puede darse el caso, por ejemplo, de que exista el permiso que la ley requiere y que éste haya sido otorgado por autoridad competente, sin embargo, aun así puede causarse un daño ambiental. Debería considerarse la sanción prevista en este artículo, para quien realice una conducta que cause daño a la salud o al ambiente, independientemente de que se cumpla con la normativa aplicable o no, en especial para efectos de la reparación del daño.
- El juez penal deberá recurrir al análisis de legislación extra-penal (protocolos internacionales, leyes, reglamentos y normas oficiales), para determi-

14 Ver: Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los Códigos Penal Federal y Federal de Procedimientos Penales. Diario Oficial de la Federación, primera sección, miércoles 6 de febrero de 2002, Pp. 4-5.

nar si la conducta encuadra en el tipo penal correspondiente. Esto es negativo dado que un juez penal no es el experto en otra legislación y podría no tener todos los elementos necesarios para emitir su resolución.

- Respecto de la introducción o extracción del país de este tipo de organismos, es necesario especificar si se hace referencia únicamente a organismos modificados o a productos y subproductos que los contengan.
- El comerciar organismos genéticamente modificados implica una compraventa o permuta de lo mismos, sin especificar su finalidad. Es decir, pueden ser vendidos o adquiridos con fines académicos o de investigación, para cultivo o para volver a negociar con ellos, por poner algunos ejemplos. Por supuesto, si se realiza con fines lícitos y se respeta el procedimiento legal establecido, no habría problema; sin embargo, la sanción que procede en caso del comercio fuera de los límites legales es la misma si se trata de cualquiera de las actividades mencionadas, cuando las consecuencias serían diferentes en cada una de ellas.
- Será punible cualquier manejo de organismos genéticamente modificados, cuyo resultado pueda, potencialmente, alterar de manera negativa un ecosistema. Con relación a esto es necesario destacar que, si determinar la alteración negativa a un ecosistema es difícil, lo es mucho más, tratándose de la simple posibilidad de causar una perturbación o un cambio en cualquier ecosistema.
- Otra situación a considerar es el proceso para la denuncia de este delito, toda vez que, como sucede en los delitos contra el ambiente, es necesario acreditar un interés jurídico, además de la dificultad de probar la magnitud del daño futuro que la conducta podría causar.

Por lo expuesto, podemos identificar que el legislador incurre en asuntos discutibles tanto desde la teoría penal como en el aspecto práctico. De manera concreta, la discusión se centra en que el citado artículo vulnera los principios de legalidad y proporcionalidad, al tratarse de un delito de peligro y un tipo penal en blanco.

5. Principio de legalidad

Para evitar que prevaleciera el derecho del más fuerte, el Estado moderno se atribuye el poder de castigar (*ius puniendi*), la manera de hacerlo y las instituciones a través de las cuales lo hará (Artículo 17 constitucional).

En una sociedad utópica, este poder estatal no necesitaría de límite alguno, puesto que los encargados de determinar y aplicar las penas lo harían de manera proporcional y razonable; sin embargo, en nuestras sociedades se hace necesario poner un freno a esta potestad del Estado. Uno de estos límites (seguramente el más importante) lo constituye el principio de legalidad que, en sentido amplio, implica que todos (gobernados y gobernantes) estamos sometidos a las leyes; en materia penal, se explica a través del principio de legalidad en sentido estricto, la reserva absoluta de ley y la taxatividad¹⁵.

El principio de legalidad en sentido estricto, establecido en el artículo 14 constitucional, se refiere a que, para que una conducta pueda ser considerada como delito, es necesario que se encuentre establecida previamente en una legislación penal, que además contenga la pena que corresponda aplicar a la autoridad legalmente establecida para dicho fin, con anterioridad al acto. Es indispensable que el tipo penal sea claro y preciso, para no vulnerar la seguridad jurídica de los individuos¹⁶.

Como se puede apreciar, en el caso del tipo penal en análisis, la redacción no es totalmente clara y no hay precisión o exactitud en lo que se refiere a la conducta específica que se está sancionando.

La reserva absoluta de ley se refiere a que en materia penal no es válida la analogía, sino que tienen que estar establecidos un tipo penal y una pena exactamente aplicables a la conducta delictiva de que se trate. Mientras que el principio de taxatividad va dirigido tanto al legislador como al Juez; al primero exigiéndole precisión al formular las leyes penales (en cuanto a la conducta, tipicidad y pena), y al segundo demandándole su estricta aplicación. Podríamos decir que no basta con que haya una ley exactamente aplicable, sino que ésta tendría que haber sido creada a través de una adecuada técnica legislativa.

Encontramos que el artículo en análisis adolece de falta de exactitud para que su aplicación sea posible sin violar la reserva absoluta de ley o el principio de taxatividad.

El tipo penal que nos ocupa es un claro ejemplo de un delito de peligro. “En Derecho Penal, [delito es la] acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal [...]”¹⁷. Cuando la conducta tiene como consecuencia una lesión efectiva del bien jurídico-

15 Véase: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al.*, *Lecciones de derecho penal, parte general*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, Pp. 36-58.

16 MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Política criminal y reforma penal, algunas bases para su democratización en México*, CEPOLCRIM, México, 1999, p. 115.

17 Ver: BUNSTER, Álvaro, *Enciclopedia jurídica mexicana*, tomo III, Eds. Porrúa-UNAM, México, 2002, p. 95.

co, se trata de delitos de daño o lesión; por ejemplo, homicidio, lesiones, etcétera. Si el hecho delictuoso causa una “[...] mera exposición al peligro (asociaciones delictuosas, armas prohibidas y otros)”¹⁸ estamos, precisamente, ante un delito de peligro.

Como se anotó en la Introducción, actualmente a través del Derecho se intentan prevenir riesgos que la sociedad percibe. Una medida de política criminal es utilizar la vía penal como primera opción para lograr esta prevención o, por lo menos, dar la impresión de que así es, utilizando legislación simbólica.

Sin duda, estos nuevos riesgos podrían ser reales, producto de los avances en ciencia y tecnología. A través del Derecho se podría intentar minimizarlos, pero no a costa de la vulneración de los principios garantistas del Derecho Penal.

Cuando se trata de delitos de peligro concreto, se incluye en el catálogo penal la puesta en peligro de un bien jurídico; en este caso la tipificación se vincula al resultado. Sin embargo, como se ha dicho, también existen delitos de peligro abstracto en los que se incrimina una conducta tomando en cuenta la peligrosidad de la acción, en donde no se requiere vincular al actor con el resultado, ni la determinación de la víctima.

Se reconoce que “el delito de peligro abstracto representa el instrumento de técnica legislativa típicamente correspondiente a la esencia del bien jurídico supraindividual”¹⁹.

Dado que el ambiente es un bien jurídico colectivo, se trata de un delito de peligro abstracto el contenido en el artículo 420 Ter del Código Penal Federal, cuando señala que se sancionará a quien, con motivo del manejo de organismos genéticamente modificados, “[...] altere o pueda alterar negativamente los componentes, la estructura o el funcionamiento de los ecosistemas naturales”.

En general, tratándose de daños al ambiente, el tipo de responsabilidad aplicable es la responsabilidad objetiva²⁰ o absoluta que se refiere a la posibilidad de ser sancionado, no necesariamente por haber obrado de manera ilícita y ni siquiera por haber incumplido una obligación, sino por haber creado un riesgo que a su vez causó daños a un tercero, quien se convierte en víctima y requiere la reparación del daño. El Código Civil Federal, en su artículo 1913, ejemplifica este tipo de responsabilidad, al mencionar que,

18 *Ibidem*, p. 98.

19 CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo, *Medio ambiente y derecho penal, un acercamiento*, Ed. B de F Ltda., Argentina, 2005, p. 25.

20 Véase: PALAO MORENO, Guillermo, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Eds. Tirant lo blanch – Universitat de València, Valencia, 1998, Pp. 127 y ss.

Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

De acuerdo a Javier Martínez Alarcón, “[e]l auge de la teoría del riesgo creado se debe al impulso industrial que experimentó el continente europeo a finales del siglo XIX. El trabajador maneja la máquina, su uso es lícito, pero peligroso para el operador, y cuando surge un accidente se debe a que el patrón incumple con su obligación de otorgar seguridad al subordinado”²¹. Es importante aclarar que para considerarse una responsabilidad objetiva, el concepto de culpa debe estar totalmente ausente.

Abundando en el principio de taxatividad, como sabemos, no hay delito sin tipo penal, que es la descripción de los comportamientos considerados delictivos y que traen aparejada una pena. La conducta que se prohíbe debe estar perfectamente descrita en el tipo, a diferencia de lo que sucede con el Código Penal Federal, con relación a los organismos modificados, en donde nos remiten a una norma administrativa para que el tipo penal quede agotado. Es lo que se conoce como una ley penal en blanco. Roxin señala como tipos abiertos los que no describen “exhaustivamente y en todos sus aspectos el objeto de la prohibición”²².

Si bien, “ninguna legislación penal ambiental será eficaz si se renuncia al empleo de normas penales en blanco”²³, sería necesario identificar cuál es la conducta prohibida, independientemente de que se tengan permisos; igualmente, se tendría que definir la manera en que la conducta se debe llevar a cabo para ser considerada como delito, es decir, si se provoca (de manera efectiva o potencialmente), la alteración al ambiente en la etapa de la investigación, pruebas de campo, liberación con fines comerciales, importaciones/exportaciones, etcétera.

En México, con relación a las leyes penales en blanco, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido la siguiente tesis jurisprudencial:

Normas penales en blanco. Son inconstitucionales cuando remiten a otras que no tienen el carácter de leyes en sentido formal y material. Los denominados “tipos

21 MARTÍNEZ ALARCÓN, Javier, *Teoría general de las obligaciones*, 2ª edición, Ed. Oxford University Press, México, 2000, p. 133.

22 ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general*, Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito), Op. Cit., p. 298.

23 *Ibidem*, p. 29.

penales en blanco” son supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y requiere de un complemento para integrarse plenamente. Ahora bien, ordinariamente la disposición complementaria está comprendida dentro de las normas contenidas en el mismo ordenamiento legal o en sus leyes conexas, pero que han sido dictadas por el Congreso de la Unión, con apoyo en las facultades expresamente conferidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia, las “normas penales en blanco” no son inconstitucionales cuando remiten a otras que tienen el carácter de leyes en sentido formal y material, sino sólo cuando reenvían a otras normas que no tienen este carácter –como los reglamentos–, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales²⁴.

De acuerdo a la jurisprudencia anotada, el tipo penal que nos ocupa (“de la bioseguridad”) sería inconstitucional en cuanto a que no remite directamente a otra ley jerárquicamente equivalente, sino que envía a la “normatividad aplicable”, que podría ser la LGEEPA, la LBOGM o incluir reglamentos e, incluso, normas oficiales mexicanas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en este sentido, al considerar que un tipo penal en blanco que remite a un reglamento, viola los principios de exacta aplicación y reserva de ley²⁵. De acuerdo a este criterio jurisprudencial, queda claro que, el tipo penal en análisis viola el principio de legalidad, al reenviar a la normativa aplicable, la cual, como se ha mencionado, no necesariamente es una ley que se encuentre en el mismo plano jerárquico. Por otra parte, las conductas delictivas y las sancionas no están previstas de manera clara y precisa, como lo exige nuestra Carta Magna.

6. Principio de proporcionalidad

En sentido amplio, el principio de proporcionalidad se refiere a la correspondencia que debe darse entre la necesidad de la existencia de penas y su establecimiento. Es decir, no debe ser punible cualquier conducta, sino sólo aquella que afecta o pone en peligro bienes jurídicos especialmente importantes. Este

24 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII Novena Época, Primera Sala, febrero de 2008, Tesis: 1a./J. 10/2008, materia penal, jurisprudencia, p. 411. En: <http://200.38.163.161/UnaTesislnkTmp.asp?nlus=170250&cPalPrm=LEYES,EN,BLANCO,&cFrPrm=Fecha de consulta: 16-febrero-2012>.

25 Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII Novena Época, Primera Sala, febrero de 2008, Tesis: 1a./J. 5/2008, materias constitucional y penal, jurisprudencia, p. 129. En: <http://200.38.163.161/UnaTesislnkTmp.asp?nlus=170393&cPalPrm=171,CODIGO,PENAL,FEDERAL,&cFrPrm=Fecha de consulta: 16-febrero-2012>.

principio se desdobra en los siguientes: protección de bienes jurídicos, intervención mínima y proporcionalidad de las penas.

Con relación al principio de necesidad o de protección de bienes jurídicos, éste se establece en el postulado de *nullum crimen sine iniuria*; es decir, deben considerarse delitos sólo las conductas dañosas socialmente. “La represión penal debe reservarse para los ataques más severos hacia bienes jurídicos fundamentales”²⁶. El problema en este caso es determinar el valor que se le debe otorgar a determinado bien, dependiendo de las circunstancias particulares de cada cultura y del período de tiempo de que se trate.

El principio de intervención mínima relaciona el Derecho Penal con las demás ramas del derecho y señala que aquél debe ser utilizado como última instancia en la protección de bienes jurídicos. Ignacio Berdugo hace una propuesta interesante al señalar que se deben distinguir las conductas dolosas de las imprudentes y “[a] través de estas distinciones puede el legislador seleccionar fragmentariamente la intervención penal, limitando ésta a las conductas dolosas, frente a las imprudentes, o a las de lesión efectiva frente a las de creación de peligro, quedando lo no imprescindible en la esfera de la infracción civil o administrativa”²⁷, con lo que coincido plenamente.

Las infracciones y sanciones deben ser administrativas, en un primer momento y penales como *ultima ratio*. El Derecho Penal debe intervenir sólo “en aquellos casos de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes y siempre que sean insuficientes las otras barreras protectoras que deparan el orden social y las demás del Ordenamiento jurídico”²⁸.

Siguiendo a Romeo Casabona, “[l]a diferencia entre ambas modalidades de ilícito es de carácter cuantitativo, y no material o sustancial, la cuestión radica en decidir qué comportamientos deben configurarse como infracciones administrativas y cuáles como delitos penales”²⁹. Esta es una decisión de política criminal, que está, de modo inevitable, fusionada con el Derecho Penal³⁰.

26 CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca, “El derecho penal como protector de bienes jurídicos”, en *Reflexiones Jurídicas*, año 1, número 3, Gobierno del Estado de Veracruz, Subsecretaría de asuntos jurídicos y participación ciudadana, Xalapa, s/f., p. 65.

27 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al.*, *Lecciones de derecho penal*, Op. Cit., p. 50.

28 JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general*, Santiago Mir Puig (Trad.), Ed. Bosch, Barcelona, 1976, Pp. 11-12.

29 ROMEO CASABONA, Carlos María, *Del gen al derecho*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996, p. 425.

30 Ver: ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general*, Op. Cit., p. 147.

Tratándose de organismos genéticamente modificados, la prevención es lo que debe prevalecer, ante los riesgos que implica el manejo de estos productos. Por ello, coincido en la afirmación de que “[l]a prevención de tales riesgos comporta la adopción de estrictas medidas preventivas de seguridad y sancionar por la autoridad administrativa las conductas que no las respeten y recurrir al Derecho Penal cuando de ello se derive la lesión o peligro concreto de esos bienes jurídicos”³¹.

En el tipo penal que nos ocupa, el bien jurídico que se tutela es el ambiente y, aunque sea una materia relativamente nueva, es necesario enfatizar que, como anota Romeo Casabona,

[...] la intervención del Derecho Penal debe regirse de acuerdo con sus principios rectores tradicionales, pero tal y como son concebidos en la actualidad, esto es, atender a la función del Derecho Penal y a los principios de intervención mínima y *ultima ratio*. Sin embargo, en la todavía escasa actividad legislativa comparada abundan los ejemplos de la tendencia contraria. Por el contrario, en esta materia [ambiental] es de suma importancia mantenerse fiel a los principios de que al Derecho Penal le sigue correspondiendo la exclusiva tarea de protección de bienes jurídicos, es decir, de los bienes, valores e intereses fundamentales pertenecientes al individuo y a la comunidad, frente a las conductas que los lesionen o pongan en peligro, siempre que impliquen al mismo tiempo una infracción grave de las normas ético-sociales vigentes en la sociedad en un momento determinado, pero que el recurso al Derecho Penal debe reservarse frente a los ataques más intolerables a los bienes jurídicos de especial importancia y únicamente cuando sea estrictamente necesario por ser insuficientes otros instrumentos jurídicos no penales (Derecho Administrativo, Civil, etc.)³²

En el mismo sentido, Roxin opina que, “al luchar contra el riesgo mediante el Derecho Penal hay que preservar la referencia al bien jurídico y los restantes principios de imputación propios del Estado de Derecho; y donde ello no sea posible, debe abstenerse de intervenir el Derecho Penal”³³.

En cuanto al principio de proporcionalidad de las penas, en sentido estricto, éste se desdobra en dos direcciones: la primera, legislativa, en cuanto a que la pena que se establezca para el delito de que se trate debe responder a una ponderación, reservando las penas más graves para aquellos delitos que lesionen bienes más importantes y lograr así motivar a los gobernados a cumplir con la norma; la valoración puede establecerse a partir de los delitos contra la vida. El otro sentido se refiere al ámbito judicial y consiste en que el juez, al decidir la

³¹ ROMEO CASABONA, Carlos María, *Del gen al derecho*, Op. Cit., p. 429.

³² *Ibidem*, Pp. 431-432.

³³ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general*, Op. Cit., p. 61.

sanción, tome en cuenta todas las circunstancias que rodean el caso para poder decidir la cuantía de la pena que aplicará.

Considero que el tipo penal en análisis, viola este principio al establecer una misma sanción para conductas que podrían considerarse graves (como la contaminación de un cultivo tradicional, por ejemplo), y otras que, si bien son infracciones, la pena resulta excesiva (en el caso, por ejemplo, de que no se cuente con algún permiso o éste haya vencido).

7. Reflexión final

Para concluir este artículo, anotaré las palabras de Roxin, al referirse a algunos autores, con quienes coincido plenamente en el sentido de que no deben penalizarse conductas cuando ello implique violaciones a principios fundamentales del Derecho Penal, lo que se traduce en vulneración de derechos humanos.

Roxin señala que algunos estudiosos del Derecho,

[...] se manifiestan también contra los intentos de combatir los problemas de la sociedad moderna [...] mediante un Derecho Penal preventivo. Tras esta posición está el temor de que para una intervención efectiva del Derecho Penal en esos campos hubiera que sacrificar garantías esenciales del Estado de Derecho. [Citando a Hassemer, asegura que él] propone por ello una reducción del Derecho Penal a un “Derecho Penal nuclear” y propugna resolver los indicados problemas “modernos” mediante un “Derecho de la intervención”, que esté situado entre el Derecho Penal y el Derecho contravencional, entre el Derecho Civil y el Público, y que ciertamente dispondrá de garantías y procedimientos reguladores menos exigentes que el Derecho Penal, pero que a cambio estará dotado de sanciones menos intensas frente los individuos”. De modo similar [citando a Naucke, anota que éste] constata un desplazamiento del centro de gravedad “desde el Derecho Penal ajustado al Estado de Derecho a la poderosa transacción social”, e insiste en una incondicional exigencia del Derecho Penal ajustado al Estado de Derecho, aunque sea a costa de la prevención”. [En el mismo sentido, cita a P. A. Albrecht, quien] diagnostica “erosiones del Derecho Penal ajustado al Estado de Derecho” y aboga por una “retirada del Derecho Penal de la pretensión de control preventivo abarcándolo todo” y por un giro simultáneo ‘hacia formas adecuadas de control [...] que ya están disponibles en el Derecho civil, el Derecho público y el Derecho social’³⁴.

Tratándose del manejo de organismos genéticamente modificados, el Código Penal Federal podría incluir una redacción más clara y precisa, con un envío a normativa específica para la actualización del ilícito. De esta forma se minimizaría el riesgo de violentar principios fundamentales del Estado garantista.

³⁴ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general*, Op. Cit., Pp.61-62.

Bibliografía

- BARATTA, Alessandro, "El concepto actual de seguridad en Europa", en: *Revista Catalana de Seguridad Pública*, N° 8, Escola de Policia de Catalunya, España, 2001.
- BECCARIA, Cessare, *Tratado de los delitos y de las penas*, 13ª edición facsimilar, Porrúa, México, 2003.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al.*, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, Praxis, Barcelona, 1996.
- BUNSTER, Álvaro, *Enciclopedia jurídica mexicana*, tomo III, Porrúa-UNAM, México, 2002.
- CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo, *Medio ambiente y Derecho Penal, un acercamiento*, B de F Ltda., Argentina, 2005.
- Código Penal Federal
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca, "El Derecho Penal como protector de bienes jurídicos", en *Reflexiones Jurídicas*, año 1, número 3, Gobierno del Estado de Veracruz, Subsecretaría de asuntos jurídicos y participación ciudadana, Xalapa, s/f.
- Diario Oficial de la Federación
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, parte general (Fundamentos y teoría de la imputación)*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Trad.), 2ª edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Santiago Mir Puig (Trad.), Bosch, Barcelona, 1976.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, Javier, *Teoría general de las obligaciones*, 2ª edición, Oxford University Press, México, 2000.
- MIR PIUG, Santiago, *Derecho Penal, parte general*, 6ª edición, Reppertor, Barcelona, 2002.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Política criminal y reforma penal, algunas bases para su democratización en México*, CEPOLCRIM, México, 1999.
- PALAO MORENO, Guillermo, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Tirant lo blanch - Universitat de València, Valencia, 1998.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Del gen al derecho*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general, Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, Diego Manuel Luzón Peña *et. al.* (Trad.), traducción de la 2ª edición alemana, reimpresión, Civitas, Madrid, 2000.

- SAMPEDRO, Camilo, "Consideraciones político-criminales en torno al Derecho Penal ambiental", en *Justicia Ambiental. Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente*, Universidad externado de Colombia, Colombia, 2001.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII Novena Época, Primera Sala, febrero de 2008, Tesis: 1a./J. 10/2008, materia penal, jurisprudencia.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición revisada y ampliada, Civitas, Madrid, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura básica del Derecho Penal*, Ediar, Argentina, 2009.

La Constitución de Cádiz en el trienio liberal *

Ángela Figueruelo Burrieza **

RESUMEN: Con la Constitución de Cádiz de 1812 comienza la historia del constitucionalismo moderno en España. En este texto se recogen las ideas revolucionarias francesas de fines del siglo XVIII y en su articulado se pueden apreciar, con claridad meridiana, los grandes principios del constitucionalismo clásico: el principio democrático, el principio liberal y el principio de supremacía constitucional. La influencia del texto gaditano fuera de las fronteras españolas ha hecho que trascienda con un cierto halo mítico. Pero, si se analizan los tres breves períodos de su vigencia –que alcanzaron escasamente los seis años– pueden observarse las dificultades de su aplicación en la práctica. El Trienio Liberal, desde 1820 hasta 1823, fue el período más extenso de su vigencia; a lo largo de esos años se apreciaron las luces y las sombras del texto gaditano al pretender poner en funcionamiento las instituciones creadas. La realidad española de aquellos momentos no permitió que “la Pepa” fuese una constitución normativa.

Palabras Clave: Constitución de Cádiz, constitucionalismo, democracia, liberalismo, soberanía, nación, Trienio Liberal, derechos y libertades.

ABSTRACT: With the Constitution of Cadiz of 1812 begins the story of modern constitutionalism in Spain. This text is collected French revolutionary ideas of the late eighteenth century and in its articles can be seen, with clarity, the great principles of classic constitutionalism: the democratic principle, the liberal principle and the principle of constitutional supremacy. The influence of Cadiz text outside Spanish borders has made a certain aura transcends myth. But if we analyze the three short periods of his life, which barely reached six years can be observed the difficulties of its implementation in practice. The Liberal Triennium, from 1820-1823, was the longest period of their maturity over the years appreciated the lights and shadows of Cadiz text by pretending to operate the institutions created. Spanish reality of that time did not allow that “Pepa” was a normative constitution.

Key Words: Constitution, constitutionalism, democracy, liberalism, sovereignty, nation, Liberal Triennium, rights and freedoms.

* Artículo recibido el 14 de diciembre de 2012 y aceptado para su publicación el 20 de enero de 2013.

** Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca.

SUMARIO: 1. Planteamiento del tema. 2. La Constitución de Cádiz y los orígenes del constitucionalismo español. 3. Luces y sombras del Trienio Liberal. 4. La Nación titular de la soberanía. 5. El principio liberal: separación de poderes y reconocimiento de derechos y libertades. 6. El principio de supremacía constitucional. La observancia de la Constitución de Cádiz. 7. El texto gaditano y sus mitos ¿Una Constitución nominal o semántica?. Bibliografía.

1. Planteamiento del tema

Realizar un juicio político a la democracia desde la legalidad constitucional y desde el cumplimiento de dicha legalidad, ofrece un atractivo peculiar cuando se proyecta sobre la historia política española de los dos últimos siglos. Suele ser frecuente el comentario acerca de la historia de nuestro constitucionalismo señalándolo como un proceso pendular o de vaivenes en el cual, a las constituciones de carácter democrático le suceden inexorablemente constituciones de impronta conservadora y oligárquica. Es cierto que para conocer la historia constitucional de nuestro país es preciso analizar con detalle las numerosas constituciones que se han aprobado y que han estado vigentes; dentro de ellas conviene estudiar hasta qué nivel en nuestras normas fundamentales aparecían reconocidos los principios esenciales del constitucionalismo clásico: el principio democrático, el principio liberal y el principio de supremacía de la Constitución.

Si descartamos el Estatuto de Bayona de 1808, fue en Cádiz, en 1812, cuando se inauguró la historia del constitucionalismo español. El texto aprobado en Bayona no es una constitución, porque no fue aprobado por representantes de la nación española, sino que se trató más bien de una “carta otorgada”, concedida graciosamente por un monarca extranjero que no consolidó su corona. España se hallaba invadida por los franceses y habiendo abdicado Fernando VII y Carlos IV a favor de José Bonaparte, Napoleón, que deseaba evitar aparecer como un usurpador, convocó en Bayona una Asamblea de Diputados para elaborar una carta política capaz de regenerar España. Esa Asamblea debería estar formada por cincuenta nobles, cincuenta eclesiásticos y cincuenta representantes del pueblo; pero, al final, sólo acudieron sesenta y cinco personas, la mayor parte nobles, a quienes se añadieron algunos españoles con residencia en el vecino país francés. A pesar de todo el Estatuto de Bayona tuvo un destacado papel en el nacimiento del constitucionalismo patrio porque dado su carácter de texto escrito y “relativamente liberal” provocó la elaboración de una Constitución alternativa por parte de aquellos que no lo aceptaron y se enfrentaron a la invasión de Napoleón Bonaparte.

Entendemos por constitución la norma fundamental que en cada país regula la organización de los poderes del Estado y el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos (artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789); por su naturaleza y funciones debería ser una norma estable y duradera. Ahora bien, el caso español es buena prueba de todo lo contrario; pues, España es uno de los países europeos que ha hecho, rehecho y deshecho un mayor número de constituciones, desde comienzos del siglo XIX hasta 1978. La Constitución de Cádiz de 1812, como pretendo demostrar a lo largo de mi exposición, recoge de forma meridianamente clara los grandes principios que definen las constituciones modernas: el principio democrático que se consagra bajo la forma de la soberanía nacional, el principio liberal que se aprecia en el reconocimiento, a lo largo del amplio texto normativo, de un elenco de derechos y libertades y una serie de garantías procesales, así como en un rígido principio de separación de poderes. La supremacía de la constitución que se garantiza mediante un procedimiento agravado de reforma –se trata de una constitución especialmente rígida– y encomendando a las Cortes la función de guardiana de la observancia de la constitución conociendo y resolviendo las infracciones que se les hubieren hecho presentes. Este esquema no volvió a repetirse hasta el momento constitucional de 1869, porque la Constitución de 1837, aunque presentaba un carácter democrático y progresista frente al Estatuto Real de 1834, se trataba de un texto cuya reforma, al ser flexible, no garantizaba el principio de la supremacía constitucional. Después del texto de 1869 vuelven a aparecer conjuntamente los principios básicos del constitucionalismo tanto en el Proyecto de Constitución Federal de 1873 como en la Constitución de la II República Española de 1931.

Teniendo en cuenta la escasa vigencia temporal de estas normas fundamentales, que arrojan sumando la de todos ellos 16 años de aplicación efectiva, podemos apreciar que, durante un periodo de 166 años (desde 1812 hasta 1978), ese es el tiempo que España ha estado dotada de una normativa constitucional acorde con los principios definidores de las constituciones modernas. Ante esta perspectiva carece, pues, de sentido hablar de un movimiento pendular y de vaivenes en el cual a las constituciones de carácter democrático le suceden otras de carácter conservador. La experiencia que nos ofrece la historia es la de largos periodos carentes de constitución o dotados de constituciones semánticas; ello nos obliga a mantener que la historia de nuestro constitucionalismo es la historia de una ficción. Así las cosas, cuando ese carácter ficticio cae, las fuerzas conservadoras se abaten sobre el constitucionalismo y se abre, de este modo, etapas de dictaduras más o menos encubiertas.

Por ello, creo conveniente adelantar que mantengo la opinión que lo que se plantea y se discute en la España de los siglos XIX y XX no es la organización de un Estado Constitucional conservador o progresista. Lo que de verdad se plantea y se discute es la existencia o no de un Estado constitucional, hablando en términos políticos. De ahí que, la gran lección que se deriva de todo nuestro siglo XIX y buena parte del siglo XX es que todo el planteamiento constitucional se hace desde una perspectiva política y los ataques y la defensa de la constitución se llevan a cabo en función de ideologías contrapuestas en las que la normativa fundamental adquiere, sobre todo, un valor simbólico.

2. La Constitución de Cádiz y los orígenes del constitucionalismo español

El factor desencadenante del nacimiento del constitucionalismo español procedió de fuera de nuestras fronteras: sin la invasión francesa no se pueden entender el significado y alcance de la revolución liberal española, aunque las ideas constitucionales empezaron a circular entre la élite intelectual a finales del siglo XVIII.

Los hechos se pueden exponer sumariamente como sigue: en marzo de 1808 tuvo lugar el denominado «Motín de Aranjuez» que obligó a Carlos IV a abdicar la corona en su hijo Fernando VII. Días después las tropas de Napoleón, con el pretexto de dirigirse a Portugal y al amparo del Tratado de Fontainebleau (suscrito en 1807 por Francia y España), entran en Madrid, al mando de Murat. En el mes de abril, con pocos días de diferencia, tanto Fernando VII, como Carlos IV, llegan a la ciudad francesa de Bayona, pretendiendo que Napoleón les reconozca (cada cual con su causa correspondiente) como el legítimo Rey de los Españoles. El Emperador consigue engañar tanto al padre como al hijo, renunciando ambos a la Corona española en los primeros días del mes de mayo de 1808 y dos meses más tarde José Bonaparte fue reconocido como Rey de España y de las Indias.

Con las renunciaciones efectuadas en Bayona se produjo una grave crisis en la sociedad española. El día 2 de mayo de 1808 el pueblo de Madrid se alzó en armas contra las tropas de Murat ocupantes de la capital de España. Levantamiento que fue duramente reprimido por los franceses y que provocó que en toda España se tomaran las armas. Así comenzó la larga Guerra de la Independencia y la revolución liberal que dio origen al constitucionalismo en nuestro país. De manera espontánea en distintas regiones, provincias y comarcas se constituyeron Juntas que pretendían hacer frente al invasor y rellenar el vacío de poder.

Estas Juntas decidieron sumar y coordinar sus esfuerzos en un poder central; de esta forma el 25 de septiembre de 1808 quedó constituida una Junta Suprema Central Gubernativa que, primero radicó en Aranjuez y luego, por causa de la invasión se trasladó a Sevilla. Una de sus funciones consistía en reconstruir el Estado español. Las opiniones al respecto estaban divididas ya que, frente a quienes, como Jovellanos, eran partidarios de la restauración y renovación de las antiguas Leyes Fundamentales del Reino –suprimidas por el absolutismo– y, que habían garantizado, en otros tiempos, el funcionamiento normal de las instituciones y las libertades de los españoles, otro sector influido por las doctrinas liberales y el ejemplo francés, consideraba necesario redactar una Constitución donde tuviesen no sólo cabida las instituciones históricas sino también otras más modernas y adaptadas a las necesidades de los nuevos tiempos. Este fue el criterio que acabó por imponerse.

La Junta Central preparó la convocatoria de unas Cortes que, además de examinar la grave situación del país creada por la invasión francesa, propusieran la forma de llevar a la práctica la reorganización política imprescindible en aquella situación. La Junta se volvió inoperante y a principios de 1810 resignó sus poderes en una Regencia compuesta por cinco miembros. Al final la convocatoria de Cortes fue realizada por la citada Regencia. La reunión de las Cortes tuvo lugar el 24 de septiembre de 1810, en la Isla de León, en Cádiz. Ese mismo día quedaron proclamados tres principios que serían la clave de bóveda de la futura constitución: el principio de la soberanía nacional, el principio de la división de poderes y el principio de la nueva representación. Las Cortes tomaron con gran celeridad una serie de medidas encaminadas a solventar los graves problemas sociales, económicos y políticos por los que atravesaba el país. Pero, su tarea principal consistió en elaborar una Constitución, precedida por un Discurso Preliminar, de connotaciones muy peculiares, que fue promulgada en Cádiz el día 19 de marzo de 1812. Se trata de una Constitución de carácter extenso, cuyo origen es popular y que tiene un carácter rígido.

Las fuentes que inspiraron el contenido de la Constitución de Cádiz son reflejo de la composición de las Cortes unicamerales y de las tendencias doctrinales debatidas en el momento. Fueron elegidos unos trescientos diputados. El número total no puede conocerse de forma exacta y además nunca llegaron a estar todos reunidos. Estamparon el Acta de apertura de sesiones ciento cuatro, y ciento ochenta y cuatro firmaron la Constitución el 19 de marzo de 1812; pero en el Acta de disolución de las Cortes, con fecha 14 de septiembre de 1813, son doscientos veinte diputados los que figuran. La mayor parte de ellos pertene-

cían al clero; también en número elevado había juristas, funcionarios públicos y catedráticos de universidad (unos dieciséis). En menor número hallamos militares, títulos del reino, propietarios, comerciantes, escritores, médicos y marinos. Al tratarse de una asamblea de notables se puede sostener que los redactores de la Constitución de Cádiz fueron hombres que vivían de la pluma y del altar.

En las Cortes de Cádiz no había aún partidos políticos pero los diputados se unían conforme a distintas tendencias constitucionales de acuerdo a una determinada filiación doctrinal. Los diputados realistas sustentaban en sus argumentaciones ideas con base en el escolasticismo y en el historicismo nacionalista, concretadas en las ideas de Suárez conocidas como la "*translatio imperii*" y de la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes; también defendían el requisito de que las Cortes respetasen la esencia de las Leyes Fundamentales de la monarquía o constitución histórica de España en el contenido de la nueva constitución. El mejor representante es Gaspar Melchor de Jovellanos y su obra "*Memoria en Defensa de la Junta Central*". Por su parte los diputados liberales fundamentaban sus doctrinas en las ideas francesas defendidas en la Asamblea de 1789, destacaban el principio de la soberanía nacional y la división de poderes, pasándolos por el tamiz de un supuesto liberalismo medieval español (Francisco Martínez Marina). Con las dos tendencias anteriores convivía una tercera, formada por los representantes de las colonias. A los "diputados americanos" no les satisfacía ni el modelo histórico español, ni el modelo británico, ni tampoco el francés de 1791. Deseaban una constitución que tuviese en cuenta el autogobierno de las provincias de ultramar y donde la población americana obtuviese una justa representación en los órganos del nuevo Estado, sobre todo en las Cortes. Sus preferencias se inclinaban por el modelo federal de los Estados Unidos de América plasmado en la Constitución de Filadelfia de 1787.

En el debate a tres bandas en el seno de las Cortes, durante los periodos de sesiones a lo largo de varios meses, salieron a relucir las luces y las sombras de los distintos modelos en discusión y al final prevalecieron las ideas del llamado sector liberal: Diego Muñoz Torrero, Agustín de Argüelles, José Espiga, Antonio Oliveros y Evaristo Pérez de Castro que formaron parte de los quince miembros de la Comisión encargada de redactar el proyecto de Constitución Política de la Monarquía con base en los trabajos preparatorios de la Junta Central. Así pues, el texto que vio la luz el día 19 de marzo de 1812 se convirtió en el símbolo liberal por excelencia de nuestra historia, llegando a representar la panacea de los problemas nacionales. Se pretendía con este texto normativo configurar un

arma para luchar contra el invasor y sobre todo encontrar una solución a los problemas que asolaban España.

La Constitución de Cádiz desde su publicación, el día 19 de marzo de 1812, hasta el retorno de Fernando VII del cautiverio, tuvo una aplicación bastante limitada ya que gran parte del país estaba ocupado por los franceses; además, la atención del pueblo español se centraba en la Guerra de la Independencia y el Rey, que era el gran ausente, estaba configurado como uno de los actores principales del nuevo escenario constitucional. Cuando el Rey retornó derogó de forma inmediata la Constitución de Cádiz, con fecha 14 de mayo de 1814, y con ella todo el trabajo normativo realizado por las Cortes de Cádiz. Para ello alegó, entre otras razones, que la citada Constitución era contraria a las antiguas Leyes Fundamentales del Reino y atentaba a la autoridad y dignidad del Monarca. Con la derogación de la Constitución se restableció un régimen absolutista que se prolongó hasta 1820.

3. Luces y sombras del Trienio Liberal

El régimen absolutista terminó el 1 de enero de 1820, gracias al triunfo del Pronunciamiento de Riego en Cabezas de San Juan; a raíz del mismo Fernando VII se vio obligado a restablecer la Constitución de Cádiz, comenzando el denominado “trienio liberal” o “trienio constitucional”. Fue en esta época cuando, por fin, quedaron instaladas todas las instituciones previstas en la Ley Fundamental y fue por esto que en esa época pudieron advertirse las fortalezas y las debilidades que de ella emanaban. De esta forma, la doctrina ha puesto de manifiesto cómo durante el trienio se fue descubriendo que la Constitución probablemente fuera un texto demasiado avanzado para actuar de forma regular en el tránsito del Antiguo Régimen al nuevo sistema representativo; también se ha destacado que los límites impuestos a la autoridad del Rey eran, sin duda, excesivos en un país que a lo largo de la historia y en aquellos momentos continuaba siendo monárquico; la existencia de unas Cortes Unicamerales –Congreso de los Diputados– tendía más al radicalismo que a la moderación, y además el funcionamiento del resto de las instituciones no fue nunca equilibrado. Ahora bien, si predominaron durante el trienio las sombras sobre las luces en el texto de Cádiz se debió, principalmente, a la falta de serenidad en las actuaciones tanto de los adversarios como de defensores de la Constitución. No hubo sentimiento constitucional y se desconocía lo que era el consenso; término acuñado a la hora de redactar la Constitución de 1978 y que permitió el tránsito pacífico hacia la democracia tras la muerte de Francisco Franco.

Entre los detractores del texto gaditano destaca el Rey Fernando VII, quien consideraba que el contenido del mismo deprimía su autoridad. Fundamentaba sus razones para el rechazo en lo que contra dicha norma había dicho y hecho en 1814, lo que con ella se le había obligado a hacer en 1820 y los vejámenes que se vio obligado a sufrir por parte de quienes la enarbolaban como una bandera desafiante y retadora.

Por eso, aunque el 10 de marzo de 1820, aceptó convertirse en monarca constitucional y declaraba solemnemente: *“marchemos francamente, y yo el primero, por la senda constitucional”*, su odio hacia la Constitución de Cádiz persistía comenzando a conspirar contra ella poco tiempo después de ser restaurada; a tal fin colaboró con la Santa Alianza integrada por Rusia, Austria, Prusia y Francia, países que no aceptaban de buen grado la vigencia en España de un código tan revolucionario como el doceañista. A la hostilidad de Fernando VII hacia el nuevo régimen constitucional y el adverso contexto internacional para el asentamiento del mismo en España, debemos añadir la división interna del liberalismo español entre “exaltados” y “moderados” que resultó funesta para la supervivencia del sistema; también dividieron a los liberales españoles, a lo largo de estos tres años, otras cuestiones como el nombramiento de altos cargos de la Administración civil y militar, la legalización de las Sociedades Patrióticas y sobre todo la estrategia a seguir para lograr la transformación de la sociedad española. Los exaltados deseaban el restablecimiento de la Constitución de Cádiz al pie de la letra. En cambio los moderados pretendían no radicalizar los conflictos entre las fuerzas del Antiguo Régimen y las fuerzas favorables al nuevo sistema liberal; eran conscientes del escaso apoyo popular al Estado constitucional, que se puso de manifiesto en 1814, cuando la masa popular recibió con los brazos abiertos la vuelta al absolutismo. Sin embargo, la existencia misma de la Constitución de 1812 no dividió a los liberales durante el trienio liberal; así pues, no llegó a proponerse nunca su reforma en las Cortes porque los moderados se habían ido alejando del texto de forma paulatina y los exaltados eran conscientes de lo difícil que resultaba aplicar sus contenidos en la España de aquellos momentos, con un entorno desfavorable: recelo de una Europa reaccionaria, resistencia de la nobleza y oposición de la Iglesia, incomprensión y desconfianza, junto con un creciente descontento del campesinado y sobre todo, la resistencia del propio Rey Fernando VII.

Los constantes conflictos entre el Rey y sus ministros y entre estos y las Cortes contribuyeron a que buena parte de los liberales españoles se fuesen alejando del

modelo doceañista y buscasen otro más eficaz para configurar el Estado constitucional de forma más acorde con las corrientes que circulaban por Europa.

Algo que pudo apreciarse durante el Trienio fue que el sistema de gobierno configurado sólo podría funcionar bajo la Constitución de Cádiz en el caso de que el Ejecutivo, conformado por el Rey y sus Ministros, mas la actuación de las Cortes, coincidieran en la dirección política del Estado; si esto no sucedía el sistema sería un fracaso. Se debe tener, además, en cuenta que la cúpula del poder ejecutivo era hereditaria y vitalicia. Por ello, si los absolutistas tenían claro que la única solución era dar al traste con el Estado constitucional, los liberales debían optar por encaminar al Estado hacia un sendero asambleario acelerando las transformaciones sociales y económicas para conseguir un verdadero sistema liberal popular (solución defendida por los exaltados) que pudiese hacer frente a los enemigos interiores y exteriores, infringiendo incluso la Constitución; o bien, abandonar el modelo monárquico configurado en Cádiz y establecer otro más parecido al modelo del constitucionalismo británico. A esta solución se llegó después de la muerte de Fernando VII.

La historia nos demostró que los partidarios del Código gaditano contribuyeron casi tanto como sus detractores a la destrucción del régimen liberal. Las Cortes adoptaron con frecuencia actitudes exaltadas e irresponsables; invadieron el ámbito de otros poderes constitucionales y en pro de su espíritu revolucionario se convirtieron muchas veces en escenario proclive al tumulto y a la subversión. Fuera de las Cortes las sociedades secretas trataron de actuar como un Gobierno paralelo que desplazaba la actuación de los poderes constituidos: discutían los proyectos de ley, las conductas de los Ministros, las capacidades de los aspirantes a Diputados, las medidas tomadas por la administración pública... También tuvieron relevancia las sociedades patrióticas que eran reuniones de liberales exaltados en populares cafés madrileños; allí se discutían todos los posibles temas referentes a cuestiones políticas y servían de instrumento para organizar manifestaciones y asonadas que inquietaban al gobierno y ponían en peligro el orden público.

A todos estos problemas de gobernabilidad se une el surgimiento de los partidos absolutistas que plantean una situación de guerra civil en Cataluña, Navarra, Galicia y el Maestrazgo a partir de 1822, sobre todo después del fracasado Golpe de Estado de la Guardia Real en Madrid. Los insurrectos llegan a dominar amplias zonas del territorio y establecieron una regencia absolutista en la Seo de Urgell en 1822. Radicalizada la situación, el Rey responde al Gobierno de los exaltados con una actitud provocadora que va más allá de sus

competencias constitucionales. Así las cosas, la nobleza adopta una posición absolutista y la burguesía ante ello se retrae; las actitudes hasta entonces habían sido vacilantes. La Europa dominada por la Santa Alianza sigue recelando del ejemplo español que se repite en Portugal, Cerdeña y las Dos Sicilias y prepara la intervención de la Santa Alianza. Los “Cien mil hijos de San Luis”, unos 130.000 soldados franceses al mando del Duque de Angulema, apoyados por los realistas españoles, comienzan a ocupar España en la primavera de 1823, consiguiendo imponer de nuevo el régimen absolutista.

De este modo la descomposición interna y la intervención extranjera provocaron la caída del régimen. Fernando VII, recobrada la plenitud de sus poderes, publicó el día 1 de octubre de 1823 un duro pliego de cargos contra la Constitución y el régimen que había terminado ya y declaró nulos y sin valor alguno los actos de tres años de gobierno constitucional –de forma similar a lo que ya hiciera en 1814–. Así dio comienzo la década absolutista que duró hasta la muerte del Rey en septiembre de 1833; pero, la vida del texto de Cádiz no terminó en 1823 ya que tuvo un ligero resurgimiento en 1836, durante la vigencia del Estatuto Real de 1834. En esa época los liberales siguen reclamando la restauración de la Constitución de Cádiz y la convocatoria de Cortes Constituyentes. Tras el Motín de la Granja –donde se halla la Regente– los soldados de la fuerza real consiguen de María Cristina la promulgación de la Constitución de Cádiz en 1836. A continuación se convocan elecciones a Cortes Constituyentes –Gobierno Calatrava– para adaptar, tras su reforma, la Constitución de Cádiz a las necesidades políticas de la época. El resultado de las constituyentes de 1836 no fue la reforma del texto gaditano sino la redacción de una Constitución diferente –la de 1837– que, a medio camino entre la Constitución de Cádiz y el Estatuto Real, obtuvo la aceptación tanto de los progresistas como de los moderados.

4. La Nación como titular de la soberanía

La Ley Fundamental aprobada en Cádiz el 18 de marzo de 1812 fue promulgada el día de San José, 19 de marzo, de ahí el nombre popular de “La Pepa”; constaba de 384 artículos. Ha sido el texto más extenso de nuestra historia constitucional. Previamente hemos resaltado cómo en su articulado se pueden apreciar los tres principios del constitucionalismo clásico. Destacan entre ellos el tema de la soberanía nacional y la teoría de la división de poderes que habían sido recogidos previamente en el primer Decreto expedido por las Cortes constituyentes el 24 de septiembre de 1810 que había salido de la pluma de Diego Muñoz Torrero.

La Teoría de la Constitución explica el principio democrático en función de quién detente la soberanía; es decir, a quién le corresponde la capacidad para hacer y reformar la constitución. Después de la Segunda Guerra Mundial las Constituciones de nuevo cuño establecieron el principio de la soberanía nacional: según este principio soberano es el pueblo, titular del poder constituyente de forma directa y del poder de reforma (en unos casos de manera directa y en otros de forma indirecta). En consecuencia la doctrina diferencia entre poder constituyente soberano y poder constituyente constituido.

Sin embargo, en la Constitución de Cádiz se recogieron en el ámbito de sus contenidos varias influencias, entre las que destacaron las ideas del liberalismo francés, que dieron como resultado la Revolución Francesa y quedaron plasmadas en su Constitución de 1791. Allí se acuñó la teoría de la soberanía nacional que quedaría plasmada en el texto gaditano, en el artículo tercero, el cual decía al respecto: *“La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo le pertenece exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales”*. Este cambio en la titularidad de la soberanía –que pasaba del Rey, persona física, a la Nación, persona moral distinta y superior a los individuos que la integran– no fue justificado por los diputados liberales en las tesis iusnaturalistas del “estado de naturaleza” o “del pacto social”. Es cierto que Diego Muñoz Torrero y algún otro diputado aludieron a ellas, pero los fundamentos para la defensa de este principio se hallaban en un supuesto enraizamiento en la historia de España y en la función legitimadora del levantamiento patriótico contra los franceses que ocupaban el suelo español.

La soberanía apareció definida como una potestad originaria, perpetua e ilimitada que recaía de forma exclusiva en la Nación. Es decir, el titular de esa soberanía era “un cuerpo moral” o “un ente abstracto” formado por los españoles de ambos hemisferios con independencia de su extracción social y de su procedencia territorial; pero no coincidía con la suma de los españoles que habitaban a lo largo y ancho de las Españas. Este principio se convirtió en el valor político por excelencia de la Constitución y, sin prisa pero sin pausa, fue calando la idea y el sentimiento de que contenía la verdadera esencia del texto gaditano. No obstante, las consecuencias que de dicho principio se extrajeron fueron bastante parecidas a las que años antes habían extraído los liberales del vecino país francés. Además, actuó como factor de disgregación, pues de forma casi inmediata se produjo una división insalvable entre realistas y constitucionales, entre quienes defendían las antiguas legitimidades y quienes proclamaban nuevas ideas y doctrinas. También con el paso del tiempo contribuyó de forma decisiva a la

división de los constitucionales entre moderados y progresistas; los primeros consideraban al principio de la soberanía nacional como algo peligroso y abstracto, en cambio los segundos lo elevaron a la categoría de dogma político que fue aceptado por las Constituciones de signo avanzado que se aprobaron a lo largo del siglo XIX.

La facultad más importante de la soberanía consistía, en opinión de los liberales, en la capacidad para ser titular y poder ejercer el poder constituyente, es decir, en la facultad de elaborar y aprobar una Constitución y, posteriormente, poder reformarla. Si el poder constituyente originario lo habían ejercido las Cortes Extraordinarias y Generales, sin ninguna participación del Rey (que estaba ausente en Francia), el poder constituyente derivado o capacidad de reformar la Ley Fundamental era encomendado a unas Cortes Extraordinarias y Generales, (función en la que tampoco estaba llamado a participar el Rey). De este modo, siguiendo el ejemplo de la Constitución Francesa de 1791, se reconocía el principio de supremacía de la Constitución, diferenciándose entre la Constitución como norma suprema y su correspondiente reforma, y las leyes ordinarias, cuya elaboración correspondía a las Cortes Generales en el ejercicio del poder legislativo, en cuanto poder constituido y limitado. Durante la tramitación del texto constitucional las Cortes de Cádiz aprobaron también una serie de leyes y decretos encaminados a eliminar las trabas del Antiguo Régimen: supresión de señoríos, libertad de trabajo, anulación de los gremios, abolición de la Inquisición, inicio de la desamortización y de la reforma agraria. La llegada de nuevo al poder de Fernando VII y la reimplantación del absolutismo anularon la tarea embrionaria de construcción del Estado Liberal, pero no evitó que los cimientos se hubiesen colocado ya. La idea primera a destacar, del texto que inició la historia de nuestro constitucionalismo, es que con el cambio de titularidad de la soberanía se da paso a la idea de que el poder no puede ser absoluto, sino que ha de ser limitado y debe responder a la voluntad general de la nación.

La crítica se hace al carácter de clase que impregna el contenido de la Constitución de Cádiz en cuanto instrumento de dominación de la burguesía –que por otro lado es la clase social que hace y apoya la revolución–, pero ello no es ningún impedimento a la hora de destacar el mérito que supone respecto al absolutismo anterior. Así pues, es innegable que la norma gaditana representa uno de los mejores modelos al respecto, pudiéndose comparar con la Constitución Francesa de 1791 y con la Constitución de Filadelfia de 1787. Incluso se puede decir que supera a la francesa y alcanza una mayor influencia en Europa, por el espíritu nacional que de ella emanaba y del que carecía el texto francés. Al igual

que los emblemáticos textos que antes han sido citados aspiraba a la racionalización del poder y se pretendía dar a la Constitución un cierto sentido taumático, como si dicha norma pudiera resolver todos los problemas que afectaban al funcionamiento de la sociedad y del Estado.

Cabe destacar, para fundamentar lo antes dicho, que el artículo 6 señala que entre las obligaciones de los españoles está la de ser “justos y benéficos” y en el artículo 13 se prescribe como objetivo del Gobierno “la felicidad de la nación”. También en el artículo 4 se dice que las “leyes sabias y justas” que la Nación apruebe deberán conservar y proteger los derechos de todos los individuos que forman parte de ella. Entendemos, pues, que la Constitución no sólo pretendía regular el ejercicio del poder, sino que aspiraba incluso a conseguir una reordenación general de la sociedad. Este carácter ético de los inicios del constitucionalismo desaparece después por influencias del positivismo. Pero, por estas notas que hemos resaltado, el texto de 1812 se convierte en el símbolo liberal por excelencia de nuestra historia constitucional, llegando, incluso, a representar la panacea de los problemas nacionales.

5. El principio liberal: separación de poderes y reconocimiento de derechos y libertades

El principio liberal tiene su fundamento en lo preceptuado en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al tenor del cual toda Constitución debe tener reconocidos el principio de la división de poderes y los derechos de los ciudadanos; así como las garantías de estos derechos frente a los poderes públicos. Veamos dónde quedan reconocidos en el texto de Cádiz. La doctrina de Montesquieu fue plasmada y articulada en la Constitución de Filadelfia y en la Constitución Francesa de 1791. Las Cortes de Cádiz la proclamaron en el Decreto de 24 de septiembre de 1810 y luego la recogieron en los artículos 15, 16 y 17 de la Constitución. En estos preceptos, respectivamente, se atribuía la potestad de hacer las leyes a las Cortes con el Rey; la potestad ejecutiva residía en el Rey y la potestad judicial (aplicar las leyes en las causas civiles y criminales) a los Tribunales establecidos por la ley. El sistema de gobierno configurado era una Monarquía moderada. Pero, la interpretación del principio de la división de poderes, llevada al máximo, lo que consiguió, al fin y al cabo, fue un aislamiento total que al no establecer cauces para una posible comunicación entre ellos impedía resolver los conflictos que se ocasionaran entre el poder legislativo y el poder ejecutivo.

En Cádiz desapareció la representación estamental y el correspondiente mandato imperativo, surgiendo un nuevo modelo, gracias al cual, los diputados no representarían a sus electores sino a la nación en su conjunto; el mandato representativo permitirá crear la voluntad general, al margen de la voluntad del electorado. Así se deduce de los artículos 27 y 100 de la Constitución gaditana. Las Cortes quedaron integradas por una sola Cámara, entre otras razones, por el temor a que, el clero y la nobleza agrupados en una cámara a ellos destinada, pudiesen obstaculizar la renovación política, social y económica que se pretendía. La elección de los Diputados se llevaba a cabo mediante un sufragio indirecto a cuatro grados y las Cortes tenían vida propia al margen de la intervención del Rey y sus ministros; su reunión era anual, sin convocatoria previa, para una duración ininterrumpida de tres meses a partir del día 1 de marzo. El Rey no podía disolver las Cortes ni entorpecer su labor. Su función quedaba reducida a abrir y cerrar las sesiones de las Cortes con un discurso. Mientras las Cortes se hallaban cerradas la Diputación Permanente cumplía algunas de las funciones que constitucionalmente le correspondían. Entre ellas destacaban, aparte de la función legislativa, otras de carácter económico y financiero, de administración y fomento y de orden político y constitucional, ya que recibían el juramento del Rey, nombraban la Regencia del Reino, proponían al Monarca nombres para el Consejo de Estado y velaban por la observancia de la Constitución.

En el Antiguo Régimen el Rey lo era en virtud de un título que recibía exclusivamente de Dios; el Preámbulo de la Constitución de Cádiz señalará que el Rey lo es por la gracia de Dios y de la Constitución. Según el Discurso Preliminar ya no personifica a todo el Estado sino que queda reducido a Jefe del Gobierno y primer magistrado de la Nación, quedando sus funciones limitadas por el principio de la división de poderes; el artículo 15 le permitía participar en la función legislativa y según el artículo 16 le correspondía la potestad de hacer ejecutar las leyes. La participación en la función legislativa quedaba reducida a la iniciativa y a la sanción de las leyes. También gozaba de inviolabilidad e irresponsabilidad (artículo 168), dedicándose el artículo 171 a regular sus facultades y estableciéndose el orden sucesorio de acuerdo con las leyes tradicionales de España (artículos 174 y siguientes), quedando abolida la Ley Sálica.

El Gobierno de la Nación estaba integrado por siete Secretarios de Estado y del Despacho, nombrados y separados libremente por el Rey (artículos 222 y siguientes y artículo 171 apartado decimosexto). Al tratarse de una Monarquía moderada se estableció el refrendo obligatorio de las órdenes reales, teniendo

un carácter exclusivamente penal la responsabilidad ministerial. El Gobierno respondía ante las Cortes y el cargo era incompatible con el de Diputado. La Constitución no reconocía la existencia del Consejo de ministros como órgano colegiado de gobierno. Fue en el Trienio Liberal cuando esta figura quedó institucionalizada por un Decreto de 19 de noviembre de 1823. También durante el Trienio comenzó a operar de hecho la figura del Presidente del Gobierno, aunque formalmente fuese reconocida más tarde.

El Poder Judicial se regulaba en el Título V y la administración de justicia era competencia exclusiva de los tribunales. La Constitución prohibía expresamente la intervención de las Cortes y el Rey y aseguraba los principios fundamentales del Estado de derecho: códigos únicos en materia civil, criminal y comercial (artículo 258) y fuero único, salvo para eclesiásticos y militares. Se reconoce la acción popular contra los jueces y magistrados en los casos de soborno, cohecho y prevaricación (artículo 255) y en el artículo 252 se reconoce la inamovilidad judicial y se declara que la justicia se administrará en nombre del Rey. Incluso quedan establecidas la formalidad del proceso y una serie de garantías para la seguridad de los ciudadanos. También se creó en Cádiz (artículo 259 y siguientes) un Supremo Tribunal de Justicia, ubicado en la Corte, cuyo número de Magistrados y Salas fijarían las Cortes y cuyas funciones estaban determinadas en el artículo 261 constitucional.

Por lo que respecta a la parte dogmática de la Constitución conviene resaltar que el texto aprobado en Cádiz carecía de una Declaración de Derechos; pero no se trató de un olvido involuntario, sino que la idea fue rechazada para no dar lugar a las acusaciones frecuentes de “afrancesamiento”. Sin embargo, a lo largo del amplio articulado encontramos dispersos algunos derechos individuales consustanciales al primer liberalismo, que reciben una protección general, de clara influencia lockiana. Así en el artículo 4 que señalaba la obligación de la nación de proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen. Entre los derechos individuales destacan la igualdad jurídica (artículo 248), la inviolabilidad de domicilio (artículo 306), la libertad de imprenta para libros no religiosos (artículo 371), el derecho de sufragio (artículo 29), el derecho a la educación elemental (artículo 25, sexto y artículo 366). Por su parte el Título V regulaba una serie de garantías penales y procesales (artículos 302 y siguientes) estrechamente conectadas a la seguridad personal; como el derecho al juez predeterminado por la ley, el derecho a resolver conflictos por medio de jueces árbitros, el derecho de “Habeas Corpus”, y la prohibición de tormento. La igualdad afectaba

también al cumplimiento de las obligaciones fiscales (artículos 8 y 339); el derecho de petición se reconocía en el artículo 373 y no aparecía por ninguna parte el derecho de libertad religiosa. En cambio el artículo 2 del texto gaditano consagraba de forma rotunda la confesionalidad católica de la Nación española.

Los derechos reconocidos con rango constitucional tenían un carácter de derechos naturales que para lograr su vigencia afectiva y sus garantías jurisdiccionales debían ser transformados en derechos positivos si concurría el correspondiente desarrollo legislativo. También podían las Cortes suspender muchas de las garantías procesales en casos excepcionales para la seguridad del Estado. Por ello un gran número de las garantías procesales de los derechos quedaban reducidas a papel mojado (artículo 308).

6. El principio de supremacía constitucional. La observancia de la Constitución de Cádiz

Desde la Teoría de la Constitución entendemos que el carácter de norma suprema de la misma sólo queda asegurado cuando se establecen los correspondientes instrumentos de garantía en el marco de la propia Constitución. Así pues, el carácter de norma suprema en un sentido formal lo mantiene el procedimiento agravado de la reforma constitucional y la supremacía de la Ley Fundamental, desde la perspectiva material, se encomienda a la jurisdicción constitucional. En Cádiz se dedicó el Título X (artículos 372 a 384) de la Constitución a tratar *«de la observancia de la Constitución y modo de proceder para hacer variaciones en ella»*. Del contenido de estos preceptos se puede deducir que, al igual que había sucedido en Francia en 1791, el código gaditano fue concebido como una verdadera norma jurídica que vinculaba al poder ejecutivo y al poder judicial pero no a las Cortes (poder legislativo).

Por lo que se refiere al procedimiento de reforma hay que precisar el carácter superrígido del texto, basado en la diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido (que impidió su modificación en ningún momento de su vigencia) y que requería que pasasen ocho años desde que se puso en práctica para proponer alteraciones, adiciones o reformas al articulado; se precisaban poderes especiales para decretarla, y la propuesta que se haría por escrito y habría de ser apoyada y firmada, al menos, por veinte Diputados. Se sometería la reforma a tres lecturas consecutivas, con intervalos de seis días entre ellas y después se deliberaría si se admitía o no a discusión. Los artículos 379 y siguientes recogían el proceloso camino a recorrer por cualquier reforma que hubiera sido admitida a discusión.

En Cádiz no se articuló una jurisdicción constitucional como garante de la supremacía de la Constitución frente a los poderes constituidos, pero, era evidente que existía un interés político en aplicar la Constitución. Por ello en el artículo 372 se prescribía que las Cortes, en sus primeras sesiones, tomarían en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubiesen presentado, para remediarlas y exigir las responsabilidades de quiénes habían contravenido la Ley Fundamental. El mecanismo jurídico que preveía el peligro de posibles ataques y articulaba la correspondiente defensa lo contemplaba el artículo 373 constitucional. Fue un precepto sobre el que no habla el Diario de Sesiones y que permite pensar que, o bien no alteraba nada de lo ya existente, o su importancia era menor y por ello no llamó la atención de los Diputados presentes. El derecho de los españoles a representar a las Cortes o al Rey, para reclamar la observancia de la Constitución, ocupa en el discurso de Agustín de Argüelles un lugar privilegiado porque sin él *“no podría haber patria”*.

Al lado del artículo 373 debemos analizar otros preceptos como son: el artículo 160 constitucional que al regular la institución de la Diputación Permanente le encomienda velar por la observancia de la Constitución [...] dando cuenta a las próximas Cortes de las infracciones apreciadas. Su función no es la de garante de la aplicación y eficacia de la Constitución, pues se limita a tramitar las quejas. La tarea de garante queda reservada en exclusiva a las Cortes. El artículo 335.9 se refiere a la competencia de las Diputaciones Provinciales para tramitar las representaciones dando cuenta a las Cortes de las infracciones que se noten en la respectiva provincia. Por su parte el artículo 372 establece como obligación de las Cortes, en sus primeras sesiones, conocer y tomar en consideración las infracciones a la Constitución que se les hubieren presentado, poner remedio y exigir responsabilidades. Luego, ante el derecho de los españoles a reclamar se establece la obligación de las Cortes a responder. Para entender a qué tipo de responsabilidades se refiere el precepto antes citado acudimos al artículo 131 que entre las facultades de las Cortes contempla la de hacer efectiva la responsabilidad de los Secretarios del Despacho y de los empleados públicos.

La relación entre el juramento de los cargos públicos de guardar la Constitución, ser fiel al Rey y desempeñar debidamente su encargo (artículo 374), y los requisitos para proceder a la reforma constitucional del articulado es evidente. La rigidez constitucional cumple una función garantizadora como también lo hace el control de la observancia de la norma constitucional. Ambos pilares sustentan la dificultad de la reforma, el derecho de los españoles a vigilar la observancia de la Constitución y la titularidad de las Cortes o del Rey para resolver

los recursos que se hubiesen presentado para frenar la actividad no constitucional de los empleados públicos. Encomendar esta tarea al órgano titular del poder legislativo es una característica propia del dogma de la soberanía nacional que reconoce la supremacía del Parlamento frente al resto de los poderes del Estado. La propia naturaleza del órgano les otorga un carácter especial que las convierte en una institución cuyos actos no son susceptibles de inconstitucionalidad. Por ello, en Cádiz, la naturaleza de las Cortes limitó la defensa de la Constitución a los ataques frente a la actuación de los empleados públicos. La posibilidad de que las Cortes en su actividad legislativa ordinaria alterasen los contenidos constitucionales era una idea imposible para los constituyentes gaditanos; por ello no pudo ser llevado a sus últimas consecuencias el sistema de defensa de la norma suprema. Todo el sistema configurado en la Constitución de 1812 hubiese quedado trastocado si, estableciendo el control de constitucionalidad de las leyes, se hubiera alterado la idealización de las funciones de la Cámara depositaria de la Soberanía Nacional.

7. El texto gaditano y sus mitos ¿Una Constitución nominal o semántica?

Kart Loewenstein clasificó las constituciones en tres categorías: normativas, nominales y semánticas. Las constituciones nominales y semánticas son aquellas que aunque sean correctos sus textos desde el análisis de la letra de sus contenidos, no consiguen ser eficazmente aplicadas porque se da un divorcio entre lo que la sociedad demanda y lo que la constitución regula. La Constitución de Cádiz en el Trienio Liberal puede ser considerada como un modelo de esta categoría constitucional.

Por las circunstancias expuestas en apartados anteriores hemos señalado que el Rey Fernando VII aceptó convertirse en monarca constitucional con fecha 10 de marzo de 1820. Nombró un nuevo gobierno presidido por Agustín de Argüelles; se proclamó una amnistía y se convocaron elecciones a Cortes. Las urnas, conforme al procedimiento fijado en la propia Constitución, arrojaron un resultado muy favorable a los liberales y en consecuencia las nuevas Cortes dieron a la luz una meritoria obra legislativa; también restauraron gran parte de las reformas aprobadas entre 1812 y 1814: supresión de aduanas interiores, libertad de industria, abolición de los gremios, supresión de señoríos jurisdiccionales. Elaboraron nuevas normas para la reforma política y económica, como la disminución del diezmo, la reforma del sistema fiscal, de la administración provincial, aprobación del primer código penal, publicación de ordenanzas libera-

les para el ejército. No obstante, hay que precisar que la consolidación del régimen constitucional se va realizando, poco a poco, en medio de grandes dificultades: recelos de una Europa con las monarquías restauradas otra vez, resistencia de la nobleza, oposición de la iglesia, incomprensión por parte del campesinado y sobre todo ¡resistencia del propio Rey!, que al tener que actuar como un monarca moderado (artículo 14 constitucional) perdía sus facultades absolutas de gobernar. Incluso los políticos de ideología liberal, ante tantas dificultades, se dividieron en moderados y exaltados, teniendo como punto principal de discrepancia el concepto de soberanía defendido. Los primeros eran partidarios de ir haciendo paulatinamente las reformas, incluso de reformar la Constitución, para mantener al Rey dentro del marco constitucional. Lo impidió el carácter superrígido del texto y las dificultades procedimentales que exigía la reforma.

El principio de la división de poderes produjo una separación tajante entre ellos, dejándolos aislados de forma prácticamente total. No se habían previsto puentes de comunicación posibles ni medios para resolver los conflictos que se produjesen, sobre todo entre las Cortes y el Rey y sus Secretarios del Despacho. Sin duda, este fue uno de los mayores defectos del texto de Cádiz que se apreció con meridiana claridad en el Trienio Liberal.

Las Cortes, que encarnaban el espíritu y la ideología liberal, adoptaron con frecuencia actitudes exaltadas y también irresponsables porque invadieron, arrastradas por el espíritu revolucionario el campo de actuación de los otros poderes constitucionales. En muchas ocasiones fueron el escenario para el tumulto y la subversión. Entre los episodios de mayor relieve y que ilustran de forma gráfica los conflictos constitucionales de aquella época destacan los siguientes: con fecha 1 de octubre de 1820 las Cortes presentaron a la sanción regia la ley previamente votada en la que se aprobaba suprimir los monasterios de las órdenes monacales y aplicar sus bienes al pago de la deuda pública. El Rey, por motivos de conciencia, era contrario a tales medidas. Además, no deseaba ver minada la base económica de una clase poderosa afín a sus ideas. En principio se negó a la sanción de la norma prevista en la Constitución, pero luego cedió ante la presión de ciertos grupos liberales. Después se refugió en El Escorial y se excusó de acudir a cerrar las sesiones de Cortes, que pocas semanas después concluyeron sus reuniones. Si la coacción por parte de las Cortes para la sanción regia era inconstitucional, también lo era la negativa del Rey a cerrar las Cortes.

Posteriormente se produjo otro incidente: el Rey nombró Capitán General de Madrid al General Carvajal, de ideas absolutistas. El nombramiento era una

competencia regia, constitucionalmente atribuida, pero exigía la firma o refrendo del Secretario del Despacho correspondiente. Sin embargo en este caso el nombramiento se hizo sin conocimiento de los Ministros y por ello el Capitán General en funciones se negó a transferir el mando en base a la inconstitucionalidad de dicho nombramiento. Con este episodio el Gobierno, las sociedades patrióticas y los elementos exaltados tuvieron un buen pretexto para protagonizar desórdenes y revueltas que obligaron al Rey a regresar a Madrid en una situación que recordaba la marcha de Luis XVI al patíbulo.

También la Constitución disponía que el Rey debía asistir a la apertura de las Cortes y tenía que pronunciar un discurso ante los representantes de la Nación, en el que no debía expresar ideas del Monarca sino que haría referencias al programa del Ministerio. Pero, en marzo de 1821, en el Discurso de apertura, el Rey leyó un texto elaborado por Argüelles y aceptado por el resto de los Ministros, al cual añadió un párrafo propio denunciando los vejámenes que se cometían contra su real persona sin que fuesen reparados por el Ministerio. Esta “coletilla” conllevó serias consecuencias, entre las que destacan la dimisión de los Ministros que habían sido previamente destituidos por el Monarca. Reclamada la minuta del discurso por las Cortes se apreció el refrendo de la misma por los siete ministros destituidos, pero se pudo comprobar que la “coletilla” no había sido firmada. Era evidente, pues, la dudosa constitucionalidad del acto del Rey que provocó problemas políticos de nuevo. A continuación el Rey pidió a las Cortes que le propusieran nombres para designar a los nuevos Ministros; pretendía rebajar la tensión política y nombrar a personas que contasen con la confianza de la representación nacional. Las Cortes no aceptaron la sugerencia porque esa no era una de sus competencias y porque si lo hacían invadían el principio de la división de poderes. Capacidad de asesoramiento sólo tenía el Consejo de Estado; escuchada esta institución y nombrado el segundo Ministerio del Trienio, las Cortes, reunidas con carácter extraordinario enviaron un mensaje al Rey en el que manifestaron su disconformidad con los nuevos ministros: esto en rigor era un voto de censura para el cual no habilitaba el texto de Cádiz a las Cortes. Sin embargo, el Rey entendió el mensaje y a comienzos de 1822 procedió a nombrar otro Ministerio.

En octubre de 1822 el Congreso de Verona tomó la decisión de derrocar al régimen constitucional español. La entrada en España del Duque de Angulema al mando de un nutrido ejército obligó al Gobierno de España a imponer el traslado del Rey a Sevilla; cuando “los cien mil hijos de San Luis” atravesaron Despeñaperros, se quiso forzar a Fernando VII a trasladarse de Sevilla a Cádiz. En este

momento se planteó el más grave de los problemas políticos y constitucionales de todo el Trienio Liberal. Las Cortes, reunidas en Sevilla el 11 de junio de 1823, aprobaron la propuesta de declarar la incapacidad del Monarca y nombrar una Regencia puesto que el Rey se negaba a ponerse a salvo de los enemigos suyos y de la patria. El propio Antonio Alcalá Galiano reconoció que con aquellas decisiones todos estaban violando la Constitución. Sin embargo, el día 15 de junio el Rey entró en Cádiz, se anuló de forma automática su incapacitación y cesó la Regencia. La farsa constitucional permitió declarar destronado a un Rey por un corto periodo de cuatro días.

No puede extrañarnos que la descomposición interna del funcionamiento de las instituciones, la violación reiterada de la Constitución de Cádiz y la intervención de la Santa Alianza, provocaran la caída del régimen. De este modo Fernando VII recobró la plenitud de sus poderes (de nuevo era monarca absoluto) y el día 1 de octubre de 1823 publicó un manifiesto contra la Constitución de Cádiz; el régimen constitucional había caído y se declaraban completamente nulos todos los actos de los gobiernos del Trienio Liberal. Así terminó el corto periodo en el que pudo ser puesta en práctica la Constitución de Cádiz en todo el territorio español, y pudo apreciarse la imposibilidad de la aplicación, en aquellos momentos, en nuestro país de los grandes principios del constitucionalismo clásico. A continuación, liquidado el Trienio Liberal, se implantó la llamada década ominosa que duró hasta la muerte de Fernando VII, en 1833.

Bibliografía

- Centro de Estudios Constitucionales, "Monográficos sobre la Constitución Española de 1812" *Revista de Estudios Políticos*, num. 126, Autor, España, 2004.
- DONOSO CORTÉS, Juan, *Lecciones de Derecho Político*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- ESTRADA MICHEL, Rafael, *Monarquía y nación entre Cádiz y Nueva España*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- FERNÁNDEZ ALMAGRO, Manuel, *Orígenes del régimen constitucional en España*, Barcelona, 1976.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *La Constitución de 1812. Origen, contenido y proyección internacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *Poder y libertad: los orígenes de la responsabilidad del Ejecutivo en España (1808-1823)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Las Constituciones históricas españolas*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.
- GIL NOVALES, Antonio, *El Trienio Liberal*, Siglo Veintiuno de España, Editores S.A., Madrid, 1989.
- LORENTE SARIÑENA, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español*, Valencia, 1978.
- PEÑA GONZÁLEZ, José, *Historia política del constitucionalismo español*, Biblioteca Universitaria, Prensa y Ediciones iberoamericanas, Madrid, 1995.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Historia del constitucionalismo español*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.
- SEVILLA ANDRÉS, Diego, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Editora Nacional, Madrid, 1969.
- SOLÉ TURA, Jordi y AJA, Eliseo, *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo Veintiuno de España, Editores S.A., Madrid, 1977.
- TIERNO GALVÁN, Enrique, *Actas de las Cortes de Cádiz*, Ed. Taurus, 2 Volúmenes, Madrid, 1964.
- TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *Breve historia del Constitucionalismo español*, Biblioteca cultural, Editorial Planeta, Editora Nacional, Madrid, 1976.
- TORRES DEL MORAL, Antonio, *Constitucionalismo histórico español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2004.

Universidad Nacional de Educación a Distancia, "Monográficos sobre la Constitución Española de 1812", *Revista de Derecho Político*, num. 82 y 83, Autor, España, 2011-2012.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, *La Constitución de Cádiz en su contexto español y europeo (1808-1823)*, Ponencia presentada al Congreso de la ACE, Cádiz, 26 de enero de 2012.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín: *Política y Constitución en España. 1808-1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

El Derecho a la Salud en la recepción federal del Derecho Internacional de Derechos Humanos y su armonización en el derecho local-estadual*

Ma. del Rosario Huerta Lara *

RESUMEN: La recepción del Derecho Internacional de los derechos humanos por los ordenamientos nacionales en materia de salud, parte de reconocer que el Estado mexicano no puede desconocer internamente las normas que ha generado su política exterior. El asunto, trasladado al ámbito interno de los ordenamientos jurídicos, no sólo federales sino también estatales, se torna inicialmente en un problema de jerarquía de las normas y, en consecuencia, de fuentes del derecho. Es decir, el problema esencial en materia de aplicación de tratados al interior de un Estado federal y, por consiguiente de sus entidades federativas, consiste en la adaptación de las normas internacionales a su derecho interno, nacional y estatal, y al lugar que estos ámbitos de la división política le asignan a esas normas. Este será entonces el tema en torno al derecho sanitario, que a continuación se expone, a la luz de la reforma constitucional en derechos humanos de junio del 2011 y su impacto en el régimen constitucional de las entidades federativas del país.

Palabras Clave: Derecho a la salud, Recepción federal del Derecho internacional de los derechos humanos, Recepción y armonización

ABSTRACT: The reception of International Law on human rights by international regulations on healthy matters, is a part that the Mexican State cannot internally disavow the norms generated by its foreign politics. The subject, translated to the field of juridical regulations, not only federal but state as well, becomes especially a hierarchical problem of norms, and consequently of law sources. i.e., both national and state the essential problem in applying the treatise within a Federal State and thus its federal entities, this is a matter of adapting international laws to the Internal law, and to the place that these fields of political division assign to those norms. This will be the topic about sanitary law exposed ahead, under the light of the human rights constitutional reform from June 2011 and their impact upon the constitutional regime of the federative entities of the country.

Key Words: Right to health, Federal reception of international law of human rights, state harmonization Reception and federal

* Artículo recibido el 4 de febrero de 2013 y aceptado para su publicación el 27 de marzo de 2013.

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

ción estadual del Derecho constitucional federal e internacional de los derechos humanos, Estado Federal, Entidades federativas, Constitución Federal, Constitución estatal.

constitutional law and international human rights, Federal State, federal entities, Federal Constitution, State Constitution.

SUMARIO: Introducción. 1. Lo federal y lo estadual. 2. Cambios sustantivos o al sector material de la Constitución federal. 3. Cambios operativos o al sector de garantías en la Constitución federal. 4. Del avance progresivo de la reforma constitucional. 5. El derecho a la salud de acuerdo a la reforma constitucional en derechos humanos. Bibliografía.

Introducción

Estas notas debieran comenzar con un planteamiento sobre los nuevos alcances del derecho a la salud, de acuerdo a la reforma constitucional en derechos humanos operada en junio del 2011¹. Empero, para entender su efecto en el orden normativo nacional, este análisis se contrae primeramente a explicar la apertura al derecho internacional de los derechos humanos, razón de ser de la creación de una suerte de derecho internacional local, que proclama a los tratados internacionales de la materia en el más alto rango constitucional, como lo confiere la nueva redacción del artículo primero de la Constitución. Como corolario, ese año, en que entra en vigor la reforma aludida, da inicio un proceso de armonización interconstitucional, del derecho constitucional federal a diversas cartas constitucionales de las entidades federativas, por vía del reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos en sus respectivos ordenamientos internos, más o menos a la par del consagrado en la materia constitucional federal, por parte de los órganos de producción jurídica de los estados de la República.

Este trabajo más que un análisis cuantitativo del progreso de la reforma constitucional aludida, pretende apenas una reseña, *grossa modo*, del estado de la cuestión. Como sea, cualquier diagnóstico del desarrollo legislativo en las entida-

1 Con la reforma: 1° Se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución para quedar "De los derechos humanos y sus garantías". 2° Se eleva a rango constitucional los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte. 3° Se incorpora al texto constitucional la noción de persona. 4° Se favorece la interpretación armónica de los derechos humanos con la Constitución y los tratados internacionales atendiendo al principio *pro persona*. 5° Se establecen las obligaciones del Estado frente a la violación de derechos humanos, que comprenden inequívocamente las de prevenir, investigar y sancionar, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Asimismo se integra a la Constitución el sistema de reparación del daño por violaciones a derechos humanos. D. O. F. 10 de junio 2011, DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

des federativas tendrá que actualizarse día a día. Será de esperar que las legislaturas estatales pongan al día sus respectivos ordenamientos constitucionales y, desde ahí, acometan a la legislación secundaria en las diversas materias del derecho administrativo, civil, penal; las áreas de salud, educación, medio ambiente, etcétera; grupos sectoriales, niños y niñas, mujeres, adultos mayores, indígenas, etcétera. En el mismo sentido, habrá de ensayarse la pertinencia de nuevos modelos de diagnóstico del estado y la vigencia de los derechos humanos en las diversas latitudes del territorio nacional y sus entidades federativas, acordes a los estándares internacionales de evaluación en derechos humanos.

1. Lo federal y lo estadual

Una República Federal, como es el caso mexicano, supone una distribución competencial entre las autoridades de los distintos niveles de gobierno, federal, estatal y municipal, a lo cual corresponde un sistema de fuentes de derecho. Coexisten normas jurídicas, unas con cobertura para todo el territorio nacional y otras, cuyo ámbito de validez abarca solamente a una entidad federativa o a un municipio, lo cual define la competencia de sus autoridades. La Constitución mexicana recoge la cláusula federal² en sus artículos 73³ y 124⁴, aunque la forma federal del Estado se establece en el artículo 40.⁵ Sobre estos supuestos se debe elucidar qué le corresponde hacer a cada legislatura estatal, de acuerdo al sistema de distribución de competencias, en materia de derechos fundamentales, a fin de concordar y armonizar los derechos humanos consagrados en el primer capítulo, título primero, artículo primero de la Ley General, materia de la reforma constitucional en derechos humanos. La respuesta a este quehacer legislativo se encuentra en este mismo numeral *in comento*, en virtud de la obligación de todas las autoridades, de todos los niveles de gobierno, federal, estatal y municipal, de *promover, respetar, proteger y garantizar* los derechos fundamentales. Esto se corrobora si se considera el principio de supremacía de la Constitución y el mandato a todas las autoridades que de ella emanan, lo cual no las

2 A mayor abundamiento sobre el federalismo, véase en SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano*, IIJ, UNAM, México, 2008.

3 En el artículo 73 se establecen las facultades del Congreso de la Unión para legislar. Se delimitan las materias que son competencia de las autoridades federales.

4 Este artículo constitucional, 124, dispone que todas las facultades que no están expresamente concedidas a los poderes federales se encuentran reservadas a los Estados, estableciendo a favor de estos últimos una competencia residual, aparentemente amplia.

5 Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

exime de las obligaciones que los derechos generan para las mismas y, por lo cual, la división vertical del poder público no puede ser óbice para cumplir con esas obligaciones.

Toda esta línea de argumentación, en el marco del derecho nacional y más a propósito de la reforma constitucional que internaliza el derecho público internacional de los derechos humanos, proyecta, a los ordenamientos constitucionales de las entidades federativas, la obligación de armonizar la legislación estatal constitucional y legal de las entidades federativas a la legislación constitucional federal. Este compromiso a cumplir, por parte del Estado mexicano, lo establece el vinculante artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), del que México es parte, que dispone lo siguiente:

1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.⁶

En congruencia, el artículo 50 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU señala:

Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.⁷

La invocación de estas normas internacionales ha sido precisada en diversas resoluciones de la Comisión, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De acuerdo a ello, la estructura federal de un Estado Parte, no puede servir como obstáculo o impedimento para dejar de cumplir con lo dispuesto por el derecho internacional público, que obliga al Estado como un todo.

La obligación, bajo la forma de mandato, de incorporar el derecho de los derechos humanos, como fundamentales, en las cartas constitucionales de las entidades federativas tiene su fundamento en el derecho internacional, por vía de

6 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf>

7 Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

los pactos arriba invocados y, al mismo tiempo, es consecuencia de la reforma constitucional en derechos humanos, en particular el artículo primero constitucional, que da sustento y fundamento a la recepción del derecho constitucional e internacional de los derechos humanos en las entidades federativas. La recepción, en el derecho local, de este nuevo contenido normativo, se refiere a los cambios sustantivos o al sector material operados en la Constitución federal, a la par de los cambios operativos o al sector de garantías, como se describen en los siguientes cuadros:

2. Cambios sustantivos o al sector material de la Constitución federal

A)	La modificación a la denominación misma del capítulo que agrupa a los derechos fundamentales como “De los derechos humanos y sus garantías”.
B)	El otorgamiento de rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.
C)	La Ampliación de hipótesis de No discriminación.
D)	La educación en materia de Derechos humanos.
E)	El derecho de asilo y refugio.
F)	El respeto a los derechos humanos en la operación del sistema penitenciario.
G)	Los derechos humanos como principio de la política exterior mexicana.

3. Cambios operativos o al sector de garantías en la Constitución federal

Estos inciden en las posibilidades procesales de hacer valer los derechos ante los operadores jurídicos, por lo que les otorgan herramientas para tal efecto, entre los que se encuentran:

A)	La interpretación conforme a la Constitución y al Derecho Internacional de los DD HH.
B)	El principio <i>pro persona</i> .
C)	Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; las obligaciones de prevención investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos.

D)	La prohibición de celebrar tratados que alteren o menoscaben los derechos humanos, tanto los previstos en la Constitución como en otros instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados.
E)	La regulación de los límites, casos y condiciones para la suspensión y restricción provisional del ejercicio de algunos derechos humanos.
F)	El requisito de previa audiencia para la expulsión de extranjeros.
G)	La exigencia a las autoridades, funden, motiven y hagan pública, en su caso, la negativa de aceptar o cumplir las recomendaciones que les dirijan las comisiones de derechos humanos, así como la posibilidad de que las autoridades comparezcan ante los órganos legislativos correspondientes a explicar los motivos de su negativa.
H)	La ampliación de la competencia de las comisiones de derechos humanos para conocer de asuntos laborales.
I)	El Traslado a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de la facultad investigadora asignada originalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
J)	La posibilidad de las acciones de inconstitucionalidad que puedan presentar la CNDH y los organismos respectivos de las entidades federativas, en el ámbito de su respectiva competencia, contra leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales de derechos humanos.

4. Del avance progresivo de la reforma constitucional

Una revisión del avance progresivo de la reforma constitucional⁸, a dos años de su publicación, en el ámbito de las entidades federativas, nos remite a los siguientes datos: de las 32 entidades federativas, por lo menos 22 legislaturas locales han incorporado, con diferentes redacciones, a sus respectivas constituciones, en menor o mayor grado, el reconocimiento de los derechos humanos consagrados tanto en la Constitución federal, como en los Tratados internacionales de derechos humanos. Este aterrizaje jurídico significa, entre muchos aspectos, que en aquellos estados que han concordado sus textos constitucionales con el de la República, los derechos humanos rigen, no solamente por voluntad de los mismos, sino por la voluntad de la federación, e incluso de una organización supranacional. En un segundo término, se advierte que en la vigencia de dichos derechos se encuentra comprometido, además del bien común estatal, el bien común nacional e internacional. Además, alerta que si los

8 Para la elaboración de los cuadros comparativos se consultaron las 32 constituciones políticas de las 32 entidades federativas, considerando la fecha de su última reforma. Los textos constitucionales se localizan en las páginas electrónicas de cada una de las legislaturas de los Estados de la República.

derechos humanos incluidos en un tratado internacional son incumplidos por una entidad federativa, esta puede contraer responsabilidades, además de las nacionales, las internacionales. Más aún, en ciertos casos, la asimilación estatal de un instrumento internacional sobre derechos humanos puede implicar el sometimiento de la entidad estadual a organismos o tribunales supranacionales ante los cuales no podrán cantar la palinodia las autoridades locales.

a. Cambios sustantivos o al sector material del derecho constitucional estadual

Un rápido muestreo de los cambios sustantivos, o al sector material, en el derecho constitucional de las entidades federativas, respecto al otorgamiento de rango constitucional a los Tratados internacionales de los derechos humanos, los muestra el siguiente cuadro:

Reforma constitucional en Derechos humanos	Constituciones reformadas por entidad federativa	Constituciones sin cambios por entidad federativa
El otorgamiento de rango constitucional a los Tratados internacionales de DD HH	Baja California Sur, Colima, Campeche, Coahuila, Chiapas, Chihuahua, Durango, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán, Zacatecas	Aguascalientes, Baja California Norte, Guanajuato, Morelos, Nuevo León, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora

De entonces, se puede hablar de la implantación de un nuevo modelo constitucional cuyo fundamento se contrae a una nueva categoría jurídica, referida al denominado *bloque de constitucionalidad*, entendido como el conjunto de normas que tienen como fuente i) el texto constitucional federal, ii) el derecho internacional de derechos humanos y iii) el texto constitucional estatal, surgiendo así la función del control difuso de la convencionalidad en las entidades federativas, a la par del control de legalidad y constitucionalidad, ejercido por los órganos del Estado en sus respectivas competencias. Bajo este razonamiento, este bloque de constitucionalidad se construye a partir de una triada de parámetros, es decir, como fuente de derechos, de interpretación y los de validez, explícitos en los artículos 1, 15, 103 y 105 constitucionales donde se debe contrastar toda norma frente a la Constitución federal y local, relacionadas a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Finalmente, la idea de un bloque de constitucionalidad tiene sustento cuando la Constitución y los Tratados internacionales de Derechos Humanos se encuentran en un mismo rango jerárquico, de modo que al momento de ser aplicados se deberá preferir la norma que proteja con más amplitud un cierto derecho fundamental. Este hecho es de suma importancia, pues aun cuando existe un catálogo de Derechos Humanos que están recogidos en la Constitución, es evidente que estos derechos generalmente se encuentran desarrollados en los tratados internacionales con mayor amplitud y, en ocasiones, también de manera más precisa.

Como fuente de derecho. A partir del primer párrafo del artículo primero constitucional se establece una nueva fuente de derechos, al internalizar en el derecho nacional el derecho internacional de los derechos humanos. A la letra:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Como parámetro de interpretación, el segundo párrafo del artículo primero constitucional, al obligar a hacer interpretaciones conforme a la Constitución y tratados en materia de derechos humanos, de la manera que más favorezca a las personas, es decir, la cláusula *pro homine*. Esto es,

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

b. Cambios operativos o al sector de garantías del derecho constitucional estadual

Una instantánea ilustra los cambios sustantivos o al sector de garantías en el derecho constitucional de las entidades federativas, derivados de la armonización constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, nos los muestra el siguiente cuadro:

CPEUM	Constituciones locales reformadas	Constituciones sin cambios
La interpretación conforme a la CPEUM y los Tratados de DD HH	Baja California Sur, Colima, Chihuahua, Hidalgo, Estado de México, Michoacán, Puebla, Sinaloa, Tlaxcala, Tamaulipas, Zacatecas	Aguascalientes, Baja California Norte, Campeche, Coahuila, Chiapas, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Yucatán, Veracruz

Bajo esta comparación, solamente 11 de las 32 constituciones locales revisadas han adoptado, bajo diferentes redacciones, el segundo párrafo del artículo primero del texto constitucional federal, respecto al mandato de interpretar las normas relativas a los derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia.

Otro indicador del avance desigual de la armonización que se suscita en el derecho interno de las entidades federativas es el relativo al principio *pro homine*, enunciado en la *parte infine* del mismo párrafo segundo del artículo primero constitucional, aplicable a la interpretación normativa de derechos humanos desde la perspectiva de favorecer a la persona, en todo tiempo, a la protección más amplia, lo ilustran las once de las 32 entidades federativas que lo han hecho suyo bajo diferentes redacciones en el articulado de sus texto constitucionales. A saber, el siguiente cuadro:

CPEUM	Constituciones locales reformadas	Constituciones sin cambios
El principio <i>propersona</i>	Baja California Sur, Colima, Chihuahua, Hidalgo, Estado de México, Michoacán, Querétaro, Sinaloa, Tlaxcala, Tamaulipas, Zacatecas	Aguascalientes, Baja California Norte, Coahuila, Chiapas, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Yucatán, Veracruz

Por otra parte, la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los *principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*, establecidos en el tercer párrafo del artículo primero constitucional, bajo diferentes versiones, unas más amplias otras más restringidas, ha sido adoptada por lo menos en 12 constituciones estatales, como lo muestra el siguiente cuadro:

CPEUM	Constituciones locales reformadas	Constituciones sin cambios
Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad	Baja California Sur, Colima, Coahuila, Hidalgo, Estado de México, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Sinaloa, Tamaulipas, Zacatecas	Aguascalientes, Baja California Norte, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Yucatán, Veracruz

En el mismo tenor, del progreso de la armonización interconstitucional, federal-estatal, la obligación estatal de *prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos*, establecida en el tercer párrafo del artículo primero constitucional, ha sido adoptada solo en once constituciones estatales, como lo exhibe el cuadro siguiente:

CPEUM	Constituciones locales reformadas	Constituciones sin cambios
Las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los DD HH	Baja California Sur, Colima, Coahuila, Hidalgo, Estado de México, Michoacán, Oaxaca, Puebla, Tamaulipas, Veracruz, Zacatecas	Aguascalientes, Baja California Norte, Campeche, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nuevo León, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Yucatán

5. El derecho a la salud de acuerdo a la reforma constitucional en derechos humanos

El avance progresivo de la reforma constitucional, arriba descrita, aplicada al derecho a la salud, produce un vuelco a la idea de los llamados derechos programáticos que ahora adquieren un claro y pleno carácter de derechos exigibles, en tanto obligaciones estatales surgidas del derecho público internacional, implantadas en el constitucional federal y concordadas en la constitucional estatal. La tutela de este derecho, que había sido constreñido al ámbito de lo administrativo, ha ampliado su base de acción al ámbito de lo judicial, hasta la materia de amparo bajo el parámetro de derecho humano y fundamental, de lo cual se puede inferir las siguientes conceptualizaciones:

- a. Que el derecho a la salud queda establecido en la Constitución como un derecho humano y fundamental.

- b. Que se eleva a rango constitucional el derecho a la salud contenido en los tratados internacionales de los que México es parte, constituyendo un bloque de Constitucionalidad, formado por las normas textuales contenidas en el texto constitucional, las normas de derecho internacional y aquellas que desarrolla la Suprema Corte de Justicia de la Nación por medio de la interpretación constitucional.
- c. Que al interpretar el principio *pro persona* o *pro homine*, se debe realizar una interpretación armónica del derecho a la salud, contenidos tanto en la Constitución⁹ como en los Tratados Internacionales y, en consecuencia, preferir la norma que contenga una protección más amplia cuando se trate de reconocer derechos y la más restrictiva, cuando se trate de limitarlos.
- d. Que las obligaciones del Estado, al tenor del tercer párrafo del artículo primero constitucional, frente a las violaciones al derecho humano a la salud comprenden inequívocamente las de:

Prevenir, es decir, promover servicios de salud y asistencia social adecuados y aptos para satisfacer las necesidades de salud de la población, dictar políticas públicas que prevean el desarrollo de enfermedades, educación en salud, atención primaria en salud, y evitar todo aquello que inhiba o afecte el bienestar y la salud de la población de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Investigar y sancionar todo acto del Estado o de los particulares en perjuicio de la salud pública y personal de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y reparar las violaciones al derecho a la salud, significa que surge el derecho de reparación en materia de violaciones a este derecho humano, del cual el Estado está constitucionalmente obligado a restituir el goce de este derecho a los afectados, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El Estado está obligado a respetar, cumplir y proteger la calidad, la accesibilidad, aceptabilidad y disponibilidad de los servicios de salud. Al no ejecutar sus obligaciones al respecto, tiene la obligación de reparar el daño causado por la violación perpetrada.

9 En México, el derecho a la salud se encuentra reconocido en el Artículo 4º, cuarto párrafo, de la Constitución, en el cual se ha plasmado que "[...] toda persona tiene derecho a la protección de la salud". Este artículo no incluye ninguna definición del concepto salud, ni ninguna estipulación sobre el contenido del derecho a la salud, únicamente se hace un reconocimiento sobre el derecho de todas y todos a que su salud sea protegida. Sin embargo añade "La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución."

Visto lo anterior, se debe ahora considerar que el derecho a la salud debe ser definido como aquella pretensión jurídica orientada a obtener no sólo el acceso a un rango de facilidades, bienes y servicios (incluyendo los servicios de salud) en favor de una determinada persona o grupo de personas, y como derecho humano, incluye también la generación de aquellas condiciones necesarias para el logro y mantenimiento de la salud, tales como la alimentación y vivienda adecuadas, el agua de calidad, la sanidad, la existencia de condiciones laborales sanas y el acceso a un ambiente sano.

a. Instrumentos y documentos internacionales de carácter universal y regional

Entre otros, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC, el artículo 5 de la Convención Internacional Sobre Eliminación de todas las formas de discriminación racial, el artículo 12 de la Convención Internacional Sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, el artículo 24 de la Convención sobre Derechos del Niño, el artículo 25 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y el artículo 28 de la Convención Internacional sobre Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares, contemplan diversas disposiciones legales directamente orientadas al reconocimiento del derecho a la salud. Entre otros instrumentos regionales, el artículo 10 del Protocolo de San Salvador a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

b. Interpretando el contenido del derecho a la salud

En cuanto derecho humano, el derecho a la salud se sujeta al principio general de interpretación integradora y *propersonae*. En virtud de este principio general, debe siempre escogerse aquella interpretación más favorable a la persona humana.

Para el caso de una interpretación judicial del derecho a la salud el intérprete debiera proceder del siguiente modo:

- a) Identificando el derecho a la salud en el texto constitucional respectivo, federal o estatal o ambos
- b) Comparando los diversos textos internacionales que consagran el derecho a la salud e;
- c) Integrando interpretativamente los aspectos más favorables a la persona.

En consecuencia, el proceso interpretativo anterior importa rechazar, desde un principio, cualquier interpretación meramente literal o restrictiva del dere-

cho a la salud. Por el contrario, enfrentado a la labor de escudriñar el sentido y alcance del derecho al más alto nivel de salud posible, el intérprete deberá preferir siempre aquella exégesis que amplíe el campo de aplicación del derecho en cuestión.

Finalmente, y por su estrecha relación con alguno(s) de los elementos normativos de otros derechos, resulta indispensable prestar atención al contenido de estos últimos al momento de interpretar el sentido y alcance del primero. Así, no será del todo extraño que para comprender debidamente la extensión de expresiones como “el más alto nivel de vida posible de salud física y mental”, “sano desarrollo de los niños” o “creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica”, se deba tener en cuenta la extensión de derechos civiles y políticos como el derecho a la vida digna, a la protección especial a favor de niños, niñas y adolescentes y el derecho a la igualdad, respectivamente. Al mismo tiempo, ciertos aspectos del derecho salud se sobrepondrán necesariamente con el contenido normativo de otros derechos económicos y sociales, tales como el derecho a la vivienda, a la alimentación adecuada, al agua, a la educación o al trabajo.

En otras palabras, para una debida interpretación del contenido del derecho a la salud, el intérprete, bajo la óptica de las reformas constitucionales, federal y estatal, deberá tener en cuenta la debida interdependencia e indivisibilidad existente entre todos los derechos humanos.

c. El contenido normativo del derecho a la salud

Dimensiones del derecho a la salud, particularmente a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El artículo 12 del PIDESC, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor: 23 de marzo de 1976), dispone:

- a. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
- b. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - i. La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - ii. El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

- iii. La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- iv. La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

El derecho al más alto nivel posible de salud física y mental implica no solamente el acceso a determinadas prestaciones de salud sino, también, la obligación estatal de adoptar medidas tendentes a asegurar la plena efectividad del derecho. El derecho a la salud surge como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, también los principales factores determinantes de la salud como: a) acceso al agua limpia y potable y a condiciones sanitarias adecuadas, b) suministro adecuado de alimentos sanos, c) una nutrición adecuada, d) una vivienda adecuada, e) condiciones sanas en el trabajo y el ambiente, f) acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva y g) participación de la población en los procesos de toma de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud.

d. Elementos normativos esenciales e interrelacionados

Como parte del contenido esencial del derecho a la salud, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha identificado una serie de elementos normativos *esenciales e interrelacionados* y que debieran estar siempre presentes en el desarrollo de aquellas acciones orientadas a dar cumplimiento a este derecho. Elementos que son indicativos del carácter profundamente igualitario que inspira al artículo 12 del Pacto DESC: no sólo prohíbe la discriminación sino, además, garantiza una igualdad sustantiva en términos del acceso efectivo a los servicios de salud.

e. Elementos normativos básicos: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad

DISPONIBILIDAD: Esta dimensión del derecho implica que cada Estado-parte debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. Sin embargo, la cantidad de establecimientos y servicios dependerá no sólo de los recursos de cada país sino, también, del desarrollo que cada uno de éstos tenga.

ACCESIBILIDAD: Esta dimensión normativa del derecho a la salud se orienta generalmente a garantizar que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado-parte.

ACEPTABILIDAD: Esta dimensión del derecho a la salud se orienta a evitar una aplicación no diferenciada o indebidamente insensible a la particular posición y necesidades de ciertos grupos al interior de la sociedad. Lo anterior se manifiesta imponiéndosele a los Estados la obligación de garantizar que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud sean respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida. Al mismo tiempo, la dimensión de aceptabilidad del derecho a la salud implica que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

CALIDAD: Esta última dimensión normativa del derecho a la salud es el último elemento dentro del contenido mínimo y tiene directa relación con la idoneidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud. Más específicamente, la dimensión de dicha calidad implica que, además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Bibliografía

- CABALLERO OCHOA, José Luis, "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", en CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro, (Coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, I.I.J., UNAM, México, 2011.
- CARBONELL, Miguel, "Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución mexicana", en CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro, (Coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, I.I.J., UNAM, México, 2011, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/5.pdf>
- CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro, (Coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, I.I.J., UNAM, México, 2011, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/pl3033.htm>
- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf>
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro, (Coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, I.I.J., UNAM, México, 2011.
- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>
- SALTALAMACCHIA ZICCARDI, Natalia; COVARRUBIAS VELASCO, Ana, "La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos", en CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro, (Coordinadores), *la reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, I.I.J., UNAM, México, 2011, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/3.pdf>
- SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano*, III, UNAM, México, 2008.

Ética empresarial: ¿Cómo hacer negocios sin perder el alma? *

José Manuel Lastra Lastra **

RESUMEN: El presente artículo se centra en indagar acerca de la inserción de la ética en el mundo empresarial, ya que si bien dicha disciplina es entendida como el conjunto de principios y reglas morales que regulan el comportamiento y las relaciones humanas, surge entonces el cuestionarse si el capitalismo desenfrenado, así como la aplicación de una política sin ética, sean los grandes culpables de que la sociedad hoy se encuentre en decadencia.

Máxime que analizando el funcionamiento de las empresas, se ha dicho que el factor negativo de la búsqueda de la riqueza, radica principalmente, en que sea el *animus lucrandi*, el que prevalezca en el empresario, más allá de sus principios éticos. Lo que resultaría significativo apreciar, ya que el uso del poder directivo que tal patrón ejerza sobre la clase trabajadora en actitud de subordinación, dentro de cualquier relación de trabajo, efectivamente dependerá, de lo sensible que el empresario sea a su instrucción moral.

Palabras Clave: Ética, Empresa, Moral.

ABSTRACT: This article focuses on inquiring about the inclusion of ethics in the business world, because although the discipline is understood as a set of moral principles and rules governing human behavior and relationships, then the question arises whether the unbridled capitalism and the implementation of a policy without ethics, are the main culprits that society today is in decline.

Especially we analyze the performance of enterprises, it is said that the negative factor pursuit of wealth, lies mainly in that it is the *animus lucrandi*, which prevail in the employer, beyond its ethical principles. What would be significantly appreciated, since the use of power management such pattern subject the working class attitude of subordination within any working relationship, actually depend on what the employer is sensitive to moral instruction.

Key Words: Ethics, Business, Moral.

* Artículo recibido el 8 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 10 de febrero de 2013.

** Investigador Titular Nivel "C", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Investigador Nacional por el CONACYT, Profesor de las Facultades de Contaduría y Administración y Derecho, Premio UNAM en Docencia 2002. Consejero Universitario Representante de Profesores, Campus CU.

SUMARIO: Introducción. 1. Aceptación del vocablo ética. 2. El poder de dirección del empresario. 2.1. Organización del trabajo en la empresa. 2.2. Dirección. A) Subordinación y deber de obediencia. B) Subordinación y trabajo autónomo. 2.3. Poder disciplinario. 3. Ética en la empresa. 4. La responsabilidad social en la empresa. 5. Epílogo. Fuentes de información.

Introducción

La humanidad crea en diversas direcciones su camino; los hombres pueden decidir y resolver con la guía de la intuición moral qué camino seguir. El industrialismo invasor ha alimentado por la *hipertecnociencia*, el capitalismo desenfrenado y “una política sin ética”¹, que “todo lo envilece”² traen en jaque a la humanidad entera.

La paz social se debe bastante más a la moral que al derecho. Desafortunadamente la *ética* tiene “un caminar bastante lento”³, sólo habla a la conciencia y no todos los hombres son “sensibles a su voz”⁴.

En el presente estudio, no se intenta *apologizar* acerca de los principios o virtudes, ni de las diversas corrientes ideológicas o filosóficas que con *prolijidad* y elocuencia se ocupan mejor del tema. Por lo contrario, me he impuesto la tarea de reflexionar y en su caso indagar, hasta qué punto puede la *ética* influenciar o intervenir en el extenso mundo empresarial o de los negocios en particular.

¿Existe la posibilidad de ganar dinero éticamente? ¿la riqueza de unos se origina en la pobreza de otros? ¿Qué aprovecha al hombre ganar todo el mundo a costa de su vida si pierde su alma? (Mateo 16:26). En el evangelio según Mateo (19:23), se menciona que Jesús dijo a sus discípulos: “es más fácil pasar un camello por el ojo de una aguja, que entrar un rico en el reino de los cielos”⁵.

1 LÓPEZ FRÍAS, Francisco, *Ética y política en torno al pensamiento de J. Ortega y Gasset*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, (s.e.), 1985, p. 29.

2 Cfr. ORTEGA Y GASSET, *Meditación de Europa*, Madrid, (s.e.), 1960, p. 24.

3 CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Traducción del italiano por Francisco Javier Osset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, p. 36.

4 *Ibidem*, p. 37.

5 El autor del primer Tratado de Gramática de la Lengua Española (primero en Europa), Elio Antonio de Nebrija, tuvo dificultades con la Inquisición por discutir el contenido de la Biblia *vulgata*, la “oficial” de la iglesia (la de San Jerónimo); por entender que se partía de una base cargada de errores; él defendía partir de los originales en griego y caldeo, para evitar que la palabra *Kamelos* fuera tomada como *camello*, cuando en realidad en griego, es aquella sogá gruesa con la que se amarran los barcos a los muelles.

Otra versión es que el “ojo de la aguja” es el nombre de un pase montañoso muy angosto donde apenas puede cruzar una persona y mucho menos un camello. Las antiguas ciudades se encontraban amuralladas y salvaguardadas por puertas que se cerraban al final del día, a las que se les llamaba “ojo de una aguja”, en las

León XIII en su Encíclica *Rerum Novarum* (la cuestión obrera), expedida en Roma el 15 de mayo de 1891, establece las bases de la llamada *doctrina social católica* o también *catolicismo social*, en ella expresa su preocupación porque “los ricos y los patrones recuerden, que no deben tener a los obreros por esclavos; que deben en ellos respetar la dignidad de la persona”⁶.

Aclaro al amable lector, que en este trabajo no se pretende indagar el contenido religioso de la famosa frase del evangelio según San Mateo, tampoco acerca de la interpretación correcta del texto bíblico. La locución en sí, refleja el aspecto negativo de la búsqueda de riquezas y que en el entorno de una ética empresarial, es probable que prevalezca más el *animus lucrandi*, que los principios éticos. El interés personal por la investigación y análisis del tema que nos ocupa, surge porque en las últimas décadas del siglo transcurrido, algunas universidades públicas y privadas, tanto del extranjero, como mexicanas, comenzaron a “enseñar” en sus aulas, con furor y vehemencia la materia: *Ethics bussines*, por imitación extralógica —como diría Jean Gabriel Tarde—, incluyeron en sus planes y programas de estudio esta asignatura, diseñada y dirigida para los alumnos que estudian las ciencias económicas y administrativas, probablemente esto es consecuencia de las exigencias del llamado *marketing*, que induce a los empresarios a buscar *slogans* eficaces, para incrementar sus ventas y ampliar los mercados.

Sin embargo, la grave crisis económica y financiera que recorre al mundo, ha afectado negativamente al empleo y las relaciones laborales, para desestabilizar al derecho del trabajo, el cual, sufre una “colonización” por el pensamiento económico y las grandes orientaciones de política laboral, diseñadas en organismos financieros que marginan a los juristas del trabajo, los cuales deben defender la permanencia de los valores y los principios, sin renunciar a un objetivo superior al que nuestros mayores llamaron *justicia social*.

La presencia histórica del ordenamiento jurídico-laboral no se debe; como bien lo afirma Palomeque López, “al azar o el capricho de legisladores, sino a la ejecución de una precisa y singular misión [...] la institucionalización o juridifi-

cuales un mercader no podría entrar con todo y camello, es decir, un rico que basa su seguridad en la riqueza que acumula.

Cfr. KRAUSE, Martin, *Por el ojo de una aguja. Ética, negocios y dinero en el mundo de hoy*, Aguilar, Buenos Aires, 2007.

Cfr. SETTON, Alain, *Ganarse la vida sin perder el alma*, Trad. Luis Manuel de la Encina, Ediciones Mensajero, Bilbao, 2008.

6 León XIII, *Encíclica Rerum Novarum*, 21ª edición, Ediciones Paulinas, México, 2010, p. 19.

cación de las contradicciones entre el trabajo asalariado y la organización productiva”⁷.

Algunos empresarios, *culpabilizan* al derecho del trabajo, por considerarlo “obstáculo para las adaptaciones del mercado”⁸. Recuérdese que el trabajo y su derecho “han convivido siempre, con los incómodos requerimientos de la economía, a lo largo de toda su andadura ha sido un compañero de viaje histórico”⁹.

El derecho del trabajo no tiene sentido aisladamente considerado, es complemento de la economía puede subsistir sólo si existe una economía capaz de garantizar las condiciones de vida de los trabajadores [...] protegerles de la destrucción y vicisitudes de una economía desordenada [...] ¿qué sentido tiene el trabajo si se presenta fundamentalmente como un derecho elitista de trabajadores que tienen la fortuna de trabajar, cuando junto a él existe un cementerio económico de desempleados¹⁰.

Se han abierto camino tres tipos de respuestas alternativas de nacionalidad diversa, para enfrentar la crisis económica y el desempleo creciente en el orbe¹¹: 1) el regreso de las relaciones de trabajo asalariado al ámbito del derecho común de bienes y contratos; 2) la configuración de un derecho del mercado laboral y; 3) La configuración de un derecho común del trabajo que incorpore la regulación de las diversas situaciones de prestación laboral.

1. Acepción del vocablo ética

En algunas de sus acepciones, la palabra *ética*, significa: “parte de la filosofía que trata de la *moral* y de las obligaciones del hombre”¹², también hace referencia al “bien y el mal en los actos humanos [es un] conjunto de principios y reglas morales que regulan el comportamiento y las relaciones humanas”¹³. La voz castellana *moral*, denota también “acciones humanas en orden a su bondad o malicia”¹⁴.

7 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del trabajo y razón crítica*, Caja del Duero, Salamanca, 2004, p. 38.

8 *Ibidem*, p. 40.

9 *Ibidem*

10 Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del trabajo y razón crítica*, Op. Cit., p. 40.

11 Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del trabajo y razón crítica*, Op. Cit., p. 44.

12 Real Academia Española, *Diccionario manual e ilustrado de la Lengua Española*, 4ª edición revisada, Espasa-Calpe, Madrid, 1989, p. 689.

13 MOLINER, María, *Diccionario del uso del español*, T. A-H, 2ª edición, Gredos, Madrid, 1998, p. 1238.

14 Real Academia Española, *Diccionario manual e ilustrado de la Lengua Española*, Op. Cit., p. 1056.

Los libros de moral más importantes de la antigüedad, la *Ética Nicomaquea* y en la Edad Media, *Summa Theologica*, en su segunda parte constituyen sistemas de virtudes. Las cosas prosiguen así hasta Kant, frente a la *moral de las virtudes*, quien erige una *moral del deber*. Las *virtudes* son incorporaciones o apropiaciones del bien. Para Kant, la *ética crítica* es puramente formal, la *ética empírica* tiene que ocuparse del contenido, porque el hombre “no ha llegado todavía a ser puro *vernunftwesen*”¹⁵ necesita una guía para lo que ha de hacer. La virtud es la fuerza moral de la voluntad de un hombre, en la prosecución de su deber”¹⁶. Por actos morales debemos entender, los medidos o regulados por la *regula morum*. El *objeto material* de la ética son los actos humanos, actos libres y deliberados y el *objeto formal* de estos mismos actos “considerados bajo la *razón formal* de su ordenabilidad por la *regula morum*”¹⁷. En opinión de Eduardo García Máynez, los vocablos *ética* y *moral* tienen etimológicamente “igual significado (*êthos*, *mos*), *êthos* en griego y *mos* en latín, quieren decir costumbre, hábito”¹⁸, en concordancia con el sentido etimológico, la ética, sería una *teoría de las costumbres*¹⁹. Por ello, Aristóteles menciona que “la virtud moral es fruto de la costumbre”²⁰. En opinión de José Luis L. Aranguren “el *carácter* o *personalidad moral* es el objeto de la ética apropiado a través de la vida, viviendo; a través por tanto de los actos y de los hábitos”²¹. Ortega eleva una virtud “la *magnanimidad* o grandeza de ánimo por encima de todas las demás, observando en ella igual que los griegos, *un verdadero modo de ser*”²², en el mismo sentido, Elías Díaz señala que “en última instancia la *ética* y la *moral*, hacen siempre referencia a valores, principios, deberes que conforman el carácter, el *modo de ser*.”

Para Luis Recaséns-Siches, “el campo de imperio de la moral es la conciencia, es decir; el de la intimidad del sujeto, [...] el orden de la moral es el que debe producirse dentro de la conciencia, es el *orden interior*; [...] de nuestra vida auténtica; esto es, de la vida que cada cual vive, de modo intransferible”²³.

15 Esencialmente racional.

16 ARANGUREN, José Luis, *Ética*, Altaya, Barcelona, 1994, p. 234.

17 *Ibidem* p. 133.

18 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo *Ética*, 27ª edición, Porrúa, México, 1990, p. 11.

19 *Ibidem*.

20 ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*. Versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, 2ª edición, Porrúa, México, 1969, p. 18.

21 ARANGUREN, José Luis, *La ética de Ortega*, Taurus Ediciones, Madrid, 1958, p. 37.

22 *Ibidem*, p. 34.

23 RECASÉNS-SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 14ª edición, Porrúa, México, 1999, Pp. 175-178.

Diez-Picazo señala a la moral como “una guía de las acciones estrictamente individuales que pertenecen al terreno de la conciencia”²⁴. El destacado romanista de Salamanca Juan Iglesias, en su obra *Iter Iuris*, expresa evocando a Propertio: *navita de ventis, de tauris narrat arator*²⁵, en este orden de ideas ¿de qué debe hablar la ética? La idea de la *virtus* carente de significado jurídico inmediato, “complementa y asiste a lo *estatuido*, se trate de *leges* o de *mores*”²⁶.

En suma, como lo hemos expresado anteriormente, los libros de moral más importantes de la antigüedad que refieren a la moral, como un *sistema de las virtudes*, entendidas como “incorporación o apropiación del bien, [...] la ética de los deberes nos conduce a la ética de los valores, [...] entendidos como deseabilidad de las cosas. No hay valores sin *apropiabilidad* y *apropiación*, esta es precisamente la virtud”²⁷. La ética de los valores “desemboca en ética de las virtudes”²⁸.

La virtud es hábito mediante la razón, consiste en “la aplicación concreta de la recta razón”²⁹. Es además fuerza moral, vigor o valor, poder o potestad de obrar, disposición del alma para las acciones conforme a la ley moral.

2. El poder de dirección del empresario

Para que la empresa pueda cumplir con su finalidad de producción de bienes o prestación de servicios, el empresario tiene distintas atribuciones o poderes como³⁰: organización, dirección, reglamentación, modificación de las formas y modalidades del contrato (*ius variandi*) y la facultad de control y poder disciplinarios. Estas atribuciones deben ejercitarse con criterio funcional y en forma razonable. La modificación por voluntad unilateral del empresario, “en relación con el trabajo que se desarrolla en la empresa”³¹. Es una manifestación del poder de dirección que se concreta en la variación de las condiciones de trabajo no

24 Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis María, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1975, p. 49.

25 El navegante habla de los vientos, el labrador de los toros. CFR: IGLESIAS, Juan, *Iter iuris*, Marcial, Pons, Madrid, 2002, p. 16.

26 IGLESIAS, Juan, *Iter iuris*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 17.

27 Cfr. ARANGURÉN, José Luis, *Ética*, Op. Cit., Pp. 234-235.

28 *Ibidem*, p. 239.

29 CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Op. Cit., p. 37.

30 Cfr. GRISOLA, Julio Armando, *Derecho del trabajo y la seguridad social*, 8ª edición, editorial Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 291.

31 ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo, *Curso de derecho del trabajo*, 4ª edición, Ediciones Gráficas Rey, Barcelona, 1999, p. 416.

sustanciales, viene determinado por la propia facultad de organización que el empresario.

En referencia a la posición de los empresarios en las relaciones de trabajo, Antonio Martín Valverde menciona, que la doctrina y la jurisprudencia reconocen en la libertad de empresa dos aspectos o manifestaciones, “la *libertad de creación* o iniciativa de actividades económicas y la *libertad de desarrollo* de las mismas combinando los factores productivos de acuerdo con la idea organizadora del empresario, la proyección de este segundo aspecto en la esfera de recursos humanos es el *poder de dirección del empresario*”³².

En opinión del muy ilustre y siempre recordado Maestro español, Don Manuel Alonso Olea, el poder de dirección “deriva de una obligación general de *protección*, este deber nace [del deber de prestar el trabajo] de cierta manera y con sujeción a ciertos órdenes, cuya fuente es el empresario a quién el contrato atribuye el *poder directivo*”³³.

En otra perspectiva el distinguido profesor de Salamanca, Palomeque López señala que el *poder de dirección* no es ilimitado, sino por el contrario tiene limitaciones en cuatro planos: constitucional, legal, convencional-colectivo y el contractual. Estos pueden resumirse en uno “el límite del poder empresarial directivo son los derechos del trabajador”³⁴. Trabajar dentro del ámbito de organización y dirección del empleador supone, sin duda, “obligarse a realizar el trabajo convenido, por lo tanto, es consecuencia ineludible de las facultades directivas el poder incidir en todos los aspectos de la ejecución del contrato”³⁵.

El *poder de dirección*, se concreta en un conjunto unitario y objetivado de facultades reconocidas al empresario. La fuente directa de los poderes del empresario se centra en el contrato de trabajo, la atribución de dichos poderes es “una consecuencia inmediata de la celebración del contrato y un efecto mediato de la voluntad de la ley”³⁶.

En la doctrina laboral mexicana, Mario de la Cueva ocupa un lugar de privilegio, por su obra trascendente y sus enseñanzas vivificadas a través de la Ley Federal del Trabajo de 1970, vigente aún en nuestro país; el Maestro expresa que la naturaleza de la relación de subordinación, es una *relación jurídica* que se

32 MARTÍN VALVERDE, Antonio, *et. al.*, *Derecho del trabajo*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2000, p. 140.

33 ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, 20ª edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 375.

34 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 11ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 731.

35 *Ibidem*.

36 Cfr. VIDA SORIA, José, *et. al*, *Manual de derecho del trabajo*, Editorial Comares, Granada, 2005, p. 441.

descompone en dos elementos: “una *facultad jurídica del patrono* en virtud de la cual puede dictar los lineamientos, instrucciones u órdenes que juzgue convenientes para la obtención de los fines de la empresa; y una *obligación igualmente jurídica del trabajador* de cumplir estas disposiciones [...] en el pasado la facultad del empresario carecía de límites, en nuestra época, el derecho del trabajo es un elemento moderador o si se prefiere, limitador de los poderes absolutos”³⁷.

Néstor de Buen, es el tratadista referente en la materia del trabajo, por lo que su opinión debe ser considerada. Expresa su desacuerdo con la teoría del *ius variandi* después de analizar la exposición de Guillermo Cabanellas (*Contrato de trabajo. Parte general, Vol. II, Buenos Aires, 1963, pp. 594 y ss*) el “*ius variandi* sólo se refiere a circunstancias secundarias de la relación laboral, esta figura, no tiene vigencia en México, de ninguna manera puede modificar los elementos esenciales del contrato”³⁸.

2.1 Organización del trabajo en la empresa

La empresa es una *organización* y por tanto, constituye “el núcleo básico a partir del cual se organizan las sociedades en los países postcapitalistas”³⁹. El propósito de la organización, entendido en sentido estrictamente económico, ha podido especificarse a través de la planeación estratégica, que conjuga las capacidades del sistema con la situación del entorno empresarial. Así podemos encontrar, en la organización diversos enfoques: a) mecanicistas, b) organicistas o psicosociológicos y; c) antropológicos.

El *enfoque mecanicista* consiste en la “coordinación de acciones humanas cuya finalidad es la de producir y distribuir objetos o servicios”⁴⁰. Lo verdaderamente importante es la maximización de la relación producción-consumo, bien sea optimizando la producción o minimizando los recursos. El modelo de persona con el que trabajan estos enfoques es en realidad reducido. Lo que realmente preocupa no son las personas concretas, sino los roles y funciones que estas desempeñan. La organización informal suele quedar fuera de su campo de análisis.

El enfoque *organicista* o *psicosociológico*, concibe a la organización como una institución de personas, una comunidad que comparte objetivos, sin que aban-

37 DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, T. I, 6ª edición, Porrúa, México, 1980, p. 203.

38 Cfr. DE BUEN LOZANO, Néstor, *Derecho del Trabajo*, T. I, 9ª edición, Porrúa, México, 1994, Pp. 582-583.

39 CORTINA, Adela, *Ética de la empresa. Claves para una cultura empresarial*, 3ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 82.

40 FONTRODONA FELIP, Joan, et. al., *La ética de la empresa en la encrucijada*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2010, p. 110.

donen el supuesto de la maximización relación-producción. La analogía más adecuada para entender esta figura es la de un *organismo vivo*, lo más característico es su “actitud proactiva ante el entorno y el carácter funcional que se trata de inscribir en la empresa: las organizaciones solicitan especialistas”⁴¹. Un ejemplo de estas tendencias está en las teorías de las contingencias, de la evolución representada por Nelson y Winter (1982) la escuela ecologista, representada por Hannan Freeman (1989), las configuraciones de organizaciones de Mintzberg (1979) y los trabajos de Miller y Friesen (1984) y Miller (1990). Introduce también una serie de conceptos que adquieren fuerza en el ámbito empresarial, tales como, cooperación y participación, conceptos que son necesarios para que la descentralización en la toma de decisiones se lleve a cabo sin merma de la productividad. A partir de los años setenta, la participación se convierte en el “*leitmotiv*”⁴² de buena parte de las organizaciones empresariales. En una concepción de la empresa entendida como organismo social, las variables *psico-sociológicas* desempeñan un papel relevante y la dimensión económica pierde su exclusividad. La persona ya no es una sola pieza de la maquinaria, sus motivaciones van más allá de la espera de recompensas o castigos y los juicios de valor comienzan a ser considerados en la toma de decisiones.

El enfoque *antropológico*, concibe a la organización como una “institución que lleva a cabo la coordinación de acciones de personas para la satisfacción de necesidades reales de los miembros de la organización”⁴³. Esta nueva propuesta entiende la organización como una institución que incorpora los dos planos anteriores, el *qué* y el *cómo* y además cuestiona *para qué* se hacen las cosas, esto es, da sentido a las acciones que coordina considerando los valores, principios y fines que le dan fundamento. Este sentido pretende superar el tinte individualista y remite a los bienes honestos, de modo que su *deber ser* viene impuesto por los fines de las facultades superiores.

41 *Ibidem*, p. 114. NOTA: El término proactivo, procede del griego, compuesto de dos palabras «pro», preposición griega que significa “a favor de” y «actividad», cuya definición es “eficiencia de obrar”. Proactividad es una actitud en la que el sujeto u organización asume el control de su conducta de modo activo, lo que implica la toma de iniciativa en el desarrollo de acciones creativas y audaces para generar mejoras, haciendo prevalecer la libertad de elección sobre las circunstancias del contexto. La proactividad no significa sólo tomar iniciativa, sino asumir la responsabilidad de hacer que las cosas sucedan; decidir en cada momento lo que queremos hacer y cómo lo vamos a hacer. El término proactividad lo acuñó Viktor Frankl, un neurólogo y psiquiatra austriaco en su libro “El hombre en busca de sentido”, sin embargo, la palabra no es aceptada por la Real Academia Española, según la 22ª edición de su Diccionario. En castellano se pueden utilizar el término iniciativa.

42 Término acuñado por el compositor Richard Wagner, proveniente del alemán “*leiten*”, (guiar o dirigir) y “*motiv*”, (motivo), implica el tema musical recurrente en una composición y por extensión, motivo central recurrente de una obra literaria o cinematográfica.

43 FONTRODONA FELIP, Joan, *La ética de la empresa en la encrucijada*, Op. Cit., p. 119.

2. 2. Dirección

La prestación profesional de servicios del personal de *alta dirección*, consiste en el ejercicio de facultades de organización, gestión, supervisión y dirección, inherentes al titular de la empresa, tal ejercicio se caracteriza por ser delegado, sin que ello impida que en el desempeño de aquellas funciones tenga el alto directivo, amplia autonomía para tomar las decisiones más adecuadas. En suma, el ejercicio de los poderes correspondientes al núcleo organizativo de la empresa con autonomía y plena responsabilidad, “identifica al empleado de *alta dirección*, interna y externamente, como *alter ego* del empresario”⁴⁴. El denominado personal directivo, cuyo número puede variar dependiendo de las características de la empresa, “realiza funciones de planificación, coordinación, dirección, mando y control dentro de la organización productiva, en nombre y representación del empresario”⁴⁵. La fuente directa de estos poderes del empresario, son “una consecuencia inmediata de la celebración del contrato de trabajo”⁴⁶, por medio del cual, esta *relación de poder* se transforma en una *relación jurídica*. El sujeto de este poder en la forma capitalista de la empresa “sólo puede ser el empresario”⁴⁷.

Los lugares de producción, es decir, aquellos espacios en que se efectúa el trabajo (oficinas, talleres, etcétera), constituyen –según Supiot–, el “verdadero santuario de la autoridad del empresario, son por excelencia, los lugares de la subordinación en los que el trabajador pierde su libertad de movimiento y su autonomía individual, para convertirse en una de las piezas de la empresa”⁴⁸. Por el contrato de trabajo, el trabajador abdica una parte de su libertad para subordinarse a otro, esta subordinación se circunscribe al tiempo y al lugar de ejecución de la prestación de trabajo. Las libertades fuera de la empresa, sobre las que el empresario carece de título alguno, “⁴⁹para usurparlas [...] no ha tenido que consagrarlas el derecho del trabajo”. El reconocimiento legal del poder de dirección en la legislación mexicana se encuentra establecido en el artículo 134-III, referido a las obligaciones de los trabajadores, entre ellas, “desempeñar el servicio *bajo la dirección del patrón o de su representante*, a cuya autoridad esta-

44 DE VALTENA, Ángel Luis, *El trabajo de alta dirección. Caracteres y régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 2002, p. 112.

45 *Ibidem*, p. 163.

46 MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 22ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 363.

47 VON GIERKE, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*, Trad. Germán Barreiro González, Civitas, Madrid, 1982, p. 39.

48 SUPIOT, Alain, *Crítica del derecho del trabajo*, Trad. José Luis Gil y Gil, MTAS, Madrid, 1996, p. 181.

49 *Ibidem*, Pp. 185-186.

rán subordinados en todo lo concerniente al trabajo”; por tal circunstancia, el artículo 47 fracción XI de la Ley Federal del Trabajo, establece como una causal de despido: “*desobedecer al trabajador al patrón o a sus representantes, sin causa justificada, siempre que se trate del trabajo contratado*”.

A) Subordinación y deber de obediencia

La subordinación es la piedra angular de un derecho que tiene como objeto esencial enmarcar el ejercicio del poder que confiere a una persona sobre otra. Este poder subvierte los grandes principios sobre los que reposa el derecho de obligaciones y contratos: Principio de igualdad de las partes y de libertad contractual. Allí donde el derecho de obligaciones “postula la autonomía de la voluntad individual, el derecho del trabajo organiza la sumisión”⁵⁰.

El contrato de trabajo incorpora una antinomia que percibió el derecho romano al resistirse a admitir que “un hombre libre pudiera seguir siéndolo cuando se ponía al servicio de otro”⁵¹.

El derecho del trabajo se ha alimentado de esta tensión entre la idea del contrato que postula la autonomía de las partes y en la idea de subordinación que la excluye.

La *sumisión* del trabajador al *poder del empresario* constituye así la característica “esencial” del contrato de trabajo.

¿Puede fundarse en la autonomía de la voluntad la fuerza obligatoria de una relación jerárquica como el vínculo de subordinación? El contrato de trabajo crea una jerarquía entre iguales, la clave de esta construcción jurídica, paradójica es “la autonomía de la voluntad de los que se sitúan así, de forma libre en una relación de subordinación con respecto a otro”⁵², como subrayaba Paul Durand “el poder de dirección permite al empresario utilizar la fuerza de trabajo para servir a los intereses de la empresa”⁵³. En efecto, el contrato de trabajo pone al trabajador a disposición del empresario, este adquiere un poder de dirección continuo sobre la actividad del trabajador durante la ejecución del contrato. El objeto del acuerdo del trabajador asalariado consiste en renunciar a su voluntad autónoma, en someterla a la otra parte. En relación con lo anterior, la Ley Federal del Trabajo en México, inserta la idea en el artículo 58: “el trabajador está a disposición del patrón”, durante la jornada. Si el contrato determina *ab initio* de

50 SUPIOT, Alain, *Crítica del derecho del trabajo*, Op. Cit., p. 134.

51 *Ibidem*.

52 SUPIOT, Alain, *Crítica del derecho del trabajo*, Op. Cit., p. 144.

53 DURAND, Paúl y R. JOUSSAUD, *Traité de droit du travail*, T. I, Dalloz, París, 1947, p. 430.

forma precisa el conjunto de tareas que el trabajador debe realizar, no quedaría ningún espacio para el ejercicio del poder de dirección del empresario, por lo que el poder patronal es “tanto más grande cuanto más grande es este margen de indeterminación de las obligaciones del trabajador”⁵⁴. En el contrato civil, la “voluntad se compromete; en el contrato de trabajo, se somete [...], el compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega”⁵⁵.

No cabría mencionar la *dependencia* si la vinculación al trabajo no fuera libre, se suscribe el contrato como “expresión libre del consentimiento y, en consecuencia, el trabajo ha de prestarse en forma voluntaria”⁵⁶.

El concepto *dependencia* surgió como un instrumento jurídico necesario para dar unidad al derecho del trabajo para reconocer a “toda relación de producción que pueda ser definida como contrato de trabajo”⁵⁷.

El poder del empresario como acreedor de la prestación laboral, se centra en las “facultades de exigir y ejecutar la prestación”⁵⁸. El trabajador debe obedecer al propio empresario o persona en quién delegue. Esta obligación deriva de la *dependencia* como nota característica del contrato de trabajo de trabajo, definida como “*sometimiento* al círculo rector y organizativo del empresario”⁵⁹, es decir, ha de prestar su trabajo con “*sometimiento* real y expreso al empresario que indica la conducta laboral a desplegar”⁶⁰.

El trabajador debe observar las órdenes e instrucciones sobre el modo de ejecución del trabajo; en esta relación jurídica, debe desempeñar el servicio *bajo la dirección* del patrón o de su representante a quienes están subordinados (Artículo 134-III LFT).

La obediencia, es un “deber unido y en relación al trabajo que se presta”⁶¹ El deber de obediencia del trabajador es “la consecuencia de los derechos de organización y dirección del empleador”⁶².

54 SUPLOT, Alain, *Crítica del derecho del trabajo*, Op. Cit., p. 145.

55 Supiot, Alain, *Crítica del derecho del trabajo*, Op. Cit., p. 147.

56 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del Trabajo*, Op. Cit., p. 694.

57 *Ibíd.*, p. 695.

58 VIDA SORIA, José, *Manual de derecho del trabajo*, Op. Cit., Pp. 442-443.

59 GARCÍA NINET, Ignacio, *Derecho del trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 396.

60 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del Trabajo* Op. Cit., p. 694.

61 DIÉGUEZ, Gonzalo, *Derecho del trabajo*, Marcial Pons-Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 1999, p. 73.

62 GRISOLIA, Julio Armando, *Derecho del Trabajo y de la seguridad social*, 8ª ed., Lexis Nexis, DePalma, Buenos Aires, 2003, p. 328.

B) Subordinación y trabajo autónomo

Practicar el “conservadurismo” no es un ejercicio de prudencia: “negar el cambio, cuando el éste es evidente y empeñarse en meter el vino nuevo en el odre viejo”⁶³, constituyen formas de escapismo. La reluctancia del jurista al cambio lo conduce a “ningunear” las transformaciones socioeconómicas⁶⁴, negándose a la aceptación de las nuevas realidades, a las que debe aproximarse con “la mirada humilde de un observador atento, consciente de las limitaciones de su método y de su perspectiva a la hora de interpretar los cambios sociales”⁶⁵. ¿En qué medida la subordinación y los cambios en el modo de trabajar afectan a la subordinación como categoría jurídica? ¿Es apropiada la idea clásica de subordinación para calificar a los nuevos trabajos y prácticas laborales actualmente?

El concepto de subordinación como factor determinante en el ámbito de aplicación de derecho del trabajo, fue propuesto al alborear la formación de esta disciplina, por un autor clásico, Ludovico Barassi, en su obra *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cuya primera edición fue publicada en 1901; en ella Barassi definió la subordinación como “la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador”⁶⁶.

Como se sabe, es regla no escrita en los códigos positivos que a “nuevas formas de producción, corresponderán nuevas formas de organización del trabajo”; así ha ocurrido siempre en la prolongada y vetusta historia del trabajo. Los cambios en los modelos de trabajar, ocurridos en buena medida por los procesos de innovación o de transformación tecnológica “vendrían a impedir que la subordinación fuera reconocible y por consiguiente, a poner en entredicho su valor como categoría jurídica y su capacidad para identificar el ámbito de aplicación del derecho del trabajo”⁶⁷. En las modalidades surgidas por las nuevas formas productivas, la subordinación ha adquirido nuevos perfiles, nuevas formas”⁶⁸ por lo que se hace difícil y confusa su identificación.

63 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica” en *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Año XXI, Número 10, Madrid, Mayo de 2005, p. 67.

64 *Ibidem*, p. 68.

65 *Ibidem*, p. 68.

66 Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar y Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, “Crítica de la subordinación” en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Núm 116, Madrid, Civitas, marzo-abril, 2003, p. 170.

67 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica”, *Op. Cit.*, p. 69.

68 *Ibidem*, p. 73.

En la escuela *iustlaboralista* mexicana, presidida por Mario de la Cueva, el elemento subordinación ha sido la consecuencia de una larga y fuerte controversia doctrinal y jurisprudencial, desde el año 1938 los profesionales del derecho del trabajo se sublevaron en contra de la tesis de “dependencia económica” como elemento esencial para la existencia de una relación de trabajo; la ejecutoria de 20 de octubre de 1944⁶⁹, esclarece el concepto.

En opinión de Mario de la Cueva, la naturaleza de la relación de subordinación es “una relación jurídica que consta de dos elementos: una facultad jurídica del patrono para dictar los lineamientos instrucciones u órdenes que juzgue conveniente para los fines de la empresa y una obligación jurídica del trabajador de cumplir esas disposiciones”⁷⁰.

Néstor de Buen indica que el poder de mando y el deber de obediencia, no operan de manera ilimitada “existen sólo durante el tiempo de duración de la relación laboral”⁷¹, este autor considera a la subordinación como una etapa transitoria, porque llegará el día en que el único dato importante lo constituya precisamente, la prestación personal de un servicio.

El Poder Judicial de la Federación, ha expresado que “la relación laboral se caracteriza por la subordinación [...] si falta [...] no se está en presencia de un contrato de trabajo”⁷²; de esta forma, la “subordinación es un *elemento esencial* en las relaciones laborales, por lo que a falta de ella resulta inexistente la relación laboral”⁷³.

Los cambios vertiginosos en las relaciones de trabajo, producidos por la introducción de nuevas tecnologías a finales del siglo pasado y a principios del presente, impactaron y desarticularon la organización tradicional en los centros productivos, surgieron nuevas prácticas o modalidades en las empresas, circunstancias que modificaron las condiciones en el mundo del trabajo. En la

69 La Suprema Corte de Justicia de la Nación modificó el criterio prevaleciente, en el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo de 1931, mediante el Amparo directo 1690/43/2ª y señala que “la interpretación correcta [de dicho artículo] es que para que haya contrato de trabajo, se necesita que quien presta los servicios no lo haga con independencia absoluta y de acuerdo con su leal saber y entender, sino por orden y bajo la dependencia de la parte patronal”.

70 DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, Op. Cit. T. I, p. 203.

71 DE BUEN LOZANO, Néstor, *Derecho del Trabajo*, Op. Cit. T.I., p. 573.

72 Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, cuarta sala, CXXXII, pag. 443. Amparo directo 3534/55 Eduardo Mendoza Hernández, 21 de junio de 1957.

73 Semanario Judicial de la Federación, octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, julio de 1992, p. 416. Amparo directo 355/91. Fidencio Camacho Dueñas y otros, 22 de enero de 1992.

Unión Europea, el llamado *Informe Supiot*⁷⁴, evidencia con detalle las transformaciones del trabajo y su derecho en la última década del siglo XX.

El *trabajo autónomo* hizo su aparición en los escenarios europeos y fue objeto de reglamentación en diversos países, en España quedó conceptualizado en el artículo 11 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, que a la letra dice: “son trabajadores autónomos económicamente dependientes los que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas y profesionales”⁷⁵. Este Estatuto también estableció en el artículo 12 la obligación de “formalizar siempre por escrito el contrato y el deber de registrarlo en la oficina pública correspondiente”⁷⁶.

Los supuestos incluidos en el precepto anterior, definitorio del trabajo autónomo son:

- a) *Trabajadores autónomos económicamente dependientes*: La innovación introducida en el Estatuto (ETA) es “la creación de la categoría de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, a los que se dota de una especial tutela, es una nueva condición que se sitúa entre los trabajadores autónomos normales y los subordinados”⁷⁷.
- b) *Actividad económica o profesional a título lucrativo*: la tarea desarrollada por el trabajador autónomo “deberá realizarse persiguiendo la obtención de un beneficio económico y no tener el carácter de benéfica o gratuita”⁷⁸. El ánimo de lucro es determinante para la inclusión como sujeto protegido en el Estatuto, esta exigencia “permite excluir cualquier actividad profesional que no tenga de por medio ganancia”⁷⁹.
- c) *Modo de realización de la actividad*: El trabajador autónomo debe efectuar las labores de forma *habitual, personal y directa*; señala la jurisprudencia española

74 SUPIOT, Alain, *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo. Informe para la Comisión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, 318 pp.

75 GOERLICH PESET, José María y Ángel BLASCO PELLICER, *Estatuto del Trabajo Autónomo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2007, p. 11.

76 *Ibidem*, p. 12.

77 GOERLICH PESET, José María, et. al., *Trabajo autónomo: nueva regulación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2007, p. 40.

78 BLASCO LAHOZ, José Francisco, *Sujetos incluidos en el régimen especial de trabajadores autónomos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1996, p. 26. (Colección laboral No. 36).

79 GÓMEZ CABALLERO, Pedro, *Los trabajadores autónomos y la seguridad social: Campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000, p. 27. (Colección laboral No. 101).

que la *habitualidad* es “característica esencial para conceptuar al trabajador por cuenta propia, hay que conectarla con la realización del trabajo [la habitualidad no es confundible con la periodicidad, sino que el trabajo personal y directo debe ser cotidianamente la principal actividad productiva que el trabajador desempeñe]”⁸⁰. La forma *personal y directa* de ejecutar el trabajo, implica que el prestador del servicio intervenga “con su propio esfuerzo en la actividad productiva, lo que permite diferenciarlo del que sólo es titular de la actividad de explotación”⁸¹. Así el trabajador autónomo controla su propia organización, soporta sus riesgos y se apropia de los frutos.

- d) El cliente: Puede ser una persona física o jurídica del que dependen por recibir de manera regular remuneraciones que supongan su principal fuente de ingresos, es decir, por percibir (del cliente) *al menos, el 75 por ciento de los ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas y profesionales*. La expresión “al menos” indica “que el 75 por ciento tiene la estructura de un mínimo, lo que permite que cualquier dependencia que se sitúe por encima del mismo pueda dar lugar a la existencia de un trabajo autónomo (TRADE)”⁸²

2. 3. Poder disciplinario

Las facultades disciplinarias están dirigidas a conseguir el orden interno de las relaciones del personal, la adecuada “realización de las funciones laborales, así como el necesario orden de convivencia de los trabajadores y la dirección”⁸³. La necesaria regularidad de estas conductas, se traduce “en la imposición a los trabajadores de una serie de obligaciones, de cuyo cumplimiento se encarga el empresario [...], entre ellas, podemos destacar: obligación de usar uniformes, asistencia y puntualidad, control de entrada y salida al centro de trabajo, prohibiciones de fumar, hablar o comer, etcétera”⁸⁴. Es tradicional que estas obligaciones sean incluidas o formen parte del reglamento interior de trabajo, no obstante lo anterior, diversos autores, entre ellos Monereo Pérez, rechazan estas medidas que emanan del poder patronal; el destacado iuslaboralista de la Universidad de Granada, al respecto opina: “el poder disciplinario del patrón se debe rechazar sin más, porque el patrono es quien decide sobre la falta de

⁸⁰ *Ibidem*, p. 28.

⁸¹ *Ibidem*, p. 30.

⁸² GOERLICH PESET, José María, *et al.*, *Trabajo autónomo: nueva regulación*, Op. Cit., p. 45.

⁸³ MONTROYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección del empresario*, Estudios de trabajo y previsión, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, Pp. 188-189.

⁸⁴ Cfr. MONTROYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección del empresario*, Op. Cit., p. 189.

cumplimiento del contrato por el obrero y le aplica una pena a este [...] porque nadie puede ser juez en causa propia y porque el juez debe encontrarse ante los litigantes, como tercera persona imparcial”⁸⁵.

En la legislación mexicana, corresponde al reglamento interior de trabajo establecer estas condiciones de común acuerdo con los trabajadores o sus representantes, el cual debe ser depositado en la junta y ser publicado. En la Ley Federal del Trabajo de 1931, el artículo 102-IX establecía la disciplina en la empresa⁸⁶. La Ley de 1970 (vigente hasta ahora), incluyó en el reglamento interior (art. 423-X), disposiciones disciplinarias y procedimientos para su aplicación, en él se adicionó que en la suspensión de trabajo como medida disciplinaria, el trabajador tendrá derecho a ser oído antes de que se le aplique la sanción, esto en concordancia con la garantía constitucional de audiencia (Art. 14 constitucional). En tal circunstancia, de la Cueva afirma que “no es el empresario quien impone las sanciones, ya que la imposición solamente puede hacerse de conformidad con lo que disponga el reglamento, el único acto que puede realizar libremente el patrón es el despido [...] en consecuencia, no podrá imponerse a los trabajadores ninguna sanción disciplinaria que no esté decretada en el reglamento, exactamente aplicable a la falta que se trate”⁸⁷.

Para De Buen, la importancia en la inclusión de medidas disciplinarias en el reglamento interior, consiste en establecer “los principios de legalidad y tipicidad, [así como consagrar] a favor de los trabajadores la garantía de audiencia”⁸⁸.

La disciplina laboral impuesta al trabajador es durante la jornada, en la que está a *disposición* del empresario. El alcance del poder de dirección no se extiende más allá de la vida laboral del trabajador “en su vida personal este es libre absolutamente”⁸⁹.

Como consecuencia de la facultad del empresario para dirigir, controlar, organizar y supervisar el cumplimiento de las órdenes generales o instrucciones especiales, surge el *poder disciplinario*, correlativo “al poder de dirección y deber de

85 MONEREO PÉREZ, José Luis, *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999, p. 41.

86 Disposiciones disciplinarias y forma de aplicarlas:

En los casos en que las empresas impongan la suspensión de trabajo como medida disciplinaria, no deberá exceder de ocho días y nunca se harán anotaciones malas a los trabajadores sin la previa comprobación de las faltas cometidas, debiendo intervenir en ambos casos, el delegado sindical y a falta de este, un representante de los trabajadores.

87 Cfr. DE LA CUEVA, Mario, *Nuevo derecho mexicano del trabajo*, T. II, México, Porrúa, 1979, Pp. 497-498.

88 DE BUEN LOZANO, Néstor, *Derecho del trabajo*, T. II, 10ª edición, Porrúa, México, 1994, p. 854.

89 MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección del empresario*, p. 193.

obediencia que genera en el trabajador”⁹⁰, cuya función principal es la propia de todo sistema punitivo, “permite al empresario aplicar sanciones sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad”⁹¹; esta facultad “sancionadora”, pretende “corregir la mala conducta del trabajador materializada en faltas o incumplimiento a las obligaciones contractuales”⁹².

Esta figura jurídica (poder disciplinario), tiene su *fuerza inmediata* en la celebración del contrato de trabajo, y su origen *mediato* en la voluntad de la ley. Así en la Ley Federal de Trabajo mexicana, queda previsto en el artículo 31 (*pacta sunt servanda*) al establecer que los contratos y las relaciones de trabajo obligan a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a las normas de trabajo, a la buena fe y a la equidad, esta idea, también se reproduce en el artículo 134-III y IV.

En opinión del distinguido iuslaboralista Santos Azuela, la reglamentación del régimen disciplinario (en México) es obra de “una comisión bilateral de los factores de la producción, quienes pueden limitar los abusos, los caprichos y el incumplimiento de las obligaciones laborales del patrón”⁹³.

3. Ética en la empresa

¿Por qué nace la ética empresarial? ¿Cuáles son sus características? ¿Cómo interpretar la creciente relevancia de la ética en los negocios a finales de los 80’s? ¿La ética en los negocios es una necesidad, un “efecto cosmético o incluso un nuevo opio del pueblo, que adormece la conciencia de los explotados para que no se percaten de lo que son”⁹⁴?

La dirección de empresas no puede entenderse solamente como la producción de bienes y servicios, sino que, a través de ellos, la acción del directivo influye en él mismo y en las personas afectadas por sus decisiones. La ética aporta a la dirección de empresas, principios generales de actuación⁹⁵, aplicadas en las decisiones del directivo a las circunstancias concretas de la situación particular.

90 ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, 20ª edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 390.

91 MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, Op. Cit., p. 367.

92 GRISOLIA, Julio Armando, *Derecho del trabajo y la seguridad social*, Op. Cit., p. 367.

93 SANTOS AZUELA, Héctor, *Elementos de derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1994, p. 155.

94 CORTINA, Adela, *Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial*, Op. Cit., p. 76.

95 1) *Racionalidad*: Al actuar hay que proceder de modo reflexivo, buscando y haciendo el mayor bien humano posible, sin dejarse llevar exclusivamente por impulsos, sentimientos o pasiones.

2) *Personalista*: Todo ser humano debe ser tratado o amado respetando su dignidad de persona y, en la medida de lo posible, ha de promoverse todo aquello que facilite su desarrollo humano.

En opinión de Joan Fontrodona Felip el lugar que le corresponde a la ética en la dirección de empresas puede concretarse en tres aspectos⁹⁶: 1) la definición de la naturaleza y la finalidad de la empresa, 2) la propuesta de principios de actuación y 3) en el proceso de toma de decisiones.

La ética se entiende como “un conjunto de mandatos que deben ser cumplidos sin atender ni a las circunstancias en las que el sujeto debe actuar, ni a las consecuencias que previsiblemente se seguirán de la actuación. Quien obra en contra de esos mandatos, se piensa, actúa de forma inmoral”⁹⁷.

A partir de los años setenta comenzó a ponerse de moda tanto en los Estados Unidos, como en Europa la llamada *ética de los negocios (business ethics)*, la cual, recibe también otros nombres como *ética empresarial*, *ética de la gestión*, *ética de la organización* o *ética de la dirección*.

La falta de credibilidad no es una carta de triunfo en el mundo del negocio y la *confianza*, fue convirtiéndose de nuevo, en el valor empresarial que, en realidad nunca había dejado de ser. Las empresas deben asumir la responsabilidad de sus decisiones en un largo plazo. Esto significa una garantía de supervivencia. La empresa arroga una responsabilidad moral con la sociedad, es decir, con los consumidores, accionistas, empleados o proveedores. Una ética de las organizaciones es “indispensable para reconstruir el tejido de una sociedad, para *remoralizarla*”⁹⁸. Cuanto mayor es la exigencia de niveles de rentabilidad elevados en relación con los capitales invertidos, mayor furor hace la gestión ética, cuando más nadan las empresas en las aguas heladas del liberalismo económico, más de manifiesto po-

3) *Integridad de las causas*: La moralidad de una acción implica la bondad de todas sus causas, esto es, la bondad de la intención (fin del agente), la bondad de la obra externa elegida como objeto, y la bondad de los medios elegidos para alcanzar el fin.

4) *Imparcialidad*: Al actuar no hay que dejarse llevar por preferencias ajenas al bien de las personas.

5) *Orden en las responsabilidades*: En la responsabilidad por promover el desarrollo humano de los demás hay que respetar el orden derivado de las prioridades inherentes a la condición o funciones propias del agente, respetando los legítimos compromisos adquiridos.

6) *Proporcionalidad*: No debe realizarse una acción si los efectos secundarios que la acompañan no guardan proporción con la causa de necesidad que existe para realizarla.

7) *Legalidad*: Las leyes promulgadas por la legítima autoridad que rige una determinada sociedad han de estar subordinadas al bien de la persona, pero son fuente de deberes éticos en la medida en que concretan aspectos particulares del bien común y siempre que no se opongan a él.

96 FONTRODONA FELIP, Joan, *La ética de la empresa en la encrucijada*, Op. Cit., p. 133.

97 CORTINA, Adela, *Ética de la empresa. Claves para una cultura empresarial*, Op. Cit., p. 78.

98 *Ibidem*, p. 82.

nen su búsqueda de alma, cuanto mayores son los estragos de la guerra económica, más se impone la exigencia de una *moralización de los negocios*⁹⁹.

Los anglosajones en su acostumbrado pragmatismo expresan, *business is business*, expresión que hace referencia a la ideología misma de la mano invisible, cuyo principio estriba en que “la economía no necesita virtudes morales, ni la benevolencia recíproca de las personas”¹⁰⁰. Durante los años ochenta, la imagen del mundo de los negocios se degradó fuertemente por los diversos escándalos bursátiles, las ganancias milagrosas y los beneficios fáciles, es por ello que la valorización de la ética de los negocios puede comprenderse como una reacción del auge de las prácticas *malsanas* del *business* y contra un individualismo sin freno, orientado hacia la especulación desmedida. Por esta razón fueron incorporados los deontólogos a las grandes empresas, para tener a su cargo la transparencia de los mercados, hacer respetar las reglas del buen comportamiento profesional, evitar las sanciones económicas y penales, entre otras.

La promoción de la ética de los negocios constituye una operación destinada a “redorar el blasón de las empresas ante el Estado [...], supone un buen medio de cuidar la propia imagen ante las colectividades territoriales, las ciudades y las regiones [...], mayores probabilidades de asegurar la lealtad de los clientes y de ganar nuevos contratos, poniéndose de modo visible al servicio de la colectividad – de este modo –, las empresas recrean un sistema de legitimidad social”¹⁰¹. La ética de los negocios no constituye en modo alguno una moral desinteresada, sino que supone un instrumento nuevo de valorización de la empresa en el mercado. Tal parece, que la solidaridad, la ética, la ecología y la empresa tienen en esta época un papel de adhesión “la empresa ciudadana y el mecenazgo de solidaridad, pueden contribuir, a crear una imagen humana de la empresa ante los asalariados, favorecer un clima de confianza, un sentimiento de orgullo, un elemento de motivación”¹⁰², es decir, la ética es buena para los negocios, aquellas compañías que la toman en serio, “van a resultar más rentables”¹⁰³.

99 LIPOVETSKY, Gilles, *Metamorfosis de la cultura liberal. Ética, medios de comunicación, empresa*, Traducción de Rosa Alapont, Anagrama, Barcelona, 2002, Pp. 62-63.

100 *Ídem*

101 *Ibidem*, p. 67.

102 *Ibidem*, p. 72

103 SEGURA, ETXEZARRAGA, Joseba, *¿Ética en los negocios?*, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 1996, p. 37.

La moral se ha transformado en medio económico, “virtudes y valores son instrumentalizados al servicio de la empresa, no hay retorno o renacimiento de la moral, sino funcionalismo utilitarista de los ideales”¹⁰⁴.

4. La responsabilidad social en la empresa

La responsabilidad implica aceptar, asumir, afrontar, así el empresario, el directivo o el trabajador, sólo pueden responder de los actos sobre los cuales tienen dominio. La concepción de la *empresa socialmente responsable (ESR)*, es producto de controvertido debate, está muy lejos de ser aceptado ampliamente, pretende suscitar “sensibilidad hacia los costes sociales de la actividad económica”, asumir a nivel operacional un grado de compromiso mayor del que la ley y la costumbre imponen”¹⁰⁵. Desde esta perspectiva la empresa ha de cumplir funciones y claras responsabilidades sociales, tales como tomar decisiones morales.

Al alborear el nuevo milenio a iniciativa del Secretario de Naciones Unidas Kofi Annan, fue creada *Global Compact*, cuya oficina busca que las empresas se comprometan a encauzar sus estrategias y operaciones, de manera que esta iniciativa ciudadana constituya un Pacto Mundial, a través del cual se legitime socialmente al negocio y los mercados. Las empresas adherentes comparten la convicción de que los principios universales éticos, contribuyen a un comercio global estable, equitativo e incluyente capaz de fomentar sociedades más prósperas.

Temas como; la corrupción, la explotación, la inequidad y la discriminación, de acuerdo a esta nueva perspectiva empresarial, son el freno para la innovación y la sustentabilidad.

El *Pacto Mundial sobre Responsabilidad Social Corporativa* consta de diez principios divididos en cuatro áreas temáticas: derechos humanos basados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, laboral, inspirada en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo sobre Principios Fundamentales y Derechos Laborales, medio ambiente, tomando como referencia la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y por último, corrupción, con base en la convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁰⁶.

104 LIPOVETSKY, Gilles, *Metamorfosis de la cultura liberal. Ética, medios de comunicación, empresa*, Op. Cit., p. 74.

105 SEGURA, ETXEZARRAGA, Joseba, *¿Ética en los negocios?*, Op. Cit., Pp. 47-48.

106 Los diez principios del Pacto Mundial sobre Responsabilidad Social Corporativa:
DERECHOS HUMANOS

Principio 1: Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados en el ámbito internacional;

El *Pacto Mundial* es una iniciativa voluntaria que incorpora fundamentos para la gestión, estrategia y cultura en las actividades empresariales.

5. Epílogo

Las empresas no son organizaciones filantrópicas o caritativas, salvo que exista alguna destinada a tales fines. Su objetivo consiste en ser eficaz en el orden económico, crear riqueza y bienes útiles para los hombres, obtener ganancias a fin de poder innovar, no se puede exigir a una empresa que sea altruista y por ejemplo, contrate personal con el pretexto de combatir el desempleo. Por otra parte, la ética no prescribe el empleo vitalicio en la misma empresa, tampoco exige una renta de estabilidad eterna en las empresas. En el mundo empresarial la solidaridad y la ausencia de despidos no pueden ser imperativos categóricos. La misión de la empresa consiste ante todo en crear riqueza, bienes económicos y servicios, asegurar su productividad y competitividad a fin de no ver amenazada su existencia en el futuro. El objetivo de la organización no es hacer el bien moral por doquier y en todo momento. La moral si obliga al respeto de las personas, la protección de la vida y el respeto a la dignidad humana, también exige, incondicionalmente, que se comercialicen productos que garanticen estándares de calidad en todos los sentidos. En el terreno ético no existe ninguna duda entre la vida y las ganancias, es la vida quien tiene la prioridad.

El empresario debe asumir la responsabilidad que vele por el respeto de los principios admitidos por la dirección. Fatal resulta el error que descuida la dimensión humana. En materia de ética en los negocios, tan sólo exigimos el respeto de los principios más elevados del humanismo moral.

Principio 2: Las empresas deben asegurarse de no ser cómplices en abusos a los derechos humanos.

NORMAS LABORALES

Principio 3: Las empresas deben respetar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;

Principio 4: Las empresas deben eliminar todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;

Principio 5: Las empresas deben abolir de forma efectiva el trabajo infantil;

Principio 6: Las empresas deben eliminar la discriminación con respecto al empleo y la ocupación.

MEDIO AMBIENTE

Principio 7: Las empresas deben apoyar los métodos preventivos con respecto a problemas ambientales;

Principio 8: Las empresas deben adoptar iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental;

Principio 9: Las empresas deben fomentar el desarrollo y la difusión de tecnologías inofensivas para el medio ambiente.

LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Principio 10: Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluyendo la extorsión y el soborno.

Fuentes de información

- ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo, *Curso de derecho del trabajo*, 4ª edición, Ediciones Gráficas Rey, Barcelona, 1999.
- ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, 20ª edición, Civitas, Madrid, 2002.
- ARANGUREN, José Luis, *Ética*, Altaya, Barcelona, 1994.
- _____, *La ética de Ortega*, Taurus Ediciones, Madrid, 1958.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*. Versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, 2ª edición, Porrúa, México, 1969.
- BLASCO LAHOZ, José Francisco, *Sujetos incluidos en el régimen especial de trabajadores autónomos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1996.
- CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Traducción del italiano por Francisco Javier Osset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- CORTINA, Adela, *Ética de la empresa. Claves para una cultura empresarial*, 3ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 1998.
- DE BUEN LOZANO, Néstor, *Derecho del Trabajo*, T. I, 9ª edición, Porrúa, México, 1994.
- _____, *Derecho del trabajo*, T. II, 10ª edición, Porrúa, México, 1994.
- DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, T. I, 6ª edición, Porrúa, México, 1980.
- _____, *Nuevo derecho mexicano del trabajo*, T. II, México, Porrúa, 1979.
- DE VALTENA, Ángel Luis, *El trabajo de alta dirección. Caracteres y régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 2002.
- DIÉGUEZ, Gonzalo, *Derecho del trabajo*, Marcial Pons-Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 1999.
- DIEZ-PICAZO, Luis María, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona.
- DURAND, Paúl y R. JOUSSAUD, *Traité de droit du travail*, T. I, Dalloz, París, 1947.
- ERMIDA URIARTE, Oscar y Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, "Crítica de la subordinación" en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Núm 116, Madrid, Civitas, marzo-abril, 2003.
- FONTRODONA FELIP, Joan, et. al., *La ética de la empresa en la encrucijada*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2010.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo *Ética*, 27ª edición, Porrúa, México, 1990.
- GARCÍA NINET, Ignacio, *Derecho del trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2001.

- GOERLICH PESET, José María, *et. al.*, *Trabajo autónomo: nueva regulación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2007.
- _____, y Ángel BLASCO PELLICER, *Estatuto del Trabajo Autónomo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2007.
- GÓMEZ CABALLERO, Pedro, *Los trabajadores autónomos y la seguridad social: Campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000. (Colección laboral No. 101).
- GRISOLIA, Julio Armando, *Derecho del Trabajo y de la seguridad social*, 8ª ed., Lexis Nexis, DePalma, Buenos Aires, 2003.
- _____, *Derecho del trabajo y la seguridad social*, 8ª edición, editorial Depalma, Buenos Aires, 2003.
- IGLESIAS, Juan, *Iter iuris*, Marcial, Pons Madrid, 2002.
- KRAUSE, Martin, *Por el ojo de una aguja. Ética, negocios y dinero en el mundo de hoy*, Aguilar, Buenos Aires, 2007.
- León XIII, *Encíclica Rerum Novarum*, 21ª edición, Ediciones Paulinas, México, 2010.
- LIPOVETSKY, Gilles, *Metamorfosis de la cultura liberal. Ética, medios de comunicación, empresa*, Traducción de Rosa Alapont, Anagrama, Barcelona, 2002.
- LÓPEZ FRÍAS, Francisco, *Ética y política en torno al pensamiento de J. Ortega y Gasset*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, (s.e.), 1985.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, *et. al.*, *Derecho del trabajo*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2000.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 22ª edición, Tecnos, Madrid, 2001.
- _____, *El poder de dirección del empresario*, Estudios de trabajo y previsión, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.
- ORTEGA Y GASSET, *Meditación de Europa*, Madrid, (s.e.), 1960.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 11ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica" en *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Año XXI, Número 10, Madrid, 2005.
- RECASÉNS-SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 14ª edición, Porrúa, México, 1999.
- Real Academia Española, *Diccionario manual e ilustrado de la Lengua Española*, 4ª edición revisada, Espasa-Calpe, Madrid, 1989.

- SANTOS AZUELA, Héctor, *Elementos de derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1994.
- SEGURA, ETXEZARRAGA, Joseba, *¿Ética en los negocios?*, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 1996.
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Quinta época, cuarta sala, CXXXII, pag. 443. Amparo directo 3534/55 Eduardo Mendoza Hernández, 21 de junio de 1957.
- SETTON, Alain, *Ganarse la vida sin perder el alma*, Trad. Luis Manuel de la Encina, Ediciones Mensajero, Bilbao, 2008.
- SUPIOT, Alain, *Crítica del derecho del trabajo*, Trad. José Luis Gil y Gil, MTAS, Madrid, 1996.
- _____, *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo. Informe para la Comisión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999.
- VIDA SORIA, José, *et. al*, *Manual de derecho del trabajo*, Editorial Comares, Granada, 2005.
- VON GIERKE, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*, Trad. Germán Barreiro González, Civitas, Madrid, 1982.

La licenciatura en derecho de la Universidad Veracruzana y la implantación de los juicios orales*¹

Salvador Martínez y Martínez **

*“La ciencia sólo puede darse cuando se desvincula de la inmediatez de la vivencia, y no sólo de la vivencia ligada a la conciencia, sino de la vivencia y de la experiencia en general. El lazo con lo inmediato se opone a cualquier tentativa de aferrar lo que es común”*JAN M. BROEKMAN

RESUMEN: La cuestión es acerca del Programa de Derecho y su relación con la implantación de los juicios orales. El punto de partida es una experiencia de estudio. El lugar es la Universidad Veracruzana. El tiempo es 1967-1971. Se describen las dificultades del aprendizaje del derecho y se reflexiona sobre su impacto en las profesiones jurídicas. Las mismas dificultades se observan en la implantación de los juicios orales. Enfáticamente: la implantación de los juicios orales necesita jueces y profesores sabios.

Palabras Clave: Aprendizaje, derecho y juicio.

ABSTRACT: The question is about the Program in Law and its relations to the implementation of oral trials. The starting point is a study experience. The place is the Universidad Veracruzana. The time is 1967-1971. We describe the difficulties of learning the law and its impact on the legal profession. The same difficulties are observed in the implementation of oral judgments. Emphatically: the implementation of oral trials need wise judges and wise teachers.

Key Words: Learning, law and judgment.

SUMARIO: Introducción. 1. El orden de los elementos del aprendizaje. 2. Reflexión desde la enseñanza. 3. La implantación de los juicios orales. 4. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

El tema es la relación entre un Programa determinado de Licenciatura en Derecho —el de la Universidad Veracruzana— y la *implantación* de los juicios orales den-

* Artículo recibido el 31 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 26 de marzo de 2013.

** Doctor en Derecho y Secretario Técnico para la Implantación del Sistema de Justicia Penal en Veracruz.

1 Se distingue entre el tema “juicios orales” e “implantación de los juicios orales”.

tro de una Entidad Federativa de la Federación mexicana, que es Veracruz de Ignacio de la Llave. Quien espere que en este comunicado se trate el tema de los juicios orales sufrirá una decepción. Por otra parte, sería ilusorio que en el corto plazo y en pocas cuartillas se efectuara un estudio sobre el desarrollo referente a la doctrina mexicana y extranjera sobre la enseñanza de los juicios orales. Lo que sí se refiere es la bibliografía empleada para este artículo y nada más.²

El punto principal es la apuesta que algunos hacen a un cambio generacional para bien lograr dicha implantación. El acontecimiento observado es que un Sistema de Justicia Penal nuevo emerge en México a partir de la Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (2008). Ante esta emergencia, y bajo la consideración de que la Universidad participa del poder punitivo, aun cuando sea una agencia cuyas funciones son más amplias que aquellas exclusivamente penales. Así, la Universidad se presenta como una agencia de reproducción ideológica en la perspectiva del sistema penal³, pero sea eso u otra cosa, lo cierto es que no puede escabullirse a los movimientos institucionales, acomodados y reacomodados, que indujo la Reforma constitucional.

¿La Universidad Veracruzana necesita modificar el Programa de la Licenciatura en Derecho, cuya responsabilidad recae sobre su Facultad de Derecho, para que pueda estar a tono con el Sistema de Justicia Penal nuevo? Se ha dicho que no son pocos aquellos que consideran que el éxito de los juicios orales radica en un relevo generacional. La finalidad última de este artículo, aquella que podría otorgarle algún valor, consiste en apreciar la necesidad y el sentido del cambio a dicho Programa. La estrategia que sigue el escrito consiste ¿como punto de arranque? en contemplar los años de aprendizaje en la licenciatura⁴ y, después, se agrega una reflexión.

La experiencia de la licenciatura en derecho dentro de la Universidad Veracruzana comprendió de 1967 a 1971. Es una vivencia del aprendizaje elemental del derecho que, por estar muy lejana, apenas se puede distinguir. No obstante, esa vivencia experimentada o experiencia vivida es el acontecimiento que se mira con atención en el presente artículo, pero no con el sólo afán de traerlo a la memoria sino para pensarlo, esto es, se le observa para pesar sus pros y sus contras. O, con mayor propiedad, quizás la contemplación se efectúe para com-

2 Quien tenga interés en conocer el tema de los “juicios orales” y profundizar en la cuestión de su enseñanza, puede acudir a la bibliografía recomendada en la página de la SETEC: http://www.setec.gob.mx/es/SETEC/Bibliografia_Recomendada

3 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 9.

4 GADAMER, Hans Georg, *Mis años de aprendizaje*, Herder, Barcelona, España, 1995.

prender, interpretar y aplicar la experiencia vivida o la vivencia experimentada al día de hoy, esto es, hacerla relativa al tiempo presente.

La pregunta surge dentro del raudal de recuerdos, ¿Existió algún aprendizaje del derecho, por elemental que éste haya sido? Una primera respuesta, inaceptable por cierto, es que la memoria muestra solamente un alumno-espectador y no un sujeto del aprendizaje. Pero, la memoria es mucho más que la capacidad de reconstruir la información de un mensaje en ausencia de éste. La memoria es mucho más que eso. “En realidad, la memoria lo es todo, porque es aquello que me constituye, aquello por lo cual yo soy yo, la trama que unifica mi vida y le da consistencia”⁵. Si al estudiante de leyes se le acusa de memorista no es grave la cosa.

El objetivo general del presente artículo es pensar los pros y los contras de una experiencia de aprendizaje elemental del derecho. Los objetivos específicos son: a) ordenar los elementos de ese aprendizaje; b) reflexionar sobre tales elementos desde el enfoque de la enseñanza; c) emitir un juicio de valor sobre el Programa de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Veracruzana y respecto de la implantación de los juicios orales en Veracruz. En cualquier situación algo se aprende. Por lo tanto, el aprendizaje existió dentro de la Licenciatura en Derecho, la cuestión es saber si se logró aquel aprendizaje que intencionalmente quería conseguir en aquellos años. El tema de la presente exposición, aunque en germen, aparece anunciado en un escrito anterior⁶.

Se hace una sola advertencia y se toman prestadas las palabras de Guillermo Michel para expresarla:

Considero necesario reiterar, sin embargo, que todo arte, pero más todavía este arte hermenéutico, refleja –en sentido analógico? el Rostro de quien lo produce. Así, por ejemplo, un pintor plasma (como en un espejo) su personalidad, sus inquietudes, su angustia existencial, su modo de *ser-en-el-mundo*, sobre la tela que absorbe los diferentes colores, las diferentes formas que la mano diestra (o siniestra) va trazando rasgo a rasgo.⁷

Coloquialmente: “Cada quien habla de la feria según le va en ella”. Paradójicamente, el único respaldo para tener el atrevimiento de emitir un parecer respecto al *aprendizaje* del derecho, es una trayectoria en la *docencia* jurídica durante un tramo vital de más de cuarenta años, la mayor parte de ellos en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

5 CABODEVILLA, José María, *La memoria es un árbol*, Ediciones Paulinas, Madrid, 1993, p. 10.

6 MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, Salvador, *Prólogo al MEIF en la Facultad de Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México, 2009, Pp. 107 y ss.

7 MICHEL, Guillermo, *Entrelazos. Hermenéutica existencial y liberación*, UAM, México, 2001, p. 49.

1. El orden de los elementos del aprendizaje

En México y en 1967 se vivía una época de expectación. La espera de los mexicanos, más curiosa que tensa, era por *las Olimpiadas*. Pero, antes que la justa deportiva, lo que llegó fue *el Movimiento Estudiantil de 1968*, y entonces la espera se hizo mucho más tensa que curiosa. El objetivo sufrió una radical metamorfosis, pues ahora lo que se esperaba era el desenlace de aquella gesta estudiantil. Si se hubiera sabido que se iba al encuentro de una resolución represiva, entonces la espera se hubiese transformado en temor. La represión y el temor llegaron juntos a Xalapa, Veracruz (México), un 27 de septiembre de 1968. Fue una de las antelas del 2 de octubre en la ciudad de México... que no se olvida.

Se presentaron dos referencias importantes, *las Olimpiadas* y *el Movimiento Estudiantil de 1968*, pero la situación histórica no es propiamente un elemento del aprendizaje del derecho, ella es el contexto circunstancial. Esto es, se trata del conjunto de lo que está en torno al alumno; en el caso particular, es el mundo en cuanto mundo de un espectador. No obstante, *el Movimiento Estudiantil de 1968* es esa situación histórica –hoy se sabe? en la cual se aprendió mucho acerca del derecho, pues la certeza jurídica puede caracterizarse incluso como una expectativa primaria de los miembros de la sociedad: certeza jurídica significa negación de la arbitrariedad. El 68 marca el comienzo de la búsqueda de certeza jurídica o, lo que es igual, de un medio para erradicar la arbitrariedad.

Los elementos del aprendizaje, propiamente dichos, fueron la clase, las actividades extra-clase (no necesariamente académicas), el estudio privado y la ejemplaridad. En este orden serán examinados. Podría decirse que la estrategia consiste en avanzar de la superficie al fondo de las cosas. Quizá otro sujeto prefiera un orden distinto, tal vez tenga el deseo de aumentar otro u otros elementos, pero este escrito se sujetará a los expuestos.

La clase.– Su realidad se puede pensar desde dos ángulos, los cuales son expuestos por el binomio *enseñanza-aprendizaje*. Uno es el enfoque del profesor que permite distinguir el punto de vista de la *enseñanza*; otro es el enfoque del alumno que hace posible diferenciar el punto de vista del *aprendizaje*. Como es obvio se recuerdan y se quieren pensar los años de *aprendizaje* en la licenciatura en derecho. Probablemente se dejará entrever la perspectiva de los profesores de aquellos años, pero no es ese el propósito⁸.

8 FIX ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, Docencia e Investigación Jurídica*, Editorial Porrúa S. A., México, 2004, p. 46.

Los entendidos dicen que la clase permite aprovechar la madurez y la experiencia de los diversos profesores, aclarar dudas y oscuridades a medida que se presentan y, sobre todo, adquirir una vista sistemática y armónica de la materia estudiada. La clase, para que sea eficaz, implica comunicación entre el profesor y los alumnos⁹.

Ante los ojos del estudiante, los profesores desfilaban a través de las horas del día, ofreciendo un coctel de los más diversos discursos y conferencias, pero todos con un denominador común desde este ángulo visual: el derecho es un conjunto de normas generales o particulares emanadas de órganos del Estado creados para tal efecto (Un conjunto de soluciones a problemas jamás planteados). A los profesores se les veía con respeto, pero como meros informantes, pues no es igual *información* que *comunicación*. "[...] hay que recordar que no puede haber comunicación con grupos demasiado grandes ni con grupos demasiado heterogéneos"¹⁰. La clase de los profesores serios se tornaba pesada, aburrida, y de los *chistosos* mejor ni hablar.

Las prescripciones permiten asomarse a lo que podría ser el objeto de una descripción. Las siguientes prescripciones, por contraste, muestran lo que en realidad sucedía:

Una clase no debe ser ni una conferencia ni un discurso. La conferencia es un monólogo en el cual alguien desarrolla un tema. El conferencista para que su desarrollo sea más profundo o más elegante, puede darse el lujo de ignorar parte de su auditorio; lo que nunca debe permitirse un maestro en clase. El discurso tiende a convencer, a arrastrar a un determinado punto de vista, y para ello se sirve de recursos oratorios que pueden dirigirse a los sentimientos más que a la razón; en cambio el maestro en su clase siempre debe dirigirse a la inteligencia de sus alumnos y nunca debe jugar con sus afectos, ya que ello los apartaría de un planteamiento científico. Claro está: esto no implica que el maestro no pueda exponer con entusiasmo y elocuencia temas en los que él se sienta inspirado.¹¹

Las clases eran conferencias o discursos. El aula, un pequeño auditorio. Aunque en aquellos años todavía no ocurría la explosión demográfica en la Universidad Veracruzana el aula era un auditorio atestado. La vivencia experimentada fue la de un amontonamiento de alumnos de cara a una perorata o un dictado no menos molesto. Por supuesto que existían las excepciones y de ellas se hablará más adelante.

9 VILLORO TORANZO, Miguel, *Metodología del Trabajo jurídico, Técnicas del Seminario de Derecho*, Limusa Noriega Editoriales y Universidad Iberoamericana, México, 1992, p. 25.

10 *Ibidem*, p. 26.

11 *Ídem*.

Las actividades extra-clase (no necesariamente académicas).- En aquellos años se sentían las dolorosas mordeduras de la conciencia, pues mucho del tiempo estudiantil se pasaba en “el café”. Se podría decir que se perdía el tiempo y “El tiempo perdido –reza el refrán? los santos lo lloran”. Al salir de las clases de la mañana o de la tarde o de ambas, algunos alumnos se trasladaban al *Escorial* o al *Terraza Jardín* (ninguno de los dos cafés existe ya en la ciudad de Xalapa) para establecer momentos de convivencia.

¿En verdad era tiempo perdido? Frente a una taza de café, la pasividad mostrada en clase se convertía en una locuaz actividad verbal y, como es fácil suponer, el tema cotidiano era la clase. Se discutían los temas, se criticaba a los profesores y, sobre todo, se aprendían no las normas jurídicas sino *un saber sobre ellas*, aunque fuera de una manera desordenada. A veces, esto sucedía en la cafetería de la escuela (había una cafetería) y, en ocasiones, con la compañía de algún maestro. Las discusiones duraban horas cada día, todos los días.

Una tentación crece a cada instante, la de decir que quienes perdieron miserablemente su tiempo fueron aquellos que asistían a regalar sus servicios al despacho de un abogado o como “meritorios” en algún tribunal o notaría, pero... podría cometerse una injusticia. La procedencia de esta salida es que ellos causaban la impresión de conformarse con un estado de cosas (= reducirse, sujetarse voluntariamente a hacer o sufrir algo por lo cual se siente alguna repugnancia) y cada uno se convertía en sabiondo (= que presume de sabio sin serlo). Si acaso lo que aprendían era un poco de técnica jurídica, cuando no simplemente algunas “talachas” para los abogados, jueces o notarios. Es posible que aprendieran únicamente *malas-prácticas*.

El estudio privado.- Éste era un acontecimiento primero anual, más tarde semestral, pues ocurría solamente durante la preparación de los exámenes (el periodo de exámenes era prolongado, una prueba cada semana, por lo menos). Es posible que existiera algún alumno habituado al estudio, pero, si tal cosa se dio, esto no era lo común sino algo excepcional. El estudio privado es el mejor instrumento para lograr el aprendizaje significativo.

El aprendizaje significativo es el que tiene sentido en la vida de una persona; es la asimilación de elementos captados como algo relacionado en forma personal con el sujeto que aprende. El aprendizaje significativo es asimilación con sentido. Lo contrario del aprendizaje significativo es, por ejemplo, la memorización provisional de un conjunto de datos, cuya relación con la vida personal del estudiante parece nula, y que tampoco parece coherente con otros conocimientos básicos.¹²

12 *Ibidem*, p. 32.

Los medios del estudio privado son los libros de textos o escolares, los códigos o leyes, las notas o apuntes, y los resúmenes. Los libros de texto (= libros preparados exprofeso para una materia) no eran obligatorios en todos los cursos, pero sí en la mayoría. Los libros escolares (= libros relacionados con los temas de estudio) solían ser recomendados, pero su lectura no era exigida. Los códigos y leyes eran de *memorización* obligatoria. Los apuntes fueron de importancia suprema y provocaban alerta máxima. El estudiante, cual sabueso, rastreaba para averiguar quién tenía los mejores apuntes (que nadie se ofenda el verbo “perrear” formaba parte de la jerga estudiantil de la época, sin un concepto significado preciso, tenía alguna denotación y diversas connotaciones). Los apuntes mejores eran aquellos breves y adecuados a lo que había dicho el profesor y no tanto lo que decía el libro de texto.

El condicionamiento económico, que con frecuencia no le permitió al alumno comprar siquiera los libros de texto, tampoco permitió tener el tiempo y el lugar adecuado para el estudio privado. Sin embargo, existía un lugar, la *Biblioteca Central* de la Universidad Veracruzana. Dentro de ella, había un lugar “privado” por poco concurrido y propicio para el estudio: la hemeroteca. Allí se conoció y se tuvo acceso a la *Revista Jurídica Veracruzana*, órgano de difusión del Tribunal Superior de Justicia de Veracruz; y la revista *Criminalia*, órgano de difusión de la Academia Nacional de Ciencias Penales.

La ejemplaridad.- Esta palabra alude a la *cualidad de ejemplar* y la voz “ejemplar” se refiere aquí a alguien que da buen ejemplo y, como tal, es digno de ser propuesto como modelo. Sin rodeos, los estudiantes de la época coincidían en que dentro de la licenciatura en derecho no había vidas ejemplares. Cuando alguno se deshacía en elogios sobre alguien hasta convertirlo en ídolo, otro se encargaba de mostrarle los pies de barro.

No se discutirá esa coincidencia, pero habrá que distinguir los destellos (= resplandor vivo y efímero, ráfaga de luz, que se enciende y amengua o apaga casi instantáneamente). En la escuela no prevalecían los *profesores de carrera* sino los profesores por horas, ya en aquellos años se les llamaban “profesores ordinarios”. Lo verdaderamente importante es que ellos pertenecían a las distintas profesiones jurídicas: jueces, agentes del Ministerio Público, abogados, notarios y administradores públicos. Los investigadores académicos de profesión brillaban por su ausencia (se quiere notar que sí había quienes hacían investigación académica por su propia cuenta). Pero, salvo este último caso, de cada profesión jurídica se tenía, por lo menos, *un ejemplar* a la vista. No era extraño, que el

Presidente del Tribunal Superior de Justicia o el Procurador General de Justicia impartiera clases, haciendo acto de presencia en la Facultad de Derecho.

Es difícil señalar bajo qué criterios se hacía esto, pero los alumnos calificaban quiénes eran los mejores, aunque en esta selección no hubiera coincidencia, y esto en dos sentidos: los mejores en una profesión jurídica específica (incluyendo en este caso la docencia) y las mejores personas. De estos últimos se aprendían los *consejos de la sabiduría* y de aquellos se buscaba su *testimonio* también para aprenderlo. De alguna manera era posible hacer una lectura sobre la vida y obra de los profesores y siempre se quería ser como algunos de ellos. Destacaban aquellos maestros que tenían dominio de sí y que eran señores de su propio destino.

2. Reflexión desde la enseñanza

El motivo conductor de este apartado es una solicitud hecha por *alumnos de estos tiempos* de la Licenciatura en Derecho, sus palabras fueron las siguientes: “Nos puede compartir una experiencia sobre su etapa de alumno y una como maestro”¹³. El cuestionario que guía la reflexión también fue elaborado por *alumnos de hoy* y constituye un conducto excelente para hacer relativa al tiempo presente la vivencia experimentada o la experiencia vivida durante la licenciatura en derecho:

- ¿Dónde nace su interés por el derecho penal?,
- ¿Cómo valora la evolución de la Facultad de Derecho en los últimos 20 años?,
- ¿Cuáles considera que son los principales retos a los que debe enfrentarse la Facultad de Derecho?
- Tenemos conocimiento de que usted escribió un libro sobre el nuevo modelo educativo ¿Cómo cree que se ha implementado este modelo aquí en la Facultad de Derecho?

Se puso énfasis en el hecho de que las preguntas son hodiernas. Se creía sinceramente que el interés por el derecho penal había nacido al estudiar las ciencias penales, lo cual conlleva una verdad, pero existe una fuente de origen más profunda, la búsqueda de un remedio para la arbitrariedad que arranca en 1968.

13 MUÑOZ DELGADO, Martha Patricia y Teresa de J. PUCHETA PINTO, “Charlando con...”, *CARPE DIEM: Boletín del Voluntariado Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana*, Año 2, Núm. 5, Xalapa, Veracruz, México, 2010, Pp. 15-17.

En materia penal, el hallazgo ocurrió: el *proceso penal acusatorio y oral* se presenta como la enmienda constitucional de 2008 que le planta cara a la arbitrariedad. La *responsabilidad* cambia totalmente su sentido. Desde la perspectiva constitucional, no es el imputado/acusado el responsable, sino el órgano jurisdiccional el que debe responder ante éste y ante una audiencia universal, dando cuenta de su actitud respecto del poder punitivo. “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;” (Constitución Política de México, Artículo 20, Apartado A, fracción I).¹⁴

Sobre la Facultad de Derecho, cuya principal manifestación ha sido y es la Licenciatura en Derecho (aun cuando haya incursiones en los postgrados), habría que emitir un juicio de valor que comprendiera los últimos 40 años y sólo se atina a decir que su evolución no es mecánica, lineal ascendente, sino que se han dado involuciones, pero finalmente también sufre un golpe de timón en 2008, cuando la Honorable Junta Académica aprueba el *Modelo Educativo Integral y Flexible* (MEIF), al modificar su Plan de Estudios. Este *Nuevo Modelo Educativo* (NME) se había propuesto desde 1997.

En la Facultad de Derecho, el MEIF se aprobó formalmente el 24 de julio de 2008. El problema actual estriba en que su esencia no se termina de aceptar cabalmente (el problema no es meramente una cuestión de horarios para los alumnos, como algunos pretenden). Con honrosas excepciones, los profesores de hoy, como los de ayer, se empeñan en ser *los protagonistas*, impidiendo que el proceso educativo se centre en el aprendizaje de los alumnos. Los profesores volverán a ser los protagonistas cuando renuncien a serlo.

El profesor presta únicamente un servicio exterior al alumno, la luz interior del entendimiento es la causa principal del saber. El proceso auténtico de la enseñanza está, debe estar, centrado en el aprendizaje, ya que el profesor por la enseñanza mueve al alumno para que él, por su propio entendimiento, construya el saber por cuenta propia. En el proceso de aprendizaje se exige una propuesta de enseñanza, ya que el alumno no es, no puede ser profesor de sí mismo.

El MEIF exige que la distancia entre el profesor y el alumno se reduzca, que ambos se aproximen para facilitar la comunicación, pero de ningún modo que la distinción se suprima. Esto es, también la responsabilidad cambia totalmente

14 Es cierto, como oportunamente señaló Sergio García Ramírez, que la Reforma Penal de 2008 es como un agua cristalina pero envenenada, pero otras Reformas Constitucionales, aquellas que se hicieron en materia de Derechos Humanos y Juicio de Amparo, publicadas en junio de 2011, trajeron consigo el antídoto.

de sentido. No es el alumno quien debe responder de su aprendizaje sino el profesor es quien debe dar cuenta de su enseñanza ante el alumno y ante la población. Dentro del MEIF se podría suscitar un malentendido y considerar que, al estar centrado en el aprendizaje, el alumno es el responsable absoluto del mismo. Algunos profesores (que por irresponsables no se sabe si todavía merecen este nombre) le cargan al alumno todo su trabajo y convierten su actividad docente en una cómoda holgazanería universitaria.

No obstante, es necesario insistir el problema de fondo no se agota en una cuestión de erudición sino de sabiduría. “La misión del sabio no consiste en formular sistemas globales de carácter político, religioso o cultural, sino que limita su misión a ofrecer soluciones puntuales y enmarcadas en un aquí y ahora muy concreto a quienes acuden a él para solucionar sus problemas”¹⁵. El reto principal para la Licenciatura en Derecho es que los conocimientos elementales para otorgar una licencia “para patrocinar litigios” (= Cédula Profesional) sea también un terreno propicio para que surjan hombres y mujeres sabios.

De modo similar, el *Sistema de Justicia Penal* exige jueces sabios. Antes de juzgar, se desarrolla una actividad por parte del juez y por parte de quienes solicitan el juicio, que está reglada en la ley (*proceso*). El proceso, en última instancia, es una serie o sucesión de actos que se desarrollan en el tiempo y que culminan con el acto final de *respuesta* por parte del órgano jurisdiccional a las aspiraciones de tutela jurídica del ciudadano.¹⁶

3. La implantación de los juicios orales

La Universidad Veracruzana no necesita modificar el *Programa de la Licenciatura en Derecho*, cuya responsabilidad recae sobre su Facultad de Derecho, para que pueda estar a tono con el *Sistema de Justicia Penal* nuevo. Es muy pronto. El *Programa* solamente necesita radicalizarse: que los profesores, símbolo de la autoridad universitaria, cedan el *protagonismo* a los alumnos, pero conservando su talante de maestros, como algunos responsablemente lo están haciendo.

Por años la Licenciatura en Derecho se basa en un conocimiento informativo y superficial de las normas jurídicas, con muy poco espíritu crítico y escasa capacidad de análisis jurídico. La suerte de los juicios orales aún no se puede poner en manos de un relevo generacional, tampoco en un “cambio de chip” (= cambio de ideas), sino en una transformación a la sabiduría, en los términos ex-

15 DUTCH, Lluís, *Estaciones del Laberinto, Ensayos de Antropología*, Herder, Barcelona, España, 2004.

16 Cf. CORDÓN, Faustino, *Introducción al Derecho Procesal*, EUNSA, Pamplona, España, 1965, p. 18.

puestos, que posibilite dinamitar la cultura inquisitiva destilada por un proceso penal colonial (= imperial), que tiene más de quinientos años de existencia.

No se olvide que de las facultades de derecho egresan los hombres que, de un modo u otro, van a dirigir los controles sociales, sea preparando fórmulas legales, o por su acción directa. Los criminólogos y penalistas tradicionales admiten como verdad indiscutible que esos controles sociales, sobre todo los oficiales actúan con neutralidad. Estas doctrinas tradicionales y clásicas se repiten todavía tanto que ciertas gentes bienintencionadas no llegan a pensar de otra manera y se rasgan las vestiduras ante todo lo nuevo.

4. Conclusión

Todo el artículo se debe interpretar en el sentido de que se está de acuerdo con que lo más urgente en la implantación del Sistema de Justicia Penal es rescatar el valor político del juicio oral es el centro del proceso penal acusatorio y que la implantación de los juicios orales necesita jueces y profesores sabios.

Bibliografía

- BÖHMER, Martín F., *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Gedisa, Barcelona, España, 1999.
- CABODEVILLA, José María, *La memoria es un árbol*, Ediciones Paulinas, Madrid, 1993.
- CORDÓN, Faustino, *Introducción al Derecho Procesal*, EUNSA, Pamplona, España, 1965.
- DUTCH, Lluís, *Estaciones del Laberinto, Ensayos de Antropología*, Herder, Barcelona, España, 2004.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, Docencia e Investigación Jurídica*, Editorial Porrúa S. A., México, 2004.
- GADAMER, Hans Georg, *Mis años de aprendizaje*, Herder, Barcelona, España, 1995.
- MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, Salvador, *Prólogo al MEIF en la Facultad de Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México, 2009.
- MICHEL, Guillermo, *Entrelazos. Hermenéutica existencial y liberación*, UAM, México, 2001.
- MUÑOZ DELGADO, Martha Patricia y Teresa de J. PUCHETA PINTO, "Charlando con...", *CARPE DIEM: Boletín del Voluntariado Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana*, Año 2, Núm. 5, Xalapa, Veracruz, México.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *Los abogados de América Latina. Una Introducción Histórica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2004.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Metodología del Trabajo jurídico, Técnicas del Seminario de Derecho*, Limusa Noriega Editoriales y Universidad Iberoamericana, México, 1992.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2005.

Dos aproximaciones a Ronald Myles Dworkin *

Arnaldo Platas Martínez **

RESUMEN: El artículo es un acercamiento a las influencias y críticas al pensamiento de la obra de Ronald Dworkin. En consecuencia, son dos temas los que refiere el presente ensayo. En primer lugar, las influencias que recibe el autor a lo largo de su obra política y jurídica, y en segundo lugar, se intenta explicar las críticas en contra del positivismo jurídico, que desde la perspectiva del autor norteamericano perjudicó a todas las instituciones del derecho moderno.

Palabras Clave: Filosofía Política, Ciencia del Derecho, Ética, Epistemología Jurídica y Filosofía del Derecho.

ABSTRACT: The paper is an approach to the influences and critical thinking of the work of Ronald Dworkin. Consequently, two issues which are referred to in this essay. First of all the factors that influence the author throughout his political and legal mind, and secondly attempts to explain the criticisms against legal positivism, that from the perspective of American author hurt all institutions of modern law.

Key Words: Political Philosophy, Science of Law, Ethics, Legal Epistemology and Philosophy of Law.

SUMARIO: Introducción. 1. El acercamiento influencias. 2. Las influencias. 3. Dimensiones críticas. 4. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

Con la muerte de Ronald Dworkin la Filosofía del Derecho, y en general, toda la ciencia jurídica, pierde uno de sus más claros, y lucidos exponentes. El pensamiento de Dworkin habrá de analizarse en los años venideros tanto en la orientación que ha tenido el Derecho como la disciplina que se reconoce inserta en la sociedad, y no simplemente, como una formulación metafísica aislada del contexto de las relaciones humanas. Pero la aportación de Ronald Myles Dworkin no se limita al Derecho, sino que para ser congruente con su pensamiento se extiende a establecer una serie de vínculos con las otras disciplinas, donde lo jurí-

* Artículo recibido el 5 de marzo de 2013 y aceptado para su publicación el 15 de abril de 2013.

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

dico es un ingrediente más, y en consecuencia, el rol que le corresponde realizar al interior de la sociedad es simplemente, una perspectiva adicional en el enorme y complejo mundo de las relaciones sociales. Por tanto, la ética, la política, la filosofía en general, la antropología, y, en general, todas las disciplinas sociales y humanas, poseen un rol relevante para explicar el fenómeno de lo humano en la diversidad de su sociabilidad. De esta forma, es posible entender a todas las dimensiones de los campos disciplinares en que se mueve actualmente las ciencias que tienen como objeto de estudio lo normativo.

En consecuencia, la pretensión del presente artículo intenta describir solamente algunos de los enunciados más relevantes de la doctrina del pensador norteamericano en algunos de los puntos que pueden llamar más la atención a los juristas son olvidar que todas las afirmaciones se encuentran ampliamente vinculadas con otras materias. En consecuencia, el fenómeno de lo jurídico, en el caso particular de Dworkin¹ no puede pensarse en función del viejo canon del aislamiento del derecho, sino, pensarse en la complejidad y la dependencia de lo jurídico a todas las disciplinas sociales y la propia funcionalidad de lo jurídico como un elemento más en la construcción de un orden donde todos los sujetos tienen que ser tratados con la misma consideración y respeto.

1. El acercamiento influencias

Ronald Dworkin puede ubicarse como un pensador que escapa a clasificaciones². Quizá el origen de la afirmación se deba a las diversas formas que el autor estadounidense trató de resolver los diversos problemas de las disciplinas que ha cultivado, intentando combinar el derecho con la política,³ bajo el marco general de la filosofía política. En este caso, nos encontramos en la situación propia de la filosofía de los Estados Unidos que en beneficio de resolver problemas pragmáticos ha utilizado una serie de elementos teóricos que rompen con la unidad metodológica de muchas de las formulaciones en las que se desarrollan las construcciones epistemológicas en el mundo moderno.

1 Su último libro *Justice for Hedgehogs* es una manera de entender la dinámica en que se mueven todas las disciplinas de la sociedad en una unidad básica de la relación ética. DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, London, 2011. También Ver: MALERO DE LA TORRE, Mariano C., *Dworkin y sus críticos*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.

2 BONORINO, Pablo Raúl, *Integridad, derecho y justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, Colección teoría y Justicia, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003, p. 23.

3 STICK, John, "Literary Imperialism: assessing the results of Dworkin's interpretative turn in Law's Empire", *Law Review*, núm. 34, UCLA, 2009, Pp. 371-429. También Ver: RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

Una segunda explicación la encontramos en la propia problemática del derecho y sus relaciones con la política. En este sentido, se debe tener en cuenta la visión totalmente normativa del derecho, y además, de una serie de estructuras que intenta normar y que se hayan vinculadas con una ristra de disciplinas, que en muchas de las ocasiones, lo que provoca es una enorme confusión en las metodologías, y en determinados casos, rompe con las estructuras epistemológicas y con las lógicas propias de cada disciplina.

En consecuencia, el planteamiento de Dworkin se encuentra situado en la tentativa de resolver una serie de problemas de carácter jurídico-político desde una perspectiva múltiple; intentando, a su vez, hacer un esfuerzo que le permita integrar al derecho en las disciplinas de las ciencias sociales, y también entenderlo dentro del ámbito de la política.⁴ De ahí que la mayoría de las veces no sea posible ubicarlo como parte de una serie de pensadores o de corriente teórica alguna, y que debido a sus varios planteamientos se le sitúe como fragmento de escuelas teóricas diversas.⁵

Esto provoca, a final de cuentas, un inmenso *collage* teórico, que puede dar lugar a muchas inconsistencias en el sistema, pero que, al mismo tiempo, produce resultados satisfactorios en un contexto general, ya que se pueden encontrar muchas soluciones a problemas añejos, como el conflicto entre la igualdad y la libertad; solución que se acierta en la novedad en el campo de estudio en que nos hemos desplazado recientemente. Además, de provocar soluciones muy renovadoras en el terreno que ahora describimos.

El otro de los aspectos a que se debe hacer referencia en esta breve introducción es el relativo a la visión metódica que poseyó Dworkin. Así, se puede mencionar que para Dworkin el *método* no constituye una piedra angular en su exposición, puesto que se aparta mucho de los cánones clásicos de la teoría política; para el autor norteamericano resulta mucho más importante la utilización del precedente como columna vertebral de su exposición, que una serie de corrientes que podrían ayudarlo en desarrollar sus tesis de forma más acabada. La utilización de los precedentes como material para justificar su teoría le permiten ubicarse en dos grandes dimensiones. Por una parte, le faculta tener una visión pragmática de las condiciones en que se mueve determinada experiencia jurídica, y le posibilita una serie de construcciones lógicas en rededor del sistema jurídico-político al que pertenece. Y a su vez, también le facilita explicar, de

4 Es decir, plantear primero la base teórica y con posterioridad los problemas que pudieran ser encajonados en la misma.

5 Y en ocasiones contradictorias.

alguna forma, la construcción teórica que trata de demostrar. En este sentido, se debe estar muy atento a las críticas que se enderezan en contra de la utilización del precedente, puesto que se ha dicho que lo que intenta hacer es forzar las situaciones pragmáticas a los postulados teóricos.

Muchos de los censores o de quienes discrepan con Dworkin han obtenido ricos resultados de lo anterior, ya que al no poder ubicarlo en un contexto metódico determinado, han elaborado una serie de análisis de la más variada índole, en las cuales las críticas y el sentido de demarcación metodológica se han distinguido por las enormes contradicciones que hay en cuanto a la definición de las variables a las que recurre el autor en cuestión.⁶

Con todo y eso, a lo largo de su obra se pueden distinguir algunas influencias enlazadas con los problemas que le toca enfrentar y que, en consecuencia, son determinantes en el pensamiento del analista. En ese marco de ideas no pienso exponer a detalle la influencia que han ejercido ciertos pensadores, justamente me referiré a algunos de ellos y a las obras de mayor relieve en la conformación del pensamiento de nuestro autor.

2. Las influencias

Prácticamente es una obviedad señalar que en teoría política Rawls ha sido concluyente para todos los estudiosos tras la publicación de su libro *Una Teoría de la Justicia*. Y bajo ninguna circunstancia nuestro autor escapa al influjo de aquél. La influencia de Rawls puede apreciarse en un doble sentido. En la metodología que se encuentra al interior de la Teoría de la Justicia, es uno de los puntos centrales en la construcción de las tesis que se han elaborado con posterioridad a Rawls. Hay una serie de elementos que encontramos a través de los cuales llevamos a cabo un ejercicio de escenarios posibles, con la configuración arquetípica de una sociedad inicial. La segunda de las influencias que recibe Ronald Dworkin se encuentra dentro de las premisas del análisis de los valores como la libertad o la igualdad, que constituyen los ejes no sólo de las doctrinas modernas del liberalismo, sino que asimismo se introducen directamente en la concepción clásica del liberalismo.

El terreno de influencia de Rawls es importante en los ejes antes apuntados, que adicionalmente puede observarse en parte de toda la estructura de las ideas políticas de la contemporaneidad.

6 Una de las fuertes críticas que existen se encuentran en la propia utilización de los precedentes para colocarlos en su línea teórica. La crítica al respecto se ha orientado en la idea de que los precedentes utilizados en muchas de las ocasiones se encuentran forzados a las propias soluciones que plantea apriorísticamente.

De esta forma, podemos observar en *Talking Rights Seriously*, obra en la que Dworkin afirma: “El profesor Rawls, de Harvard [...] ha publicado un libro sobre la justicia, abstracto y complejo, que ningún abogado constitucionalista puede dejar de leer”⁷ Procede entonces a formular algunas observaciones sobre el papel que desempeña la “posición original” en el proceso de justificación de los dos principios de justicia. Primera: “la metodología de Rawls presupone el modelo constructivo”, mientras que “el modelo natural no constituye base firme para la técnica del equilibrio”. Segunda: “la teoría profunda que respalda la posición original debe ser algún tipo de teoría basada en derechos [...] en vez de ser una teoría de los otros dos tipos”, ya sea fundada en los deberes o en los objetivos. “El derecho básico de la teoría profunda de Rawls debe ser [...] un derecho abstracto, es decir, que no sea derecho a ningún objetivo individual determinado. Dentro de los conceptos ordinarios de la teoría política, hay dos candidatos a desempeñar este papel”: la libertad y la igualdad. Así, ‘la posición original’ protege las libertades básicas en interés del derecho a la igualdad. Por supuesto que ambas — libertad e igualdad —, desafortunadamente, se encuentran en conflicto constante.⁸ De hecho, tanto el ‘liberalismo’ como el ‘buen gobierno’ consisten en el mejor ‘compromiso’ entre estos dos ‘principios constitutivos’ o ‘ideales contendientes’”.⁹

La cita es importante por dos razones: 1) toma en cuenta el concepto de ética constructivista que a lo largo de su trabajo va a constituir uno de los principales ejes de su visión en pos de la igualdad, como parte de un sistema de carácter axiológico, y propiamente de la edificación de las normas de derecho; y 2) vamos a encontrar con una serie de conflictos entre libertad e igualdad que devienen del nacimiento del liberalismo, y que el autor asume como parte del compromiso por resolver las cuestiones puntuales en la definición de la igualdad.

En consecuencia, la influencia de Rawls en la obra de Dworkin puede visualizarse a través de las perspectivas apuntadas. La primera de ellas, que forma parte del conjunto de las ideas liberales, se encuentra en la fundamentación de los derechos. Si bien es cierto que el planteamiento de éste y Dworkin se enfocan a la existencia de los derechos, también es posible dimensionar los alcances de tales derechos. Veamos: En primer lugar, el paradigma que realza a Dworkin se basa, de manera muy importante, en el modelo de derechos del Estado moderno, pues a partir de los mismos es como puede construir sus principios y re-

7 DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, London, 2011.

8 Lo que prácticamente constituye la base de las antinomias del liberalismo desde sus orígenes.

9 DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Massachusetts 1985, Pp. 188-204.

glas, tan significativos en la arquitectura de los derechos del modelo liberal, y que concuerda muy bien con las ideas del autor. En este concepto, el centro del debate — que analizaremos más adelante — se encuentra en la lógica de tratar a los derechos como parte de la función del poder judicial; en cambio, en la formulación de Rawls se parte desde la perspectiva del poder legislativo. En ambos la coincidencia se encuentra propiamente en la idea de que los derechos son una construcción que parten de los poderes constituidos dentro del marco del Estado democrático y liberal moderno. Esta influencia que radica en los derechos es una de las cuestiones de importancia en el contexto de la obra de Dworkin. Los derechos habrán de constituir uno de los elementos centrales en la idea de construir un sentido de igualdad de los ciudadanos y dentro de la ética constructivista que propone el autor en análisis.

La segunda de las influencias que Dworkin recibe es de H. L. A. Hart, cuyo ascendiente puede notarse en una triple vertiente que posibilita, y explica, de cierta manera, la reacción de Dworkin contra su maestro.

La primera, reflejada más en los primeros documentos del autor norteamericano, descansa en el análisis del lenguaje como forma articulada de interpretar al derecho y que se utiliza, además, como herramienta en la concepción de una filosofía del derecho con un corte eminentemente pragmático. La reacción de Dworkin en contra de Hart se debe en gran parte, quizás, a la dimensión y el peso del positivismo anglosajón en las fórmulas de interpretación que hasta la fecha se siguen utilizando en toda la jurisprudencia estadounidense, y a la idea de ampliar la esfera de acción de los factores endógenos a la propia norma de derecho.

Uno de los rasgos importantes de la teoría de Hart es su profundo mutismo sobre la posición epistemológica del derecho y las ciencias afines. A lo largo de toda su exposición, por varios años los intereses básicos descansaron en dos grandes principios:

[...] lo típico es concebir los derechos como poseídos por o como pertenecientes a individuos, y estas expresiones reflejan aquella concepción de las reglas morales con arreglo a la cual éstas no se limitan a prescribir conducta, también constituyen un tipo de propiedad moral de los individuos, a la que éstos tienen título en tanto que individuos; sólo cuando las reglas son concebidas de esta manera, podemos hablar de derechos y transgresiones (*rights and wrongs*), así como de acciones correctas e incorrectas (*right and wrong actions*). Sostendré la tesis de que si hay derechos en el

campo moral, entonces se sigue de ahí que hay por lo menos un derecho natural, a saber, el derecho igual de todos los hombres a ser libres¹⁰.

Más adelante señala que

“[...] este derecho (se refiere al derecho igual de todos los hombres a ser iguales) es el que tienen todos los hombres en tanto que hombres y no únicamente si son miembros de cierta sociedad o se encuentran en alguna relación especial entre sí. Este derecho no es creado o conferido por la acción voluntaria de los hombres”¹¹.

Afirmación, esta última, que se articula con toda claridad con la precedente. Para Dworkin el derecho es una práctica interpretativa de lo social, que se compone de dos elementos que siempre hay que tener en cuenta: el primero de ellos es el conjunto de normas o de reglas dentro del marco de lectura del derecho en sentido positivo; y el segundo está organizado alrededor de los principios que son los que permiten enlazar al derecho con la sociedad.

En este sentido es necesario hacer una digresión respecto de algunas de las propuestas de Hart, a efecto de entender de manera correcta la influencia, además, la orientación crítica de Dworkin.

Una segunda influencia que podemos notar en la obra de Dworkin que proviene de Hart en la relativa a la llamada inversión del positivismo. Si bien es cierto que Dworkin reacciona contra los planteamientos de su maestro, también es importante reconocer que el planteamiento antipositivista de Dworkin, es una reacción natural ante la no satisfacción de muchos de los problemas planteados por la jurisprudencia norteamericana. En consecuencia, el positivismo que se encuentra en la obra de Hart es producto de una enorme tradición judicial y que en su momento comparte Dworkin en muchos de sus escritos iniciales.

Referente adicional es I. Berlín.¹² En *The Legacy of Isaiah Berlin* habrá de reconocer la influencia que tuvo en su pensamiento el autor judío, en la filosofía política en general, y de manera importante en lo que él denomina pluralismo valorativo. Esta cuestión es sugestiva porque nos permite visualizar el prisma con que enfrenta Dworkin el pluralismo ético a lo largo de toda su obra. No se trata de un pluralismo a secas, sino que es adicionado con una serie de aristas donde la sociedad debe tener la visión de considerar todas las perspectivas de valor que conviven en la misma. El “bienestar” es una cuestión de definición por parte de algunos miembros de la comunidad. Elemento que se encuentra ya

10 DWORKIN, citado y traducido al castellano en FERRARI, C., *El Imperio de la Justicia*, Gedisa Barcelona, 1988, p. 215.

11 *Ídem*.

12 En el año 2001 habrá de publicar un libro con varias colaboraciones en homenaje al autor. DWORKIN, R. Et al, *The Legacy of Isaiah Berlin*, The New York Review Books, New York, 2001.

presente en Berlín, y de este modo, rinde homenaje a uno de los ejes más importantes de su obra.¹³ La influencia como queda anotado se encuentra en la dimensión de la estructura de los valores, y de forma muy particular de una serie de elementos que nos permiten visualizar la profunda influencia de Berlín en muchos de los postulados de Dworkin.

3. Dimensiones críticas

La gran ofensiva de los años setenta que despliega Ronald Dworkin se encuentra dirigida en contra de tres grandes movimientos que tuvieron carta de naturalización en diversos espacios de la academia y la práctica estadounidenses en las parcelas de la teoría política y el derecho. En primera instancia, contra el utilitarismo fundado por Jeremías Bentham, y en segunda, —quizá la de mayor importancia— contra los positivistas encabezados por Hart, uno de los grandes exponentes de la doctrina jurídica durante todo el siglo XX; y, por último, en contra del iusnaturalismo, duramente criticado a partir de la idea de que el hombre tiene ciertos derechos predeterminados y no son elaboraciones de carácter histórico, como lo va a exponer Dworkin con base en “los derechos como triunfos”, los cuales no poseen carácter natural, pues obedecen a procesos de cambios en las propias sociedades; si a esto le aunamos la idea de que son los jueces los que realizaron una labor de construcción de los derechos a partir de interpretación que hacen de los mismos, el fundamento del derecho natural queda excluido de manera muy importante. Revisemos los aspectos más relevantes de los cuestionamientos dirigidos contra los tres movimientos que mencionamos en las líneas anteriores.

La crítica contra el positivismo ataca directamente al núcleo de la exposición de la doctrina, dado que sostiene “que la verdad de las proposiciones legales consiste en hechos que hacen referencia a las reglas que han sido adoptadas por instituciones sociales específicas, y en nada más”.¹⁴ Es necesario plantear aquí cuáles son los lineamientos del positivismo a grandes rasgos, y cómo Dworkin endereza algunas de sus críticas hacia el mismo.

13 No hay que olvidar que Dworkin es los críticos más severos sobre las dos concepciones de libertad que Berlín asume desde su perspectiva.

14 DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, España, 1972, p.31.

Parto de una idea general y según la óptica clasificatoria de Norberto Bobbio,¹⁵ quien divide al positivismo en tres grandes líneas: teórica, metodológica e ideológica. Al respecto dirá:

“Creo que en una caracterización del positivismo jurídico puede ser útil distinguir tres aspectos diferentes: 1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada ideología de justicia”.¹⁶

Me concentraré en el llamado positivismo ideológico, que es aquel que sin atenerse al contenido de la norma o a su legitimidad afirma que ésta debe ser obedecida, ya que en ella se concentra la fuerza que tiene el Estado o, en su caso, la coerción del mismo. Esta dimensión del positivismo permite, además, de determinar que el derecho no lo es por la función social del mismo o por su contenido axiológico, sino porque incorpora el aparato de coerción que contiene. El profesor italiano indica que el derecho se encuentra fundado en la idea de que solamente es derecho el expedido por el Estado a través de su poder.

Pero no surge únicamente de la *right thesis* una oposición decidida a esta identificación entre positividad-validez-justicia-conciencia, ya que Dworkin ha proclamado el deber general de obediencia a la ley, por el simple hecho de que ha sido promulgada, puesto que tal deber es “incoherente en una sociedad que reconoce derechos”.¹⁷ Al plantear un concepto antipositivista de los derechos impide que los mismos sean interpretados restrictivamente en razón de supuestos beneficios generales, ya que si se aceptara la tesis de que los derechos individuales pueden ser restringidos en la medida que existe una justificación de carácter mayoritaria para llevar a cabo la limitación de referencia, entraríamos en un problema que destruiría la concepción de cohesión, y rompería, asimismo, con la idea de la protección de derechos por parte del Estado. Al respecto es contundente el profesor de Nueva York: “... he dicho que cualquier sociedad que pretenda reconocer los derechos, debe abandonar la idea de un deber general de obedecer a la ley que sea válido en todos los casos”.¹⁸

Lo que en el fondo se encuentra planteado es el dilema que aparece entre la noción de que el deber de obediencia al derecho se funda en la idea de que los derechos de los hombres son primarios –lo que significa que los derechos son

15 BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1965, p. 39. Existe otra edición en Fontamara, México, 1992, p. 39.

16 DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Op. Cit., p. 287.

17 *Idem*.

18 *Ibidem*, p. 291.

privilegiados por encima de los deberes– y el deber de obediencia a secas,¹⁹ con lo cual se destruyen las raíces propias del positivismo ideológico. La consecuencia inmediata de esto es que nos conduce al problema de la desobediencia a la ley, que el autor cita en los siguientes términos: “si uno debe actuar como si fuera válida, se perdería el principal vehículo de que disponemos para cuestionar la ley por motivos morales, y con el tiempo nos veríamos regidos por un derecho cada vez menos equitativo y justo, y la libertad de nuestros ciudadanos quedaría ciertamente disminuida”.²⁰

Otra de las concepciones del positivismo es la que se denomina positivismo teórico o, más exactamente, formalismo. El modo de enunciarlo consiste en afirmar que el Estado es el que tiene el monopolio de la ley en dos aspectos de la mayor importancia:²¹ el primero consiste en la producción de la ley y el segundo en la aplicación de la misma. La característica principal de lo jurídico se halla en el conjunto de procedimientos con los cuales un sector del comportamiento humano puede ser regulado y protegido de violaciones en su contra; es decir, la conducta judicial presupone siempre una regla preexistente dada por el Estado, y que el conjunto de normas coactivas es pleno y autosuficiente.

Dworkin batalla con esta concepción y, en consecuencia, establece una serie de estándares que deben considerarse como derecho, haciendo hincapié en que lo jurídico no es determinado por aspectos formales o de procedimientos o, en su caso, por el origen de las normas, sino fundamentalmente por el contenido. El derecho se convierte en algo de mayor extensión y rebasa al concepto de monopolio de la ley, formulándolo como un contenido asociado a una serie de valores que se encuentran vinculados a la propia comunidad. Es así como la tesis de la adjudicación es parte integrante del derecho, y es bajo la batuta de la misma que logra definirse la respuesta válida y moralmente correcta en relación con el caso a resolver.

El otro antipositivismo, denominado metodológico o conceptual, tiene que ver con algunos de los planteamientos de importancia de los enunciados jurídicos en la cultura jurídica occidental. Para Bobbio esta vertiente consiste en enfocar al derecho desde el punto de vista de su análisis y de la función propia del mismo. Parte del enunciado de lo que es el derecho y de lo que debe ser el derecho, estableciendo que la ciencia jurídica asume el análisis del llamado estatuto

19 Son tres las dimensiones de la justificación del deber: a. El deber fundado en la norma b. el deber fundado en el acto de coerción y c. el deber fundado en la idea del contrato de los sujetos.

20 *Ibidem*, p. 312.

21 CARRIÓ, Genaro, “Dworkin y el positivismo jurídico”, *Cuadernos de crítica*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 1981.

ontológico del derecho, lo que significa analizarlo tal cual es, sin detenerse en los llamados juicios de valor. Con ello, la validación se encuentra en elementos fuertemente factuales. La tesis central del positivismo se localiza en la afirmación de que “el derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin recurrir a consideraciones acerca de su justificación o valor moral, o sobre el deber moral de obedecerlo y aplicarlo”.²² Para decirlo en términos de mayor solidez: todo sistema jurídico, para los efectos del análisis científico, sólo puede ser identificado a partir de los datos de la propia experiencia, no de elementos contruidos previamente.

El problema del formalismo tiene que ver directamente con los mecanismos de construcción y aplicación de la norma, de acuerdo con los procedimientos de creación o, en palabras de los juristas, con los problemas de las fuentes de corte formal o de la organización del derecho. Pero con esto aparece otra complicación que debe articularse con la construcción del orden normativo, que en términos apropiados, es la razón fundamental de lo jurídico en los tiempos modernos y que se enlaza en forma directa con la idea de la todos los mecanismos de creación del derecho. Para los anglosajones los derechos constituyen la piedra de toque de los sistemas jurídicos y se relacionan directamente con el sistema utilitarista inaugurado por Bentham, ya que el derecho tiene una relación directa con el mínimo o máximo de felicidad. Es por ello que abordaremos someramente la cuestión del utilitarismo.

4. Conclusión

De esta forma se puede contextualizar la obra de Ronald Dworkin en un principio en un espacio determinado, referido preponderantemente en el Derecho de tradición inglesa, pero que después de la década de los años noventa se empieza a extender a los otros países occidentales quienes habrán de tomar la crítica al positivismo y la propuesta de los principios como dos grandes variables para entender al Derecho y su aplicación como un proceso de integración, que no se refiere a una simple inferencia lógica, sino fundamentalmente construir a lo jurídico desde la perspectiva de la argumentación tal y como lo demuestra en su última de sus obras “*Justice for Hedgehogs*”, la cual explica adecuadamente que la estructura de lo jurídico es un poliedro que toma muchos de los aspectos para entender al hombre en toda su cabalidad.

22 NINO, Carlos Santiago, *La validez del Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 146.

En el sentido expuesto las tres grandes corrientes de influencia en Dworkin se hayan por una parte el neocontractualismo de Rawls, el positivismo incluyente de Hart, que se encuentra vinculado a la tradición de la integración dentro del sistema anglosajón, y por último, el propio Isaiah Berlin que le permite crear a Dworkin la dinámica del liberalismo, donde el Estado pierde lentamente su neutralidad clásica, para buscar la vida buena dentro del contexto de las corrientes donde se destaca al individuo como elemento de la libertad, pero con el agregado de la igualdad en la que participa directamente el propio Dworkin con una propuesta de inclusión de la igualdad como los dos ejes centrales del nuevo liberalismo.

Bibliografía

- BOBBIO, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1965.
- BONORINO, Pablo Raúl, *Integridad, derecho y justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, Colección Teoría y Justicia, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003.
- CARRIÓ, Genaro, *Dworkin y el positivismo Jurídico*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1981.
- DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Massachusetts 1985.
- _____, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, London, 2011.
- _____, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- _____, *Los derechos en serio*, Ariel, España, 1972,
- _____, *The legacy of Isaiah Berlin*, The New York review Books, New York, 2001.
- MALERO DE LA TORRE, Mariano C., *Dworkin y sus críticos*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.
- NINO, Carlos Santiago, *La Validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- STICK, John, "Literary Imperialism: assessing the results of Dworkin's interpretative turn in Law's Empire", *Law Review*, núm. 34, UCLA, 2009.

RESEÑAS

La noble práctica de la investigación jurídica

Alan Jair García Flores *

CONTRERAS LÓPEZ, Miriam Elsa; CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth; JONGITUD ZAMORA, Jaqueline; MONCAYO RODRÍGUEZ, Socorro; MONTALVO ROMERO, Josefa; MONTALVO ROMERO, María Teresa, *Técnicas de Investigación Jurídica*, Códice, México, 2012, 121 p.

El desarrollo de la investigación jurídica, constituye un noble arte que permite a quien la practica desmembrar los más enigmáticos secretos de la Ciencia del Derecho, pues a través de ésta se identifican no sólo antinomias dentro del sistema jurídico sino además, verdaderos *leviatanes* que atentan contra el ser humano como titular de derechos fundamentales.

Pese a lo anterior, la investigación jurídica se ha vuelto poco socorrida entre los estudiantes de Licenciatura, quienes desdeñan la posibilidad de poner a prueba su capacidad lógica y argumentativa por considerar sumamente complejo ese quehacer que lo atribuyen sólo a los investigadores. Todo ello es verdaderamente desalentador, pues la premisa de que parten los cientos de miles de estudiantes que egresan cada año de las facultades de derecho del país es evidentemente equivocada.

La investigación jurídica se debe realizar como si se intentara crear un pulcro y elegante postre que no sólo sea afable en cuanto a su imagen sino además, su consistencia sea agradable al gusto, por tal razón, quien se fija la meta de realizar un estudio de científico requiere de cuidar las formas e indispensablemente, debe fundar y motivar su postura mediante un esquema de argumentos presentados bajo un rigor metodológico digno de un nivel académico como el que pretende alcanzar.

Ante esta circunstancia, debemos recurrir a herramientas valiosas que nos auxilien a entender con un lenguaje claro y sencillo los elementos básicos que se

* Maestro en Derecho Penal. Docente de Tiempo Completo Adscrito "C" de la Escuela de Derecho de la Universidad de Xalapa.

requieren dentro de una investigación jurídica, es por tal motivo que se recomienda ampliamente consultar el libro “Técnicas de Investigación Jurídica” publicado por investigadoras del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana y Miembros del Cuerpo Académico Transformaciones Jurídicas.

El texto en comento, consta de seis capítulos, a través de los cuales, las autoras nos ofrecen una visión simplificada -y no por ello de menor calidad- y esquemática de los pasos a seguir por todo aquél que desee llevar a cabo un trabajo recepcional.

El primer capítulo, se denomina, *Introducción a la metodología*, en el cual las Doctoras nos explican la importancia de llevar un orden a la hora de realizar un trabajo científico, razón por la cual se requiere elegir un método que nos sirva de guía ante el sinuoso camino de la investigación; así pues, apuntalan las medidas que debemos tomar al momento de elegir un tema” para evitar deslumbrarnos por un simple fanatismo y dejar de lado la viabilidad de un tema de investigación.

En el segundo capítulo, intitulado, *Lectura exploratoria de las fuentes de conocimiento*, las investigadoras muestran la conveniencia de realizar lecturas previas que sirvan de guía para identificar problemáticas que bien pueden convertirse en nuestro objeto de estudio, sin embargo, sentencian firmemente lo inapropiado de compilar materiales “a granel” sin detenernos a analizar la utilidad de los datos insertos en cada fuente de información y a su vez, desdeñar la fijación de la misma mediante la elaboración de fichas bibliográficas y de trabajo.

El tercer capítulo, *Protocolo de investigación*, contiene una explicación basta pero a la vez sencilla de los elementos que comprende un protocolo, el cual debe ser asemejado a la estructura ósea de todo el estudio, pues resultaría vano el escribir páginas y páginas sin un rumbo fijo, sin delimitar nuestro objeto de estudio y sin señalar todos aquellos puntos clave que un estudiante comprometido con su trabajo recepcional tiene presente, tales como: la justificación del estudio, planteamiento del problema, hipótesis, objetivos de investigación, marcos referenciales, métodos de investigación, entre otros.

El capítulo cuarto, *Acopio de información*, estriba en ofrecer una guía sumamente accesible sobre las técnicas de lectura y la elaboración de fichas de trabajo, puesto que no se debe confundir la simple acción de leer y, el efecto de comprender lo que estamos leyendo.

El quinto capítulo, titulado, *Técnicas e instrumentos de investigación de campo*, explica lo oportuno de ese tipo de investigaciones, pero además, ofrece una de-

tallada explicación acerca de las características propias de cada una de las técnicas a utilizar, tales como: encuesta, entrevista, observación y análisis de datos.

El sexto y último capítulo, se avoca al *Estudio de los métodos utilizados con mayor frecuencia en materia jurídica*, respecto del cual se erige un análisis detallado de los principales métodos de investigación jurídica con la debida explicación de cada uno de ellos y su adecuada ejemplificación, lo cual permitirá que el alumno pueda identificar todos aquellos métodos que le consentirán integrar un estudio sólido.

La conveniencia del uso de este libro radica en la sencillez de la forma de abordar tan importantes tópicos y en las estrategias de aprendizaje que las autoras asignan al término de cada unidad, lo cual se convierte en una ayuda invaluable tanto para el estudiante como para el profesor.

Por lo anteriormente expuesto, resulta sumamente reconfortante el contar con libros didácticos tan completos pero a la vez accesibles tanto para quien recién comienza a foguearse con la investigación jurídica, como para quien se encuentra a un pequeño pero delicado paso de obtener su grado académico, y por supuesto, para el profesor que tiene bajo su cargo la importante misión de guiar a sus educandos en un curso de metodología o bien, participar dentro de un proceso de titulación.

La Costumbre Indígena es Derecho

Jorge Alberto González Galván *

CUEVAS GAYOSSO, José Luis, *Costumbre Jurídica*, Universidad Veracruzana, México, 2012, 161 p.

En los *hechos* que se argumentan en el libro “Costumbre Jurídica” de José Luis Cuevas Gayosso se explica el siguiente *derecho*: el derecho al Derecho de los pueblos indígenas de México, o sea, el derecho a su *juris dictio*: el derecho a decir su Derecho. Su obra se une a la labor de hacer visible los sistemas, órdenes, jurídicos de los pueblos indígenas, por sociólogos, antropólogos y juristas, como Carmen Cordero Avendaño de Durand, Rodolfo Stavenhagen, Diego Iturralde, José Emilio Ordoñez Cifuentes, Mercedes Gayosso, Óscar Correas, Esther Botero, María Teresa Sierra, Victoria Chenaut, Teresa Valdivia, Juan Diego Castriellón, David Chacón, Erika Maldonodado y Humberto Villaseñor, entre otros.

El granito de arena que desde la academia todos ellos han puesto consiste en que los estados, a nivel internacional y nacional, consideren que por *Cultura* de un pueblo indígena no sólo debe entenderse la existencia de sus idiomas, artesanía, gastronomía y celebraciones, sino también de sus formas de gobernarse y de solucionar sus conflictos a través de sus propias normas. Estas normas, por cuestiones históricas, que Cuevas Gayosso, explica con rigor, han formado parte de un orden, sistema, cultura, que las mantuvo en un estado de sometimiento, subordinación, condicionamiento, omisión y represión, con el fin de mantener una hegemonía política.

Los pueblos originarios de nuestro país han estado bajo la hegemonía política de los aztecas durante dos siglos, de los españoles durante tres siglos, y de los mexicanos durante dos siglos. Son ya siete siglos donde la mayoría de los pueblos indígenas mantienen, a pesar de todo, sus propias normas que organizan la vida interna en sus comunidades.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, jagg@unam.mx

El Derecho hegemónico, en este contexto de *Colonialismo Jurídico*, tiene como constante histórica el respeto condicionado del Derecho indígena: los aztecas respetaban los órdenes jurídicos internos de los pueblos mesoamericanos bajo su dominio siempre y cuando no se rebelaran; los españoles condicionaron la existencia de los llamados “fueros” indígenas o “usos y costumbres”, al respeto de las leyes de Castilla y de los principios de la moral cristiana; y los mexicanos pusieron sobre la mesa de discusión el reconocimiento de “los derechos consuetudinarios”, “los sistemas normativos”, de los pueblos indígenas con la condición de que respetaran los derechos humanos. Condición cuestionada inicialmente, con razón, por los pueblos indígenas porque en las Declaraciones de Derechos Humanos desde el siglo XIX no participaron en su elaboración, aprobación ni aplicación. Ahora ya está su firma de aceptación en el Convenio 169 de la Organización del Trabajo, en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, en los Acuerdos de San Andrés, en la Iniciativa de Derechos y Culturas Indígenas de la Comisión de Concordia y Pacificación par el estado de Chiapas y en el artículo 2 de la Constitución federal).

El reconocimiento constitucional a los sistemas normativos indígenas desde 2001 se enmarca en el reconocimiento de la nación mexicana como Pluricultural, con lo cual el proyecto de nación deja de ser el resultado de la unión de dos razas o culturas, hoy se trata de respetar y desarrollar las 68 culturas indígenas y la mestiza. La construcción del México Pluricultural como Decisión Política Fundamental del México del siglo XXI tiene que impactar en todas las políticas públicas del Estado.

Dichas políticas, como ya apunta la obra de Cuevas Gayosso, están relacionadas con la integración de las culturas de los pueblos indígenas por consenso, por acuerdo con ellos, en la educación jurídica y en los poderes judicial, ejecutivo y legislativo.

El cambio de modelo o paradigma de nación monoculturalista por uno pluriculturalista implica que estamos en proceso de cambio respecto al método, formas, maneras, modos, de reorganizar nuestras relaciones sociales, políticas y jurídicas.

Respecto a las relaciones jurídicas el método tiene que pasar de ser de Colonialismo Jurídico al de Pluralismo Jurídico. Las divisiones y subordinaciones que generó la mentalidad colonialista, mencionadas por Cuevas Gayosso, en relación a que sólo el Derecho válido era el que el Estado, sus congresos, producía, y por tanto el Derecho Indígena era inválido por no tener un Estado ni leyes escritas, ya no se sostienen. El *Método del Pluralismo Jurídico* nos permite, par-

tiendo del respeto a las diferencias a través del diálogo, conservar y desarrollar la riqueza de nuestro patrimonio cultural jurídico: valorando la originalidad, autenticidad, de la manera de organización indígena; cultivando las complementariedades, similitudes, de nuestras maneras de ver el mundo indígena y occidental, y sobre todo canalizando por consenso nuestras contradicciones, cediendo o preservándolas.

El timón de este barco pluriculturalista debe ser el diálogo intercultural permanente. Para evitar el naufragio, el diálogo nos permitirá construir un modelo de *Unión Mexicana* con instituciones comunes, para todos (indígenas y no indígenas) e instituciones propias de los pueblos indígenas. Estoy pensando en el ejemplo de la *Unión Europea* donde desde hace ya algunos años culturas con tradiciones jurídicas diferentes, como la del *Common Law*, la Romano-Canónico-Germánico y la Ex-Socialistas, se organizan en un Parlamento, Tribunal y Presidencia, comunes, respetando la organización estatal propia a cada uno de ellas.

Los intentos para una *Unión Americana* están también a la vista con tradiciones jurídicas anglosajonas, romano-canónica-germánicas y las indígenas, donde la existencia de instituciones comunes como la Organización de Estados Americanos, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el Parlamento Centroamericano, aunque con tropiezos, su desarrollo sigue siendo un reto a cumplir respetando las soberanías de los estados y las autonomías indígenas.

La *Unión Mexicana* qué instituciones comunes tendría que crear. En relación con las funciones del Estado, por una parte, diríamos, los Congresos federal y locales tendrían que estar integrados con representantes de los pueblos indígenas elegidos no por los Partidos Políticos sino por las asambleas comunitarias indígenas. Para ello, se tendría que hacer la redistribución electoral correspondiente y la creación de nuevos municipios indígenas.

En cuanto al Poder Judicial federal y local se tendrían que crear *Tribunales Especializados en Materia Indígena* integrados con indígenas que conozcan el idioma y el derecho, indígenas, y el derecho nacional e internacional. Para ello se tendrían que reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la de los Tribunales de los estados, y crear la Ley de Coordinación Jurisdiccional, o de Justicia Indígena o Intercultural, a nivel federal y local, a efecto de establecer las competencias de las jurisdicciones indígenas y su relación con las jurisdicciones locales, federales e internacionales. Los procesos de remunicipalización indígenas permitirá establecer el ámbito espacial de validez de las normas indígenas y la visibilidad del juez municipal indígena, para que la certeza

jurídica indígena al interior de las comunidades se garantice y fuera de ellas con el Tribunal Especializado en Materia Indígena, quien sería la instancia de apelación de las sentencias judiciales del juez de las comunidades y de la aplicación general de las normas indígenas y no indígenas.

En cuanto a las Administraciones Públicas se tendría que crear una *Secretaría de Estado para el Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas* a nivel federal y su correspondiente a nivel local, integrada sólo con personal indígena. Mientras este futuro nos alcanza, se podría establecer por ley que las instancias de atención a pueblos indígenas estén coordinadas por profesionistas indígenas, como la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, y sus correspondientes a nivel local.

Las políticas públicas educativas, por otra parte, en la formación de los abogados de un país pluricultural deberán estar encaminadas a desarrollar el Pluralismo Jurídico. Para ello, las Facultades de Derecho de las Universidades públicas y privadas tendrán que incorporar en sus Planes y Programas de Estudio de cada materia el conocimiento del Derecho Indígena. En las Universidades Indígenas o Interculturales tendrá que crearse la licenciatura y posgrado en Derecho Indígena. Todo el sector de educación superior del país, por lo expuesto, tendrá que formar a sus profesores con herramientas de una pedagogía intercultural o pluricultural.

Les juro que no estoy en campaña para ningún puesto público ni cargo de elección popular. Quizá, por lo ambicioso de las propuestas, motivadas por la lectura de Cuevas Gayosso, parecerían más bien propósitos dirigidos a los tres Reyes Magos que a los tres Partidos del Pacto por México.

Como todos sabemos, los académicos no aspiramos a mover las masas a las plazas públicas, lo que queremos es mover las masas encefálicas de quienes nos leen para mejorar, de buena fe, nuestro entorno. Por eso, los invito a leer el libro que aquí presentamos.

Ciudadanía y Participación Política en el Estado Democrático y Social

Ileana Nieves Velázquez*

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *Ciudadanía y Participación Política en el Estado Democrático y Social*, Porrúa, México, 2010.

El libro citado, del profesor-Doctor Rafael Enrique Aguilera Portales, trata, a través de cuatro capítulos, sobre la importancia de la participación ciudadana. En él, el profesor Aguilera Portales se propone explicar de forma integral y holística los fundamentos filosóficos, jurídicos y sociales de la concepción amplia y plural de “ciudadanía”, su evolución, el rol que tiene el ciudadano en su comunidad, la necesidad de contar con una cultura democrática ciudadana y la importancia de la participación política en la construcción de un Estado de Derecho democrático y social.

Desde el primer capítulo, el catedrático Rafael Aguilera muestra y clarifica los retos y paradigmas que han surgido desde el nacimiento de la democracia y de la ciudadanía con Platón y Aristóteles. Además, describe las características de la democracia ciudadana y construye una ciudadanía republicana. Así se logrará realizar lo que el autor llama “ciudadanía democrática” que consiste en que la sociedad pueda elegir a sus representantes por medio del voto de manera libre, activa, crítica, responsable y razonada.

Conforme se avanza en el capítulo de entrada, el Doctor hace un análisis minucioso de los distintos modelos de ejercer y entender la ciudadanía democrática en varias corrientes políticas contemporáneas como el comunitarismo, el social democrático, el liberalismo político y el republicano cívico. Igualmente confronta las diferencias de los mismos en América Latina y en Europa respecto

* Becaria en el Doctorado de Gobernabilidad y Constitucional en la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), egresada de la Maestría en Derecho Internacional en la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública (EGAP) y profesora asociada de Teoría Política en el departamento de Filosofía del Derecho en el Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica (CITEJYC) de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

al modelo de ciudadanía y destaca la influencia positiva y negativa que ha brindado cada una en la actualidad. Del mismo modo el profesor-investigador afirma que es indispensable buscar la verdadera democracia y retomar la educación cívica sólida, contando con “un modelo fuerte y estable de Estado democrático y social de derecho”¹ debido a que el mundo actual se está globalizando.

En este capítulo se expone una conclusión innovadora e interesante en la que el profesor-investigador plantea la práctica de la democracia republicana como un sistema de valores éticos, políticos y jurídicos. Así el republicanismo será un baluarte contra la corrupción de la política en la vida contemporánea.

En el segundo capítulo, el Doctor realiza un profundo análisis de los factores institucionales y culturales que trascienden en la gobernanza democrática administrativa. Asimismo, defiende el modelo de una ciudadanía republicana constituida por valores que reconstruyan la esfera pública actual en la que las decisiones políticas surjan de la interacción y de la comunicación efectiva entre los ciudadanos y los políticos, éstas deben ser monitoreadas por los ciudadanos para que se cumplan y estén acordes con los derechos fundamentales y el interés general como dice el autor: “la política es producto de la deliberación pública donde los ciudadanos entablan interacciones y relaciones recíprocas entre sí”².

Dentro del tercer capítulo, se analiza la interacción que hay entre los ciudadanos y la Administración Pública y sus servicios. Resalta la necesidad de que el Estado no sólo sea democrático, sino también social, puesto que hay mayor interacción e influencia sobre la sociedad civil y el mercado, satisfaciendo las necesidades básicas de todos los ciudadanos”, especialmente de los más vulnerables. Sólo con la existencia de un modelo de Estado democrático y social se alcanzará una comunicación honesta y efectiva entre los ciudadanos y los políticos, elevando la eficiencia de los funcionarios públicos y defendiendo el principio de igualdad que debe imperar en un Estado de Derecho.

Posteriormente el investigador recalca que para mejorar el funcionamiento interno de la Administración Pública es necesario que exista el diálogo con los ciudadanos para entender las preocupaciones e intereses de la sociedad y una participación ciudadana activa para mejorar el modelo de Estado social que urge en la actualidad.

1 AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Presentación”, *Ciudadanía y Participación Política en el Estado Democrático y Social*, Porrúa, México, 2010, p. IX.

2 *Ibidem*, p. 47.

Finalmente, en el capítulo cuarto se aborda un tema contemporáneo y muy actual: el federalismo “basado en el amor a la complejidad y en el principio de compaginar unidad con diversidad, un poder central coexistente con una pluralidad de poderes federativos”³ y se concluye con una cátedra sobre el federalismo político como estructura política del Estado y como concepción democrática de la ciudadanía para alcanzar un nivel de convivencia óptima, justa y equitativa entre los países del mundo (especialmente en los pertenecientes a la Unión Europea en virtud del proceso de integración por el cual luchan en la actualidad).

De lo anterior, podría decirse que para que se llegue al federalismo jurídico, político y ciudadano (ya sea en los países de la Unión Europea o en cualquier país) del cual habla el autor primero se debe trabajar en “la construcción de una ciudadanía social, como reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales, que constituye una de las formas primordiales y urgentes para alcanzar progresivamente una mayor cohesión social, política y económica”⁴.

Aunque durante el transcurso de la obra el catedrático cuidó la secuencia y la unidad de sus ideas y agregó una conclusión al final de ciertos capítulos, no contempló una conclusión global sobre la misma, quizá por falta de tiempo o posiblemente optó por darle libertad al lector de formar sus conclusiones al respecto, no obstante, es de vital importancia que en toda obra se realice una conclusión global para retomar los aspectos más importantes de la misma y demostrar que se cumplió con el propósito planteado.

Se puede aprovechar dicho descuido para ayudar al autor a formar una conclusión global o para realizar otro volumen que de continuación a la obra.

Este libro es recomendable porque abre nuevas perspectivas sobre el concepto de ciudadanía en un contexto global. Lo que incluye en propiciar el derecho al voto de residentes extranjeros, la representación política, libertad de movimiento y libertad de residencia aunque la persona sea extranjera, en pocas palabras se promueve una concepción igualitaria de ciudadanía como derecho fundamental desligándola de una determinada nacionalidad.

3 *Ibídem*, p. 127.

4 *Op. Cit.* 1. p. XI.

La investigación jurídica en el posgrado

Sara Luz C. Quiroz Ruiz*

WITKER VELÁSQUEZ, Jorge Alberto *La investigación jurídica. Bases para la tesis de grado en Derecho, 2 ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, México, 2011, 203 p.*

En el presente Siglo, el escenario mexicano y latinoamericano para optar por un Grado Académico en los saberes jurídicos, presenta nichos de estudio generados por las transiciones de sus instituciones sin límite de tiempo ni de espacio, pues como parte del mundo tendemos hacia la regulación de nuestros recursos para tratar de disminuir las debilidades y asimetrías que enfrenta la sociedad; lo cual implica para el estudioso y estudiante del Derecho, apelar al proceso de vinculación del Derecho con la Filosofía Política, ponderación en la que el investigador aplicará constantemente su memoria comprensiva para explicar los cuestionamientos que se haya planteado. De ahí la relevancia del subtítulo con que se precisa el contenido de la obra en comento.

Al ir leyendo los Capítulos intitolados: I. el Derecho como objeto de investigación II. Elementos preliminares III. Las fuentes del conocimiento jurídico y las fuentes del Derecho IV. Los presupuestos para elaborar una tesis de Derecho V. Modelo de una tesis jurídica dogmática VI. Las tesis jurídicas realistas o sociologistas (Empíricas) Anexo I Glosario Anexo II Modelos de Protocolo de investigación; Jorge Witker una vez más se pronuncia por visualizar el Derecho como saber, denotándolo desde las citas de Héctor Fix Zamudio y Eduardo García Maynes insertas al inicio del texto, destacados Juristas para quienes el Derecho como disciplina formal, posee un contenido social y de valores, por lo tanto las regulaciones se caracterizan por emerger de principios y de la sistematización de sus disposiciones, hoy por hoy surgen los marcos regulatorios.

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

Ante tal concepto de Derecho, el binomio docente-estudiante se coloca de cara a un proceso de enseñanza aprendizaje con tendencia democrática. Efectivamente, conforme a las políticas globales en la educación superior, ejecutadas a través de las estrategias denominadas modelos educativos, se pretende desarrollar a un estudiante democrático y en consecuencia crítico, procurándole el perfil profesional que evidencie, su competencia para encontrar la solución a problemas en el contexto que se le presenten, labor que será reconocida en su entorno social y para ello es necesario ejercitar el pensamiento crítico a través de la investigación.

Dinámica donde se inserta la memoria comprensiva, como ocurre también en la investigación jurídica para optar por un Grado Académico, ante la deconstrucción y reconstrucción de conceptos o de instituciones, como lo afirma Jorge Alberto Witker el Capítulo relativo a "*El Derecho como objeto de investigación*", según el enfoque asumido entre los más utilizado en la investigación jurídico-social, el cuantitativo y el cualitativo; el primero, expresa, privilegia las investigaciones dogmáticas del derecho al interior de un sistema normativo, es decir el derecho como estructura, ... mientras que el enfoque cualitativo privilegia el contexto y funcionamiento de las normas e instituciones jurídico-sociales, es decir, visualiza el derecho como fenómeno y como función (eficacia y efectividad de las normas) en la realidad social (p. 26).

El profesor Witker identifica dicha condición pedagógica dentro del proceso educativo formativo, comprensivo, reflexivo, como factor internalizador del individuo, (2008, *Metodología de la investigación*, pp. 23-24), concepto que privilegia al Capítulo II *Elementos Preliminares*, precisamente para que el estudiante aprenda la institución jurídica, aplique el componente memoria comprensiva y transite a su zona de desarrollo próximo, construcción enfocada durante el abordaje del proceso de investigación y de cada una de las etapas, desde su estructura y al aportarle significado a cada uno de los recursos metodológicos, con los ejemplos incluidos.

Con lo cual torna evidente el traslape entre el proceso de investigación y el factor internalizador del sujeto, precisándolo para agotar lo que científicamente se conoce como "el estado del arte" del tema o problema (p. 32). Efectivamente si vamos a crear conocimiento, debe utilizar la información más reciente; dicha vigencia algunos autores la retrotraen a tres años y otros más sólo se pronuncian para justificar las obras consideradas como clásicas en la institución a tratar, cualidad que atribuible para aquellas editadas antes de reformas integrales a las instituciones. De lo cual dependerá la trascendencia de la investigación.

Como parte del desarrollo del pensamiento crítico para la realización del trabajo recepcional, el autor de este texto recomienda la disponibilidad de tutores y asesores de investigación, pues la construcción del andamiaje que llevan a cabo en las entidades universitarias con los estudiantes, favorece la certera realización de esas investigaciones y al mismo tiempo benefician a la entidad académica en las adquisiciones del acervo bibliográfico. En consecuencia propone una agenda para el tutor e inserta el diagrama epistemológico-metodológico de dicho roll, cerrando este Capítulo II con un listado de treinta temas para desarrollar trabajos de investigación para optar por un Grado Académico, de los que mencionamos algunos: El genoma humano y su efecto en los contratos de seguro; Los Hoyos de Donas en la exploración petrolera en el Golfo de México, La Organización Mundial de Comercio y su impacto en el Derecho Económico mexicano; Derecho a la privacidad de los usuarios de entidades financieras.

Al referirse el profesor Witker a las cualidades del estudiante-investigador (p. 56) resaltan las siguientes: “5.) Tener la firmeza suficiente para no mezclar sus deseos con los resultados a obtener” “6.) Proponer desde el inicio la obtención o logro de un “producto científico jurídico nuevo”, aunque sea modesto y sencillo (hacer un aporte y no una simple recopilación de datos y autores) Condiciones que considero de gran valía al realizar el planteamiento del problema, conceptualizado por el autor como “... la dificultad producto de una reflexión madura que no puede resolver automáticamente, con la sola acción de nuestros reflejos instintivos o condicionados o mediante el recurso de lo que hemos aprendido anteriormente sobre un acto, institución o asunto jurídico” (p. 62) y para evitar los protocolos llamados “de buena voluntad”.

Otro significado que es interesante destacar del Capítulo intitulado *Los presupuestos para elaborar una tesis de Derecho*, es el apartado dedicado al “Registro y recolección de la información”, calificada por el autor como “la parte artesanal de la tesis”, donde confluyen el procesamiento técnico de la información y el procesamiento reflexivo de la misma, porque ahí convergen tanto fuentes de información impresa y otras electrónicas que requieren registrarse.

Para Jorge Alberto Witker el registro de las fuentes a través de fichas, representa el diálogo sostenido por el investigador con la información localizada y que abarca cuatro razones: razón psicológica porque deberá aprehender, reproducir y localizar la información en el momento que lo precise su argumento; la razón cultural pues tal compilación robustecerá la confianza de quien investiga y sobre lo que investiga, además de facilitarle la codificación y discriminación de la información, bien por capítulo, tema o subtema, que es la razón técnica (p. 86)

Respecto del registro de documentos electrónicos, la Organización Internacional para la Estandarización, fundada en 1946 con sede en Ginebra, Suiza, en la década de los ochenta elaboró la serie ISO, con el propósito de responder a una necesidad de calidad de las industrias europeas y precisamente la ISO 690, fue elaborada por el Comité Técnico de Información y documentación ISO/TC 46 y un Subcomité SC 9, Presentación, identificación y descripción de documentos, nos refiere el autor que consta de dos partes, la ISO 690 y la ISO 690-2; y tienen el propósito de especificar los elementos que deben mencionarse en las referencias bibliográficas aplicadas a los documentos publicados, monografías y publicaciones seriadas, a los capítulos y artículos que estos contengan y también a las patentes, tratando por separado lo relativo a los documentos electrónicos. Determina un orden obligatorio para los elementos de referencia y establece las reglas para la transcripción y la presentación de la información de la fuente de la publicación.

Precisamente a los componentes del pie de imprenta de la ficha bibliográfica, utilizado en la redacción de las referencias bibliográficas, en el aparato crítico y en la bibliografía aluden las ISO 690 mencionadas. Sus destinatarios son los autores y editores, para la confección de referencias bibliográficas en una bibliografía y para la formulación de citas de los textos, correspondientes a las entradas de la bibliografía. No se exige para las descripciones requeridas por los bibliotecarios ni para las referencias a manuscritos. Regulaciones de estandarización son ejemplificadas ampliamente por el autor en el texto en comentario, trascendente aportación debido a que su tratamiento aún es poco conocido y menos aún aplicado (pp. 101-109).

Con esta nueva edición, el autor Jorge Alberto Witker Velásquez ubica la investigación jurídica en el posgrado, dentro de la sociedad de la información y del conocimiento, pues sin apartarse de la persona en su rol de asesor, estudiante o de investigador, siempre le mantiene observando una realidad objetiva a partir de sus potencialidades y razonando las que el entorno le ofrece como una totalidad, situándolos más allá de la interacción con el ordenador a través del razonamiento implícito en el registro del acervo de fuentes para la investigación. Por lo tanto su consulta es obligatoria para quienes se interesan en mejorar su labor de formar recursos humanos para la investigación y para todo interesado en profundizar el conocimiento de la Ciencia del Derecho.

Presidencialismo y Fuerzas Armadas en México 1876-2012. Una relación de contrastes

Petra Armenta Ramírez *
José Luis Rosario Pelayo **

LÓPEZ G., Jesús A., *Presidencialismo y Fuerzas Armadas en México 1876-2012. Una relación de contrastes*, GERNIKA, México, 2012, 365 p.

Ninguna época en la historia de Occidente mostró mayor confianza en el dominio de la razón que los dos últimos siglos. Nuestros tiempos no podrán entenderse sin el proyecto histórico. Por eso es menester que el presente libro se aboca de nuevo, desde los inicios, al problema de la relación entre el poder político y las fuerzas armadas, escrito por el Dr. Jesús Alberto López González es un estudio sobre las características del sistema de relaciones cívico-militares en México, por tanto, tiene como piedra angular el desarrollo paralelo de dos instituciones que han tenido importancia para la conformación del sistema político de nuestros días. Me refiero a la Presidencia de la República y al Ejército Mexicano, instituciones que organizan las estructuras de poder para la defensa interna y externa de nuestro país.

La tesis central del libro descansa en profundizar las consecuencias de las acciones militares, como estrategia de las actuales políticas públicas, en las relaciones con la sociedad civil con base en el proceso de consolidación democrática. Para un desarrollo científico del tema, se utilizan dos enfoques que explican el origen, el desarrollo y las posibles consecuencias de las relaciones cívico-militares en México, por tanto, “el enfoque de la elección racional y el institucionalismo histórico son relevantes para atender las diferentes dimensiones de este fenómeno”¹.

* Investigadora del IIJ/UV. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. PROMEP

** Licenciado en Ciencias Políticas y Administración Pública de El Colegio de Veracruz.

1 LÓPEZ G., Jesús A., *Presidencialismo y Fuerzas Armadas en México 1876-2012. Una relación de contrastes*, GERNIKA, México, 2012, p. 19.

En el primer capítulo sobre las *Relaciones cívico-militares en México y sus aproximaciones teóricas*, se incluye un marco teórico, el cual, aborda el sistema de relaciones cívico-militares mediante una estrategia llamada por el autor “**la naturaleza dual del control civil sobre el estamento militar**”. Éste método consiste en el análisis de la distribución del poder (dual) entre el Presidente y las fuerzas armadas. Dicha categorización es importante, ya que es el punto toral por el que se puede comprender el origen de los juegos de subordinación entre estas dos instituciones analizadas, al punto de que los militares pudieron influir en decisiones de seguridad pública.

En el apartado segundo relativo a *La articulación de la supremacía presidencial: las relaciones cívico-militares durante el Porfiriato y la revolución maderista (1876-1911)* encontramos la riqueza del análisis histórico que de manera sucinta nos narra la caída del régimen de Porfirio Díaz desde una perspectiva poco utilizada, a saber, la estructura militar. Aquí las relaciones cívico militares toman relevancia porque a través del ejército, Díaz consolidó su poder, y si bien, no con eficiencia, sí con relaciones de lealtad militar hasta la explosión del movimiento revolucionario.

De manera sucesiva se centra y enfatiza en el rubro tercero denominado: *El Porfiriato recargado: la consolidación de la supremacía civil en el México posrevolucionario (1911-1934)*. Aquí Jesús Alberto, nos explica el proceso de consolidación del poder político después de la lucha revolucionaria, el fortalecimiento del Poder Ejecutivo se debía alcanzar con el control férreo del ejército. Sin embargo, no se contaba con la idea de que si bien el régimen porfirista había sido derrocado, existían estructuras fuertemente arraigadas al sistema anterior, lo cual, añadió cierta dificultad al nuevo gobierno revolucionario.

Posteriormente, nos lleva de la mano al estudio del capítulo cuatro, *Defendiendo la Revolución Mexicana: la intervención militar en la política. Acciones sociales y orden interno (1934-1946)* analizando desde la llegada de Lázaro Cárdenas al poder en 1934, el cual, termina con el generalato revolucionario, en donde el Ejército Mexicano disponía de más herramientas para el control político del Ejecutivo. La conformación de las Fuerzas Armadas ahora atendía a una disciplina y profesionalización, desde luego, dentro de sus disposiciones oficiales. “El Ejército leal y disciplinado permitió que el Presidente Cárdenas delegara a sus generales gran variedad de misiones sociales, políticas y de seguridad, sin arriesgar un golpe de Estado”².

2 *Ibidem*, p. 127.

En el apartado cinco *Al resguardo de la seguridad política y el crecimiento. Relaciones cívico-militares durante el "milagro mexicano" (1946-1970)* encontramos un punto muy vulnerable de las relaciones cívico-militares, y que trastocó durante muchos años al régimen presidencial y al ejército, se aborda entonces, el tema de las protestas estudiantiles. López González argumenta que con estas protestas "se abarcaron asuntos políticos más amplios como el carácter de las políticas económicas y objeciones a la baja inversión educativa; en última instancia, las protestas presentaron una crítica severa y rechazo a la naturaleza autoritaria del sistema político"³. Desde luego, este análisis se enfoca en el enfrentamiento de Tlatelolco el 2 de Octubre de 1968, en donde el régimen de Gustavo Díaz Ordaz optó "por una solución violenta con el Ejército, quien asumió un papel definitorio en la estrategia"⁴.

En el capítulo seis *Las Fuerzas Armadas y la actividad guerrillera: la primacía de la política en la definición de la agenda de seguridad nacional en México (1970-1982)* nos proporciona datos duros sobre lo que se suscitó después de la tragedia estudiantil, en donde hubo una fuerte deslegitimación sobre el gobierno y el Ejército Mexicano. Sin embargo, como apunta López González, "grupos radicales urbanos y rurales, algunos inspirados en las ideas comunistas, fueron indudablemente fortalecidos por los eventos de 1968"⁵, ésta sería la nueva preocupación del gobierno entrante y el objetivo principal de este capítulo explica el papel del presidencialismo en las guerrillas, tanto urbanas como rurales.

En el capítulo siete *De la insurgencia al terrorismo: Chiapas, el EPR y las fallas de la democracia en México* se expone la situación que se vivió después del exterminio de las guerrillas, y apunta sobre los orígenes de un fenómeno que hasta nuestros días, sigue afectando las relaciones cívico-militares, López González argumenta sobre el crimen organizado bajo la forma del narcotráfico. Y después de una "neutralidad militar", aparece en escena el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en 1994 y el Ejército Popular Revolucionario (EPR) en 1996.

Finalmente, dentro del capítulo ocho *Las relaciones-cívico militares y la militarización de la seguridad pública en México (1989-2010)*, tiene una relevancia central el análisis integral de la modificación tradicional de las relaciones cívico-militares en nuestro país. Es en este apartado donde confluyen las ideas de la democratización de las estrategias militares bajo su nuevo esquema de seguridad

3 *Ibidem*, p. 193.

4 *Ibidem*, p. 195.

5 *Ibidem*, p. 202.

pública, sin embargo, como apunta el autor, no se ha podido penetrar en esa relación con el Poder Ejecutivo. “Sin importar la afiliación política, los principales actores de la democratización en México han dejado –deliberadamente– intocable a una de las instituciones más emblemáticas del pasado autoritario”⁶.

El libro cuenta con una serie de cuadros estadísticos que viene perfecto para el recorrido histórico de la relación de contraste entre ambas instituciones, como también con una información nutrida y de fuentes primarias que le dan solidez a los argumentos planteados. En resumen, sólo me queda invitar al lector a disfrutar la lectura, producto de reflexiones plurales, heterodoxas y enriquecedoras. Un libro que nos posibilita seguir profundizando y corrigiendo las posibles desviaciones de estas relaciones tan simbióticas una de otra. Finalmente, estamos seguros que esta obra contribuirá a la formación de nuevas generaciones de estudiosos en el área de las ciencias sociales y las humanidades, en particular de las ciencias políticas, derecho y las relaciones internacionales.

6 *Ibidem*, p. 321.

COMENTARIOS RELEVANTES

Comentario Legislativo: La contrarreforma en materia de derechos humanos

José Francisco Báez Corona *

1. Antecedentes

El pasado 3 de enero de 2013, se presentó a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión en México un proyecto de decreto que reformaría nuevamente el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con la intención de establecer que cuando exista una contradicción de principios entre la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales de los que México sea parte, deberá prevalecer el principio de Supremacía Constitucional¹.

La propuesta pretende fijar un límite, e incluso representa una regresión respecto de la reforma realizada en 2011 al mismo artículo 1º con la cual se incorporaron los derechos humanos al texto constitucional y el principio de interpretación *pro homine* según el cual las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán favoreciendo en todo tiempo para las personas la protección más amplia, por lo cual se le ha denominado “la contrarreforma”.

El texto fue presentado por parte del diputado Francisco Agustín Arroyo Vieyra de la fracción parlamentaria del Partido Revolucionario Institucional (PRI), el cual actualmente cuenta con la mayoría relativa dentro de la Cámara de Diputados y de inmediato ha generado reacciones de discrepancia en diversos grupos humanitarios y organizaciones de defensa de los derechos humanos².

* Licenciado en Derecho y Pedagogía, Maestro en Docencia, Doctor en Derecho Público, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT, académico de la Universidad Veracruzana y de Xalapa.

1 CÁMARA DE DIPUTADOS, *Gaceta Parlamentaria*, “Iniciativa que reforma el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por el diputado Francisco Agustín Arroyo Vieyra, del Grupo Parlamentario del PRI”, Edit. Autor, año XVI, número 3679-II, jueves 3 de enero de 2013. <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/ene/20130103-II.html#Iniciativa1>

2 Cfr. DÍAZ, Gloria, “Organizaciones humanitarias rechazan reforma a derechos humanos”, *Proceso*. 22 de enero de 2013. <http://www.proceso.com.mx/?p=331384>. Y EL UNIVERSAL, “Rechazan ONG reforma constitucional a artículo 1º”, *El Universal*, 22 de enero de 2013. <http://www.eluniversal.com.mx/notas/897522.html>.

Por el momento la iniciativa fue turnada a la comisión de puntos constitucionales y se encuentra pendiente de dictamen, en espera de iniciar el tortuoso proceso que implica una reforma constitucional.

2. Los motivos y contenido de la contrarreforma

El proyecto considera que si bien, la reforma de 2011 significó la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a nuestra Constitución, representa también serios retos para su implementación eficaz y plantea en su exposición de motivos, tres principales argumentos para la contrarreforma, el primero de ellos tiene relación con la adecuación de las normas internacionales al contexto nacional: “(...) este precepto, de forma aislada, deja a un lado la interpretación integral de realidades y principios previstos para sociedades concretas en las que se interpreta el derecho, así como las necesidades de regulación de cada Estado (...)”³.

El segundo argumento se sustenta sobre la doble naturaleza de los derechos humanos, como normas y principios, suponiendo que ésta representa un riesgo a la seguridad jurídica de los gobernados: “El riesgo de una carga excesiva de valores producto de acuñar la normativa internacional, se traduce en la creciente dependencia de la labor interpretativa, que puede mermar el principio de seguridad jurídica protegido por la propia Constitución”⁴.

Finalmente, el tercer argumento es una supuesta antinomia entre los párrafos primero y segundo del artículo 1º ante la posibilidad de que existan contradicciones entre el texto constitucional y los tratados internacionales: “Pero ¿qué sucede si un principio vagamente regulado en el ámbito del derecho internacional, está más específicamente regulado por nuestra constitución, para darle eficacia en el ámbito nacional ó para hacer efectivos otros derechos humanos igualmente relevantes? (sic)”⁵.

Ante esta situación la propuesta pretendería establecer un parámetro de interpretación, que a criterio del promovente, protege la seguridad jurídica agregando un candado a la interpretación conforme y *pro homine*, mediante la adición al segundo párrafo de las siguientes líneas: “De existir una contradicción de principios entre esta Constitución y los Tratados Internacionales de los

3 CÁMARA DE DIPUTADOS, *Gaceta Parlamentaria*, Op. cit.

4 *Ibídem*.

5 *Ibídem*.

que México sea parte, deberá prevalecer el texto constitucional, conforme a lo previsto en su artículo 133”⁶.

3. Contraargumentos a la contrarreforma

El primer argumento de la exposición de motivos, el cual que esgrime la descontextualización de los tratados internacionales de derechos humanos para su aplicación en la realidad nacional de México, resulta inadmisibles, dado que como es ampliamente aceptado, “los derechos humanos, representan exigencias inherentes a la propia naturaleza humana. Siendo ésta común a todos los miembros de la especie.”⁷ Por lo tanto, no resulta válido afirmar que derechos humanos reconocidos en el contexto internacional no apliquen en México, ya que los mexicanos al igual que todos los pueblos del mundo comparten la misma esencia humana fundamental que protegen los derechos humanos.

Si bien es cierto, es necesaria una adecuación al caso particular, esta no es la tarea del legislador, sino del juez, a través de la función jurisdiccional. “El juez le da vida al ordenamiento jurídico haciéndolo funcionar a todo él cada vez que emite un fallo. El Derecho no es algo concluido y acabado (...) El juez está integrando el sistema jurídico con su sentencia, elaborando la base del sistema jurídico todo, que descende hasta el sitio en donde el juez está”⁸.

De la misma manera, resulta inadmisibles el segundo argumento, relativo a que la doble naturaleza de los Derechos Humanos como principios y normas, atenta contra la seguridad jurídica. Si bien en cierta la existencia de esta doble naturaleza, reconocida por diversos autores⁹, no menos cierto es que la dimensión jurídica de los derechos humanos se concreta al momento en que éstos se reflejan en un documento legislativo como lo es un tratado internacional, a los cuales precisamente se refiere el artículo 1º vigente, especificando no sólo la mención a los tratados internacionales en general sino particularmente a aquellos que hayan sido firmados y ratificados por México, por lo cual la alusión a la vaguedad de los principios es inatinerente.

En todo caso, los principios en materia de derecho internacional cuentan con un desarrollo mucho más amplio y sólido que los principios en la constitución

6 *Ibíd.*

7 ALBERT, María José; GARCÍA, María, *Guía de estudio de derechos humanos y educación*, Edit. UNED, España, 2012, p. 19.

8 HERRENDORF, Daniel, *El poder de los jueces*, Universidad Veracruzana, México, 1992, p. 13.

9 Cfr. BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos*, Edit. Siglo XXI, México, 2008. ÁLVAREZ, Mario, *Acercas del concepto Derechos Humanos*, McGraw Hill Interamericana, México, 1998.

mexicana. Basta por ejemplo citar el catálogo de principios contenidos en los artículos 1º y 2º de la Carta de las Naciones Unidas¹⁰, mientras que la Constitución Mexicana ha sido objeto de críticas, precisamente por la controversia que se presenta al no incluir explícitamente un catálogo de principios generales para su interpretación, por lo cual sería un sinsentido dar prioridad a los principios constitucionales por encima de los del derecho internacional¹¹.

Finalmente, el tercer argumento se sostiene en una contradicción que no existe, ya que a la pregunta planteada, por el diputado promovente en el sentido de ¿qué sucede si un principio vagamente regulado en el ámbito del derecho internacional, está más específicamente regulado por nuestra constitución? Existe una respuesta clara, derivada del principio *pro homine* consagrado en el actual texto del 1º constitucional: aplicaría la legislación más protectora.

El actual sistema ofrece una jerarquía dinámica donde para cada caso impondrá la norma que ofrezca una mayor proyección a la persona, ya sea la Constitución Mexicana o los tratados internacionales suscritos y ratificados por México. Esta situación, no representa una afectación a la seguridad jurídica ya que en ambos casos se trata de ordenamientos legislativos claramente formulados que se integran en un sistema jurídico.

Aunado a la invalidez de los argumentos que la sostienen, es conveniente mencionar que de aprobarse, esta propuesta generaría diversas problemáticas adicionales, como la violación al principio de progresividad de los derechos humanos enunciado en el artículo 26 de la Convención Americana, según el cual los Estados deben adoptar medidas progresiva y no regresivamente para la plena consecución de éstos derechos, de la misma forma que podría obstaculizar el cumplimiento de sentencias internacionales, por mencionar algunos.

Por todo lo anterior, se considera que esta propuesta de reforma resulta absolutamente insostenible en sus argumentos y utilidad, se espera que en los próximos meses sea desechada, haciendo votos porque los legisladores, lejos de establecer iniciativas regresivas a la reforma 2011 de los derechos humanos, se ocupen por legislar los conductos necesarios para potenciar la aplicación de esta reforma, por ejemplo a través de una nueva Ley de Amparo.

10 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Carta de las Naciones Unidas, Autor, Estados Unidos, 1945. <https://www.un.org/spanish/aboutun/chartter.htm#Cap1>

11 URIBE, Enrique, "Principios constitucionales y reforma de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Año: XXXIX, Num. 115, Enero-Abril 2006, p. 237.

Bibliografía

- ALBERT, María José; GARCÍA, María, *Guía de estudio de derechos humanos y educación*, Edit. UNED, España, 2012.
- ÁLVAREZ, Mario, *Acerca del concepto Derechos Humanos*, McGraw Hill Interamericana, México, 1998.
- BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos*, Edit. Siglo XXI, México, 2008.
- CAMARA DE DIPUTADOS, Gaceta Parlamentaria, "Iniciativa que reforma el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por el diputado Francisco Agustín Arroyo Vieyra, del Grupo Parlamentario del PRI", Edit. Autor, año XVI, número 3679-II, jueves 3 de enero de 2013. <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/ene/20130103-II.html#Iniciativa1>
- DÍAZ, Gloria, "Organizaciones humanitarias rechazan reforma a derechos humanos", *Proceso*. 22 de enero de 2013. <http://www.proceso.com.mx/?p=331384>.
- EL UNIVERSAL, "Rechazan ONG reforma constitucional a artículo 1º", *El Universal*, 22 de enero de 2013. <http://www.eluniversal.com.mx/notas/897522.html>.
- HERRENDORF, Daniel, *El poder de los jueces*, Universidad Veracruzana, México, 1992.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Carta de las Naciones Unidas, Autor, Estados Unidos, 1945. <https://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm#Cap1>
- URIBE, Enrique, "Principios constitucionales y reforma de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Año: XXXIX, Num. 115, Enero-Abril 2006.

Comentario Relevante: Notarios: cancelando los sellos. Una profesión venerable se encuentra bajo presión.*

José Antonio Márquez González **

Recientemente la revista inglesa *The Economist* publicó un artículo con el título “Notaries: Breaking the seals” (“Notarios: cancelando los sellos”).

The Economist es una publicación con sede en Londres, especializada en cuestiones financieras a nivel internacional. Sus artículos, como es costumbre, no tienen autor y debe entenderse por tanto que provienen de la dirección editorial de la revista.

He aquí la traducción.

El cambio puede parecer modesto pero esta vez, en Italia, se asemeja a una revolución. Por décadas, los 5,000 notarios del país se han hecho ricos a consecuencia de leyes especiales que limitan su número. Pero ahora, para ahorrar los tiempos de espera, el gobierno trata de hacer más expeditos los trámites, y promete aumentar en 500 el número de notarios para este diciembre de 2012 y en 500 más para el próximo año.

La vida está cambiando para los notarios en todo el mundo. Mientras el gremio está perdiendo sus privilegios en Europa, su autoridad, en cambio, se incrementa en el continente asiático. Incluso en los Estados Unidos puede verse el inicio de un debate acerca de sus funciones. Hay mucho más en juego que la suerte de una oscura y poco amada profesión. Los notarios son importantes funcionarios preventivos en muchas economías, en particular cuando se trata del establecimiento de los derechos de propiedad –que constituyen la base de los mercados–. Vistos positivamente, los notarios son facilitadores que, por ejemplo, constatan la autenticidad de los firmantes de contratos y la veracidad de sus afirmaciones. Vistos en forma desfavorable, son considerados como funcionarios burócratas muy bien pagados que retrasan el trámite de los negocios rutinarios y que además aumentan sus costos.

* Publicado en *The Economist* el 11 de agosto de 2012. Visible en: <http://www.economist.com/node/21560242>

** Profesor de la Universidad Veracruzana. Titular de la Notaría 2 de la ciudad de Orizaba, Veracruz.

Los notarios son muy poderosos en Europa continental, donde los ordenamientos legales están basados en un sistema de “derecho escrito”. Al supervisar la redacción de muchos tipos de contratos, los notarios ayudan a reducir la probabilidad de futuras batallas legales, a veces costosas. Los 9,000 *notaires* de Francia disfrutaban del monopolio sobre las transmisiones de la propiedad. Los hombres de negocios en Alemania deben conseguir necesariamente el sello de un *notar* para establecer una compañía. Los *notarissen* holandeses son a su vez responsables por unas 80 clases distintas de documentos, como acuerdos prenupciales y testamentos.

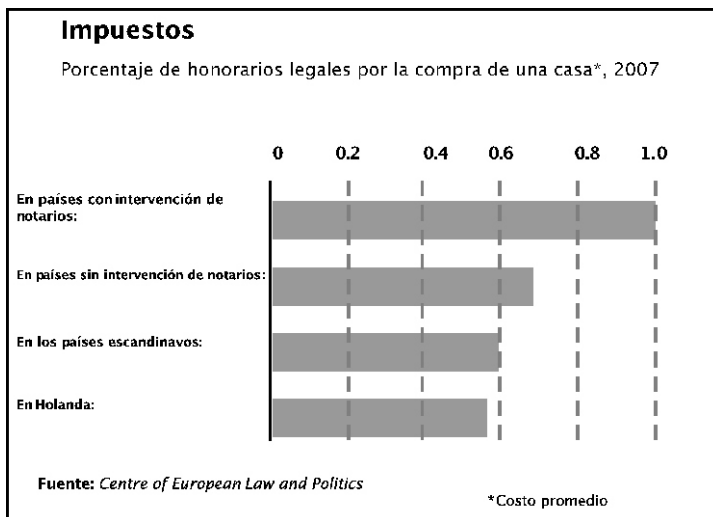
Las leyes limitan frecuentemente el número de los notarios, como sucede en Italia, donde la mayoría de ellos están autorizados para ejercer sus funciones solamente en un distrito determinado y el gobierno fija sus honorarios.

Por el contrario, los notarios son desconocidos en muchos otros países de sistemas de “derecho consuetudinario”, tales como Gran Bretaña y sus excolonias, los cuales adoptan un punto de vista más liberal en la formalización de contratos. Los Estados Unidos son el país más atípico: a pesar de que sus leyes están basadas en un sistema muy similar a éste, proliferan sin embargo unos 4, 800, 000 notarios, muchos de ellos sólo a tiempo parcial. Pero estos funcionarios no parecen tener otra función más que satisfacer el apetito desmedido de los americanos por los sellos y las formalidades, y tienen muy poco en común con sus homónimos europeos altamente calificados. “Ellos pueden ser al mismo tiempo carniceros, panaderos y candeleros”, bromea un notario europeo.

Ambas tradiciones jurídicas tienen sus inconvenientes. La función altamente regulada de los notarios europeos los ha convertido en los más prósperos de los profesionistas del Derecho. En el caso de los notarios italianos, sus liquidaciones fiscales sugieren incluso que pueden estar mejor pagados que cualesquiera otros profesionales (aunque tal vez lo que sucede es que son los más honestos en sus declaraciones). En Eslovenia, un reporte de 2004 encontró que 22 notarios estaban entre los 100 contribuyentes de más altos ingresos. Los notarios franceses son los más privilegiados de todos, dice Gisela Shaw, una experta en la profesión, porque pueden ejercer también como abogados ordinarios para proporcionar servicios legales e incluso vender su patente cuando se retiran.

Estos datos son en sí mismos alarmantes, pero la incompetencia profesional es todavía peor. El Banco Mundial ha advertido que aquellos notariados deficientemente regulados pueden inhibir el crecimiento económico. Se necesitan 59 días para registrar una propiedad en Francia, mucho más que en Liberia, Camboya y el Congo. Hasta 2006, los italianos debían acudir ante un notario

para comprar un auto usado. Un estudio llevado a cabo por la Comisión Europea en 2007 encontró que los que adquirirían una casa en países que tenían sistemas notariales excesivamente regulados, pagaban mucho más altos honorarios legales que aquellos que compraban casas en el extranjero (véase el cuadro respectivo). También, por cierto, estaban menos satisfechos con el servicio que recibían.



A pesar de todo ello, el gobierno norteamericano ha discutido si algunos aspectos del modelo europeo podrían ayudar a reducir los fraudes inmobiliarios. En el año 2008 un periodista robó las escrituras del *Empire State Building* usando una certificación notarial apócrifa. Peter Murray, profesor de la Facultad de Derecho de Harvard, mantiene que un sistema de notariado que proporcione asesoría en forma imparcial, del tipo de los notariados europeos, hubiera tal vez atemperado la crisis de las hipotecas *subprime* norteamericanas. Los litigios sobre herencias son muy frecuentes en países de derecho anglosajón, donde los testamentos son redactados en forma descuidada, según afirma Leon Verstappen, de la Universidad de Groningen.

Teniendo en cuenta todo ello, las autoridades gubernamentales están intentando procurar un equilibrio entre ambos extremos. Desde el año 2007 Corea del Sur, Sudáfrica y otros nueve países han limitado el papel que desempeñan los notarios en los asuntos inmobiliarios y en el registro de empresas. Los ciudadanos portugueses acostumbraban esperar varios meses para tramitar asuntos

notariales. Recientes reformas han ayudado a disminuir el tiempo para poner en marcha una empresa, desde un largo plazo inicial de once semanas, a solamente siete días. En el año 2011 Francia decidió otorgar a los abogados ordinarios facultades para otorgar documentos públicos similares a aquellos expedidos por los notarios. En Holanda se ha liberalizado el sistema notarial y la medida ha tenido éxito: en 1999 el gobierno decidió eliminar tanto el sistema de *numerus clausus* como el régimen arancelario. Actualmente existen sitios de información a los consumidores para que comparen los precios y elijan el más conveniente.

Notarios de todo el mundo, unidos

La Comisión Europea está apremiando algunos cambios. Con frecuencia los notarios han logrado evadir regulaciones de la Unión Europea que han liberalizado otras profesiones. El fundamento es que los notarios son funcionarios gubernamentales. Pero en mayo de 2011 la Corte Europea de Justicia resolvió que los notarios no necesitaban poseer más el requisito de la nacionalidad del país donde ellos ejercían la función. Por otra parte, el profesor Verstappen opina que las leyes que impiden a los notarios competir fuera de su área local también se van a derogar.

¿Están pues contados los días para esta venerable profesión? No es tan seguro. En tanto que los monopolios domésticos se relajan, los notarios dirigen su mirada al exterior. Ha habido intentos para facilitar el tráfico de actos jurídicos y documentos en el exterior –un papeleo tedioso–, pero han sido fuertemente cuestionados. A los notarios europeos les gustaría que los documentos que ellos producen pudieran gozar de un amplio reconocimiento en todo el continente, pero esto podría resultar en perjuicio de ciudadanos en Gran Bretaña y otros nueve países de la Unión Europea, cuyo sistema legal no dispone de documentos similares.

Por otra parte, a pesar de ciertos avances en Italia y otros países europeos, la solución de la crisis financiera no aparece a corto plazo. El papel de los notarios en enajenaciones inmobiliarias los hace poseer el carácter de recaudadores fiscales muy confiables, de manera que mientras la crisis continúe, las reformas en este sentido son arriesgadas. Algunos países mantienen que la laxa regulación anglosajona es responsable de la crisis. El nuevo Código Civil ruso que entrará en vigor en septiembre confiere a su hasta ahora débil sistema de notariado facultades mucho más amplias. Los nuevos estados del mar Báltico atraen mu-

chos profesionales recién graduados sin trabajo en Occidente, pues tienen necesidad de muchos trámites.

La autoridad de los notarios puede estarse desvaneciendo, pero su suerte no está aún sellada.

Comentario Jurisprudencial: Suplencia de la queja deficiente en materia penal

Roberto Ortiz Gómez *

En base a la reforma de derechos humanos, publicada el diez de junio de dos mil once; la Constitución Federal asumió con mayor claridad los principios universales de definición, protección y defensa de los derechos propios de la condición humana, por lo que, respecto a la impartición y administración de justicia, se implementó la obligación de realizar un control constitucional de convencionalidad, al tener que interpretar los Derechos Humanos reconocidos tanto en la Constitución Federal, como en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, adoptando siempre, la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*, conforme al cual están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aún a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior, para lo cual deberán inaplicarlas dando preferencia a las contenidas en el bloque de constitucionalidad de derechos humanos.

Así, atendiendo tales lineamientos, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de veintiocho de noviembre de dos mil doce, resolvió la contradicción de tesis 163/2012 sustentada entre el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal de ese mismo circuito, determinando que, en razón de que actualmente el artículo 20, apartados A y B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, coloca en el mismo plano los derechos del acusado y los de la víctima u ofendido, la aplicación de la suplencia de la queja deficiente sólo a favor del reo no corresponde a la realidad constitucional y social del Estado Mexicano, pues ha quedado rebasada por la transformación de los derechos humanos; por tanto, tal institución debe extenderse en pro de la víctima u ofendido del delito.

* Secretario del Juzgado Cuarto de Distrito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región del Poder Judicial de la Federación, con sede en Xalapa, Veracruz.

Dicho criterio jurisprudencial, es del rubro y texto siguiente:

SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. OPERA EN FAVOR DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO POR EL DELITO, CONFORME AL MARCO CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS QUE RESGUARDAN LOS ARTÍCULOS 20, APARTADO B Y 1° DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO OBSTANTE QUE EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO, LA PREVEA SÓLO EN BENEFICIO DEL REO.

La posibilidad de suplir la queja deficiente en favor de la víctima u ofendido por el delito representa un cambio trascendental a la cultura jurídica preservada en nuestro país desde que se instauró este principio en el juicio de amparo; sin embargo, la práctica jurisdiccional demuestra que en varios asuntos se violan derechos fundamentales en perjuicio de esos sujetos, por lo que es necesario que acudan al amparo solicitando la justicia que no han podido encontrar en las instancias naturales del procedimiento penal. Ahora bien, la labor jurisdiccional cotidiana y las diversas reformas constitucionales Y legales enseñan que el derecho es un instrumento evolutivo que no puede permanecer estático ante los cambios de la sociedad, de manera que el significado de justicia, en su acepción elemental de *dar a cada quien lo que le pertenece*, debe ser moldeado de tal forma que permita aplicar el derecho, no en sentido estricto, sino con un enfoque integral e incluyente acorde con' los tiempos que se viven, razón por la cual esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación*, ha evolucionado significativamente respecto a la visión protectora del ofendido; muestra de ello son los diversos y variados criterios relevantes con marcada mejora en el rubro de acceso pleno a la justicia, esto es, la jurisprudencia se erige como el medio conductor que actualiza las disposiciones de la ley reglamentaria y evita que el derecho positivo caiga en desuso. Así, el modelo de juicio de amparo legalista y rígido, que impone el principio de estricto derecho, ha perdido vigencia para el afectado, en virtud de que actualmente el artículo 20, apartados A y B, de la Constitución Federal, colocada en el mismo plano los derechos humanos del acusado y los de la víctima u ofendido; además, porque el segundo párrafo del numeral 1° constitucional exige que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten de conformidad con la propia Carta Magna y con los tratados internacionales de los que México es parte, de forma que favorezca ampliamente a las personas, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de tales derechos a partir del principio *pro persona*. Bajo esa línea argumentativa, se concluye que el artículo 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo, que autoriza la suplencia de la queja deficiente sólo a favor del reo, no corresponde a la realidad constitucional y social de nuestra Nación, pues quedo rebasado por la transformación de los derechos humanos; por lo que debe afirmarse que el espíritu del poder reformado que dio vida a dicho precepto y fracción. Ha perdido su asidero constitucional y, por ende, esta Primera Sala determina que tal institución se extiende en pro de la víctima u ofendido por el delito, lo que presenta un

paso más hacia el fin primordial para el que fue instituido el juicio de control constitucional, esto es, la búsqueda de la justicia.

Ahora bien, del contenido de tal criterio jurisprudencial, mismo que de conformidad con el artículo 192 de la Ley de Amparo, es obligatorio para la propia la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales; se logra evidenciar que el poder constituyente del Estado de Veracruz, al elaborar el Código 574 de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Veracruz-Ignacio de la Llave, inobservó la obligación latente de respetar los derechos humanos y por ende, las prerrogativas de debido proceso y seguridad jurídica, como se enumera en la jurisprudencia transcrita, al establecer en el primer párrafo del artículo 545 y en el diverso 554 limitantes al principio de contradicción que rige el sistema penal acusatorio, así como al de suplencia de la queja, que procuran proteger ampliamente y apartándose de formalismos, los valores e intereses humanos.

En efecto, si bien es verdad el principio de contradicción que rige el sistema penal acusatorio en el estado de Veracruz, tiene por objeto garantizar que las partes procesales tengan igualdad de oportunidades ante el juez, acorde con la etapa procesal en que se desarrollen; para presentar y argumentar sus casos en los que se sustente la imputación o la defensa, apoyados en los datos que consideren pertinentes y conducentes, lo cual permitirá al juzgador imponerse directamente de los puntos de vista opuestos, en relación con las teorías del caso formuladas tanto por el Ministerio Público como por el imputado y su defensor; también lo es, que la oportunidad de las partes de intervenir directamente en el proceso, no puede traer como consecuencia que en el caso de una defensa inadecuada, por una deficiente argumentación en el debate de los elementos presentados en su contra, se deje al imputado en estado de indefensión, al no haberse controvertido correctamente su valor convictivo, menos aún en el caso de reservarse su derecho a realizar alguna manifestación, y que su silencio sea utilizado en su perjuicio.

Por tanto, acorde a la interpretación armónica del principio de contradicción con la institución de la suplencia de la queja deficiente en beneficio del imputado, contenida en el artículo 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo, se concluye que ambos procuran proteger ampliamente y apartándose de formalismos, los valores e intereses humanos de la más alta jerarquía, por cuyo motivo, tratán-

dose de la materia penal, la suplencia se da aun en el caso de no haberse expresado conceptos de violación o agravios por el imputado, pues el órgano de control constitucional puede suplir no sólo su deficiente formulación, sino su total ausencia; ya que de estimar lo contrario, vulneraría su derecho a una defensa adecuada contenido en la fracción VIII del apartado B, del citado artículo 20 constitucional¹.

En ese contexto, al establecer en el primer párrafo del artículo 545 que: **“Para que un medio de impugnación se considere admisible, es necesario que al interponerse se exprese por el recurrente la causa de pedir que lo motive.”**; es evidente su desatención al principio de contradicción y de suplencia de las queja; toda vez que la aplicación de tales principios dentro del sistema penal acusatorio debe actualizarse aún ante la ausencia total de agravios², por lo que limitar la procedencia de los recursos a la existencia de la causa de pedir en los escritos relativos, es violatorio de los derechos subjetivos de las partes.

Por otro lado, el artículo 554 al establecer: **“La materia del recurso de apelación se limitará a resolver sobre los agravios que haya expresado el apelante, no obstante, si el tribunal de alzada al realizar una revisión total de los registros, encuentra que se aplicó inexactamente la ley, se alteraron los hechos o se violaron los principios reguladores de la valoración de la prueba, podrá suplir la deficiencia de la queja y emitir con plenitud de jurisdicción sentencia.”**; desatiende el principio de suplencia de la queja que debe regir en tratándose de la materia penal a favor del reo así como de la víctima u ofendido, pues el utilizar en su redacción el vocablo “podrá”, no implica que sea potestativo para los magistrados su aplicación, pues dicho término refiere a la posibilidad de elegir entre aplicarlo y no, circunstancia que se contrapone de forma directa con la jurisprudencia citada en primer lugar.

1 Jurisprudencia 1a. CCL/2011 (9a.) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 290, Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 1, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, de rubro: **“SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN CON LA INSTITUCIÓN DE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE”**.

2 Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 2a. VIII/96, que se lee en la página 267, del Tomo III, Febrero de 1996, del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: **“SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. SU FINALIDAD ES DAR SEGURIDAD JURIDICA AL QUEJOSO PRIVADO DE LA LIBERTAD.”**.

NOTICIAS RELEVANTES

Inauguración del Parque Tecnológico de la Universidad de Xalapa

El pasado 14 de marzo de 2013, se inauguró el Parque Tecnológico de la Universidad de Xalapa. La ceremonia protocolaria contó con la presencia del Gobernador del Estado de Veracruz, Javier Duarte de Ochoa, la alcaldesa de Xalapa Elizabeth Morales García, del Diputado Local Carlos Aceves Amezcua y del rector de la institución, el Dr. Carlos García Méndez.



Durante este evento, el Gobernador Javier Duarte aseveró que la innovación en educación superior es hoy una realidad y una prioridad para Veracruz.

“Con la apertura del primer Parque Tecnológico de Veracruz, nuestro Estado se posiciona como líder en el conocimiento. Agradezco a la Universidad de Xalapa por su implacable interés en el desarrollo de ciencia e investigación” precisó

Por su parte, el Dr. Carlos García Méndez, sostuvo que la Universidad de Xalapa siempre se ha preocupado porque sus alumnos tengan un excelente aprovechamiento escolar, por lo que ahora se procurará que experimenten y aprendan en empresas reales, para que cuando se vean en la necesidad de buscar un trabajo sea más fácil, por los conocimientos que obtendrán del parque tecnológico.

Para concluir, el Mtro. César Augusto García Soberano, Vicerrector Académico-Administrativo de la Universidad de Xalapa, expresó “En el marco de la economía del conocimiento, es importante impulsar la transferencia de conocimiento y tecnología entre universidades, así como incorporar organismos de investigación, que promuevan la creación de empresas innovadoras mediante estrategias que promuevan el valor de la Ciencia y la Tecnología en la sociedad.”



Los parques científicos y tecnológicos son espacios físicos que orientan sus objetivos hacia la investigación y la actividad de producción mediante una alianza entre universidades, centros de investigación, empresas e instituciones de educación superior. Los beneficios de su incorporación están concebidos en el fomento de la competitividad de las empresas que residen en el propio parque, la cultura em-

prendedora y de la innovación así como el desarrollo de grupos de investigación para la generación de empleo de alta cualificación que contribuya al incremento del desarrollo socio-económico del entorno en el cual sea implementado.

En específico, el Parque Tecnológico de la UX contará con una incubadora de negocios, así como las empresas filiales CDAE, CREA, CIEM y ACRÓPOLIS MULTIMEDIOS, empresas que han colocado al Dr. Carlos García Méndez como un empresario innovador y exitoso.

Cabe mencionar, que el Parque Tecnológico de la UX seguirá colocando a la primera universidad privada en la capital del Estado de Veracruz, como una casa de estudios que innova y que trasciende.

El Parque tecnológico cuenta con las siguientes características:

- Incorpora centros de investigación, tales como el Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, respecto del cual forjan una alianza para diseñar proyectos innovadores que fomenten el interés de los alumnos por la investigación y la aplicación de la misma.
- Tiene un entorno físico de alta calidad y un ambiente del tipo de campus universitario que crea un ambiente sinérgico en la transferencia e intercambio del conocimiento y la generación de nuevas empresas.

El parque de tecnología de la UX está integrado por cuatro elementos:

- Actores sociales.
- Gestores de emprendimiento.
- Escenarios didácticos.
- Árboles del conocimiento.

Presentación del libro “Del Derecho al trabajo, al trabajo con derechos”

MONTALVO ROMERO, Josefa, *Del Derecho al trabajo, al trabajo con derechos*, Códice, México 2013, ISBN: 978-607-9248-16-1

La ceremonia de presentación se efectuó el 17 de abril en el Aula Magna de la Facultad de Derecho y tuvo como moderador al director de dicha institución, Dr. Manlio Fabio Casarín León, y como presentadores al Dr. José Manuel Lastra Lastra, investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México, y a la Dra. Socorro Moncayo Rodríguez, Coordinadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

La Dra. Josefa Montalvo Romero, autora, dio comienzo a la presentación explicando que actualmente el debate del derecho laboral ha sido desplazado por otros temas que han cobrado mayor interés en la esfera gubernamental, tal como son: la seguridad y la pobreza.

“Debemos centrar el debate laboral en lo verdaderamente importante, esto es, que se cuente con un trabajo con derechos que ayuden a dignificar las condiciones laborales en todo el país” expresó.

Por su parte, Moncayo Rodríguez mencionó que el libro plantea de manera detallada los nuevos desafíos que se enfrentan en los espacios laborales: por un lado, estar a favor de las peticiones de los trabajadores y, por el otro, restarle derechos a los mismos.

“La obra nos expone la reciente reforma laboral, la cual marca una pauta importante para la modernización de las relaciones de trabajo, busca disminuir los costos de producción para competir contra el resto de

las economías, a costa de una mano de obra barata y elevar la eficiencia productiva” puntualizó.

Sostuvo que con este libro, la Dra. Montalvo reitera su preocupación por vincular la investigación y la docencia, es por ello que el grueso de sus obras van dirigidas a los estudiantes, para despertar el interés por ejercitarse el derecho laboral.

En su participación, Lastra Lastra, describió el libro como una crítica acertada a la transición que se ha dado de un trabajo con derechos a un trabajo sin derechos; tomó como ejemplo las figuras de la subcontratación y el *outsourcing*. “En las décadas de 1980 y 1990, el neoliberalismo afectó a la disciplina del derecho laboral a nivel mundial y México no fue la excepción, apareció el *outsourcing*, es decir, la subcontratación del trabajo.” precisó.

Y continuó: “todas estas figuras diabólicas que en últimas fechas se han creado, pretenden descentralizar y desvalorizar el trabajo”

Además, apuntó que la naciente obra, afronta los temas de una forma fresca y actualizada, incluso, aquellos casi inexistentes en las legislaciones, como el estrés laboral, la responsabilidad de las empresas y los riesgos en el trabajo.

Para concluir el director de la Facultad de Derecho, Manlio Fabio Casarín León, exhortó a los estudiantes de la licenciatura en derecho a leer y consultar este texto.



Conferencia Magistral: “Reforma Laboral es una “embestida empresarial”

La Reforma Laboral fue aprobada al vapor y a la ligera, sin consultar a los trabajadores y centrales obreras, lo que indica que se trató de una “embestida empresarial”, afirmó José Manuel Lastra Lastra, Académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).



En la conferencia “La Reforma Laboral con ausencia del artículo 123 constitucional” impartida a estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana (UV), el investigador indicó que la dicha reforma comprueba fehacientemente que con la llegada del Partido Acción Nacional (PAN) a la Presidencia de la República, en México se transitó de un corporativismo sindical a un corporativismo empresarial.

Criticó que la enmienda fue elaborada en un gabinete, por un solitario Secretario del Trabajo (Javier Lozano Alarcón) con una tendencia en contra del sindicalismo, sin realizarse foros públicos; y aprobada a ultranza, sin debate en el Congreso de la Unión.

Arguyó que una reforma de ley, requiere un ejercicio de consulta e investigación entre los sectores involucrados. “No existió una consulta dentro del gremio de los trabajadores ni en las centrales obreras; pero sí lo hubo en los pequeños cotos de empresarios”

Comparó la presente reforma con lo ocurrido en 1970 a la Ley Laboral, donde la discusión duró 5 años, con el propósito de escuchar las demandas de patrones, empresarios, trabajadores y sindicatos.

Pronosticó que esta nueva Ley desvalorizará aún más la vida laboral, los derechos de los trabajadores y en especial la figura sindicalismo. “El sindicalismo es un derecho por el que se ha luchado por más de 200 años. Tiene un papel importante de autodefensa, contrapeso contra los abusos en el sector laboral”.

Para finalizar, sugirió a las autoridades poner mayor atención a problemas sociales como la pobreza, hambre e inseguridad, puesto que en el centro de ellos se pueden derivar conflictos sociales. “La realidad es una y otra la intención de los gobiernos, que con programas sólo resuelven lo urgente y no la problemática que existe de fondo”.

Lineamientos para los autores

El objetivo de la revista *Letras Jurídicas. Revista Multidisciplinar del CEDEGS*, es ser un órgano especializado de divulgación científica que presente los resultados de investigaciones relevantes sobre líneas de generación y aplicación del conocimiento en áreas afines a la ciencia jurídica y con una visión multidisciplinaria que contribuya a la discusión de problemáticas actuales, tanto locales como globales.

Las colaboraciones se recibirán y se turnarán a dos árbitros especializados. En el caso de haber sido aceptado el artículo o reseña, pero con observaciones o comentarios por parte de los lectores especializados, éstos se remitirán al autor, para que sean incorporados al texto a la brevedad posible. El comité editorial se reserva el derecho de realizar ajustes menores al texto, que no modifiquen su contenido, como resultado de la revisión de estilo en el proceso editorial para su publicación. Las colaboraciones deberán ser inéditas y en su defecto el autor deberá hacer del conocimiento del comité editorial del lugar donde fue publicado su trabajo previamente, quedando a reserva de éste la autorización de su publicación. Asimismo, el comité editorial incorporará las colaboraciones en estricto orden de recepción definitiva y considerando siempre los límites físicos y presupuestales de cada número.

Las colaboraciones deberán enviarse únicamente al correo electrónico: letrasjuridicas@hotmail.com.

El autor entregará la versión electrónica al correo indicado, sirviéndose para ello del procesador de textos *word*. Se utilizará letra *Book antiqua* en 12 puntos, con hojas numeradas en la parte central, a un centímetro del margen inferior, a espacio sencillo, con márgenes (superior, izquierdo, derecho e inferior) de 3 cm, y con un total aproximado de 30 a 32 líneas.

Los artículos tendrán una extensión de 8 a 15 cuartillas, evitando las transcripciones textuales excesivas o demasiado largas. En la página inicial se dejará un margen superior de 6 espacios. El título del artículo se anotará al centro. Éste deberá escribirse con altas y bajas, en 14 puntos y negritas. A continuación se escribirá el nombre del autor en 12 puntos, sin negritas. Se indicará con un asterisco y nota de pie de página la identificación del autor. En el caso de los autores que participen por primera vez deberán anexar un *curriculum vitae* resumido.

Las reseñas bibliográficas se referirán a libros científicos de reciente publicación que sean relevantes para la investigación o el aprendizaje del Derecho, no deberán exceder de 4 cuartillas y los comentarios legislativos o jurisprudenciales

de 5. Incluirán un título, abajo nombre del autor y enseguida los datos de identificación del documento que se comenta (libro, artículo, sentencia, reforma de ley, etc.) Se evitará la transcripción excesiva e incluirá un comentario final del autor, para los demás aspectos seguirán los lineamientos de los artículos.

En el caso de los artículos, deberán comenzar con un **resumen** en español y un **abstract** en inglés de no más de 200 palabras, que sintetice el contenido del artículo, y deberá incluir además las palabras clave o *keys words* que permitan la clasificación del contenido de la colaboración.

El artículo incluirá un sumario de contenido con numeración decimal. Los encabezados de cada apartado se escribirán en altas y bajas, en negritas y 14 puntos.

Respecto a las citas, se deberá tener presente las indicaciones cuando sean de una extensión de hasta 40 palabras, en cuyo caso deberán ir dentro de cuerpo del texto, entrecomilladas o, si rebasan esta extensión, deberán ir separadas del texto, con margen de 5 espacios en el margen izquierdo, sin comillas, con letra 10 puntos.

Las notas a pie de página deberán presentarse de la siguiente manera: Las llamadas de nota deberán indicarse con números volados o en superíndices, con un carácter de 10 puntos y sin paréntesis.

No deben confundirse las notas a pie de página con las referencias bibliográficas. Dichas referencias deberán comenzar con el apellido del autor en mayúsculas o versales, seguido por su nombre, el título del libro o el nombre de la revista en cursivas, "título del artículo", editorial, colección, lugar y año de publicación, así como el número de la página de donde se extrae la cita o el número de páginas totales del libro en caso de que sólo se cite una idea general.

La bibliografía general se incluirá al final del artículo, sin omitirse en ningún caso, con la leyenda Bibliografía al centro y en la parte superior de la cuartilla en 14 puntos, y con un colgado de 3 cm. aproximadamente del resto del texto.

El apellido o los apellidos del autor se ordenan alfabéticamente y el nombre, en altas y bajas. Después de una coma (,) aparece el *título* (y el *subtítulo* en caso de que lo haya) en cursivas, o el nombre del artículo entrecomillado. Luego de una coma (,) se incluye la editorial, colección, lugar, año de edición y número total de páginas del libro.

En caso de ser aceptado el artículo, cada autor recibirá un ejemplar si son extranjeros, tres para nacionales y cinco para locales.

La dirección del Centro de Estudios sobre Derechos, Globalización y Seguridad es Galeana y 7 de Noviembre, Zona Centro, Xalapa, Veracruz, México, C.P. 91000. Para mayor información dirigirse al correo letrasjuridicas@hotmail.com

Esta revista se terminó de imprimir y encuadernar en el mes de junio de 2013. En CÓDICE-SERVICIOS EDITORIALES, Xalapa, Veracruz. El tiraje fue de 300 ejemplares. El cuidado de la edición estuvo a cargo de Rebeca Elizabeth Contreras López.

