

Letras Jurídicas

Volumen 6

Julio - Diciembre 2002

Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad.

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

Tel. (2288) 186841

ISSN 1665-1529

letrasjuridicas@hotmail.com y contacto@letrasjuridicas.com

Invitados

Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y subconstitucionales de los entes locales^{*}

Lucio Pegoraro^{**}

Traducción de Pedro Torres Estrada^{***}

SUMARIO: Sección I. Premisas metodológicas: 1. Metodología de investigación. 2. Perfiles teóricos comparados. 3. Elementos determinantes para la clasificación de los sistemas de gobierno local. Sección II. La protección constitucional y subconstitucional de la autonomía local: 1. Premisa. 2. Tutela sustantiva. 3. Garantías procedimentales. 4. Conclusiones.

Sección I. Premisas metodológicas

1. Metodología de investigación

En el contexto de un más amplio debate dirigido a profundizar en clave interna (de derecho constitucional y administrativo nacional) el actual papel general de los tradicionales entes locales –*Estado, Región, Länder o Comunidades Autónomas, Provincias* (donde existen) y *Municipios*, así como en el marco de la integración europea– la investigación en materia de garantías constitucionales (y subconstitucionales de los entes locales), desarrollada desde una perspectiva comparada, debe llevarse a cabo desde dos perspectivas, relacionadas entre sí.

La primera pregunta a la cual hay que dar respuesta se refiere, en efecto, al mismo camino de una búsqueda con todo el entorno que sigue: ¿En qué forma se puede hacer una comparación fructífera, con el fin de conseguir los tradicionales objetivos de la investigación comparada? (en particular no sólo el conocimiento *an sich*, sino también la mejora de la legislación). ¿Cuáles son las categorías de análisis que se necesitan para crear clasificaciones y previamente para delimitar los ámbitos a excluir, en cuanto no son homogéneos o sólo aparentemente homogéneos? ¿En qué medida la dimensión temporal influye sobre el resultado de las clasificaciones?. (Dicho de otra manera: ¿Es más productivo analizar las tendencias de un largo período, o “fotografiar” el derecho positivo, así como analizar la estratificación en un determinado momento histórico?). ¿En el momento actual de la investigación parece más útil una búsqueda macro comparativa o –

^{*} Ponencia del Congreso “Retos del derecho constitucional del siglo XXI. Entidades Locales, Estado Nacional y Unión Europea”, celebrado en Baeza (España) durante los días 27 y 28 de junio de 2002.

^{**} Catedrático de Derecho Comparado en la Universidad de Bolonia (Italia).

^{***} Investigador de la Universidad de Salamanca.

también a los fines prácticos de la comparación– hacer una investigación que se limita a confrontar dos o tres ordenamientos considerados *a priori* homogéneos?. En fin: ¿Es posible pensar en el derecho comparado de los entes locales como una subdivisión del derecho público comparado?.

En cuanto al segundo punto se trataría en primer lugar de analizar la pregunta ¿Qué cosa se entiende por “garantía constitucional de los entes locales”?. Por lo tanto, se puede tomar en consideración, con los distintos instrumentos usuales al análisis científico, los elementos “importantes” a fin de crear categorías homogéneas, construyendo si se da el caso una axiología de los mismos. Evidenciando similitudes y diferencias entre los distintos ordenamientos, para proponer al fin una clasificación.

2. Perfiles teóricos y comparativos

Como es ampliamente conocido, las comparaciones se pueden hacer tanto por analogía como por diferencia. Es decir, al confrontar varios ordenamientos, varios institutos jurídicos, hay que evidenciar no sólo qué es lo que los une sino también qué es lo que los divide o separa.

Es necesaria sin embargo, una indicación más precisa: las comparaciones se pueden hacer también sólo por diferencias, pero ésta metodología sirve casi exclusivamente para la macro comparación, dirigida a la construcción de clasificaciones (por ejemplo, cuando se contraponen las familias jurídicas del *common law* y el derecho civil, o la forma de Estado liberal democrática que se contrapone, a la autoritaria, socialista, teocrática etc., prevalece sin duda la evidencia de los elementos diferenciales sobre los que unifican y la finalidad del análisis es precisamente la de hacer aflorar la diversidad). Es más difícil que suceda lo contrario, es decir, que se pueda hacer comparación solamente por analogía. En efecto, también en el caso límite de una copia fidedigna de una Constitución o de una ley, de un instituto jurídico de un ordenamiento a otro, en la cual factores ajenos a la letra de los textos normativos concurren para dar vida a la Constitución, a la misma ley, al mismo instituto en un contexto histórico, social, político y sobre todo normativo que los transforma, los modifica y en concreto los hace diferentes (al menos un poco).

En concreto, siempre en la hipótesis de búsqueda microcomparativa, deben subsistir analogías y elementos unificadores que prevalezcan sobre los elementos que marcan las diferencias. La comparatividad –o sea, la idoneidad de un objeto para prestarse a la confrontación– implica que el humus jurídico sea común, como también –a grandes rasgos– las condiciones de operatividad que rodean al mismo.

El estudio de los ordenamientos territoriales locales se presta tanto a un análisis macrocomparativo como a uno microcomparativo. Y la investigación puede ser tanto por analogía como por diferencia.

Con algunas excepciones (por ejemplo, en el ordenamiento de tipo tribal o de clan, por otro lado ampliamente regresivos, o sea donde el nivel de organización social de base no considera el territorio un elemento constitutivo), gran parte de los ordenamientos estatales, cualquiera que sea la familia jurídica de pertenencia, conocen o reconocen de hecho una unidad primordial que se organiza sobre un territorio mínimo (por encima de la familia así configurada). Es lo que pasa en la Europa continental o en los Estados que pertenecen a la corriente del *common law* (sea europeo o extraeuropeo), en América latina, en África, en Asia (sobre todo por la influencia colonial) prescindiendo de la pertenencia de

los mismos a la forma de Estado liberal democrático, o autoritaria o socialista, o –siempre que se admita la existencia de esta clase– del Estado en vía de transición.

Una primera gran diferencia macrocomparativa sería justamente confrontar inicialmente los sistemas jurídicos donde tal forma organizativa territorial existe, a los demás donde no existiese. En operaciones conceptuales de este tipo, antes de individualizar las categorías de análisis necesarias para crear una clasificación útil para un análisis macrocomparativo del gobierno local, surge la exigencia de determinar los ámbitos a excluir, no sólo porque no sean homogéneos sino también en cuanto son sólo aparentemente homogéneos. El ejemplo que viene inmediatamente a la mente a este propósito es la (ya restringida) área del ordenamiento de *soviet law*, dentro de la cual el partido único influencia también el nivel local, donde existen entes territoriales mínimos, o de primer nivel, comparables a las municipalidades. Entre tanto, parece provechoso contraponer el modelo de gobierno local socialista con los ordenamientos liberal democráticos (o mejor las soluciones adoptadas en los distintos países socialistas con las que se articularon en el mundo occidental) así, menos útil es confrontar, por ejemplo el sistema local cubano o vietnamita (y un tiempo de la Unión Soviética) con el mexicano, venezolano, español o italiano.

La otra cara del mismo problema viene dada por el eventual eclipse temporal de importantes elementos comunes, que si bien se encuentran en la mayoría de los entes territoriales menores (por ejemplo, la elección de todos o de parte de los miembros de los órganos, la rotación de los mismos, la disminución de funciones propias o delegadas que venían normalmente ejercitando, etc.). Lo mejor en las clasificaciones, es registrar sólo las tendencias a largo plazo (L. Elia).

Como normalmente sucede, también en otros sectores, la investigación se revela más fructífera si se apoya sobre la diferencia entre formas de Estado, también con la finalidad de estudiar las diferencias en la forma territorial menor sobre la aceptación o el rechazo de los principios que inspiran la liberal democracia. Es precisamente al interior de la forma del Estado liberal democrático donde es útil el estudio, que se proponga también intentar verificar comparativamente –desde el punto de vista del derecho nacional– los instrumentos, los niveles normativos, las metodologías y generalmente el estándar de protección de la autonomía local.

3. Elementos determinantes para la clasificación de los sistemas de gobierno local

Realizada la opción preliminar de circunscribir la investigación al área de la forma de Estado liberal democrático, respecto a este punto, sería bueno tomar en consideración algunos de los siguientes elementos que condicionan el acercamiento, según el ámbito escogido. Si la investigación es circunscrita a dos o tres ordenamientos, la selección de los mismos no puede prescindir de una motivada consideración de la raíz histórica de la cual derivan y de la familia jurídica de pertenencia, además de otros factores comunes para un estudio más amplio (que analizaremos en las próximas líneas). Tales elementos limitan ampliamente al investigador más de lo que sucede en investigaciones que juntan o clasifican una pluralidad de sistemas. Un ejemplo que nos permitiría aclarar el concepto consiste en comparar los ordenamientos locales ingleses con aquellos estadounidenses y/o canadienses; donde los últimos, en efecto representan una filiación jurídica del primero y son hasta ahora más que evidentes “*ictu oculi*” las diferencias (tal es el caso de la presencia

en los Estados Unidos de un sistema federal) así como se perciben numerosas afinidades, a causa de los orígenes comunes y también de la permanente vigencia del principio de autonomía del *self government*, que en el curso de los siglos ha caracterizado la evolución misma del *common law* (J.O Frosini). Así también sería provechosa, por razones análogas una comparación entre el modelo francés y el italiano o también, aun siendo de tradición o de raíz bastante distinta, el suizo, el francés o el alemán (el “cemento unificador” de la forma común de Estado y de la familia jurídica no impide que se señalen las profundas diferencias organizativas y funcionales, se buscan los factores –también operativos– que tengan en común los tres sistemas). Viceversa ¿Qué sentido o utilidad científica y práctica, tendría comparar por ejemplo, el ordenamiento español con el australiano? ¿O el mexicano con el canadiense? Probablemente ninguna, al menos que la meta de la investigación no fuera precisamente la de buscar la circulación de influencias y soluciones en ordenamientos lejanos, sino propiamente las diferencias entre ellos. En conclusión –entender las diferencias, antes de comparar– en efecto todo puede ser comparado (G. Lombardi).

Una investigación macro comparativa, orientada hacia horizontes más amplios (clasificaciones), ya sea en el ámbito de los ordenamientos liberales democráticos, debe tener en consideración algunos otros factores influyentes. Que quede bien claro: en la actividad clasificatoria hay siempre una buena dosis de arbitrariedad, dado que entre los factores subjetivos que influyen en los modelos clasificados el más importante está representado por los elementos que cada uno de los juristas asume como fundamental para la finalidad que se ha propuesto. En relación con los estudios clásicos, como aquellos que han sentado las bases para la teoría moderna de las formas de gobierno, por ejemplo, estos han sido poco a poco identificados conjuntamente o por separado, dentro de las relaciones comunes entre los órganos constitucionales, en el criterio de atribuciones del poder a uno o más órganos, en la autonomía o en la colaboración entre los órganos, en la distribución del poder político, en la sistematización de los partidos políticos, en los sistemas electorales adoptados, en el rol atribuido a la oposición, en la persistencia en referencia a este o aquel sujeto de un específico poder (como aquel de la disolución de las asambleas parlamentarias)...

En el tema de gobierno local podemos individualizar los elementos “esenciales” a tener en cuenta con el fin de construir clasificaciones que permitan comparaciones fructíferas para el conocimiento y para la práctica, todo esto de acuerdo a la clasificación siguiente:

a) En primer lugar –se puede intuir basándose en el ejemplo ilustrado en el inicio del párrafo– es de gran importancia la evolución histórica en cada caso. Como ya fue comentado el “modelo” napoleónico, a su vez no del todo destacado de un origen más lejano y el modelo inglés, íntimamente ligado a la evolución de la *lex terrae* están caracterizados por enfoques opuestos que han marcado sus sucesivos desarrollos evolutivos, este hecho en sede clasificatoria induce necesariamente al estudioso a contraponer los sistemas originarios y derivados de una y otra familia (mientras la investigación más circunscrita, le sugiera o le oriente a concentrar su atención a sistemas que operan al interior de la familia). Las influencias de la familia jurídica de pertenencia conllevan, de hecho, formidables consecuencias también por debajo del perfil del análisis empírico: basta pensar en la “natural” asimetría que caracteriza los sistemas locales del *common law* en comparación con la sustancial uniformidad que, por el contrario, caracteriza el modelo francés y en forma general, los sistemas continentales.

b) Operada esta primera división, otro elemento a considerar es la existencia de un ordenamiento-matriz y de ordenamientos derivados: ¿en qué medida un sistema de gobierno local, cualquiera que sea el ordenamiento total de pertenencia, es tributario de una recepción impuesta (por ejemplo en gran medida, en el caso del modelo italiano respecto al francés), y en qué medida reviven los *crittotipi* (por ejemplo la historia común de la antigua libertad comunal)? ¿Aún más: en qué medida, y con qué características las condiciones históricas (como en el caso de las ex colonias de los Estados Unidos, después de la independencia) han traspasado el sistema en un momento dado, sobreviviendo a eventos traumáticos como una revolución, una conquista, un golpe de Estado o a los cambios de la forma de Estado o de la forma de gobierno?. Por ejemplo, en el norte del continente americano la lucha por la independencia de Inglaterra y después la instauración de un ordenamiento completamente nuevo en los Estados Unidos no se ha alimentado el anhelo de “quemar las viejas leyes, y hacer otras nuevas” (Voltaire) en materia de gobierno local. Es decir, no han inducido los *framers* y después los legisladores a dejar el núcleo del sistema de administración local, herencia de la antigua potencia colonial, como factores importantes de cambio como la estructura institucional –República en lugar de monarquía–, la forma (o tipo) de Estado –uno central, y otro federal–, la forma de gobierno –parlamentaria en Inglaterra, presidencial en la ex colonia americana– aún habiéndose producido repercusiones organizativas y funcionales de importante relevancia, todo lo anterior, ha quedado en segundo plano, e incluso después de la revolución, el sistema estadounidense ha continuado representando casi un clon del modelo original. En el estudio comparado, las problemáticas de este tipo asumen relevancia decisiva, a pesar del peligro de clamorosos malentendidos.

Preparado el campo, con relación a estos temas, la exigencia de comprender primordialmente los sistemas de gobiernos locales que se quieren estudiar o someter a confrontación cualquier investigación de derecho positivo vigente debe tener presente los siguientes elementos, cuales quiera que sean sus objetivos: crear clasificaciones amplias e incluso buscar sus analogías y diferencias de un determinado número de ordenamientos.

c) Un primer elemento se refiere a la estructura del sistema de fuentes, que se relaciona no sólo a la exigencia de fuentes de auto organización local (estatutos, reglamentos), sino también al papel jugado por las fuentes de los niveles superiores. Entre las principales preguntas a las que hay que dar respuesta, tenemos al menos las siguientes: ¿La autonomía local goza o no goza de protección constitucional? ¿Qué amplitud tiene esta protección? ¿La materia “gobierno local” es objeto de reserva de ley estatal o sobre ellas pueden existir también fuentes secundarias (reglamentarias)? ¿También la Constitución la reserva a la competencia legislativa de niveles inferiores (*Regiones italianas y belgas, Cantones suizos, Länder alemanes y austriacos, Comunidades Autónomas españolas*, etc.)?.

d) Entra en juego y es entonces valorado otro aspecto, el de la estructura territorial del ordenamiento general. La circunstancia que este sea federal, regional, autonómico o centralista influye, sobre el nivel de protección (v. *sub. c*)), así como sobre factores jurídicamente más intangibles, como las relaciones políticas entre centro y periferia, o los acuerdos que puedan generarse entre los partidos y las mayorías, bien sea en el parlamento nacional o en las asambleas legislativas descentralizadas, respectivamente; o también en la potencial capacidad de interdicción recíproca de políticas en materia local, elaborada en la sede superior o en la inferior, etc. En este cuadro debe ser estudiado cuál es el ente al que le

compete decidir sobre el depósito de funciones a niveles menores o sobre la institución de controles, o sobre la creación de ulteriores entes que pueden colocarse en posición subsidiaria o incluso en posición contraria respecto de aquellos tradicionales (por ejemplo: *Asociación de municipios*, también entes territoriales como la *Comunidad Montana*, las *Áreas Metropolitanas*, etc.). ¿Existe después a gran escala distintas formas asociativas, que erosionan la competencia del nivel menor de gobierno? Va también analizado en este contexto el rol eventual del ente de segundo nivel (como las provincias) y también, esto es importante, la estructura uniforme o diferenciada del gobierno local.

e) Con fines clasificadores y de estudio, un último elemento de valoración, viene representado por el aspecto estructural. Respondiendo a las preguntas: ¿Quién organiza?, o ¿Qué fuente organiza? o ¿Qué nivel de gobierno tiene el poder organizativo?; en materia de entes locales, es necesario agregar la siguientes: ¿Cómo se organizan los entes locales? ¿Qué órganos se dan o tienen? ¿Cómo se seleccionan los miembros de los consejos o el jefe de la administración, y sus colaboradores? ¿Qué relación subsiste entre los órganos?. También, por ejemplo: ¿En qué medida la democracia directa se intercepta con la democracia representativa?.

f) Otra materia que debe ser objeto de estudio, siendo imprescindible a cada estudio sobre *local government* en general (que sin embargo puede ser útil también por investigaciones particulares) está relacionada con la tipología de funciones ejercitadas: también en este caso no cuenta solamente quién decide cuáles sean, sino sencillamente también cuáles son. ¿Muchos? ¿Pocos? ¿Importantes? ¿Marginales? ¿Opera el principio de subsidiariedad en el campo administrativo?.

g) Sobre todo si se considera al derecho no sólo *law in the books*, sino también *law in actino*, un perfil que va debidamente considerado es también representado por el nivel de autonomía financiera de los entes locales: autonomía, la cual aún si es reconocida en los textos legales (Constitución, ley), puede ser enfatizada o viceversa mortificada al nivel administrativo (como consecuencias de los factores extrajurídicos, esto es, políticos y/o económicos).

h) La tipología de los controles constituye un factor de relevancia, es decir ¿Es posible configurar en los ordenamientos investigados, un sistema de controles no sólo técnico jurídico sino también sobre la eficacia y la eficiencia de la acción de los entes locales? ¿Quién realiza estos controles? ¿Son controles también de mérito?. Lo relevante de la pregunta parece evidente: el nivel de autonomía, la capacidad de elaborar direcciones administrativas autónomas, de recoger políticas propias, depende en gran medida de la existencia o no de los controles preventivos o posteriores ejercitados por el centro o por el nivel intermedio y de la intensidad de los mismos.

i) Entre los factores en parte jurídicos, en parte extrajurídicos a tener en consideración, está por ultimo el sistema electoral en la medida en que favorece la visibilidad de los “notables” y un poder contractual del alcalde sobre los otros componentes del ente y también hacia el exterior.

El elenco ahora expuesto no pretende ser exhaustivo: el conocimiento del marco de referencia ya antes comentado debería, por lo tanto, consentir, por un lado, realizar clasificaciones científicamente atendibles; por otro, individualizar modelos ejemplares o crear modelos de investigación histórica ahí donde sea posible. Además, la creación de clasificaciones es indispensable en dos diversos niveles de búsqueda: en primer lugar, para

estudiar globalmente un número circunscrito de sistemas de gobiernos locales; en segundo lugar, para analizar peculiares aspectos de los mismos (las formas organizativas, las finanzas, los controles y las funciones, etc.), lo que es posible hacer -sea el número que sea de ordenamientos elegidos- sólo después de haber verificado el nivel de compatibilidad.

Sección II. La protección constitucional y subconstitucional de la autonomía local

1. Premisa

En el contexto antes sucintamente tratado, puede articularse con mayor conocimiento de causa y con método científico el estudio de un argumento tópico en las investigaciones sobre el gobierno local: la protección constitucional de la autonomía y los instrumentos para su tutela. Estudio que puede ser desarrollado, sea desde una perspectiva interna o bien comparada. El estudio en este segundo caso, como en muchos (si no en todos) de los estudios comparados, puede ser desarrollado con precisa finalidad de conocimiento o con fines (sólo) prácticos.

El encuadramiento sistemático es indispensable, por tanto, para una investigación conducida desde el interior y para el interior (ya se refiera al ordenamiento español, mexicano, venezolano, italiano o de otros países) ya que cada sistema padece las influencias de la experiencia histórica, nunca ajena a las experiencias extranjeras; soporta también la influencia de las referencias a valores comunes a nivel mundial (o más limitadamente europeo o norteamericano), nos referimos en particular a las circulaciones de los valores conexos a la expansión de la liberal-democracia; en fin, para que cada ordenamiento tienda, con mayor o menor grado de conocimiento a imitaciones “buenas” o “serviles” de otros contextos. Quien quiera estudiar sólo el propio ordenamiento puede hacerlo sin olvidarse de las enseñanzas ofrecidas a través de la comparación.

A mayor abundamiento, quien se disponga a estudiar la garantía constitucional de los entes locales desde el punto de vista comparado, no puede ignorar la importancia de una adecuada metodología y de una labor preparatoria sobre las categorías de referencia, necesarias en cuanto que cada experiencia (mexicana, española, venezolana, italiana, etc.) puede ser enmarcada dentro de un cuadro amplio, y por lo tanto valorada conscientemente en términos de coherencia interior y exterior, de rendimiento, de flexibilidad, de idoneidad de la tutela, etc.

Dada la naturaleza de esta breve contribución, aquí queremos sólo recordar que las garantías son de varios tipos. Las principales diferencias se dan entre garantías sustantivas y garantías procedimentales. Circunscribir el problema sólo a las segundas sería limitarlo, en cuanto no permitiría comprender la complejidad del problema.

2 Tutela sustantiva

a) Entre las garantías de índole sustantiva de la autonomía local, la primera esta representada por la expresa tutela constitucional de la misma. El sólo hecho de que la Constitución mencione (“reconociéndola”, “promoviéndola”, o utilizando formulas similares) la autonomía local, pone éstas últimas a resguardo de los “enemigos”: en particular el gobierno o los partidos que lo sostienen, quienes para reducirla, limitarla o incluso anularla, nunca podrían contar sólo con el apoyo de la sola mayoría parlamentaria, siendo necesaria una revisión constitucional para proceder en tal sentido; incluso, por la

misma razón los entes territoriales sub-estatales, en caso de que la repartición constitucional de la competencia les confiera la posibilidad de dictar las reglas en materia de entes locales.

La protección constitucional puede variar según el nivel de tutela reconocida en el texto. Por ejemplo: la Constitución puede limitarse sólo a una señal, a una breve mención, casi a una presunción de la existencia de los entes locales (el caso de Francia, donde sin embargo esto fue suficiente para inducir a la doctrina y la jurisprudencia a yuxtaponer los entes territoriales “constitucionales” a los legislativos) (C. Chabrot, G. Pavani) o como en Italia, la Constitución puede impulsar el reconocimiento, admitiendo la preexistencia, los entes locales como entes autónomos, obligando a los órganos del Estado a promover y adecuar la legislación a la exigencia de descentralización y autonomía (artículo 5). Incluso la Carta Fundamental puede prever la potestad de autoorganización, puede individualizar la fuente habilitada: según los casos, un estatuto generalmente con fuerza superior a aquélla de los reglamentos locales (ver artículo 123 de la Constitución italiana), o el reglamento autónomo; pueden ser enunciadas en las hipótesis indicadas las funciones intangibles de los municipios, provincias y/o de otros entes locales (Suiza por ejemplo); o ser manifestación del principio de subsidiariedad, como en el *Grundgesetz* alemán, que por la vaguedad semántica que lo caracteriza y por ser ambiguo, se presta a ser utilizado a fin de protección (A. Rinella).

Normalmente, los textos constitucionales son breves y sintéticos en este sentido (excepto, paradójicamente la Constitución consuetudinaria inglesa, porque “materialmente la autonomía local forma parte del núcleo duro” de la *common law*, y de consecuencia la supresión aparece en tal contexto inimaginable, su misma limitación se presenta difícil de parte de un *statute* incluso en presencia del máximo principio “que el parlamento puede hacer todo excepto cambiar un hombre en una mujer” (De Lolme). Normalmente, son los Tribunales Constitucionales quienes dan significado o sentido a la letra de la Constitución, y en particular individualizan qué cosa es insuprimible y qué cosa no lo es.

b) Una segunda garantía sustancial –atención, es siempre la Constitución el referente– es la previsión de una reserva de ley en esta materia: reserva que puede ser ordinaria o, en algunos casos, orgánica. Ésta última introduce un elemento de mayor garantía, en cuanto que para la aprobación de leyes orgánicas se contemplan procedimientos agravados (mayorías cualificadas, opiniones obligatorias del Tribunal Constitucional, etc.). La reserva de ley, obviamente prohíbe que se modifique (*in peius*) el nivel de autonomía por el poder reglamentario, en manos del gobierno. Y a este propósito, una variante significativa que va investigada es si la reserva reconocida en la Constitución es absoluta o relativa, y en este segundo caso, si está permitido que los reglamentos ordenen, al menos parcialmente la materia. Parece en cambio ajeno al sistema de las garantías –o menos influyente de cuanto podría parecer a primera vista, aunque la cosa sea bien valorada– la circunstancia de que sea la ley estatal la que garantiza la autonomía, en lugar de ley regional. En verdad, desde una perspectiva empírica se nota como la solución es muy diferente, sólo si se considera, los ejemplos de los Estados Unidos, de Suiza, de España, de Italia, de Alemania y hoy del Reino Unido (aún si la tendencia es en el sentido de “regionalizar” la materia incluso como en Italia donde históricamente los entes locales han buscado la protección del Estado en la confrontación del nivel intermedio, sobre la base del modelo francés).

c) Otra garantía sustantiva se encuentra en una disposición constitucional presente en casi todas las Constituciones: la tutela de igualdad, que frecuentemente –como en España,

Francia, Italia– se extiende, después de interpretaciones jurisprudenciales, a las personas jurídicas (también a los entes locales) y que de todos modos consiente una valoración sobre la irrazonabilidad de eventuales disciplinas discriminatorias, ya sea según un esquema trilateral (prohibición de discriminación de un ente o de una categoría de entes respecto a los otros) ya sea bilateral o intrínseco (prohibición de producir normativas irrazonables).

d) Para ofrecer garantías sustanciales a la autonomía local puede servir también el complejo de las disposiciones constitucionales que siempre pueden servir de parámetro para interpretar eventuales normativas de compresiones del nivel local. Por ejemplo, las normas españolas sobre el derecho foral, también otras más genéricas e indeterminadas o, mejor, generales, por ejemplo, sobre la libertad de asociación, sobre la tutela de la minoría, sobre el derecho parlamentario y las garantías para la oposición (que se extienden analógicamente, o en cuanto constitutivas de los principios generales, también a otras asambleas electivas), etc.

e) Por las razones sintéticamente ilustradas en la Sección I.3, una importancia peculiar asumen las disposiciones en el tema de finanzas locales: las cuales, en el nivel constitucional no son suficientemente reguladas y que encuentran después desarrollo en normas legislativas (algunas veces centrales otras periféricas o secundarias), idóneas (o al menos y en medida distinta) para hacer *efectiva* la autonomía en otro lugar asegurada; ya que –sería superfluo recordarlo– claramente la posibilidad de recurrir a recursos propios, va más allá de tener autonomía de gasto, concurre a asegurar la posibilidad de recorrer propias políticas administrativas y de ejercer responsablemente las funciones de competencia.

3. Garantías procedimentales

a) Entre las garantías procesales, o procedimentales en sentido amplio, una investigación comparativa en el tema de autonomía local no puede desconocer, en primer lugar, el ya recordado elemento representado de la estructura por los textos constitucionales en el tema de controles sobre los entes menores: el control puede ser previsto a nivel constitucional, o no previsto, del cual se puede deducir la prohibición o la facultad para el legislador de introducirlos o no. Puede ser preventivo o sucesivo, de legalidad o de mérito, con o sin revisión, puede ser desarrollado por órganos del Estado o por los grandes entes periféricos. Pueden ser previstas más formas de control, también una pluralidad de los mismos, con influencia también sobre la eficacia de la acción administrativa local.

b) En general una garantía procesal viene dada después de la interposición de recursos ordinarios o administrativos. A tal propósito, el estudio de la materia debe tener en cuenta principalmente, aunque no sólo, la existencia de disciplinas especiales o derogatorias respecto a aquellas comunes (con particular sensibilidad por las profundas diferencias existentes de los ordenamientos del *common law* respecto aquellos de *civil law*). En cuanto al lado pasivo (que exista la posibilidad de impugnar los actos de los entes locales), particular interés puede asumir la investigación sobre los eventuales privilegios de las administraciones que son la parte del contencioso.

c) Más incisiva es la posibilidad de los ayuntamientos o municipios de recurrir en contra de los actos estatales o regionales ante el Tribunal Constitucional, o de ser partes en el conflicto. Esta posibilidad es prevista en Alemania, Austria, España, México y en otros ordenamientos, unas veces en la confrontación de actos de cada administración y territorial y otras de aquellas intermedias. Las normativas contemplan normalmente muchos filtros y limitaciones impuestos por razones prácticas, con ese riesgo de abusos y de usos dilatorios,

con tal de crear interferencia en las relaciones entre los distintos niveles de gobierno. El tema del análisis de este tipo de recursos se intercepta con elementos conexos a la compleja estructura de la justicia constitucional, hoy sobrecargada de múltiples funciones (S. Baldin, G.F. Ferrari), en particular con el problema dado de riesgo de saturación de la agenda del Tribunal. Desde una diversa perspectiva –es decir, desde la ciencia política y la ciencia de la administración– el argumento se estudia además por la posibilidad de que el recurso de los ayuntamientos (y/o provincias y/o otros entes locales, como en Alemania los consorcios) produzcan o sean generados de conflictos políticos (más allá que jurisdiccionales) entre mayorías distintas al nivel estatal, regional y local. Subsisten –y vamos a investigarlos– elementos en *pro* y *en contra* de la introducción o el reforzamiento de este tipo de recursos. Y la experiencia de aquellos ordenamientos que los han introducido, puede ayudar también a los comparativistas de otros países a entender cuáles son y qué cambios se pueden sugerir al legislador y sus posibles efectos negativos.

4. Conclusiones

Las páginas que preceden –por haber procedido resumidamente, y a menudo con ejemplos– deberían confirmar, se augura, la amplitud de las problemáticas conexas al estudio comparado de los sistemas de gobierno local. Un estudio que aún participando de las categorías y del método del derecho público comparado general tiende a especializarse (como ocurre con el derecho parlamentario o el derecho regional, objeto a menudo de las lecciones universitarias) propio en razón de las temáticas implicadas, de la penetración del fenómeno y de la peculiar forma de aproximarse.

Aún además, el ejemplo de las garantías constitucionales, testimonia también la relevancia peculiar de la materia, que se conecta a las formas de gobierno y también de la libertad: las formas de gobierno, porque existen los fenómenos de circulación, sea horizontal (entre varios ordenamiento) sea vertical (del centro a la periferia, como esquemáticamente sucede en Francia, o de la periferia al centro como en Italia, donde el derecho local representa una especie de banco de pruebas para reformas introducidas o por introducir en niveles superiores).

La transición política de México desde una perspectiva constitucional

Manuel Ferrer Muñoz^{*}

1. El concepto de soberanía y las interpretaciones de la Constitución

Resulta común que los tratadistas mexicanos de derecho constitucional atribuyan un carácter tan nacional, tan peculiar a la Constitución de 1917, que juzgan que sólo desde una perspectiva de “mexicanidad” puede ser entendida y explicada, con la correspondiente consecuencia de que se descalifican los estudios considerados “extranjerizantes” (Cossío D., 2000: 75, y Sayeg Helú, 1972-1975: IV, 297-298). Esta posición intelectual, que deriva en buena parte de la peculiar sensibilidad con que se afronta en nuestro país todo cuanto atañe a la soberanía, responde a razones históricas que son sobradamente conocidas y justifican que la afirmación de Jellinek de que la soberanía es un concepto polémico – bélico, según Ulises Schmill– sea especialmente adecuada al caso de México (Schmill Ordóñez, 1971: 81).

Sintonizan con esa perspectiva de análisis los puntos de vista expresados el 26 de diciembre de 1916 por la segunda comisión de Constitución del Congreso Constituyente, que sugieren una concepción del principio de soberanía que se aleja de los habituales enfoques de la doctrina política, para hacer hincapié en las vivencias de la historia nacional: “en México, menos que un dogma filosófico es el resultado de una evolución histórica, de tal manera, que nuestros triunfos, nuestras prosperidades y todo aquello que en nuestra historia política tenemos de más levantado y de más querido, se encuentra estrechamente ligado con la soberanía popular” (*Diario*, 1960: I, 963, 26 de diciembre de 1916).

Ulises Schmill enlaza con la conexión establecida por el Constituyente entre soberanía e historia cuando, al tratar de la positividad del orden jurídico, concluye: “la soberanía, entonces, significa, la positividad del Derecho, y que el Derecho sea positivo, significa que es histórico. La soberanía es, también, el principio teórico de la historicidad del Derecho” (Schmill Ordóñez, 1971: 55). Y Daniel Moreno subraya la sintonía entre la realidad social y las ideas a ella asociadas que circulaban en México durante los años de la Revolución y el quehacer de la Asamblea de Querétaro (Moreno, 1981: 223).

2. El texto constitucional, objeto de manipulación política partidista

^{*} Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Los gobiernos posrevolucionarios ejercieron un fuerte control sobre los ciudadanos: en una primera etapa, a través de las relaciones personales de los caudillos (González Casanova, 1981: 39-42); y, en un segundo momento, mediante la institucionalización de esas relaciones por el Partido Nacional Revolucionario (1929), primero¹; el Partido de la Revolución Mexicana, después (1938), y el Partido Revolucionario Institucional, más adelante (1946) (Marquet Guerrero, 1975: 98-106). Entre el caudillismo inicial y el posterior presidencialismo se transitó por una etapa intermedia, el maximato (1929-1934), caracterizada por la influencia entre bastidores de Plutarco Elías Calles, el “jefe máximo” (González Casanova, 1981: 45-46; Moreno, 1981: 317, y Cossío D., 2000: 64-68)².

Quedó así definido un sistema que Giovanni Sartori ha descrito como hegemónico, patrocinador de una democracia *sui generis* que el mismo autor califica de “esotérica” (Sartori, 1987: I, 285), por la razón de que la élite revolucionaria que dio vida al Partido Nacional Revolucionario excluyó deliberadamente la posibilidad de que fuera competitivo el sistema político que se estaba fraguando (Cárdenas Gracia, 1994: 63 y 154-155). González Casanova llega aún más lejos que Sartori, hasta el punto de negar la existencia misma del sistema de partidos (González Casanova, 1969: 25).

El partido de Estado se presentó ante la sociedad como representante y guardián de la Revolución y como la genuina expresión del patriotismo mexicano, que excluía cualquier otra versión. El partido se convirtió asimismo en un medio de atracción de masas que, incorporadas a aquél a través de las centrales obreras, gracias en buena parte al impulso del presidente Cárdenas, impusieron su fuerza a las organizaciones de caciques.

Se desarrolló desde el partido un proyecto político incluyente, que aspiraba a crear un consenso general acerca del desarrollo del “programa” revolucionario, donde se determinara cuáles eran las reformas que había que acometer con carácter preferente, y que sirvieran para aglutinar a intereses y grupos (Cosío Villegas, 1972: 50-51, y González Casanova, 1981: 137), sin que importara demasiado la ausencia de congruencia doctrinal: por eso, ha podido escribir Carlos Fuentes que “ideológicamente, el PRI lo ha sido todo, de acuerdo con las políticas económicas en turno: socialismo, autarquía, sustitución de importaciones, nacionalismo, desarrollo estabilizador, desarrollo compartido, capitalismo de Estado, rectoría del sector público, liberalismo social, neoliberalismo...” (Fuentes, 2000).

En esas condiciones, la competencia política degeneró en un “pluripartidismo de aparador”, y los partidos de oposición, reducidos al papel de comparsas, pasaron a desempeñar una función subalterna, aunque útil, con su aceptación del juego político y su participación en la liturgia electoral (Cosío Villegas, 1972: 68-72; González Casanova, 1969: 24; Moreno, 1981: 317, y Alcocer V., 1994: 227-235). Testimonio del insignificante peso de las formaciones políticas partidistas –reducidas a mera condición ornamental en un sistema de partido único– es el notorio retraso con que se reguló el estatuto de los partidos

¹ Sobre los anteriores intentos de organizar formaciones políticas partidistas al servicio de los caudillos depositarios de las “esencias” revolucionarias, *cfr.* Cosío Villegas, 1972: 40-48, y González Casanova, 1981: 42-44.

² Un interesante análisis comparativo de los documentos correspondientes a la fundación de esas formaciones políticas, en Cosío Villegas, 1972: 87-89. *El partido en el poder*, 1990 recoge seis ensayos que muestran la evolución del proceso que, iniciado con la fundación del PNR, culminó con la creación del PRI. Véase también Moreno, 1985: 110-141.

en el artículo 41 de la Constitución, por medio de la reforma política de diciembre de 1977 (Orozco Henríquez, 1994: 184; Moreno, 1981: 458-463; Carpizo, 1980: 227-231; Valadés, 1998: 404; Valencia Carmona, 1995: 79-80, y Fix-Zamudio y Valencia Carmona, 1999: 182-183).

3. El envejecimiento de las previsiones constitucionales

Las inevitables transformaciones de la sociedad, cuyo creciente pluralismo se conciliaba mal con los afanes homogeneizadores de los dirigentes políticos, poco avisados para advertir la entidad de esos cambios, no podían dejar de afectar al sistema político mexicano, situado ya en el “umbral de la transformación” de que habla Leonardo Morlino, “para indicar que, superado este umbral, un cambio continuo se convierte en discontinuo” (Morlino, 1985: 49; Cosío Villegas, 1972: 56, y Serna de la Garza, 1998: 205-206). En efecto, las perspectivas de ruptura –o de apertura (Fix-Zamudio y Valencia Carmona, 1999: 39)– han ido perfilándose cada vez con mayor nitidez en el horizonte político-social de la República mexicana, hasta el punto de condenar al fracaso las más prudentes y sensatas previsiones sobre el inmediato futuro.

Al mismo tiempo, y ya desde hace varios decenios, se experimenta la necesidad inaplazable –expresada en su momento por Lanz Duret– de establecer “un régimen de legalidad, un verdadero Estado de derecho que haga desaparecer de nuestras prácticas de gobierno la arbitrariedad y el abuso”, mediante la actualización de todas las potencialidades anejas a las instituciones a través de las cuales se despliega ese Estado de derecho, y con fundamento en los dos pilares que lo sostienen: la soberanía popular y el principio democrático. Desde ese punto de vista, la tarea iniciada por la Revolución y proseguida por el Constituyente de 1916-1917, permanece inacabada (Lanz Duret, 1959: 14 y 15; Concha Cantú, 1996: 33-35, y Concha Cantú, 1995: 29 y 32). Es preciso añadir con tristeza que esa empresa sigue esperando quien la remate. Así lo asentó Jaime Cárdenas en 1996: “el Estado de derecho parece que aún no es una realidad integral en el territorio nacional” (Cárdenas Gracia, 1996: 32).

Se explica así la importancia que las reformas electorales adquirieron desde que esa percepción se hizo más nítida. La implantación del sistema de diputados de partido en 1963, marca el primer paso hacia una apertura democrática que había de permitir el acceso al Congreso de partidos de oposición y contribuir a la configuración de un sistema electoral mixto “dominante mayoritario, complementado por la representación proporcional” (Valencia Carmona, 1995: 86). El siguiente eslabón en ese proceso fue la reforma política de López Portillo en 1977, que operó un cambio de fondo del régimen electoral. Por supuesto, es preciso destacar la importancia del Código Federal Electoral de 1987 –que sirvió al PRI para controlar las elecciones presidenciales del año siguiente, “el más aciago proceso electoral federal realizado en toda la historia posrevolucionaria de México” (Molinar Horcasitas, 1991: 217)– y de la reforma de 1990, que fundó el Instituto Federal Electoral³.

3 Molinar Horcasitas distingue tres etapas en la legislación electoral mexicana: preclásica (1946-1963), clásica (1963-1976) y posclásica (desde 1977). Cada uno de esos períodos posee notas características, que son expresivas de las exigencias del régimen en cada momento histórico: cfr. Molinar Horcasitas, 1991: 28-60 y capítulos II y III, y Cárdenas Gracia, 1994: 92-107. Acerca de las reformas electorales de la última década del siglo XX, véase Schedler, Andreas, 1999: IV, 1,491-1,505.

Otra faceta asociada a la misma realidad cambiante es la necesidad de actualizar constantemente las disposiciones constitucionales y de acomodarlas a un mundo sometido a continuas mutaciones: una tarea que había de respetar los límites establecidos por las decisiones políticas fundamentales (Madrid Hurtado, 1982: 274-276), y que incurría en el peligro de desvirtuar el espíritu original de la Constitución⁴.

La falta de sintonía entre la norma jurídica y la vida, tan característica del México contemporáneo, no podía dejar de afectar al texto constitucional, que no sólo se ha resentido de las hondas transformaciones del entorno social sino que se ha visto afectado por esa actitud generalizada. Lo expresó clarivamente Alfonso Noriega en su prólogo al *Derecho Constitucional Mexicano* de Miguel Lanz Duret: “se acepta como una verdad incuestionable el absoluto divorcio entre la Constitución Política y la realidad social” (Lanz Duret, 1959: prólogo del Lic. Alfonso Noriega, Jr., VII).

4. La representación política de la Constitución

Más allá de la práctica política y de la apropiación de las esencias nacionales por un partido, interesa subrayar que esa situación no fue simple consecuencia de la voluntad de una elite política, sino que vino propiciada por el predominio de un enfoque de la Constitución –el político– sobre la otra opción que se presentaba a los profesionales de la política y del derecho: el normativo (Cossío D., 2000: 72-73; Hernández, 1946-1952: I, 114-117, y Arteaga Nava, 1998: 62 y 64-65). Esa preferencia se corresponde con los presupuestos que habían guiado la acción de aquellos diputados del Constituyente que antepusieron al funcionalismo jurídico-normativo del texto fundamental sus contenidos políticos y sociales, que habían de reflejar y llevar a la práctica los ideales de la Revolución.

Al triunfar la segunda interpretación –que sepultaba el positivismo jurídico y cerraba los ojos a elaboraciones teóricas muy prestigiadas fuera del país (Kelsen, Hart, Ross, Dworkin...)⁵–, pasó a ser admitido con carácter casi general que, puesto que el derecho es producido por el poder, una correcta explicación de la Constitución relega a un segundo plano las normas constitucionales y profundiza en el análisis de los factores determinantes de esas normas. Este enfoque y su énfasis en los factores reales de poder –de resonancias lasallianas y duguitianas– parecen conformarse con la intención del Constituyente, explicitada en su definición de la democracia como “un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”, y no “solamente como una estructura jurídica y un régimen político” (artículo 3º constitucional, fracción II, inciso a) (Madrid Hurtado, 1982: 577; Madrid Hurtado, 1981: 125, y Orozco Henríquez, 1998: 41).

⁴ Félix F. Palavicini, uno de los diputados constituyentes, se expresaba en términos muy elocuentes en 1937, al calificar las reformas practicadas en el texto constitucional como innecesarias, ingenuas, estúpidas y criminales (Palavicini, 1938: II, 638-639).

⁵ La tesis doctoral de Juan M. Vega Gómez, donde se dedica un amplio espacio al estudio de autores como Hart, Dworkin, Fish... es un signo alentador de que los tiempos están cambiando (Vega Gómez, 2000). Ya en 1979, Rolando Tamayo había aludido, aunque de pasada, a las perspectivas que abría la ideología normativa del constitucionalismo, en el sentido en que la sustentaba Alf Ross (Tamayo y Salmorán, 1979: 174-175).

Esta representación política del texto constitucional acabó prevaleciendo mayoritariamente entre los juristas mexicanos, que asumieron la hipótesis de Carl Schmitt de “que la Constitución se reducía en su esencia a un conjunto de *decisiones políticas fundamentales*, derivadas de los *factores reales del poder* que, por lo demás, habían decidido reconocer” (Cossío, 1998: 49; Cossío D., 2000: 77, y Madrid Hurtado, 1982: 40), y “formularon una idea de la Constitución que ayudaba a justificar ese modo concreto de dominación política” (Cossío, 1998: 50, y Cossío D., 2000: 78). Admitida comúnmente por la doctrina la existencia de las decisiones fundamentales, encontraremos respuestas para todos los gustos sobre los contenidos de esas decisiones: prueba palmaria de la fuerte carga de subjetividad de las reflexiones teóricas en torno a esta cuestión.

Así, pues, se acepta con carácter general e indiscutido que la Constitución se erige como regla integradora y programática del desarrollo integral de la colectividad, superadora de la función atribuida por el liberalismo decimonónico al texto constitucional como simple esquema normativo de la organización y ejercicio del poder (Trueba Urbina, 1971: 16-17, 24-25 y 37-38; Trueba Urbina, 1978: 239-240, y Madrid Hurtado, 1982: 575). Precisamente uno de los principales méritos que Alfonso Noriega atribuye a Miguel Lanz Duret, a quien considera junto con Felipe Tena uno de los mejores constitucionalistas de la primera mitad del siglo, es “el haber enfrentado el estudio de nuestro Derecho Constitucional, desde el punto de vista de la realidad política de nuestro régimen” (Lanz Duret, 1959: prólogo del Lic. Alfonso Noriega, Jr., XXIV).

De todo lo anterior se sigue la importancia que la “ideología de la Revolución mexicana” adquirió entre las prácticas políticas de que se sirvieron los presidentes mexicanos para recabar amplios apoyos, desde la plataforma que les brindaba toda una estructura legal-institucional (Serna de la Garza, 1998: 208-209). El nacionalismo del poder público mexicano, plasmación fidedigna de los ideales revolucionarios, invistió al Estado como elemento integrador y constitutivo de la sociedad civil. Si puede decirse de manera general –sostiene Miguel de la Madrid– que “el Estado (en Iberoamérica) no solamente fue el reflejo de una comunidad nacional integrada, sino que por la acción de ciertos segmentos y grupos políticos, viene en realidad a constituirse en catalizador de la formación de las sociedades”, con mayor razón puede afirmarse ese papel de la organización estatal en México después de la Revolución de 1910 (Madrid Hurtado, 1982: 616-617).

Ese concepto de Constitución elaborado por los juristas proporcionó el instrumento perfecto a un régimen “que aspiraba a la homogeneidad social, y para el cual la democracia se reducía a un problema de sustitución periódica de los titulares de los órganos, pero no de las condiciones de dominación, de las elites o de los postulados generales del régimen” (Cossío, 1998: 51, y Cossío D., 2000: 79). Resulta ocioso añadir que la renovación en los cargos representativos benefició durante décadas y de modo sistemático al partido oficial, lo cual “resultaría imposible en un sistema democrático” (Moreno, 1981: 457).

En la medida en que la Constitución incluía entre sus decisiones fundamentales los llamados “derechos sociales”, servía también para asegurar el control corporativo sobre los grupos obreros y campesinos; aunque, al ser considerados esos derechos como normas programáticas carentes de valor normativo, acabaron por vaciarse de contenido, trivializándose, y se convirtieron en simples directivas que debían inspirar la acción de los poderes del Estado y devolver legitimidad a un sistema amenazado por sus propios fracasos en materias sociales y económicas. Además, como advierte Pedro de Vega, los derechos sociales recogidos en los textos constitucionales se hallan sometidos a una manifiesta ambigüedad, pues, por un lado adquieren la dimensión normativa que les confiere el texto

constitucional, y de otro lado, a pesar de esa consagración normativa, no son auténticos derechos fundamentales (Vega García, 1994: 394).

Por otra parte, el intenso ritmo de mutaciones de la realidad social de nuestro país planteaba continuos requerimientos para la actualización de los preceptos constitucionales, que debieron sujetarse a frecuentes reformas: diecinueve experimentó el artículo 123 (sobre derecho al trabajo y retribuciones salariales) y dieciséis el artículo 27 (sobre propiedad de tierras y aguas), que son los que más veces han sido modificados (Valadés, 1987 b: 12, y Marquet Guerrero, 1975: 133-136).

Y, sin embargo, a las alturas de 1987 encontramos todavía juicios muy benignos sobre los resultados cosechados por el constitucionalismo social mexicano durante los setenta años transcurridos desde la reunión de Querétaro: como el de Diego Valadés, para quien los avances realizados en esas materias por el Estado mexicano resultaban inequívocos: hasta el punto de que el sistema político se veía legitimado por la vía de la tutela de los intereses sociales (Valadés, 1987 a: 44).

El predominio del punto de vista político se basó, según José Ramón Cossío, en dos teorías constitucionales –la justificación del régimen en la fuerza del poder (Lassalle) y la imposibilidad de cambio del régimen imperante, en cuanto sustentado en unas decisiones políticas fundamentales del poder constituyente (Carl Schmitt) (Hernández, 1946-1952: I, 80-81)– y en tres corrientes teóricas complementarias:

1) Una corriente histórica, que permitía presentar el estado de cosas existente como producto de las leyes de la historia nacional, que obedecían a un impulso necesario y normaban una evolución que condujo a la plenitud revolucionaria de 1910-1917;

2) Una corriente de carácter iusnaturalista, que confería al orden jurídico un carácter supremo y moralmente correcto, y

3) Un tipo de pensamiento que podría calificarse de decisionista, que justificaba el derecho patrio como producto de la gran fuerza social actuante en la Revolución, y configuraba la Constitución como producto de un origen único articulado por aquella misma fuerza social y, simultáneamente, como un ente sustantivo poseedor de una finalidad preestablecida (Cossío, 1998: 53-65, y Cossío D., 2000: 81-91).

Durante los últimos años del siglo XX empezó a periclitarse el enfoque político, al tiempo que han ido descubriéndose las ventajas de un acercamiento a la Constitución como norma jurídica. Una de ellas, según manifiesta Carla Huerta, consiste en que “podemos dar una definición neutra, independientemente de cualquier valor que se considere trascendental en determinado momento histórico o de cualquier ideología subyacente” (Huerta Ochoa, 1998: 65).

Bibliografía

ALCOCER V., Jorge, “Los partidos políticos y el Poder Legislativo (Reflexiones a partir de la experiencia mexicana)”, en VV. AA., *El Poder Legislativo en la actualidad*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, México, Oxford University Press-Harla México, 1998.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime F., *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

———, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994

CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980.

CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro, “Estado de derecho e instituciones políticas”, *Pemex Lex. Revista Jurídica Petróleos Mexicanos*, núms. 91-92, enero-febrero de 1996.

———, “La legitimidad constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLV, núms. 203-204, septiembre-diciembre de 1995.

COSÍO VILLEGAS, Daniel, *El sistema político mexicano. Las posibilidades de cambio*, México, Cuadernos de Joaquín Mortiz, 1972.

COSSÍO D., José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998.

———, “La representación constitucional en México”, en Valadés, Diego, y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

MÉXICO, *Diario de los debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, 2 vols., Ediciones de la Comisión Nacional para la celebración del sesquicentenario de la proclamación de la Independencia Nacional y del cincuentenario de la Revolución Mexicana, 1960.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

FUENTES, Carlos, “Metamorfosis de los partidos”, *El País*, 25 de julio de 2000.

GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo, *La democracia en México*, México, Ediciones Era, 1969.

———, *El Estado y los partidos políticos en México*, Ediciones Era, 1981.

HERNÁNDEZ, Octavio A., *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Génesis, exégesis, hermenéutica, crítica y proyecciones*, 2 ts., México, Editorial Cultura, 1946-1952.

HUERTA OCHOA, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

LANZ DURET, Miguel, *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, México, Norgis Editores, 1959.

MADRID HURTADO, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, México, Partido Revolucionario Institucional, Instituto de Capacitación Política, 1982.

———, *Estudios de derecho constitucional*, México, Partido Revolucionario Institucional, Instituto de Capacitación Política, 1981.

———, “El Congreso Constituyente de 1916-1917”, en *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Manuel Porrúa-L Legislatura de la Cámara de Diputados, 1978, t. II.

MARQUET GUERRERO, Porfirio, *La estructura constitucional del Estado mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975.

MOLINAR HORCASITAS, Juan, *El tiempo de la legitimidad. Elecciones, autoritarismo y democracia en México*, México, Cal y Arena, 1991.

MORENO, Daniel, *Derecho constitucional mexicano*, México, Editorial Pax-México, 1981

———, *Los partidos políticos del México contemporáneo. 1916-1985*, México, Editorial Pax-México, 1985.

MORLINO, Leonardo, *Cómo cambian los regímenes políticos. Instrumentos de análisis*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, “Comentario al artículo 41”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

———, “El sistema presidencial en el Constituyente de Querétaro y su evolución posterior”, en VV. AA., *El sistema presidencial mexicano (Algunas reflexiones)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

PALAVICINI, Félix F., *Historia de la Constitución de 1917*, 2 vols., México, s. e., 1938

———, *El partido en el poder*, México, Partido Revolucionario Institucional, IEPES, 1990.

SARTORI, Giovanni, *Partidos y sistemas de partidos. Marco para un análisis*, 2 vols., Madrid, Alianza Universidad, 1987.

SAYEG HELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México*, 4 vols., México, Cultura y Ciencia Política, 1972-1975.

SCHEDLER, Andreas, “Poder y confianza institucional: algunas hipótesis sobre las reformas electorales en México, 1990-1997”, en Orozco Henríquez, J. Jesús (comp.), *Ética y derecho electoral en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, 4 ts., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, t. IV.

SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises, *El sistema de la Constitución Mexicana*, México, Librería de Manuel Porrúa, 1971.

SERNA DE LA GARZA, José María, *La reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, 1979.

TRUEBA URBINA, Alberto, *Derecho social mexicano*, México, Porrúa, 1978.

———, *La primera Constitución político-social del mundo. Teoría y proyección*, México, Porrúa, 1971.

Valadés, Diego, *Constitución y política*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987 (a).

———, *La Constitución reformada*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987 (b).

———, *El control del poder*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano a Fin de Siglo*, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995.

VEGA GARCÍA, Pedro de, “Estado social y estado de partidos. La problemática de la legitimidad”, en *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

VEGA GÓMEZ, Juan M., *Seguridad jurídica e interpretación constitucional*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, División de Estudios de Posgrado, 2000.

De errores, anacronismos y desidias

José Antonio Márquez González*

Como se sabe, nuestro Código Civil actualmente en vigor fue expedido el primero de septiembre de 1932 y entró en vigor el primero de octubre del mismo año. Su estructura dogmática es muy similar a la del Código Civil para el Distrito Federal, expedido a su vez el treinta de agosto de 1928. Muchas disposiciones, además, fueron literalmente copiadas, aún con errores.

Ejemplos típicos de esta defectuosa copia son, por ejemplo, los arts. 180, 2273 y 2486 del CCV, los cuales, al reproducir textualmente los artículos del Código capitalino, reprodujeron también las referencias a otros preceptos, que entonces ya no coincidieron en el Código local. Así, el art. 180 se refiere en su parte final a un inexistente Capítulo Octavo del Título Quinto del Libro Primero, cuando el Título se agota en el Capítulo Quinto; mientras tanto, el art. 2273 dice que las donaciones entre consortes se rige por lo dispuesto en el mismo inexistente Capítulo Octavo, cuando en realidad debió haberse referido al Capítulo Quinto. El art. 2486 dice, por su parte, que el mandato general es el que se encuentra en el art. 2554, pero este precepto en realidad se refiere al contrato de obras a precio alzado.

Otros errores menos graves se refieren a los arts. 161, 207 y 211, donde se dice, por ejemplo, “cónyuges” –cuando el divorcio ya ha sido ejecutoriado–; llama “esposos” a los que efectúan donaciones antenupciales y habla en forma disparatada de “consortes divorciados”.

Por otra parte, el art. 164 consigna una expresión muy pintoresca al decir “los herederos del muerto” y el art. 283 desconcierta totalmente al reconocer la existencia de una “sentencia ejecutoriada” que puede admitir todos “los recursos que den las leyes”.

El art. 386 –en su segundo párrafo– presenta una redacción muy difícil de entender cuando afirma lo siguiente:

“[...] Cuando los intereses de alguno o algunos de los incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, que él mismo designe, mientras se decide el punto de oposición”.

El art. 271 está encabezado por un Título tan largo como innecesario y además repetitivo: “De las pruebas de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio”. Además, contiene un pleonasma en su parte final: “La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres”.

* Doctor en Derecho, Notario Público de Orizaba y Profesor de la Universidad Veracruzana.

Otra prueba de la redundancia del legislador se encuentra por ejemplo en los arts. 2626, fr. IV (donde se dice “la aportación con que cada socio debe contribuir”) y 817 y 821 (donde se dice “Erario del Estado”).

Aparte ello, el art. 327 habla de un extraño “consentimiento simple” que la doctrina ignora: “En el caso de las personas incapaces será necesario su consentimiento simple y cuando fuese posible la expresión indubitable de su voluntad”. El error no sólo se encuentra en la edición de Cajica (que así lo consigna), sino también en Ediciones Ori (enero de 2000).

El art. 349 dice a su vez: “Solamente por falta o impedimento de los padres, entrarán al ejercicio de la patria potestad los demás ascendientes en términos del art. 347”. Sin embargo, cuando uno se remite al art. 347, no encuentra por ninguna parte a “los demás ascendientes” los cuales, en efecto, sí se encontraban en el anterior 347 (reformado sucesivamente en 1975 y 1998).

Por su parte, el art. 594 consigna en forma muy lacónica que “Será removido del cargo de representante, el que deba serlo”. Evidentemente la frase está incompleta, porque la relación debió hacerse entre los cargos de representante y de tutor.

Ya se sabe, por otra parte, la flagrante contradicción que existe en los términos de los arts. 23 y 2161, el primero de ellos consignando que la lesión da lugar a la rescisión del contrato y el segundo afirmando a su vez que la misma lesión da lugar, en cambio, a la nulidad relativa del acto.

Algunos otros errores de estilo parecen menos graves, pero tan ostensibles como los consignados en los párrafos anteriores. ¿Qué le parece –por ejemplo– la existencia de un Capítulo con sólo dos artículos? Pues bien, es el caso del Capítulo Segundo del Título Décimo del Libro Primero (que se refiere a la mayor edad) y cuyo art. 578, por cierto, es tan retórico como innecesario (de hecho, es un magnífico ejemplo de un precepto inútil y pomposo). Además, por si fuera poco, lo que dice este precepto ya se había dicho –con las mismas palabras– en los arts. 29 y 31.

A su vez, el art. 565 remite cierta hipótesis excepcional al art. 537, fr. IV. Pero el art. 537 no tiene fracciones... .

Por otra parte, el art. 1990 declara nula “la situación de deudor”, cuando seguramente quiso referirse a la figura de la cesión de deudas, con la correspondiente *sustitución* del deudor.

En algunas ediciones del Código, el art. 2050 dice literalmente: “Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento, no podrán exceder de interés legal, salvo convenio en contrario”, pero seguramente se quiso decir “*del* interés legal”.

Otros artículos que también consignan algunos errores de expresión o de construcción gramatical similares a los narrados, son los siguientes. El art. 626 dice “la sucederán sus herederos”, pero debió decir “*le* sucederán sus herederos”. A su vez, el art. 1194 fr. IV dice que “la prescripción corre desde el día en que verificaron los actos”, pero debió decir que “la prescripción corre desde el día en que *se* verificaron los actos”; el art. 1864 dice “[...] por parte de reparaciones”, pero debió decir “[...] por *falta* de reparaciones”; el art. 2049 dice a su vez que “[...] no podrá exceder de una tercera parte de valor de la cosa”, pero debió decir que “[...] no podrá exceder de una tercera parte *del* valor de la cosa”. Por último, el art. 2446 dice “[...] Si durante préstamo”, pero debió decir “[...] Si durante *el* préstamo”.

Hay que anotar los anacronismos que consignan ciertos preceptos del Código Civil, especialmente en lo relativo a cantidades monetarias. Es el caso de los arts. 389, 498, 707, 1440, 2252 y ss., 2276 y 2277, 2294 fr. I, 2339 y 2340, 2468, 2488 fr. II, 2489, 2783, 2850 y 2878, todos los cuales señalan cantidades notoriamente ridículas y a las que legalmente debería aplicarse la supresión de los tres ceros.

En otras ocasiones, nuestro Código se refiere a leyes (“Código Sanitario”, art. 2381, “Ley de Inquilinato”, arts. 2386 y 2420, “Ley de Tierras Ociosas”, art. 2387), instituciones (“Consejo Local de Tutelas”, art. 561, “Registro de Sociedades Civiles”, arts. 2627 y 2653 *in fine*), funcionarios (“Juez Popular” arts. 388, 389, 425, 429, 452, 476 y 561, “Ministro de la Guerra”, arts. 1514-1515, “Juez de Paz”, art. 2484, fr. II) y expresiones (“documentos civiles a la orden o al portador”, arts. 1806-1814, “poner cédulas”, art. 2412), que ahora son inexistentes o que ya tienen otra denominación.

La ley también menciona fenómenos o acontecimientos que, si bien frecuentes en el pasado, resultan ahora desusados o muy raros –excepto en ciertos ambientes– como cuando dice mesones (art. 748), o habla de tesoros (arts. 910-920), de casas de huéspedes (arts. 1194, fr. II, 1858, 2468-2470), de pulquerías (art. 2201), de casos fortuitos extraordinarios como la peste y la langosta (art. 2389), de la enajenación o arrendamiento de animales, yunta y rebaños (arts. 2083, 2403-2409), de remeros o cocheros al servicio de portadores (art. 2584), del alquiler de cabalgadura (arts. 2592-2593) y de la necesidad de leña del aparcero (art. 2682).

Con frecuencia, el Código incurre en duplicidad de denominaciones, como cuando dice “Oficial del Registro Civil” e inmediatamente –tres renglones después– “Encargado del Registro Civil” (arts. 727 y 728, por ejemplo).

En el art. 755 se refiere a la “ejecución de la pena de muerte” que, si bien existente a nivel federal, no existe más en nuestro estado y en el art. 1249 fr. XI se refiere, con terminología medieval, al “infante”. En el art. 1316, una curiosa disposición legislativa heredada de los tiempos de Pothier y aún del derecho romano, ilustra con un ejemplo muy elocuente, pero inusual (“Pedro, Pablo y los hijos de Francisco”) la institución del heredero en forma individual o colectiva.

Por otra parte, los arts. 380, 395, 415 y ss. y 436 aún califican a ciertas personas incapaces como “imbéciles”.

Será una novedad enterarse de que alguna vez la legislatura expida un decreto de habilitación de edad para la administración de bienes de menores, como lo señalan los arts. 576 y 721.

Otro tipo de anacronismos están constituidos por artículos como el 1435, que aún emplea la palabra *amanuense*. El *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* de Joaquín Escriche –tan prolijo siempre– ni siquiera registra el vocablo, a pesar de su fuerte sabor castizo. Es cierto que la voz aparece todavía –paradójicamente– en la última edición en *cd-rom* del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Constituye, sin embargo, un arcaísmo en tan franco desuso que uno termina preguntándose si no hubiera sido mejor saltar al otro extremo y decir de una buena vez *capturista*.

Por último, los edictos parecen venir de un mundo lejano que no tiene nada que ver con la vida del ciudadano ordinario. Todos están redactados en la jerga técnica de la práctica forense y deben ser por tanto más o menos incomprensibles al lector ordinario. La letra, por lo demás es muy pequeña y los párrafos se escriben en forma continuada y sin

puntos y aparte. No contienen resumen alguno, de modo que el lector no avezado debe leer todo el aviso para enterarse medianamente del asunto. Su letra pequeña y la jerigonza legal no suscitan el menor interés en el lector. Ello mismo hace inútil la reiterada prevención legal de que se publiquen repetidas veces (“por tres veces de tres en tres días” o “tres veces dentro de nueve días”), así como la aclaración de su publicación, por duplicado, en un boletín judicial o en un periódico oficial que pocos han visto en su vida.

Sin embargo, el Código Civil continúa exigiendo implacablemente la publicación de edictos en todo asunto que requiera noticia general a los interesados. ¿Se justificará todo ello en estos tiempos de la mal llamada “globalización” en los albores del siglo XXI?

Ya se anunciaba desde mucho antes, pero la aparición de las modernas tecnologías de comunicación informática han vuelto definitivamente obsoletas estas reliquias del Medievo.

Artículos

Los derechos fundamentales en la Independencia de México

Judith Aguirre Moreno*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Miguel Hidalgo y los derechos fundamentales. 3. Documentos de José María Morelos. 4. Los *Elementos Constitucionales* de Ignacio López Rayón. Conclusión. Bibliografía.

La guerra por la independencia de México fue mucho más que la batalla por romper los lazos con el país conquistador para convertirse en un país con una libre toma de decisiones en cuanto a su organización política y destino. La guerra implicó también importantes cambios culturales e ideológicos introducidos principalmente por los criollos cultos.

Así surge otra lucha, aunque esta vez por el reconocimiento y respeto de diversos derechos inherentes a todo humano. En ella, participaron importantes personajes de nuestra historia como Miguel Hidalgo, José Ma. Morelos e Ignacio López Rayón, quienes dejaron constancia de su empeño en diversos documentos.

1. Introducción

La lucha por la Independencia de México persiguió varios objetivos. El primero en el que pensamos es obviamente el rompimiento con España, el Reino conquistador, colonizador y opresor; para convertir a la Nueva España en un país libre.

Sin embargo, esta libertad e independencia tuvieron diversas lecturas, es decir, mientras para algunos sectores significaba que el naciente país fuera capaz de decidir sobre su propia organización y su destino; tomando decisiones propias sobre el presente y el futuro, principalmente en lo político y en lo económico. Para otros sectores el país debía obtener su libertad, pero sin romper los vínculos con España, y el rompimiento no debía ser total.

De esta manera se inició un largo período de nuestra historia en el que prevalecieron las disputas entre republicanos y monarquistas. Los cuales a pesar de sus diferencias ideológicas irreconciliables, lucharon juntos no sólo por la libertad sino también por la igualdad social, económica y política. Teniendo como objetivo final que en ese nuevo país sus habitantes tuvieran una mejor calidad de vida.

* Técnico académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Maestra en Estudios Latinoamericanos y Candidata a Doctor en Derecho Constitucional Económico por la Universidad de Salamanca, España.

Así encontramos que la guerra de Independencia fue: armada, ideológica, política, social y cultural. En el presente trabajo, expondremos las ideas de tres importantes personajes de este período de la historia de México. Todos ellos lucharon por la Independencia, aunque por caminos distintos, y todos tuvieron entre sus objetivos el ganar otra batalla: conseguir el reconocimiento, protección y respeto de los derechos fundamentales para su pueblo. Lo cual manifestaron a través de diversos documentos.

Consideramos pertinente aclarar que no juzgaremos sus métodos, ni sus habilidades militares, ni las posibles traiciones que pudieron haber entre ellos para alcanzar sus objetivos. Únicamente nos ocuparemos de su aportación ideológica y política en materia de derechos fundamentales.

2. Miguel Hidalgo y los derechos fundamentales

Nació en una hacienda llamada San Pedro Corralejo en Guanajuato el día 8 de mayo de 1753. Estudió en el Colegio de San Nicolás y fue rector del mismo. En 1789 fue ordenado sacerdote. Siempre se caracterizó por tratar de mejorar las condiciones de vida de la gente de su parroquia, para lo cual instaló diversos talleres de alfarería, curtiduría, vinicultura, carpintería y tejido de la seda¹.

Siempre se mostró inconforme con el régimen colonial, por lo que participó activamente en las juntas secretas que diversos personajes, en su mayoría criollos ilustrados que se reunían para conspirar en contra del régimen y luchar por librarse de su opresión. También “hizo de su parroquia [entonces en Dolores, Guanajuato] un centro cultural donde la gente podía discutir asuntos sociales y económicos... Sus parroquianos le tenían afecto y confianza, y entre sus numerosos amigos y conocidos importantes figuraban Juan Antonio Riaño, intendente de Guanajuato, cuya casa servía de sede al pensamiento de la Ilustración y la cultura francesa; el progresista obispo electo de Valladolid, Manuel Abad y Queipo; el corregidor de Querétaro Miguel Domínguez y su esposa María Josefa Ortiz, y los capitanes de milicia Ignacio Allende, Juan Aldama y Mariano Abasolo, los tres hijos de terratenientes de comerciantes vascos”².

La madrugada del 16 de septiembre les informaron a Hidalgo y a Ignacio Allende, que la conspiración había sido descubierta y que tenían que tomar medidas. Hidalgo los convence de comenzar la lucha, y así él llamó a sus parroquianos y los instó a comenzar la lucha.

Si bien Hidalgo no contaba con un ejército preparado, sí obtuvo grandes y rápidos triunfos, y ganó multitud de adeptos. Sin embargo, muy pronto fueron apresados y fusilados y sus cabezas colgadas en Guanajuato para amedrentar al resto de los insurgentes, lo cual no sucedió, ya que caudillos como Rayón y Morelos siguieron luchando y dándole fuerza al movimiento que concluyó en septiembre de 1821 con la firma del Acta de Independencia.

A pesar de la confusión imperante y de la rapidez con que ocurría todo, Hidalgo se tomó el tiempo de publicar diversos bandos en *El Despertador Americano*, pretendiendo motivar la conciencia social sobre varios temas, y para pedir que el pueblo luchara por sus derechos.

¹ [Http://www.redescolar.ilce.edu.mx](http://www.redescolar.ilce.edu.mx) y [Http://www.alipso.com](http://www.alipso.com)

² Jaime E. Rodríguez O., *El proceso de la Independencia de México*, Edit. Instituto Mora, México, 1992, p. 33.

Entre sus escritos publicados encontramos el Manifiesto que el señor don Miguel Hidalgo y Costilla, generalísimo de las armas americanas y electo por la mayor parte de los pueblos del reino para defender sus derechos y los de sus conciudadanos, hace al pueblo³. En él da respuesta a los cargos que le imputaba el Tribunal de la Inquisición y por los cuales fue excomulgado. Hidalgo explica al pueblo que nunca se ha apartado de la religión católica, ni de sus dogmas y les asegura “que si [él] no hubiere emprendido libertar nuestro reino de los grandes males que le oprimían, y de los mucho mayores que le amenazaban y que por instantes iban a caer sobre él, jamás hubiera sido... acusado de hereje”⁴.

Y así, a través de distintos argumentos pide al pueblo romper de una vez y para siempre los lazos con España, para lo que incita al pueblo a unirse y pelear por sus derechos, y le promete que una vez concluida la guerra se desterrarían la pobreza, ya no habría saqueos del reino ni de su dinero, se reactivarían la industria y las artes; y autónomamente se tomarían las decisiones en cuanto a la producción del país.

El 29 de noviembre de 1810 don Miguel Hidalgo publicó un Bando aboliendo la esclavitud, eliminando los tributos, el papel sellado, así como varios estancos e imponiendo las alcabalas⁵.

En este documento señala que uno de los principales motivos que tuvo el pueblo para rebelarse, fue liberarse de las pesadas cargas impositivas del régimen colonial. Por lo que a través de dicho Bando él pretendió suprimir la mayor parte de ellas, como los tributos que algunas castas estaban obligadas a pagar; el importe que los litigantes pagaban al tener que usar necesariamente papel sellado en todas sus diligencias; los estancos, que consistían en prohibir la venta libre de algunos productos, reservando su venta sólo a ciertos lugares y con un precio previamente fijado; y las pensiones que se les exigían a los indios.

Sin embargo, él mismo aceptó que no era posible desaparecer del todo las cargas impositivas, por lo que dejó las alcabalas de un dos por ciento en los productos agrícolas y

³ El Manifiesto ha sido tomado de los *Textos insurgentes* seleccionados por Virginia Guedea, editado por la UNAM en 1998, pp. 17-21.

⁴ *Ibíd.*, p. 18.

⁵ Consideramos oportuno aclarar que en las fuentes consultadas encontramos con distintas fechas la publicación del Bando de Hidalgo, en los *Textos insurgentes* editados por la UNAM aparece con fecha de 29 de noviembre de 1810, dicha información fue tomada según Virginia Guedea de Juan E. Hernández y Dávalos en su *Colección de documentos para la historia de la guerra de Independencia de México de 1808 a 1821*, el cual fue publicado por el INEHRM en 1985. Con la misma fecha aparece en el libro de José Alberto González Granillo, *El Despertador Americano en la Independencia de México*, Ed. Colegio de Estudios Jurídicos, Baja California, México, 2002, pp. 56 a 159, en el cual se cita como fuente la recopilación hecha por Benito González en 1850 con el título de *La prensa de la insurgencia* y publicado la ciudad de México, en la imprenta del mismo compilador, pp. 178 a 181. Y en la página de INTERNET <http://www.biografias.edu.mx>. En el texto de Ruth Solís Vicarte, *México y su lucha por la Independencia*, editado por ASPE en 1999, dice que dicho Bando fue publicado en diciembre de 1810, sin dar un día exacto de su publicación. Y por último en la publicación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación llamado *Documentos constitucionales y legales relativos a la función judicial 1810-1917*, México, 1997, el documento está fechado el día 6 de diciembre de 1810.

El criterio que adoptamos fue tomar como fecha de su publicación el 29 de noviembre de 1810, por considerar que al remontarnos a los textos históricos dicha fecha nos parece más probable. Debido a esto estudiamos el Bando en Benito González, *La prensa de la insurgencia*, Editorial de Benito González, México, 1850, pp. 178 a 181.

de un tres por ciento en los traídos de Europa; éste impuesto sería usado para solventar los gastos de la guerra.

Otra de las grandes preocupaciones, que Hidalgo compartía con los otros insurgentes, era la libertad personal, por lo que prohíbe la esclavitud, obligando tanto a americanos como a europeos a liberar a sus esclavos, con la amenaza de que se le aplicaría la pena de muerte a quien no cumpliera.

Este mismo Bando también hace referencia a la libertad para cultivar y comercializar el tabaco, vender vino y fabricar pólvora.

Por último, el 5 de diciembre de 1810, Hidalgo publica otro Bando mediante el cual queda prohibido el arrendamiento de las tierras y exige que sean devueltas y únicamente disfrutadas por los naturales de cada pueblo.

3. Documentos de José María Morelos

Nació en una familia de escasos recursos el 30 de septiembre de 1765 en la ciudad de Valladolid, hoy Morelia, en el Estado de Michoacán. Estudió en el Colegio de San Nicolás del que como mencionamos, el cura Hidalgo era rector. Se ordenó como sacerdote en 1797, y como tal se distinguió por ayudar a los mestizos y a los indios. Se unió a Hidalgo en su lucha desde 1811, y a la muerte de éste “Morelos, cura rural en estrecho contacto con su pueblo, hijo de un carpintero, se vuelve el dirigente popular que la rebelión requería. En poco tiempo levanta una fuerte tropa en el sur. Sus aptitudes militares le permiten organizarla debidamente hasta obtener importantes triunfos”⁶.

En 1815 lo hicieron prisionero y fue ejecutado el 22 de diciembre de 1815, tras haber sido degradado, excomulgado y declarado traidor.

A la par de su lucha armada, llevó a cabo otra política e ideológica. Y trató por diversos medios de crear un gobierno alterno al colonial.

Sus principales aportaciones en derechos fundamentales los encontramos en los siguientes documentos:

El Bando que expidió en Aguacatillo el 17 de noviembre de 1810, en el que pretende suprimir las castas y abolir la esclavitud⁷. En él establece que según el nuevo gobierno a partir de ese momento ya no se llamarían indios ni mulatos sino simplemente americanos. Los esclavos debían quedar libres y quien no cumpliera con liberarlos sería castigado. Desaparece los tributos y las cajas de seguridad, por lo que los indios percibirían el dinero de sus tierras y lo percibirían como si éstas fueran suyas. Las alcabalas y los estancos seguirían funcionando para contribuir a los gastos militares de la guerra. Otorga libertad para fabricar y comercializar la pólvora y destaca que los empleos serían sólo para los americanos.

Como se puede constatar este Bando tiene una gran similitud con el dado por Hidalgo.

El 8 de febrero de 1812 Morelos publica una proclama pidiendo al pueblo que defienda sus derechos en los siguientes términos: [...].

⁶ El Colegio de México, *Historia general de México*, Edit. COLMEX, 2000, p. 508.

⁷ Virginia Guedea (Compiladora), *Textos insurgentes*, Ed. UNAM, México, 1998, pp. 27 y 28.

Su obra más reconocida son los *Sentimientos de la Nación*⁸, los que junto con los *Elementos Constitucionales* de Ignacio López Rayón, sirvieron de proyecto para la elaboración del Decreto Constitucional de 1814 o Constitución de Apatzingán. En ellos establece una serie de derechos que forzosamente debía contener la futura Constitución. Por ejemplo, en el campo laboral propuso que los empleos fueran obtenidos únicamente por los nacionales, y que los extranjeros sólo podrían trabajar de artesanos, siempre y cuando no se tuviera duda de su respeto a la independencia y libertad del país.

Promueve la libertad al proscribir la esclavitud, y la igualdad al dejar de existir la distinción por castas, siendo la virtud de unos y otros la única forma de distinguirlos. Propuso que las leyes fueran generales e iguales para todos, y que serían creadas para desterrar la pobreza y la indigencia, moderando la riqueza de que gozaban algunos. Así como para mejorar el salario de los más pobres, evitando con esto los robos y la ignorancia, y consiguiendo que tuvieran mejores costumbres. Estableció el derecho a que el domicilio fuera intocable, así como las propiedades de todos los ciudadanos, proponiendo que se impusieran penas a quien incumpliera con esto.

También se ocupó de las cargas impositivas, creando un sistema propio, menos gravoso que los estancos, las alcabalas y los tributos.

Por último se ocupó de exigir que nunca más fuera utilizada la tortura.

4. Los Elementos Constitucionales de Ignacio López Rayón

Este insurgente criollo y católico nació en Tlalpujahua, Michoacán. Estudió la carrera de abogado en el Colegio de San Ildefonso. Fue secretario de don Miguel Hidalgo y uno de sus primeros aliados. En la guerra tuvo grandes triunfos, pero también grandes derrotas.

Entre sus principales aportaciones encontramos el promover la creación de *El Despertador Americano*, el cual funcionó como el principal medio de información de los insurgentes. Instó la creación de una Junta Directora, la que organizó en el año de 1811, en Zitácuaro, Michoacán, con el nombre de Junta Suprema Gubernativa, que estuvo integrada por dos vocales que fueron José María Liceaga y José Sixto Verduzco, y por Ignacio López Rayón como presidente. Dicha Junta sería el principal órgano de un gobierno alterno al todavía vigente régimen colonial.

En 1812, López Rayón, elaboró sus *Elementos Constitucionales*⁹, los que pueden considerarse un verdadero proyecto de Constitución y que sirvieron de base para la elaboración de *Los Sentimientos de la Nación* de José María Morelos y que posteriormente se convertirían en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814.

En 1813 Rayón comenzó a tener grandes desacuerdos con otros insurgentes, los que inclusive provocaron que más tarde fuera perseguido por ellos mismos y aprehendido. Salió de prisión en 1821, año en el que se une al Plan de Iguala elaborado por Agustín de Iturbide, que era el proyecto monárquico e independentista con lo cual Rayón siempre estuvo de acuerdo.

⁸ Documento estudiado en Suprema Corte de Justicia de la Nación llamado *Documentos constitucionales y legales relativos a la función judicial 1810-1917*, México, 1997.

⁹ Los *Elementos Constitucionales* aparecen en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Documentos constitucionales y legales relativos a la función judicial 1810-1917*, Ed. SCJN, México, 1997, pp. 56 a 58.

Fue secretario de Estado, tesorero, diputado y comandante general. Muere el día dos de febrero de 1832 en la ciudad de México.

Como principales aportaciones en la materia que nos ocupa, encontramos que el Licenciado López Rayón en sus *Elementos Constitucionales* establece diversos derechos que debían ser respetados y protegidos. Así, encontramos protegidas principalmente la libertad y la igualdad en los distintos aspectos que a continuación veremos.

El apartado 25 elimina los privilegios y busca la igualdad en los siguientes términos: “Al que hubiera nacido después de la feliz independencia de nuestra nación no obstarán sino los defectos personales, sin que pueda oponérsele la clase de su linaje. Lo mismo deberá observarse con los que representen haber obtenido en los ejércitos americanos graduación de capitán arriba o acrediten algún singular servicio a la patria”¹⁰. Expresa de igual manera que a partir de ese momento lo único que distinguirá a un ciudadano americano de otro será la cobardía y la ociosidad. E impone ciertas condiciones a los extranjeros para gozar de estos derechos y estar protegidos por las leyes, y éstas eran: estar a favor de la libertad e independencia del país.

Tratándose de condiciones de trabajo no habría igualdad entre nacionales y extranjeros, por lo que para Rayón sólo los nacionales debían acceder a los empleos (Apartado 20). Esta situación fue una clara consecuencia no sólo de la falta de empleos para los nacionales (entre otras cosas por discriminación) o de las malas condiciones laborales y de las pesadas cargas impositivas y de tributos, sino también fue producto de que “las tensiones en la Nueva España del siglo XVIII se exacerbaban a causa de una serie de crisis agrícolas que condujeron a períodos temporales, pero severos, de escasez y a elevaciones en los precios de los alimentos. Durante tales emergencias, el país padecía hambre y enfermedades”¹¹. Lo que hizo prioritario el cambiar esas condiciones; por un lado asegurando el acceso de los novohispanos a los empleos, y por el otro, asegurándose de que esas fuentes de trabajo (agrícolas, industriales, mineras, etc.) estuvieran en manos de nacionales.

Continuando con el aspecto laboral, estableció que los artesanos sólo serían calificados por su desempeño y ya no a través de los exámenes de artesanos que existían y que provocaban una gran inseguridad (Apartado 30).

Por otra parte, Ignacio López Rayón compartía una preocupación con Hidalgo y Morelos: la esclavitud, por lo cual la prohíbe en sus *Elementos Constitucionales*. En ellos también se ocupa de prohibir la tortura, pero no es tajante, sino que deja el tema abierto para una posible discusión (Apartado 32).

En el apartado 31 expresa que se deberá considerar como un sitio sagrado al domicilio, el cual deberá ser respetado por todos. En el mismo apartado también hace referencia al derecho de cada persona para ser la propia administradora de su hogar.

El último derecho que encontramos en dicho documento es la libertad de imprenta, que según el apartado 29 sería en materia política y científica. Esa libertad tenía como límites el que fuera utilizada para educar y nunca para transgredir las leyes. Este derecho era muy importante para Rayón, ya que como mencionamos en sus datos biográficos, fue pionero en este campo al publicar los bandos insurgentes en *El Despertador Americano*.

¹⁰ Ibídem, p. 57.

¹¹ Jaime E. Rodríguez O., ob. cit., p. 30.

Mediante la protección de estos derechos y con una adecuada organización de un país independiente, Rayón pretendió, según sus propias palabras “sustituir la abundancia a la escasez, la libertad a la esclavitud y la felicidad a la miseria”¹², según él mismo lo expresó, en el final de sus *Elementos Constitucionales*.

Conclusión

Hidalgo, Morelos y Rayón son los tres personajes más importantes de la Independencia de México; pero su lucha no fue sólo militar, sino también política e ideológica. Los tres introdujeron en la Nueva España las ideas de la Ilustración, pretendiendo despertar al pueblo a una nueva forma de vida, en la que los derechos de los habitantes del naciente país fueran reconocidos, tutelados y respetados. Prueba de ello son los documentos que nos dejaron como legado.

¹² SCJN, *Documentos constitucionales y legales relativos a la función judicial 1810-1917*, ob. cit., p. 58.

Bibliografía

COLMEX, *Historia general de México*, Ed. COLMEX, 2000.

GONZÁLEZ, Benito (Compilador), *La prensa de la insurgencia*, Edit. Benito González, México, 1850.

GONZÁLEZ GRANILLO, José Alberto, *El Despertado Americano en la Independencia de México*, Edit. Instituto de Estudios Jurídicos, Baja California, México, 2002.

GUEDEA, Virginia (Compiladora), *Textos insurgentes*, Ed. UNAM, México, 1998.

MORA, José María Luis, *México y sus revoluciones*, Tomo III, Edit. Porrúa, México, 1986.

RODRÍGUEZ O., Jaime E., *El proceso de la Independencia de México*, Edit. Instituto Mora, México, 1992.

SOLÍS VICARTE, Ruth, *México y su lucha por la Independencia*, Edit. ASPE, México, 1999.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Documentos constitucionales y legales relativos a la función judicial 1810-1917*, Ed. SCJN, México, 1997.

Internet:

[Http://www.redescolar.ilce.edu.mx](http://www.redescolar.ilce.edu.mx)

[Http://www.alipso.com](http://www.alipso.com)

[Http://www.biografias.edu.mx](http://www.biografias.edu.mx)

[Http://www.tenoch.com.mx](http://www.tenoch.com.mx)

La jurisdicción concurrente y la vulneración del régimen federal mexicano

Dr. José Lorenzo Álvarez Montero*

SUMARIO: 1. Concepto de jurisdicción; 2. Jurisdicción concurrente; 3. Presupuestos de egresos judiciales; 4. Fondo auxiliar para la administración de justicia; 5. Policía para ejecutar las resoluciones judiciales oportunamente; 6. Conclusiones y propuestas. Bibliografía.

El presente artículo aborda, a través del estudio de la jurisdicción concurrente, dos graves problemas del federalismo judicial mexicano. Por un lado, el sometimiento y pérdida de autonomía de los poderes judiciales de las entidades federativas y, por otro, el incumplimiento del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en detrimento de los justiciables, al sobrecargarse de atribuciones a dichos poderes judiciales, que originalmente competen de manera obligatoria a los tribunales del Poder Judicial de la Federación. Se concluye con una serie de propuestas que en términos generales tienden a la eliminación de la jurisdicción concurrente por no encontrar justificación en las condiciones del México actual.

1. Concepto de jurisdicción

Sin desconocer que “jurisdicción” es un término que tiene distintos significados, para efectos del presente ensayo nos circunscribimos a la connotación “función jurisdiccional” como una de las funciones primarias del Estado moderno, consecuentemente vinculada con el imperium, y con el poder político en un determinado territorio.

Bajo esta idea, la jurisdicción significa el abandono de la justicia privada (autotutela) por la justicia impartida por un tercero (heterotutela), desde una posición de imparcialidades, capaz de enjuiciar objetivamente y de conformidad con las normas y principios preestablecidos, lo cual hará a la jurisdicción garante del principio de legalidad.

El abandono de la justicia privada, fue resultado de la centralización del poder político, al arrogarse el Estado la soberanía después del largo proceso para eliminar las

* Doctor en Filosofía con Especialidad en Educación por Atlantic International University; Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Almería, España; Maestría en Educación con Especialidad en Metodología de la Enseñanza Superior; Licenciatura en Derecho con Especialidad en Derecho Fiscal y Constitucional; Diplomado en Enseñanza Superior; y Diplomado en El Estado Contemporáneo y su reconstrucción institucional.

jurisdicciones señoriales o feudales, dando lugar a la función jurisdiccional como propia y exclusiva del Estado.

Desde el punto de vista etimológico, jurisdicción deriva de dos raíces latinas: *ius* que significa derecho y *dicere* que se traduce por decir o declarar, unidas conforman la locución latina *iurisdictio-iurisdictiones*, que se traduce por decir, declarar, mostrar el derecho; poder o autoridad que tiene alguien para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio¹. La jurisdicción comprende las siguientes fases: **1. Notio** que es la facultad de conocer los asuntos o cuestiones atribuidos a los órganos judiciales; **2. Votatio** consistente en citar a las partes para que comparezcan a defenderse en juicio y realizar todo tipo de notificaciones y llamamientos; **3. Iudicium** que es la potestad para decidir o fallar el asunto planteado, dictando la sentencia respectiva, poniendo fin al litigio o causa y, **4. imperium** que comprende la **COERTIO** y la **EXECUTIO**, que es la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivos sus mandatos y providencias o ejecutar sus resoluciones o decisiones judiciales.

Al interior de un país como el nuestro, por ejemplo, también puede afirmarse que existe jurisdicción federal, estatal y municipal².

Sin pretender ignorar las diversas teorías que han sido expuestas por distintos y destacados juristas acerca de la función jurisdiccional, como la del “fin del acto”, la de la “naturaleza psicológica del acto jurisdiccional” y la de la “sustitución”, entre otras, sino más bien teniéndolas presente, debemos recordar que el núcleo central de esta función estatal es resolver los conflictos jurídicos, individuales o colectivos que le sean planteados a los órganos que tienen a su cargo dicha función.

Diversas definiciones se han dado sobre la función jurisdiccional. Así, Manuel Ibáñez Frochan considera que la jurisdicción es la facultad de administrar justicia³; don Eduardo J. Couture concibe “la jurisdicción como una función pública, realizada por los órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determinaría el derecho de las partes con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”⁴. En el mismo sentido se pronunció Hugo Alsina⁵, quien señaló que el Estado cumple su función jurisdiccional de tres maneras: 1. Organizando la administración de justicia; 2. Determinando la competencia de los tribunales que la integran; 3. Estableciendo las reglas de procedimiento a que deben sujetarse los jueces y litigantes en la sustanciación de los procesos⁶. Caravantes quien define la jurisdicción como “la potestad pública de conocer y fallar los asuntos conforme a

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua española*, vigésima primera edición, España, 1996, p. 858.

² Rodrigo Labardini, “Reflexiones sobre jurisdicción en derecho Internacional. Tendencias y Problemas actuales”, *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados A.C., Tomo XIII, núm. 1, México, 2000, p. 3.

³ *La jurisdicción*, Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 28.

⁴ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Biblioteca jurídica Argentina, 3ª. ed., p. 34.

⁵ *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Editorial Ediar, 2da. ed., tomo 2, Buenos Aires, 1965, p. 415.

⁶ ———, *Fundamentos de derecho procesal*, serie Clásico de la Teoría general del proceso, vol. 4, Editorial Jurídica Universitaria, México, abril 2001, p. 6.

la ley”, o sea la facultad atribuida al Poder Judicial para administrar justicia⁷. Igual sentido sostienen Honorio J. Silgueira⁸ y Máximo Castro⁹; Mortara, por su parte, manifiesta que la jurisdicción “es la resolución de un conflicto entre la voluntad subjetiva y las normas objetivas”¹⁰. Francesco Carnelutti concibe la jurisdicción “como la justa composición de la litis”¹¹. Para Manzini la jurisdicción (*jus dicere*) “es la función soberana que tiene por objeto establecer, demanda de quien tenga deber o interés en ello (acción), si en el caso concreto es o no aplicable una determinada norma jurídica y puede darse o no ejecución a la voluntad manifestada por ella”¹². Oderigo opina que “la jurisdicción es la potestad estatal de aplicar el derecho objetivo con relación a los casos concretos”¹³. M. Castro la define como “la facultad conferida al Poder Judicial para declarar el derecho, aplicarlo o hacerlo cumplir”¹⁴. Lascano enseña que “la Jurisdicción consiste en la actividad con que el Estado provee a la realización de la regla jurídica cuando existe un conflicto de intereses”¹⁵. R. J. Podetti indica que consiste en “el poder público que una rama del gobierno ejercita, de oficio o a petición de interesado, instruyendo un proceso para esclarecer la verdad de los hechos que afectan la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida”¹⁶.

Para Alfredo Rocco la jurisdicción es “la actividad mediante la que el Estado procura directamente la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho, cuando por algún motivo no se realice la norma jurídica que los tutela”¹⁷. Giuseppe Chiovenda, concluye que la jurisdicción es “la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva”¹⁸. Para E. Redenti “es la función de aplicar las sanciones conminadas por las normas jurídicas”¹⁹. Juan Luis Requejo Pagés, después de analizar diferentes conceptos de jurisdicción a los dominios tradicionales como son la jurisdicción sinónimo de solución de conflictos, de aplicación judicial del derecho, y aplicación del derecho a través del proceso, afirma que la jurisdicción puede definirse como: aquella forma de aplicación del derecho que se distingue de las otras modalidades posibles por representar el máximo grado de irrevocabilidad admitido en cada ordenamiento positivo²⁰.

⁷ *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Biblioteca Jurídica Argentina, tomo 1, p. 118.

⁸ *Procedimientos Judiciales*, Biblioteca Jurídica Argentina, p. 21.

⁹ *Curso de Procedimientos Penales*, 2ª. ed. Biblioteca jurídica Argentina, tomo 1, 1937, p. 11.

¹⁰ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XVII, Edit. Bibliográfica Argentina, pp. 538 y ss.

¹¹ *Sistema de Diritto Processuale Civile (Instituciones de Derechos Procesal Civil)*, Edit. Harla, México, 1997, p. 2.

¹² *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XVII, Editorial Bibliográfica Argentina, pp. 538 y ss.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Tratado de la Competencia*, Buenos Aires, 1954, p. 15.

¹⁷ *La sentencia Civil*, 1906, ed. española, 1944, México, pp. 103 y ss.

¹⁸ *Istituzioni di Diritto Processuale Civile (Curso de Derecho Procesal civil)*, Edit. Harla, México, 1997, p.195.

¹⁹ *Diritto Processuale Civile*, Milán, t. I, 1947, p. 4.

²⁰ *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, pp. 90 y ss.

Para Carlos Arellano García la jurisdicción “es el conjunto de atribuciones que tiene el Estado, para ejercerlas, por conducto de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, con aplicación de normas jurídicas generales e individualizadas, a los diversos actos y hechos que se susciten con motivo del planteamiento de posiciones concretas en controversia”²¹. José Alberto Dos Reis, después de hacer un recuento de las diversas teorías sobre la jurisdicción, concluye afirmando que la jurisdicción es la adaptación de la regla general de derecho a un caso particular, adaptación que obliga a los interesados y que puede hacerse efectiva mediante la coacción²².

De la relación anterior, podemos observar que existen diversas conceptualizaciones de la jurisdicción, de tal modo que es de considerarse la relatividad de las mismas, que además de ser una manifestación del Poder Público, está sujeta a las disposiciones constitucionales y legales vigentes en cada país, y en diferentes épocas, de tal modo que aceptamos la aguda observación del ilustre jurista Piero Calamandrei en el sentido de que “del concepto de jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos”²³.

Con la salvedad señalada, podemos concluir que la jurisdicción es una función a cargo del Estado que se ejerce, principalmente, por uno de los poderes públicos, a fin de hacer efectivos los derechos de las personas, resolviendo los conflictos que se hacen de su conocimiento por medio de la *jurisdictio*, y ejecutando sus resoluciones, contribuyendo así a la seguridad jurídica, a la paz social y a la realización de la justicia.

2. Jurisdicción concurrente

Una especie de la jurisdicción en general, es la concurrente, que en nuestro país se surte respecto del conocimiento y resolución de las controversias por aplicación de las leyes federales y en relación con el Juicio de Amparo.

Esta figura, está regulada tanto en la Constitución Federal como en la legislación de Amparo. Así, los artículos 104, fracción I y 107, fracción XII de nuestra Ley Fundamental y los artículos 37, 38, 39, 40, 83 fracciones I y IV y 95 fracciones I, V, VI y XI de la Ley de Amparo, señalan las condiciones en que se actualiza la jurisdicción concurrente.

En los juicios federales a los que se refiere la fracción I del artículo 104 constitucional, ésta jurisdicción se traduce en que tratándose de conflictos sobre aplicación y cumplimiento de leyes federales, en casos en que solamente versen intereses particulares, a elección del actor, pueden conocer de los juicios respectivos los Jueces de Distrito o los del orden común, por tanto, cuando tales controversias versen sobre aplicación o cumplimiento de leyes federales o de tratados internacionales y en ellas no se debatan únicamente intereses particulares, la jurisdicción local queda excluida, correspondiendo de modo exclusivo y excluyente a los juzgadores federales el conocimiento y resolución de las controversias respectivas.

La jurisdicción concurrente también opera en los juicios de amparo bajo dos modalidades. La primera, la encontramos regulada en el primer párrafo de la fracción XII del artículo 107 constitucional, al disponer que “La violación de las garantías de los

²¹ *Teoría general del proceso*, 3ra. ed., Edit. Porrúa, México, 1989, p.346.

²² *Teoría de la acción*, Colofón, México, 1995, pp. 25 y ss.

²³ *Istituzioni di Diritto Processuale Civile (Derecho Procesal Civil)*, Harla, México, 1997, p. 7.

artículos 16, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa o ante el Juez de Distrito que corresponda, pudiéndose recurrir, en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los términos prescritos por la fracción VIII...”.

La competencia de los superiores jerárquicos de los jueces que hayan cometido las violaciones a que tales preceptos aluden, está condicionada por el objeto legal o normativo de las contravenciones, fuera del cual no es posible hablar de jurisdicción concurrente (infracciones a los arts. 16, en materia penal, 19 y 20, fracs. I, VIII y X, constitucionales).

A diferencia de la amplitud de la jurisdicción anexa concurrente del caso anterior, en la jurisdicción auxiliar, la intervención procesal que en el juicio de amparo tienen las autoridades judiciales locales es restringida, ya que de conformidad con el artículo 38 de la Ley de Amparo los jueces de primera instancia en las hipótesis y bajo las condiciones que la propia ley señala en los artículos 39 y 40, tienen facultad para recibir la demanda de amparo, ordenar que las cosas se mantengan en el estado en que se encuentren, ordenar que se rindan al Juez de Distrito los informes previo y justificado, remitiendo enseguida al de Distrito la demanda original y sus anexos, concluyendo su intervención al momento que se recibe el acuse de recibo respectivo por parte del Juez Federal.

Como podrá observarse en este caso, la participación de las autoridades judiciales locales esta restringida a unos cuantos actos procesales y administrativos.

Lo preocupante de la jurisdicción concurrente consiste en que en la primer hipótesis los juzgadores federales se niegan a recibir las demandas respectivas, cuando el actor decide que conozca del asunto la justicia federal y lo obliga a presentarla ante los tribunales locales, lo cual pervierte lo dispuesto por la primera fracción del artículo 104 constitucional. En la segunda hipótesis, la justicia local queda sometida a la justicia federal en relación con una serie de actos que deben realizarse en tiempos breves, bajo amenaza de sanciones de todo tipo si no se cumple en sus términos.

Así, podemos concluir que la jurisdicción concurrente establecida en la fracción I del artículo 104 y fracción XII del artículo 107 de la Constitución Federal y sus correlativos 37, 38, 39, 40, 83 fracciones I y IV, y 95 fracciones I, V, VI y XI de la Ley de Amparo, es una fórmula jurídica que en estricto sentido trastoca el régimen federal al convertir a los tribunales de los estados en órganos jurisdiccionales dependientes de los tribunales federales, sujetos a una legislación que deberían aplicar los juzgados y tribunales de la federación, pues tienen competencia y obligación de conocer y resolver, formando parte de su carga de trabajo.

Sin embargo, descargándose de su trabajo y responsabilidad, la justicia federal sistemáticamente se ha negado a hacer frente a esta problemática que constituye un fuerte obstáculo para que la justicia local cumpla el mandato constitucional en el sentido de que la impartición de justicia sea pronta, expedita y completa, pues los tribunales de las entidades federativas dedican la mayor parte de su tiempo a los asuntos federales en perjuicio de los asuntos locales.

La negativa de los órganos jurisdiccionales federales para conocer de los asuntos que son de su competencia, pues se trata de legislación federal, es una “auténtica denegación de justicia”, así como una infracción a la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, pues la fracción I del artículo 104 citado, permite que el actor decida ante cuál jurisdicción presentar su demanda, cuando las controversias sólo afecten intereses particulares.

Este precepto es violado sistemáticamente y cotidianamente por los juzgadores federales que se niegan a recibir las demandas mercantiles, dejando la altísima carga de trabajo a los jueces locales de la República mexicana, instituyéndose ellos mismos en simples revisores de las resoluciones judiciales de los juzgadores estatales.

Así, esta práctica, produce tres graves violaciones al régimen constitucional mexicano:

1. Violenta el derecho subjetivo público del gobernado de que se le imparta justicia, que le otorga directa y expresamente la Constitución;
2. Vulnera la soberanía de los estados; y
3. Conculca la independencia y autonomía de los poderes judiciales locales.

De este modo, puede afirmarse que la jurisdicción concurrente sólo existe en la letra de nuestra Carta Magna, constituyendo prácticamente una competencia ordinaria para los tribunales locales al negarse los juzgadores federales a recibir las demandas que les son presentadas.

El conocimiento y resolución de las controversias derivadas de la aplicación de leyes federales que, en primer término y de conformidad con el propio artículo 104 constitucional, corresponde a los tribunales de la Federación, y que sólo cuando se trate de litigios que afecten únicamente intereses particulares, a elección del actor, podrán tramitarse estos juicios en los tribunales de las entidades federativas, tanto en la primera como en la segunda instancia, se ha convertido en una jurisdicción ordinaria para la justicia local debido a esa nociva práctica.

Debe recordarse y tenerse presente que en respeto a nuestro sistema federal, basado en una clara y precisa distribución de competencias, el artículo 97 de la Constitución Política de la República Mexicana de 1857, dispuso en la fracción primera que “Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer: I. De todas las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales”; lo que era propio de su competencia exclusiva.

Sin embargo, al fortalecerse la tendencia centralista, se adicionó la primera fracción del señalado precepto para someter a los poderes judiciales de los estados a la justicia federal.

Efectivamente, correspondió a Manuel González, Presidente de la República, iniciar y, promulgar el 29 de mayo de 1884 la reforma citada en los términos siguientes:

“Art. 97. Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer: I. De todas las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales, **excepto en el caso de que la aplicación sólo afecte intereses particulares, pues entonces son competentes para conocer los jueces y tribunales locales del orden común de los Estados, del Distrito Federal y Territorios de la Baja California**”.

De este modo puede concluirse que la jurisdicción concurrente bajo nuestro régimen federal data del año de 1884, cuando ya habían transcurrido 60 años del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana y de la Constitución Federal, las cuales no incorporaron dicha jurisdicción²⁴.

²⁴Ver Eduardo Ruiz, *Derecho Constitucional*, 2ª. edición, Tipografía de Aguilar e hijos, México, 1902; José María del Castillo Velasco, *Apuntamientos para el estudio de derecho constitucional Mexicano*, Imprenta del

En el proyecto de Don Venustiano Carranza se introdujo el texto vigente de la fracción I del citado precepto constitucional, el cual hizo optativo para el particular presentar la demanda respectiva ante la justicia federal o la local, y que, previa discusión, fue aprobado por la Asamblea Constituyente de Querétaro de 1917.

En esta disposición de nuestra Carta Magna, radica otro grave problema que en México se tiene con la impartición de justicia; es este precepto el que ha hecho imposible que los mexicanos disfrutemos de la garantía individual contemplada en el artículo 17 constitucional de recibir justicia con las características de prontitud, completitud e imparcialidad, debido a que con apoyo de esta llamada jurisdicción concurrente los tribunales federales han tomado una actitud de no recibir las demandas mercantiles. Gracias a esta disposición se han colocado en calidad de meros revisores de las actuaciones de los tribunales estatales, los que con pocos recursos se ven agobiados por el cúmulo de trabajo que en forma exclusiva soportan en esta clase de juicios.

Puede afirmarse que al menos el 85% de las controversias jurisdiccionales derivadas de leyes federales son de carácter mercantil, y que prácticamente la totalidad de ellas se tramitan en primera y en segunda instancia ante los tribunales de las entidades federativas, y que la responsabilidad de ejecutar las sentencias recae también en los tribunales locales, asumiendo así una función altamente delicada, que cumplen después de sortear una serie de problemas, como son el raquítico presupuesto que tienen asignado los poderes judiciales estatales y la carencia de una fuerza pública propia que permita ejecutar oportunamente sus resoluciones.

En tal virtud, también podemos afirmar que la impartición de justicia en el país está a cargo de los tribunales de las entidades federativas y que la justicia federal sólo revisa e impone cargas de trabajo a los juzgadores locales.

Atento a lo anterior, se propone la derogación de la parte relativa de la fracción I del multicitado artículo 104, así como de la fracción XII del artículo 107 y los relativos de la Ley de Amparo que establecen la jurisdicción concurrente, para que sean los juzgadores federales quienes cumplan con su carga de trabajo y los tribunales locales atiendan las controversias que genuinamente les corresponde.

3. Presupuestos de egresos judiciales

Para valorar en su exacta dimensión el grave problema que causa la jurisdicción concurrente, es indispensable referirse al presupuesto de egresos de que disponen los poderes judiciales de los Estados.

En términos generales, puede afirmarse que los poderes judiciales de las entidades federativas no cuentan con un presupuesto de egresos adecuado para el cumplimiento de sus funciones, lo que repercute en el insuficiente número de juzgadores para atender los asuntos de que conocen; en el escaso personal administrativo para el cumplimiento oportuno de las excesivas cargas de trabajo; en los inadecuados recintos judiciales y su malo o pésimo acondicionamiento; en la falta de tecnología computacional y de otros medios de comunicación como teléfonos, faxes, redes, etc.; y en los bajos salarios y nulas

gobierno, México, 1870; Mariano Coronado, *Elementos de Derecho Constitucional Mexicano*, Guadalajara, 1887.

prestaciones sociales a sus empleados. Así como en la carencia de recursos para sufragar el traslado de personal oficial para efectuar múltiples diligencias.

El tales condiciones constituye un auténtico agravio a los poderes judiciales locales la jurisdicción concurrente, así como las exigencias que imponen los juzgadores federales quienes utilizan a la justicia local para realizar el trabajo que a ellos corresponde.

Sobre este particular debe tenerse en cuenta el informe de resultados obtenidos en el estudio realizado por la calificadora de riesgos Moody's, el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y Gaxiola Moraila y asociados (G.M.A.) sobre la ejecutabilidad de contratos mercantiles e hipotecarios; estudio basado según se afirma en encuestas, opiniones de abogados litigantes en los 31 Estados y el Distrito Federal, información de las autoridades judiciales y visitas de apreciación a los Tribunales locales, donde puede observarse que en 20 entidades de la República el presupuesto del Poder Judicial rebasa el 1% sin llegar al 2%; sólo en tres entidades el presupuesto rebasa el 2% sin llegar al 3%, y en 9, dentro de las que se encuentra el Estado de Veracruz, no llegan ni siquiera al 1%, como puede apreciarse en el cuadro siguiente²⁵.

Presupuesto para el Poder Judicial como % del presupuesto del Estado, 2001

Grupo 1		Grupo 2		Grupo 3	
1. D.F.	2.82%	1. Morelos	1.99%	1 Nuevo León	0.99%
2. Tlaxcala	2.38%	2. Querétaro	1.99%	2. Oaxaca	0.93%
3. Chihuahua	2.04%	3. Yucatán	1.99%	3. Sinaloa	0.92%
		4. Guanajuato	1.96%	4. Durango	0.88%
		5. Baja California	1.81%	5. Chiapas	0.82%
		6. S.L.P.	1.81%	6. Hidalgo	0.81%
		7. Aguascalientes	1.62%	7. Veracruz	0.76%
		8. Tabasco	1.58%	8. Guerrero	0.68%
		9. Quintana Roo	1.53%	9. Michoacán	0.56%
		10. Colima	1.52%		
		11. Puebla	1.51%		
		12. Campeche	1.44%		
		13. B.C.S.	1.38%		
		14. Jalisco	1.36%		
		15. Sonora	1.29%		
		16. Tamaulipas	1.18%		
		17. Nayarit	1.17%		
		18. Coahuila	1.11%		
		19. Zacatecas	1.09%		
		20. México	1.03%		

25 Moody's Investors Service (Global Credit Research), "Calificaciones de Ejecutabilidad de Contratos Mercantiles e Hipotecarios", México, abril 2002, p.21.

En el caso del Estado de Veracruz, como puede observarse y concluirse, existe un enorme desequilibrio presupuestal entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo. La insuficiencia presupuestaria fue destacada por el estimado maestro Emilio Gidi Villarreal en 1991, en una de sus obras, en donde afirmaba: “Constituye una afirmación reiterada la de que ante una realidad de recursos limitados que para la atención de las necesidades públicas enfrenta el Estado, es tal vez el Poder Judicial el que con mayor fuerza sufre los efectos de esa limitación, la cual se traduce en una estructura de organización insuficiente para atender eficazmente el volumen de conflictos que se someten a su conocimiento y en un nivel salarial que no es compensatorio del esfuerzo que exige y la importancia que reviste la función jurisdiccional”²⁶.

El Estado de Veracruz-Llave, se localiza en la parte central de la vertiente del Golfo de México, con una superficie de 72, 873 km², correspondiendo 72,815 al macizo continental y 58 a la parte insular. Su longitud se extiende 800 kilómetros y su anchura oscila entre 52 y 212; su litoral comprende 684 kilómetros. Colinda al Norte con el Estado de Tamaulipas; al Oeste con San Luis Potosí, Hidalgo, Puebla; al Suroeste y Sur con Oaxaca; al Sureste con Chiapas y Tabasco y al, Oriente, Noreste y Norte con el Golfo de México. Cuenta con 210 municipios que son la base de su organización política y administrativa²⁷.

Atento a lo anterior, la entidad Veracruzana, requiere una descentralización del Poder Judicial en la segunda instancia, así como de aumentar el número de juzgados a fin de hacer realidad la expeditéz y prontitud en la impartición de justicia, entre otras múltiples necesidades.

En términos generales los salarios de los empleados judiciales, secretarios, jueces en sus distintas categorías y niveles y magistrados, son bajos en sí mismos y más aún en comparación con los de los empleados y funcionarios judiciales de los otros estados y comparados con funcionarios del Poder Ejecutivo en niveles similares.

Los juzgados se ubican en locales alquilados y su acondicionamiento no es el adecuado para realizar su trabajo.

Éstos, entre otros múltiples requerimientos, no pueden superarse con un presupuesto raquítico y ofensivo que no llega ni siquiera al 1% del presupuesto estatal²⁸.

El presupuesto actual del Poder Judicial de la entidad veracruzana (2002) es de 290, 376, 880.00 (doscientos noventa millones, trescientos setenta y seis mil, ochocientos ochenta pesos 00/100 M.N.) que representa el 0.76% del Presupuesto Estatal del Estado, que asciende a 32, 800, 976, 701.00 (treinta y dos mil ochocientos millones, novecientos setenta y seis mil, setecientos un pesos 00/100 M.N.).

De 1991 al año 2002, el presupuesto del Poder Judicial ha sido el siguiente:

Antes de la reforma que eliminó tres ceros: 1991, 11'538,583,000²⁹; 1992, 4'081,455,000³⁰; después de la reforma monetaria: 1993, 17'319,592.00³¹; 1994,

26 *El Poder Judicial del Estado de Veracruz*, Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Xalapa, Ver., 1991, p. 109.

27 Un estudio importante sobre nuestra entidad es *Veracruz Económico*, 2 tomos, de Moisés T. de la Peña, publicado en 1946 por el gobierno del Estado.

28 Presupuesto de Egresos para el año 2002, artículo 7, Gaceta Oficial 253 de 19 de diciembre de 2001.

29 Art. 1 Gaceta Oficial, 29 diciembre 1990.

30 Art. 1 Gaceta Oficial, 24 diciembre 1991.

25'679,149.00³²; 1995, 27'243,054.00³³; 1996, 40'753,742.00³⁴; 1997, 53'862,837.00³⁵; 1998, 91'682,203.00³⁶; 1999, 119'095,263.00³⁷; 2000, 150'191,330.00³⁸; 2001, 231'164,278.00³⁹; 2002, 290'376,880.00⁴⁰.

El maestro Emilio Gidi Villarreal, en la obra citada, nos ofrece el porcentaje del Poder Judicial de 1981 a 1991, con excepción del de 1985, porcentaje que representa el presupuesto del Poder Judicial respecto del total del presupuesto estatal de egresos: 1981, 0.40%; 1982, 0.59%; 1983, 0.75%; 1984, 0.44%; 1986, 0.56%; 1987, 0.71%; 1988, 0.80%; 1989, 0.74%; 1990, 0.75%; 1991, 0.77%.

Compartiendo la opinión de destacados juristas, respaldando las diversas declaraciones de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados y a la luz de diversas disposiciones constitucionales extranjeras, he venido proponiendo desde 1996 que se señale en la Constitución o en la ley, el 3% del Presupuesto del Estado al Poder Judicial a fin de poder responder con toda oportunidad a los reclamos de impartición de justicia en Veracruz⁴¹.

Considero relevante destacar, que durante la redacción del anteproyecto de reforma constitucional local, los integrantes de la Comisión Técnica Jurídica, aceptaron la propuesta del suscrito en el sentido de establecer en la Constitución Política del Estado el 3% del Presupuesto de Egresos de la entidad a favor del Poder Judicial, quedando en el texto del anteproyecto original. Por circunstancias que desconozco fue eliminado de la iniciativa de reforma y adiciones que se presentó a la LVIII Legislatura del Estado.

4. Fondo auxiliar para la administración de justicia

Relacionado con el punto anterior y de acuerdo a lo expuesto, resulta de interés y trascendencia lo relativo al fondo auxiliar para la impartición de justicia que la Constitución Política del Estado regula en el segundo párrafo del artículo 60, disponiendo que el mismo se integra con los productos y rendimientos que se generen por las inversiones de los depósitos en dinero o valores que se efectúen ante los tribunales, y además, con los ingresos por el pago de multas, cauciones o por cualquier otra prestación autorizada por la ley.

La Ley Orgánica del Poder Judicial explicita los conceptos en el artículo 118, al prescribir que integran el fondo dos clases de recursos: los propios y los denominados ajenos. Entre los primeros pueden citarse, por ejemplo: a) El monto de las cauciones que garanticen la libertad provisional y las sanciones pecuniarias de los encausados, que sean hechas efectivas de conformidad con las disposiciones legales aplicables; b) El monto de

31 Art. 10 Gaceta Oficial, 28 diciembre 1992.

32 Art. 10 Gaceta Oficial, 28 diciembre 1993.

33 Art. 10 Gaceta Oficial, 17 diciembre 1994.

34 Art. 10 Gaceta Oficial, 28 diciembre 1995.

35 Art. 10 Gaceta Oficial, 24 diciembre 1996.

36 Art. 10 Gaceta Oficial, 27 diciembre 1997.

37 Art. 10 Gaceta Oficial, 31 diciembre 1998.

38 Art. 7 Gaceta Oficial, 30 diciembre 1999.

39 Art. 7 Gaceta Oficial, 30 diciembre 2000.

40 Art. 7 Gaceta Oficial núm. 253 de 19 diciembre de 2001.

41 José Lorenzo Álvarez Montero, "Fortalecimiento del Poder Judicial y Administración de Justicia pronta, expedita, completa e imparcial", Revista *Jurídica Veracruzana*, Núm. 75, abril-junio, Xalapa, Ver., 1996, pp. 55 y ss.

las cauciones que garanticen la libertad condicional de los sentenciados que se encuentren gozando del beneficio relativo, y que sean hechas efectivas de conformidad con las disposiciones legales aplicables; c) El monto de las cantidades otorgadas para obtener los beneficios de la conmutación de las sanciones y de la suspensión condicional de la condena, que se haga efectiva en los casos previstos por el Código Penal; d) Las multas; e) Los rendimientos que se generen por los depósitos que se efectúen ante los Tribunales Judiciales; f) El producto de la venta de los objetos o instrumentos materia del delito, que sean de uso lícito, en la forma y términos previstos por el Código Penal; g) El producto de la venta de los muebles y valores depositados por cualquier motivo ante los Tribunales Judiciales, que no fueren retirados por quien tenga derecho a ellos dentro del término de un año; h) El monto de la reparación del daño cuando la parte ofendida renuncie al mismo o no lo reclame dentro del término de un año; i) Las donaciones o aportaciones hechas a su favor por terceros; j) El pago de derecho por la expedición de copias certificadas y certificaciones; k) El monto de los depósitos hechos a favor de terceros, cuando transcurran tres años de constituidos y previa notificación personal, no sean retirados por el interesado en el plazo de treinta días hábiles.

Los recursos ajenos, están constituidos por los depósitos en efectivo que por cualquier causa y mediante la exhibición del certificado de depósito correspondiente, se realicen o se hayan realizado ante los Tribunales Judiciales.

El artículo 121 precisa que los bienes que integran el Fondo se destinarán exclusivamente para:

Adquirir, construir, mantener o remodelar inmuebles para el establecimiento o ampliación de las Oficinas Judiciales; arrendar inmuebles para el establecimiento o ampliación de las oficinas de las Salas de los Tribunales, del Consejo de la Judicatura y de los Juzgados; comprar, rentar, reparar o mantener el mobiliario y el equipo necesario para el funcionamiento de los órganos del Poder Judicial del Estado; desarrollar programas y acciones de capacitación, actualización y superación profesional del personal del Poder Judicial; otorgar estímulos económicos a los servidores públicos del Poder Judicial, con motivo del desempeño relevante de sus funciones, de acuerdo con la ley de la materia; constituir, incrementar y apoyar fondos de retiro para los servidores públicos del Poder Judicial, así como otras prestaciones que autorice el Consejo de la Judicatura en favor de aquéllos; sufragar gastos que sean necesarios y justificados para el mejoramiento de la administración de justicia; cubrir los honorarios fiduciarios y los demás gastos que originen la administración y operación del fondo; sufragar cualquier eventualidad que no estuviere considerada en el presupuesto de egresos; cubrir el pago de pólizas con motivo del seguro de vida e incapacidad total permanente; y los demás que el Consejo de la Judicatura estime convenientes para el mejoramiento de la impartición de justicia.

La Ley Orgánica del Poder Judicial dedica el Título Séptimo a regular el Fondo Auxiliar. En el artículo 117 señala que el Consejo de la Judicatura administrará el Fondo Auxiliar para la Impartición de Justicia, que se ejercerá bajo criterios de estricta racionalidad, disciplina fiscal, contabilidad, evaluación, información periódica, auditoría y control de gestión que dispongan las leyes de la materia.

El Fondo Auxiliar se maneja y opera por medio de un fideicomiso constituido por la Institución Fiduciaria que determine el Consejo. El Comité Técnico y de Administración

del Fondo tiene entre otras, la importante atribución de ejecutar las políticas de inversión, administración y distribución de los fondos del fideicomiso.

Los antecedentes del Fondo auxiliar para la Impartición de Justicia en el Estado de Veracruz se encuentran en el siglo XIX. Efectivamente, con motivo de la invasión francesa a nuestro país, el Estado de Veracruz fue una de las entidades que mayor repercusiones tuvo en el aspecto económico, debido a la defensa primera y permanente que tuvo que hacerse para sostener el gobierno republicano. El agotamiento del erario estatal impedía dotar al Poder Judicial de los recursos necesarios para su debido funcionamiento, por lo que el C. Alejandro García, General de división del Ejército de la República mexicana, segundo en Jefe de la Línea de Oriente y Gobernador y Comandante Militar del Estado de Veracruz, expidió la Ley Provisional para la organización y dotación del Tribunal Superior de Justicia y de los Juzgados de Primera Instancia del Estado, por la cual se reinstalaba el Tribunal Superior de Justicia y se establecía el Fondo Judicial.

Así, el artículo 7 de la Ley para la organización y dotación del Tribunal Superior de Justicia y de los Juzgados de Primera Instancia, expedida en la ciudad de Orizaba el 2 de abril de 1867, dispuso la creación del fondo judicial, en los siguientes términos: “Se establece el fondo judicial que dependerá única y exclusivamente del Tribunal Superior de Justicia. Pertenece al fondo judicial: 1a. La mitad de las costas y honorarios de los Jueces, asesores, abogados y demás curiales, en el caso en que, conforme al arancel de que habla el Decreto número 177, antes citado, puedan cobrarse dobles; 2a. Todas las multas que conforme a las leyes vigentes se impongan por los Jueces de Paz, Jueces de 1a. Instancia y Magistrados del Tribunal; 3a. La mitad de la pensión de herencias transversales; 4a. Una multa que se impondrá en toda demanda civil al que sea condenado en costas. Dicha multa no pasará de un diez por ciento sobre lo que importe el interés del pleito y se disminuirá en proporción de la mayor cuantía de aquél. En los juicios de despojo se reagrarará la multa imponiéndose al despojante, si perdiese, desde veinticinco hasta doscientos pesos, según las circunstancias del caso, sin relación al interés del pleito. En los casos que señala el artículo 747 del Código Penal se impondrá, además, la pena pecuniaria que él menciona; 5a. Las conmutaciones de penas que, bajo de fianza y a reserva de la revisión del Tribunal Superior, deberán conceder los Jueces de 1a. Instancia, sin restricción alguna, en todos los delitos leves que no sean el hurto propiamente dicho y además en las heridas graves, con tal que no sean calificadas. Para los efectos de este artículo se entiende calificada la herida inferida con arma explosiva, premeditación, alevosía, ventaja, en despoblado ó que deje marcada deformidad perpetua”.

Artículo 8o. El Secretario del Tribunal será Tesorero del fondo judicial y reglamentará el cobro y su distribución. Su reglamento será revisado por el mismo Tribunal Superior y éste lo presentará al Gobierno, para su aprobación.

Este es el antecedente del actual fondo para la administración de justicia del Estado de Veracruz.

5. Policía para ejecutar las resoluciones judiciales oportunamente

El otro grave problema que provoca la jurisdicción concurrente es el de la ejecución de las sentencias sobre asuntos que corresponden a los tribunales federales y que candorosamente han descargado en los juzgados locales.

Efectivamente, la carencia de una policía o fuerza pública judicial que permita a los juzgadores ejecutar sus determinaciones y sentencias oportunamente se agrava por la multicitada jurisdicción, pues debiendo ejecutar dichas resoluciones los tribunales federales con la fuerza pública de esa calidad, descargan su responsabilidad en la justicia y la fuerza pública local.

Para el caso debe decirse con toda claridad que los poderes judiciales locales, en la mayoría de los casos, están postrados ante el Poder Ejecutivo, quien tiene bajo su mando la fuerza pública, pues para la ejecución de sus resoluciones que requieran dicha fuerza es necesario solicitarla a ese poder y, la misma, es concedida después de un largo período de espera y de ser sometidas dichas resoluciones judiciales a trámites y revisiones ilegales e inconstitucionales, que ante sí, han establecido las autoridades administrativas y que impiden el cumplimiento del mandato constitucional de que la impartición de justicia sea pronta, imparcial y completa, así mismo resulta una ilusión la existencia de leyes de los estados que garanticen la ejecución de las sentencias.

El modelo actual para la ejecución de las sentencias que requieren el auxilio de la fuerza pública, proveniente del siglo XIX, resuelta obsoleto para la buena administración de justicia. Hoy, la sociedad exige atención y respeto en el ejercicio de sus derechos, para lo cual, los poderes judiciales de las entidades federativas deben tener bajo su mando su propia policía, lo que contribuirá a la verdadera división de poderes y a la independencia y autonomía del Poder Judicial.

Por lo que se refiere al Estado de Veracruz, durante la elaboración del proyecto de la iniciativa de reforma integral a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave, fue preocupación de los miembros de la Comisión Técnica Jurídica la no ejecución oportuna de las sentencias dictadas por los Jueces del Estado, debido a la excesiva tramitación burocrática a la que era sometida la solicitud de auxilio de la fuerza pública, en los casos en que se requería.

Asimismo, en los foros convocados por la Comisión Especial de Diputados de la Quincuagésima Octava Legislatura del Estado, fue requerimiento constante de los Colegios, Barras y Asociaciones de Abogados, así como de éstos en particular, que se buscara una fórmula que redujera y agilizara los trámites administrativos para que las sentencias se ejecutaran oportunamente, superando los aspectos políticos, como procesos electorales, influyentismo y corrupción; situaciones que afectan la impartición de justicia y que a la fecha han influido decididamente para retardar el otorgamiento de la fuerza pública.

Atento a lo anterior, se presentó un proyecto sobre el capítulo referente al Poder Judicial donde se estableció el deber de los Jueces de ordenar la ejecución de las sentencias y demás resoluciones que pronuncien y causen estado, agregando que, cuando fuese necesario el auxilio de la fuerza pública, lo solicitaran directamente, por escrito, a quienes tengan el mando de la fuerza pública. Concluyendo, con el señalamiento de que será causa de responsabilidad para quienes tengan el mando de la fuerza pública, no proporcionar oportunamente el auxilio requerido.

El texto anterior, quedó plasmado en el artículo 61 de la reforma constitucional que habiendo sido publicada en la Gaceta Oficial número 24 del 3 de febrero del 2000 y entrando en vigor al día siguiente, dio lugar a la Circular número 4 de la Presidencia del Tribunal Superior de fecha 9 de febrero de ese año, donde se comunicaba a los Jueces que en lo sucesivo, cuando requirieran del auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir sus

determinaciones, lo solicitaran directamente por escrito a quienes tuvieran el mando de la misma en el Distrito Judicial en que tengan competencia.

Esta Circular permitió que se ejecutaran de inmediato las sentencias, lo que indudablemente respondía a la interpretación correcta del texto constitucional.

Sin embargo, intereses opuestos al cumplimiento de la ley, presionaron a fin de que se expidiera una segunda Circular, la número 5, de fecha 17 de marzo, que dejó sin efecto la número 4 y ordenó que el auxilio de la fuerza pública en los casos necesarios se solicitará por escrito a la entonces Subsecretaría de Seguridad Pública del Estado.

Esta Circular provocó la protesta de abogados litigantes, así como de Colegios, Barras y Asociaciones de Abogados agrupados a la Federación Estatal respectiva.

El 26 de julio se publicó en la Gaceta Oficial la Ley número 65, Orgánica del Poder Judicial, en cuyos artículos 68, fracción XII y 149, se reiteró la orden constitucional sobre la ejecución de las sentencias.

Atento a la ley y ante las peticiones reiteradas del auxilio de la fuerza pública y lo retardado de su concesión, se expidió la Circular número 8 del 8 de septiembre, dejando sin efecto la Circular número 5 y ordenando a los juzgadores que “cuando se requiera el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir sus determinaciones, lo soliciten directamente por escrito a quienes tengan el mando de la misma, señalando fecha y hora para llevar a cabo la diligencia respectiva, cuando autoricen el auxilio solicitado”.

Esta Circular vulnera la autonomía e independencia del Poder Judicial al dejar que sean las dependencias ejecutivas quienes decidan cuándo y cómo ejecutar las sentencias judiciales. Por otra parte, la Federación de Colegios, Barras y Asociaciones de Abogados consideran confusa dicha Circular y además, tanto a la Circular número 5 como a la 8 las califican de contrarias al texto de la Constitución y a la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial.

Bajo esta circunstancia la ejecución de las sentencias de los asuntos federales (juicios ordinarios y ejecutivos mercantiles) que se encuentran por miles, resulta una carga excesiva e injusta para la justicia local. Por ello, las conclusiones de la calificadora Moody's, ITAM y una firma de abogados resulta superficial, parcial, incompleta y tendenciosa, que pretende exhibir a los tribunales estatales en beneficio de la asociación de bancos que financió dicho estudio.

6. Conclusiones y propuestas

Atento a todo lo anterior se propone:

1. Sustituir el modelo centralizador de impartición de justicia, por uno que responda al federalismo judicial, adicionando el artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con un cuarto párrafo que disponga:

Las controversias sobre la aplicación de la legislación civil, penal y administrativa de los estados serán resueltas hasta su última instancia por los tribunales de los propios estados. Sus resoluciones serán definitivas e inatacables, salvo que en las mismas se contengan una violación directa y expresa a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuyo caso conocerá y resolverá la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como consecuencia de lo anterior, derogar toda referencia a la intervención de la justicia federal en la estatal, con excepción de las violaciones directas y expresas a la Constitución Federal por parte de las resoluciones de los tribunales locales.

2. Derogar de la fracción I del artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la parte del primer párrafo que dispone:

“I. ... Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables para ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado”.

3. Derogar la fracción XII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los artículos 37, 38, 39, 40, 83 fracciones I y IV y 95 fracciones I, V, VI y XI de la Ley de Amparo.

4. Establecer en las constituciones o en las leyes orgánicas de los estados un porcentaje fijo anual para los poderes judiciales de los estados señalando la conveniencia de que sea el 3% del presupuesto de egresos del Estado.

5. Complemento de lo anterior, reconocer la facultad de los poderes judiciales de elaborar y presentar directamente al órgano legislativo sus presupuestos de egresos y desde luego ser responsables de su ejercicio.

6. Otorgar el derecho de iniciar leyes, en el área de sus atribuciones, al órgano jerárquicamente superior de los poderes judiciales.

7. Tener su propia fuerza pública o policía judicial para la ejecución de sus sentencias.

En el caso específico del Estado de Veracruz, es urgente modificar los artículos 61 de la Constitución Política del Estado, así como la fracción XII del artículo 68 y el artículo 149 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado para quedar como sigue:

“Artículo 61. Los jueces deberán ordenar la ejecución de las sentencias y demás resoluciones que pronuncien y causen estado. Cuando sea necesario el auxilio de la fuerza pública, lo solicitarán directamente, por escrito, a quienes tengan el mando de la misma en su distrito judicial o en el municipio donde se vaya a ejecutar la resolución.

Será causa de responsabilidad y quedarán de inmediato separados de su cargo quienes tengan el mando de la fuerza pública, y no proporcionen oportunamente el auxilio requerido, así como los servidores públicos que por cualquier causa o motivo impidan el auxilio solicitado”.

Bibliografía

- ALSINA, Hugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Edit. Ediar, 2ª. ed., tomo 2, Buenos Aires, 1965, p. 415.
- , *Fundamentos de derecho procesal*, Serie Clásico de la Teoría general del proceso, vol. 4, Editorial Jurídica Universitaria, México, abril 2001, p. 6.
- ÁLVAREZ MONTERO, José Lorenzo, “Fortalecimiento del Poder Judicial y Administración de Justicia pronta, expedita, completa e imparcial”, *Revista Jurídica Veracruzana*, Núm. 75, abril-junio, Xalapa, Ver., 1996, pp. 55 y ss.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría general del proceso*, 3ª. ed., Edit. Porrúa, México, 1989, p.346.
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Diritto Processuale Civile (Instituciones de Derechos Procesal Civil)*, Edit. Harla, México, 1997, p. 2.
- CORONADO, Mariano, *Elementos de Derecho Constitucional Mexicano*, Guadalajara, 1887.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Biblioteca jurídica Argentina, 3ª. ed., p. 34.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile (Curso de Derecho Procesal civil)*, Edit. Harla, México, 1997, p.195.
- DE LA PEÑA, Moisés T., *Veracruz Económico*, 2 tomos, Edit. del gobierno del Estado, 1946.
- DEL CASTILLO VELASCO, José María, *Apuntamientos para el estudio de derecho constitucional mexicano*, Imprenta del gobierno, México, 1870.
- DOS REIS, José Alberto, *Teoría de la acción*, Colofón, México, 1995, pp. 25 y ss.
- GIDI VILLARREAL, Emilio, *El Poder Judicial del Estado de Veracruz*, Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Xalapa, Ver., 1991, p. 109.
- IBÁÑEZ FROCHAN, Manuel, *La jurisdicción*, Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 28.
- LABARDINI, Rodrigo, “Reflexiones sobre jurisdicción en derecho internacional. Tendencias y Problemas actuales”, *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados A.C., Tomo XIII, núm, 1, México, 2000, p. 3.
- PODETTI, R. J., *Tratado de la Competencia*, Buenos Aires, 1954, p. 15.
- REDENTI, E., *Diritto Processuale Civile*, Milán, t. I, 1947, p. 4.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, pp. 90 y ss.
- ROCCO, Alfredo, *La sentencia Civil*, 1906, ed. española, 1944, México, pp. 103 y ss.
- RUIZ, Eduardo, *Derecho Constitucional*, 2ª. edición, Tipografía de Aguilar e hijos, México, 1902.

Ciudadanos y Naciones

Ma. Del Rosario Huerta Lara*

*Todo derecho fundamental es universal
La ciudadanía No es universal
Ergo
La ciudadanía No es un derecho fundamental*

SUMARIO: Introducción. 1. De los Derechos del Hombre y el Ciudadano. 2. La nacionalidad múltiple y la ciudadanía europea. 3. Convención sobre el Conflicto de Leyes de Nacionalidad de 1930. 4. Nacionalidad y binacionalidad en México. 5. Ley de nacionalidad. 6. La pérdida de la nacionalidad. Colofón.

Como muchas categorías constitucionales, el concepto de Ciudadanía se ha trastocado a partir del reordenamiento mundial de los sistemas jurídicos. Las formas actuales de la (des)integración global no sólo han modificado el status económico que conocieron los Estados-nación del siglo XX. Estamos ante la realidad de nuevos Estados supranacionales y comunitarios, de la integración regional, la emigración internacional. Lo transnacional, lo binacional y multicultural en torno a la nacionalidad múltiple, son la piedra de toque de hoy día, de modo que la ciudadanía a estas alturas para nada se constriñe exclusivamente a lo nacional como lo concibió el derecho decimonónico. En este trabajo se sustenta el necesario avance a la universalización de los derechos ciudadanos como una meta posible en un mundo globalizado capaz de tutelar estos derechos con garantías igualmente universales; como contrapunto se pasa revista de su recepción en México hasta la normatividad vigente.

Introducción

Si partimos de la premisa de que TODO DERECHO FUNDAMENTAL ES UNIVERSAL, el derecho a tener una ciudadanía como consecuencia de una nacionalidad, aunque se refiera a uno de los enumerados por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, trataría más que de una clase de derechos, de una condición

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

derivada de un status jurídico que amplía o restringe el campo concreto de la persona humana, esto es, el país donde se realizan estos derechos fundamentales derivados de la dignidad. De manera que este concepto de ciudadanía no se debe confundir con los llamados derechos fundamentales. Tratándose de algo menos esencial, cardinal, primordial, principal, central, nuclear, básico y elemental, corresponde a otro orden, secundario y accesorio, opuesto a toda noción de fundamental. La ciudadanía pertenece al dominio de la particularidad opuesta al todo, en permanente tensión con los universales. De esta oposición entre lo universal y particular, la ciudadanía se torna un ejercicio inseguro y precario, objeto de restricciones parciales o totales por parte de las distintas legislaciones nacionales. En la actualidad, la nacionalidad es el obstáculo principal para que la sociedad elabore una auténtica ciudadanía consagrada como derecho fundamental y universal, acorde a los llamados derechos de la persona que están investidos de universalidad y son materia de derecho público internacional. Mientras esto no ocurra, los titulares de este derecho proseguirán sujetos a las jurisdicciones domésticas y a su legislación nacional en espera que una oleada de universalidad mayor las eleve al rango de derechos fundamentales.

En los Estados nacionales, la nacionalidad precede de manera causal y directa al concepto de ciudadanía, tal y como lo concibió la Ilustración y elaboró el constitucionalismo del siglo XIX. La nacionalidad, en tanto categoría jurídica, histórica y política es la que determina el carácter particular (no universal) de la ciudadanía. Su origen en la legislación nacional le impide cualquier universalidad, por lo que bajo ningún concepto, vista la ciudadanía de esta manera, se trata de un derecho de los considerados fundamentales. En consecuencia, los derechos políticos que son los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar –como el derecho al voto, el sufragio pasivo, el derecho de acceder a los cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política– no están investidos de esa universalidad.

Por el contrario, la realidad de nuevos Estados supranacionales y comunitarios, la integración regional, la emigración internacional, lo transnacional, lo binacional y multicultural en torno a la nacionalidad múltiple, son la piedra de toque de hoy día, de modo que la ciudadanía a estas alturas para nada se constriñe exclusivamente a lo nacional como lo concibió el derecho decimonónico. A ello, el derecho contemporáneo propone: “... una definición estructural, en el sentido que prescinde de la naturaleza, de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, debe basarse únicamente en el carácter universal de su imputación: universal, en el sentido puramente lógico y *avalorativo* de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos. De hecho son tutelados como universales, y por consiguiente

fundamentales, la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares”¹.

1. De los Derechos del Hombre y del Ciudadano

A diferencia de los derechos del hombre, los derechos del ciudadano no son conocidos como derechos naturales, no son derechos naturales, sino simplemente derechos positivos garantizados por la sociedad. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 distingue expresamente los derechos del ciudadano de los derechos del hombre. En ella, ningún artículo provee una lista de los derechos del ciudadano. Sin embargo, son fáciles de localizar gracias al vocabulario preciso de la Declaración que califica a sus detentadores como *ciudadanos* reagrupados dentro del vocablo *sociedad* y los sujetos de los derechos naturales son siempre *los hombres*. Pareciera un azar o de una voluntad simétrica, cuatro derechos del ciudadano pueden ser así localizados frente a cuatro derechos del hombre.

Los dos primeros figuran dentro del artículo 6. Se trata del derecho de concurrir a la formación de la Ley y el derecho de acceder a empleos públicos. El tercero, el derecho de votar por el impuesto está enunciado en el art. 14. El último, inscrito en el art. 15, es el derecho de demandarle cuentas a los agentes públicos. A estos cuatro derechos corresponden dos deberes del ciudadano: El derecho de obedecer la Ley, previsto en el art. 7, y el deber de pagar impuestos, enunciado en el art. 13².

Contrariamente a los pactos ingleses, la Declaración de 1789 tiene un sentido universal. En otros términos, pretende aplicarse a la humanidad entera y no solamente a los franceses. “Esta pretensión aparece claramente en los debates de la Asamblea Nacional. Un diputado afirma, por ejemplo, que una declaración debe de ser de todos los tiempos y de todos los pueblos. Y tres días más tarde, otro recordatorio de que no se trata de hacer una declaración de derechos solamente para la Francia sino para el hombre en general”³.

¹ Una definición como esta “prescinde de circunstancias de hecho. Es válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previstos o no previstos en él. Tiene por tanto el valor de una definición perteneciente a la Teoría General del Derecho. En cuanto es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales, es además, ideológicamente neutral. Así es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese, positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática. Sin embargo, este carácter formal no impide que sea suficiente para identificar en los derechos fundamentales la base de la igualdad jurídica. En efecto, gracias a esto la universalidad expresada por la cuantificación universal de los (tipos de) sujetos de tales derechos, los titulares vienen a configurarse como un rasgo estructural de éstos, que como veremos comporta el carácter inalienable e indisponible de los intereses sustanciales en que los mismos consisten. De hecho en la experiencia histórica del constitucionalismo, tales intereses coinciden con las libertades y con las demás necesidades de cuya garantía, conquistada al precio de luchas y revoluciones dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad de los seres humanos. Pero tal garantía se realiza precisamente a través de la forma universal recibida mediante su estipulación como derechos fundamentales en normas constitucionales supraordenadas a cualquier poder decisorio: si son normativamente de >todos< (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, públicos y privados”. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*, Edit. Trotta, Madrid, 1999.

² Gilles Lebreton, *Libertés publiques & droits de l’homme*, 4ª. Edición, Edit. Armand Colin, París, 1995-1999.

³ Ob. cit.

Esta voluntad de universalismo se reencuentra en el contenido mismo de la Declaración. La palabra francés no aparece en efecto más que una sola vez en la primera línea del preámbulo con la sola intención de señalar el origen geográfico de la Declaración.

Siguiendo el texto, el titular de derechos y deberes es siempre designado de manera abstracta: el hombre, el ciudadano, la nación, la sociedad, la voluntad general.

Por otra parte, la brevedad de la Declaración se explica en gran parte por esa preocupación de universalismo. Queriendo hablar a nombre de la humanidad, los diputados de 1789, deben, en efecto, limitarse a proclamar grandes principios filosóficos, suficientemente vagos para ser aceptados, en revancha son conducidos a dejar de lado las garantías jurídicas de los principios proclamados, por la excelente razón que ellas varían necesariamente al grado de las tradiciones de cada pueblo. Es porque ellas son simplemente esbozadas por la Declaración y ellas son reenviadas por excederse a la Constitución y a las leyes futuras.

2. La nacionalidad múltiple y la ciudadanía europea

El Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992), es el prototipo más reciente que adoptan los nuevos Estados supranacionales, como es el caso de la Unión Europea que, a partir de todo un acervo jurídico comunitario, crea un nuevo status jurídico a la categoría de ciudadano, reconociendo este derecho a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro y, reconociendo, igualmente, que los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el propio Tratado, señalando que la ciudadanía de la Unión Europea, como nueva institución, dimana de otra institución preexistente que es el concepto de nacionalidad, que complementa y a la vez se superpone, “estableciéndose un vínculo indisoluble entre la nacionalidad de los Estados miembros y la ciudadanía de la Unión”⁴.

Desde el punto de vista del análisis del contenido del derecho de ciudadanía, es de significar que el Tratado opta por un sistema de derechos específicos, frente a la declaración general de derechos que unifica el tratamiento jurídico de los derechos y libertades fundamentales, y desde este punto de vista es necesario reconocer la importancia de que, si bien en el derecho constitucional la ciudadanía es entendida como un conjunto de derechos y deberes de quien ostenta dicha condición, en el Tratado existe una ausencia de delimitación de deberes del ciudadano. El Estatuto de Ciudadanía incorporado por el Tratado comprende un conjunto de derechos que reflejan el vínculo específico que se establece entre los ciudadanos nacionales de los Estados miembros y los de la Unión Europea y por ello, junto a mecanismos de protección jurídica como el derecho de petición o el derecho de dirigirse al Defensor del Pueblo, se incluyen derechos destinados a configurar un verdadero estatuto civil y político, como son los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y las elecciones al Parlamento Europeo; así como el derecho de acogerse en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, y a la protección diplomática de las autoridades consulares y diplomáticas de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

⁴ J. González Rivas, *Derecho Constitucional*, Edit. Bosch, Barcelona, España, s.f.

3. Convención sobre el Conflicto de Leyes de Nacionalidad de 1930⁵

De acuerdo a este instrumento, una persona puede ser considerada como nacional por cada Estado cuya nacionalidad posea. Sin embargo, un Estado no puede prestar protección diplomática a uno de sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad también posea dicha persona, y dentro de un tercer país, esa persona es tratada como si tuviera una sola nacionalidad. La adopción de esta fórmula está contenido en dos principios:

1. Cada Estado tiene el derecho de considerar como sus nacionales a los individuos residentes en su territorio, que conforme a sus propias leyes tengan tal carácter, desentendiéndose de las disposiciones de cualquier otro país.

2. Ningún Estado podrá conceder protección en contra de otro Estado a aquéllos de sus nacionales que, conforme a la legislación de este último sean consideradas también por el mismo como sus nacionales.

4. Nacionalidad y binacionalidad en México

La legislación federal reconoce la nacionalidad mexicana por nacimiento a todos aquellos individuos que la justifiquen conforme a la Ley, aún cuando posean o hayan adquirido otra nacionalidad, por ello sus derechos y obligaciones serán respetados, condicionándolos a que no podrán invocar las leyes y protección de un gobierno extranjero, pues quien así proceda, perderá en beneficio de la Nación los bienes y cualquier otro derecho dentro del territorio nacional, sobre los cuales haya invocado dicha protección.

En el mismo sentido, para el desempeño de cargos públicos que requieran la calidad de mexicanos por nacimiento, los interesados deberán mostrar el certificado de nacionalidad mexicana y probar que no han adquirido otra y, de tenerla, renunciar a ella, renuncia que debe incluir toda sumisión, obediencia y fidelidad a cualquier Estado extranjero.

5. Ley de nacionalidad

La fracción XVI del art. 75 de la Constitución, establece la facultad del Congreso de la Unión para dictar leyes sobre nacionalidad y naturalización, en arreglo al artículo 30 constitucional que define cuándo y cómo “la nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o naturalización”. Con fundamento en ello, se han expedido diversas leyes sobre nacionalidad, siendo la más reciente, la Ley de Nacionalidad (*Diario Oficial de la Federación*, 23 de enero de 1998), reglamentaria de los artículos constitucionales 30, 32 y 37, apartados A y B. Sus disposiciones son de orden público y de observancia general en todo el territorio nacional. Su aplicación corresponde al Ejecutivo Federal, específicamente a la Secretaría de Relaciones Exteriores. En su contenido esta ley preceptúa el Certificado de Nacionalidad mexicana, como el instrumento jurídico por el cual se reconoce la nacionalidad mexicana por nacimiento y el que no se haya adquirido otra nacionalidad. Asimismo, define a la Carta de Naturalización como el instrumento mediante el cual se otorga la nacionalidad a los extranjeros.

⁵ Adoptada en la Primera Conferencia de Codificación de Derecho Internacional Privado, celebrada en la Haya, en el mes de abril de 1930.

El artículo 3 de la citada ley dispone que son documentos probatorios de la nacionalidad mexicana: el acta de nacimiento, el certificado de nacionalidad mexicana, el cual se expedirá a petición de parte; carta de naturalización, pasaporte, cédula de identidad ciudadana. Por su parte, el artículo 33 de la Ley Suprema, dispone para los extranjeros que no posean las calidades establecidas en el citado art. 30 constitucional, que tienen el derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero de dicha Constitución. No obstante, el Ejecutivo de la Unión, tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente. Los extranjeros, de ninguna manera, podrán inmiscuirse en los asuntos políticos del país, acota la Norma Constitucional. En los artículos 31 y 36 de la Carta Magna se contienen las obligaciones, y en los diversos 32 y 35 los derechos y prerrogativas de los mexicanos. Asimismo, en el precepto constitucional 37 se enumeran los casos de pérdida de la nacionalidad por naturalización, y de la ciudadanía de los mexicanos, incluyendo la novedad de que ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad, tal como indica el apartado A, del referido artículo 37.

Este desigual status político y económico entre mexicanos y extranjeros previsto en la Constitución, es lo que se ha dado en llamar prerrogativas de los mexicanos, que incluyen el conjunto de derechos subjetivos que exclusivamente corresponden a los mexicanos, y en consecuencia, excluye a los extranjeros, lo cual opera de modo absoluto en el ámbito político y parcialmente en el económico, ya que en las demás órbitas del Estado mexicano se reconoce la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros con estancia legal en el país como inmigrantes o inmigrados. En materia política los mexicanos tienen la prerrogativa exclusiva de formular peticiones ante los órganos del Estado, así como también el derecho exclusivo de asociarse y reunirse para hacer valer sus derechos de carácter político, gremial, sindical o profesional, y de votar y ser votados para cargos de elección popular, cosa que está prohibida para los extranjeros en observancia a los artículos constitucionales 8, 9 y 35 fracciones I, II y III.

Por otra parte, de acuerdo a las reformas y adiciones al art. 32 constitucional, contenidas en el decreto publicado el 20 de marzo de 1997 en el *Diario Oficial de la Federación* y en vigor desde marzo de 1998, se adicionó el contenido de los párrafos primero y segundo del citado precepto, que a la letra dice:

“Artículo 32. La ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos de doble nacionalidad.

”El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiere ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no se adquiera otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otra leyes del Congreso de la Unión... ”.

Esta reforma constitucional está dirigida a proteger a los mexicanos por nacimiento, para que no pierdan dicha calidad en los casos en que por residencia, trabajo o matrimonio en otro país, éste también los catalogue como sus nacionales, pues se les da la protección necesaria para que sigan conservando sus derechos y obligaciones como mexicanos; asimismo, se recalca el supuesto del desempeño de cargos o funciones públicas en donde es necesario acreditar la situación de mexicanos por nacimiento, forzosamente, y para ese efecto no deben obtener otra nacionalidad o en su caso, renunciar previamente a la misma,

antes de asumir una responsabilidad oficial en México, para que sea válida la elección o nombramiento respectivo. Para acceder a los más importantes cargos de la función pública se requiere tener la calidad de mexicano por nacimiento, *v.gr.* para ser Presidente de la República, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, Procurador General de la República, Secretario de Estado, ello en observancia a la Constitución Política Federal; de igual forma, para ser Gobernador, Diputado de la Legislatura local, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado y Presidente Municipal, se requiere ser mexicano por nacimiento.

De acuerdo a los artículos 31 y 36 constitucionales, son obligaciones de los mexicanos: la educativa, que implica el deber de todo mexicano de inscribir en las escuelas públicas o privadas a sus hijos o pupilos. La militar y cívica, que implica la obligación del servicio militar. El artículo 5 constitucional corrobora de forma obligatoria y como de orden público, el servicio de las armas para todos los mexicanos por nacimiento o naturalización. Por otra parte, la obligación contributiva o tributaria de los mexicanos va enfocada a cubrir el gasto público de la Federación, del Distrito Federal, de las entidades federativas y de los municipios, misma que deben hacerla en la forma proporcional y equitativa que dispongan las leyes. Otra obligación de los mexicanos, es la relativa a su inscripción en el catastro de la municipalidad y que tiene como propósito que los ciudadanos de la República manifiesten la propiedad que ostenten en la industria, el comercio, la prestación de servicios, o bien que manifiesten la profesión o el trabajo de que subsistan; lo cual contiene una finalidad tributaria, toda vez que se pretende llevar un control de las diversas actividades económicas de los mexicanos, para que en observancia de las leyes de la materia, queden obligados a contribuir en esa esfera de gobierno.

Por otra parte, el Registro Nacional de Ciudadanos y la Cédula de Identidad Ciudadana, constituyen dos importantes servicios de interés público que presta el Gobierno federal por conducto de la Secretaría de Gobernación, que para los ciudadanos mexicanos se trata de dos obligaciones que deben cumplirse por tratarse de verdaderos medios probatorios de la identidad y de la ciudadanía nacionales.

Votar, además de un derecho, es una obligación de los ciudadanos mexicanos como lo contempla la fracción III del artículo 36 constitucional, se trata de un compromiso ineludible. La falta de cumplimiento de esta obligación política de los ciudadanos, dará lugar a la suspensión de dicho derecho por un término de un año, independientemente de otras sanciones que se contengan en la legislación electoral respectiva.

6. La pérdida de la nacionalidad

De acuerdo a N. Sánchez Gómez, la pérdida de la nacionalidad mexicana implica necesariamente la de la ciudadanía, más la pérdida de la ciudadanía no trae aparejada la pérdida de la nacionalidad⁶. La nacionalidad se pierde por voluntad del interesado y por una sanción legal; como una medida disciplinaria o sanción se puede perder dicha nacionalidad si el que la detenta no se hace merecedor a ella, porque ha incurrido en infracciones previstas en la legislación. Generalmente se aplica a quienes la han adquirido por naturalización, toda vez que las adiciones que sufrió el artículo 37 constitucional publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de marzo de 1997 y en vigor desde

⁶ N. Sánchez Gómez, *Segundo Curso de Derecho Administrativo*, Edit. Porrúa, México, 2002.

1998, los mexicanos por nacimiento no podrán ser privados de su nacionalidad, y aquéllos que la hayan perdido por haber adquirido voluntariamente otra nacionalidad y se encuentren en pleno goce de sus derechos, podrán recuperarla, previa solicitud que hagan a la Secretaría de Relaciones Exteriores, embajadas o consulados de México en el exterior, dentro de los cinco años siguientes al 20 de marzo de 1998, acreditando su plena identificación personal y su derecho a la nacionalidad mexicana, en acatamiento al artículo cuarto transitorio de la Ley de Nacionalidad.

Colofón:

La anterior reflexión aplicada respecto a la naturaleza de la ciudadanía como la asume y desarrolla el sistema constitucional mexicano hasta evolucionar a los principios de la Constitución de 1917, muestra algunas connotaciones del sistema jurídico mexicano, por ejemplo, los derechos ciudadanos no están considerados como derechos naturales sino como derechos positivos garantizados por la sociedad y no tienen el carácter de fundamentales por no pertenecer a los universales. Como consecuencia del acceso a la igualdad jurídica a mayor número de titulares de derechos ciudadanos: mujeres, jóvenes, indígenas, el concepto de ciudadanía se ha ampliado, desde las primeras constituciones decimonónicas hasta la de 1917, siguiendo la pauta de disminuir o eliminar impedimentos relativos al género, la edad, el estado civil, el estado económico, la religión, la nacionalidad y su doble, para la adquisición de la ciudadanía. En la historia constitucional mexicana los derechos políticos son derechos secundarios, casi siempre acotados por restricciones extrajurídicas y reservados únicamente a los ciudadanos considerados con capacidad de obrar respecto al derecho al voto, el sufragio pasivo, el derecho de acceder a los cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política.

Bibliografía

- ESPAÑA, *Constitución Política de la Monarquía Española de 1812*.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, Edit. Trotta, Madrid, 1999.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Edit. Porrúa-UNAM, México, 1999.
- GONZÁLEZ, Ma. del Refugio, *Historia del derecho mexicano*, Edit. McGraw Hill-UNAM, México, 1997.
- GONZÁLEZ RIVAS, J., *Derecho Constitucional*, Edit. Bosch, Barcelona, España, s.f.
- LEBRETON, Gilles, *Libertés publiques & droits de l'homme*, 4ª. edición, Edit. Armand Colin, París, 1995-1999.
- MÉXICO, *Constitución Política de la República Mexicana de 1857*.
- MÉXICO, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Edit. Porrúa-UNAM-I.I.J., 1999.
- MÉXICO, *Ley de Nacionalidad*, Edit. Porrúa, ed. 2000.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, N, *Segundo Curso de Derecho Administrativo*, Edit. Porrúa, México, 2002.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México (1808-1982)*, Edit. Porrúa, México, 1982.

Tendencias de la Estabilidad en el Empleo

Dra. Josefa Montalvo Romero*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Relación de Trabajo. 3. ¿Flexibilidad vs Estabilidad? 4. La Estabilidad en la experiencia Española. 5. Conclusiones: La Estabilidad en el nuevo milenio. Bibliografía.

El principio de la estabilidad laboral, entendido como el derecho del trabajador a permanecer en el puesto de trabajo mientras subsista la materia objeto del mismo, actualmente se encuentra en crisis ante la presencia de los planteamientos flexibilizadores, que cuestionan la viabilidad actual del modelo jurídico que constituyen los contratos de trabajo típico.

1. Introducción

El trabajo es un derecho y nunca una obligación, y menos aún social, desde el punto de vista jurídico y en su manifestación en la empresa. Ontológicamente, es un deber natural que se impone moralmente y mediante el cual se cumplen necesidades personales, contribuye al progreso y elevación cultural y moral de la sociedad en que se vive.

En opinión de Soto Cerbón¹ “el hombre trabajador dentro de la relación laboral en la empresa y para la cual debe de aplicarse el principio de estabilidad, mientras voluntariamente realiza su labor y cumple con su área de responsabilidad, tiene indudablemente derecho a ese trabajo y a las condiciones generales y particulares que corresponden al puesto que desempeña”.

No se puede desconocer que en la práctica existen artificios para que el empresario mantenga en un estado de inestabilidad al trabajador, como pueden ser los contratos por obra o tiempo determinado o los trabajos eventuales o de temporada; lo que evita mayores exigencias salariales, de prestaciones y de derechos que les otorga la ley, además permite que los costos de producción y de productividad se mantengan acordes con el mercado.

Por otro lado, cuando la falta de estabilidad en las condiciones y en los sistemas de trabajo le es impuesta a la empresa, en perjuicio de su correcto desarrollo y del

* Doctora en Derecho Público por la Universidad Veracruzana. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Catedrática de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

¹ *Teoría General del Derecho del Trabajo*, Edit. Trillas, México, 1992, p.115.

cumplimiento de sus objetivos, en última instancia repercute también en las prestaciones, salarios y condiciones de los trabajadores².

La estabilidad en las condiciones de trabajo genera cierta seguridad en el empresario, pues le permite prever y planear circunstancias del mercado, de competencia, de costos de la materia prima, innovaciones tecnológicas, costos de mano de obra, etc., que le permitirán a su empresa el cumplimiento de sus objetivos, dentro de los cuales los trabajadores disfrutarán de sus beneficios y utilidades.

2. Relación de Trabajo

La objetividad de las relaciones de trabajo se promueve y enriquece con la prestación eficiente y continua del trabajo que genera derechos en la empresa, como la estabilidad en el empleo, la antigüedad o la preferencia para los ascensos.

Los elementos de la relación de trabajo son 4: 1. Los sujetos; 2. La prestación personal del trabajo; 3. La subordinación; y 4. La remuneración.

Para preservar la estabilidad en el empleo, se reconoció el principio de que se presumen la relación y el contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal y el que lo recibe, es decir, en donde exista un trabajo personal subordinado³.

Con la finalidad de preservar la estabilidad en el empleo, se dotó a la relación y al contrato de trabajo, dentro del régimen jurídico, de un sentido social. Sin embargo, como afirma Santos Azuela⁴, bajo el signo de la modernidad y la flexibilización han proliferado los contratos de prestación de servicios profesionales, mediante los cuales se ocultan verdaderas relaciones de trabajo; de ahí que sea indispensable la lucha contra este tipo de contratación que lo único que busca es la supresión de la estabilidad en el empleo so pretexto del progreso utilitario de la empresa.

En este contexto, las innovaciones tecnológicas han producido también, una transformación importante en las relaciones de trabajo, un ejemplo de esto lo constituyen las relaciones intemporales e impersonales de trabajo.

Las relaciones intemporales se caracterizan porque dejan de lado parámetros clásicos, como la jornada de trabajo o el lugar de realización del trabajo. Por ejemplo, en el caso de labores intelectuales, éstas pueden efectuarse no sólo en la sede de la empresa, sino también y mayoritariamente, fuera del domicilio patronal con el apoyo de medios técnicos adecuados y la capacidad tecnológica idónea⁵, sin importar el horario ni el día en que se realice el trabajo.

En el caso del trabajo material, el empleador muchas veces acepta y apoya que el trabajo se adelante o realice fuera de las instalaciones de la empresa. Estos aspectos desdibujan uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, como lo es la prestación personal por parte del trabajador.

² Ibíd.

³ Héctor Santos Azuela, "Relación de Trabajo, reforma y modernidad", *Laboral*, Número 81, Año VII, Junio de 1999, p. 5-13.

⁴ Ibíd.

⁵ Rafael Forero Rodríguez, "Relaciones intemporales y relaciones impersonales de trabajo", *Laboral*, Número 45, Año IV, Junio de 1996, p.12.

Por lo que se refiere a las relaciones impersonales, éstas se caracterizan porque tanto la prestación personal como la subordinación, que de acuerdo con nuestra legislación laboral, son elementos esenciales de la relación de trabajo, tienden a desaparecer.

Un ejemplo de esto se puede presentar con los estudios técnicos que piden los empleadores a sus trabajadores, los cuales pueden ser realizados dentro o fuera de la empresa, aunque esto puede prestarse para dudar si fue el trabajador realmente el que realizó el estudio⁶. Con esto, queda demostrado el grado de flexibilización que está viviendo nuestra disciplina laboral.

Todo esto está en estrecha relación con el lugar de trabajo, el cual puede variar de acuerdo a la conveniencia de la producción sin incurrir en responsabilidad el patrón, que puede cambiar al trabajador de puesto o de lugar de trabajo, provocando lo que algunos autores denominan polivalencia o multitareas.

De esta forma, el trabajador se ve en la necesidad de aceptar los cambios impuestos por la empresa y la “aplicación de nuevas técnicas en las que debe capacitarse para adquirir destreza y habilidad en su desempeño e inclusive se ha visto obligado a aceptar su traslado a talleres o departamentos distintos a los habituales, en aras de conservar el empleo”⁷.

En la actualidad, el trabajador que aspire a un mejor nivel de vida tendrá que convertirse en un ente productivo con mayor capacidad y adquirir la característica de multihabilidades, para que pueda encajar en los nuevos sistemas productivos.

Lo anterior, se traduce en movilidad geográfica y movilidad de la mano de obra. La primera, permite al patrón o empresario el traslado del trabajador de un puesto de trabajo a otro dentro del mismo establecimiento, comprendiendo las modificaciones parciales o totales de las tareas desarrolladas, sin embargo, el traslado puede convenirse a un establecimiento distinto, en caso necesario. La segunda, implica un cambio de funciones para el trabajador, en ocasiones totalmente distintas a las habituales, que se circunscriben a una movilidad dentro de la propia organización, que no conlleva generalmente un cambio geográfico del trabajador. Con esto, se rompen viejos moldes, donde el trabajador se limitaba a cumplir una función predeterminada con exactitud. Los tiempos marcan la necesidad de la polifuncionalidad del trabajador para aspirar a un mayor campo de trabajo.

3. ¿Flexibilidad vs Estabilidad?

Actualmente, al individuo se le considera como un ente capaz de evolucionar hacia una creciente tecnicidad que lo lleve a desarrollarse por igual en las distintas fases del proceso productivo, dejando atrás el esquema del trabajador asignado a un puesto rígido para una tarea inmutable.

Para muchos autores, la flexibilidad es un término de reciente incorporación al derecho del trabajo, que ha alcanzado significación en las relaciones laborales al aplicarse a un conjunto de cuestiones de carácter económico dentro de la empresa, tanto para hacer

⁶ *Ibíd.*, p.13.

⁷ Santiago Barajas Montes de Oca, “La flexibilidad: nuevo elemento en la relación de trabajo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 70, UNAM, 1993, p.15.

viable su subsistencia como para permitir una armónica composición en los factores de la producción⁸.

A juicio de Santos Azuela⁹ “a través de la flexibilización, los Estados pretenden ajustar el alcance del derecho positivo del trabajo a los retos ingentes del mercado y la integración económica expansiva”.

La presencia de la flexibilidad en la contratación laboral, representa la desaparición de la rigidez de los contratos que contempla nuestra legislación.

Los planteamientos flexibilizadores, en su mayor parte, cuestionan la viabilidad actual del modelo jurídico que constituyen los contratos de trabajo típicos, donde la relación de trabajo cumple con todos sus elementos (prestación de un trabajo personal en relación directa con el patrón, mediante el pago de un salario, dentro de una empresa determinada, etc.) reforzando principios como la estabilidad en el empleo, considerados pilares del derecho laboral.

Frente a esta contratación tradicional, se opone hoy la llamada contratación “atípica o precaria” en la que los horarios y la duración del trabajo son diferentes a los regulares; pueden existir varios patrones, contratos en los que no se protege al trabajador contra el despido, el trabajo puede prestarse fuera de la empresa, etc.

Sin embargo, muchos de estos contratos son contemplados en la ley de la materia, solo que eran considerados como excepcionales; tal es el caso del contrato por obra o servicios determinados, el trabajo a domicilio, etc.

4. La Estabilidad en la experiencia Española

Ante la imposibilidad de hacer atractivas las ventajas de la economía formal, se hace inevitable el surgimiento de las formas atípicas de empleo que a la par de la flexibilización y la desregulación, han impactado las formas de contratación y pugnan por instaurar un mercado laboral libre, eliminando las medidas regulatorias y tutelares establecidas por el derecho del trabajo.

Compartimos la opinión del Dr. Lastra¹⁰ cuando afirma que “las nuevas formas de organizar la producción y el fuerte impacto de las innovaciones tecnológicas, han fracturado los paradigmas y la regulación del cometido tutelar en el ámbito jurídico laboral para insertar una amplia gama de modalidades en los contratos a partir de los 80”, lo que provoca el deterioro de la estabilidad y de los derechos adquiridos.

En este sentido, es importante revisar la experiencia española que a finales de abril de 1997 introdujo el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo. Este Acuerdo tenía como objetivos articular una serie de medidas para mejorar la tasa de empleo que posibilitara una mayor flexibilidad, pero también una mayor permanencia de los trabajadores para mejorar la competitividad y el buen funcionamiento de las empresas.

⁸ *Ibíd.*, p.20.

⁹ “La flexibilización y la nueva apertura laboral”, *Laboral*, Número 55, Año V, Abril 1997, p.8.

¹⁰ José Manuel Lastra Lastra, “La reforma laboral española de 1997”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, Año XXXI, Número 93, sep.-dic., 1998, p.753.

Para tales efectos se propusieron los contratos formativos, que en cierta medida vendrían a sustituir parcialmente al contrato de aprendizaje. Estos contratos tienen por objeto la adquisición teórica y práctica de conocimientos necesarios para el desempeño adecuado de un oficio. Éste podrá celebrarse con trabajadores mayores de 16 y menores de 21 años, que carezcan de titulación académica. La duración mínima del contrato será de seis meses y la máxima de dos años. Al finalizar el contrato, el empresario deberá entregar al trabajador un certificado en el que conste la duración de la formación y el nivel de la práctica adquirida, para que posteriormente el trabajador pueda solicitar de la administración competente, el correspondiente certificado de profesionalidad¹¹.

En este mismo contexto se propuso especificar y delimitar los puestos de utilización de la contratación temporal causal, que incluye los contratos por obra o servicios determinados, el trabajo eventual y a tiempo parcial.

Finalmente, con el objetivo de fomentar la estabilidad laboral a través de la contratación indefinida, se propuso el establecimiento de un contrato para el fomento del empleo indefinido con una vigencia de cuatro años, con opción a prórroga.

5. Conclusiones: La Estabilidad en el nuevo milenio

Sobre la estabilidad se pueden plantear diversas definiciones que han sostenido estudiosos de la materia.

Para Víctor Russomano¹², la estabilidad “es el derecho del trabajador de permanecer en el empleo, incluso contra la voluntad del empresario, mientras no exista causa relevante que justifique su despido”; para Deveali¹³ “consiste en el derecho del empleado a conservar el puesto durante su vida laboral”; para Mario de la Cueva¹⁴, la estabilidad tiene dos modalidades: “la permanencia, persistencia o duración indefinida de las relaciones de trabajo y la exigencia de una causa razonable para su disolución”. Nosotros compartimos la opinión de Carlos Reynoso¹⁵, cuando establece que la estabilidad en el empleo “busca asegurar la protección de los trabajadores contra las rupturas injustas del contrato de trabajo”.

En la actualidad, la estabilidad está en estrecha relación con las condiciones económicas del país y de la empresa. Cuando fueron adoptadas las normas protectoras del empleo, la economía nacional estaba en pleno crecimiento, lo que permitió que las partes interesadas (trabajadores, patrones y Estado) estuvieran de acuerdo con las mismas. Sin embargo, tanto en México como en el resto de América Latina, las dificultades económicas han venido a cuestionar el principio de la estabilidad laboral¹⁶.

¹¹ *Ibíd.*, p.754.

¹² *La Estabilidad del trabajador en la empresa*, 2ª ed., UNAM, 1981, p.13.

¹³ *Lineamientos del Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Tipográfica Editora, Buenos Aires, Argentina 1953, p.265.

¹⁴ *Derecho Mexicano del Trabajo*, T.I, 11ª ed., Porrúa, México, 1969, p.755.

¹⁵ *El despido individual en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1990, p.95.

¹⁶ *Ibíd.*, p.101.

El principio de estabilidad en el empleo lo podemos ubicar dentro de la Ley Federal del Trabajo en los siguientes artículos:

El artículo 35 establece que “las relaciones de trabajo pueden ser para obra o tiempo determinado o por tiempo indeterminado. A falta de estipulaciones expresas, la relación será por tiempo indeterminado”.

Por su parte, los artículos 36, 37 y 38 señalan los casos en que puede prestarse el trabajo por obra o tiempo determinado; y el artículo 39 establece que “... si vencido el término que se hubiese fijado subsiste la materia objeto del trabajo, la relación quedará prorrogada por todo el tiempo que perdure dicha circunstancia”.

El contrato por tiempo indeterminado, ratifica el principio de estabilidad en el empleo, ya que el trabajador tiene la posibilidad de prestar sus servicios de manera permanente, a fin de satisfacer una necesidad continua o constante en la empresa, salvo los casos señalados por la ley.

Consideramos que hoy día, la principal amenaza del principio de estabilidad laboral, lo representa el auge que está teniendo la contratación por obra o tiempo determinado, que eran considerados como casos excepcionales; en consecuencia, el trabajador muchas veces, está optando por ceder o reducir su resistencia a las innovaciones tecnológicas y se interesa por una mayor especialización, que le conduzca a una eficiencia y productividad aceptables para conservar su empleo¹⁷.

De esta forma, cabría preguntarse si estableciendo un mayor número de normas que protegieran la estabilidad ¿podrían impedirse los despidos y con ello el desempleo?.

Por último, es importante apuntar, que con los elementos hasta aquí analizados no se pretende desconocer el rol histórico que el derecho del trabajo ha desempeñado; de lo que se trata es de procurar su eficiencia y adaptabilidad al momento que vive el país.

Tampoco se pretende crear un derecho patronal, la necesidad de mantener un derecho laboral protector del trabajador es indiscutible. De lo que se trata es de defenderlo, de garantizar su eficacia, de extenderlo y universalizarlo para que se asiente en la realidad, y lograr así que lo pragmático prive sobre lo dogmático.

¹⁷ El problema radica en que la ley no contempla el concepto de productividad, sin embargo, la OIT la ha definido como “la relación entre productos e insumos utilizados en un periodo determinado”.

Bibliografía

- BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago “La flexibilidad: nuevo elemento en la relación de trabajo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 70, UNAM, 1993, p.15.
- DE LA CUEVA, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, t. I, 11ª ed., Edit. Porrúa, México 1969, p.755.
- DEVEALI, *Lineamientos del Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Tipográfica Editora, Buenos Aires, Argentina 1953, p.265.
- FORERO RODRÍGUEZ, Rafael, “Relaciones intemporales y relaciones impersonales de trabajo”, *Laboral*, Número 45, Año IV, Junio 1996, p.12.
- LASTRA LASTRA, José Manuel, “La reforma laboral española de 1997”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, Año XXXI, Número 93, sep.-dic., 1998, p.753.
- REYNOSO, Carlos, *El despido individual en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1990, p.95.
- RUSSOMANO, Víctor, *La Estabilidad del trabajador en la empresa*, 2ª ed., UNAM, 1981, p.13.
- SANTOS AZUELA, Héctor, “La flexibilización y la nueva apertura laboral”, *Laboral*, Número 55, Año V, Abril 1997, p.8.
- , “Relación de Trabajo, reforma y modernidad”, *Laboral*, Año VII, Número 81, Junio de 1999, p. 5-13.
- SOTO CERBÓN, *Teoría General del Derecho del Trabajo*, Edit. Trillas, México 1992, p.115.

La importancia de los valores y principios del derecho en la administración de justicia

Marta Silvia Moreno Luce*

SUMARIO: Introducción. 1. Los valores. 2. Los valores en el Derecho. 3. Los Principios Generales del Derecho. 4. Los valores en la Constitución. 5. Los Principios Constitucionales. Conclusiones. Bibliografía.

El constitucionalismo moderno ha retomado el tema de los principios y valores en un nuevo concepto que difiere del tradicional; estudiado por las fuentes del derecho y como tema específico de la filosofía del derecho bajo el rubro de los fines del derecho. En su nueva versión, tanto los principios como los valores son la base para que el juez abandone el automatismo tradicional para resolver de acuerdo a la teoría de la ponderación.

Introducción

Uno de los temas recurrentes en los filósofos del derecho que presenta no obstante, un alto grado de imprecisión, es el relativo a los valores y principios que para el constitucionalismo moderno es una de sus mayores aportaciones. Aunque desde siempre se ha hablado de valores, tanto en la ciencia jurídica como en la Filosofía del Derecho, y de los Principios Generales del Derecho como una de las fuentes formales, su conceptualización es diferente en el contexto de las constituciones actuales, que en el de la tradicional Axiología Jurídica y la Teoría del Derecho.

1. Los valores

La obra de Risieri Frondizi *¿Qué son los valores?*, es un clásico obligado en esta materia; para este autor, la discusión acerca de los valores surge a mediados del siglo XIX, aunque hay referencias sobre el tema desde la filosofía griega con Platón y Aristóteles. La discusión entre las doctrinas objetivistas y subjetivistas, cuyos puntos de vista siempre fueron irreconciliables, no han impedido que el tema de los valores tenga hoy más interés que nunca, no sólo desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, sino por las implicaciones que en la práctica judicial se pretende alcanzar.

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

Los valores, en el concepto tradicional, de acuerdo al autor que comentamos, no existen por sí mismos, al menos en este mundo, necesitan de un depositario en que descansar. “Se nos aparecen, al menos en este mundo, como meras cualidades de esos depositarios: belleza de un cuadro, elegancia de un vestido, utilidad de una herramienta”¹.

Los valores, para Frondizi, cuentan con ciertas características distintivas como la Polaridad y la Jerarquía.

Polaridad. Los valores se presentan ante nosotros como positivos o negativos; una sentencia de un juez puede ser justa o injusta, la actitud de una persona puede ser bondadosa o de maldad, una sinfonía puede ser bella o fea. Para reconocer y apreciar los valores, contamos con el contravalor; siempre oponemos la justicia a la injusticia, la fealdad a la belleza, la salud a la enfermedad, la vida a la muerte, esa contraposición nos incentiva a buscar la realización de lo valioso y a evitar el predominio del antivalor.

Jerarquía. Valorar implica preferir, escoger; para ello tenemos el libre albedrío que nos permite la libre elección del bien o del mal, de lo justo o de lo injusto, esa posibilidad de elección le da sentido tanto a la moral como al derecho; si el hombre no fuera libre para elegir entre la justicia y la injusticia o entre el bien y el mal, el mundo normativo carecería de fundamento, no tendría sentido regular las conductas, estableciendo deberes, si el hombre está determinado para actuar de cierta manera. Nadie sería responsable de sus actos; desde el punto de vista de la moral o del derecho, ningún acto nos sería imputable al no estar basado en el libre albedrío.

2. Los valores en el Derecho

Cuando hablamos de derecho, es común considerarlo como un instrumento que sirve para la obtención de ciertos fines, cuya realización es valiosa para el hombre. Por el contrario, cuando lo consideramos como un instrumento de poder, o como la manifestación de la voluntad de un legislador, el tema de los valores es minimizado.

El derecho es un instrumento creado por el hombre, que al igual que otros, forma parte del mundo cultural, cuya finalidad es la realización de ciertos valores que le dan sentido a su vida. El hombre es un ser que realiza valores. Uno de los grandes filósofos del derecho, Gustav Radbruch, en su obra *El hombre en el derecho*, sostiene que “el Bien común-justicia-seguridad jurídica, son considerados los fines supremos del derecho, pero no en una hermosa armonía, sino en aguda lucha el uno con el otro”².

El principal problema se refiere a la jerarquía de dichos valores, la cual se resuelve de acuerdo a la postura filosófica de los diferentes autores, por ejemplo, para Santo Tomás de Aquino, el Bien Común es el valor más importante a realizar mediante el derecho; para algunos autores contemporáneos, la seguridad es la finalidad principal de un sistema de derecho, otros filósofos, como los clásicos, consideran que el fin principal del derecho, lo que le da validez, es su contenido de justicia; quienes adoptan esta postura, incluso, aceptan la posibilidad de hecho de la desobediencia al derecho, cuando éste es contrario a la idea de justicia de una sociedad.

3. Los Principios Generales del Derecho

¹ Risieri Frondizi, *¿Qué son los valores?*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 15.

² Gustav Radbruch, *El hombre en el derecho*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 103.

Otro tema que podemos abordar desde el punto de vista clásico o en su concepción moderna dentro del constitucionalismo contemporáneo, es el de los Principios Generales del Derecho.

Dentro de la ciencia jurídica clásica, son una fuente formal del derecho, cuya finalidad es suplir las lagunas de la ley, su fundamento se encuentra en el principio de la plenitud hermética del derecho, que consiste en que ninguna controversia jurídica puede dejar de resolverse aun cuando no haya una ley aplicable al caso, y que es aceptado por la mayoría de los sistemas jurídicos. Al respecto, cada Estado establece su propia forma de integración, siendo las más comunes: la costumbre jurídica, la analogía (en materia civil) y los principios generales del derecho.

En nuestro país, la integración la regula el artículo 14 constitucional, el cual establece que en materia criminal queda estrictamente prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En cuanto a los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

La historia de la discusión acerca de cuáles son los principios generales del derecho, surge desde el siglo XIX en relación con el Código Civil austriaco de 1811, en donde aparecen mencionados por primera vez. A partir de esa fecha, empiezan a ser considerados como una de las fuentes del derecho civil. Doctrinalmente nunca ha existido un acuerdo unánime respecto a qué se refiere el Legislador, cuando le impone la obligación al juez de resolver los conflictos de acuerdo a ellos; las preguntas siempre han sido formuladas por los juristas y los filósofos ¿Cuáles son los Principios Generales del Derecho? ¿Cómo los podemos caracterizar? ¿Existe alguna lista de todos ellos? ¿Son de carácter universal o por el contrario varían en cada sistema jurídico? ¿Se trata de los antiguos principios del derecho romano?.

Las respuestas son tan variadas como el número de preguntas. Desde el punto de vista metodológico, no hay un concepto claro de los principios generales del derecho, ni existe un acuerdo de a qué se refiere el Legislador cuando establece la obligación para el juez de resolver de acuerdo a ellos. De entre las respuestas más generalizadas respecto a la pregunta de cuáles son los Principios Generales del Derecho, una de las más difundidas es la que sostiene que se trata de los antiguos principios del derecho romano. Desde luego, esta explicación es muy limitada porque sólo se refiere a la materia civil, y la mayoría de los principios reconocidos actualmente, se relacionan con el resto de las disciplinas jurídicas. El iusnaturalismo por su parte, siempre ha considerado que los preceptos del derecho natural constituyen la pauta que el juez debe tomar en consideración para la integración de la ley. Por el contrario, los positivistas sostienen que los principios se desprenden del propio sistema jurídico y corresponde al juez interpretarlos a través del conjunto de normas que lo constituyen. En ésta última versión; los principios quedan reducidos a cada legislación particular, pues al pretender “desprenderlos” de cada sistema jurídico de un país determinado, pierden la característica de universalidad.

4. Los Valores en la Constitución

Las constituciones modernas contienen en sus ordenamientos, la expresión de los valores a los que un país aspira a realizar. En este contexto, son llamados “valores superiores” en el sentido de que “supone un concepto del derecho como fenómeno cultural, como obra de los hombres en la historia. Los valores superiores son los objetivos máximos”³.

La Constitución española de 1978, en su artículo primero establece: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

La difusión y realce de los valores plasmados en las constituciones, constituye uno de los temas más importantes para el constitucionalismo moderno. Sin embargo, los valores al igual que los principios, siempre han estado mencionados en las normas constitucionales, aún las más antiguas; apareciendo como los ideales de un pueblo, recogidos por el Constituyente. Sin embargo, en el constitucionalismo contemporáneo comienzan a estudiarse desde diferentes ópticas, cambiando incluso el antiguo concepto de Constitución por otro más actual; en este contexto, Antonio Peña Freyre, sostiene que: “la Constitución, en suma, no es sino la expresión condensada de toda una serie de valores respecto de los que es presumible un elevado consenso, y que habrían de afectar las dinámicas y relaciones públicas y privadas, en un doble sentido: en primer lugar, habrán de ser preservados de cualquier vulneración que pudiera tener su origen en cualquiera de las dinámicas referidas”⁴.

5. Los Principios Constitucionales

Los Principios Constitucionales, en el contexto de la doctrina actual, tienen como finalidad el logro de los ideales de justicia de una sociedad, ya no cumplen solamente la función de suplir las lagunas de la ley, por el contrario, son criterios que el Juez debe tomar en cuenta al aplicar una Ley, su enfoque principal es hacia la función judicial.

La doctrina contemporánea se encuentra, de la misma forma que la clásica, con el problema de su caracterización.

Manuel Atienza en su libro *Las piezas del derecho*, enumera varias versiones; de acuerdo a este destacado filósofo del derecho español los principios pueden ser:

- a) Principios como normas de carácter muy general.
- b) Principios en el sentido de normas redactadas en términos particularmente vagos.
- c) Principios en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines.
- d) Principios como norma que expresa los valores superiores.
- e) Principios en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación del derecho.

³ Gregorio Peces-Barba, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Edit. Debate, Madrid, 1990, p. 56.

⁴ Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Edit. Trotta, Madrid, 1977, p. 79.

Éste último sentido es el que ha tenido mayor importancia por las implicaciones que para la práctica judicial han tenido. Los principios, se han ido reconociendo en las constituciones, considerándoseles como una especie de axiomas, de los cuales, a través de un razonamiento lógico-deductivo se pueden encontrar las soluciones a los conflictos; creando una posibilidad de fomentar la creatividad que debe ser la característica principal en la actuación de los jueces; permitiendo superar el automatismo característico del Poder Judicial, en el que en su actuación prevalecía la tesis de la subsunción, pretendiendo cambiarla por una actuación no simplemente legalista, sino acorde con la tesis de la ponderación, en la que las resoluciones deben estar basadas en juicios de validez. Estos son “por ello, opinables, pues la concordancia con los valores y principios constitucionales de una norma no es un dato de hecho sino que incorpora elementos valorativos que impiden cualquier formalización”⁵.

Los principios son reconocidos ahora en su carácter de universalidad: “Se trata de verdades jurídicas universales, equivalentes a principios filosóficos que expresan el elemento constante y permanente del derecho y, por tanto, el fundamento de cualquier legislación positiva”⁶.

Uno de los más importantes autores contemporáneos, Ronald Workin, afirma: “Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”⁷.

A diferencia de las normas comunes que ofrecen soluciones a problemas sociales, políticos o económicos; la finalidad de los principios es de mayor jerarquía, pretende fines más altos, justificando de esa manera la propia validez del derecho. “Los principios en sentido estricto suponen la asunción de valores que se consideran como razones categóricas frente a cualesquiera intereses”⁸.

Luis Prieto Sanchís, hace la distinción precisa entre principios y valores en el contexto del constitucionalismo contemporáneo. Los principios “constituyen razones para resolver en un determinado sentido, es decir, la importancia de los principios en el constitucionalismo actual es la influencia que revisten respecto a la administración de justicia, pues van enfocados a la labor del juzgador, quien debe superar la teoría de la subsunción para sustituirla por la de la ponderación”, al respecto, sostiene que Robert Alexy considera que “la ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son”⁹.

⁵ Ibídem, p. 100.

⁶ Todos los especialistas coinciden en señalar la universalidad como característica distintiva de los principios en su sentido actual.

⁷ Ronald Workin, *Los derechos en serio*, Edit. Ariel, Barcelona, p. 72

⁸ Robert Alexy, citado por Luis Prieto Sanchís en *Constitucionalismo y Positivismo*, Edit. Fontamara, México, 1999, p. 21

⁹ Luis Prieto Sanchís, op. cit.

Los juicios de validez, implican que debe haber concordancia con los valores y principios constitucionales de una norma, no constituyen simples datos de orden fáctico sino que forzosamente incorporan elementos valorativos en la elaboración de una resolución. “La interpretación como función jurídica tiene su propia racionalidad: un conjunto de condiciones y principios que actúan como una dinámica de control interna, como un componente de racionalidad que impide elaboraciones desaforadas y exige fuertes dosis de argumentación”¹⁰.

Los valores y principios tienen un significado prioritario, que les confiere un rango superior al de las normas, no sólo por su contenido, sino por encontrarse ya regulados en las constituciones. Al constitucionalizarlos, se convierten de ideales puros en normas en sentido estricto. Sin embargo, no se puede generalizar, hay principios que son concretos, y que por lo mismo se convierten en normas cuando los establece la Constitución como algo obligatorio, porque pierden su característica de ser un criterio de valoración del juez, un criterio para la ponderación; como el principio de la irretroactividad de las leyes establecido en el artículo 14 de la Constitución.

En cambio otros principios como el de Equidad, no se pueden concretizar y siempre van a ser criterios de valoración, a pesar de su rango constitucional.

El soporte jurídico del juicio siempre es jurídico, “porque se formula desde el ordenamiento, y en su conformación final incidirán de modo especial factores muy generales y flexibles como son los valores y principios constitucionales”.

Conclusiones

La importancia que reviste el tema de los valores y principios constitucionales no es de carácter teórico; su trascendencia se debe a la repercusión que pueden tener en el hasta ahora problema irresoluble de una correcta administración de Justicia, a consecuencia, entre otras cosas, del automatismo habitual en la actuación de los jueces, que han caracterizado tanto a la ciencia como a la práctica del derecho. Ahora, se vislumbra la posibilidad de que quienes dicten las resoluciones judiciales, tengan una guía en su actuación que permita el logro del bien común.

A pesar del gran avance que significa el hecho de que las constituciones contengan los valores y los principios; el problema de la actuación de los jueces, no queda resuelto automáticamente porque no es sólo una cuestión jurídica, sino más bien lo determinante es el factor humano. Lo importante es cambiar la mentalidad de los jueces; a través de una enseñanza del derecho de corte más humanista que técnico, con un acento más marcado hacia la formación filosófica con sólidas bases morales, que a los tradicionales estudios positivistas, con un fuerte acento en el puro conocimiento de las leyes.

Ningún instrumento legal puede por sí mismo, permitir una mejor actuación de los jueces al emitir sus resoluciones; si el juzgador no es un humanista convencido de que su función consiste en administrar justicia, no en dictar simplemente resoluciones legalistas en las que estén ausentes criterios valorativos.

¹⁰ Antonio Manuel Peña Freyre, op. cit., p. 101.

Bibliografía

ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*, Edit. Ariel, Barcelona, 1996.

FRONDIZI, Risieri, *¿Qué son los valores?*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

PECES-BARGA, Gregorio, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Edit. Debate, Madrid, 1990.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía Constitucional en el Estado constitucional de derecho*, Edit. Trotta, Madrid, 1977.

PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, Edit. Fontamara, México, 1999.

RADBRUCH, Gustav, *El hombre en el derecho*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 103.

WORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Edit. Ariel, Barcelona, 1990.

La responsabilidad del Estado en las tendencias recientes del nuevo federalismo

Sara Luz Quiroz Ruiz*

SUMARIO: Introducción. 1. Definición de responsabilidad. 2. Función de la responsabilidad. 3. Características de la responsabilidad. 4. Elementos constitutivos de la responsabilidad. 5. La responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado. 6. La responsabilidad del Estado en el Derecho Mexicano. Conclusiones. Bibliografía.

La responsabilidad patrimonial del Estado, conocida también como objetiva o directa, debido a la complejidad y evolución de la problemática que atiende, es un tema de estudio recurrente, desde su tránsito del Derecho Civil al Derecho Administrativo; ahora con dicho ánimo perfectible, la reforma constitucional en comento, tiene el propósito de plantear su sistematización, la cual se pretendió realizar en 1994 al reformar la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos; de ahí que se le visualice en la teoría constitucionalista, dentro de las tendencias recientes del nuevo federalismo, no obstante que es una institución vigente en algunas entidades federativas, desde hace algunos años.

Introducción

La adición al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, objeto de estudio, es muestra de la vinculación innegable entre el trabajo legislativo y el doctrinario, cuya producción más reciente en México se dio en 1994 y en 1999, respectivamente; evolución que de acuerdo a la Teoría Constitucional, corresponde situarla en las tendencias recientes del nuevo federalismo, pues se trata de un tema constitucional que se refiere a un postulado constitucional recurrente, más moderno, como se trasluce en las expresiones de los legisladores en la exposición de motivos del Decreto que se publica en el *Diario Oficial de la Federación* por dicha adecuación, en los términos siguientes: "... la incertidumbre procedente de un régimen insuficiente, así como la dualidad de sistemas de responsabilidad: uno civil y otro administrativo, constituye un problema de seguridad jurídica... que si bien se han logrado importantes avances en la modernización del marco jurídico, aún se observan rezagos... en los últimos años".

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

El problema que se ha presentado sobre el tema de la responsabilidad en el ámbito del Derecho Público, se ha centrado en la doble personalidad que asume el Estado; persona jurídica que actúa en ese ámbito público investido de prerrogativas, a través de hechos, actos y contratos; o bien en el campo del Derecho Privado, sin prerrogativas, pero por medio de hechos, actos y contratos; en consecuencia, la exclusión del Derecho Civil en este tema no puede ser total. Dicha confusión se profundiza, con la carencia de un marco regulatorio donde sean contemplados los principios de la responsabilidad patrimonial del Estado como sujeto de Derecho Público.

A ello se debe que los estudios sobre la materia sean calificados como de origen reciente, pues lo propio de todo Estado absolutista era atender al principio de derecho anglosajón conforme al cual “El Rey no comete errores”, y por tanto, no podía ser responsable.

Tal planteamiento ha sido resuelto en el ámbito del Derecho Comparado, más por la labor jurisprudencial que por trabajo legislativo; en México el trabajo legislativo y doctrinario producido en el siglo pasado me permite afirmar, que ahora se perfecciona con la reforma al Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al adicionar con un segundo párrafo el artículo 113, en los términos siguientes: “La responsabilidad del Estado por los daños, que con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.

Dicha innovación es sin duda alguna, un componente más para conformar un nuevo concepto de la función y del servicio público, caracterizados por una mayor capacidad de organización colectiva, de autogestión, de movilización ciudadana y de participación política, donde prevalecen el respeto y la confianza como impulsores de la convivencia y el desarrollo, en un proyecto donde compartimos nuestra tradición jurídica.

1. Definición de responsabilidad

Para puntualizar lo que se entiende por responsabilidad, el administrativista Juan Carlos Cassagne, ha señalado que así como la responsabilidad de las personas jurídicas atañe al Derecho Civil, la materia de responsabilidad del Estado, tomando en consideración su ámbito de actuación –el público– corresponde al Derecho Administrativo; por tanto, la responsabilidad es la situación que atañe a un sujeto a quien la ley le impone la reparación de un hecho dañoso, que afecta un interés protegido. Lo cual inicialmente era conocido por el Derecho Civil, pero en el ámbito del Derecho Administrativo, después de mucha evolución, es admitida en la mayoría de los países¹.

2. Función de la responsabilidad

¹ Juan Carlos Cassagne, En *La responsabilidad patrimonial del Estado*, por Álvaro Castro Estrada, Edit. Porrúa, México, 2000, p. 95.

La operatividad de la responsabilidad como principio constitucional del Estado de derecho, se refiere precisamente a la sumisión del Poder al Derecho, con lo cual su actuación debe ser moderada, a fin de evitar ser posteriormente condenada, sin dejar pasar que, también puede visualizarse como un seguro frente al riesgo generado por situaciones imprevisibles, y puede ser un precio a pagar por la adopción de ciertas políticas expropiatorias o cuasi expropiatorias².

3. Características de la responsabilidad

En una óptica general, dicha responsabilidad puede generarse, tanto por actividad lícita como por la actividad ilícita, de naturaleza contractual o extracontractual, donde abarca todos los daños ocasionados por el Estado, a través de sus órganos en ejercicio de la función pública; entonces comprenderá los tres ámbitos de la administración, pero también a sujetos particulares que se hallen en funciones administrativas; de ahí que pueden distinguirse objetivamente:

Un actuar ilícito, responsabilidad por falta o funcionamiento anormal del Estado en su actividad formal, o sea, a través de actos administrativos.

Por su actuación lícita, como limitaciones al derecho de propiedad por expropiación, limitaciones por razones urbanísticas, entre otras.

Por inactividad, omisiones, abstenciones.

Por actividad contractual, en los contratos administrativos.

Entonces su estudio puede realizarse desde dos perspectivas:

Desde la falta o funcionamiento anormal del servicio, o sea que no es prestado de manera general, regular y continua; el Estado no cumple con su obligación de satisfacer la necesidad colectiva, la finalidad del servicio público. Un supuesto de este tipo de responsabilidad puede ser: daños accidentales causados por obras públicas o inmuebles cuya administración y mantenimiento están bajo la custodia del Estado;

O por sacrificio particular, que surge cuando el Estado en ejercicio de su actividad lícita, causa un daño y rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas; lo cual significa un sacrificio para el particular que excede de aquél común que todos los gobernados deben soportar, como sería la revocación de contratos administrativos por razones de interés público.

Además, dicho sistema de responsabilidad descansa en el principio de la integridad patrimonial, conforme al cual, el gobernado tiene derecho a no soportar sin indemnización el daño sufrido, sin que sea necesario verificar, como requisito de procedibilidad de la responsabilidad, la conducta dolosa o culposa del agente del daño³.

² Luis Martín Rebollo, *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, En *La responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela*, por Rafael Badell Madrid, II Congreso Iberoamericano de Derecho Civil, Salta, Argentina, 2001, p. 15.

³ Cfr. Miguel Acosta Romero, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Edit. Porrúa, 4ª. ed.; Ídem, *Segundo Curso de Derecho Administrativo*, Edit. Porrúa, 1989; Álvaro Castro Estrada, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Edit. Porrúa, México, 2000, p. 95.

4. Elementos constitutivos de la responsabilidad

1. El daño imputable a la Administración, entendido como la disminución sufrida en el patrimonio del gobernado, como consecuencia de una actuación administrativa. Por tanto debe ser real y debe estar individualizado con relación a una persona, o una colectividad; hacia la cual sea enfocada la actividad normal o anormal, aplicable a una situación permitida por la ley. Al respecto, Rafael Badell Madrid, puntualiza, “Es necesario que el daño sea antijurídico, esto es, que se trate de un daño que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar, dado que excede del común de las cargas que la gestión administrativa comporta para la colectividad...”, diferenciando el propio autor que si el origen del daño es una actuación ilegítima, su reparación se extenderá hasta lo moral, mas cuando proviene de una disposición legítima, la reparación debe limitarse al valor del derecho sacrificado y los daños producidos⁴.

2. El nexo causal, que permita vincular ese daño con la gestión administrativa. Es decir, que exista como causa del daño la actuación de la Administración, situación que puede desvirtuar **la fuerza mayor**, circunstancia que opera como eximente de la responsabilidad, como por ejemplo, durante la ejecución de una obra pública un acontecimiento inevitable afecta su realización. **El hecho de un tercero**, o sea, cuando el daño se deriva a una persona distinta al afectado y al autor, para que funcione como eximente será necesario que la intervención de la víctima haya sido la única y exclusiva causa del daño; pero si se da la concurrencia de la culpa de la víctima y la actividad de la Administración para originar el daño, la responsabilidad se distribuye entre las partes, atenuando la de aquélla, la contribución del gobernado.

5. La responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado

El sistema de responsabilidad del Estado en Francia, provino de la labor Jurisprudencial del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos; en Italia surgió de la aplicación de las normas de derecho común que regulan la responsabilidad extracontractual; en Inglaterra y España se generó por vía legislativa a través de normas especiales en la materia; en Colombia ha sido producto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado con fundamento en disposiciones generales incluidas en la Constitución Política y por los principios jurisprudenciales, trabajo que culminó con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución de 1991; en Venezuela ha sido labor de la jurisprudencia, con base en normas constitucionales muy generales, como el artículo 140 que dice: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública”, tomando en consideración las normas del Derecho Civil.

6. La responsabilidad del Estado en el Derecho Mexicano

⁴ Rafael Badell Madrid, *La responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela*, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Civil, Salta, Argentina, 2001, p. 20.

El sistema jurídico mexicano ha pretendido avanzar en paralelo a los replanteamientos surgidos de los estudios doctrinarios, pretendiendo conceptualizar una administración eficiente y honrada, con leyes administrativas que modificaran su actuar en lo inconveniente e imperfecto; de ahí que el argumento más aceptado para sustentar la responsabilidad plena del Estado, proviene de la corriente francesa, refiriéndose a la igualdad de los individuos frente a las cargas públicas, bajo la cual si una actuación gubernamental causa daño a un sujeto, rompe la igualdad respecto de los demás administrados, lo cual obliga a su resarcimiento, confiriendo la carga del daño al erario, conformado en términos del artículo 31 Fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según el cual es obligación de todos los mexicanos contribuir a los gastos públicos de la Federación, Estados y Municipios, de manera proporcional y equitativa que las leyes señalen.

El antecedente más remoto que puede aproximarse a un régimen de responsabilidad del Estado, se localiza en la primera parte de la década de los cuarenta del siglo pasado, precisamente en la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, del 31 de diciembre de 1941 al disponer: "... cuando la reclamación se funde en actos u omisiones de los que conforme a derecho den origen a la responsabilidad civil del Estado, no será preciso demandar previamente al funcionario o funcionarios responsables, siempre que tales actos u omisiones impliquen una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos". Ordenamiento que fue abrogado por inoperante, en los años ochenta.

Más recientemente, en 1982, el Gobierno Federal insiste en el replanteamiento de la Administración, impulsándola dentro de la política pública de la renovación moral de la sociedad, de la cual surge la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, como una dependencia globalizadora de los sistemas de control interno del Ejecutivo Federal, pretendiendo así recuperar y fortalecer la credibilidad y transparencia en las instituciones, entonces resquebrajadas por la aguda crisis económica de 1982.

Para 1994, por Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero, a través del artículo séptimo se adiciona la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, con el artículo 77 Bis, estructurado en cuatro párrafos; simultáneamente con otras reformas y adiciones al Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, al Código Federal de Procedimientos Penales, al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y a la Ley de Amparo, entre otras; en los términos siguientes:

"Artículo 77 Bis. Cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares, éstos podrán acudir a las dependencias o a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación del daño en cantidad líquida y en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o a cualquiera otra".

La cabeza del artículo, reitera lo dispuesto por el artículo 37 fracción XVI de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, donde se atribuye a la Contraloría atender las quejas e inconformidades que presenten los particulares con motivo de contratos o convenios celebrados con las dependencias y entidades de la Administración, salvo cuando otras leyes establezcan procedimientos diferentes, numeral que a su vez refiere la prestación indirecta del servicio público, al referirse a los contratos y convenios que el Estado celebra sin menoscabo de su naturaleza, en términos del artículo 134 de la Constitución Federal, cuya ley reglamentaria, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, insiste en una Administración eficiente, honrada y eficaz al expresar como propósito, regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, mantenimiento y control... de la prestación de servicios de cualquier naturaleza y obra pública y aquéllos con ésta relacionados, que contraten los organismo de la Administración Pública Federal; insistiendo el propio ordenamiento en su artículo 15, en la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, para que "... conozca en la esfera administrativa, de las inconformidades que presenten los particulares en relación con los contratos señalados en esta Ley".

Primer párrafo: "El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares".

La cita anterior muestra, la subsistencia de la responsabilidad indirecta para los servidores públicos, que si bien no menoscaba los derechos consignados en la cabeza del artículo, **se considera como un principio de asistematización en lo relativo a la Responsabilidad directa del Estado.**

Segundo párrafo "Si el órgano del Estado niega la indemnización, o si el monto no satisface al reclamante, se tendrán expeditas a su elección, la vía administrativa o judicial".

En lo antes transcrito puede observarse la inclusión del procedimiento indemnizatorio, para lo cual también fue reformada la Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Público Federal, por Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero de 1994, en cuyo artículo undécimo, reformó su artículo 2 y señaló, que en el gasto público estarán comprendidas **las erogaciones entre otras, aquéllas que por concepto de responsabilidad patrimonial se realizan.**

Tercer párrafo: "Cuando se haya aceptado una recomendación de la Comisión de Derechos Humanos en la que se proponga la reparación de daños y perjuicios, la autoridad competente se limitará a su determinación en cantidad líquida y a la orden de pago respectiva".

La cita anterior del adicionado artículo 77 Bis de la Ley Federal de Responsabilidades de los Funcionarios Públicos, nos permite visualizar hasta donde se extiende el interés del Estado Mexicano por establecer, a decir de Salvador Valencia Carmona, “un sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos, que respondiera de manera ágil y sencilla a los múltiples requerimientos, sin que ello implicara de manera alguna que éstos abdicaran de los procedimientos judiciales”⁵, ya que subyace el haber agotado el procedimiento de “amigable composición” y el desahogo de la investigación en que se fundamentó la recomendación emitida.

Con los comentarios anteriores, **es observable que la legislación mexicana aún no asumía una posición definida**, como bien lo apunta Andrés Serra Rojas, como también es admisible que **sólo se establecía un aparente sistema de responsabilidad patrimonial del Estado** en el orden jurídico administrativo, indefinición que no pasó desapercibida para algunos doctrinarios mexicanos.

Lo cual originó diversos estudios de connacionales, como el trabajo que en la última década del siglo pasado, presentó Álvaro Castro Estrada en la Universidad Nacional Autónoma de México, para obtener el grado académico de Doctor en Derecho, titulado *Responsabilidad patrimonial del Estado*, cuya aportación es responder a las opiniones que señalan las aparentes desventajas que se aducen sobre su regulación, postulándose como un convencido de que es impostergable definir un sistema de responsabilidad estatal apropiado a un sujeto de derecho público, por lo cual inicia su trabajo, destacando la importancia del Instituto de la Responsabilidad del Estado, y su relación con el Estado de Derecho y los principios generales del Derecho, extendiendo su revisión sobre la conceptualización hasta el Derecho Comparado, refiriéndose a su génesis y evolución, consultando los sistemas inglés, estadounidense, alemán, italiano, francés y español, principalmente; dedicando el final al trabajo realizado en México; para concluir puntualizando: una propuesta de decreto por el cual modifica la denominación del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que se adicione un segundo párrafo al artículo 113 del citado Ordenamiento, además de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, así como también, propone el decreto para aprobación del Congreso de la Unión, por el cual se reforman diversas disposiciones del Código Civil, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación y otros ordenamientos; y finalmente, incluye una propuesta de decreto para aprobación de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por el que se adicionan, reforman y derogan disposiciones de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal y del Código Financiero de la propia entidad. Temática que también trató, el 3 de noviembre de 1999, durante la conferencia que dictó ante la Barra Mexicana, Colegio de Abogados A.C.; obra publicada por la editorial Porrúa en el año 2000. Posición a la que se encuentra orientada la reforma constitucional en comento.

Con posterioridad a la reforma constitucional objeto del presente estudio, el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) ha publicado la obra de José Roldán Xopa, *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, en Cuaderno 20; y el trabajo de Juan Carlos Marín, profesor del Departamento de Derecho, que lleva por título *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*.

⁵ Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional Mexicano a fin de siglo*, México, Edit. Porrúa, 1995, p.225.

Doctrina jurídica mexicana, cuyas aportaciones constituyen una apreciable fuente de consulta para establecer los lineamientos de la política pública en materia de Responsabilidad Patrimonial del Estado, contenida en las disposiciones del artículo Transitorio Único del Decreto del 14 de junio del año en curso, donde es señalada como agenda pendiente para el inicio de vigencia de esta reforma, o sea en enero del 2004, el trabajo legislativo que deberán desarrollar la Federación, las entidades federativas y los municipios, a fin de conformar el marco regulatorio donde sean contemplados los principios de la responsabilidad patrimonial del Estado como sujeto de Derecho Público, así como las adecuaciones en sus presupuestos para proveer el cumplimiento de su responsabilidad patrimonial; de esa manera se fortalece la seguridad jurídica del gobernado y se procura la eficiencia del sistema jurídico vigente.

En consecuencia, puntualiza el artículo Transitorio en comento, que la indemnización se cubrirá atendiendo a la resolución con la que culmine el procedimiento correspondiente, cuyo monto se hará efectivo, según la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal de que se trate; de tal manera que la objetividad prevaleciente en este tipo de responsabilidad, queda plenamente sistematizada.

En torno a la innovación reservada para las entidades federativas, son precursores los Estados de Nuevo León, Sinaloa y el Estado de México, los cuales desde 1994 “establecen que los Tribunales de lo Contencioso conocerán de la responsabilidad patrimonial reclamada al Estado, a los municipios, a las entidades paraestatales...”, reconociéndose al mismo tiempo que “el costo social de los actos administrativos al margen de la Ley, es sumamente elevado”⁶.

Cuando en el año 2000, el Estado de Veracruz realiza la reforma integral a su Constitución Política, comienza a regular la responsabilidad patrimonial, al trasladar la regulación de las responsabilidades de los servidores públicos del Título Sexto, Capítulo I, para el Título Quinto, Capítulo I, denominándole ahora como “De las responsabilidades de los servidores públicos”, con lo cual alude a la responsabilidad administrativa, política y penal de los servidores públicos, nomenclatura con que ahora se identifica al Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como parte de esta reforma en estudio.

Conclusiones

Con la modificación a la nomenclatura del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos “De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado”, se presenta una política pública incluyente, que se perfecciona con la adición del segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dedicada a la responsabilidad patrimonial, directa u objetiva del Estado, cuya sistematización era pretendida desde 1994, y alcanzada sólo por algunas entidades federativas, pero careciendo del marco constitucional que ocho años más tarde se aporta.

⁶ Emma Rodríguez Cañada, *Contencioso Administrativo*, en Mesa Redonda celebrada el 31 de agosto de 1999 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, México.

Bibliografía

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Edit. Porrúa, 4ª. ed., México, 1981.

———, *Segundo Curso de Derecho Administrativo*, Edit. Porrúa, México, 1989.

CASTRO ESTRADA, Álvaro, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Edit. Porrúa, México, 2000.

MARTÍN REBOLLO, Luis, *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, En *La responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela*, por Rafael Badell Madrid, II Congreso Iberoamericano de Derecho Civil, Salta, Argentina, 2001.

MIGUEL DÍAZ, Luis, *Responsabilidad del Estado y contaminación. Aspectos jurídicos*, Edit. Porrúa, México, 1982.

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo Segundo Curso. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, Edit. Porrúa, México, 1996.

VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano a fin de siglo*, Edit. Porrúa, México, 1995.

Breves notas sobre la nueva Hermenéutica Jurídica

Ana Lilia Ulloa Cuéllar*

SUMARIO: Introducción. 1. Objetividad vs Subjetividad en la cientificidad del derecho. 2. Lenguaje y Dialéctica. 3. Hermenéutica jurídica vs Dogmática jurídica. Bibliografía.

La autora aborda en el presente ensayo, las propuestas de Betti y Gadamer sobre la nueva hermenéutica jurídica, a partir de recuperar la subjetividad del creador y del intérprete de la norma jurídica, el contexto político, social y económico y la consideración de los argumentos racionales y no deductivos.

Introducción

Verdad, seguridad jurídica, objetividad y neutralidad son sin duda conceptos claves de la hermenéutica jurídica tradicional. Por su parte, interpretar la norma jurídica y obtener la voluntad del legislador, fue durante varios siglos el ideal y/o el objetivo de esa hermenéutica jurídica.

Sin embargo, después de las propuestas de Hart y de Kelsen y ante la crisis de estas por no recuperar la materialización del derecho, se va gestando una nueva hermenéutica jurídica la cual inicia con el rechazo de toda propuesta positivista.

Esta nueva hermenéutica, enfrenta el reto de integrar aspectos que durante mucho tiempo fueron considerados como aspectos no científicos del derecho. Algunos de estos aspectos son:

1. La subjetividad del creador y del intérprete de la norma jurídica.
2. El contexto histórico, político, económico y social.
3. La consideración de argumentos racionales y no deductivos.

Reflexionar sobre estos aspectos materiales de interpretación jurídica, así como presentar un resumen de esta nueva hermenéutica es el objetivo de este pequeño ensayo.

1. Objetividad vs Subjetividad en la cientificidad del derecho

En la lucha por sostener que el conocimiento jurídico es un conocimiento científico y bajo el enfoque positivista, la metodología jurídica en general y la interpretación jurídica en particular, consideró durante varios siglos que el objetivo principal de una buena interpretación era obtener la voluntad del legislador y con ello mantener el carácter objetivo, neutral y eficiente del derecho. Sin embargo, a partir de las últimas décadas del

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

siglo pasado se gestó una nueva hermenéutica, la cual partía del hecho de que el ámbito científico del derecho no quedaba del todo atrapado sino se recuperaba el aspecto material del mismo. Si bien es cierto, que las cuestiones formales del derecho son importantes ya que, entre otras cosas, éstas permiten hacer generalizaciones y predicciones sobre varias cuestiones jurídicas particulares, además de que es una herramienta necesaria para la sistematización del ordenamiento jurídico, no obstante, la vida del derecho por decirlo así, se muestra en su aspecto material. Por ello, la nueva hermenéutica sostiene que, toda interpretación jurídica tiene que recuperar tanto a la forma como al contenido, sin que por ello se renuncie a los ideales de certeza y seguridad.

Lo interesante de esta propuesta, es el hecho de que ella pretende obtener la objetividad y la certeza a través de la recuperación de la subjetividad y de todos los demás elementos materiales del derecho. Se trata, entonces, de mejorar la interpretación al mismo tiempo que alcanzar una única solución correcta.

Dos de los autores representantes de esta hermenéutica son sin duda Gadamer y Emilio Betti, aunque cabe mencionar que éste último es más importante para la interpretación jurídica ya que trabaja en el campo del derecho, mientras que aquel trabaja en lo filosófico.

Para Emilio Betti, una auténtica interpretación jurídica apunta siempre al problema epistemológico del “entender” y el “entender”, se da en y a través de un sujeto: el intérprete. Este intérprete es siempre un sujeto condicionado por su contexto sociopolítico.

En virtud de que la ley no puede ser letra muerta, el método formal-deductivo no puede completar el círculo dialéctico de la correcta interpretación jurídica. Se hace necesario entonces, el desarrollo de argumentaciones racionales que reflejen la auténtica actividad del intérprete, cuya naturaleza es *compleja*. El intérprete deja de ser un simple técnico para convertirse en un ser racionalmente creativo, y el conocimiento del derecho, deja de ser sólo descriptivo y pasa a ser un auténtico conocimiento científico.

El “entender” se convierte en acto indispensable para toda teoría de interpretación. Al igual que Humboldt, Betti considera que el lenguaje que utiliza el creador de la norma jurídica no puede ser recibido por el intérprete en forma neutral; necesita ser traducido, y con ello se recrea y se vuelve a expresar en el lenguaje del intérprete, con esto se da lugar al tránsito subjetivo del “entender”. De manera que el verdadero intérprete no puede eludir ni su propia subjetividad ni su contexto, inmerso siempre en la red de circunstancias históricas y sociales. El verdadero objeto de la interpretación jurídica no es la voluntad del legislador sino la forma representativa en la que su voluntad se objetiviza.

De acuerdo con Betti, el primer paso de la interpretación jurídica es reconocer que no hay leyes que prevean de una vez por todas y sin resquicio alguno, las soluciones jurídicas pertinentes para cualquier hecho que se haya de juzgar.

La disciplina codificada no está carente de lagunas y muchas veces presenta contradicciones. Y es un error creer que toda la codificación es vigente; así como creer que es posible paralizar la dinámica histórica del derecho a través de un lenguaje lógicamente perfecto y la axiomatización del ordenamiento jurídico. Además, no debemos olvidar que en la interpretación jurídica la realidad sociológica juega un papel fundamental.

Por otra parte, es importante resaltar que la interpretación jurídica, así como la educación, no implica solamente un momento cognitivo, menos aún, que éste sea el aspecto más importante. La interpretación jurídica tiene una función normativa. De manera que la

interpretación de la ley, proporciona una máxima de decisión y de acción práctica. La actividad científica en el ámbito jurídico reside, entre otras cosas, en la valoración.

Bajo la nueva hermenéutica, la interpretación jurídica se da cuando el intérprete se constituye en un interlocutor, quien desde sus categorías y sus vivencias expresará el mensaje objetivado de las formas "representativas". De acuerdo con todo esto, en la interpretación jurídica encontramos cuando menos tres constitutivos: "datos de los sentidos", "una subjetividad de estos datos como forma representativa de ellos", y "una subjetividad histórica, cultural y dialógica que se construye en el reconocimiento de esta forma representativa".

Es así como la petrificación de la forma "representativa" adquiere una existencia fenoménica propia: la de 'existenciarse', histórica, local y socialmente mediante la interpretación.

Por su parte, el relativismo que de inmediato surge en toda propuesta hermenéutica que recupera la subjetividad del intérprete, es lidiada y superada por Betti a través de un sentido *sui generis* del término "objetividad", en la propuesta hermenéutica de este autor. Este sentido, remite a la noción de objetividad ideal, el cual a su vez remite al ámbito de los valores, superando la objetividad real de los datos fenoménicos de los sentidos. Pero esta objetividad ideal de los valores no cae tampoco en una metafísica, ya que no es un sistema fijo y trascendental. Estos valores son existenciales, pero no relativos; esenciales, pero a su vez en constante actualización.

La interpretación, en la hermenéutica de Betti, no se abandona tampoco en la mera intuición personal del sujeto. Se trata entonces de una interpretación objetiva, resultado de la relación dialéctica entre lo real e ideal.

Si bien es cierto, que la subjetividad del intérprete adquiere importancia para esta nueva hermenéutica, no obstante el intérprete debe atenerse a una serie de criterios hermenéuticos que, entre otras cosas, da lugar a la univocidad del contenido representativo de las formas a interpretar. Esto a su vez, cierra puertas a todo resquicio de discrecionalidad:

1. La objetividad de la interpretación jurídica se obtiene recuperando la subjetividad del intérprete, ya que es un hecho que esta no puede ponerse entre paréntesis como la fenomenología lo propone.
2. La interpretación tiene una naturaleza vinculante, y esta se establece en la relación de lo histórico y el presente cotidiano.
3. El sentido de la ley no se encuentra ni en la voluntad del legislador ni en la subjetividad del intérprete, sino en la fusión de sus horizontes.
4. La decisión del caso está siempre en teoría, unívocamente determinada, la solución exacta y legítima siempre es una sola.

Finalmente, la objetividad hermenéutica es obtenida en la propuesta de Betti a través de un *a priori*. Este *a priori* es una estructura mental común, es decir; una sensibilidad esencialmente participable; una síntesis dialéctica que surge de la objetividad ideal de los valores y la subjetividad de la conciencia. Esta objetividad ideal se articula tanto en los planos lingüísticos literarios como en los planos científicos de la religión y la filosofía. Se obtiene entonces la síntesis de la conciencia de lo individual y de los valores (lo universal).

En cuanto a la propuesta de hermenéutica de Gadamer, tenemos que ésta remite más a una epistemología que a una metodología; pero por esto mismo considero que esta

epistemología hermenéutica en unión con la metodología hermenéutica de Betti, conforman un paradigma fundamental para la interpretación jurídica. Para Gadamer, la hermenéutica jurídica es un modelo a seguir para profundizar en el estudio de los mecanismos de la comprensión. Al igual que Betti, Gadamer insiste en recuperar la subjetividad del intérprete. El trabajo de éste no es simplemente reproducir lo que dice o dijo el legislador. El intérprete tiene que actualizar el significado del texto desde la concreta situación dialógica en que se encuentra; pues al haber cambiado el contexto en el que se produjo la norma jurídica, la función normativa de la ley ha de determinarse de nuevo. Gadamer reclama entonces el papel creativo del intérprete y la historicidad de la interpretación-comprensión. Una auténtica interpretación da lugar a una fusión de horizontes: de lo tradicional se pasa al contexto del intérprete y viceversa, con la fusión de horizontes se obtiene el círculo hermenéutico que tiene una naturaleza tanto metodológica como ontológica, siendo esta última la más importante.

Como se deja ver, tanto la propuesta de Betti como la de Gadamer, superan al método lógico deductivo presente en la hermenéutica tradicional. La nueva hermenéutica jurídica, supera el esquema metodológico de la subsunción "desde el punto de vista de la teoría de la comprensión", la hermenéutica jurídica es un tipo particular de la hermenéutica general. Según esto, la interpretación de la ley equivale a la comprensión de un texto. Esta comprensión presupone la anticipación de un sentido; la integración del texto que ha de ser comprendido en un todo preconcebido.

La interpretación de la ley, bajo la nueva hermenéutica, debe entenderse como un proceso en forma de espiral en el que el sujeto y el objeto de la interpretación se aproximan dentro de un horizonte en el que se integran un cúmulo de factores jurídicos, tanto formales como materiales. Y al igual que Betti, Gadamer insiste en busca de la solución correcta, y por supuesto que niega también el relativismo.

La búsqueda de la verdad, de acuerdo con Gadamer, es un compromiso irrenunciable de todo intérprete; pero el método científico o la mera aplicación de reglas no basta para garantizar dicha verdad, por ello Gadamer insiste en recurrir a una disciplina del preguntar e investigar que garantice la verdad, y al igual que la dialéctica platónica, Gadamer da primacía a la pregunta sobre la respuesta.

Como se deja ver, la nueva hermenéutica jurídica hace frente a los aspectos materiales de la decisión jurídica (dimensión subjetiva de la misma, contexto político, contexto histórico social, prejuicios, valores, etc.), "Esto tiene su explicación en el hecho de que un texto no es un objeto dado sino una fase en la realización de un proceso de entendimiento"¹.

"... La búsqueda del juicio justo no es una mera subsunción del caso particular en algo general (las cláusulas de la ley), sino que la búsqueda de las cláusulas rectas se basan en una decisión propia creativa, complementaria o perfeccionadora del derecho"².

¹ Hans-Georg, Gadamer, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 4ª ed., trad. Ana Agud y R. Agapito, *Sígueme*, Salamanca, 1977, p. 333.

² Ibid. p. 365.

2. Lenguaje y Dialéctica

Por otra parte, es importante señalar que el camino que recorre la interpretación jurídica desde la hermenéutica tradicional hasta la nueva hermenéutica contemporánea, va seguida de un hilo conductor de carácter lingüístico, el cual contiene dos momentos fundamentales: el primero, caracterizado por el énfasis en la construcción de un lenguaje lógicamente perfecto y por la primacía de la sintaxis sobre la semántica y la pragmática; el segundo, caracterizado por el énfasis en el lenguaje natural y cotidiano y la recuperación del ámbito pragmático de la semiótica.

Otra manera de presentar estos dos grandes momentos, consiste en decir que la hermenéutica tradicional va de una ontología idealista hacia la epistemología, mientras que la nueva hermenéutica se ocupa del paso que va de una epistemología a una ontología realista. Más aún, me parece que el logro de la nueva hermenéutica radica en presentar un planteamiento dialéctico entre la epistemología y la ontología jurídica, misma que se concretiza en una dialéctica entre el derecho y la norma jurídica.

Como el propio Viehweg ha dicho: “el aspecto lógico-formal del pensamiento jurídico (...) es necesario pero no suficiente. Si uno se acerca nuevamente al contenido, se llega, una vez más, a la forma de pensamiento que coloca en primer plano a la *Interpretación*. Y aquí juega nuevamente un papel importante la interpretación dialéctica en sentido (...) hegeliano”³.

Esta nueva hermenéutica jurídica, comparte el sentimiento realista presente en las propuestas sociológicas del derecho. Para éstas, el derecho es un ordenamiento jurídico inmerso siempre en un contexto social, político e histórico. La facticidad jurídica es tan constitutiva del derecho como la propia normatividad jurídica. Y una correcta interpretación jurídica debe retomar ambos constituyentes.

Y así como en la filosofía, ‘la idea de una normalización lingüística presidida por el ideal de la univocidad fue sustituida por la teoría de los juegos lingüísticos’. Así, en el derecho, la voluntad del legislador fue sustituida por el significado contextual de la norma, a través de un proceso hermenéutico llevado a cabo por una historicidad viva.

3. Hermenéutica jurídica vs Dogmática jurídica

Llegado a este punto, se hace necesario abordar la cuestión referente a si la nueva hermenéutica de hecho supera a la dogmática jurídica. Lo primero por señalar es que esta no es precisamente la mejor forma de plantear la cuestión. La complejidad del fenómeno jurídico y la complejidad de la ciencia del derecho, nos invitan más bien a una nueva reflexión profunda sobre la peculiaridad del conocimiento jurídico en los tiempos contemporáneos. Esto a su vez, lleva a sostener que la nueva hermenéutica debe ser más bien una parte complementaria de la dogmática jurídica. En ningún momento el recurso del análisis lógico propuesto por la dogmática jurídica debe ser rechazado, y lo mismo para la utilidad y la demostración lógico-apodíctica. Los procedimientos formales deben complementarse con los métodos del discurso hermenéutico.

Con la hermenéutica jurídica tenemos una auténtica hermenéutica de la facticidad. Lo que los jueces comprenden e interpretan con sus métodos, aún con los métodos deductivos

³ Theodor Viehweg, *Tópica y Filosofía del Derecho*, ed. Gedisa, España, 1997, p. 41.

y el ya superado silogismo jurídico, no es independiente del estado situacional del propio juez.

Al igual que Gadamer, considero que el rigor lógico no lo es todo. No es que la lógica no posea su validez evidente. Pero al ceñirse a lo lógico (entre positivistas), reduce el horizonte problemático a una verificabilidad formal y elimina así la apertura al mundo (de la realidad jurídica) que se produce en nuestra experiencia del mundo interpretada dialógica y lingüísticamente.

La hermenéutica filosófica hace ver que el sujeto cognoscente está indisolublemente unido a lo que él mismo demuestra y descubre como dotado de sentido.

Sin embargo, se debe estar siempre alerta para no caer en el extremo de pensar que la descripción y sistematización del conocimiento jurídico a través de esquemas lógicos deja de ser útil.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1989.
- ATIENZA, Manuel, "On the Reasonable in Law", *Ratio Iuris*, 3/1, 1990.
- , *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1991.
- CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 4ª ed., trad. Ana Agud y R. Agapito, *Sígueme*, Salamanca, 1977.
- KELSEN, Hans, y KLUG, Ulrich, *Normas jurídicas y análisis lógico*, pról. de E. Bulygin, trad. J. C. Gardella, CEC, Madrid, 1988.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Filosofía del Derecho*, ed. Gedisa, España, 1997.
- WITTGENSTEIN, Ludwig: Zettel, G. E. M. Anscombe, y G. H. von Wright (eds.), trad. O. Castro y C.U. Moulines, UNAM, México, 1979.
- WRIGHT, G. Henrik von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1970.

Traducción

Reno vs Unión de Libertades Civiles Americana, 521 U.S. 844 (1997) **

Traducción de Luz del Carmen Martí de Gidi *

En 1996, el Congreso decretó la legislación de telecomunicaciones integral, de la cual uno de los títulos era el Acta de Decencia en las Comunicaciones. Dos de las estipulaciones de la CDA buscaban proteger a los menores del material dañino en Internet. Una sección criminalizaba la transmisión de mensajes “obscenos o indecentes” a cualquier menor de 18 años; la otra condenaba la transmisión a menores de 18 años de cualquier mensaje “que en contexto, representara o describiera, en términos patentemente ofensivos como se mide en los estándares de la comunidad contemporánea, actividades u órganos sexuales o excretorios”. Poco después de que el presidente Clinton firmara la nueva ley de telecomunicaciones, la Unión de Libertades Civiles Americana y otras 19 organizaciones (luego acompañadas por otras 27) hicieron una demanda en el Distrito Este de Pennsylvania, reclamando la constitucionalidad de las estipulaciones anti-obscenidad de la CDA. Encontrando las estipulaciones como violación de la Primera Enmienda, un panel de 3 jueces formuló un mandato prohibiendo su aplicación. La Suprema Corte lo afirmó.

En el caso de la CDA, la Corte indicó, por primera vez, que las protecciones de la Primera Enmienda se extienden hacia el Internet. “Estamos de acuerdo”, escribió el magistrado Stevens para la Corte “... que nuestros casos no proveen ningún fundamento para calificar el nivel de escrutinio que se le debe aplicar a este medio”.

La Corte encontró las estipulaciones de la CDA deficientes constitucionalmente a causa de su imprecisión. En particular, aún cuando negaron el acceso de menores al discurso potencialmente dañino, también suprimieron “una gran cantidad de discursos al que los adultos tienen un derecho constitucional a recibir y enviarse unos a los otros”.

Notablemente, la Corte reafirmó el examen para obscenidad que había aplicado casi un cuarto de siglo antes en *Miller vs California*(1973) diciendo que el examen “se conserva hasta este día”.

Opinión de la Corte: Stevens, Scalia, Kennedy, Souter, Thomas, Ginsburg, Breyer.

Concurriendo en el juicio en parte y disintiendo en parte: O’Connor, Rehnquist.

Reno vs Unión de Libertades Civiles Americana, fue decidido el 26 de junio de 1997.

Opiniones

** Terry Eastland, editor, *Freedom of expression in the Supreme Court. The defining cases*, Rowman & Littlefield Publishers, inc., Boston, 2000, pp. 363-372.

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

El Magistrado Stevens entregó la opinión de la Corte...

Al discutir la cancelación, el Gobierno sostiene que la CDA es plenamente constitucional bajo 3 de nuestras decisiones previas: (1) *Ginsberg vs New York* (1968); (2) *FCC vs Pacifica Foundatin* (1978) y (3) *Renton vs Playtime Theatre, Inc* (1986). Una mirada cercana a estos casos, no obstante, levanta –más bien que relevar– dudas concernientes a la constitucionalidad de la CDA.

En *Ginsberg*, sostuvimos la constitucionalidad de un estatuto de Nueva York que prohibía vender material obsceno para ellos –aunque no igual de obsceno para adultos–, a menores de 17 años. Rechazamos el amplio reconocimiento de la defensa de que “la visión de libertad de expresión constitucional asegurada a un ciudadano de leer o ver material relacionado con sexo no se puede hacer depender de si el ciudadano es adulto o menor”. Al rechazar esa afirmación, confiábamos no sólo en el interés independiente del Estado del bienestar de su juventud, sino también en nuestro consistente reconocimiento del principio de que “el derecho de autoridad de los padres en sus hogares para dirigir la crianza de sus hijos es básica en la estructura de nuestra sociedad”. En cuatro aspectos importantes, el estatuto sostenido en *Ginsberg* era más limitado que la CDA. Primero, notamos en *Ginsberg* que “la prohibición contra ventas a menores no prohíbe a los padres que deseen comprar las revistas para sus hijos”. Bajo la CDA, en contraste, ni el consentimiento de los padres –ni siquiera su participación– en la comunicación podía prevenir la aplicación del estatuto. Segundo, el estatuto de Nueva York se aplicaba únicamente a transacciones comerciales, mientras que la CDA no contiene esa limitación. Tercero, el estatuto de Nueva York guardaba su definición del material dañino a menores con el requerimiento de que era “completamente sin compensación social importante para los menores”. La CDA falla en proporcionarnos alguna definición del término “indecente” como fue usado en S223 (a) (1) e, importantemente, omite cualquier requerimiento de que el material “patentemente ofensivo” cubierto en S223 (d), carece de valor literal, artístico, político o científico serio. Cuarto, el estatuto de Nueva York definía a una persona como menor a la edad de 17 años, mientras que en el CDA, al aplicarse a todos los menores de 18 años, incluye un año adicional a todos los cercanos a la mayoría de edad.

En *Pacifica*, sostuvimos una orden declaratoria de la Comisión Federal de Comunicaciones, diciendo que la transmisión de una grabación, de un monólogo de 12 minutos, titulado “Filthy Words” (“Palabras Sucias”) que había sido previamente proporcionado a una audiencia en vivo “pudo haber sido sujeta a sanciones administrativas”. La Comisión había encontrado que el uso repetitivo de ciertas palabras referentes a órganos o actividades excretorias o sexuales “en una transmisión en la tarde cuando los niños estaban dentro de la audiencia era patentemente ofensiva” y se concluyó que el monólogo era indecente “como transmisión”. El demandado no disputó que se encontrara que la transmisión vespertina era patentemente ofensiva, pero alegó que no era “indecente” dentro del significado de los estatutos relevantes porque no contenía un interés lascivo. Después de rechazar los argumentos estatutarios del demandado, nos confrontamos con sus 2 argumentos constitucionales: (1) que la construcción de la autoridad de la Comisión de prohibir discurso indecente era tan amplia que su orden tuvo que ser puesta a un lado incluso si la transmisión en cuestión no estuviera protegida; y (2) que ya que la grabación no era obscena, la Primera Enmienda prohibía cualquier limitación del derecho de transmitirlo por radio.

En la porción de la opinión del líder no compartida por los magistrados Powell y Blackbaun, la pluralidad declaraba que la Primera Enmienda no prohíbe toda la regulación gubernamental que depende del contenido del discurso. Por consiguiente, la disponibilidad de protección constitucional para un monólogo vulgar y ofensivo que no era obsceno dependía del contexto de la transmisión. Basándose en la premisa de que “de todas las formas de comunicación”, las transmisiones habían recibido la más limitada protección de la Primera Enmienda, la Corte concluyó que la facilidad con la que los niños pueden obtener acceso a las transmisiones, “emparejada con los asuntos reconocidos en *Ginsberg*”, justificaba tratamiento especial de transmisiones indecentes.

Con respecto al estatuto de Nueva York en el asunto *Ginsberg*, hay diferencias significantes entre la orden sostenida en *Pacifica* y la CDA. Primera, la orden en *Pacifica*, publicada por una agencia que había estado regulando estaciones de radio por décadas, apuntó hacia una transmisión específica que representaba más bien una salida dramática del contenido tradicional en los programas para poder designar cuándo –más bien que si– sería permisible poner al aire un programa en ese medio en particular. Las amplias prohibiciones categóricas de la CDA no están limitadas a tiempos particulares y no son dependientes de ninguna evaluación por alguna agencia familiar con las características únicas de Internet. Segundo, a diferencia de la CDA, la orden declaratoria de la Comisión no era punitiva; nos rehusamos expresamente a decidir si la transmisión indecente “podía justificar un procedimiento criminal”. Finalmente, la orden de la Comisión aplicada a un medio que, como un asunto histórico, había “recibido la más limitada protección de la Primera Enmienda”, en gran parte porque las advertencias no podían proteger adecuadamente al escucha del contenido inesperado en el programa. El Internet, sin embargo, no tiene historia comparable...

En *Renton*, sostuvimos una ordenanza de zona que prohibía que los cines de películas de adultos estuvieran en vecindarios residenciales. Esta ordenanza fue dirigida, no al contenido de las películas mostradas en los cines, sino a los “efectos secundarios” –como el crimen y el deterioro de los valores de los propietarios– que estos cines fomentaban... De acuerdo con el Gobierno, la CDA es constitucional porque constituye una especie de “Ciberzoneo” en el Internet. Pero la CDA se aplica ampliamente al universo entero del ciberespacio. Y el propósito de la CDA es proteger a los niños de los efectos primarios del discurso “indecente” y “patentemente ofensivo”, más que de cualquier “efecto secundario” de dicho discurso. Así, la CDA es una cubierta de restricción del discurso basada en el contenido, y así, no se puede analizar propiamente como una forma de tiempo, lugar y regulación de modales, *Renton*...

Estos precedentes, entonces, seguramente no requieren de nosotros para sostener la CDA y son completamente consistentes con la aplicación del resumen más riguroso de sus estipulaciones.

En *Southeaster Promotions Ltd. vs Conrad*, observamos que “cada medio de expresión... puede presentar sus propios problemas”. Así, algunos de nuestros casos han reconocido justificaciones especiales para la regulación de los medios de transmisión que no son aplicables a otros hablantes... En estos casos, la Corte confió en la historia de la regulación extensiva del gobierno del medio de transmisión...; la escasez de frecuencias disponibles a su principio..., y su naturaleza “invasora”.

Estos factores no están presentes en el ciberespacio. Ni antes ni después de la promulgación de la CDA, el vasto foro democrático del Internet ha estado sujeto a algún tipo de supervisión gubernamental y la regulación ha atendido a la industria de transmisiones. Más aún, el Internet no es tan “invasor” como el radio o la televisión. La Corte de Distrito encontró específicamente que las “comunicaciones a través del Internet no ‘invaden’ el hogar de un individuo o aparecen en la computadora de uno desatadas. Los usuarios rara vez se encuentran contenido “por accidente”. También encontró que “casi todas las imágenes sexualmente explícitas son precedidas por advertencias con respecto a su contenido”, y citó testimonio de que “las probabilidades son pocas de que un usuario se encuentre con imágenes sexualmente explícitas por accidente” ... Finalmente, a diferencia de las condiciones que prevalecieron cuando el Congreso autorizó por primera vez la regulación del espectro de transmisión, el Internet difícilmente puede ser considerado como una comodidad de expresión “escasa”. Provee comunicación de todos tipos relativamente ilimitada y a una baja cantidad de precio. El Gobierno estima que “tantos como 40 millones de personas usan el Internet hoy en día, y esa cifra se espera que crezca a 200 millones para 1999”. Esta categoría de comunicaciones dinámica y multifacética incluye no sólo servicios tradicionales de impresión y noticias, sino también audio, video y fotos, a la vez que diálogos en tiempo real interactivo. A través del uso de los chats, cualquier persona con una línea telefónica puede convertirse en un gritón de pueblo con una voz que resuena más lejos que cualquier tribuna callejera. A través del uso de la páginas web, servidores de correo y grupos de noticias, el mismo individuo puede convertirse en un panfletero. Como encontró la Corte de Distrito, “el contenido en Internet es tan diverso como el pensamiento humano”. Acordamos con su conclusión, que nuestros casos no contienen bases para calificar el nivel de escrutinio de la Primera Enmienda que debería ser aplicada a este medio.

... Las muchas ambigüedades concernientes a la visión de la cobertura de la CDA, presentan su problemática para propósitos de la Primera Enmienda. Por ejemplo, cada una de las 2 partes de la CDA usa una forma lingüística diferente. La primera usa la palabra “indecente” mientras que la segunda habla del material que “en contexto, represente o describa, en términos patentemente ofensivos como fueron medidos por estándares contemporáneos de la comunidad, actividades y órganos sexuales o excretorios”. Dada la ausencia de una definición de cualquiera de esos términos, ésta diferencia en el lenguaje provocará incertidumbre entre parlantes acerca de cómo los 2 estándares se relacionan el uno con el otro y lo que significan.

... Esta incertidumbre mina la posibilidad de que la CDA ha sido cuidadosamente confeccionada a la meta del Congreso de proteger a los menores de material potencialmente dañino.

La vaguedad de la CDA es materia de interés especial por 2 razones. Primera, la CDA es una regulación del discurso basada en contenido. Lo vago de esa regulación surge en especial en lo que concierne a la Primera Enmienda por su obvio efecto enfriante¹ en el discurso libre... Segunda, la CDA es un estatuto criminal. Aunado al oprobio y estigma de una condena criminal, la CDA amenaza a los violadores con penas de más de 2 años de prisión por cada acto de violación. La severidad de las sanciones criminales puede causar que los hablantes se queden callados en lugar de comunicar palabras, imágenes o ideas que sea discutiblemente ilegales...

El Gobierno argumenta que el estatuto no es más vago que el estándar de obscenidad que esta Corte estableció en *Miller vs California* (1973). Pero eso no es así. En *Miller*, esta Corte revisó una condena criminal en contra de un vendedor comercial que enviaba por correo a gente que no lo había pedido, folletos que contenían fotos con actividades sexuales. Habiendo luchado por un tiempo para establecer una definición de obscenidad, pusimos en marcha en *Miller* el examen de obscenidad que rige hasta este día:

a) Si una persona promedio, aplicando estándares contemporáneos de la comunidad encuentra que el trabajo, tomado como un todo, apela al interés lascivo; b) Si el trabajo representa o describe, en una manera patentemente ofensiva, conducta sexual específicamente definida por la ley estatal aplicable; y c) Si el trabajo, tomado como un todo, carece de serio valor literario, artístico, político o científico...

Debido a que el estándar “patentemente ofensivo” de la CDA (y, asumimos, *arguyendo*, es sinónimo de estándar “indecente”) es una parte del examen de *Miller* de 3 puntas, el Gobierno razona, no puede ser inconstitucionalmente vago.

¹ Nota de la traductora: por *chilling effects* se entiende el requerimiento de legitimar los derechos contenidos en la Primera Enmienda por los individuos de la posibilidad o amenaza de aplicación de leyes o sanciones y sus subsecuentes procedimientos, sean o no exitosas, resultado indirectamente del ejercicio de esos legítimos derechos.

La afirmación del Gobierno es incorrecta como una cuestión de hecho. La segunda punta del examen de *Miller* –el estándar análogo de contenido o significado– contiene un requerimiento crítico que es omitido en la CDA: que el material en cuestión sea “específicamente definido por la ley estatal aplicable”. Este requerimiento reduce la vaguedad inherente al término sin límites predeterminados, “patentemente ofensivo” como se usa en la CDA. Más aún, la definición de *Miller* es limitada a “conducta sexual”, mientras que la CDA incluye también: 1. “actividades excretorias”, así como, 2. “órganos” de ambas naturalezas, sexual o excretoria.

En contraste con *Miller* y otros de nuestros casos previos, la CDA entonces presenta una amenaza más grande de censura de discurso que, de hecho, cae fuera de la visión del estatuto. Dados los contornos vagos de la cobertura del estatuto, éste sin duda silencia a ciertos hablantes cuyos mensajes pueden ser tomados en protección constitucional. Ese peligro provee razón suficiente para insistir que el estatuto no sea excesivamente amplio. La carga de la CDA de proteger el discurso no puede ser justificada si puede ser evitada con un estatuto más cuidadosamente redactado.

Estamos convencidos de que la CDA carece de la precisión que requiere la Primera Enmienda cuando un estatuto regula el contenido del discurso. Para negar el acceso de menores a discurso potencialmente dañino, la CDA suprime efectivamente una gran cantidad de discurso que los adultos tienen derecho constitucional a recibir y mandar unos a otros. Esa carga en el discurso adulto es inaceptable, si alternativas menos restrictivas serían por lo menos igual de efectivas en alcanzar el propósito legítimo con que el estatuto fue promulgado para servir...

Es cierto que hemos reconocido repetidamente el interés gubernamental en proteger a los niños de materiales dañinos. Pero ese interés no justifica una supresión amplia innecesaria del discurso dirigido a los adultos. Como hemos explicado, el Gobierno puede no “reducir la población de adultos... a lo que es adecuado para los niños”. *Denver Area Ed. Telecommunications Consortium vs FCC* (1996).

En lo concerniente a que la CDA no disminuye la comunicación de adultos, el Gobierno depende de la premisa factual incorrecta de que prohibir una transmisión cuando es sabido que uno de sus receptores es un menor no interferiría con comunicaciones de adulto a adulto.

Dado el tamaño de la audiencia potencial para la mayoría de los mensajes, en la ausencia de un proceso confiable de verificación de edad, el emisor debe tener en cuenta que uno o más menores podrían verlo probablemente. Sabiendo que, por ejemplo, uno o más miembros de un grupo de charla de 100 personas son menores –y por consiguiente que sería un crimen mandar al grupo un mensaje indecente– le pondría seguramente una carga a la comunicación entre adultos.

La Corte de Distrito encontró que al tiempo del juicio, la tecnología existente no incluía ningún método efectivo para el emisor que previniera a los menores obtener acceso a las comunicaciones en el Internet sin también negarle el acceso a los adultos. La Corte no encontró ninguna forma efectiva para determinar la edad de un usuario que está accedendo material a través de correo electrónico, servidores de correo, grupos de noticias o salas de charla. Como materia práctica, la Corte también encontró que sería sumamente caro para hablantes no comerciales –al igual que algunos comerciales– que tuvieran sitios web para verificar que sus usuarios son adultos. Estas limitaciones deben inevitablemente acortar una significativa cantidad de comunicación de adultos en el Internet. En contraste, la Corte de Distrito encontró que “a pesar de sus limitaciones, el software existente basado en usuarios sugiere que un método razonablemente efectivo por el cual los padres puedan prevenir a sus hijos de acceder material sexualmente explícito y de otro tipo que los padres consideren inapropiado para sus hijos estaría pronto ampliamente disponible”.

La amplitud de la cobertura de la CDA es totalmente sin precedentes. A diferencia de las regulaciones sostenidas en *Ginsberg* y *Pacifica*, la visión de la CDA no se limita a discurso comercial o entidades comerciales. Sus prohibiciones, con fines abiertos, abrazan a todas las entidades e individuos no lucrativos mandando mensajes indecentes o mostrándolos en sus propias computadoras en presencia de menores. Los términos generales e indefinidos “indecente” y “patentemente ofensivo” cubren grandes cantidades de material no pornográfico con valor educativo serio u otro valor. Más aún, el criterio de “estándares de la comunidad” como se aplica al Internet, significa que cualquier comunicación disponible a una audiencia nacional será juzgada por los estándares de la comunidad que son más probables de ser ofendidos por el mensaje...

Para propósitos de nuestra decisión, no necesitamos ni aceptar ni rechazar la aceptación del Gobierno de que la Primera Enmienda no prohíbe una prohibición de cubierta a todos los mensajes “indecentes” o “patentemente ofensivos” comunicados a una persona menor de 17 años –no importa cuánto valor pueda contener el mensaje– y sin importar la aprobación de los padres. Está claro, por lo menos, que la fuerza del interés del Gobierno por proteger a menores no es igual de fuerte a través de la cobertura de este estatuto amplio. Bajo la CDA, un padre permitiendo a su hija de 17 años usar la computadora de la familia para obtener información en el Internet que ella, a juzgar por su criterio, cree apropiado, puede encarar un tiempo duradero en prisión... similarmente, un padre que envió a su hijo de primer año de universidad información acerca del control de natalidad vía correo electrónico, puede ser encarcelado aunque ni él ni su hijo, ni nadie en su propio hogar encontraran el material “indecente” o “patentemente ofensivo”, si la comunidad del pueblo de la Universidad pensaron de otra forma.

La amplitud de esta restricción del discurso basada en el contenido, impone una carga especialmente pesada en el Gobierno para explicar porqué una determinación menos restrictiva no sería tan efectiva como la CDA. No ha hecho nada... Particularmente a la luz de la ausencia de cualquier hallazgo detallado por parte del Congreso, o inclusive audiencias refiriéndose a problemas especiales de la CDA, estamos convencidos de que la CDA no está confeccionada estrechamente si ese requerimiento no tiene siquiera un significado...

En esta Corte, aunque no en la Corte de Distrito, el Gobierno afirma que –en adición a sus intereses de proteger a los niños– su interés “igualmente significativo” en fomentar el crecimiento del Internet, provee una base independiente para sostener la constitucionalidad de la CDA. El Gobierno aparentemente asume que la disponibilidad no regulada de material “indecente” y “patentemente ofensivo” en el Internet, está alejando a incontables ciudadanos del medio, por el riesgo de exponerse ellos mismos o a sus hijos a material dañino.

Encontramos este argumento similarmente no convincente. La expansión dramática de este nuevo mercado de ideas contradice la base factual de su limitación. El archivo demuestra que el crecimiento de Internet ha sido y continúa siendo fenomenal. Como un asunto de tradición constitucional, en la ausencia de evidencia que pruebe lo contrario, presumimos que la regla gubernamental del contenido del discurso es más probable a interferir con el libre intercambio de ideas que a alentarlos. El interés de alentar la libertad de expresión en una sociedad democrática, tiene más peso que cualquier beneficio teórico pero sin comprobación de censura.

Por las razones anteriormente mencionadas, el juicio de esta Corte de Distrito es: **AFIRMADO.**

El Magistrado O’Connor, de acuerdo en parte y en desacuerdo en parte...

Escribo por separado para explicar por qué veo la CDA de 1996 como un intento más del Congreso de crear “zonas de adultos” en el Internet. Nuestro precedente indica que la creación de tales zonas puede ser constitucionalmente válido. A pesar de la firmeza de su propósito, sin embargo, porciones de la CDA son inconstitucionales porque desvían desde el borrador lo que nuestros casos previos han desarrollado para construir una “ley de zonificación” que pase la Asamblea Constitucional...

Nuestros casos dejan claro que una ley de “zonificación” es válida solamente si los adultos todavía son capaces de obtener el discurso regulado. Si no pueden, la ley no hace más que simplemente alejar a los niños del discurso que no tienen derecho a obtener, interfiere con los derechos de los adultos de obtener discurso constitucionalmente protegido... La Primera Enmienda no tolera tal interferencia...

La Corte en *Ginsberg* concluyó que la ley de Nueva York creó una zona de adultos constitucionalmente adecuada simplemente porque, frontalmente, negaba el acceso solamente a menores. La Corte no cuestionó –y por lo tanto, necesariamente asumió– que una zona de adultos, una vez creada, tendría éxito en preservar el acceso a adultos mientras negaba el acceso a menores al discurso regulado. Antes de hoy, no había razón para cuestionar esa suposición, ya que la Corte había previamente considerado solamente leyes que operaban en el mundo físico, un mundo con 2 características que le hacían posible crear “zonas de adultos”: geografía e identidad... El mundo electrónico, es fundamentalmente diferente. Porque no es más que caminos electrónicos interconectados; el ciberespacio le permite a emisores y receptores enmascarar su identidades...

El ciberespacio difiere del mundo físico en otra forma básica: el ciberespacio es maleable. Por eso, es posible construir barreras en el ciberespacio y usarlas para comprobar la identidad, haciendo al ciberespacio más como el mundo físico, y en consecuencia, más susceptible a leyes de zonificación. Esta transformación en el ciberespacio está ya en camino...

A pesar de este progreso, la transformación del ciberespacio no está completa. Aunque la tecnología de puertas de enlace ha estado disponible en la www por algún tiempo, no está disponible para todos los emisores de la Web y justamente ahora se está convirtiendo tecnológicamente factible para grupos de charla y grupos de USENET de noticias. La tecnología de puertas de enlace no es ubicua en el ciberespacio, porque sin ella “no hay medios de verificación de edad”, el ciberespacio aún permanece ampliamente no siendo zonificado e inzonificable. La zonificación basada en el usuario, está también en su infancia...

A pesar de que los prospectos para la zonificación eventual de Internet parecen promisorios, estoy de acuerdo con la Corte de que debemos evaluar la constitucionalidad de la CDA tal como se aplica al Internet como existe hoy en día. Dado el presente estado del ciberespacio, estoy de acuerdo con la Corte que la provisión de “mostrar” no puede pasar la Asamblea. Hasta que la tecnología de puertas de enlace esté disponible en el ciberespacio, y no lo está en 1997, un emisor no puede estar razonablemente seguro de que el discurso que muestra llegará solamente a adultos, porque es imposible aislar el discurso a una “zona de adultos”. De este modo, la única forma de que un emisor evite responsabilidad bajo la CDA, es evitar completamente usar lenguaje indecente. Pero este silencio forzoso incide en el derecho de la Primera Enmienda para los adultos de crear y obtener este discurso... Como resultado, la provisión de la “muestra” no puede soportar escrutinio...

Las provisiones de “transmisión de indecencia” y “persona específica” presentan un tema más cercano, porque no son inconstitucionales en todas sus aplicaciones. Como se discutió arriba, la provisión de “transmisión de indecencia” hace que sea un crimen transmitir conscientemente un mensaje indecente a una persona que el emisor sepa que tiene menos de 18 años. La provisión de “persona específica” proscribe la misma conducta, aunque no requiere tan específicamente que el emisor sepa que el receptor pretendido de su mensaje indecente es menor. El apelante exhorta a la Corte a construir la provisión para imponer ese requerimiento de conocimiento...

Así construidas, ambas provisiones son constitucionales al ser aplicadas a una conversación que incluye solamente a un adulto y uno o más menores, por ejemplo, cuando un emisor adulto manda un correo electrónico sabiendo que el receptor es un menor, o cuando un adulto y un menor conversan ellos mismos o con otros menores en una sala de charla... Restringiendo lo que el adulto pueda decir a los menores, en ningún sentido restringe la habilidad del adulto de comunicarse con otros adultos. No está prevenido de hablar indecentemente a otros adultos en una sala de charla (porque no hay otros adultos participando en la conversación) y él permanece libre de enviar correos electrónicos indecentes a otros adultos. El universo relevante contiene solamente un adulto, y el adulto en ese universo tiene el poder de contenerse de usar lenguaje indecente y consecuentemente de mantener dicho lenguaje en una zona de “adulto”.

La analogía a *Ginsberg* se rompe, sin embargo, cuando más de un adulto es parte de la conversación. De este modo, si un menor entra a la sala de charla ocupada por adultos, la CDA requiere efectivamente que los adultos en la sala dejen de usar lenguaje indecente. Si no lo hacen, pueden ser condenados bajo las provisiones de “transmisión de indecencia” y “persona específica”, por cualquier afirmación indecente que hagan al grupo, ya que estarían transmitiendo un mensaje indecente a personas específicas, una de las cuales es un menor. La CDA está por lo tanto relacionada con una ley que considera un crimen para un dueño de una librería que vende revistas pornográficas a cualquiera, una vez que un menor haya entrado a la tienda. Incluso suponiendo que esa ley fuera constitucional, en el mundo físico, como una alternativa razonable para excluir a los menores completamente de la tienda, la ausencia de cualquier medio para excluir a menores de salas de charla en el ciberespacio restringe el derecho de los adultos de iniciar conversaciones con discurso indecente en esas salas. Las provisiones de “transmisión de indecencia” y “persona específica” comparten este defecto.

Pero estas 2 provisiones no infringen el discurso de adultos en todas las situaciones. Y como se discute más abajo, no encuentro que las provisiones sean demasiado amplias en el sentido de que restringen el acceso de menores a una cantidad sustancial de discurso que ellos tienen derecho a leer y ver. Por consiguiente, la CDA puede ser aplicada constitucionalmente a algunas situaciones. Normalmente, este hecho requeriría que la Corte rechazara una impugnación... Los derechos de los apelantes surgidos bajo la Primera Enmienda, sin embargo, discuten que la CDA es abiertamente inválida, porque es “sustancialmente demasiado amplia”, eso es, que ella “se extiende muy ampliamente... (y) penaliza una cantidad sustancial del discurso que está constitucionalmente protegido”, *Forsyth County vs Nationalist Movement* (1992)... Estoy de acuerdo con la Corte de que las provisiones son demasiado amplias, en que cubren cualquier y todas las comunicaciones entre adultos y menores, sin importar cuántos adultos puedan ser parte de la audiencia a la comunicación.

Esta conclusión no termina el problema, sin embargo... No hay duda de que el Congreso pretendía prohibir ciertas comunicaciones entre un adulto y uno o más menores... No hay duda tampoco de que el Congreso habría promulgado una versión más corta de estas provisiones, si hubiera sabido que una versión más amplia sería declarada inconstitucional... Por consiguiente, sostendría que las provisiones de “transmisión de indecencia” y “persona específica” hasta el punto en que se aplican a transmisiones de comunicaciones de Internet, donde el grupo que inició la conversación sabe que todos los receptores son menores...

La Corte ni acepta ni rechaza el argumento de que la CDA es claramente demasiado amplia, porque interfiere sustancialmente con el derecho de los menores de la Primera Enmienda. Lo rechazaría. *Ginsberg* estableció que puede ser negado el acceso a los menores a material considerado obsceno. Como se explicó en *Ginsberg*, el material es obsceno a menores si: (i) es patentemente ofensivo para los estándares sostenidos en la comunidad adulta como un todo con respecto a lo que es adecuado... para menores; (ii) apela al interés lascivo de los menores; y (iii) es “completamente sin compensación social importante para los menores”. Debido a que la CDA negó a los menores el derecho a obtener material “patentemente ofensivo” –aunque tenga algo de valor que recompense a los menores e inclusive si no atrae su interés lascivo– el rechazo del Congreso del estándar de “daño a menores” de *Ginsberg* significa que la CDA podría prohibir algún discurso que es indecente (p. ej. “patentemente ofensivo”), pero que no es obsceno para los menores.

No niego esta posibilidad, pero para sostener una impugnación, no es suficiente para un demandante mostrar “cierto” exceso de amplitud. Nuestros casos requieren una prueba de exceso de amplitud “real” y “sustancial”. *Broadrick vs Oklahoma* (1973), y los apelantes no han soportado su carga en este caso. En mi punto de vista, el universo del discurso constitucionalmente protegido en cuanto a menores, pero prohibido por la CDA –ejemplo: el universo del material que es “patentemente ofensivo”, pero que sin embargo tiene un valor compensatorio para los menores o atrae a su interés lascivo– es muy pequeño. Los apelantes no citan ejemplos de discurso que caiga dentro de este universo y no intentan explicar porqué ese universo es sustancial “en relación a la extensión plenamente legítima del estatuto”. Que la CDA pueda negar a los menores el derecho a obtener material que tenga algún “valor” está largamente fuera del punto. Mientras discusiones acerca de violación en prisiones o arte desnudo, puedan tener algún valor de recompensa en educación para adultos, no necesariamente tienen dicho valor para los menores, y bajo *Ginsberg*, los menores sólo tienen un derecho de Primera Enmienda de “obtener material patentemente ofensivo que tiene valor compensatorio social importante para los menores”. Tampoco hay evidencias en el archivo para apoyar la contención de que “muchas transmisiones de correo electrónico de un adulto a un menor son conversaciones entre miembros de familia”, y ningún apoyo para la proposición legal de que dicho discurso es inmune a regulación. Por consiguiente, desde mi punto de vista, la CDA no carga con una cantidad sustancial de discurso de menores constitucionalmente protegido.

De ese modo, la constitucionalidad de la CDA como una ley de zonificación depende hasta el punto en el cual interfiere sustancialmente con los derechos de los adultos de la Primera Enmienda. Debido a que los derechos de los adultos son infringidos sólo por la provisión de la “muestra” y por las provisiones de “transmisión de indecencia” y “persona específica” como aplicadas a las comunicaciones consistentes de uno o más adultos, yo invalidaría la CDA sólo hasta ese punto. En la medida en que la provisión de “transmisión de indecencia” y “persona específica” prohíben el uso de discurso indecente en las comunicaciones entre un adulto y uno o más menores, sin embargo, pueden y deben ser sostenidas. La Corte alcanza una conclusión contraria, y de esa posición es de la que yo respetuosamente difiero.

Respuestas

Del *Washington Post*, junio 27, 1997, “Sí, la Red es Discurso”

Media hora después de que la Suprema Corte anunciara su decisión de que porciones claves de la CDA eran inconstitucionales, los usuarios de Internet podían adentrarse y leer el texto completo de la opinión de la Corte desde casi cualquier lugar del mundo. Tal es el alcance del medio que ahora, gracias a la decisión de la Corte, ha sido liberado para que crezca y se desarrolle tan libremente en el futuro como ha sido hasta ahora, liberado, eso es, de la llamada ley de decencia, que si se hubiera sostenido habría constituido la más seria y potencialmente obstaculizante limitación que una Corte estadounidense haya buscado para imponer al Internet en su corta vida. De una votación de 7 a 2 para transformar las provisiones de decencia escritas apresuradamente, las cuales hubieran penalizado la transmisión “conociendo” vía el Internet de cualquier contenido “indecente” o “patentemente ofensivo” para un menor, la Corte reconoció y afirmó explícitamente que el Internet es un medio de discurso, y más aún uno que, a diferencia del radio o los periódicos y revistas, tiene derecho al nivel más alto de protección de la Primera Enmienda. Se pesó fuertemente la perspectiva de que la protección de niños, aunque importante, no puede ser usada como una excusa para detener a este potencial para comunicación e interacción vastamente incrementada, en las palabras del magistrado John Paul Steven, la habilidad de hacer que “cualquier persona con una línea telefónica... Un gritón de pueblo con una voz que resuena más lejos de lo que podría desde cualquier tribuna callejera”.

La opinión sostiene una decisión unánime del panel de Philadelphia y, como esa, pone mucho énfasis en la naturaleza sin precedentes de las comunicaciones en Internet: la falta de control central, las “pequeñas barreras de entrada” resultando en millones de emisores y receptores, y la ausencia desde el Internet de las características que siguieron cortes menores para concluir que era inaceptable imponer restricciones en televisión y radio. El acceso al Internet, no es ni “escaso” como lo eran las frecuencias de transmisión alguna vez, ni “invasor” como el radio, y menos medios drásticos existen para filtrar sus elementos crudos. Fuentes de la fuerza del Internet, éstas cualidades también hacen imposible aplicar los estándares vagos e imprecisos del Acta de Decencia, sin bloquear el acceso de los adultos a vastas cantidades de discurso que de otra forma estarían protegidas constitucionalmente. Tal discurso, escribió el magistrado Stevens, podría incluir “una larga cantidad de material no pornográfico con valor educativo serio o cualquier otro valor... imágenes artísticas... y difícilmente, el catálogo de cartas de la Biblioteca Carnegie” (Una sola estipulación prohibiendo la transmisión de obscenidad, ilegal de cualquier forma, fue sostenida).

La Suprema Corte criticó agudamente la vaguedad de las provisiones como fueron obtenidas, la falla de buscar medios menos restrictivos de proteger a niños, y la falla del Congreso de celebrar audiencias de la medida antes de aprobarla. Inclusive el desacuerdo del magistrado O'Connor, coincidió con la mayoría en que la mayor parte de las aplicaciones de la nueva ley serían inconstitucionales. Es poco probable que la Red, en su complejidad, quedará totalmente libre de reglas de cualquier índole. Después de esta debacle, sin embargo, tal vez rondas futuras tomarán por lo menos en cuenta las realidades constitucionales.

Del *Oregonian*, Junio 29, 1997, “Contenido del Ciberespacio, Creencia Bedrock”

Los padres tiene derecho de estar preocupados de que sus hijos den un paso a la obscenidad mientras incursionan en el ciberespacio.

Pero la Corte Suprema también tiene razón, en su primer incursión al ciberespacio, al decir que el Congreso no puede proteger a los niños quitándole la obscenidad a los adultos.

La Corte echó abajo una parte clave de una ley que declaraba como crimen poner palabras o imágenes “patentemente ofensivas” en el Internet donde los niños la pudieran encontrar. La CDA fue aprobada el año pasado como parte de la ley de telecomunicaciones. La Alta Corte estuvo de acuerdo con bibliotecarios, libertarios civiles, fabricantes de computadoras, servicios en línea, periodistas y vendedores de libros, de que el acta era demasiado vaga y demasiado amplia. Tenía el potencial traidor de hacer criminales a personas que fijaban material legítimo en el Internet concerniente a salud, arte, ciencia y política.

Los padres, no el gobierno, deben tomar la responsabilidad final por lo que sus hijos ven en el Internet, al igual que como en la librería o en la biblioteca. La tecnología de bloqueo puede ayudarlos. La petición del presidente Clinton de convocar a un grupo para encontrar esa tecnología y sistemas de clasificación que “protejan a los niños en formas que son consistentes con los valores del discurso libre de “América” debería tranquilizarlos.

Además, esta regla no amenaza las prohibiciones contra la transmisión de obscenidad o pornografía infantil en el Internet.

El argumento del gobierno, en este caso de que la gente está evitando el Internet como resultado de la obscenidad es igual de tonto. El Internet crece como loco, y esta regla ayudará a asegurar que el discurso libre se proteja como se debe.

Reseñas

Rawls de nuevo Dos caminos para entender un destino

Arnaldo Platas Martínez*

RAWLS, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, Ed. Paidós, Barcelona, 2002; ídem, *La justicia como equidad, una reformulación*, Colección Estado y Sociedad, Ed. Paidós, Barcelona, 2002

El *Concepto de Justicia* de Rawls ha sido uno de los libros fundamentales en la renovación del pensamiento político contemporáneo, no solamente porque permitió un nuevo análisis en las categorías, procesos, funciones y perspectivas para analizar los conceptos de justicia y sus conectores axiológicos como el de libertad, o en su caso, el de igualdad; sino además, porque posibilitó de manera enfática el renacimiento del pensamiento político en todas sus dimensiones. En 1971 el libro causó una enorme revolución en todo el pensamiento social de la época, desde el mundo del derecho hasta el pensamiento político y moral del momento. Se trataba, en primera instancia, de entender a la libertad dentro de una serie de elementos procesales en los cuales la justicia se asumía, ya no como una forma de enunciado del derecho natural, sino de manera principal, de demostrar que las relaciones sociales se encontraban definidas no únicamente en sus propios contenidos de justicia, sino adicionalmente, y de manera muy importante, dentro de las características y dinámicas de inserción de justicia en las propias comunidades. El abandono del esquema de derecho natural, que se perseguía en ese momento, era algo que iba a revolucionar las mentalidades y las lógicas acerca de la justicia. Dicha obra conjuntamente con su cauda de críticos, fue desde su publicación, la piedra angular de las construcciones teóricas que sobre el tema se habrían de escribir cuantiosos volúmenes. Puede decirse, sin lugar a dudas, que el siglo XX en materia de ciencias sociales tuvo en el *Concepto de Justicia* una de las más importantes construcciones teóricas orientadas a las conexiones de la experiencia social y del desarrollo de la democracia.

Este año en lengua castellana han aparecido dos textos importantes del autor en cuestión. Si la vida merece la pena en términos de las lecturas realizadas, bien podría señalarse que este año 2002 valió la pena existirlo, en la medida de los dos libros que ahora comentamos.

En primer lugar, hace dos años aparece en inglés un texto menor en la obra de Rawls que viene a demostrar la dinámica y el pensamiento sobre justicia y sus vínculos con la

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

historia de la filosofía de los últimos 300 años. La tradición ética de occidente ha permitido en las últimas décadas analizar las condiciones necesarias y suficientes para entender de manera importante los nexos que existen en todas y cada una de la disciplina sociales, que actualmente compiten para enunciar sus postulados de manera general y enunciativa, con cierto grado de predicción. El posicionamiento de Rawls, en cuanto a la tradición ética, ha sido uno de los debates más importantes en los últimos años, sobre todo a partir de publicaciones tan importantes como *Facticidad y Validez*, por citar el ejemplo más importante en los cinco años recientes. El debate comienza sobre todo en el punto relativo a la herencia académica que se le asigna al pensador en cuestión.

Por una parte, se ha dicho con insistencia que Rawls recoge en gran medida el pensamiento kantiano, haciendo énfasis muy importante en el aspecto de la llamada autonomía de la moral; otros autores, lo conectan directamente con el pensamiento de Hume por lo que toca a las cuestiones de la estructura del pensamiento utilitarista, el cual se encuentra muy desarrollado en la tradición anglosajona. Así el debate es interminable.

Este año acaba de aparecer bajo el sello editorial de Paidós la traducción del libro a que hacemos referencia en este momento, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*; constituye en este instante un libro de consulta obligada a todos aquellos que se encuentran haciendo análisis sobre las condiciones morales de nuestra sociedad occidental. El libro en cuestión ha tenido un proceso bastante interesante en lo que toca a su diseño; no es una obra pensada y estructurada alrededor de una idea fija, para crear un libro desde su gestación como tal, sino fundamentalmente se encuentra dirigida a los estudiantes de licenciatura y del doctorado que seguían a Rawls como maestro en la universidad. En consecuencia, la evolución del libro nos permite ver ciertos momentos que permean el pensamiento del autor en cuestión, y también el énfasis sobre pensadores que de alguna manera los considera parte central de su pensamiento y que son, al final de cuentas, las fuentes primarias de las ideas del propio autor de habla inglesa.

Básicamente son cuatro los pensadores que aparecen en la obra que ahora analizamos. Desde Hume, Leibniz, Kant para concluir en Hegel. Estos cuatro autores marcan una serie de atributos sobre la concepción de la filosofía moral en estos tiempos. Todas las corrientes que actualmente forman parte de la cultura de eticidad tienen como referencia obligada a alguno de los bloques que fundaron los pensadores en cuestión, desde el utilitarismo hasta las corrientes más importantes por lo que toca a la autonomía del sujeto. El punto central de la obra que ahora se comenta, consiste en un repaso de las proposiciones de los autores analizados, pero sobre todo, colocan el énfasis en la herencia que han aportado al debate contemporáneo sobre la ética. Ese examen no es puramente formal, sino que trasciende en el sentido académico, además de ser una exploración importante y que nos ubica en las condiciones actuales de nuestra forma de enfrentar los problemas éticos del mundo.

Creo que en el fondo del libro de John Rawls se encuentra el eterno problema que fue planteado desde la filosofía griega, y que consiste en determinar los límites de la razón en vista del sentido ético de la vida; no es suficiente un conocimiento pleno de teorías sobre ética, y sus conectores axiológicos, de los enunciados y pasajes de autores importantes, del estilo y la forma de expresar las ideas, sino fundamentalmente, de un compromiso pleno en los hechos y de la propia estructura del ser humano.

Bajo esta premisa, la filosofía kantiana tiene mucho que ofrecernos porque al final de cuentas, la razón solamente es su instrumento para encontrar el sentido pleno de nuestra dimensión ética. No podemos exigir ningún comportamiento moral, sin antes habernos preocupado por nuestra propia capacidad para entender y ejercitar la moralidad que

predicamos. En una sociedad tremendamente discursiva, apasionada por las palabras, incongruente entre hechos y enunciados, bien vale la pena leer el libro que ahora Rawls nos ofrece a efecto de entender mejor que la ética moderna está sostenida en una mezcla de corrientes y contra corrientes que postulan, en muchas ocasiones, paradojas que cada sujeto tiene que resolver en la medida de sus propias capacidades y fines; y que también, como consecuencia, constituye su propia responsabilidad, como resultado no puede atribuir culpa a nadie en absoluto. Si bien estamos destinados a ser libres, también nuestro destino nos lleva a entender nuestra propia dimensión de responsabilidad. Y que el mundo es parte de nuestra propia libertad y responsabilidad.

El segundo de los libros, también resulta de interés en el análisis de las instituciones políticas desde la perspectiva de la filosofía. A partir de su libro más importante referenciado en las primeras líneas de la presente reseña, son muchos los planteamientos, formulaciones, interpretaciones, adecuaciones, y también malas lecturas, de uno de los monumentos de la ciencia política de nuestros días. Quizá, como el propio el autor lo reconoce, uno de los puntos centrales en medio de toda la discusión de la *Teoría de la Justicia* se encuentre en la dimensión de la concepción de sociedad bien ordenada; para que pueda operar su tesis de justicia a partir de cierto grado de participación de las comunidades y de los ciudadanos interactuando en grados de interconexión, lo cual no va en las vías que han postulado otros autores, como el propio Habermas o Luhmann, en sus respectivos momentos, en el ámbito de lo puramente comunicativo o funcional, sino a partir de las ideas pragmáticas del mayor beneficio posible a los individuos en todos sus contextos, como lo postula la filosofía del utilitarismo, una de las vetas más importantes en el pensamiento del autor norteamericano.

Otro de los aportes importantes, en el nivel metodológico, se encuentra en las dimensiones epistémicas de la obra que va desde la limitación del objeto de estudio, y que constituyó una de las más feroces críticas en la década de los noventa, cuando los gnoseólogos enderezaron todas sus baterías contra el objeto de estudio de Rawls. Él mismo reconoce que la obra que ahora escribe, en medio de sus enfermedades, tiene como límite el análisis de la justicia política dejando de lado la justicia local. Incluso no resisto la tentación de la cita porque creo que es fundamental en la dimensión del libro que ahora reseñamos: “No concebimos la justicia como equidad como una doctrina moral comprensiva sino como una concepción política que se aplica a esa estructura de instituciones políticas y sociales”. Con esta afirmación salva muchas de las grandes diferencias y puntos de atención que tenía el autor mencionado con muchos de sus críticos y analistas.

Y bajo la anterior premisa aparece otro de los temas importantes al respecto, que es el relativo a la forma pragmática que debe adoptar toda teoría que se esboza como posible para una sociedad. De esta forma, parece dar sentido a la construcción teórica y a la vez otorgarle razón al propio Aristóteles en esas grandes diferencias entre tecné y doxa que tantas controversias ha adoptado en el llamado canon racional del mundo occidental. De esta forma, el punto central en la dimensión del que acabamos de anotar se encuentra en el problema de la obediencia a las normas con las que convive la sociedad bien ordenada. La diferencia entre una teoría ideal de la justicia y una que no la es se encuentra en la dimensión del concepto de obediencia y su aceptación como el valor central en todas las tesis donde aparezca el concepto de lo jurídico vinculado a lo político.

Adicionalmente a los planteamientos de carácter teórico, existe una propuesta bastante interesante en rededor de cuestiones profundamente pragmáticas en la aplicación

en el Estado moderno y su correlativa institucionalización. De esta manera, nos hallamos frente a planteamientos, si no novedosos, al menos más propositivos en el ámbito de la estructura de lo político. De esta forma aparecen instituciones que van desde la versión de la democracia constitucional hasta la puramente procedimental, pasando por el haz de derechos que son el fundamento en las relaciones de la llamada sociedad bien ordenada.

En este ámbito uno de los rasgos que llaman la atención y que constituye uno de los ejes de reflexión en las circunstancias actuales, es el relativo a la diferenciación entre las diversas concepciones de liberalismo, tanto el político como el comprensivo, que deviene en una diferenciación importante no solamente en la asunción de derechos, sino fundamentalmente en el posicionamiento de las obligaciones al interior del Estado, como podrían ser las obligaciones derivadas de un régimen impositivo de mayor justicia.

Por último, cabe destacar el sentido de la filosofía política en los tiempos que nos han correspondido, no solamente como espectadores complacientes, sino como actores que exigen más de su propia circunstancia. Así, para Rawls el papel de la disciplina antes mencionada tiene cuatro grandes roles. En primer lugar, el de dirimir los conflictos políticos, en segundo, de orientación, le sigue en tercer lugar, el que le corresponde en la reconciliación de los grandes intereses, y por último, la dimensión de las posibilidades de llevar a la práctica muchas de las ideas que nacen en las conciencias colectivas; cuestión ésta que se encuentra como la gran disyuntiva de los ciudadanos que participan en todos los espacios públicos.

Queda por último, reafirmar que para poder hablar en términos de política moderna y racional de los temas importantes de las agendas contemporáneas, la lectura de Rawls no solamente es importante, sino esencial, de lo contrario, estaremos siendo sordos a las voces reales y pertinentes de nuestra capacidad dialógica.

**ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et. al., *Derecho penal. Parte General*,
México, Porrúa, 2001, 1 017 pp.**

María del Pilar Espinosa Torres*

Ante el cúmulo de información actual sobre la materia de derecho penal, resulta imprescindible contar con una buena guía que nos oriente en corrientes, tendencias, autores, y nos permita clarificar y delimitar el panorama de esta área a principios del siglo XXI. La obra del Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni es el mejor modelo con el que podemos contar para esta tarea. Al ser un jurista argentino podríamos cuestionar la diferente fuente legislativa y sociedad en la que desarrolla sus teorías, no obstante, en estos días la problemática social y jurídica de nuestros países muestra gran semejanza. Cuando describe la situación imperante en Argentina, por supuesto en ciertos aspectos, podría pensarse que habla de México, por ello se convierte en un valioso paradigma.

El Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni es ampliamente conocido en México, habiendo permanecido en Jalapa, Veracruz, en el año de 1968. Académico siempre, miembro del Poder Judicial durante un gran tiempo, legislador, con una vasta obra publicada en diferentes países, viajero incansable y visitante de los más prestigiados centros de investigación jurídica; conjuga una impresionante capacidad de síntesis con una aguda crítica y autocrítica, siendo admirable el reconocimiento de planteamientos pasados cuando expresa “anteriormente sostuve... ahora me doy cuenta que estaba equivocado”. Actualmente, entre otros cargos, además de profesor titular y Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires, es Interventor del INADI (Instituto contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo). En este libro actualiza ahora su producción jurídico penal. En México se ha difundido su obra mayor, entre la cual anotamos: *Teoría del delito*, *Tratado de Derecho Penal (5 tomos)*, *Manual de derecho penal, parte general*, *En busca de las penas perdidas*, *Estructuras judiciales*, *Derecho Penal y Criminología*, así como artículos y conferencias en publicaciones nacionales.

Esta obra del Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, cuenta con la coautoría de dos maestros, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, y fue publicada inicialmente por la editorial Ediar, de Argentina, un año antes. Nos agrada ver la publicación nacional, ya que así es más accesible y será más conocido este tratado completo sobre el derecho penal moderno. Entiende por derecho penal el saber de los juristas sobre la interpretación de la legislación penal, abarcando en ésta a todas las normas que incluyen penas (no sólo las del Código penal). Encontramos también el concepto del poder punitivo como la función esencial del

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

Estado constitucional de derecho, afirmándose que el derecho penal debe ser el saber acotante del ejercicio de ese poder punitivo, ya que el Estado constitucional de derecho siempre está en tensión con el Estado de policía. Se dirige este libro preferentemente a los jueces, por considerar que es el Poder Judicial quien tiene a su cargo contener las pulsiones de los Estados de policía en todos los países. No obstante, los interesados en el derecho penal, no incluidos en ese grupo, nos beneficiamos también con el contenido, pudiendo seguir la línea de su pensamiento, expuesto sobre todo en el libro *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Argentina, Ediar, 1989.

Una apreciación general del libro, es la coherencia de los autores con la tendencia holística del derecho. El estudio de las leyes penales ya no puede limitarse al mero texto, siendo necesaria la interdisciplinariedad. Así, encontramos saberes tangentes y secantes provenientes de áreas *no jurídicas*, política, sociología, historia, criminología, filosofía, y *jurídicas*, derecho internacional, constitucional, de derechos humanos, administrativo, económico, procesal, ejecutivo.

La obra se estructura en tres partes: Teoría del derecho penal, Teoría del delito y Teoría de la responsabilidad punitiva. Contiene una exhaustiva y actualizada bibliografía. El tipo de letra es muy pequeño, y en algunos párrafos se achica aún más, así que las 1, 017 páginas serían el doble. Tal vez es este el único inconveniente que encuentro. Al inicio del libro aparecen las obras generales y antes de cada capítulo las correspondientes al aparato crítico específico. Realmente apabulla la información contenida, que nos lleva a través de la historia, la criminología, la sociología, la filosofía, entrelazado todo con el derecho penal, no tan sólo de un país, sino de todo el mundo occidental y globalizado. Se tocan problemáticas relevantes en nuestros días como la internacionalización de la justicia penal, la administrativización de las leyes penales, la tendencia recurrente de los países latinoamericanos hacia un Estado de policía.

Además de distinguir entre derecho penal y poder punitivo, entre Estado de derecho y derecho de policía, entre criminalización primaria y secundaria, destaca la importancia de la selectividad y vulnerabilidad, identificando la imagen bélica con la función política en la ley penal: “Guerra al delito”. Pide reflexionar sobre el poder de los juristas, sobre todo jueces, a quienes recomienda bajar la omnipotencia y narcisismo y aceptar que su poder es muy pequeño, que se limita a decidir en los pocos casos turnados por las agencias policíacas y ministeriales. Se trata también de fijar la atención en los datos sociales para hacer menor la brecha entre el deber ser y el ser.

Establece un concepto de pena negativo y agnóstico. Así, expone que la pena no tiene ni una función de prevención general ni una de prevención especial, siendo un ejercicio de poder que ocasiona dolor, y al igual que en el derecho humanitario, lo único posible es tratar de limitar el poder punitivo y bajar los límites de sufrimiento. Se retoma, como señalamos, la línea de trabajos anteriores, sobre todo *En busca de las penas perdidas*. En su *Tratado* y en su *Teoría del Delito* había sostenido una teoría de la prevención especial positiva, misma que ahora abandona, por ser insostenible ante los datos sociales que demuestran el fracaso de esa función. Debido a que las teorías sobre la pena, se siguen adoptando por la doctrina y por la legislación, expone y rebate las cuatro teorías sobre la función de la pena predominantes en materia penal: las preventivas generales, positiva y negativa y las preventivas especiales, positiva y negativa. Encontramos al respecto que otros autores contemporáneos como Luigi Ferrajoli sostienen la teoría de la prevención

general positiva, al igual que Jünter Jakobs, o sea que atribuyen una función positiva, no negativa a la pena.

Zaffaroni y coautores argumentan la imposibilidad de legitimar el poder punitivo, pudiendo sólo legitimar el poco poder de los jueces al decidir los casos que lleguen a sus manos. Habría una similitud con el derecho humanitario, no justifica la guerra, sólo intenta reducir las consecuencias de la misma.

Encontramos también en la primera parte un capítulo sobre los límites al poder punitivo, o principios de derecho penal, mismos que pueden contrastarse con lo expuesto por Luigi Ferrajoli (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Edit. Trotta, 1989), en donde explica los conceptos de derecho penal garantista, derecho penal mínimo, derecho de policía. Este autor ofrece un modelo axiológico penal y procesal, mismo que sería el modelo ideal para comparar los sistemas jurídicos particulares y detectar los rasgos que permiten catalogarlos como Estados de derecho garantista o Estados de policía. Al igual que Zaffaroni, da énfasis al Estado constitucional de derecho, sin embargo adopta, como ya mencionamos, una posición diferente respecto de la pena, a la que atribuye una función de prevención general positiva. La prevención del delito indicaría el límite mínimo, la prevención de reacciones desproporcionadas sería el límite máximo. La pena, para él, debe servir para limitar la venganza. Zaffaroni alude a la obra de Ferrajoli, reconociéndole grandes méritos, pero ubicándolo dentro de una corriente optimista y legitimante del poder punitivo, cuando este último autor reconoce que el derecho penal debería ser la ley del más débil y estar del lado de la víctima del delito en un primer momento y del acusado durante el proceso. La realidad, expone Zaffaroni, es que predomina la ley del más fuerte.

En el capítulo IX del libro de Zaffaroni, Alagia y Slokar, encontramos valiosos aportes para entender la orientación del derecho penal de nuestros días. En las últimas décadas proliferó en la literatura jurídica penal publicada en México, el enfoque criminológico y de política criminal (Por ejemplo en *Criminalia*). Recientemente se da una tendencia predominante hacia la filosofía política y a la teoría del derecho. Encontramos variedad de términos no tan claros para la formación tradicional del jurista: “Funcionalismo sistémico, modernidad y posmodernidad, criminología liberal, criminología crítica, nueva derecha norteamericana, seguridad urbana”. Autores de filosofía política, a los cuales se hace constante mención: Niklas Luhmann, Habermas, Rawls, Dworkin. En esta parte se presenta una sistematización y cronología de corrientes y autores. Ante ese panorama, se retoma y replantea lo ya expuesto en obras anteriores respecto a la necesidad de una fundamentación antropológica del derecho penal o sea el reconocimiento de la dignidad humana y de la persona como centro.

En la segunda parte, relativa a la Teoría del delito destacamos el planteamiento sobre la culpabilidad, basada en el libre albedrío, reproche al autor y reconocimiento de la vulnerabilidad. Este último aspecto permitirá reducir o no la culpabilidad del sujeto. Se habla de un traslado de la responsabilidad; quien cargará con la misma es la agencia judicial al decidir sobre cada caso.

En entrevistas (Internet, Carlos Parma, Luciano Hazan, Matias Bailone, 2001). Zaffaroni ha opinado sobre la tendencia a agravar la pena de los delitos, manifestando al respecto que es la revelación de la incapacidad de los políticos para decidir nada y la respuesta ante los medios de comunicación, los cuales quieren clientes, quieren ratings. Los políticos quieren cinco minutos de publicidad televisiva o en periódicos y lo logran

proponiendo reformas para agravar penas. Y advierte: “Cuidado con las encuestas y con nuestros políticos que deciden a base de encuestas. Tenemos empresas de publicidad, no partidos políticos. El político ya no debate, pregunta qué quiere la mayoría y decide actuar frente a las cámaras de televisión o los reporteros”, y continúa: “Como el Estado Nacional no puede resolver los problemas toma decisiones para aparentar el poder que no tiene y esas decisiones son las leyes penales. Y es un fenómeno mundial, más allá de los personajes folklóricos”. Esto es lo que se conoce como derecho penal simbólico. Alude a la tendencia de Argentina de copiar el discurso demagógico vindicativo del sistema penal de Estados Unidos, que es el peor. Y advierte: “Nos enfrentamos a una política demagógica y suicida que le cede su poder a las corporaciones policiales, que a su vez le ponen condiciones a la clase política. Y se terminan pudriendo ambos con la corrupción, que no hay forma de detenerla cuando se permite el avance”. ¿No parece estar hablando de México?. El programa “Cero tolerancia”, próximo a implantarse en el Distrito Federal, y el aumento de las penas en nuestras legislaciones federales y estatales parecen contestar que sí. Es necesario leer este libro y contrastar nuestro sistema penal y nuestra realidad. Una advertencia, no es fácil de leer, sobre todo en algunas partes. Como se indica en el prólogo, se dirige a conocedores de la materia, pero excede “el saber penal” y nos lleva por la historia, la filosofía, la criminología, las ciencias sociales. Tal parece que tendremos que regresar al enciclopedismo. Aquí nos facilitan la recopilación de información y la sistematización y nos ofrecen una interpretación de las teorías y de los datos sociales polémica y críticamente. El nombre del autor principal es garantía de calidad. Al igual que sus anteriores libros impresiona positivamente, impacta conocimientos reconocidos como verdaderos, admira y sorprende por la amplitud de fuentes compiladas y el manejo de las mismas y deja estupefacto por las propuestas novedosas e innovadoras. Desearía que muchos leyeran y estudiaran este libro para aprovechar todos los aportes que ofrece. Sobre todo, los jueces, destinatarios selectos de los autores.

¿Aún hay esperanza?

Rebeca Elizabeth Contreras López*

FUKUYAMA, Francis, *La gran ruptura*, tr. Dorotea Pläcking, Atlántida, Madrid, 1999**

En este libro Francis Fukuyama realiza un estudio crítico de la evolución de los Estados industrializados, especialmente Estados Unidos y Gran Bretaña, que sustenta en un análisis histórico y datos estadísticos. Uno de los aspectos relevantes de la obra es su narrativa anecdótica que nos acerca a situaciones cotidianas.

Fukuyama sostiene que entre 1960 y 1990 se produjeron cambios notables en la mayor parte del mundo industrializado, con un serio deterioro de las condiciones sociales. Lo que denomina: *la gran ruptura*, respecto de los valores sociales que habían predominado en la sociedad industrial de mediados del siglo XX. Observa estos cambios en situaciones como la delincuencia y el desorden social. Afirma: “La delincuencia y los desórdenes sociales comenzaron a crecer en tal forma, que las grandes ciudades de los países más ricos del mundo se convirtieron en sitios prácticamente inhabitables”.

Sostiene que la ruptura del orden social se agudiza a través del progreso tecnológico. Parecería que la soledad del hombre moderno aumenta los vacíos y el desengranaje sociocultural. Sin embargo, su hipótesis es que actualmente este problema está decreciendo, que cada cierto tiempo se producen grandes rupturas de los órdenes sociales y que, de alguna manera, ese orden se reconstituye. Esa es una de sus búsquedas, tratar de entender cómo se logra esa reestructuración del orden social.

Afirma que a fines del siglo XVIII y hasta mediados del siglo XIX se vivió un marcado incremento de la decadencia moral en Estados Unidos y Gran Bretaña, las tasas de delincuencia aumentaron, la agresividad y el desorden social eran evidentes; sin embargo, este problema que se había vuelto endémico está decreciendo. Aunque parecería que el capital social se encuentra en constante agotamiento, sus reservas también aumentan en ciertos períodos históricos.

El científico político Ted Robert Gurr estima que en Inglaterra, las tasas de homicidio fueron más altas en el siglo XIII que en el siglo XVII, tres veces más altas en el siglo XVII que en el XIX y, en Londres, a principios del siglo XIX, dos veces más altas que en la década de 1970. Tanto los conservadores que denuncian la decadencia moral, como los liberales que celebran el incremento de las

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana y miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

** Todas las citas son tomadas de esta obra, sólo se consigna la página.

opciones individuales, suelen hablar como si hubiese habido un proceso ininterrumpido de alejamiento de los valores puritanos, desde principios del siglo XVII hasta el presente (p.340).

Sin embargo, Fukuyama observa que pese al incremento del individualismo, las sociedades han sido capaces de incrementar el grado de restricción a las opciones personales, a través de normas morales. Lo que habría que preguntarnos es si esos datos sobre homicidio, por ejemplo, nos pueden conducir a esta conclusión, ya que son varios los aspectos que debemos reflexionar: primero, la criminalidad desde el siglo XIII hasta la fecha ha cambiado sustancialmente en cuanto a sus diferentes modalidades y circunstancias, ya no podemos suponer que el homicidio sea representativo de toda la criminalidad, ahora hay más delitos patrimoniales e internacionales, por ejemplo, que antes no se conocían. Segundo, las estadísticas criminales han aparecido y cada vez son más eficientes y sofisticadas, en el siglo XIII y algunos más no existían registros confiables de criminalidad. Tercero, hay que considerar el intercambio instantáneo de comunicación que se vive en la actualidad, ello me sugiere que un homicidio en Londres, aunque no sea parte de las estadísticas de otro país, impacta igualmente al resto del mundo. Cuarto, los niveles de cifra negra e impunidad de la delincuencia tendrían que considerarse en cada momento histórico. Fukuyama utiliza otros indicativos y no sólo el de la criminalidad, por ello es un libro que debe leerse.

Al preguntarse de dónde vienen las normas, señala que evidentemente muchas de ellas se generan en forma jerárquica, formal, de arriba hacia abajo; pero que también existen las que se generan espontáneamente por la interacción informal de los individuos. Para ejemplificar este fenómeno narra lo que sucede en Washington con los *slugs*; que se originaron cuando en 1973 el gobierno declaró a los carriles de la izquierda de la autopista interestatal 95 como carriles de alta ocupación, lo que significa que para utilizarlos cada vehículo debe llevar por lo menos tres pasajeros. Al utilizar este carril, los habitantes de los suburbios se ahorran por lo menos 40 minutos de viaje. Desde entonces:

... durante las horas pico del tránsito matutino, se forma una compacta fila de personas. Un automóvil se detiene en la esquina y dos o tres personas de la fila –a ninguno de los cuales el conductor conoce– ascienden al vehículo para dirigirse, rumbo al norte, hacia el centro de Washington. Por las tardes, el mismo ritual se produce a la inversa: automóviles cargados de personas desconocidas entre sí, regresan del centro de Washington y dejan a sus pasajeros en esa misma esquina, los cuales suben a sus propios vehículos y vuelven a sus casas (p. 193).

Lo interesante de este fenómeno es que no existe desconfianza entre ellos, se autodefinen como tranquilos burócratas a los que no hay que temer, y efectivamente, los índices delictivos son mínimos; por otra parte, aunque son desconocidos jamás se dejan solos en las esquinas. Es decir, existen reglas no escritas que todos cumplen sin problema y sin intervención gubernamental.

A partir de aquí, Fukuyama presenta un gráfico del universo de las normas que resulta en cuatro cuadrantes. Así, existen normas generadas jerárquicamente hasta llegar a las generadas espontáneamente y a este continuo (que va de izquierda a derecha) se superpone otro de arriba hacia abajo, que se refiere a las normas que son producto de la elección racional hasta llegar a las heredadas socialmente y, en su origen, no racionales. Y hace la aclaración, muy pertinente, de que “racional” se refiere

“sólo al hecho de que se debaten y comparan conscientemente y por anticipado normas alternativas” (p.198).

Es importante considerar que no es posible que una persona adopte normas racionales en todos los momentos de su vida, ya que existen momentos o situaciones en que ello no es posible. A partir de esto son muchas las explicaciones que se sugieren respecto a cómo incorporamos las normas a nuestra vida cotidiana. Algunos afirman que nacemos altamente socializados y con el afán de cooperar unos con otros; hay quienes dicen que llegamos al mundo como individuos aislados con preferencias y deseos egoístas y que si cooperamos con otros es porque ello resulta acorde a nuestros intereses.

Ahora bien, ello no impide considerar que podemos encontrar los diferentes tipos de normas que advierte Fukuyama:

... las normas relacionadas con el *slugging* (...) corresponden al cuadrante racional, de generación espontánea. Las normas evolucionan en forma descentralizada pero lo hacen, probablemente, al cabo de un cierto tiempo de discusión y un proceso de prueba y error por parte de los participantes. La ley formal, sea la promulgada por dictaduras o por las democracias, corresponde al cuadrante racional jerárquico, al igual que la redacción de una constitución, la ingeniería social y todos los demás esfuerzos emprendidos desde lo alto del poder para guiar a las comunidades. Por otra parte, el derecho consuetudinario (tácito) es generado como las normas de los *slugs*, en forma espontánea y racional. La religión revelada en forma organizada, proviene por lo general de una fuente jerárquica –de hecho, de la autoridad jerárquica máxima: Dios–, y las normas que dicta la misma no se adoptan a través de un debate racional (p. 204).

En las reflexiones del autor respecto a cuál será el camino que en el futuro seguirá el orden social; encontramos dos temas diferentes: por un lado, cómo se crean las normas y, por otro, cómo evolucionan las normas una vez creadas. Dos situaciones que tienen respuesta desde las diferentes disciplinas científicas de formas variadas. Un enfoque interesante para la ciencia jurídica es establecer si las leyes formales ¿codifican prácticas sociales existentes o determinan un rol que modela la moralidad? Me parece que esto hay que responderlo en un contexto histórico y social específico, seleccionando normas diversas, ya que no se puede englobar a todas en un único análisis.

Otro de los aspectos que llaman mi atención es la referencia a lo que Garrett Hardin denominaba la *tragedia de los bienes comunitarios*, en donde encontramos recursos comunes que pueden ser disfrutados por un grupo de personas, no importa cuál hubiera sido el esfuerzo individual invertido para crearlos o mantenerlos; algunos cooperan y contribuyen a mantenerlos, otros, simplemente parasitan y se aprovechan de ellos. Estos últimos son tema de interés para sociólogos y economistas, ya que lo consideran un elemento clave para resolver el problema de los orígenes de la cooperación humana.

En el libro se plantean diversas interrogantes, que el autor responde desde su propia perspectiva, pero que resultan campo fecundo para muchas reflexiones. Así, al plantear qué viene después, nos dice:

¿Estamos condenados a caer a niveles de desorden social y moral cada vez mayores, o hay motivos para esperar que la ruptura sea sólo una condición temporaria y que los Estados Unidos y otras sociedades que la han vivido se

recuperarán y volverán a establecer nuevas normas? Y en el caso de que estas nuevas normas se establezcan, ¿qué forma adoptarán? ¿Sucederá en forma espontánea o necesitará de la intervención gubernamental mediante políticas públicas? ¿O tendremos que esperar que algún tipo de renacimiento religioso imprevisible y, muy probablemente, incontrolable restaure los valores sociales? (p.339).

Como ya se dijo, para Fukuyama esa gran ruptura no es el final, sino parte de un proceso que, en algún momento, empieza a revertirse. Buena parte del libro, la dedica a justificar esta hipótesis que apuesta por la renovación moral de las sociedades. Afirma, asimismo que el orden social no se reconstituirá únicamente con la interacción descentralizada de individuos y comunidades, también se requiere la intervención de políticas públicas para crear un orden social. En este sentido, destacan dos aspectos trascendentes: seguridad y educación. En el libro se anota un dato interesante, en Nueva York la "... disposición de políticos como el alcalde (...) Rudolph Giuliani, de recuperar las áreas urbanas para la clase media en lugar de encauzar sus esfuerzos en hacer cada vez más sitio para los miembros marginales de la sociedad echó los cimientos de una reconstrucción del capital social" (p.353). Y es interesante porque esa numerosa clase media, en muchos lugares resulta ignorada, es la que trabaja y, en términos generales, "no da problemas" pero también resulta la más desprotegida. Me parece que aquí hay una clave para empezar a trabajar en este problema.

La religión y la política parecen ser los dos grandes bastiones para lograr una reconstrucción; la primera, tornándose más flexible y descentralizada como un proceso de enseñanza de valores a las futuras generaciones. La segunda, con principios éticos universales apoyados en el reconocimiento a la dignidad humana y el respeto a la diferencia. Hay dos problemas que ahora nos aquejan sin parar: la defensa casi fundamentalista del multiculturalismo, que no se limita a la tolerancia de la diversidad cultural, sino a la exaltación de minorías étnicas y religiosas; y, el cambio tecnológico incesante que a cada momento, cambia el orden y la estructura social. Sin duda, estos dos aspectos explican muchos de los fenómenos que son analizados en esta obra.

Con evidente optimismo, Fukuyama afirma, "Nuestra esperanza se cifra en la gran capacidad de la naturaleza humana para reconstruir el orden social" (p.363). Y por eso en el título me pregunto si aún hay esperanza, la respuesta es que sí. Siempre hay esperanza, sólo que entre más tardemos en ocupar nuestro lugar más lejano será el orden que estamos buscando.

Diversa o la oportunidad de la inclusión

Ana Gamboa de Trejo^{*}

IEV, *Diversa, Revista de Cultura Democrática*, Edit. Instituto Electoral Veracruzano, No. 4, Diciembre 2001, pp.134

Habrá que reconocer en la *Revista Diversa* su singularidad. Su contenido es congruente con su nombre, en ella uno encuentra una variedad de artículos que la hacen de todas formas interesante.

En este número podemos enterarnos desde la “Propuesta del presupuesto para el año 2002, presentado por la Junta General Ejecutiva al Consejo General del Instituto Electoral Veracruzano”, hasta los comentarios de Raciél Martínez sobre la película “Amores perros”, de la que hace una fiel reseña del film, calificado por el propio Raciél, como “una obra conceptual muy de nuevo siglo”.

Escriben: Dulce María Cinta, sobre “Democracia y partidos políticos” y Cirila Berger Martínez, quien nos ofrece: “El voto electrónico: ¿Una posibilidad?”.

En la quinta sección denominada Pre-texta, Humberto Frutis Monte de Oca nos da su visión acerca de “Los sistemas electorales contemporáneos”, también aquí encontramos lo que Joseph María Reniu nos muestra sobre la “Toma de decisiones en los partidos políticos”.

El **Dossier**, que es el cuarto apartado, contiene cinco trabajos que justifican la dedicatoria que tiene este número, que es precisamente la cuestión indígena. En esta parte, el lector podrá enterarse de algunos aspectos de un sector de la sociedad, que hoy ha despertado curiosidad y comentarios.

Los temas sobre la cultura indígena, son variados, aquí encontramos el artículo denominado: “Teología de la liberación”, escrito por J. Martín Iñiguez Ramos; quien entra en el tema haciendo alusión al movimiento indigenista propiciado por el EZLN, su escrito, nos ubica en el tiempo, dice que: “El 1 de enero de 1994 el movimiento zapatista despertó la conciencia nacional e internacional sobre el neoliberalismo y rompió con los viejos esquemas guerrilleros que aparecieron en México y América Latina en la década de los sesenta y setenta, y que en los ochenta fueron casi extinguidos por la llamada Guerra de Baja Intensidad”. Martín Iñiguez afirma que el movimiento zapatista chiapaneco se valió para llevar a cabo su lucha, utilizando dos armas: los medios de comunicación y los

^{*} Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

espacios cibernéticos. Estas fueron sus dos armas. No hubo más que eso. Era una nueva forma de combatir al enemigo que era sólo uno: la diferencia de clases.

Para alcanzar la conciencia de muchos, el EZLN, imprimió en su combate la filosofía de la Teología de la Liberación. ¿Pero en qué consiste? La explicación que se ofrece al respecto es la siguiente: “surge en la década de los sesenta, pero no aparece en el terreno eclesial, sino dentro del mundo secular. La escasez de seminaristas a finales de esta década, obligaron a que el pueblo, sobre todo el más pobre y marginado, indígena y rural, empezara a organizarse en círculos bíblicos para no perder su fe”. Se interpretaba la Biblia, ello dio como resultado la búsqueda de alternativas al cambio social, la lucha en contra del opresor y de lo injusto. Surgía la lucha por la igualdad. Estas primeras Comunidades Eclesiales de Base, más tarde cambiarían su nombre por Teología de la Liberación o Nueva Iglesia como Pueblos de Dios con preferencia por los pobres, que se materializa en Medellín, Colombia, y Puebla, México, a finales de la década de los sesenta. Quien verdaderamente la bautiza como Teología de la Liberación es el teólogo peruano, Gustavo Gutiérrez, quien escribe un libro con ese nombre en 1971 y dice que sólo narra en él lo que está pasando.

Aunque sabemos que pobres no sólo son los indígenas, sí son los que en la suma se encuentran dentro de esta categoría, y la idea fue y es cambiarles su destino.

Las diferencias sociales cuando se hacen evidentes dentro de cualquier gobierno, señalan desigualdades, y por consecuencia los errores administrativos. De tal manera que este movimiento no quedaría ahí, se hacía necesario desintegrarlo. Primero surge la Guerra de Baja Intensidad en Centroamérica, y después a través del Documento de Santa Fe, aparece el Instituto para la Religión y la Democracia en Washington, cuya premisa principal era: divide y vencerás. Con esta idea surgen otros movimientos religiosos cuyos objetivos eran fraccionar a los otros creados por la filosofía de la Teología de la liberación.

La realidad de los indígenas del sureste mexicano está contenida en este artículo. En él se narra con apego a las estadísticas cómo viven los indígenas de Chiapas, el por qué de su lucha de sobrevivencia y cuál fue su estrategia militar-informativa, que en cuatro puntos Ñiguez sintetiza, y destaca la figura de su principal líder, el subcomandante Marcos.

A raíz del movimiento zapatista, el tema de los indígenas se convierte para muchos en materia obligada, y por supuesto, esto tiene que ver con el Poder Legislativo, quien será quien tenga que ocuparse de emitir disposiciones jurídicas que normen la vida del país, que a partir del 1 de enero de 1994, fecha en que se hace pública la Primera Declaración de la Selva Lacandona, y con la que se inicia la guerra en contra del gobierno de Carlos Salinas. Habrá que legislar y devolver la paz al país.

Siguiendo el curso de la información de *Diversa*, la cual con buen cuidado de no variar en su temática nos permite informarnos sobre: “Derechos y cultura indígena: la historia continúa”, artículo escrito por Marcelo Ramírez, quien aborda la situación y por que no, la preocupación por compulsar el estado en el que se encuentran, por un lado los indígenas y por otro el derecho y el quehacer legislativo.

A partir de este panorama de violencia que se suscitó con el reclamo de la población indígena chiapaneca, en 1999 se reforma la Constitución en su apartado sobre derechos y cultura indígena. A esto, tal vez habrá que agregar que éste levantamiento en contra del gobierno, está integrado por indígenas que bien puede llamárseles representantes de otros tantos, que están ubicados en los Estados de Yucatán, Puebla, Guerrero, Oaxaca y Veracruz; quienes comparten situaciones similares con los de Chiapas, son también hombres, mujeres y niños que viven en condiciones de pobreza y reclaman justicia. Para ilustrar lo anterior, se ofrecen cifras que dan cuenta de ello.

Estoy segura que no hubo entre Marcelo Ramírez y Salvador Martínez ningún acuerdo para escribir sobre el tema. Sin embargo, los dos trabajos se complementan y la lógica nos lleva a entender la razón de esta afirmación: El primero es legislador y el segundo es jurista.

Es a partir de una pregunta que Salvador Martínez y Martínez desarrolla su trabajo: ¿Qué es el derecho? Este problema del conocimiento nos permite entender el título del mismo: “Indigenismo y Autonomía: una revisión jurídica”.

La respuesta que nos da al cuestionamiento, nos lleva a entender que derecho es sinónimo de orden. Y dice: “El núcleo de todo el asunto se manifiesta en una alternativa: o existe un ‘orden’ que el ser humano debe descubrir, determinar y renovar; o no existe tal ‘orden’, existe el caos y, entonces, el ser humano debe poner orden”.

A quién corresponde delimitar ese orden, si derecho es sinónimo de orden; obligadamente tendrá que ser quien o quienes se encargan de crearlo, quienes han logrado captar en su más pura esencia los problemas de la sociedad, quienes fenomenológicamente tendrán la capacidad de atraerse estos problemas y traducirlos en soluciones, en normas y luego en políticas, para después, más tarde, programarlos y lograr desarrollar una cultura en los gobernados. Salvador, sintetiza este quehacer: “se ha de vivir la profesión –refiriéndose al estudioso del derecho– buscando en los hechos la huella de ese orden. Descubrir, determinar y renovar el Derecho se vuelve la esencia de una vida profesional”.

Se explora el problema indígena en un lapso que va de 1917 a 2001, sin perder la dirección jurídica. Comienza esta indagación con algo que para todos pudiera ser cotidiano, pero que a su vez tiene que ser un reproche: la diferencia entre “ellos” –los indígenas– y nosotros, los ciudadanos, los criollos, los ricos, los letrados, ¿los qué?. En la escala sociocultural ¿quién se encargó de colocarlos hasta el final?. Todas estas interrogantes son esclarecidas por el autor, con ese detalle y puntualidad que le es característico. Apoya su discurso en uno de los estudiosos más importantes: Leopoldo Zea. Ambos dilucidan en torno al *jus* y al *tawilate**, esto es claro cuando Zea, dice: “Se trata de que los indígenas no dejen de ser indígenas con derechos distintos de los que son exclusivos de sus expoliadores”; y Salvador, asienta: “Poniendo aparte las expresiones retóricas, esta adaptación de la ‘teoría de los dos órdenes’ a la definición del problema es un burdo intento para sujetar las costumbres jurídicas indígenas a un criterio supuestamente superior que se pretende sea el del legislador nacional o internacional”.

Mas adelante, Martínez y Martínez explica el concepto de autodeterminación o libre determinación, afirmando que “aun cuando no es un error, parece que no tiene caso buscar un fundamento jurídico para el derecho de los pueblos indígenas, especialmente para el derecho de autodeterminación, en normas escritas de índole nacional o internacional. Y no tiene caso porque el fundamento jurídico se encuentra en la costumbre jurídica”. Explica además, la no contradicción en el ejercicio del derecho colectivo y los derechos individuales, y agrega: “Ejercer sus derechos individuales, pero en el marco de su propia cultura, es el reclamo de los pueblos indígenas de México”.

Se definen conceptos como “orden jurídico” y “ordenamiento jurídico” y se llega a tres conclusiones: “I. Que los sucesos de Chiapas han establecido una situación que afecta las relaciones jurídicas entre los estados, II. Que dentro del sistema jurídico mexicano, se distinguen diversos ordenamientos jurídicos y no exclusivamente los de las comunidades

* *Tawilate*, palabra totonaca que quiere decir costumbre. Victoria Chenaut, “Etnohistoria y Antropología Jurídica: Reflexiones Metodológicas”, p.3.

indígenas, y III. No existe un ‘derecho nacional’ y un ‘derecho indígena’, la verdad es que dentro del derecho nacional se debe reconocer y amparar los derechos indígenas, como se ha comenzado a hacer dentro del artículo segundo constitucional”.

Continuamos la lectura del **Dossier** y nos damos cuenta que Jaime Martínez Veloz, centra su atención en describir los hechos de la guerra del EZLN contra el gobierno y la personalidad de Marcos, en su artículo “Zapatismo, Congreso y nueva realidad mundial”. Escribe sobre la importancia que tiene el Manifiesto de San Lázaro, la reforma de la reforma constitucional como él la llama, la ingerencia dentro de la política mundial que tiene este movimiento y los efectos económicos que ha despertado, así como el destape de la existencia de otras culturas, la diversidad étnica y la diferencia de creencias y religiones. Pero también recalca, como los anteriores articulistas, que a raíz de este movimiento sale a la luz una realidad que por décadas había estado oculta o semioculta: En México existen más de 40 millones de pobres y la mayoría son indígenas. Al revelar esta situación, Martínez Veloz acude a las afirmaciones de connotados intelectuales quienes comparten emotivamente esta lucha; por ejemplo, anota las expresiones de José Saramago, quien dice: el zapatismo “No es un final, es un principio”, y de Noam Chomsky, quien afirmara: el zapatismo “Podría cambiar el curso de la historia contemporánea”. Pero donde se detiene y cobra fuerza, es en descifrar la personalidad de Marcos: El subcomandante, el guía de este movimiento. Analiza la palabra leída e improvisada de su discurso, aquél que encanta y que mueve a la reflexión, el que va de lo formal a lo informal, el que aglutina simpatizantes, el hombre al que siguen como si se tratara de un personaje a quien hay que aprovechar, ver y oír, porque tal vez en muchos años no surja otro igual de carismático, con la parsimonia de un sacerdote y con la gracia de un histrión.

Asimismo, Martínez Veloz da cuenta de manera puntual de la marcha hacia la Ciudad de México emprendida a través de varios estados de la República por los zapatistas, para arribar a su principal destino: El Congreso de la Unión. Ahí, donde el Poder Legislativo, para quienes estudiamos el derecho, representa el principal intérprete de las demandas del pueblo y cuya misión es la de transformar los reclamos sociales en ordenamientos no en ordenes, con la finalidad de garantizar la convivencia y la seguridad. Ahí, en donde este Poder no debe convertirse, como atinadamente lo afirma el autor de este apartado “en un libro de actas sino en un instrumento que responde a la realidad viva de un pueblo”. Ese era el punto trazado en el mapa por la Dignidad Indígena. Era el lugar clave en donde se desataría el juego inteligente entre el EZLN y los legisladores; era una lucha más, estratégicamente instrumentada, y en donde aflorarían el conocimiento y manejo de la teoría del derecho constitucional. Era la oportunidad de demostrar la consistencia intelectual de quienes marcharon hacia él. El Congreso era el “teatro completo de los hechos”.

Cuando leí este artículo, por un momento me dio la impresión que Jaime Martínez Veloz era el ojo de la cámara, porque no se le escapó ningún detalle de lo sucedido. Para quienes seguimos este histórico acontecimiento del arribo de los zapatistas al Congreso, que a la fecha, a muchos ya se les habrán borrado las imágenes televisadas y los diarios habrán sido arrumbados en algún rincón. Pero este artículo, que hoy tenemos la oportunidad de leer sobre aquellos acontecimientos, hace que estén presentes una vez más en nuestra memoria, para ser resguardados como corresponde a cualquier **Dossier** que puede ser consultado en otra ocasión.

El último artículo que complementa el *Dossier* está escrito por José Gasca Zamora, y lo titula: “Plan Puebla-Panamá: ¿Una oportunidad de desarrollo para las regiones marginadas?”.

Al leerlo, surge otra interrogante: ¿Hay desconfianza en este proyecto? Tal vez. Porque de primera mano su autor habla una vez más de desigualdades y se lamenta de la escasa o nula resolución que se le ha dado, incluso dice que “éstas se han profundizado a lo largo del tiempo, lo cual provoca el surgimiento de regiones de alta marginación y pobreza...”. El artículo nos lleva al conocimiento de otra realidad: la de la penetración norteamericana. Pero también revela que en “el mapa de la marginación se muestran 8 estados de la República Mexicana enclavados en el sur-sureste, ellos son: Campeche, Chiapas, Guerrero, Oaxaca, Puebla, Tabasco, Veracruz y Yucatán”. Este estado de cosas pretende resolverse con el Plan Puebla-Panamá, y propone: “La planeación regional y las políticas de corte regional, cuando se llevan a cabo correctamente, pueden resultar instrumentos valiosos para promover procesos de integración territorial, corrección de desigualdades entre distintas entidades territoriales y promoción del desarrollo con un sentido socioespacial”.

La reseña de los proyectos de reactivación económica que se han puesto en marcha desde la década de los cuarenta a los ochenta, se explican en el escrito haciendo gala de información; se detallan los programas federales de tipo social, y algunos de interés regional como el denominado: Programa Nacional de Atención a Regiones Prioritarias, por estar considerado Veracruz como un Estado marginado económicamente hablando. Habrá que leer el artículo, para conocer cuántos programas se han puesto en marcha, y cuántos sólo se han quedado en funciones declarativas. Pero es de todas formas interesante enterarse de los porcentajes que arrojan estos estados marginados, en cuanto a desnutrición infantil, servicios, ingresos, mortalidad infantil, etc.

¿Pero qué es lo que se pretende con poner en marcha el Plan Puebla-Panamá?. La exposición es convincente, aun cuando ante el permanente desfase entre la palabra y el hecho queda un halo de desconfianza. La respuesta es como sigue: “Por una parte, resolver el problema del atraso y la marginación secular del sur y sureste del país y, por otra, la apertura de nuevos espacios de inversión aprovechando la ventaja innegable de la riqueza que proveen los recursos naturales y escénicos [...] La base inicial de dicho proyecto se centra en la creación, reactivación o modernización de nuevas infraestructuras para el transporte (carreteras, ferrocarriles, puertos y aeropuertos)”.

Me da la impresión por lo que leí, que este Plan estuvo pensado en un escritorio y no tuvo oportunidad de asomarse al campo de la verdad. El sur-sureste alberga 36 millones de habitantes y el 74% de indígenas del país. Gasca dice con suficiente razón: “se corre el riesgo con este plan no de una permanencia de marginalidad de la población indígena, sino aun de un proceso acelerado de descomposición y desintegración de las comunidades”.

Ante esta certidumbre se presentan algunos problemas a los que igual, se ofrecen soluciones. De esto se encarga el propio autor del artículo. Habla de la autogestión de las comunidades, de su coparticipación para convertirse en cobeneficiarias.

La riqueza natural de esta región implica la explotación, experimentación y articulación de políticas tendientes a incrementar la producción, pero también a cuidar la biodiversidad “es una región estratégica no sólo para el país sino para otros países a quienes México abastece, tales como Estados Unidos y los de Centroamérica”.

En una de sus conclusiones, nos deja con una profunda preocupación –tal vez ese es su objetivo–, dice: “la región que hoy integra el Plan Puebla-Panamá conformará un

entramado complejo de intereses, que lo mismo se expresarán en formas de reactivación para la zona, que desembocarán en situaciones de tensión derivadas de proyectos y racionalidades contrapuestas”. La moneda está en el aire, habrá que esperar.

Diversa, se ilustra en esta cuarta ocasión con fotos que mueven a despertar sentimientos que se graban por una vez y para siempre. Muestra la fuerza de los años vividos y la alegría de los años por vivir, como es el caso de la portada y la contraportada. Al observar en la foto los ojos de Marcos, de quienes muchas hemos hablado, pero de quienes pocas se han ocupado, es de ver en las fotografías la fuerza que denotan sus manos. Miré en las fotos también la fortaleza de las mujeres indígenas, pero al mismo tiempo admiré su belleza, pude captar la incertidumbre en la actitud de los niños, pero igual, su placidez después de ser amamantados, vi la mirada sin respuesta de los hombres-indígenas y admiré su presencia en la gran tribuna del Congreso del indígena-hombre. Y pude ver más, mucho más..., la pobreza inocultable de estos hombres y mujeres que gracias al lente de Sergio Maldonado se hizo presente en *Diversa*, en contraste con otros lentes que no revelan estas verdades.