

Letras Jurídicas

Volumen 8

Julio - Diciembre 2003

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

Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva.*

Ángela Figueruelo Burrieza**

I

Permítanme que comience mi intervención aludiendo al conocido ensayo de ORTEGA y GASSET “Esquema de la crisis” para señalar que las reflexiones sobre los conceptos básicos y los elementos fundamentales de la Teoría del Estado no pueden prescindir del contexto de crisis histórica que por distintas razones nos ha tocado vivir. En tiempos de crisis, decía ORTEGA, lo que nos pasa es, precisamente, que no sabemos qué es lo que nos pasa. Es, pues, evidente que la primera condición para poder salir de la crisis es tomar conciencia de ella, de su realidad y de su alcance, evitando realizar diagnósticos simplificadores de una realidad compleja que lo único que hacen es impedir análisis esclarecedores.

Por ello, si consultamos el “Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española” encontramos entre otros significados, que por el término CRISIS se entiende: “juicio que se hace de una cosa después de haberla examinado cuidadosamente”. Y, esto es lo que vamos a hacer: tomaremos el texto de la Constitución Española de 1978, porque es el referente más próximo a quién les habla, analizaremos su articulado, tratando de ver donde aparece reconocida “la justicia” a lo largo de nuestra norma suprema y una vez aprehendido su significado veremos si los distintos preceptos que a ella aluden se refieren a la misma idea de justicia y si todos sufren la misma crisis y, de ser así veremos qué clase de propuestas podemos ofrecer para intentar superar esa situación.

El término justicia aparece, a nuestro modo de ver, a lo largo de la Constitución en cuatro puntos diferenciados: En el preámbulo y en el Art. 1.1 (en cuanto valor superior del ordenamiento jurídico), en el art. 24 en cuanto garantía institucional elevada al rango de derecho fundamental y en el Título VI dedicado a regular el Poder Judicial en cuanto poder público.

En el Preámbulo de nuestra Constitución se proclama cómo uno de los deseos de la Nación Española el establecer la justicia... Sin entrar en el debate del valor jurídico de los Preámbulos (TAJADURA) la norma suprema debía ser ofrecida a sus destinatarios por sus representantes, precedida de un Preámbulo aunque solo fuese por motivos de solemnidad, y ese Preámbulo, que fue aprobado por la Comisión Mixta Congreso-Senado (28 de octubre 78), no dice nada que no aparezca luego recogido en el articulado constitucional. Así en el tema que nos ocupa vemos que en el art. 1.1 se propugna a la justicia como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico que tiende a satisfacer las exigencias éticas prevalentes en un país y en un momento histórico

* Conferencia pronunciada el 19 de junio de 2003 en el Instituto Interuniversitario de Estudios de Iberoamérica y Portugal en el marco de las “JORNADAS SOBRE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS”.

** Profesora de la Universidad de Salamanca.

determinado. Ambos conceptos de justicia, ausentes en un largo periodo sin régimen constitucional donde se negaban las libertades públicas, dotan de un carácter rupturista tanto al Preámbulo como al Título Preliminar de la Constitución ofreciendo al intérprete un material de primera mano a la hora de aclarar el sentido de las normas constitucionales y al mismo tiempo trazan unas líneas de referencia a los poderes públicos en su labor de actuación y desarrollo de los contenidos de nuestra Constitución.

A mayor abundamiento tanto el Preámbulo como el Título Preliminar donde se ubica la Justicia como valor superior del ordenamiento jurídico no solo tienen un rango constitucional superior al resto del texto constitucional (ALZAGA), sino que contienen la fórmula política de la Constitución (LUCAS VERDU) en la cual se fija el techo ideológico demoliberal, homologable con el de las Constituciones Europeas de los países de nuestro entorno que no cierra el camino a una interpretación y aplicación socializadoras de nuestra ley de leyes. De hecho el Estado Social y Democrático de Derecho que como forma de Estado se consagra en el art. 1.1. C.E. reconoce a los valores superiores (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, junto con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes) un carácter supraconstitucional.

Pero, además, la justicia en cuanto valor superior no se contrapone al ordenamiento jurídico sino que lo complementa, lo inspira y lo modula. Su carácter suprapositivo efectúa un influjo iusnaturalista e inspira una ideología estimativa sobre las normas constitucionales; Estos preceptos no pueden ser considerados como normas puramente técnico-jurídicas pues al ser “política” en toda Constitución hay valores e ideologías. Si nos quedamos con la interpretación técnico-jurídica se reduce la función transformadora de las Constituciones y a que esto no ocurra coadyuven normas audaces como las que estamos comentando (PRIETO SANCHÍS).

Ahora bien, avanzando en el análisis de nuestra Ley Fundamental observamos que los valores superiores se concretan y así, el valor justicia se concreta en cuanto derecho fundamental en el art. 24 (derecho a la tutela judicial) y en el Título VI que se dedica a regular el Poder Judicial.

II

Hasta la Constitución Española de 1978 no encontramos precepto alguno de rango constitucional que de forma expresa reconociera a la persona un derecho a la jurisdicción como instrumento para hacer valer sus derechos y obtener una satisfacción de estos a través de la decisión jurisdiccional. Era la legislación ordinaria la que cumplía tal función y además, de forma implícita el derecho a la jurisdicción se contenía en la regulación del Poder Judicial. Es, pues, el art. 24.1 de la Constitución Española de 1978 el primer precepto constitucional dedicado a reconocer un gran número de garantías jurisdiccionales y procesales que pasan de ser meras garantías de derechos a poseer el rango de garantías procesales con virtualidad de derechos fundamentales. Dice así este precepto:

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de este derecho nos encontramos ante un derecho ubicado en el núcleo duro de los Derechos Fundamentales (Sección 1ª del Capítulo Segundo, del Título I) ejercitable frente a los órganos jurisdiccionales del Estado: Goza del máximo techo de garantías posibles como el desarrollo por ley orgánica (que en sí mismo no es necesario) o la garantía extraordinaria del recurso de amparo. La legitimación se otorga a todas las personas, tanto a nacionales como a extranjeros en los que deberán concurrir los requisitos de capacidad jurídica y de obrar. También se incluyen las personas jurídicas.

Las mayores críticas al derecho se han efectuado a su objeto y contenido ya que la Constitución establece que la finalidad del derecho es obtener la tutela efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos. Con ello no aparece de forma clara la delimitación del derecho de acceso a los Tribunales o derecho a la jurisdicción, puesto que el derecho reconocido se relaciona con el requisito de la legitimación propio de la pretensión y no del derecho de acción e incluso llega a vincularse con el propio derecho material. También el requisito de la efectividad aplicado a la tutela y no al derecho debe entenderse referido a éste que es al que debe calificar y así queda reflejado en otros artículos del propio texto constitucional que aluden a gratuidad, prohibición de dilaciones indebidas...

A pesar de estas críticas doctrinales consideramos que la indeterminación de la norma constitucional del art. 24.1 de la C.E. contenía un amplio espectro de posibilidades de actuación concreta que fueron activadas por el Tribunal Constitucional a través de la vía del recurso de amparo y convirtieron al derecho a la tutela judicial efectiva, nervio del Estado de Derecho, en el derecho estrella del ordenamiento jurídico español (DIEZ-PICAZO).

Es el precepto que con más frecuencia se invoca ante el Tribunal Constitucional pues contiene los enunciados que constituyen las garantías básicas de toda Administración de Justicia y que el constituyente al proclamar como derechos fundamentales convierte en derechos subjetivos tutelables en amparo ante el Tribunal Constitucional. Este órgano constitucional, máximo intérprete de la norma suprema, ha realizado interpretaciones muy aperturistas y generosas a la hora de definir el contenido esencial de los derechos reconocidos en el art. 24.1 de la C.E; Esa jurisprudencia de efectos “erga omnes”, es imprescindible para entender el significado de dicho precepto, de nuestra legislación procesal y de las mejoras que la misma ha sufrido en la última década y de su aplicación por los Tribunales de Justicia, cuestión que cada vez va estando más consolidada.

La complejidad del contenido de este derecho le ha permitido a nuestro Alto Tribunal desarrollar una amplia jurisprudencia donde marca la pauta para que en el caso de que se vean perturbados algunos de los que considera elementos esenciales al derecho a la tutela judicial efectiva pueda fundamentarse una demanda de amparo para pedir el restablecimiento del derecho perturbado. Esquemáticamente resumidos serán los siguientes:

- Derecho de acceso a la jurisdicción.
- Derecho a obtener una resolución judicial sobre el fondo del asunto siempre que se cumplan los requisitos formales para ello.

- No incluye el derecho a obtener una resolución favorable, solo el derecho a que se dicte una resolución en derecho.
- Derecho a una resolución motivada de acuerdo a lo que establece el art. 120.3 de la C.E.
- Está prohibida la incongruencia por omisión de pronunciamiento.
- Derecho a los recursos.
- Derecho a la ejecución de las sentencias; Derecho a la invariabilidad e intangibilidad de las resoluciones judiciales y a la tutela cautelar.
-

Como podemos ver este precepto constitucional constituye una de las más avanzadas y complejas formulaciones del derecho a la tutela judicial efectiva en el marco del derecho constitucional comparado. Las críticas doctrinales se efectúan a las combinaciones de este precepto con las particularidades del proceso penal que se regulan en el párrafo 2º del art. 24. Pero, el Tribunal Constitucional ya en temprana Jurisprudencia (STC 15 junio 81, 20 febrero 86) puso de manifiesto que las garantías del párrafo segundo del artículo 24, aunque se dirijan principalmente al proceso penal, afectan a todo tipo de procesos y sin dichas garantías no hay tutela judicial efectiva. De ahí, la implicación entre ambos apartados, genérico el primero y más enfocado hacia el proceso penal el segundo.

Hasta fechas recientes podíamos señalar que el derecho a la tutela judicial gozaba de buena salud a pesar de que la avalancha de recursos que sobrecargan al Tribunal Constitucional suscita debates doctrinales (DIEZ PICAZO, CRUZ VILLALÓN Y OTROS) que apuestan por reformar el recurso o incluso por sacar de los derechos objeto de protección en amparo al art. 24. No obstante, y en consonancia con la legitimación reconocida a los extranjeros por la jurisprudencia del TC para interponer recursos de Amparo y para ser titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reconoce expresamente en su art. 20.1 el derecho a la tutela judicial efectiva a los extranjeros. Sin embargo, en la reforma que el Gobierno tramita actualmente ante las Cámaras de la ley de Extranjería corremos el riesgo de sufrir una regresión en los derechos de los inmigrantes porque, existe la amenaza según advierten AI y otras ONGs de que se cree una justicia especial para los extranjeros. Somos conscientes de la devaluación de los derechos sufrida en los dos últimos años y del peligro que corren sobre todo los derechos de los más débiles, que deben ser el objetivo primordial de la justicia. (H. KELSEN).

III

En una sociedad democrática avanzada (LUCAS VERDÚ), el derecho a una recta administración de justicia ocupa un lugar preeminente (STEDH de 17-1-1970, caso Delcourt). Por eso el problema de la regulación constitucional del Poder Judicial es uno de los más delicados en un Estado de Derecho, porque este depende en gran medida de la juridicidad estatal. Nuestro legislador constituyente era consciente de ello cuanto atribuyó explícitamente al Poder Judicial la tutela de los derechos y libertades y el control de la legalidad de la Administración (Título VI). Para cumplir los objetivos del Estado Social y Democrático de Derecho que se constituye en el art. 1.1. C.E. se precisa un Poder Judicial adaptado a una sociedad predominantemente industrial y urbana y diseñado en atención a los cambios producidos en la distribución territorial de su

población, en la división social del trabajo y en las concepciones éticas de los ciudadanos (JIMÉNEZ DE PARGA). Por ello, cualquier planteamiento para establecer la posición constitucional del Poder Judicial en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho obliga a partir de las siguientes premisas:

- a) El Poder Judicial, como el resto de los poderes del Estado (arts. 9.1 y 53.1 de la C.E.) está subordinado a la Constitución y al imperio de la ley, concebida esta como expresión de la voluntad popular.
- b) El Poder Judicial debe estar sujeto a un control democrático para hacer realidad la afirmación del art. 117.1 de la C.E. que dice que “la justicia emana del pueblo”. Los jueces no están exentos de control.
- c) El Poder Judicial debe realizar los valores democráticos sobre los que la sociedad se asienta procurando transformarla sin vulnerar el principio de legalidad al cual se encuentra sometido. Por ello tiene atribuidas funciones para controlar judicialmente a la Administración e incluso al Poder Legislativo participando en el control de constitucionalidad de las normas (art. 163 de la C.E.)
- d) Para tratar de conocer la posición constitucional del Poder Judicial es imprescindible analizar los principios generales que lo conforman. Estos aparecen concatenados entre sí, siendo presupuesto y resultado unos de otros y susceptibles de ser analizados desde diferentes puntos de vista.

Tradicionalmente el primero de los principios que suele analizarse es el de independencia. La Constitución alude a este principio, junto a otros, en el art. 117.1 que, al respecto dice:

“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

El principio de independencia se reconoce antes que el de sumisión a la ley, pero todos los principios figuran detrás del principio de legitimación democrática que debe presidir la organización y el funcionamiento del Poder Judicial en cuanto Poder del Estado, ya que el principio de soberanía popular del que emanan los poderes del Estado (art. 1.2 de la C.E.) no admite excepción alguna.

La sumisión a la ley es la forma en que se hace realidad el principio de legitimación democrática del Poder Judicial. Se trata del principio en el que se fundamenta la independencia del juez (REQUEJO PAGÉS). La fuerza de la ley y el hecho de estar sometido únicamente a ella posibilita que el juez afirme su independencia frente al resto de los poderes públicos o fuerzas sociales que quieran influir en su actividad (DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ). También es requisito imprescindible la legitimación democrática del juez que no es la de los poderes legislativo y ejecutivo; Estos tienen una legitimación orgánica, y los jueces disponen de una legitimación funcional: no dependen del Parlamento en cuanto órgano pero si aplican las leyes que son las normas elaboradas por los representantes del pueblo soberano (PÉREZ ROYO). Sin esta legitimación no se podría mantener la construcción jurídica del Estado Constitucional de nuestro días y nos hallaríamos ante la más completa inseguridad jurídica.

El principio de independencia a pesar de su importancia es reciente pues no aparece hasta las constituciones del periodo de entreguerras. Antes de estas fechas la independencia se predicaba del Poder Judicial pero no de los jueces individualmente considerados. Hoy se garantiza esa independencia a través de la fórmula de la exclusividad y de los principios de la inamovilidad y de la responsabilidad. Nuestra Constitución contempla la independencia de los miembros del Poder Judicial respecto de los otros poderes del Estado y respecto de sus propios órganos de Gobierno, distinguiendo entre la independencia externa y la interna. Si se ven perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del C.G. del P.J. órgano de gobierno de la judicatura (art. 122.2 C.E.).

El principio de exclusividad aparece recogido en los arts. 117.3 y 4 de la C.E. y en al art. 2 de la LOPJ. De estas normas se deduce que el Estado tiene el monopolio de la jurisdicción (GÓMEZ ORBANEJA) y por ello no se puede admitir que dentro del territorio nacional personas o entidades distintas del Estado constituyan órganos para la actuación de la ley. La exclusividad determina a qué órganos del Estado se atribuye la jurisdicción (sólo a los juzgados y tribunales determinados por las leyes) declaración que relaciona el principio de exclusividad con el de unidad jurisdiccional en cuanto concreción del primero. Si la justicia tiene que ser administrada única y exclusivamente por miembros integrantes del Poder Judicial no puede haber ni una sola manifestación del ejercicio de la potestad jurisdiccional que escape a este principio. La complejidad del ordenamiento jurídico actual tiende a la especialización material de jurisdicciones: penal, civil, contencioso-administrativa y laboral, pero se impide la existencia de tribunales especiales políticamente contaminados, que no sean expresión de la genuina potestad jurisdiccional del Estado (art. 117.5 CE). La única excepción es la existencia de la jurisdicción militar en el ámbito castrense y en los supuestos de estado de sitio de acuerdo con la C.E. (art. 117.5 de la C.E.) quedando prohibidos los Tribunales de excepción (art. 117.6 de la C.E.).

La conexión entre todos los principios constitucionales relativos al Poder Judicial y la de ellos con la naturaleza del mismo en cuanto Poder del Estado es inequívoca. Es su dependencia de la ley la que garantiza su independencia y ésta la que conseguirá que la función de los jueces sea eficaz de cara a conseguir la prevalencia de la ley y la defensa de los derechos fundamentales y de las libertades individuales en los Estados democráticos. (Contenido de la Carta Europea sobre el Estatuto del Juez aprobada en julio de 1998 en el seno del Consejo de Europa, aunque sin valor formal).

Si esto falla es cuando de verdad la justicia está en crisis.

IV

De forma reiterada se ha escrito que el Poder Judicial va indefectiblemente unido al vocablo “Reforma” que en el caso español se formula en los últimos años como “Pacto de Estado para la Justicia”. Estábamos acostumbrados a oír hablar de crisis del Parlamento desde hace más de un siglo, y comenzamos a oír hablar de crisis del Poder Judicial cuando la Constitución de 1978 fortaleció a este poder ampliando el ámbito de su actuación jurisdiccional en extensión y en intensidad hasta extremos que eran desconocidos con anterioridad pero que eran imprescindibles para la consolidación de un Estado Democrático de Derecho. Las encuestas ponen de relieve el deterioro progresivo de la imagen de la justicia llamando la atención de los poderes públicos puesto que no se puede pedir la existencia de un Estado que funcione si no existe un

buen funcionamiento de la Justicia. Es cierto que la Justicia no depende de las encuestas pero no es menos cierto (J.J. TOHARIA), que se puede llegar a una mala imagen estructural de la Justicia que conlleva al convencimiento generalizado de que las cosas no deben seguir así porque se ha traspasado el umbral de lo razonablemente asumible.

A esos límites parece que se ha llegado en estos últimos años en los cuales “reformular la justicia” se ha convertido en un objetivo urgente y prioritario de los poderes públicos no sólo en España, sino también en Italia, en Francia, en Bélgica, en Holanda... a través de reformas de la Constitución o de Comisiones independientes constituidas expresamente para este objetivo. En el caso español se ha procedido por medio de los Libros Blancos del Consejo General del poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado con respaldo del Gobierno que auspició el llamado “Pacto de Estado sobre la Justicia”. El éxito de la empresa suscita muchas dudas a los escépticos pero no es un imposible metafísico. Es algo imprescindible e inaplazable, ya que, ha llegado “la hora de la justicia” (DELGADO BARRIO). No se puede volver la vista atrás y se deben revisar los aspectos orgánicos, procesales y sustantivos que sean necesarios para configurar un “new deal” judicial en España al tenor de la posición que le confirió el constituyente de 1978. La lucha por el Estado de Derecho (LUCAS VERDÚ) no se agota en su reconocimiento jurídico, exige una pelea permanente por su consolidación y eso es tarea esencial del juez cuya legitimidad democrática procede del sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Ahora bien, no hay soluciones o recetas mágicas puesto que, no se puede cambiar la justicia por decreto (CROZIER). Ante la situación revuelta que vive hoy la justicia en España y en los países de nuestro entorno geográfico y cultural europeo y latinoamericano, son competencia de los actores jurídicos y de las fuerzas políticas y sociales las respuestas más adecuadas al problema. En cualquier caso las soluciones que se aporten no pueden perder de vista los principios estructurales del Poder Judicial que se enuncian en el Título VI de la C.E. y en los trascendentales preceptos 24.1 y 106.1 de la C.E porque consideramos que son suficientes para configurar una organización judicial acorde con un Estado Social y Democrático de Derecho donde la Justicia sufre una crisis sobre todo de crecimiento junto a la demanda cada vez más intensa de los ciudadanos de satisfacer sus intereses, expresión de su “sed de derechos” (GUARNIERI Y PEDERZOLI).

1. Entrando en materia quizás el primer elemento a considerar de cara a la reforma sea el institucional, es decir, el modelo de Gobierno del Poder Judicial. Tratando de evitar la intromisión del Ejecutivo en el Estatuto jurídico de los jueces y magistrados que iría en detrimento de la independencia judicial los ordenamientos contemporáneos, el espacio entre ellos, se han separado del modelo externo de Gobierno que sigue rigiendo en Alemania, a favor del modelo interno o americano, en el que es asumido por las Cortes Supremas, aunque con algunos matices – bien del modelo institucional o de los Consejos superiores de la Magistratura, e incluso en algunos países iberoamericanos se abre paso una suerte de “quartum genus” basado en la combinación de estos dos últimos. Es difícil saber cual sería el tipo ideal, peor si se pueden resaltar algunas cuestiones:

- Ni el modelo interno, ni el modelo institucional permiten la plena asunción de las competencias en materia de Justicia por el Tribunal Supremo o por el Consejo Superior de la Magistratura sino que subsiste el Ministerio de

Justicia (es decir el Ejecutivo) como titular de ciertas competencias de mayor o menor intensidad. Con ello la independencia no está plenamente asegurada.

- El tema del reparto de competencias acarrea problemas por el juego de fuerzas de signo contrario; El Ejecutivo tiende a conservar sus propias esferas de actuación y los Tribunales Supremos y los Consejos Superiores de la Judicatura se esfuerzan por ampliar las competencias que inicialmente le fueron conferidas. No obstante, la funcionalidad de estos últimos es difícil que encaje para ser transformados en órganos de gestión, ya que, fueron creados para garantizar la independencia del Poder Judicial y a ello van dirigidas sus competencias y no para ser órgano de administración ordinaria del Poder Judicial por lo que carece de responsabilidad política ante el Parlamento.
- Cuando se trata de un Estado Compuesto (como es el caso de nuestro Estado de las Autonomías) la distribución de competencias entre el Centro y la periferia también en el caso de la Justicia hace más compleja una respuesta homogénea a los problemas organizativos y funcionales de la Administración de Justicia aunque la Constitución Española configura un único Poder Judicial y un único órgano de gobierno del mismo, el Consejo General del Poder Judicial.
- También debe ser objeto de debate y adaptación a una justicia del siglo XXI el modelo de elección de los miembros que componen el Consejo General del Poder Judicial. La falta de consolidación de este órgano se debe en gran parte a las dudas que plantea su estructura colegial y su composición. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 se decantó por un modelo que no tiene parangón en el derecho comparado en el cual la totalidad de sus miembros son de elección parlamentaria. Se produjo una auténtica mutación constitucional que conllevó a que el debate político y doctrinal (ARNALDO ALCUBILLA) sobre la elección del Consejo General del Poder Judicial siga abierto y la percepción sobre su politización extendida. Además de sobre el tema de la elección de sus miembros conviene debatir sobre el modelo organizativo elegido y sobre la determinación de los elementos de objetivación del ejercicio de sus atribuciones, sobre todo en lo que al nombramiento de cargos discrecionales se refiere.

2. El elemento humano también es imprescindible para que funcione bien la justicia. Ya CARNELUTTI al abordar la reforma de la justicia italiana en la primera postguerra mundial ponía de relieve que debían ocuparse de los hombres en primer lugar, luego de la ley orgánica y en último lugar de los códigos. Los tres elementos son imprescindibles para que funcione correctamente la justicia debiendo estar actualizados y coordinados aunque el elemento personal - el juez – condicione a los otros dos. Actualmente la creciente complejidad jurídica exige jueces técnicos, conocedores del derecho y de la técnica jurídica, es decir jueces profesionales y de carrera. Para su reclutamiento la tradición española tiene establecido un sistema de “concurso público de antecedentes y oposición “ que intenta salvaguardar los principios constitucionales de mérito, capacidad e igualdad reconocidos en el art. 23 de la C.E. Pero, el juez que ha sido seleccionado con arreglo a los precipitados parámetros objetivos no nace sino que se hace. Por ello y de forma paralela a su autoformación en el ejercicio del quehacer diario de administrar justicia debe recibir una formación externa encaminada a la actualización de sus conocimientos jurídicos y al aprendizaje de técnicas conexas. Al

igual que apostamos por la actualización de sus conocimientos lo hacemos por la de sus retribuciones en relación con los demás funcionarios públicos porque solo así se aseguran su independencia económica.

Además el fomento de la especialización de los jueces y magistrados es consecuencia de las exigencias de la compleja sociedad contemporánea. En palabras de GARCÍA de ENTERRÍA “al sistema jurídico no le interesan nada las opiniones personales de quienes actúan como jueces sino sólo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última”

3. El elemento territorial presenta un carácter menos problemático por lo que se refiere a la ajustada delimitación de la planta y demarcación judicial que no debe resultar condicionada por influencias políticas espurias sino que ha de responder a necesidades objetivas y ha de garantizar el mayor acercamiento posible de la justicia a los ciudadanos. La “ratio” juez por ciudadano en España es la más baja de nuestro entorno Europeo pero, este problema no se soluciona por arte de magia ya que, hay que contar con los jueces suficientes para cubrir las nuevas creaciones de órganos jurisdiccionales y los jueces no se improvisan sino que se van seleccionando en sucesivas convocatorias de la judicatura y en las correspondientes Escuelas de formación; No sirven las levas o reclutamientos en masa. Tanto el Gobierno como el Consejo General del Poder Judicial han adquirido el compromiso explícito de alcanzar en un plazo razonable de tiempo el número suficiente de jueces que ayuden a elevar la “ratio juez-ciudadano” y con ello a aproximar la justicia al justiciable. Con este mismo objetivo debe valorarse el restablecimiento de la justicia local (antes llamada justicia de distrito) con competencia en asuntos penales y civiles menores, que supondría una importante descongestión de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y un acercamiento de la justicia a los ciudadanos. La justicia local estuvo vigente durante largo tiempo en España y dio pruebas de su eficacia y eficiencia.

4. El elemento material es el que plantea mayores dificultades porque normalmente la “crisis de la justicia” se ha identificado con la carencia de medios materiales. Es cierta la insuficiencia de estos medios, además de los medios personales en la Administración de Justicia porque siempre fue considerada la hermana pobre de los Presupuestos Generales del Estado. Cualquier otra prioridad o urgencia presupuestaria relegaba a un segundo lugar las necesidades de la justicia. Todo ese abandono y postergación se hizo notar y ocasionó en la Administración de Justicia un considerable retraso respecto al resto de las Administraciones Públicas. Algunos países como los Estados Unidos destinan el 4% del PIB o una parte parecida en otros Estados Iberoamericanos para garantizar la eficiencia de la Administración de Justicia, al margen del Gobierno de turno. Este elemento de objetivación del gasto, si es suficiente y no se petrifica el porcentaje conseguirá mejorar las instalaciones, informatizar el proceso para su agilización, algo que resulta imprescindible en una sociedad globalizada. Esa “inadaptación básica a la sociedad de información” (ORTEGA DIAZ-AMBRONA) que sufre la justicia parece que va siendo superada gracias a la ampliación del presupuesto del Ministerio de Justicia que permite mantener las esperanzas de que en un plazo razonable la Administración de Justicia estará dotada de los medios imprescindibles tanto ofimáticos como informáticos equiparándose al resto de la Administraciones Públicas en cualquiera de sus niveles. En relación con los medios materiales hay que aludir a la necesaria reforma del elemento auxiliar del juez que es la

Secretaría u Oficina Judicial. Según LÓPEZ AGUILAR se trata del latiguillo recurrente del debate alrededor de la justicia española. Esto significa que es necesario redefinir la organización administrativa al servicio del órgano judicial: archivos, depósitos de piezas de convicción, registros generales, comunicaciones y notificaciones, documentos y distribución interna de trabajo. Las bases de la reforma de la Oficina Judicial deben dirigirse a potenciar los servicios comunes y a reordenar las actividades que deben ser desarrolladas, los horarios, los recursos presupuestarios, los medios ofimáticos... es decir adaptar a las pautas de una buena organización administrativa a la administración judicial tradicionalmente ajena a dichas pautas.

5. la lentitud de la justicia es su asignatura pendiente, su mal endémico, junto de la acumulación de procesos ante el fracaso de los sistemas arbitrales. También se debe a la insuficiente dotación de jueces y de medios materiales modernos para agilizar la tramitación. Tenemos, además, unas normas procesales excesivamente formalistas reinterpretadas por las Cortes Supremas y los Tribunales Constitucionales que acentúan al máximo el garantismo y que hacen del juez un sujeto sometido a la admisión de cualquier documento de las partes; Todo ello prolonga de forma excesiva la lenta marcha del proceso y se traduce en que la dimensión formal o prestacional de la justicia no se imparte con eficacia. El proceso se configuró como el modelo de articulación del diálogo entre las partes con el juez para conseguir la justicia material; Pero los cauces procesales establecidos en el siglo XIX siguen estando vigente a principios del siglo XXI y por lo tanto quedan desfasados a la hora de conseguir la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos (ALBACAR). Se imponen reformas, (ya en marcha), tanto en el orden contencioso-administrativo, como civil, procesal con estructuras ágiles, sencillas y comprensibles que acomoden la actuación del Poder Judicial a la realidad de un Estado Constitucional de nuestros días. Esas reformas son urgentes, requieren valentía y muchos recursos económicos, ya que una buena justicia es imprescindible para que los ciudadanos vean satisfecha “esa sed de derechos que demandan ante los jueces frente a un Estado omnipresente y a una sociedad compleja atravesada por múltiples fracturas” (DELGADO BARRIO). El mayor rigor en la exigencia social hacia el juez es “muestra de las grandes esperanzas puestas en el juez, antes bien para confirmarlas que para rechazarlas” (BACHOF).

Deseo terminar haciendo más las palabras con las que termina KELSEN su breve pero intenso ensayo sobre: ¿Qué es la justicia? “... la justicia es para mi aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y , junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”.

La buena fe en el trabajo: ¿Un principio que se difumina?

Dr. José Manuel Lastra Lastra[♦]

SUMARIO: I. Introducción. II. Ideas generales. III. La buena fe objetiva. IV. La buena fe subjetiva. V. El objeto del vínculo laboral. VI. Paradojas del vínculo contractual. VII. La simulación del contrato. VIII. Simulación en las relaciones de trabajo. IX. La condición de licitud en el objeto de los contratos y las relaciones de trabajo. X. Fraude a la ley. XI. Abuso del derecho. XII. La huida del derecho del trabajo. XIII. ¿Hacia la transformación o difuminación del ámbito de aplicación de las leyes laborales? XIV. Reflexión final. XV. Bibliografía.

El autor analiza el principio de la buena fe en las relaciones jurídicas, con especial énfasis en el vínculo jurídico laboral, hace referencia a la simulación en los actos jurídico-laborales y a la necesaria condición de licitud en el objeto de los contratos y las relaciones de trabajo. Analiza el fraude a la ley, el abuso del derecho y reflexiona, en general, sobre la falta del ingrediente moral y jurídico de la buena fe.

I. Introducción

La subordinación en las relaciones de trabajo ocupó un lugar importante en la escenografía, que el perfil y la silueta del derecho laboral proyectó durante mucho tiempo. Esta imagen representó el símbolo de una relación jurídica en la que la voluntad del trabajador quedó sometida a la del empleador por medio de un contrato, cuyo vínculo ocultó una relación de poder en el trabajo, lo cual limitó y excluyó de su ámbito otras actividades que el derecho privado supo incluir y reglamentar con ingenio.

Las tutelas del Estado han desaparecido en gran parte. El derecho del trabajo habrá de continuar sin ellas, pero deberá cambiar sus estrategias y ampliar sus fronteras para recuperar el *empleo sin derechos* y ofrecer un *empleo con derechos*, lo cual podrá lograrse si estas relaciones se reencausan hacia un derecho laboral común e incluyente que rescate de la clandestinidad, precariedad y simulación al trabajo y lo dirija con pasos firmes por el camino bien intencionado y recto de la buena fe y la justicia social, que no han dejado de iluminar la senda de la esperanza por la que transitan millones de seres humanos, en la que el péndulo de la vida se mueve con lentitud.

[♦] Investigador de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Catedrático en las Facultades de Contaduría y Administración y en Derecho, UNAM. Investigador Nacional.

^{**} Este estudio lo dedico a mis alumnos que cursan el Doctorado en Derecho Público, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la Universidad Veracruzana, con los mejores augurios de que culminen exitosamente sus estudios y continúen en la noble y gratificante tarea de la investigación y la docencia.

Aún quedan espacios por reconstruir para la dignidad humana que exige coherencia y equilibrios, imaginación para actuar con rectitud y buena fe, para evitar caer en el abismo o, peor aun, que nos suceda lo que a *Tántalo*, personaje mitológico, a quien por su conducta errónea *Zeus* le impuso el castigo de quedar sumergido en un lago con el agua hasta la barba, sin poder saciar su sed...

Es urgente y necesario reivindicar al trabajo que se ha convertido en un bien escaso o que no hay, porque quien no trabaja, no tiene y no es.

II. Ideas generales

El vocablo *fides* (*fido*, *fidus*), significa seguro, fiel, leal, sincero. *Fidelis*, fiel, leal, es decir, “que inspira confianza”.¹ Consiste también en el “modo sincero y justo con que uno procede en los contratos sin tratar de engañar a la persona con quien lo celebra”.² En todas las instituciones jurídicas subyace el principio de la *buena fe*, tiene suma importancia en materia de interpretación de la ley, de los contratos, la posesión y la prescripción. Es la “sincera convicción de creer que la cosa es suya”.³ Es un principio rector de “todos los actos jurídicos”.⁴ Sus imperativos éticos de estricta moral deben ser admitidos como “supuesto de todo ordenamiento jurídico”.⁵ En el orden de la dignidad y jerarquía de los valores jurídicos, ha de ubicarse en la esfera de un valor fundamental, porque implica la “presencia de vivencias axiológico-jurídicas de comunidad”.⁶ Por ello, con justeza expresaría Cicerón, la *buena fe* es “el fundamento de la justicia (*fundamentum justitiae est fides*)”.⁷

Obrar de *buena fe* implica “valorar con signo axiológico positivo, la conducta de un sujeto”,⁸ que “cumple con sus deberes, no comete en ellos fraudes ni inmoralidades”.⁹ Actuar de *buena fe* denota la “creencia y persuasión de que el acto realizado es lícito y justo”.¹⁰

Las palabras *probo* y *probidad* tienen adherencia con *buena fe*, *probus* en latín significa excelente, bueno, honrado, íntegro, leal. *Probidad* es “rectitud de ánimo y hombría de bien”.¹¹ Este vocablo incluye la exigencia de actuar con “integridad en el obrar”.¹²

Sin la pretensión de hacer un *excursus* histórico acerca del concepto que se analiza, es necesario mencionar que en el antiguo derecho romano la buena fe constituyó un ingrediente imprescindible en la vida jurídica: *sola fides sufficit* (la sola palabra basta).

¹ Agustín Blásquez Fraile, *Diccionario latino español*, Barcelona, Editorial Ramón Sopena, 1946, p. 472.

² Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t I., Bogotá, Temis, 1977, p. 749.

³ Nelson Nicoliello, *Diccionario del latín jurídico*, Barcelona, Bosch Editor, 1999, p. 41.

⁴ José Alberto Garrone, *Diccionario jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t I., 1986, p. 178.

⁵ *Enciclopedia jurídica Omeba*, t II, Buenos Aires, 1955, p. 405.

⁶ *Ibidem*, p. 406.

⁷ Jaime M. Mans Puigarnau, *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 197.

⁸ *Ibidem*, p. 408.

⁹ María Moliner, *Diccionario del uso del español*, H-Z, 6ª ed., Madrid, Editorial Gredos, 1977, p. 848.

¹⁰ Carlos E. Mascarenas, *Nueva enciclopedia jurídica*, t III., Barcelona, Francisco Seix, 1951, p. 455.

¹¹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario de derecho usual*, t I, Buenos Aires, Bibliográfica, Omeba, 1968, p. 299.

¹² Martín Álamo, *Enciclopedia del idioma*, t III, 1ª reimpresión, Madrid, Aguilar, 1958, p. 3401.

Nihil prius fide (nada antes que la fe). *Fides bona contraria est fraudi et dolo* (la buena fe es contraria al fraude y al dolo).

La *bona fides* romana fue utilizada siempre como un recurso técnico-moral encaminado a llenar lagunas legales o a corregir injusticias. Pero también sirvió para divinizar y resaltar el culto al emperador Numa; “*é il venerabile fidei numen che dexteram suam, certissimum salutis humanae pignus, ostentat*”,¹³ a quien se le dedicó un templo sobre el Campidoglio. El valor de fuerza ética de la antigua *fides* está consagrado en las XII Tablas, con la sanción de la consagración a los dioses (*consecratio*). Cicerón la define como *fundmentum autem est iustitiae fides, idest dictorum conventorumque constantia et veritas*. La *fides* en las relaciones con los extranjeros, en uno de los tratados entre Roma y Cartagena, del cual habla Polibio, en el siglo IV a.C., este debía ser cumplido y negociado mediante actos públicos para “ser protegidos por la fe pública”,¹⁴ como fuerza vinculante del acto. Así, dio nacimiento a determinadas figuras jurídicas como la *fiducia* y el *fideicomiso*. Es unánime la doctrina al señalar que “la buena fe constituye una regla de conducta, a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres”.¹⁵ *Fides* es lealtad a la palabra dada (fidelidad), *bona fides* es “buena fidelidad, buen propósito, rectitud en la intención, buen deseo de obrar bien”.¹⁶

La *buena fe*, es “un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho”.¹⁷

El principio general de la *buena fe* engendra una norma jurídica completa que se eleva a la categoría de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica, “deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones”.¹⁸ El deber recíproco de *buena fe* es “vedador de conductas abusivas”.¹⁹ Este principio debe resurgir en el escenario del derecho para nutrir, con buena dosis, las relaciones jurídicas actuales, como corresponde –según Joserand- “a las antigüedades infinitamente venerables”.²⁰

En toda realidad jurídica encontramos que detrás de cada norma existe un principio general, cuyas notas típicas relevantes son: “universalidad del contenido; historicidad de sus aplicaciones; potencialidad jurígena”.²¹

Los principios generales constituyen una de las formas de manifestación de los valores. La estrecha vinculación con ellas tienen una base permanente. La incorporación de los principios generales al ordenamiento representan la forma de ingreso al “sistema jurídico de los valores y convicciones éticas básicas de una comunidad”.²²

En opinión de Hernández Gil, la *buena fe* incorpora siempre, en todas sus manifestaciones y aplicaciones, una unidad de significación, aunque cambien los

¹³ Enciclopedia del Diritto, t V., Italia, Giuffrè editore, 1959, p. 661.

¹⁴ *Ibidem*, p. 662.

¹⁵ José Luis de los Mozos, *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, 1965, p. 40.

¹⁶ Juan Guillermo Durán, “*Reflexiones sobre la buena fe en el derecho*”, Bogotá, 1988, p. 92.

¹⁷ L. Díez-Picazo, *Prólogo a la obra de F. Wiacker, El principio de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1977, p. 11.

¹⁸ *Ibidem*, p. 12.

¹⁹ María José Novado Fernández, *El ejercicio del derecho del honor ((por el trabajador) en el contrato de trabajo*, Colección Laboral No. 85, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 35.

²⁰ Joserand, *De L'sprit des droits et de leur relativité*, París, 1939, p. 2.

²¹ Delia Matilde Ferreira Rubio, *La buena fe*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1984, p. 41.

²² *Ibidem*, p. 72.

presupuestos sobre los que se establezca; esta unidad de significación es “ética y, por tanto, valorativa y normativa”.²³ La tesis sostiene que la unidad de la materia, el concepto y la unidad del fin, integran un todo. La unidad de la materia reside en que concierne al ejercicio de los derechos, a su actuación práctica, evitar extralimitaciones. La unidad del fin consiste en su vínculo con la moral social. Para el derecho lo que cuenta es la vida humana en común. Esta puede ser expresada en un comportamiento social en el sentido valorativo, es decir, socialmente valioso (moral social), el cual alcanza su expresión culminante en la solidaridad social, la cual implica la coparticipación en los sentimientos y hábitos de conducta que exaltan la cohesión, la mutua confianza, la responsabilidad colectiva y la entrega a una empresa común. La vía de comunicación del derecho con la moral social, subraya su predominante connotación ética, sin que ello suponga un desvío del derecho, sino la canalización del mismo hacia sus metas más puras.

La cohesión social, la conciencia del deber, la honestidad, la rectitud, la mutua confianza, tienen un trasfondo que se descubre a través de la *buena fe*, son “realidades y valores, que si pueden propiciarlos las leyes no son plenamente alcanzables por ellas si falta una cooperación ciudadana”.²⁴ Es la ley quien dirige su mirada a la sociedad, no para someterla a sus normas, sino por el contrario, para buscar en la sociedad modelos de conducta que, por su enraizamiento en la vida, son difíciles de instrumentar técnicamente.

La tesis de Hernández Gil,²⁵ puede sintetizarse en: 1. No es divisible el concepto de la buena fe. 2. La buena fe cumple siempre una función normativa, conformadora de la conducta. 3. No es admisible la dualidad buena fe objetiva y buena fe subjetiva, ya que rompe la unidad de significación. 4. Sólo pueden aceptarse como fórmulas clasificatorias, aquellas que parten de la unidad de significación. 5. Una fórmula clasificatoria simple es la que distingue dos cometidos de la buena fe: como reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes. En la primera hipótesis se parte de una situación jurídica, dentro de la cual, la buena fe concurre a moderar la actuación de los interesados. En la segunda, la buena fe determina la constitución de una situación jurídica que no existiría sin su concurso, de tal manera que en razón de ella se produce un efecto jurídico.

III. La buena fe objetiva

La *buena fe objetiva* es un “modelo de conducta con el que se trata de regular un determinado supuesto de hecho”.²⁶ La buena fe es, ante todo, un “modo de ser interior, un impulso que anima una conciencia”.²⁷ La *buena fe objetiva* “actúa sobre el contenido de la relación jurídica, nacida de la obligación, en particular, o del negocio, en general”.²⁸ Se manifiesta como “un criterio del comportamiento, conscientemente asumido”.²⁹

Dentro del concepto objetivo, figura la buena fe normativa. Como “comportamiento de fidelidad, se sitúa en el mismo plano que el uso o la ley, es decir, adquiere función de

²³ Antonio Hernández Gil, *Obras completas*, t. I, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, p. 556.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Cfr. Antonio Hernández Gil, *op cit.*, p. 566.

²⁶ *Enciclopedia Jurídica Básica*, t I, Madrid, Civitas, 1995, p. 835.

²⁷ *Enciclopedia del Diritto*, t. V, Italia, Giuffrè Editore, 1959, p. 668.

²⁸ José Luis de los Mozos, *op cit.*, p. 49.

²⁹ Antonio Hernández Gil, *op cit.*, p. 559.

norma dispositiva, de ahí su naturaleza objetiva”.³⁰ Lo objetivo queda “más del lado de la conciencia del valor encarnado por la buena fe que del lado de la normatividad”.³¹ En virtud de ella se protegen “una serie de relaciones jurídicas, al margen del derecho positivo”.³² La *buena fe objetiva* establece supuestos de aplicación y modula el contenido de la obligación o del negocio, su sola invocación “incorpora una función ordenadora a través de la cual penetra como modelo de conducta”,³³ que actúa como “portadora de normas en sí o generadora de normas concretas”.³⁴

IV. La buena fe subjetiva

La *buena fe subjetiva* es un estado de conciencia, un “hecho espiritual que caracteriza a quien incumple una norma o lesiona un derecho”,³⁵ también es considerada como el estado de ánimo subjetivo que depende de la “ausencia de consciente intención de perjudicar a otros”.³⁶ Es “la falta de conciencia de antijuricidad, cuando existe un defecto jurídico”.³⁷ Presupone una irregularidad jurídica y se refiere al elemento faltante en un supuesto de hecho normativo. El concepto de la buena fe subjetiva “reabsorbe íntegramente la concepción psicológica”.³⁸ La *buena fe subjetiva* aparece referida a un hecho o un acto. Como el hecho o el acto los realiza (o los omite) una persona, es evidente que constituyen, conducta humana. La pretendida *buena fe subjetiva* se refiere al hecho o al acto del comportamiento de una persona; pero no es otra buena fe, sino la encarnación de la misma en el acto o la conducta desplegada. No hay más subjetividad que “la inherente al sujeto”.³⁹

V. El objeto del vínculo laboral

El contrato de trabajo es el origen y el permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre trabajador y empresario. En las que el trabajador entrega libremente su trabajo de acuerdo a las condiciones pactadas y bajo la potestad organizadora del empresario, quien debe retribuirlo. La categoría jurídica contractual, cumple así la función de “constituir y regular la relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario”.⁴⁰

³⁰ José Luis de los Mozos, *op cit.*, p. 45.

³¹ Antonio Hernández Gil, *op cit.*, p. 559.

³² Aurelia María Romero Coloma, “*Problemática de la buena fe en el ordenamiento jurídico*”, Tapia, Madrid, 1990, p. 74.

³³ Antonio Hernández Gil, *Op cit.*, p. 562.

³⁴ Delia Matilde Ferreira Rubio, *La buena fe*, Madrid, Montecorvo, 1984, p. 90.

³⁵ *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Madrid, Civitas, 1995, p. 834.

³⁶ *Enciclopedia del Diritto*, t. V, Italia, Giuffré Editore, 1959, p. 665.

³⁷ *Enciclopedia Jurídica Básica*, t I, ABA-COR, Madrid, Editorial Civitas, 1995, p. 838.

³⁸ Antonio Hernández Gil, *Obras completas*, t I, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, pp. 559 y 560.

³⁹ *Ibidem*, p. 565.

⁴⁰ Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Álvarez de la Rosa, *Derecho del trabajo*, 8ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000, p. 625.

La persona física constituye el objeto de la prestación del trabajador. El cuerpo es el lugar, el pasaje obligado de “la realización de las obligaciones del trabajador; es la cosa misma que forma la materia del contrato”.⁴¹

La persona humana es tanto el objeto del contrato como el sujeto del mismo. El objeto del trabajo asalariado, no son “los frutos sino el trabajo mismo”.⁴² El trabajador es ajeno al resultado de su trabajo, se paga el trabajo y “no su resultado”.⁴³

El que trabaja bajo dependencia no organiza su trabajo, lo presta bajo las órdenes y el “dominio físico”⁴⁴ de otro, por ello no tienen ningún control sobre el resultado.

El trabajador no adquiere en ningún momento derecho sobre la cosa producida, la cosa no participa nunca del intercambio de prestaciones. No es sujeto “perceptor del valor de su trabajo”.⁴⁵ No tienen ni la propiedad de los instrumentos y de los materiales, no son, en el contrato, “propietario de nada”.⁴⁶ El patrono es “el propietario único de todos los productos en el curso de su transformación, y después”.⁴⁷

La actividad o energía en que se cifra el trabajo es inescindible de aquel que lo realiza. El bien jurídico protegido por el derecho del trabajo es “el hombre, su vida, su integridad, su personalidad moral”.⁴⁸

La *moral individual* parte de uno para enlazar con los demás; la solidaridad social implica la coparticipación en los sentimientos y hábitos de conducta que exaltan “la cohesión, la mutua confianza, la responsabilidad colectiva y la entrega a una empresa común”.⁴⁹

La cohesión social, la conciencia del deber, la honestidad, la rectitud, la mutua confianza, son “el trasfondo que se descubre a través de la buena fe”.⁵⁰ Principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de obligaciones. El deber de buena fe es “un estricto deber jurídico, su inobservancia puede generar graves sanciones contractuales”.⁵¹ Las prestaciones y los beneficios ofrecidos asumen inevitablemente, la relevancia de bienes económicos. La situación de dependencia y disminución de la libertad del hombre en el cumplimiento de la actividad laboral, constituye la razón y el dato constante de referencia del derecho que disciplina el trabajo subordinado, del que surge la obligación de trabajar bajo la dependencia del empresario, es el contenido “fundamental y clave de los efectos”.⁵² Al parecer, las tendencias actuales pretenden reconstruir “las formas del

⁴¹ Alain Supiot, *Crítica del derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, trad. José Luis Gil y Gil, 1996, p. 81.

⁴² Manuel Alonso Olea, *Derecho del trabajo*, 10ª ed., Madrid, Artes Gráficas Benzal, 1987, p. 41.

⁴³ Alain Supiot, *op cit.*, p. 81.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 76.

⁴⁵ Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Álvarez de la Rosa, *Derecho del trabajo*, 8ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000, p. 625.

⁴⁶ Emilio Chatelain, *El contrato de trabajo*, trad. de Adolfo Posada, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1903, p. 104.

⁴⁷ Alfonso R. De Grijalba, *El contrato de trabajo*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, 1902, p. 152.

⁴⁸ *Rerum Novarum*, párrafo 44, (Cualidad del trabajo).

⁴⁹ Antonio Hernández Gil, *op cit.*, p. 555.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 556.

⁵¹ Alfredo Montoya Melgar, *Derecho del trabajo*, 18ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 323.

⁵² Mateo Dell'Olio, “*La subordinazione nell'esperienza italiana*”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, vol. 3, Padova, Cedam, 1998, p. 702.

trabajo subordinado y las relaciones de poder en la economía y en la sociedad, que influyen también en sus relaciones con el Estado”.⁵³ Sin embargo, hasta ahora el vínculo jurídico contractual cumple la función de constituir y regular la “relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario”.⁵⁴ La causa del contrato está en “la cesión remunerada de los frutos que del mismo resultan; es decir, pasan a integrar el patrimonio de persona distinta del trabajador”.⁵⁵

VI. Paradojas del vínculo laboral

El contrato de trabajo crea una jerarquía entre iguales. La clave de esta construcción jurídica, paradójica, es la autonomía de la voluntad de los que se sitúan “en forma libre” en una relación de subordinación con respecto de otro. El contrato de trabajo pone a disposición del empresario al trabajador. Este adquiere un poder de dirección continuo sobre quien labora durante la ejecución del contrato. En opinión de Néstor de Buen, el supuesto contrato “se perfecciona en un verdadero estado de necesidad[...]quien pide el trabajo lo hace bajo la preocupación de satisfacer necesidades imperiosas e ineludibles”.⁵⁶

Las declaraciones teóricas de igualdad de derechos han sido ineficaces para el trabajador, “se convirtieron en irrisorias”,⁵⁷ con el transcurso del tiempo.

El acuerdo libre de voluntades surgió como un *apoteigma* y el “más sangriento de los sarcasmos”⁵⁸ basado en el irritante escarnio de considerar a “las partes económicamente iguales”.⁵⁹ Para ello era necesario buscar un “garantismo fullero”⁶⁰ que legitimara la sumisión del trabajador, “bajo la máscara de un contrato”,⁶¹ a rigurosos controles de tipo técnico y social. A partir de ese momento el contrato se convertiría en el “espejo jurídico de funciones sociales específicas”⁶² y en “*chaperón* embarazoso”⁶³, pletórico de formulismos, a través del cual deben viajar el trabajador y el derecho.

En los contratos civiles –según Supiot- “la voluntad se compromete: en el contrato de trabajo se somete. El compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega”.⁶⁴ Esta contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad, conduce a que el trabajador sea visto en la empresa, “como sujeto y como objeto del contrato”.⁶⁵

⁵³ Tiziano Treu, “*Il diritto del lavoro: reantà e possibilità*”, Argomenti di Diritto del Lavoro, vol. 3, Padova, Cedam, 200, p. 472.

⁵⁴ Manuel Carlos Palomeque López, *op cit.*, p. 625.

⁵⁵ Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, *Derecho del trabajo*, 10ª ed., Madrid, Universidad de Madrid, 1987, p. 41.

⁵⁶ Néstor de Buen, *La decadencia del contrato*, 2ª ed., México, Porrúa, 1986, p. 271.

⁵⁷ Emilio Chatelain, *El contrato de trabajo*, trad. Adolfo Posada, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1903, p. 104.

⁵⁸ Alfonso R. de Grijalva, *El contrato de trabajo*, 2a. ed., Madrid, Librería Española y Española Príncipe, 1902, p. 8.

⁵⁹ Antonio Polo, *Del contrato a la relación de trabajo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941, p. 39.

⁶⁰ Umberto Romagnoli, “*Técnicas normativas de gestión del trabajo*”, trad. Adolfin Catalano, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 107.

⁶¹ Kahn-Freud, O., *Trabajo y derecho*, trad. J.M. Galiana, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1987, p. 60.

⁶² Antonio Baylos Grau, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Editorial Trotta, 1991, p. 19.

⁶³ Umberto Romagnoli, *op. cit.*, p. 104.

⁶⁴ Alain Supiot, *op cit.*, p. 147.

⁶⁵ *Ibidem*.

Quienes preludieron la decadencia del contrato como un hecho incontrovertible, aceptaron también la necesidad de su existencia en el ámbito pequeño que “la sociedad actual deja a la libertad humana”,⁶⁶ unos mencionaron su ineficacia o inoperancia en los actos jurídicos que “no producen sus efectos”,⁶⁷ y otros hablaron de la frustración producida por la figura contractual, cuando “alteran las previsiones sustanciales que las partes tuvieron presentes al tiempo de celebrar el contrato”.⁶⁸

Sin embargo, el contrato aún existe para configurar vínculos jurídicos y producir efectos trascendentes en el mundo del derecho, aún cuando en materia de trabajo sea abundante la “variedad de atipicidades”.⁶⁹

Para infortunio del trabajo, “el poder que pierde el Estado lo gana la Empresa”.⁷⁰ Esta inoportuna inversión, mengua la estabilidad y derechos adquiridos, anula la práctica de la promoción profesional y “recurre al egoísmo como factor animador que reemplace a la solidaridad”,⁷¹ para acrecentar el “poder unilateral del empresario”.⁷²

VII. Simulación del contrato

El vocablo *simulación* deriva del latín *simulatio*, que significa *simulación, ficción, disimulo*. El simulador es *imitador, remedador, farsante, impostor*. Quien simula representa una cosa “fingiendo, o imitando lo que no es”.⁷³ También es la “alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato”.⁷⁴ En el derecho antiguo, diversas máximas y aforismos hicieron referencia de esta figura: *Simulata nullius momenti sunt* (Las cosas simuladas no tienen valor); *Actus simulatus nullius est momenti* (El acto simulado no tiene validez); *Acta simulata... veritatis substantiam mutare non possunt* (Los actos simulados no pueden alterar la esencia de la verdad).⁷⁵ Cuando se otorga un contrato simulado, se procura que “la máscara esté lo mejor hecha posible”.⁷⁶ La existencia del acto simulado es un problema arduo y delicado, difícil de probar judicialmente, porque los simuladores “adoptan las precauciones para ocultar la simulación”.⁷⁷ El dato que caracteriza a la simulación, es ciertamente una disconformidad entre lo declarado y lo realmente querido por las partes, “una declaración engañosa, falsa y una voluntad cierta pero oculta, no manifiesta”.⁷⁸

⁶⁶ Néstor de Buen Lozano, *La decadencia del contrato*, 2a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 291.

⁶⁷ Augusto M. Morello, *Ineficacia y frustración del contrato*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 76.

⁶⁸ Vicente Espert Sanz, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 261.

⁶⁹ Carlos Fuentes Puelma, *Estudios sobre derecho del trabajo y relaciones laborales*, Valparaíso, Edeval, 1996, p. 94.

⁷⁰ Osvaldo Montero de San Vicente, “Flexibilidad del trabajo y derecho del trabajo”, *La Flexibilización Laboral en Venezuela*, Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1991, p. 35.

⁷¹ Américo Plá Rodríguez, “Otra inversión de tendencias en el seguridad social: de la solidaridad al egoísmo”, *Civitas*, Revista Española de Derecho de Trabajo, núm. 56, noviembre-diciembre de 1992, p. 826.

⁷² Antonio Baylos, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Trotta, 1991, p. 72.

⁷³ Martín Alonso, *Enciclopedia del idioma*, t. III, N-Z, México, Aguilar, 1991, p. 3781.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ Jaime M. Mans Puigarnau, *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 444.

⁷⁶ Antonio Hernández Gil, *Obras completas*, t. III, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, p. 615.

⁷⁷ Ignacio Galindo Garfías, *Teoría general de los contratos*, México, Porrúa, 1996, p. 409.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 392.

Es elemento esencial de la simulación del contrato, que la “falsa apariencia cause perjuicio a terceros”;⁷⁹ en él se funda la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad del acto simulado. Este es el criterio que adopta el Código Civil para el D.F., en sus artículos 2181, 2182 y 2183. La simulación no es realidad sino ficción de realidad, se trata de “una mentira consciente para engendrar en los demás una ilusión falaz; de un disfraz”.⁸⁰ El negocio simulado es aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece.

Los elementos que intervienen en la simulación de un negocio jurídico son: 1. una declaración deliberadamente disconforme con la intención, 2. el acuerdo simulatorio entre los otorgantes, 3. la intención de engañar a terceros.⁸¹ La simulación es “el resultado de un acuerdo entre los contratantes”,⁸² sin él, sólo “sería aparente y no producirá efectos”.⁸³ En el mismo sentido, F. Messineo expresa la necesidad de existencia del acuerdo simulatorio, porque sin él, la “simulación no sería eficiente ni siquiera entre las partes; y se tendrían en cambio, dos declaraciones con reserva mental”.⁸⁴

En cuanto a la simulación de los actos jurídicos, el Código Civil para el D.F., establece: “es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas” (artículo 2180). Existe la simulación *absoluta*: “cuando el acto simulado nada tiene de real”. No produce efectos jurídicos (artículos 2181 y 2183) y es *relativa*: “cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter” (artículo 2181). Pueden pedir la nulidad de los actos simulados los terceros perjudicados o el Ministerio Público, después de la anulación de un acto simulado deberá restituirse la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere; pero si la cosa o derecho a pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá restitución (artículos 2183 y 2184).

Tal parece que el contrato de trabajo está “cargado de todas la energías utópicas”⁸⁵ que la han sido atribuidas a lo largo de los últimos siglos; el trabajo está *encantado* en el sentido de que ejerce “una fascinación de la que somos prisioneros”.⁸⁶ Todo parece indicar que ahora asistimos a una mayor “variabilidad del tipo legal de contrato de trabajo”.⁸⁷ La primera de ellas lo confina en “el mundo del trabajo típico en declive[...] y la segunda, propone su desaparición, *recontractualización* o retorno al derecho privado común”.⁸⁸ El sistema construido de formalización jurídica del trabajo asalariado, adquiere cada vez más

⁷⁹ *Ibidem*, p. 393.

⁸⁰ Francisco Ferrara, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Madrid, Librería general de Victoriano Suarez, 1926, p. 60.

⁸¹ Cfr. Francisco Ferrara, *op cit*, p. 61.

⁸² *Ibidem*, p. 65.

⁸³ Ignacio Galindo Garfias, *op cit.*, p. 393.

⁸⁴ F. Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentis Melendo, t. II, Doctrinas Generales, Buenos Aires, EJE, 1954, p. 447.

⁸⁵ Dominique Meda, *El trabajo*, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 231.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ José Luis Monereo Pérez, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, p. 93.

⁸⁸ María Emilia Casas Bahamonde, “Las transformaciones del derecho del trabajo y el futuro del derecho del trabajo”, *El Trabajo ante el Cambio de Siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 202.

un carácter fragmentario. La *pulverización* del tipo de *trabajador homogéneo* propicia el surgimiento y avance del *trabajador heterogéneo*, cuyo predominio transformó a la fábrica fordista en empresa red. Todo ello “provocó la quiebra de los míticos sistemas dogmáticos”.⁸⁹ El derecho del trabajo habrá de extenderse para incluir en su ámbito y extender una serie de derechos a otras formas de trabajo: “trabajos personales remunerados calificados de independientes o autónomos, pero económicamente dependientes”.⁹⁰ Es oportuno evocar a L. Mengoni, quien afirma “en realidad no existe el trabajo, sino hombres que trabajan”.⁹¹ En el mismo sentido Ripert expresó: “el trabajo es el hombre mismo en su cuerpo y en su espíritu”.⁹²

VIII. Simulación de las relaciones de trabajo

La simulación del vínculo jurídico-laboral, se ha convertido, desafortunadamente, en un mal endémico creciente que requiere con urgencia, encontrar la vacuna o el antídoto para detener estas prácticas perniciosas de mala fe, tanto en el sector público como en el privado.

Los trabajadores *exangües* por tantas penurias, enfrentan ahora la escasez, clandestinidad, precariedad y simulación que son la mácula predominante en el mundo del trabajo, ante las paupérrimas expectativas que ofrece la economía formal.

En la simulación, el fin típico del negocio diverge de la causa concreta o propósito de las partes, quienes pretenden crear una mera apariencia. Los sujetos “ocultan bajo la apariencia de un contrato, un propósito negocial distinto”.⁹³ Con la finalidad de “no celebrar negocio alguno (simulación absoluta) o celebrar otro distinto al aparente (simulación relativa)”.⁹⁴

La afinidad del contrato de trabajo con otras figuras contractuales, permite que algunas relaciones personales queden encuadradas en figuras civiles (contrato de prestación de servicios profesionales) o mercantiles (comisión mercantil).

La forma de diferenciación más eficaz es la de considerar que un contrato de trabajo se define por “su propio contenido al margen del concepto o nombre atribuido por las partes”.⁹⁵ Esta solución es la que adopta la Ley Federal del Trabajo actual, en su artículo 20, al establecer: “Se entiende por relación de trabajo, *cualquiera que sea el acto que le dé origen* y por contrato individual de trabajo, *cualquiera que sea su forma o denominación*”. Más adelante, es decir, en el artículo 21, establece la presunción de la existencia del vínculo contractual y de la relación de trabajo *entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe*. Sin embargo, tal parece que esto no ha sido suficiente para evitar que auténticas relaciones laborales sean contratadas por la vía civil o mercantil, circunstancia que va en detrimento del trabajador, la seguridad social y compromisos fiscales que se eluden.

⁸⁹ José Luis Monereo Pérez, *op cit.*, p. 96.

⁹⁰ María Emilia Casas Bahamonde, *op cit.*, p. 204.

⁹¹ L. Mengoni, *Le contrat de travail en droit italien*, CECA, Eurolibri, 1966, p. 421.

⁹² G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, París, LGDJ, 1955, p. 276.

⁹³ Antonio Martín Valverde, *et al.*, *Derecho del trabajo*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2000, p. 494.

⁹⁴ *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, PRO-ZON, Madrid, Civitas, 1994, p. 6217.

⁹⁵ Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Álvarez de la Rosa, *Derecho del trabajo*, 9ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Román Areces, 2001, p. 657.

IX. La condición de licitud en el objeto de los contratos y las relaciones de trabajo. La constitución de 1857 condicionó el ejercicio de profesión, industria y trabajo; estos debían ser útiles y honestos.⁹⁶ La libertad de trabajar se hace extensiva “a todo gobernado, a todo habitante de la República”,⁹⁷ sin importar condición particular (edad, nacionalidad, sexo, raza, etcétera). Esta garantía protege tanto la actividad manual como la intelectual.

La licitud es un ingrediente indispensable para el ejercicio de esta libertad, es decir, las conductas deben cumplir con “los deberes prescritos en las normas jurídicas”.⁹⁸

Por lo tanto, una ocupación o trabajo son ilícitos “cuando contravienen a una disposición jurídica que así lo establece”,⁹⁹ a juicio de una autoridad con facultades para determinar y sancionar dichas conductas. En México, el Código Civil para el Distrito Federal, establece en el artículo 8° que “los actos ejecutados contra las leyes prohibitivas o de interés público, serán nulos” y el 1830 alude a la ilicitud de los hechos “contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”.

Un acto ilícito puede definirse como “un acto contrario a una norma regulatoria de mandato”.¹⁰⁰ Cuando está prohibido en “disposición expresa de la ley o viola las normas de orden público, los principios de la moral y las buenas costumbres”.¹⁰¹ Por tal circunstancia, “un hecho contrario a las leyes no puede ser objeto de obligación”.¹⁰²

Lo que se califica como ilícito es una conducta activa u omisiva, que se encuentra en “conflicto con una disposición prohibitiva de la ley, con principios de orden público o con las buenas costumbres”.¹⁰³

La consecuencia que deriva del acto ilícito es la obligación del actor de “restablecer el equilibrio jurídico, reparando el daño”.¹⁰⁴

El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de terceros (Artículo 5°). En opinión de Burgoa se trata, más bien, de una posibilidad de limitación la cual se actualiza por determinación o sentencia judicial.¹⁰⁵

Ahora bien, esta resolución tiene que ser dictada por los jueces o tribunales, puesto que no comprende a las autoridades administrativas, según sostiene tal atribución la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia.¹⁰⁶

⁹⁶ José Barragán Barragán, “La libertad de trabajo, profesión y la cuestión obrera en la Constitución de 1917”, publicado en el *Anuario Jurídico*, XVII, México, UNAM, 1990, p. 16.

Don Venustiano Carranza sustituyó los conceptos anteriores por el de [...] *siendo licito*, la Comisión en su dictamen utilizó el plural [...] *siendo lícitos*, y justificó el abandono de los vocablos usados por la Constitución de 1857, porque éste era más preciso que aquéllos.

⁹⁷ Ignacio Burgoa, “*Las garantías individuales*”, 23ª. ed., México, Porrúa, 1991, p. 313.

⁹⁸ Efraín Polo Bernal, *Breviario de garantías constitucionales*, México, Porrúa, 1993, p. 79.

⁹⁹ Juventino V. Castro, *Garantías y amparo*, 6ª. Ed., México, Porrúa, 1989, p. 82.

¹⁰⁰ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, p. 23.

¹⁰¹ Ignacio Galindo Garfias, *Teoría de las obligaciones*, México, Porrúa, 2000, p. 120.

¹⁰² R. J. Pothier, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Heliasta, 1978, p. 80.

¹⁰³ Vittorio Scialoja, *Dizionario privato*, vol. I, Casa Editrice, Dottor Francesco Vallard, Milano, 1931, p. 363.

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ Cfr. Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 23ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 312.

¹⁰⁶ REGLAMENTACION DEL ARTICULO 4° CONSTITUCIONAL, FACULTAD DE.- La facultad para reglamentar el artículo 4° (hoy 5°) constitucional es exclusiva del Poder Legislativo de los Estados de la Unión y la reglamentación que hagan las autoridades administrativas es anticonstitucional (Apéndice al

Respecto a la Ley General de Profesiones para el Distrito Federal, la Suprema Corte de Justicia, en jurisprudencia firme, ha declarado inconstitucional, especialmente en sus artículos 15, 18 y 20, que prohíben a los extranjeros el ejercicio de las profesiones que reglamenta, no obstante que los mismos ostenten título legalmente expedido en el país o legalmente reconocido por las autoridades competentes, ya que las garantías que la Constitución consagra, son para todos los habitantes sin distinción de nacionalidades, no pudiendo restringirse ni aún a título de reglamentación sobre nacionalidad y condición jurídica de extranjeros a que se refiere el artículo 73, fracción XVI, de la propia Carta Magna.

En cuanto a las relaciones y contratos de trabajo, la ley de la materia dispone que “obligan a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a las normas de trabajo, a la buena fe y a la equidad” (Artículo 31).

X. Fraude a la ley

La figura del *fraude* fue tipificada en el derecho antiguo, en diversos aforismos: *Fraus omnia vitiatur* (El fraude todo lo vicia), *Ab omni negotio fraus abesto* (El fraude ha de ser excluido de todo negocio). Para Ripert, *fraude a la ley* es “eludir la aplicación de la ley que sería normalmente aplicable”.¹⁰⁷ En opinión de Bonnetcase, *defraudar la ley* es “eludir la aplicación, porque esta produce efectos contrarios a los interesados o a su voluntad”.¹⁰⁸ Según J. P. Niboyet, la noción de *fraude a la ley* es “el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica, por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley”.¹⁰⁹ En versión actual, Manuel Atienza considera que “el *fraude a la ley* se caracteriza por implicar la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva. Se realiza con el propósito de conseguir un resultado que prohíbe aquella norma”.¹¹⁰

En las últimas décadas, hemos observado con frecuencia la elusión reiterada de las normas laborales, por parte de los empleadores, en México. El trabajo ya no se contrata con arreglo a las leyes laborales; se busca que no surjan efectos ni compromisos derivados de ellas. Abundan innumerables *contratos atípicos*, que invaden al mundo del trabajo sin tener su naturaleza, porque corresponde al derecho privado regularlos. El vínculo laboral se externaliza, queda excluido de la posibilidad reglamentaria, producto del ingenioso fraude a las leyes del trabajo propiciado por empresarios con escasa ética y de mala fe, asesorados por abogados sin probidad, en actitud temeraria vulneran y propician intencionalmente la ineficaz aplicación de las leyes del trabajo. Estas conductas y prácticas ilícitas, simuladas y

tomo XXXVI, tesis 118, pág. 239. Apéndice al tomo LXIV, tesis 412, pág. 511 y Apéndice al tomo LXXXVI, tesis 120, pág. 247).

¹⁰⁷ Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, quatrième édition, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, p. 327.

¹⁰⁸ Julien Bonnetcase, *Elementos de derecho civil*, trad. Lic. José M. Cajica Jr., t. III y último, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985, p. 75.

¹⁰⁹ J. P. Niboyet, *principios de derecho internacional privado*, trad., Andrés Rodríguez Ramón, México, Editora Nacional, 1969, p. 441.

¹¹⁰ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos Atípicos*, Madrid, editorial Trotta, 2000, p. 74.

fraudulentas, constituyen un mal endémico que debe combatirse con energía y severidad, hasta lograr su erradicación.

XI. Abuso del derecho

El vocablo *abuso* tiene diversas connotaciones, entre ellas significa arbitrariedad, atropello, exceso e injusticia. En Roma se habló del *summum jus, summa injuria*, lo cual indica repudio al abuso del derecho. *Sic utere iure tuo, ut alienum non laedas* (Debes usar de tu derecho, de modo que no perjudiques al ajeno), *malus usus est abolendus* (el uso malo ha de ser abolido).

La figura del *abuso del derecho* era sancionada con severidad en el derecho antiguo, el litigante “temerario era fuertemente castigado”.¹¹¹ El demandante o demandado que entablaba acciones o sostenía la oposición a sabiendas de que carecía de fundamento, estaba sujeto a diversas acciones en su contra. La acción de calumnia, el *contrarium iudicium*, la de juramento o la de *restipulatio*, eran las vías que brindaba el derecho romano a aquellas personas que “hubieran sido víctimas de la temeridad de un litigante”.¹¹² En las famosas instituciones de Justiniano, capítulo XVI, libro IV, *De poena Temere Litigantium* establece: “Conviene ahora advertir que, quienes aplicaban el derecho antiguamente ponían gran cuidado de que los hombres no procedieran con facilidad a los litigios, lo que también es nuestro anhelo”.¹¹³ Es decir, se pretendía “impedir la temeridad, tanto en el demandante como en aquel a quien se demanda”.¹¹⁴

La figura del *abuso del derecho* surge como una creación jurisprudencial y doctrinal francesa, en la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del XX, se generaliza después por los diversos sistemas jurídicos. Su inserción en los códigos pretendió corregir formalismos legales y absolutismos de los derechos, entre ellos el de propiedad. La primera manifestación jurisprudencial destaca en la sentencia de la Corte de Colmar, de 2 de mayo de 1855, en la que se afirma que el ejercicio de derecho de propiedad debe tener por

límite la satisfacción de un interés serio y legítimo[...]también la sentencia del Tribunal de Compiègne, de 19 de febrero de 1913, estableció que el titular de un derecho no puede ejercerlo para un fin distinto de aquel que le ha sido reconocido por el legislador.¹¹⁵

En los sistemas jurídicos del *common law* no se ha desarrollado la figura del *abuso del derecho* como una institución jurídica, aunque es de uso común la expresión *abuse of right* o *abuse of freedom*. El Código civil español, en su artículo 7.2,

La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto y omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a

¹¹¹ J. Emilio López, *El abuso del derecho*, La Justicia, t. XXVII, No. 440, México, enero. 1967, p. 25.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ *Ibidem*, p. 26.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, op. cit., p. 35.

la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso.¹¹⁶

En el abuso del derecho hay una violación, dentro de los límites formales de un derecho o de una norma, de los valores contenidos en ellos o de la idea axiológica ínsita en el derecho subjetivo o en la norma. Sólo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades del hombre. Mientras las personas actúen dentro de esos límites, no hay por qué investigar su intención. Es necesario que los hombres tengan seguridad jurídica como base para desenvolver sus actividades, que sepan de manera clara y definida que es lo que pueden y lo que no pueden hacer. La única manera de fijar de un modo cierto ese campo de acción, es la ley. Nadie puede “ejercer abusivamente una facultad legal”.¹¹⁷ El *abuso del derecho* se nos presenta como “una desviación del derecho”.¹¹⁸ Aunque a veces resulte paradójico, como expresa Josserand, “del mal nace el bien: *ex malo bonum*. En el terreno jurídico como en la tierra, sucede que la flor más delicada nace y se abre en una charca: de la negación misma del derecho se ve brotar el derecho en toda su equidad y su pureza”.¹¹⁹

El Código Civil del Distrito Federal, incorpora disposiciones que limitan el *abuso del derecho*, en los artículos 16, 17, 840 y 1912.¹²⁰

En las relaciones de trabajo, el *abuso del derecho*, en el sentido expuesto, tal parece que se ha convertido en una característica que mancha de manera indeleble, el mundo de la pobreza laboriosa, porque la ética de los negocios termina por “dormitar cuando lo económico logra colonizar el derecho del trabajo en perjuicio de lo social”.¹²¹ Los abusos existen por la falta de ética y buena fe empresarial, ellos lo promueven y “la indiferencia de la sociedad lo acepta”.¹²² Es el momento de hacer prevalecer los principios que cimentan las sólidas estructuras del derecho laboral, ellos están nutridos de valores e ideales que no pueden abandonarse, tienen la suficiente fecundidad para no quedar aprisionados por la flexibilidad que entraña simulación, fraude y abuso. Hay que saber extraer de ellos, “la riqueza potencial con la sabia que puedan tener”.¹²³ Para engendrar nuevos modelos y

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 37.

¹¹⁷ Guillermo A. Borda, El abuso del derecho, *Revista del Foro*, Año LXXVIII, No. 1, Colegio de Abogados de Lima, Perú, enero- junio de 1990, p. 79.

¹¹⁸ Louis Josserand, *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Colombia, Temis, 1999, p. 7.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 33.

¹²⁰ Art. 16.- Los habitantes del Distrito federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este código y en las leyes relativas.

Art. Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro: obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, mas el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

Art. 840.- No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario.

Art. 1912.- Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar daño, sin utilidad para el titular del derecho.

¹²¹ Umberto Romagnoli, “Las transformaciones del derecho del trabajo”, *Debate laboral*, Revista Americana e Italiana de Derecho del Trabajo, Año V, No. 12, Costa Rica, 1992, p. 6.

¹²² Oscar Hernández Álvarez, *La ética y el fraude en las relaciones de trabajo*, Revista Laboral, Año VI, No. 65, 1998, p. 8.

¹²³ Américo Plá Rodríguez, *op cit.*, p. 1180.

accionar en un mundo hostil y adverso, que pretende arrasar al majestuoso y sólido edificio del trabajo.

XII. La huida del derecho del trabajo

El vocablo *huir*, significa “apartarse con celeridad y presteza de algún sitio”.¹²⁴ *Huida* es la “acción y efecto de escapar”,¹²⁵ aún cuando a veces el péndulo de la vida se mueva con lentitud, como diría Romain Rolland.

¿Porqué escapan a la regulación laboral, actividades que por su naturaleza corresponde incluir? A pesar de que el derecho del trabajo -como bien lo ha expresado Umberto Romagnoli- es “un derecho a la medida del hombre”,¹²⁶ que se rehace sobre equilibrios siempre nuevos. esta rama jurídica es “ciertamente un modelo para armar”.¹²⁷

El derecho del trabajo ha permanecido confinado en exclusiva en el mundo del trabajo típico, ahora en declive con grandes fracturas sociales que, de mala fe, inducen al retorno del derecho privado. La doctrina ha señalado que la voluntad contractual no puede establecer la naturaleza del contrato mediante la construcción de un contrato atípico, en el que se incluya la subordinación del trabajo. ¿Podrá continuar y permanecer el derecho del trabajo como regulador del contrato de los trabajadores asalariados? o, ¿deberá optar por una ampliación de su ámbito tradicional hacia nuevas relaciones jurídicas del trabajo?

El derecho del trabajo “no es inmune al tiempo”,¹²⁸ tampoco una creación jurídica cuya estructura no resista los embates del egoísmo económico o las transformaciones que imponen los nuevos modelos productivos. La diversidad creciente de los contratos que remuneran el trabajo, en actividades *realmente subordinadas* y los empresarios *realmente independientes*, han propiciado el surgimiento de otras modalidades, que “son jurídicamente *independientes* o *autónomas* pero económicamente dependientes”.¹²⁹ Esta evolución repercute poderosamente en la protección que ofrece el derecho laboral. Uno de sus efectos dañinos es la

inseguridad en el trabajo, la extensión de una *zona gris* entre el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, la existencia de personas o empresas subcontratantes jurídicamente independientes, pero económicamente dependientes de uno o varios clientes contratantes y trabajadores jurídicamente dependientes que se parecen cada vez más a los trabajadores autónomos.¹³⁰

Las intenciones de los pseudoprivatizadores o falsos profetas del neoliberalismo, pretenden “la demolición de las murallas, en el momento en que los enemigos se

¹²⁴ Manuel Rodríguez-Navas y Carrasco, *Diccionario general y técnico hispanoamericano*, vol. I, A-G, Barcelona, Editorial Selección, 1918, p. 985.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 985.

¹²⁶ Umberto Romagnoli, “Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D’Antona”, en *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajo*, Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 309.

¹²⁷ Antonio Baylos, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Editorial Trotta, 1991, p. 148.

¹²⁸ María Emilia Casas Bahamonde, *op. cit.*, p. 203.

¹²⁹ Alain Supiot, “Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa”, Ginebra, *Revista Internacional del Trabajo*, vol., 118, núm 1, 1999, p 38.

¹³⁰ *Ibidem*, p 38

acercan”¹³¹ para franquear el paso y destruir la relación de intercambio en la que se fundó el régimen del trabajo asalariado, es decir, “subordinación a cambio de seguridad”¹³². Quedan así trastocadas sin que hayan sido definidas las bases del nuevo intercambio. No se puede pretender por mucho tiempo que los trabajadores continúen entregando sus mejores esfuerzos a la producción cuando esta no les ofrece porvenir alguno, más vale que el capital “vuelva a interesarse por hacer trabajar a los hombres”¹³³.

La ética de los negocios termina por “dormitar cuando lo económico logra colonizar el derecho del trabajo en perjuicio de lo social”¹³⁴

Es necesario recuperar para el derecho del trabajo *las nuevas formas*, no necesariamente *subordinadas* y, por tanto, ajenas al vínculo jurídico tradicional, del cual *huyen* para cruzar la frontera del contrato de trabajo, hacia un *empleo sin derechos*, precario o atípico, el cual ha proliferado, de tal manera que “ya no tiene sentido calificarlo de atípico”.¹³⁵ El problema radica en que estas formas continúen “ajenas a las normas laborales”.¹³⁶ Urge reencauzar esta relación hacia un *empleo con derechos*. Innovar no es destruir la regulación jurídico-laboral, sino protagonizar su actualización y cambio.

La *deslaboralización*, como “proceso de exclusión del sistema de tutela jurídico-laboral y la sustitución por otro complejo de reglas”,¹³⁷ han propiciado su huida involuntaria. En ella han intervenido diversos factores: la sociedad tecnológica, el proceso privatizador, la liberalización comercial, esta última se ha convertido en una especie de “monstruo vilipendiado”,¹³⁸ por casi todos. Pero, además, esta huida hacia el derecho privado ha significado, en realidad, “una huida de todo derecho”.¹³⁹ De nueva cuenta el derecho privado ha invadido las fronteras, sin respetar límites, para intervenir en las relaciones jurídicas que corresponden al derecho laboral. Así lo demuestran los hechos que “son más tozudos que los propios razonamientos jurídicos”.¹⁴⁰

¹³¹ Ignacio Borrajo Iniesta, “El intento de huir del derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, núm 78, abril-junio, 1993, p 249

¹³² Alain Supiot, “Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa”, Ginebra, *Revista Internacional del Trabajo*, vol., 118, núm 1, 1999, p 38

¹³³ Gérald Lyon- Caen, “A modo de conclusión: La transición de una situación a otra en derecho laboral”, Ginebra, *Revista Internacional del Trabajo*, vol 115, núm 6, 1996, p 760.

¹³⁴ Umberto Romagnoli, “Las transformaciones del derecho del trabajo”, *Debate Laboral*, Revista Americana e Italiana de Derecho del Trabajo, San José Costa Rica, año V, núm 12(3), 1992, p 7.

¹³⁵ Andries de Grip, J. Hoevenberg y E. Willems, “Empleo atípico en la Unión Europea”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116, núm. 1, Ginebra, OIT, 1997, p. 58.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Antonio Baylos, “La huida del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización”, *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 36.

¹³⁸ Ajit K. Ghose, “La liberalización comercial, el empleo y la desigualdad en el mundo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119, núm. 3, 2000, p. 311.

¹³⁹ Mariano Bacigalupo Saggese, “El derecho público ante la privatización y liberalización de los servicios de interés general: ¿repliegue o transformación?”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 16, 2000, p. 161.

¹⁴⁰ Federico A. Castillo Blanco, “Las problemáticas fronteras entre el derecho laboral y el derecho administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, abril-junio de 1995, p. 194.

XIII. ¿Hacia la transformación o difuminación del ámbito de aplicación de las leyes laborales?

El derecho del trabajo contemporáneo, después de haber contribuido al bienestar de la pobreza laboriosa, valorizando su dignidad y buscando persistentemente mejores condiciones de vida, ahora enfrenta inquietudes y cuestionamientos sobre su legitimidad histórica. En las últimas décadas, el panorama no ha sido muy claro, se ha caracterizado por escenificar, para el trabajo, un oscuro porvenir envuelto entre las sombras de la incertidumbre, ambigüedades que angustian a los trabajadores frente a la mirada indiferente de los neoliberales triunfantes y comunistas arrepentidos, quienes proclaman que el viento de la historia inflará más las velas de las naciones burguesas con sus economías, para borrar las fronteras bien delineadas que hasta ahora ha trazado el derecho del trabajo, para confundir y perturbar -con su vagabundeo ideológico, falso y prevaricador- a las figuras jurídicas laborales, existentes en simulación absoluta, con la pretensión de *difuminar*, *deslaborizar*, *desregular* para terminar el compromiso que imponen las ataduras del vínculo laboral, porque en apariencia la huida hacia el derecho privado ofrece mejores expectativas económicas, sin cargas sociales estorbosas para el capital, por lo tanto, la tendencia es eludir, excluir, sacar del vínculo jurídico-laboral, toda relación. Pero olvidan, una vez más, que la energía humana tiene la persistencia y el tesón de *Sísifo*, quien condenado a empujar una enorme piedra hacia la cumbre, cuando estaba cerca de ésta, volvía a rodar hacia la llanura, pero *Sísifo*, obcecado, no desistía y continuaba su tarea de nuevo, sin reposo. Este ejemplo lo ha aprendido, a lo largo del tiempo, el derecho del trabajo; ha sido su gran reto, por ello será siempre, el incansable *Sísifo*, en el “reafirmar, reproponer y proteger al hombre de las duras leyes no escritas de la producción y la ganancia”.¹⁴¹ Desafortunadamente, la ética de los negocios termina por “dormitar cuando lo económico logra colonizar el derecho del trabajo, en perjuicio de lo social”.¹⁴²

La desregulación o deslaborización, ha entregado a los empresarios un exceso de instrumentos y herramientas que les permiten apartarse del compromiso laboral, tales como: empleo precario y temporal, reducción de la tutela, flexibilidad en todos los sentidos, externalización del trabajo con sus atipicidades, intencionalmente encausadas hacia el derecho privado. Lo que no se debe olvidar es, que el derecho del trabajo es zona telúrica del ordenamiento jurídico y sus “fuentes de producción, son el epicentro”.¹⁴³ La morfología del derecho del trabajo radica en la identidad de sus elementos constitutivos, en la energía humana, fuente de toda riqueza y valor supremo de la vida social.

El derecho del trabajo debe defender su territorio, no permitir invasiones absurdas o arbitrarias, para ello debe empezar por “estudiar la mejor manera de combatir el trabajo informal”.¹⁴⁴

¹⁴¹ Umberto Romagnoli, *op cit.*, p. 8.

¹⁴² *Ibidem*, p. 7.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 9.

¹⁴⁴ Américo Plá Rodríguez, “La actual conjuntura del derecho laboral”, Descentralización Productiva y Nuevas Formas Organizativas del Trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, (Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999), *Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales*, núm 28, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, p. 1174.

XIV. Reflexión final

En los tiempos actuales las relaciones de trabajo se han apartado, desafortunadamente, de la solidez que imprimen los principios que le dan fuerza y vigor, entre ellos el de la *buena fe*, que ha sido el faro orientador e iluminador que induce el camino de los deberes y obligaciones reciprocas honestas con probidad y rectitud. Los *aurispices* obcecados y los *epígonos* fervorosos de los falsos profetas neoliberales se afanan en distorsionar para hacer descender en forma abrupta a los trabajadores por los escarpados senderos que los conducen con extrema rapidez hacia los infiernos de la pobreza. Los coadjutores y prosélitos en su amnesia pretenden inventar nuevos caminos y rutas siniestras para el derecho del trabajo, perturban, simulan, ocultan y defraudan las leyes del trabajo para evadir todo compromiso y responsabilidad social. ¡Que pronto han olvidado! que el camino anchuroso ya fue trazado por la Revolución sangrienta de 1910 y está rubricado con el sello de lo eterno por el constituyente de Querétaro en el artículo 123. El cual determina con perfil claro e inconfundible la naturaleza de la relación jurídico-laboral y proyecta con sus resplandores la silueta de la expresión más avanzada de la cultura jurídica: La justicia social.

XV. Bibliografía

- ÁLAMO, Martín, *Enciclopedia del idioma*, t III, 1ª reimpresión, Madrid, Aguilar, 1958.
- ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia Casas Baamonde, *Derecho del trabajo*, 10ª ed., Madrid, Universidad de Madrid, 1987.
- ALONSO, Martín, *Enciclopedia del idioma*, t. III, N-Z, México, Aguilar, 1991.
- ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, “*El derecho público ante la privatización y liberalización de los servicios de interés general: ¿repliegue o transformación?*”, Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 16, 2000.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, José, “*La libertad de trabajo, profesión y la cuestión obrera en la Constitución de 1917*”, publicado en el Anuario Jurídico, XVII, México, UNAM, 1990.
- BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Editorial Trotta, 1991.
- , “*La huida del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización*”, El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- , *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Madrid, Trotta, 1991.
- BLÁSQUEZ FRAILE, Agustín, *Diccionario latino español*, Barcelona, Editorial Ramón Sopena, 1946.
- BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil*, trad. Lic. José M. Cajica Jr., t. III y último, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985.
- BORDA, Guillermo A., *El abuso del derecho*, Revista del Foro, Año LXXVIII, No. 1, Colegio de Abogados de Lima, Perú, enero- junio de 1990.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio, “*El intento de huir del derecho administrativo*”, Revista Española de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, núm 78, abril-junio, 1993.
- BUEN LOZANO, Néstor de, *La decadencia del contrato*, 2a. ed., México, Porrúa, 1986.
- BURGOA, Ignacio, “*Las garantías individuales*”, 23ª. Ed., México, Porrúa, 1991.
- , *Las garantías individuales*, 23ª ed., México, Porrúa, 1991.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, t I, Buenos Aires, Bibliográfica, Omeba, 1968.

MASCARENAS, Carlos E., *Nueva enciclopedia jurídica*, t III., Barcelona, Francisco Seix, 1951.

CASAS BAHAMONDE, María Emilia, “*Las transformaciones del derecho del trabajo*, en *El Trabajo ante el Cambio de Siglo; un Tratamiento Multidisciplinar*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

CASTILLO BLANCO, Federico A., “*Las problemáticas fronteras entre el derecho laboral y el derecho administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público*”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, abril-junio de 1995.

CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 6ª. Ed., México, Porrúa, 1989.

CHATELAIN, Emilio, *El contrato de trabajo*, trad. Adolfo Posada, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1903.

DELL’OLIO, Mateo, “*La subordinazione nell’esperienza italiana*”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, vol. 3, Padova, Cedam, 1998.

DÍEZ-PICAZO, L., *Prólogo a la obra de F. Wiacker, El principio de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1977.

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, t V., Italia, Giuffrè editore, 1959.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA, t I, ABA-COR, Madrid, Editorial Civitas, 1995.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA, t. IV, PRO-ZON, Madrid, Civitas, 1994.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, t II, Buenos Aires, 1955.

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t I., Bogotá, Temis, 1977.

ESPERT SANZ, Vicente, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, Tecnos, 1968.

FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Madrid, Librería general de Victoriano Suarez, 1926.

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, *La buena fe*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1984.

FUENTES PUELMA, Carlos, *Estudios sobre derecho del trabajo y relaciones laborales*, Valparaíso, Edeval, 1996.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Teoría de las obligaciones*, México, Porrúa, 2000.

- , *Teoría general de los contratos*, México, Porrúa, 1996.
- GARRONE, José Alberto, *Diccionario jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t I., 1986.
- GHOSE, Ajit K., “La liberalización comercial, el empleo y la desigualdad en el mundo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119, núm. 3, 2000.
- GRIJALBA, Alfonso R. de, *El contrato de trabajo*, 2a. ed., Madrid, Librería Española y Española Príncipe, 1902.
- , *El contrato de trabajo*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, 1902.
- GRIP, Andrés de, J. Hoevenberg y E. Willems, Empleo atípico en la Unión Europea, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116, núm. 1, Ginebra, OIT, 1997.
- GUILLERMO DURÁN, Juan, “Reflexiones sobre la buena fe en el derecho”, Bogotá, 1988.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar, *La ética y el fraude en las relaciones de trabajo*, Revista Laboral, Año VI, No. 65, 1998.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras completas*, t I, Madrid, Espasa-Calpe, 1987.
- , *Obras completas*, t. III, Madrid, Espasa-Calpe, 1988.
- JOSSERAND, Louis, *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Colombia, Temis, 1999
- , *De L'sprit des droits et de leur relativité*, París, 1939.
- KAHN-FREUD O., *Trabajo y derecho*, trad. J.M. Galiana, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1987.
- LÓPEZ, J. Emilio, *El abuso del derecho*, La Justicia, t. XXVII, No. 440, México, enero. 1967.
- LYON- CAEN, Gérald, “A modo de conclusión: La transición de una situación a otra en derecho laboral”, Ginebra, Revista Internacional del Trabajo, vol 115, núm 6, 1996.
- MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979.
- , *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, *et al.*, *Derecho del trabajo*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2000.
- MEDA, Dominique, *El trabajo*, Barcelona, Gedisa, 1998.
- MENGONI L., *Le contrat de travail en droit italien*, CECA, Eurolibri, 1966.

- MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentis Melendo, t. II, Doctrinas Generales, Buenos Aires, EJE, 1954.
- MOLINER, María, *Diccionario del uso del español*, H-Z, 6ª ed., Madrid, Editorial Gredos, 1977.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996.
- MONTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, “Flexibilidad del trabajo y derecho del trabajo”, *La Flexibilización Laboral en Venezuela*, Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1991.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 18ª ed., Madrid, Tecnos, 1997.
- MORELLO, Augusto M., *Ineficacia y frustración del contrato*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975.
- MOZOS, José Luis de los, *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, 1965.
- NIBOYET, J. P., *Principios de derecho internacional privado*, trad., Andrés Rodríguez Ramón, México, Editora Nacional, 1969.
- NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario del latín jurídico*, Barcelona, Bosch Editor, 1999.
- NOVADO FERNÁNDEZ, María José, *El ejercicio del derecho del honor (por el trabajador) en el contrato de trabajo*, Colección Laboral No. 85, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y Manuel Álvarez de la Rosa, *Derecho del trabajo*, 9ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Román Areces, 2001.
- , *Derecho del trabajo*, 8ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Román Areces, S.A., 2000.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “La actual conyuntura del derecho laboral”, Descentralización Productiva y Nuevas Formas Organizativas del Trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, (Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999), Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, núm 28, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2000.
- , “Otra inversión de tendencias en el seguridad social: de la solidaridad al egoísmo”, *Civitas*, Revista Española de Derecho de Trabajo, núm. 56, noviembre-diciembre de 1992.
- POLO BERNAL, Efraín, *Breviario de garantías constitucionales*, México, Porrúa, 1993.

POLO, Antonio, *Del contrato a la relación de trabajo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941.

POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Heliasta, 1978.

RERUM NOVARUM, párrafo 44, (Cualidad del trabajo).

RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, quatrième édition, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

—, *Les forces créatrices du droit*, París, LGDJ, 1955.

RODRÍGUEZ-NAVAS Y CARRASCO, Manuel, *Diccionario general y técnico hispanoamericano*, vol. I, A-G, Barcelona, Editorial Selección, 1918.

ROMAGNOLI, Umberto, “Las transformaciones del derecho del trabajo”, *Debate laboral*, Revista Americana e Italiana de Derecho del Trabajo, Año V, No. 12, Costa Rica, 1992.

—, “Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D’Antona, en *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajo*, Barcelona, Marcial Pons, 2001.

—, “*Técnicas normativas de gestión del trabajo*”, trad. Adolfina Catalano, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1988.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, “*Problemática de la buena fe en el ordenamiento jurídico*”, Tapia, Madrid, 1990.

SCIALOJA, Vittorio, *Dizionario privato*, vol. I, Casa Editrice, Dottor Francesco Vallard, Milano, 1931.

SUPIOT, Alain, *Crítica del derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, trad. José Luis Gil y Gil, 1996.

—, “*Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa*”, Ginebra, Revista Internacional del Trabajo, vol., 118, núm 1, 1999.

TREU, Tiziano, “*Il diritto del lavoro: reantá e possibilità*”, Argomenti di Diritto del Lavoro, vol. 3, Padova, Cedam, 2000.

Perspectivas sindicales en la reforma laboral

Roberto Charis Gómez*

SUMARIO: 1.- Ubicación del Tema. 2 Proyecto del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional. 2.1. Generalidades. 2.2 Exposición de Motivos 2.3 Contenido Normativo. 3. Proyecto del Partido de la Revolución Democrática-UNT. 3.1 Generalidades. 3.2 Exposición de Motivos 3.3 Contenido Normativo. 4. Proyecto del Congreso del Trabajo y del Sector Empresarial (Proyecto Abascal). 4.1 Generalidades. 4.2 Contenido Normativo 5. Dictamen de las Comisiones del Congreso de la Unión 6. Perspectivas Sindicales. Bibliografía.

1. Ubicación del tema

La inquietud por realizar la reforma laboral continúa en México; aunque todo indica que esta pretensión, finalmente, se orientará particularmente a la modificación de la Ley Federal del Trabajo.* En este orden de ideas, los actores, a través de sus representantes, así como los Partidos Políticos, han formulado Proyectos e Iniciativas, que han hecho llegar a las instancias correspondientes, y que por su contenido o por la fuerza política que representan, deben ser motivo de atención. Así, nos permitimos analizar los Proyectos de los Grupos Parlamentarios del Partido Acción Nacional; del Partido de la Revolución Democrática-Unión Nacional de Trabajadores, del Congreso del Trabajo y del Sector Empresarial, Proyecto Abascal; y finalmente, el Dictamen de la Comisión de Trabajo y de la Previsión Social del Congreso de la Unión. La parte que se analiza, corresponde a las Relaciones Colectivas de Trabajo, entre ellas sobresale la institución sin restarle importancia a la contratación colectiva y la huelga.

2. Proyecto del grupo parlamentario del partido acción nacional

2.1 Generalidades

El Proyecto fue elaborado por el Dr. Néstor de Buen Lozano y el licenciado Carlos de Buen Unna, y entregado al Congreso de la Unión por los senadores Gabriel Jiménez Remus y Juan de Dios Castro Lozano, en julio de 1995. Este documento cuenta con una Exposición de Motivos y con un total de 731 artículos.

*Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Investigador Nacional.

* Recomendamos el siguiente estudio: ¿Debe Modificarse la Ley Federal del Trabajo?, en CHARIS GOMEZ, Roberto, *Estudios de Derecho del Trabajo*, Porrúa, México, 1997, pp. 1-15.

2.2 Exposición de Motivos

En la Exposición de Motivos se expresa: “la reforma de las disposiciones sobre el tema del derecho colectivo del trabajo, constituye un apartado en el que se deja a un lado, teóricamente, el sentido tutelar del mismo a favor de la clase trabajadora y el estado asume una función de guardián del equilibrio entre los factores de la producción, reconociendo los derechos colectivos y estableciendo el cauce adecuado para su ejercicio, obviamente sin inclinarse a favor de ninguna de las partes”; es decir, el Estado decide ser factor de equilibrio entre el capital y el trabajo.

Se elimina la referencia que exige que los sindicatos se constituyan con trabajadores en servicio activo; pues se dice, hay organizaciones sindicales de trabajadores habitualmente temporales, como artistas, músicos, deportistas, etc. Asimismo, el proyecto autoriza la inclusión de los extranjeros en la directiva sindical; aunque privilegia a los mexicanos con una participación mayoritaria.

El Proyecto elimina la prohibición sindical de intervenir en asuntos religiosos o ejercer la profesión de comerciantes con ánimo de lucro. Además, suprime la obligación de las federaciones y confederaciones sindicales de registrarse ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social; pues la obligación consistirá en depositar los documentos constitutivos ante dicha Secretaría.

Se prevé la formación de pactos colectivos, que sustituyen al contrato colectivo, de carácter general para una rama de la industria, que establezcan mínimos y máximos con la finalidad de que se adapten a las condiciones particulares de cada empresa o establecimiento por la vía de los pactos colectivos de carácter particular. Se consigna que las revisiones podrán modificar hacia arriba o hacia abajo las condiciones de trabajo, sin afectar a los derechos mínimos de la clase trabajadora consignados en las leyes.

El Proyecto considera a las huelgas como instrumentos de presión; y se constituye, a veces, en un auténtico suicidio económico. Por el vínculo que guarda esta institución con el contrato colectivo de trabajo, se convierte no en un arma de los trabajadores, sino de los mimbres sindicales, que emplazan a huelga, sin mayor representación y no hay empresario que no la cambie por una propina atractiva ofrecida al líder, porque entre que estalla y que se declara inexistente, el tiempo transcurre, se van los clientes y, para complicar más las cosas se aumentan gastos y honorarios.

Lo anterior motiva sostener que la huelga debe ser reglamentada; aún en forma mínima, considerándose especialmente los requisitos siguientes: comprobación escrita de la voluntad mayoritaria de los trabajadores. Paralización de la huelga, sin que la suspensión afecte el derecho en juego. Calificación de la autoridad jurisdiccional sobre su legitimidad o ilegitimidad en un procedimiento sumarísimo. Procedimiento de imputabilidad a petición de cualquiera de las partes y a partir de su instauración, reanudación de los trabajos con efectos retroactivos, en su caso, de la declaración de imputabilidad. Límites cuantitativos a

las huelgas que puedan afectar a servicios esenciales para la comunidad, con la advertencia de que si los huelguistas no prestan los servicios de referencia podrán ser llamados otros trabajadores. Establecer responsabilidades económicas e, inclusive, penales, por huelgas decretadas con falsificación de documentos, y cuando éstas las huelgas se funden en hechos notoriamente falsos.

Se propone que la huelga pueda ser parcial o total y sus resultados no deben afectar a los derechos en juego, para evitar, por ejemplo, que la inexistencia de la huelga, como ahora se establece, cancele el derecho a revisar el contrato de trabajo. Por lo que se considera que después de un mes de conflicto podrá ser sometido al arbitraje del Juez de lo Social.

2.3 Contenido Normativo

El Proyecto ratifica las garantías sobre la libertad sindical, reconoce el derecho de trabajadores y empleadores de constituir sindicatos, afiliarse o desafiliarse de las organizaciones sindicales. Ratifica el contenido de la vigente ley que expresa: cualquier estipulación que establezca multa convencional en caso de separación del sindicato o que la desvirtúe de algún modo, se tendrá por no puesta.

Se ratifica el derecho de los trabajadores para constituir sindicatos gremiales, de empresa, industriales, nacionales de industria y de oficios varios. Los patrones pueden constituir sindicatos integrados por empleadores de una o varias ramas de actividades; y los nacionales, formados por empleadores de una o varias ramas de actividades de distintas entidades federativas y del Distrito Federal.

La disposición 255 expresa que los trabajadores de confianza no podrán ingresar a los sindicatos de los demás trabajadores; pero les reconoce el derecho para constituir sus organizaciones sindicales, que no incluirá a los representantes de los empleadores.

El artículo 257 trata sobre el depósito de los documentos fundamentales que debe realizar el sindicato; en este caso, la autoridad se limitará a hacer constar mediante sello y firma el día y la hora del depósito. El sindicato actuará de igual forma cuando se cambien los estatutos o se elija a una nueva mesa directiva. Los documentos respectivos serán autorizados por las personas que indique el estatuto y de considerarlo oportuno los interesados, se podrá dar intervención a un fedatario para hacer constar los hechos.

El numeral 261 reconoce a los extranjeros el derecho a formar parte de la directiva sindical, sin embargo, la norma privilegia con una mayoría a los mexicanos.

El capítulo tercero se ocupa de los Delegados de Personal y de los Comités de Empresa y el segundo párrafo del artículo 274, indica que los trabajadores elegirán mediante sufragio libre, personal, secreto y directo a los delegados de personal en la cuantía

siguiente: hasta treinta trabajadores, uno; de treinta y uno a cuarenta y nueve, tres;¹ quienes ejercerán mancomunadamente ante el empresario la representación para la que fueron elegidos.

El comité de empresa constituye el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o establecimiento para la defensa de sus intereses comunes; se constituirá en los centros de trabajo que cuenten con cincuenta trabajadores por lo menos. Dicho comité, en los términos del artículo 278, tendrá las siguientes competencias: recibir trimestralmente, información sobre la evolución general del sector económico al que pertenezca la empresa; sobre la situación de la producción y ventas; sobre el programa de producción y evolución probable del empleo en la propia empresa. Conocer el balance, estado de pérdidas y ganancias y, de estar constituida la empresa en sociedad civil o mercantil, en cualquiera de sus formas, cualquier otra información que deban recibir los socios, asociados o accionistas. Recibir del empresario con anterioridad a su ejecución o planteamiento legal informe de las decisiones adoptadas sobre las siguientes cuestiones. Reestructuraciones de su plantilla de personal. Reducciones de jornada así como traslado total o parcial de las instalaciones. Implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo. Establecimiento de sistemas de productividad. Recibir del empresario informe amplio y fundado de cualquier proyecto de fusión, absorción o modificación de la estructura jurídica de la empresa que implique cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo o a las condiciones de trabajo. Conocer de los modelos de contrato de trabajo.

Asimismo, el Comité deberá ser informado de las sanciones impuestas a los trabajadores. Conocer, al menos trimestralmente, sobre el índice de ausentismo y sus causas, los accidentes y enfermedades de trabajo y sus consecuencias; los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilizan. Ejercer una labor de vigilancia sobre el cumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de seguridad social. Vigilar y controlar las condiciones de seguridad e higiene en el desarrollo del trabajo en la empresa y sus establecimientos. Participar, en la forma prevista en el pacto colectivo de condiciones de trabajo. Colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad. Informar a sus representados de todo lo relacionado con las competencias que se marcan en este artículo.

Los Comités de Empresas, conforme a la disposición 279, se integrarán bajo la siguiente escala: de cincuenta a cien trabajadores, cinco; de ciento uno a doscientos cincuenta trabajadores, nueve; de doscientos cincuenta y uno a quinientos trabajadores, trece; de quinientos uno a setecientos cincuenta trabajadores, diecisiete; de setecientos cincuenta y uno a mil trabajadores, veintiuno; de mil en adelante, dos más por cada mil o fracción con el máximo de setenta y cinco.

¹ Recomendamos la lectura de los artículos del 274 al 296 del Proyecto.

Los comités de empresa o establecimiento, en los términos del artículo 280, elegirán de entre sus miembros un presidente y un secretario, y elaborarán su propio reglamento de procedimiento, que no podrá contravenir lo dispuesto en la ley.

Se indica en la disposición 281 que las elecciones de delegados de personal y de los comités de empresa, se llevarán a cabo cada cuatro años. Los trabajadores extranjeros, conforme al artículo 285, podrán ser electores y elegibles cuando reúnan las condiciones señaladas; pero en ningún caso podrán integrar más del 49% de los delegados de personal o del comité de empresa.

Los problemas de carácter electoral que se susciten serán del conocimiento del Juez de lo Social que corresponda al ámbito jurisdiccional de la empresa o establecimiento.

El capítulo cuarto, Pactos Colectivos de Condiciones de Trabajo, expresa que éstos son resultado de la negociación desarrollada por los delegados de personal o comités de empresa, en representación de los trabajadores y los empresarios. Estos pactos, expresa el artículo 297 y 298, tienen por objeto establecer las condiciones de trabajo y de productividad; regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten y, en general, obtener el equilibrio entre las partes, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. Los pactos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden y obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación.

El contenido de los convenios colectivos se amplía en el artículo 300, con los siguientes aspectos: Cláusulas relativas a la capacitación y el adiestramiento de trabajadores y aspirantes a trabajadores. Cláusulas relativas a los convenios de productividad. Bases para la integración y funcionamiento de las comisiones mixtas legales y convencionales. Reglas de conflictos colectivos para la modificación, suspensión o terminación colectiva de las relaciones de trabajo. Reglas de reajuste para las situaciones de implantación de maquinaria y equipo o procedimientos de trabajo nuevos que puedan implicar reducción de personal.

La disposición 301 indica que las revisiones del Contrato Colectivo de Trabajo tendrán por objeto restablecer el equilibrio entre los factores de la producción, a cuyo efecto podrán aumentar o disminuir el personal, la jornada, la semana de trabajo, los salarios y, en general, modificar las condiciones de trabajo de la empresa o establecimiento, sin que en ningún caso se puedan reducir los derechos mínimos de los trabajadores consignados en las leyes.

El Proyecto suprime el contenido del Capítulo IV de la actual Ley, relativa al contrato-ley y el Capítulo V, relativo al reglamento interior de trabajo.

Con respecto a la modificación de las condiciones de trabajo, de la suspensión colectiva de las relaciones de trabajo, terminación de éstas, salvo la adición que expresa que de estos conocerán los jueces de lo social, se respeta el contenido de la Ley vigente..

El Proyecto proporciona el concepto de huelga, expresa que ésta es la suspensión parcial o total y temporal de las labores llevada a cabo por los trabajadores de una empresa o establecimiento con el objeto de presionar la satisfacción de un interés colectivo. Su ejercicio deberá ser acordado, previamente, por la asamblea de los trabajadores.

Así, a través de los delegados de personal, del comité de empresa y, en su caso, de las organizaciones sindicales, los trabajadores comunicarán al empresario o empresarios afectados el propósito de ir a la huelga.

El proyecto incluye el arbitraje obligatorio, sostiene en el artículo 330 que si el estado de huelga tiene una duración mayor de un mes contado a partir del día siguiente a su primera manifestación de suspensión del trabajo, parcial o total, cualquiera de las partes podrá someter el conflicto al arbitraje del Juez de lo Social el que resolverá en juicio especial. A partir del sometimiento al arbitraje se reanudarán los trabajos y si el juez estima que la huelga fue imputable al empleador, le condenará a la satisfacción de las peticiones de los trabajadores que fueren procedentes y al pago de los salarios caídos. En su caso, las condiciones de trabajo que resulten del juicio arbitral se aplicarán retroactivamente a la fecha en que debieron entrar en vigor.

3. Proyecto del Partido de la Revolución Democrática-unt

3.1 Generalidades

El Proyecto, denominado Una Reforma Democrática para el mundo del Trabajo, Propuesta Laboral PRD-UNT, fue presentado por el Grupo Parlamentario del PRD de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión de la LVIII Legislatura, cuya Mesa Directiva la integraron Martí Batres Guadarrama, Coordinador General y Gregorio Urias Germán, Vice Coordinador General. El documento cuenta con una amplia y detallada Exposición de Motivos y con 1011 artículos, que abarca las instituciones más importantes del Derecho del Trabajo.

3.2 Exposición de Motivos

Sostiene que uno de los ejes de la iniciativa se relaciona con la ampliación de los derechos colectivos. Se avanza en la configuración de un nuevo modelo, dejando atrás la herencia corporativa de la ley en vigor, en donde el Estado interviene discrecionalmente en la vida sindical y niega o concede el ejercicio de esos derechos. Se alienta una opción distinta, en donde son los propios trabajadores el sujeto principal de esos derechos colectivos y se reduce ostensiblemente la intervención del Estado.

Las disposiciones colectivas apuntan hacia el fortalecimiento de la organización sindical al propiciar la transparencia en el ejercicio de su actividad y de la fuente de poder, su independencia y autonomía frente al gobierno, los empresarios y los partidos políticos; el fomento de la representatividad real y la democracia interna; la generación de procesos de

participación desde la base; la presencia de liderazgos informados y con capacidad de intervención bilateral en los problemas derivados de la innovación tecnológica y organizativa, así como de sus impactos laborales.

El Proyecto elimina los controles políticos y jurídicos que inhiben y desvirtúan el ejercicio de tales derechos, trasladando las decisiones más importantes a las bases trabajadoras. Así, se introducen reformas para garantizar el ejercicio de la libertad positiva de afiliación sindical y el desarrollo de la democracia sindical, como instrumentos de autenticación y perfeccionamiento del movimiento sindical.

En este sentido, se establece que la inscripción de las organizaciones sindicales, de sus estatutos y de sus cambios representativos, será ante el Registro Público Nacional de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos de Trabajo. En dicha institución se hace descansar en gran medida la destrucción del sistema corporativo estatal de control de las organizaciones sindicales, para la reestructuración democrática del sindicalismo mexicano y para la autenticación de la contratación colectiva, hoy falsificada y envilecida con los contratos de protección cuya generalización, aparejada a la proliferación de las simulaciones sindicales, ha trastocado el orden laboral en nuestro país para convertirlo en uno de los más corruptos. Se dispone en forma obligada la publicidad del registro de los estatutos y contratos colectivos de trabajo.

Ante la disyuntiva del ejercicio o no del voto universal, directo y secreto sobre la existencia del contrato colectivo y otros temas sindicales, la iniciativa se pronuncia en favor de la consulta de los trabajadores, pues este constituye uno de los pilares de la reforma que se propone.

Con la finalidad de armonizar la inquietud de los empleadores en relación con la productividad, se incluye una nueva institución denominada Instituto Nacional de Salarios Mínimos, Productividad y Reparto de Utilidades.

La revisión del contrato se condiciona a que se acredite el aval de los trabajadores, así como el consentimiento de éstos en la terminación voluntaria del contrato colectivo. En este orden de ideas, informamos que el contrato colectivo sectorial sustituye a los contratos Ley.

En el Proyecto se prohíbe y se sanciona conforme a la Ley, cualquier acto de injerencia patronal en el proceso de sindicalización y ejercicio de los derechos colectivos. La injerencia patronal, se presenta cuando se proporciona ayuda financiera, logística o de otra índole, a una organización que compita con otra por la representación de los trabajadores, salvo que esa ayuda sea una prestación debidamente pactada en los contratos colectivos de trabajo.

Se conserva en la propuesta el derecho de los sindicatos a pactar la cláusula de exclusión por ingreso; pero se elimina la cláusula de exclusión por separación, en virtud de

que esta última se pervirtió a tal grado que se usó en contra de los trabajadores para encumbrar y mantener dirigencias ajenas a los intereses de los mismos trabajadores y para desterrar de los sindicatos las disidencias incómodas.

La garantía de audiencia a los trabajadores se garantiza con la finalidad de evitar el cierre de empresas mediante juicios de quiebra simulados que se acostumbran para afectar a los trabajadores sin oportunidad de defensa efectiva.

La huelga, no podrá ser afectada por medidas administrativas o judiciales algunas, que no estén sustentadas en las disposiciones contenidas en la Ley. También se indica que la huelga, consagrada en el artículo 123 constitucional, es uno de los más importantes derechos colectivos de los trabajadores mexicanos. Su ejercicio es fruto de incontables luchas obreras desarrolladas a lo largo y ancho del país y resultado directo de los derechos sociales reconocidos por el Constituyente de 1917; razón por la que la requisa constituye una agresión a este derecho. Un nuevo régimen laboral no puede permitir la aplicación discrecional de ese recurso que anula el derecho de huelga y debilita a una de las partes en conflicto: los trabajadores.

3.3 Contenido Normativo

Con respecto a las relaciones colectivas, comprende los artículos del 465 al 573. Dichas disposiciones ratifican las libertades sindicales que contempla la actual ley; sobresalen entre estas, el derecho a constituir sindicatos, sin necesidad de autorización previa, la abstención de la autoridad ante cualquier intervención que tienda a limitar el derecho de organización y el libre funcionamiento de los sindicatos o a entorpecer su ejercicio legal; expresando asimismo, que cualquier injerencia será sancionada por la ley.

El artículo 469 de la iniciativa, 358 de la actual Ley, expresa que a nadie se le puede obligar a formar parte de un sindicato o a no formar parte de él. Todo acto de presión, coacción o injerencia ejercida por el patrón o cualquier autoridad, que impida o interfiera en el ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores, sea de hecho o mediante estipulación, será sancionado de conformidad con lo establecido en el artículo 1002.

La injerencia se presenta cuando se proporcione ayuda financiera, logística o de otra índole, a una organización que compita con otra por la representación de los trabajadores. Se ejerza cualquier tipo de presión sobre los trabajadores para que ingresen o no a una organización sindical o durante los procedimientos de recuento. Se amenace a los trabajadores con el cierre de la empresa o dependencia, o con la pérdida del empleo o el despido; se prometan beneficios o trabajo; se ejerza cualquier tipo de violencia sobre éstos encaminada a impedir, desalentar o influir en el proceso de formación de un sindicato, en la sindicalización o en la determinación de la titularidad de un contrato colectivo de trabajo. Se despidan a los miembros de la directiva o a los delegados sindicales durante sus funciones o en un plazo de seis meses contado a partir de la terminación de las mismas; y se

discrimine a los trabajadores por motivos sindicales, sea mediante despidos injustificados o de cualquier otra forma.

El numeral 470, equivalente al 359 de la Ley vigente, expresa que los sindicatos tienen derecho a determinar libremente su radio de acción, redactar sus estatutos y reglamentos, elegir libremente a sus representantes, organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción.

Con la finalidad de favorecer la política en favor de la sindicación, el artículo 475 expresa que los sindicatos deberán constituirse con doce trabajadores en servicio activo o con tres patrones; la disposición agrega que no será impedimento para la constitución de un sindicato la naturaleza inestable del trabajo o la actividad que desempeñen los trabajadores.

La disposición 476, de carácter novedoso, establece que los sindicatos deberán inscribirse en el Registro Público Nacional de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos de Trabajo. También el artículo 477, es de orden novedoso, en este se expresa que en caso de que exista controversia fundada en relación con la elección de la directiva, se tomará en cuenta la voluntad de los trabajadores mediante una consulta con voto directo, universal y secreto, bajo la supervisión del propio Registro Público Nacional de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos de Trabajo. En esta disposición se perfecciona lo referente al registro automático al consignarse: si el Registro Público no resuelve dentro de un término de sesenta días, se tendrá por hecho el registro para todos los efectos legales, quedando obligada la autoridad, dentro de los tres días siguientes, a expedir la constancia respectiva.

La disposición 479 de la Iniciativa, equivalente a los artículos 367 y 368 de la vigente Ley, consigna: la constancia de inscripción servirá para acreditar la personalidad jurídica de sus directivas. Asimismo, indica que el Registro Público entregará de inmediato las correspondientes constancias, y dará publicidad de la constitución del nuevo sindicato y de la elección de su directiva, según sea el caso, en el término de siete días hábiles.

Las disposiciones 481 y 482 respectivamente expresan: sólo podrán cancelarse los sindicatos con intervención del Juez laboral en caso de disolución; y por dejar de tener los requisitos legales. El juez laboral conocerá de la cancelación del registro a solicitud del Registro Público Nacional de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos de Trabajo, o de persona con interés jurídico.

La disposición 484 de la iniciativa amplía el contenido de los Estatutos Sindicales, al mencionar que éstos incluirán: radio de acción, derecho de los socios a recibir copia de la constancia de registro, del estatuto y sus reformas, de la constancia de actualización de la directiva y del texto del contrato colectivo vigente, si el sindicato ejerce la titularidad de éste, caso en el que además deberá fijarlo en el centro de trabajo en que laboren los afiliados. Las asambleas se realizarán por lo menos cada tres meses y para que pueda sesionar y adoptar resoluciones, se requiere que concurra cincuenta y uno por ciento del

total de los miembros del sindicato o de la sección. La elección de la directiva deberá realizarse mediante voto universal, directo y secreto; así mismo, los estatutos contendrán el procedimiento expedito ante las instancias internas de justicia sindical para que los afiliados consigan, ante la omisión de esta obligación, su debido cumplimiento.

En los casos de omisión de la Directiva por rendir cuenta completa y detallada, conforme al artículo 486, los afiliados tendrán acción ante la autoridad competente para que la obligación se cumpla.

De las prohibiciones sindicales, sobresale la siguiente: los sindicatos no obligarán a sus miembros a afiliarse o a separarse de algún partido o agrupación política o presionarlos para que voten por determinado candidato en las elecciones públicas.

En los casos de disolución sindical, los bienes de los sindicatos se aplicarán en la forma que determinen sus estatutos. A falta de disposición expresa, pasará a la federación o confederación o forma de organización de nivel superior a que pertenezca, y si no existen, al Instituto Mexicano del Seguro Social.

Con respecto al contrato colectivo de trabajo, el artículo 501 expresa: éste se celebrará con el sindicato que determinen los trabajadores, en los términos de esta ley. Para dicho efecto podrá utilizarse el derecho de huelga.

La disposición 503, de carácter novedoso, expresa que cuando un sindicato pretenda la celebración de un contrato colectivo, deberá promover por conducto del Registro Público Nacional de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos de Trabajo.

Al referirse el Proyecto a la simulación jurídica de carácter sindical, el artículo 505 expresa: la comete la representación sindical que solicite la firma de contrato colectivo de trabajo o que reclame la titularidad de un contrato colectivo de trabajo y se desista de su solicitud o de su reclamación sin haber acreditado interés jurídico. Asimismo incurrirá en dicho ilícito la representación del sindicato que formule solicitud de firma de contrato colectivo o reclamación de titularidad con objeto de obstaculizar el procedimiento o impedir a los trabajadores el derecho de aceptar o no la celebración del contrato colectivo o el ejercicio de la libre asociación.

También se presumirán dichas conductas, cuando el sindicato demandante no cuente con votos a su favor, salvo que exhiba con posterioridad al recuento afiliaciones previas que acrediten su interés. En estos casos el juez estará obligado a presentar la denuncia de hechos correspondiente.

La disposición 507, también de carácter novedoso, expresa: los patrones están obligados a poner en conocimiento de sus trabajadores el contrato colectivo celebrado, su tabulador y su padrón contractual, la actualización de dicho padrón y el resultado de las revisiones a más tardar treinta días después de ocurrido el acto jurídico de que se trate.

La disposición 508 fue enriquecida con las fracciones VII y VIII; ésta expresa que el Contrato Colectivo de Trabajo contendrá:

VII. El padrón contractual, integrado por los nombres completos ordenados alfabéticamente por el primer apellido, sexo, fecha de nacimiento, fecha de ingreso al trabajo, registro federal de contribuyentes, registro ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado o la institución de seguridad social que corresponda, puesto de trabajo, domicilio del centro de trabajo en que se preste el servicio y salario efectivo por cuota diaria, de los trabajadores a quienes se aplica. Este padrón deberá formularse por el patrón y presentarse bajo protesta de decir verdad ante la autoridad registradora y deberá actualizarse por lo menos cada año. El padrón deberá fijarse visiblemente y difundirse en los lugares donde se preste el trabajo, para el debido conocimiento de los trabajadores. La omisión de esta obligación hace acreedor al patrón de las sanciones establecidas en esta Ley.

El sindicato titular tiene derecho a exigir la actualización del padrón y los trabajadores interesados tienen derecho a exigir su inclusión en el mismo;

VIII. Disposiciones relativas a la productividad y al reparto de sus beneficios .

Con respecto a la revisión del contrato colectivo, el artículo 515 expresa: concluida la revisión, el sindicato de trabajadores titular deberá exhibir ante el Registro Público Nacional de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos de Trabajo, el acta de la asamblea o el acta que dé testimonio del consentimiento o la aprobación de los trabajadores del contenido del convenio de revisión, conforme al mecanismo establecido en el estatuto sindical.

El Contrato Ley es sustituido por el Contrato Colectivo Sectorial, definido en la disposición 522 como: “el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y varios patrones, o uno o varios sindicatos de patrones, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo entre los celebrantes en una rama determinada de la industria o de servicios, aplicable en una o varias entidades federativas, en una o varias zonas económicas que abarquen una o más de dichas entidades, o en todo el territorio nacional”. Estos contratos pueden celebrarse para industrias o servicios. La solicitud deberá presentarse ante el Registro Público Nacional de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos de Trabajo.

Los artículos 525, 526, 527, 528 y 529, se ocupan del procedimiento para la celebración de estos contratos.

Con respecto a la titularidad y administración del Contrato Colectivo Sectorial, se indica en el artículo 536 que éste corresponderá al sindicato que represente, en el ámbito que éste abarque, al mayor número de trabajadores. La pérdida de la mayoría declarada por

el Registro Público Nacional de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos de Trabajo produce la de la titularidad y en consecuencia de la administración.

El contenido del artículo 540 del Proyecto es novedoso, este expresa que el contrato colectivo sectorial terminará: por mutuo consentimiento de las partes que lo celebraron. Para que opere esta causal se requiere la conformidad expresada mediante el voto de las dos terceras partes o más de aquellos a quienes se aplique el contrato colectivo sectorial.

En el tema de la huelga, el Proyecto ratifica los principios, objetivos y procedimientos de huelgas.

4. Proyecto del Congreso del Trabajo y del sector empresarial (proyecto Abascal)

4.1 Generalidades

Reproduce la totalidad de conceptos fundamentales de la ley vigente; sin embargo, en forma encubierta introduce instituciones que se supone, habían sido erradicadas. El Proyecto incluye conceptos, que son importantes sólo en cuanto actualizan la normatividad; así, incluye la expresión empleador en lugar de la de patrón y por supuesto, con sana lógica, se sustituye la expresión Jefe del Departamento del Distrito Federal por la de Jefe del Gobierno del Distrito Federal.

4.2 Contenido Normativo

En la parte colectiva, se suprime el derecho de los trabajadores a constituir sindicatos de oficios varios. Con respecto a los sindicatos patronales se adiciona la fracción III, que hace referencia a los sindicatos industriales, definidos como los formados por empleadores de la misma rama industrial en una o varias entidades federativas.

El Proyecto ratifica los criterios consistentes en que los sindicatos deberán realizar su registro ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social y ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

La fracción III del artículo 369, expresa que el registro sindical podrá cancelarse por no haber cumplido, en el término de un año, con las obligaciones establecidas en las fracciones II y III del artículo 377, así como por dejar de solicitar la revisión integral de los contratos colectivos de trabajo durante dos veces consecutivas.

En casos de disolución, conforme al artículo 380, los bienes del sindicato, si no hay disposición expresa en los estatutos, pasarán al patrimonio de la federación a la que pertenezca y, a falta de ésta, a la confederación a la cual estén agremiados.

El Proyecto Abascal, en el artículo 387 ratifica el contenido de la vigente ley consistente en que el empleador que utilice trabajadores miembros de un sindicato tendrá obligación de celebrar con éste, cuando lo solicite, un contrato colectivo.

Finalmente, se indica que el sindicato deberá cumplir con la solicitud, que deberá ser formulada por escrito y contendrá la firma de los representantes del sindicato así como la de los trabajadores que como miembros representa.

5. Dictamen de las comisiones del Congreso de la Unión

El Dictamen de las Comisiones del Congreso de la Unión, constituye el esfuerzo más serio pero no el más acertado por parte del gobierno en su inquietud por reformar la Ley Federal del Trabajo. En su contenido se utiliza la expresión empleador por la de patrón. Asimismo utiliza la denominación Jefe de Gobierno del Distrito Federal en lugar de Jefe del Departamento del Distrito Federal. El Dictamen incluye, para los temas colectivos, al Registro Público Federal de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos y el local. En este orden de ideas, en el artículo 365, se indica que “los sindicatos de competencia federal en razón de la materia, deben registrarse en el Registro Público Federal de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos y los sindicatos de competencia local, incluyendo los nacionales de industria de esa materia, en el correspondiente Registro Público Local de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos”.

La disposición anterior, en su parte final y con respecto al registro automático, menciona que si la autoridad no resuelve dentro de un término de sesenta días, se tendrá por hecho el registro para todos los efectos legales, quedando obligado, a solicitud hecha al efecto por el sindicato interesado, dentro de los tres días siguientes, a expedir la constancia respectiva. El registro de los sindicatos y de su directiva, consigna el artículo 368, produce efectos ante todas las autoridades y ante terceros.

Asimismo, el dictamen expresa que la cancelación del registro podrá ser solicitada por el propio sindicato; y por toda persona con interés jurídico.

La disposición 371 que se ocupa de los estatutos, expresa en sus fracciones III, VI, IX y XIII, que éstos deberán tener el siguiente contenido: Ámbito de agremiación, libremente determinado por los integrantes del sindicato. Obligaciones y derechos de los asociados. Procedimiento para la elección de la directiva y número de sus miembros. Época de presentación de cuentas. Así como procedimiento expedito ante las instancias internas de justicia sindical para que los afiliados consigan, ante la omisión de esta obligación, su debido cumplimiento.

Al ocuparse el dictamen de las obligaciones de la directiva sindical, consigna el artículo 373 que éstas deberán rendir cuentas cada seis meses sobre la administración del patrimonio sindical, y ante su omisión, los afiliados tendrán acción ante la autoridad competente para que ésta se cumpla.

Al referirse el proyecto a la disolución sindical, se indica en el artículo 380 que si no hay disposición expresa en los estatutos, los bienes del sindicato pasarán al patrimonio de la federación a la que pertenezca, a falta de ésta, a la confederación a la cual estén agremiados, y a falta de ambas, al Instituto Mexicano del Seguro Social. Si los estatutos determinan que los bienes se repartirán entre los agremiados, se entiende por éstos a quienes estén en activo hasta un año antes de la disolución.

Conforme al dictamen del Congreso, los empleadores deberán firmar el contrato colectivo con el sindicato que determinen los trabajadores a su servicio, siempre que se cumpla con el procedimiento que establece el artículo 387 Bis; pues en caso contrario, este será nulo de pleno derecho. Si el empleador se negara, podrán los trabajadores ejercitar el derecho de huelga consignado en el artículo 450.

El procedimiento que establece la disposición 387 Bis, es el siguiente:

- I. El sindicato deberá presentar su solicitud por escrito y por duplicado ante el Registro Público de Organizaciones Sindicales y Depósito de Contratos Colectivos que corresponda;
- II. El sindicato señalará el nombre o denominación y el domicilio del empleador con el que pretende celebrar el contrato colectivo;
- III. El Registro, bajo su más estricta responsabilidad, notificará al empleador la solicitud de celebración de un contrato colectivo y lo apercibirá de las sanciones que establece esta Ley para que: Exhiba por duplicado, en el término de cinco días, contados a partir de la notificación, una lista de los trabajadores que tenga a su servicio, con nombre completo y en orden alfabético por apellido, sexo, fecha de nacimiento, fecha de ingreso al trabajo, Registro Federal de Contribuyentes, número de registro ante el Instituto Mexicano del Seguro Social o a la institución de seguridad social que corresponda, puesto o cargo y lugar de trabajo, en la que manifieste bajo protesta de decir verdad que la información que proporciona es veraz; y dé a conocer a los trabajadores a su servicio, colocando en lugares visibles del centro de trabajo, dentro de las 24 horas siguientes al recibo de la notificación, copias de la solicitud de firma de contrato colectivo. Informará del cumplimiento de este hecho al Registro en el mismo término de cinco días, bajo protesta de decir verdad.
- IV. El Registro, dentro de los tres días siguientes que reciba la solicitud, publicará en su Boletín un extracto de la solicitud sindical con los datos señalados en la fracción II de este artículo.
- V. Cualquier sindicato, interesado en el procedimiento de firma, dispondrá de un término de cinco días, a partir de la fecha en que se dé a conocer a los

trabajadores la solicitud de firma, para intervenir en el procedimiento y recuento correspondiente.

VI. Recibida la lista a que se refiere el inciso a) de la fracción III, el Registro dictará, dentro de los tres días siguientes, un acuerdo en el que señalará fecha, hora y lugar para realizar el recuento de los trabajadores aplicando, en lo conducente, las reglas previstas en el artículo 931;

VI. Se considerará triunfador al sindicato que obtenga mayoría relativa, siempre que la suma de votos emitidos represente al menos el 33 por ciento de los trabajadores con derecho a voto. En dicho caso el Registro hará la declaratoria correspondiente dentro de las 24 horas siguientes y mandará notificar personalmente a las partes.

VII. Para que el resultado del recuento sea adverso a la firma del contrato colectivo se requerirá, al menos, 66 por ciento de los trabajadores con derecho a voto. En ese caso, el Registro hará la declaratoria correspondiente, dentro de las 24 horas siguientes, y dispondrá el archivo del expediente como asunto total y definitivamente concluido, ordenando notificar personalmente a las partes.

Las resoluciones que emita la autoridad registradora en esta materia no admiten recurso ordinario alguno, por lo que no resultarán aplicables en estos casos los recursos administrativos previstos en leyes federales o locales.

En los casos en que concurren varios sindicatos dentro de la misma empresa y que demandan la firma de un contrato colectivo o la titularidad de uno vigente, la disposición 388 fue adicionada en su fracción IV, expresando que se aplicarán por analogía las reglas anteriores, garantizándose en todo caso el derecho de los trabajadores para determinar libremente la organización que represente sus intereses.

Con respecto a la simulación sindical, la disposición 389-A afirma que lo comete la representación del sindicato que solicite la firma de contrato colectivo de trabajo o que reclame la titularidad de un contrato colectivo de trabajo y se desista de su solicitud o de su reclamación sin haber acreditado interés jurídico. Asimismo incurrirá en este ilícito la representación que formule solicitud de firma de contrato colectivo o reclamación de titularidad con objeto de obstaculizar el procedimiento o impedir a los trabajadores el derecho de aceptar o no la celebración del contrato colectivo o el ejercicio de la libertad de asociación. También se indica que se presumirá que dichas conductas constituyen actos de simulación cuando el sindicato demandante no cuente con votos a su favor, salvo que exhiba con posterioridad al recuento, afiliaciones previas que acrediten su interés.

En relación con los empleadores, indica dicha disposición que comete acto de simulación jurídica el empleador que falsee o altere el padrón contractual o la información

que sirva de base para la determinación de los trabajadores con derecho a votar en los recuentos o consultas para la determinación de mayorías.

En dichos casos, el Registro Público estará obligado a presentar la denuncia de hechos correspondiente.

Con respecto a la titularidad de los contratos colectivos de trabajo, la disposición 389-B, contempla el siguiente procedimiento:

I. El sindicato que pretenda la titularidad de dicho contrato deberá presentar ante la autoridad registradora competente, escrito por triplicado señalando los nombres y domicilios de la empresa y del establecimiento así como del sindicato titular.

II. Dentro de los cinco días siguientes de recibida la solicitud, y bajo su más estricta responsabilidad, el Registro publicará en su Boletín el escrito de pretensión de titularidad del contrato colectivo con los datos señalados en la fracción I. El sindicato titular procederá a dar contestación a la pretensión dentro del término de diez días.

III. La autoridad registradora correrá traslado del escrito de pretensión a la empresa y al sindicato titular para que procedan a dar contestación y manifiesten lo que a su derecho convenga, dentro del término de diez días;

IV. Cualquier otro sindicato interesado en disputar la titularidad deberá presentar su escrito de pretensión a la autoridad registradora, dentro del término de cinco días contados a partir del día en que el Registro publique el escrito de pretensión de titularidad, a efecto de que se le incluya como parte en el procedimiento.

V. Concluidos los términos anteriores, la autoridad registradora fijará día y hora para el desahogo de la prueba de recuento de los trabajadores, misma que se verificará aún cuando no haya solicitud de parte. Para estos efectos, resultarán aplicables, en lo conducente, las reglas previstas en el artículo 931 de esta Ley.

VI. El Registro declarará la titularidad en favor del sindicato que en la prueba de recuento obtenga la mayor votación de los trabajadores asistentes al mismo.

Finalmente, las resoluciones que emita la autoridad registradora en esta materia no admiten recurso ordinario alguno, por lo que no resultarán aplicables en estos casos los recursos administrativos previstos en leyes federales o locales.

Se adicionan al artículo 391 las fracciones VI Bis y VIII Bis, indicándose en el primer caso que el Contrato Colectivo de trabajo contendrá: El padrón contractual,

integrado por los nombres completos ordenados alfabéticamente por el primer apellido, sexo, fecha de nacimiento, fecha de ingreso al trabajo, Registro Federal de Contribuyentes, Registro ante el Instituto Mexicano del Seguro Social o la institución de seguridad social que corresponda, puesto de trabajo, domicilio del centro de trabajo en que se presta el servicio y salario en efectivo por cuota diaria, de los trabajadores a quienes se aplica. Este padrón deberá formularse por el empleador y presentarse bajo protesta de decir verdad ante la autoridad registradora y deberá actualizarse por lo menos cada año. El padrón deberá fijarse visiblemente y difundirse en los lugares donde se preste el trabajo, para el debido conocimiento de los trabajadores. La omisión de esta obligación hace acreedor al patrón a las sanciones establecidas en esta Ley.

El sindicato titular tiene derecho a exigir la actualización del padrón y los trabajadores interesados tienen derecho a exigir su inclusión en el mismo.

La segunda fracción mencionada, es decir la VIII Bis, expresa que dicho contrato colectivo contendrá disposiciones relativas a la productividad y al reparto de sus beneficios. Con respecto a los efectos del contrato colectivo de trabajo, se indica en la disposición 393 que no producirá efectos de contrato colectivo el convenio al que falten la determinación de los salarios y el padrón contractual. Si faltan las estipulaciones sobre jornada de trabajo, días de descanso y vacaciones, se aplicarán las disposiciones legales.

Debemos resaltar que el Dictamen mantiene al Contrato Ley en los términos vigentes, en todo caso, los cambios se refieren al Registro Público de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos competente.

Los Capítulos referidos al Reglamento Interior de Trabajo, Modificación Colectiva de las Condiciones de Trabajo, Suspensión Colectiva de las Relaciones de Trabajo, Terminación Colectiva de las Relaciones de Trabajo y Huelgas, se mantienen en los mismos términos; aunque se actualiza con las nuevas expresiones y nuevas instituciones.

6. Perspectivas sindicales

No obstante el interés de los últimos gobiernos por disminuir las garantías sindicales, tanto en lo que se refiere al derecho a constituir sindicatos, como a la actuación de éstos; los compromisos internacionales y la resistencia, aún mínimas que presenta la fuerza laboral organizada; nos permiten concluir que las normas constitucionales y legales continuarán garantizando las libertades sindicales; por lo que los trabajadores y empleadores podrán seguir ejerciendo sus derechos de vinculación profesional.

El interés gubernamental, materializado en el proyecto oficial cede ante los principios del derecho colectivo, especialmente en lo que se refiere a la vida sindical, es decir, los principios sindicales, de contratación colectiva y huelgas.

El contenido de los Proyectos, pretende facilitar la constitución, el registro; pero sobre todo, la democracia y autonomía sindical; lo que explica la inclusión del Registro Público de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos; ello permite presumir, que la vida normativa sindical mejore.

En el presente proceso de reforma laboral, particularmente la que se refiere a la Ley Federal del Trabajo, debe tenerse en cuenta que el Derecho Sindical Mexicano se nutre a nivel nacional de una historia que exige ser tomada en cuenta, y que requiere respeto a sus instituciones de carácter colectivo; pues el Constituyente de 1917, con buen criterio incluyó en la Constitución de ese año, los principios fundamentales del Derecho Sindical, especialmente en sus fracciones XVI, XVII y XVIII del artículo 123, mismas que fueron ratificadas en 1960 con la adición del Apartado B; sin embargo, entendemos que por razones políticas, en su nivel reglamentario se limitó en unos casos, en otros, se negaron los derechos sindicales, concluyéndose que el legislador no fue fiel intérprete del contenido constitucional.

El sindicalismo nacional, hasta hoy, no ha podido alcanzar su desarrollo pleno, sus dirigentes han desviado sus fines inmediatos, sacrificándolos por posiciones de orden político y electoral; por lo que, conforme al escenario actual, están obligados a reorientar sus fines; pues de lo contrario las relaciones de equilibrio pueden ser afectadas y las consecuencias para la clase trabajadora y para el sistema social serán lamentables.

Consideramos que los sindicatos deben actuar conforme a la democracia y autonomía sindical; la crisis del sindicalismo debe ser superada; es posible el reencuentro de esta institución con sus objetivos.

La vida sindical es favorable de por sí; pues beneficia la armonía social que se manifiesta en forma inmediata entre el capital y el trabajo; aspiración legítima de las normas laborales de México y del mundo.

Bibliografía

CHARIS GÓMEZ, Roberto, *Estudios de Derecho del Trabajo*, Porrúa, México, 1997.

Dictamen con Proyecto de Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, Comisiones del Trabajo y Previsión Social de las Cámaras de Diputados y Senadores del H. Congreso de la Unión, México, 2003.

Iniciativa de Decreto que Reforma a la Ley Federal del Trabajo, Senado de la República, Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, México, 1995.

Ley Federal del Trabajo, Ediciones Luciana, tercera edición, México, 2001.

Proyecto Una Reforma Democrática para el Mundo del Trabajo, Propuesta Laboral PRD-UNT, Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, México, 2003.

Proyecto de Reforma de la Ley Federal del Trabajo, Congreso del Trabajo y Sector Empresarial, México, 2002.

Artículos

La migración como exclusión de la globalización

Mtra. Judith Aguirre Moreno*

SUMARIO: 1. Migración y globalización, 2. Latinoamérica en busca de soluciones formales, 3. Víctima o victimario. El caso mexicano, 4. La inmigración en Europa, 5. Instrumentos internacionales, 6. Conclusiones, Bibliografía

El creciente flujo migratorio, principalmente de los “sin papeles”, es ciertamente incrementado por la globalización económica, sin embargo, los trabajadores ilegales han quedado fuera de la integración cultural y jurídica, al ser considerados únicamente objeto de diversos abusos principalmente laborales y policiacos en lugar de ser considerados no sólo parte integrante de esas sociedades desarrolladas y seres humanos con derecho a buscar una vida mejor, sino como el factor determinante en el desarrollo que los países primermundistas han tenido en las últimas décadas.

1. Migración y globalización

El fenómeno de la globalización tiene una inevitable y profunda incidencia en nuestras vidas. El día de hoy parece imposible pretender mantenerse al margen de dicho fenómeno integrador de economías, culturas, sistemas jurídicos, sociedades y sistemas políticos.

En las últimas décadas el mundo ha sido testigo del crecimiento y la liberalización de los intercambios de bienes y servicios, así como de los flujos de capitales. El movimiento de personas, sin embargo, sigue sujeto a restricciones importantes a pesar de que el movimiento de bienes y servicios guarda una estrecha relación con el movimiento de personas.

Sin embargo, a pesar de ser trascendental para el mundo y para nuestra región, la migración internacional sigue siendo objeto de severas restricciones a escala mundial, que lejos de superarse están agravándose con el paso del tiempo, especialmente en el mundo desarrollado.

En efecto, si reconocemos que las grandes desigualdades en los niveles de desarrollo socio-económico son la causa fundamental de las migraciones, entonces la globalización real, la que hasta ahora existe, contribuye notablemente a aumentarlas, provocando un crecimiento en las desigualdades entre países ricos y países pobres. Ya que

* Maestra en Estudios Latinoamericanos y Doctoranda en Derecho Constitucional Económico por la Universidad de Salamanca, España. Técnico Académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.V.

la prioridad del mundo actual es la economía y las personas están a su merced y no al revés como lo habíamos idealizado.

Para darnos cuenta de la situación es suficiente observar las recientes reformas legislativas en algunos países europeos (básicamente en los que pertenecen a la Unión Europea) y en los Estados Unidos de Norte América, las cuales “endurecen” cada día más las medidas contra los inmigrantes ilegales. Debido a esto, se ha dicho incansablemente, que la migración internacional parece estar excluida del actual proceso de la globalización, no obstante que en sus etapas anteriores, desde el siglo XIX y hasta la Segunda Guerra Mundial, los grandes desplazamientos humanos constituyeron una gran fuerza impulsadora del progreso de las naciones que hoy son precisamente las mas desarrolladas.¹

En ese contexto, es inquietante observar que por ejemplo la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1990, entró en vigor hasta el primero de julio del presente año, lo que demuestra el desinterés de los gobiernos por solucionar este tema. La citada Convención implica un gran avance en cuanto a la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes, sean legales o ilegales, y constituye un instrumento que favorece la ordenación y la homologación de las legislaciones nacionales anteriormente muy diferentes entre si.

La migración a nivel mundial se ha incrementado sustancialmente en décadas recientes a pesar de fuertes y numerosas barreras a la movilidad de personas. Tan sólo en 1990 se estimaba que 120 millones de personas vivían fuera de su país natal, número que para el año 2000 se incrementó a 150 millones.²

2. Latinoamérica en busca de soluciones formales

En América Latina el fenómeno migratorio también ha aumentado. Tan sólo considerando la migración intrarregional y hacia los Estados Unidos, se calcula que el número de migrantes creció de 1.5 millones en 1960 (0.7% de la población total de la región) a 11 millones en 1990 (2.5% de la población total de la región), lo cual significa que la migración se ha multiplicado casi en 10 veces. Este incremento de quienes deciden inmigrar al Primer Mundo en busca de las oportunidades que les faltan en su país tercermundista. Se están dando hoy en día sobre todo como consecuencia de la política del Ajuste Estructural del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional. En breve, esta política genera menos empleos peor pagados para obreros en los países pobres y provoca la búsqueda de divisas del Norte. No es de extrañar que crezca la tasa de migración cada día y que se estén expandiendo tanto las rutas posibles como los pueblos dispuestos a lanzarse a ésta peligrosa aventura.³

¹ Manuel Ignacio Quiroga González, *El desafío de la globalización*, Textos Gallimard, Montevideo, 2003, p.452

² Manuel Ignacio Quiroga González, *El desafío de la globalización*, Textos Gallimard, Montevideo, 2003, p.429.

³ , Herber Aubert Vignali, *El fenómeno globalizador en Latinoamérica*, Delma, Buenos Aires, 2003, p. 435

Estos grandes desplazamientos de personas vulnerables se expone a todo tipo de peligros, “diversas fuentes de información señalan que aproximadamente la mitad de los atropellos que sufren los migrantes son cometidos por algún representante de la autoridad y la otra mitad por bandas de delincuentes comunes. Los delitos que se cometen con mayor frecuencia son los asaltos, las violaciones, la extorsión y el abuso de autoridad. De esta manera, la violencia fronteriza ha vuelto elástica la frontera y ha convertido a una gran región en un espacio de peligro para los migrantes.”⁴

Otro aspecto importante de la migración latinoamericana es que las remesas enviadas por los emigrantes, principalmente a los Estados Unidos, constituyen en muchos países su primera fuente de ingresos, en México son ya la segunda después del petróleo, y en Cuba la tercera después del turismo y el azúcar. Por lo que cada día es más obvia la interdependencia que existe entre dicho fenómeno y los gobiernos nacionales. Lo anterior se demuestra en el siguiente artículo hecho público por la cadena de noticias CNN:

Remesas de hispanos de E.U. tienen impacto vital en América latina
25 de noviembre, 2003

WASHINGTON (Reuters) -- Un 42 por ciento de los adultos hispanos que residen en Estados Unidos envía regularmente dinero de vuelta a sus países, mostró el lunes un nuevo estudio que destacó que esas remesas son aún más vitales para las naciones latinoamericanas de lo que antes se pensaba.

La investigación, elaborada conjuntamente por el Centro Hispano Pew y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), pronosticó que este año las remesas a América latina y al Caribe llegarán a 30.000 millones de dólares, cifra que supera en 50 por ciento la inversión extranjera directa que se espera llegue a América latina en el 2003.

El estudio, basado en más de 11.000 entrevistas en Estados Unidos, México, Guatemala, Ecuador y El Salvador, también echó luz sobre la amplitud con la que millones de familias de América latina dependen de la migración y de las remesas de sus familiares en Estados Unidos.⁵

Por lo anterior consideramos que los esfuerzos legislativos latinoamericanos van más enfocados a mejorar las condiciones de los ilegales en lugar de tratar de frenarlas, en este sentido encontramos entre los más recientes los siguientes:

Conferencia Especial de la OEA sobre
Seguridad Hemisférica México oct. 2003
Reunión de Alto Nivel de la OEA Sobre
Pobreza, Equidad e Inclusión Social
Isla de Margarita, Venezuela, 10 de
octubre de 2003

Declaración de Santiago
XXXIII Asamblea Anual de la OEA
Santiago, Chile 10 de junio de 2003

Consenso del Cuzco
XVII Cumbre del Grupo de Río

⁴ Hugo Ángeles Cruz, “Las fronteras de la migración en el Sur de México”, publicado por la BBC en <http://www.BBCmundo.com>

⁵ <http://www.CNNenespanol.com>

Cuzco, Perú, 24 de mayo de 2003

Declaración de Bávaro
XII Cumbre Iberoamericana de Jefes de
Estado y de Gobierno
15 y 16 de noviembre, 2002, Bávaro,
República Dominicana

Declaración de Johannesburgo sobre el
Desarrollo Sostenible
Johannesburgo, Suráfrica 4 de septiembre
de 2002

Tercera Conferencia Sudamericana sobre
Migraciones. Declaración Final
Quito, Ecuador, 16 de agosto de 2002

"Consenso de Guayaquil sobre Integración,
Seguridad e Infraestructura para el
Desarrollo"
Guayaquil, julio de 2002

Compromiso de Madrid
Declaración Cumbre UE - ALC
Madrid, España, 17-18 de mayo de 2002

De Río a Madrid: Reflexiones y propuestas
para la asociación UE-ALC
RECAL, mayo de 2002

Declaración de San José (Grupo de Río)
San José-Costa Rica, 12 de abril de 2002

Consenso de Monterrey
Conferencia Internacional sobre FpD
Monterrey, México, marzo de 2002

Declaración de Lima: "Unidos para
construir el mañana"
XI Cumbre Iberoamericana de Jefes de
Estado de Gobierno
Lima, noviembre de 2001

3. Víctima y victimario. El caso mexicano

Mientras los gobiernos buscan la manera más efectiva de “cerrar” las fronteras y tratan de evitar el tráfico de personas y los consecuentes delitos y abusos de que son víctimas, la realidad es que las personas que emigran piensan que esa es la única manera de progresar. Por lo que se considera que el flujo migratorio no se frenará mientras siga la política del Ajuste Estructural del Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Mundial, por lo cual diversos grupos se enfocan a encontrar la manera de capacitar a las personas decididas a dejar sus países de origen con la finalidad de que tengan más oportunidades de que sus desplazamientos salgan lo mejor posible.

Con lo anterior pretenden evitar que estas personas arriesguen su vida y su integridad física, ya que como sabemos, cada día mueren migrantes ya sea ahogados en el río, deshidratados en el desierto, asfixiados en los vehículos que los transportan; o son asesinados, violados, golpeados, abandonados a su suerte y estafados por los polleros o coyotes, así como por las autoridades migratorias o por delincuentes comunes.

Por su parte el gobierno mexicano no sólo está llevando a cabo diversas negociaciones tanto para mejorar el trato a los inmigrantes ilegales en los Estados Unidos y Canadá, y conseguir programas laborales de migración legal, sino que también realiza diversas campañas de información y protección al migrante mexicano tratando de difundir la siguiente información:⁶

Tu integridad física y moral debe ser respetada en toda circunstancia. Cuida también que se respeten los derechos de tu familia. Mientras permanezcas bajo la custodia del Servicio de Inmigración, dicha autoridad no debe:

- a. Agredirte o insultarte
- b. Negarte atención médica
- c. Transportarte de modo peligroso
- d. Dejarte sin agua y sin comer por más de seis horas, o
- e. Quitarte lentes o medicinas o
- f. Quitarte dinero, alhajas u otros objetos personales, sin que te sean devueltos al momento de ser puesto en libertad.

Denuncia cualquier violación de tus derechos en tu Consulado o en la Delegación más cercana de la Secretaría de Relaciones Exteriores en territorio mexicano.

Para evitar incidentes, te recomendamos:

- g. No resistirte el arresto
- h. No arrojar piedras u otros objetos al oficial

⁶ Secretaría de Gobernación, *Boletín informativo del Instituto Nacional de Migración*, México, 2003, p 35

- i. No llevar en las manos ningún objeto que podría ser considerado como "arma", tales como: linternas, desarmadores, navajas, cuchillos o piedras
- j. No agredir o insultar al oficial
- k. No echarte a correr ni esconderte en lugares peligrosos,
- l. No cruzar carreteras de alta velocidad
- m. No permitas que te encierren en vagones de ferrocarril. No duermas sobre las vías de los trenes. No permitas que te encierren en cajuelas de automóviles.

La otra cara de la moneda

Por otra parte no se puede ocultar que el trato que reciben los inmigrantes ilegales que entran al territorio México por la frontera Sur, corren igual o peor suerte que los mexicanos que cruzan la frontera Norte, y para muestra presentamos el siguiente artículo recién publicado en Los Ángeles, California:

Denuncian abusos en frontera sur de México⁷

Violaciones, desapariciones y asesinatos son algunas de las atrocidades que las autoridades mexicanas cometen en contra de los migrantes centroamericanos que cruzan la frontera Guatemala-México, denunciaron ayer representantes de organismos defensores de los derechos humanos.

Gilma Pérez, representante del Instituto de Derechos Humanos de El Salvador, indicó que el mayor número de fallecimientos que se registran de salvadoreños están sucediendo en Tapachula, Chiapas.

"La pérdida de la vida es el precio más alto que estamos pagando por las políticas, por el descuido y la desatención de las autoridades", sentenció.

Dijo que no existen cifras exactas, sólo información dispersa y no concentrada; sin embargo datos del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, que registran nada más aquellos casos en los que el gobierno ha apoyado económicamente la repatriación de cadáveres, señalan que entre 2002 y 2003 hubo 25 muertos, aunque la prensa salvadoreña denuncia que hay más de 600 muertes y desapariciones.

"Conocemos de datos generales, que no son exactos, de las muertes, desapariciones, violaciones y maltratos, que sufren los centroamericanos en la frontera sur de México con Guatemala", mencionó.

De acuerdo con las cifras de la representante del Foro de Migrantes, entre el 2001 y 2002 alrededor de 1,800 migrantes centroamericanos han muerto en territorio mexicano en su trayecto al sueño americano. En el 2002 y el 2003 se rescataron 249 migrantes de esta zona, y se estima que alrededor de 250 mil centroamericanos en el 2001 cruzaron esa frontera como indocumentados.

⁷ Jorge Morales Almada, Denuncian abusos en frontera sur de México, publicado en el *Diario La Opinión Latinoamericana*, 29 de septiembre de 2003, Los Ángeles, California

Menos control

Es mucho más difícil la frontera Sur de México que la del Norte, porque en el Sur es donde hay menos control de las atrocidades que hacen las autoridades mexicanas. No sólo estamos hablando de policías, sino de un montón de gente involucrada que está lucrando y haciendo negocio, y es algo que saben las autoridades y que no hacen nada.

Es importante saber la magnitud del problema, conocer las cifras y proponer soluciones. Se debe de llamar más la atención, armar un proyecto de trabajo sobre el fenómeno de migración, en coordinación con los colegas de México y El Salvador, para presionar a las autoridades mexicanas y crear delegaciones de investigación para documentar los casos y empezar a presentar soluciones. La meta es humanizar el proceso de migración.

Para tratar de evitar esta lamentable situación el gobierno mexicano también pretende hacer llegar la siguiente información a los inmigrantes centro y sudamericanos que llegan a nuestro país.⁸

Independientemente de su situación migratoria, en México tiene los siguientes derechos y obligaciones:

- * Nadie puede atentar contra su vida.

- * Ninguna autoridad puede privarlo de su libertad, ni despojarlo de sus cosas, ni restringir sus derechos, si no existe un escrito que funde y motive legalmente sus acciones en su contra, salvo en el caso que fuera sorprendido en el momento de cometer una violación a la ley.

- * Si cuenta con documentos migratorios, puede viajar libremente a cualquier lugar del territorio mexicano.

- * Las autoridades siempre deben tratarlo con respeto y además tienen la obligación de atender y contestar las peticiones que les haga por escrito.

- * Todas las autoridades tienen el deber de mostrarle su identificación.

Si es detectado sin documentos migratorios o con documentación falsa y se determina su expulsión de México, tiene los siguientes derechos:

- 1) Las autoridades no lo pueden agredir, ni separar a los niños de las personas mayores de edad con quienes viajan.

- 2) Que su patrón le pague por el trabajo que haya realizado en México.

- 3) Ser alojado en un lugar que cuente con los servicios básicos de higiene, donde se le proporcionen alimentos y agua y donde podrá permanecer un máximo de tres días antes de ser expulsado de México.

- 4) Entrar en contacto con el consulado de su país, con su familia, con las Comisiones Nacional y Estatal de Derechos Humanos, o con las oficinas de información y quejas del Instituto Nacional de Migración.

- 5) Recibir atención médica de emergencia.

- 6) Recibir un trato respetuoso y que se le devuelvan todas sus pertenencias al momento de ser expulsado, menos la documentación falsa.

⁸ Secretaría de Gobernación, *Boletín informativo del Instituto Nacional de Migración*, México, 2003, p 38

También es imprescindible que sepa que las autoridades, sean o no las encargadas de migración, tienen prohibido pedirle dinero y que las autoridades mexicanas están obligadas a respetar esos derechos y las que no lo hagan serán sancionadas con todo el rigor de la ley.

Que evite caminar por rutas peligrosas y despobladas. En México, hay zonas desérticas o selváticas en la que puede sufrir ataques de animales, quedarse sin alimentos y sin agua. Además hay lugares solitarios donde puede ser asaltado con facilidad.

Así como el uso de transportes donde lo obliguen a viajar escondido. Ahí se puede quedar sin aire, puede ahogarse por el humo de los vehículos y también enfermarse cuando los lugares donde sea ocultado se encuentren muy sucios y no tenga alimentos ni agua.

Tanto en el norte como en el sur de México existen los grupos de protección al migrante, que están para protegerlo de la violencia y los abusos. Aunque debemos mencionar que los centroamericanos los denuncian como la principal fuente de abusos contra ellos.

Por último aconsejan que para presentar denuncias usted debe tratar de recordar la cara y el nombre de las autoridades con las que tenga contacto, así como los colores del uniforme que porten. Y memorizar las placas de los vehículos que utilicen.

Otras medidas

México también ha sido un participante muy activo en las Naciones Unidas en materia de migración y entre otras aportaciones encontramos dos propuestas sobre derechos humanos de los migrantes. Ambas fueron aprobadas y adoptadas. Ambas son aplicables a “todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.”⁹

4. La inmigración en Europa

El Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht, Países Bajos, en 1992, consolidó diversas ideas que se venían gestando desde los años setenta con relación a la finalidad de la comunidad de Estados europeos, ya que muchos consideraban que ya no podía basarse sólo en factores económicos, sino que también las personas tenían que ser tomadas en cuenta. Así la integración económica debía estar al servicio de éstas y no al revés. Los documentos comunitarios anteriores, a pesar de ser de carácter político, no mencionaban al ciudadano, quien era visto como un factor económico más. Incluso los derechos y libertades de las personas en la comunidad estaban relacionados con el mercado y eran factibles en él, no se les daba importancia sin el factor económico.¹⁰

Uno de los derechos *constitucionalizados* por el Tratado de la Unión Europea es la libre circulación de personas, abarcando también a las personas inactivas que están fuera

⁹ “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, entró en vigor el 1º de julio de 2003 y fue ratificada por México el 8 de marzo de 1999

¹⁰ Judith Aguirre Moreno, “La Europa de los ciudadanos”, en *Derecho y realidad social*, Instituto Electoral Veracruzano, Xalapa, Ver., México, 2003, p. 19

del mercado común, pero dentro de la Unión Europea. Tal derecho se desprende de la incorporación del establecimiento de la ciudadanía común europea.

Hasta aquí nos referimos al flujo de comunitarios dentro de las fronteras de los países de la Unión, sin embargo, al continente europeo llegan migrantes ilegales y legales de distintos países africanos y latinoamericanos muchos de los cuales son destinados a trabajar en el negocio de la prostitución y la pornografía. También suelen ser víctimas de diferentes tipos de discriminación y racismo.

5. Instrumentos internacionales

La Organización Internacional del Trabajo ha establecido diversos documentos que contienen medidas de protección a los trabajadores migrantes, sin importar la calidad migratoria que éstos tengan¹¹ en especial el Convenio relativo a los trabajadores migrantes (No. 97), el Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (No. 143), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No. 86), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No.151), el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio (No. 29) y el Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso (No. 105).

Por su parte la ONU también a promovido la creación de Documentos¹² que permitan mejorar la calidad de vida de los inmigrantes, entre los más destacados encontramos: siguientes instrumentos fundamentales de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Así como la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Y los documentos sobre otro tipo de inmigrantes como la Convención para reducir los casos de apatridia, Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados Declaración sobre el Asilo Territorial, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven.

6. Conclusiones

Mientras unos provocan disturbios y toda clase de desmanes para protestar por el avance del proceso globalizador, otros lo vemos como una fuerza imparable que ya no tiene sentido tratar de detener porque sólo se conseguiría el aislamiento del resto del mundo. Por lo cual proponemos que la globalización sea real para todos, que se abran las fronteras a la dignidad humana, es decir, que el flujo de personas, y por lo tanto de mano de obra, se conviertan en la prioridad de éste fenómeno integrador, para que el intercambio de bienes, servicios y capitales tengan el sentido para el que fueron creados, es decir, el bienestar del ser humano.

¹¹ Los documentos de la Organización Internacional del Trabajo pueden ser consultados en <http://www.oit.org>

¹² <http://www.un.org>

Por otra parte es necesario que los gobiernos de los países de emigrantes asuman sus responsabilidades frente a dicha situación, y que en lugar de quejarse por el trato abusivo a sus nacionales, busquen soluciones reales a sus problemas internos de desempleo y falta de oportunidades. Y que sean ellos quienes tomen también las medidas necesarias para evitar la explotación y las terribles condiciones en las cuales trabajan sus ciudadanos en las grandes empresas trasnacionales como las maquiladoras.

En cuanto a los países receptores de inmigrantes deben por una parte aceptar la importancia que tiene para sus economías la fuerza laboral de éstos, y por otra deben brindarles los mismos derechos laborales que a sus nacionales, evitando que las grandes empresas los contraten en situaciones infrahumanas. Así como capacitar y humanizar al personal y a las autoridades migratorias, así como sensibilizar a sus nacionales para desaparecer los frecuentes casos de discriminación y violencia de los que sin duda son objeto en todos los países desarrollados sin excepción.

Bibliografía

AGUIRRE MORENO, Judith. “La Europa de los ciudadanos”, en *Derecho y realidad social*, Instituto Electoral Veracruzano, Xalapa, Ver. México, 2003

AUBERT VIGNALI, Herber. *El fenómeno globalizador en Latinoamérica*, Delma, Buenos Aires, 2003

GONZÁLEZ RIVADENEYRA, Iñigo. *La migración en el mundo*, Civitas, 2003

MORALES ALMADA, Jorge. “Denuncian abusos en frontera sur de México”, *Diario La Opinión Latinoamericana*, 29 de septiembre de 2003, Los Ángeles, California

ONU, “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” *Resoluciones de la Asamblea General*, Nueva York, 2003

QUIROGA GONZÁLEZ, Manuel Ignacio. *El desafío de la globalización*, Textos Gallimard, Montevideo, 2003

Secretaría de Gobernación. *Boletín informativo del Instituto Nacional de Migración*, Secretaría de Gobernación, México, 2003

Intenet

<http://www.un.org>

<http://www.oit.org>

<http://www.CNNenespanol.com>

<http://www.BBCmundo.com>

FEDERALISMO Y RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES.

Dra. Ma. Del Carmen Ainaga Vargas. *

SUMARIO. Introducción. 1. Descentralización y participación ciudadana. 2. Federalismo y municipio. 3. El nuevo federalismo. Las nuevas relaciones intergubernamentales (RIG) 4. - La descentralización del poder del Estado. Conclusiones.

En este ensayo, se plantean las posibilidades de un Federalismo renovado, que no se traduzca en mero formalismo, sino por el contrario que se pueda traducir o dar origen a una institucionalidad democrática, y en el que el orden de gobierno municipal recobre su importancia.

Para tal efecto, Se hace una propuesta de descentralización intramunicipal y la reelaboración del concepto del Federalismo a partir de la idea de las Relaciones Intergubernamentales.

Introducción

En muchos países de América Latina y en México en particular, la respuesta a la gran movilización por reivindicaciones de los movimientos sociales emergentes que se vienen gestando en el centro y al interior del país, es la política descentralizadora, que junto con el proceso de privatización del sector público y el adelgazamiento del Estado, constituyen la posible salida de los conflictos pero también la posibilidad de sentar las bases de una democracia amplia y participativa.

La vinculación entre la especialización o diferenciación funcional y el desarrollo, (aspectos de la descentralización), se expresa en el planteamiento de que una sociedad es más desarrollada en la medida de que es capaz de diferenciar y especializar el mayor número de aspectos. Así, un Estado moderno, debe transferir (descentralizar) responsabilidades y toma de decisiones en aras de una mayor exigencia de la sociedad y una mayor complejidad social que la modernidad impone.¹

La tendencia centralizadora que se manifiesta en México después del período revolucionario de (1910-1917) afectó la forma de dominación de los caciques regionales de manera que la resistencia al poder central tenía muchas causas, menos un proyecto democrático²

*Investigadora y Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.V

¹ E. CABRERO, y José Mejía, *Marco Teórico-Metodológico para el Estudio de las Políticas Descentralizadoras en México*, CIDE, México 1996, p.10

² F. Gil Villegas, "Descentralización y Democracia: una perspectiva teórica" en: *Descentralización y democracia en México*, COLMES, 1999 p. 49-50

Y esto se dio así por que la forma de dominación era de carácter tradicional y carismática pero no democrática; la tendencia descentralizadora no era un intento por la democratización sino por perpetuar formas de dominación oligárquicas locales.

Estas apreciaciones nos sirven de punto de referencia para preguntarnos acerca de los obstáculos a una verdadera descentralización política, aquella que se traduzca en bienestar de la colectividad elevando su nivel de vida y su participación en los asuntos públicos.

En este trabajo se presenta la necesidad de la Descentralización a través de las Relaciones Intergubernamentales (RIG) y la Participación ciudadana para dar forma a la reconstrucción de un verdadero federalismo en México.

1. Descentralización y participación ciudadana.

Según el informe sobre desarrollo humano 1995 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la gente desea participar en los acontecimientos y procesos que configuran sus vidas pero esos impulsos crean muchos peligros y oportunidades. Pueden convertirse en una fuente enorme de vitalidad e innovación para la creación de sociedades nuevas y justas.³

La auténtica participación esta ligada al acceso al poder de decisión con el deseo humano de ser más sujeto que objeto en el proceso social.

La descentralización no es un fin en sí misma pero es indispensable para un desarrollo local y municipal saludable. La descentralización regional, afirma Boissier implica la necesidad de "construir política y socialmente las regiones" porque se requiere de un depositario adecuado, esto es, la comunidad organizada. Los gobiernos locales y municipales requieren de autonomía, de la participación y de un acertado control y fiscalización de la administración por parte de la ciudadanía, en un universo de legitimidad de las autoridades y de una alta capacidad de respuesta de las demandas de la sociedad. Esto implica también la necesidad de un proceso electoral creíble, y el desarrollo de la democracia local cobra un sentido más profundo en los niveles más bajos de la organización territorial, a nivel comunal, ahí donde los lazos con la población pueden ser más estrechos.⁴

Por eso, la idea de un modelo de descentralización intramunicipal nos parece de lo más pertinente y positiva. Dicho modelo, trata de vincular mediante un proceso de descentralización a nivel comunal, es decir, de las localidades (barrios, agencias, etc.) los mecanismos de la participación ciudadana con el proceso de toma de decisiones del municipio.

³ PNUD (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo) *Informe sobre Desarrollo Humano*, 1995.

⁴ Gerard Marcou, "Descentralización y Democratización del Estado" (Ponencia ante la II Conferencia internacional) Toluca, Mex. 27-30 de Julio de 2001, p. 4

El Modelo de Descentralización Intramunicipal aquí planteado supone la existencia de dos hipótesis respecto a la descentralización:

- 1) Que la descentralización incrementa la participación ciudadana. 2) Que el incremento de la participación ciudadana aumenta la eficiencia de la administración pública.

De esta forma el tema de la participación se encuentra vinculada a la descentralización, es decir no puede existir ésta última sin la primera. Además:

La participación la podemos entender de dos maneras:

- a. Como participación social:
 - a través del voto,
 - como referente de los partidos políticos.
- b. Como participación ciudadana. Que se realiza por nuestra condición de interesados y beneficiados directos de la administración, y que puede ser:
 - de manera individual (quejas, etc.)
 - de manera colectiva. Por medio de organizaciones populares, juntas de vecinos, jefes de manzana, etc.)

Las Unidades Municipales Descentralizadas (UMD) son aquellas que surgen de la conceptualización de la descentralización geográfica, administrativa y funcional. Estas unidades en nuestro país reciben varios nombres, (agencias, delegaciones municipales, representaciones de barrios, colonias, junta de vecinos, etc.) y representan lo más profundo y donde debería tener su asiento un proceso descentralizador y democrático, respetando en lo posible sus estructuras organizativas tradicionales.

El problema de una definición y caracterización general del municipio en México, es que hace pasar a segundo plano la importancia de muchos centros de población que no necesariamente son cabeceras municipales, y que reclaman también los beneficios de la descentralización. Así, no es difícil concluir que un proceso descentralizador no llevado a cabo hasta sus últimas consecuencias, es decir hasta las pequeñas comunidades locales, rancherías, barrios, pueblos, etc., no se corresponde con una democratización. El proceso descentralizador desde la Administración Municipal Central (A.M.C.) debe incluir actividades o servicios con participación de las U.M.D., en lo que se refiere a salud, educación, vivienda, seguridad pública.

Pero éstas últimas tendrían sus propias actividades o servicios descentralizados como son agua potable, alumbrado público, mercados, limpia pública, etc.

La comunidad organizada: partidos políticos, organizaciones sociales, representaciones y vecinos pueden de esta manera tener acceso a la planificación, gestión y control de las actividades o servicios que presten las U.M.D.

La Administración Municipal Central, tendría así, en vez de una multitud exigiendo todo tipo de servicios, a los representantes de las localidades ofreciendo alternativas de

solución a los mismos. Finalmente nadie conoce mejor la solución del problema que el que lo sufre.

La revitalización del Federalismo tomando como estrategia la descentralización y como base la célula municipal con sus subdivisiones ya establecida, sería el camino más corto hacia las aspiraciones democráticas y de bienestar de la comunidad local.

2. Federalismo y municipio

El fortalecimiento del Federalismo es, (o debiera ser) desde nuestra óptica, el punto de llegada de todos los esfuerzos descentralizadores y democratizadores. En este sentido, el municipio es el ente que debe de ser receptor de una gama de facultades que el centralismo y el presidencialismo le han arrebatado. Hay razones suficientes para pensar que el Estado Mexicano tiene la voluntad política de iniciar el proceso mencionado, pues el riesgo de la ingobernabilidad está presente.

Para tener una mejor opinión respecto al Federalismo, es pertinente hacer algunas precisiones de ciertos conceptos que comúnmente se asocian a la discusión acerca del mismo.

1) Presidencialismo y Centralismo.

Estos dos conceptos se han confundido durante más de setenta años, sin embargo son dos males diferentes: i) El presidencialismo es darle preponderancia al titular del poder Ejecutivo, por encima de los otros dos poderes, el Legislativo y el Judicial. Esta anomalía se ha perpetuado y consolidado a través de toda la historia posrevolucionaria en México; ii) El centralismo es concentrar excesivamente las facultades del poder central, disminuyendo el de las entidades federativas.⁵

En México, desde la fundación del partido en el poder fundamentalmente se ha fortalecido tanto el presidencialismo como el centralismo, debilitando al federalismo.

2) Federalismo y Presidencialismo.

Un verdadero Federalismo no puede ser presidencialista porque su esencia misma es la división de poderes: la división horizontal que es saludable porque evita que un poder se corrompa, atendiendo exclusivamente las funciones para las que fueron creados.

3) Federalismo y Centralismo.

El Federalismo no se completa con la división de poderes exclusivamente: se requiere de una redistribución de funciones entre los órdenes de gobierno (federación,

⁵ A. Díaz Pérez-Duarte, "Regenerar el Sentido del Federalismo" en: *Revista Artículo 115*, Centro de Servicios Municipales, México, 1999, p. 3

estado y municipio)⁶ en lo que conocemos como la división vertical y de la que tanto se admiraba A. de Tocqueville en su *La Democracia en América*. Como sabemos, la obra de Tocqueville como parte de la corriente de la teoría política de Locke y Montesquieu, es partidario de la preservación de la libertad mediante la configuración de un sistema de poderes para tal efecto. Pero también puso énfasis en la división vertical (y no sólo en la división horizontal), es decir, su preocupación más profunda fue la problemática de la centralización- descentralización del Estado.

Por lo anterior, Díaz Pérez-Duarte afirma que las funciones que desempeña la federación, deben de revisarse bajo el criterio de la subsidiariedad, es decir, que el ente superior, no haga lo que puede hacer el ente inferior.

El aspecto más relevante de la descentralización en México, ha sido que se ha incrementado la eficiencia administrativa federal con una mayor presencia en las entidades federativas y municipios o regiones, mejorándose, en cierta forma, los canales de comunicación en los dos sentidos para una mejor toma de decisiones. Pero desde el punto de vista político y por el manejo presidencial que hay de este mecanismo, es por lo que no puede ser una opción viable de democratización a nivel local, ni puede ser la alternativa para el desarrollo municipal que estamos planteando.

Con la descentralización hasta ahora puesta en marcha, la federación ha incrementado su capacidad de intervención en las economías locales, pero de lo que se trata es de trasladar recursos a los estados y municipios para que tengan un manejo autónomo de los mismos, como lo apuntamos líneas arriba. Otro aspecto más de esta descentralización "tradicional" es que ha incrementado los poderes federales por el incremento de sus burocracias (delegaciones, representantes, etc.) que han cumplido, entre otras, la función de verdaderos agentes de información para la federación.⁷

3. El nuevo federalismo. Las nuevas relaciones intergubernamentales (RIG)

Estamos de acuerdo con Marcello Carmagnani en que el Federalismo Mexicano no es ni una copia del norteamericano, "ni un producto vernáculo": es un proceso interactivo en donde las propuestas que vienen de otros contextos, son reelaborados a la luz de las necesidades y realidades mexicanas.⁸

Estamos empero, ante la presencia de una fractura entre realidad e instituciones y no ante un proceso de convergencia. El modelo doctrinario e institucional del Federalismo debe ser el resultado de un proceso que tendría que desarrollarse a partir de una reorganización de las ideas y de las instituciones preexistentes. En este sentido pensamos

⁶ Ibid

⁷ Aaron Segal, "El Federalismo y el Futuro Mexicano", en *Revista Comercio Exterior*, Vol. 26, N° 12, México, Dic. de 1996, p. 1419

⁸ M. Carmagnani, *Federalismos Latinoamericanos*, op. cit. pág. 398.

que es posible que para describir al Federalismo en su dimensión organizacional y administrativa, el término "relaciones intergubernamentales" (RIG) sea el más adecuado.

Deil S. Wright ha definido a las RIG como aquellas relaciones que al contrario del viejo concepto estadounidense de Federalismo, toman en cuenta las relaciones nacionales-estatales, estatales- locales, nacionales- locales, nacionales- estatales- locales, e interlocales. Aspecto, que dicho sea de paso no ha sido ignorado por nuestra legislación, ni por la de E. U. sólo que se ha tendido a subrayar las relaciones entre el gobierno federal y los estados. Con las relaciones intergubernamentales, según Wright, se entienden todas las permutaciones y combinaciones de las relaciones entre la totalidad de las unidades de gobierno.⁹

El Federalismo mexicano, por sus semejanzas con el de los Estados Unidos, requiere de la aplicación de esta reflexión pues las relaciones entre los niveles de gobierno parece reducirse a una relación jerárquica, de mando superior (federación) hacia mandos inferiores (estados y municipios). Y podríamos agregar que esta misma problemática se reproduce en las relaciones entre estados y municipios.

Consecuencia de este conflicto intergubernamental, se advierten en el Federalismo mexicano como en el estadounidense, una serie de actitudes por parte de los funcionarios acerca del sistema federal, mismas que se derivan de la forma como perciben los funcionarios las perspectivas y posición de cada uno de ellos. Así, los funcionarios federales de las diferentes secretarías de Estado consideran sus puntos de vista como los más extensivos y multifacéticos y ven a los niveles estatales y municipales como según el esquema tomado de Deil Wright, la visión de la pirámide invertida.¹⁰

A su vez, los funcionarios estatales conciben a los demás niveles bajo la forma de un "rombo", es decir se autoconciben como los más aptos para conocer los problemas del nivel estatal y ven a los funcionarios federales con una perspectiva restringida y poco adecuada, y la de los funcionarios municipales como particulares y limitadas.

La forma de un "reloj de arena", (que observa el citado autor para el caso norteamericano, y desde nuestro punto de vista válido para el caso mexicano) se advierte en la perspectiva de los funcionarios municipales los cuales comparten muchos puntos de vista con el nivel federal, no siendo así con el nivel estatal que los limita y ahoga.

La idea de las RIG sirve desde nuestro punto de vista para una mejor comprensión de los aspectos contemporáneos de nuestro sistema político y para darle una mayor dimensión al concepto del Federalismo, o como afirma Wright, con las RIG como lente conceptual, podemos observar, clasificar y acumular conocimientos acerca de los cambios sociopolíticos recientes.¹¹

⁹ Deil Wright S., *Del Federalismo a las Relaciones Intergubernamentales en los Estados Unidos*, Editorial Reus, México, 2000, p.11

¹⁰ *op.cit.* p.18

¹¹ *Ibidem*

El Federalismo consiste en la división de poderes entre el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial y de funciones fiscales entre los distintos niveles de gobierno, dentro de un Estado-nación. En el Estado Mexicano las divisiones territoriales son los estados y municipios que cuentan con poderes de "jure" pero no de hecho para mantener su autonomía e identidad.

Nuestro Federalismo en realidad ha sido desvirtuado por los excesos presidencialistas como algunos otros aspectos de la vida nacional. Cuando hemos tenido vestigios de Federalismo, éste ha sido limitado y sesgado a favorecer el centralismo, a caciques regionales o a grupos sociales privilegiados, que en las comunidades locales usufructúan el poder y las riquezas desafiando incluso al poder central.

La justificación clásica del Federalismo vigente todavía, es la existencia de una complejidad territorial dentro del Estado-nación, integrada por etnias, grupos religiosos, etc. No existe por lo tanto, homogeneidad, y cada uno de estos grupos de interés desea defender su cultura e identidad, al igual que sus estilos de vida y costumbres. Esto último se convierte en su base legitimadora.

Precisamente por esta heterogeneidad, los gobiernos municipales deben reflejar los intereses de sus comunidades, pero deben hacerlo mediante una gestión con participación de la sociedad y con una mayor eficiencia administrativa.

4.La descentralización del poder del estado

Convenimos entonces que el Federalismo mexicano debe, en las actuales circunstancias corregir sus desvíos y dejar que como lo consagra el Artículo 115 Constitucional, nuestras entidades federativas y municipios se desarrollen como instituciones autónomas y como asientos de la soberanía popular. Los poderes locales deben recobrar su autonomía política. No es suficiente con la independencia económica. El Estado debe empezar a descentralizarse, es decir, a diluirse el poder presidencial autoritario en una difusión de facultades que redistribuyan la capacidad de toma de decisiones en los niveles de gobierno inferiores.

Los acontecimientos de Chiapas nos revelan que los grandes problemas que padecen nuestros gobiernos locales y municipales no se resuelven con más recursos económicos únicamente, sino con la descentralización política. Los estados y municipios necesitan libertad política y esto significa concebirse como unidades ciudadanas y autónomas para gobernarse. El Federalismo debe concebirse como autogobierno.¹²

Nos parece que podría darse el proceso de descentralización política porque a diferencia con el pasado, existe hoy una sociedad moderna con un pueblo urbano informado y en cierta medida educado y capaz de transitar hacia un estado de convivencia y pluralidad democrática, una sociedad que ya no está dispuesta a dejarse gobernar con los instrumentos del autoritarismo de las décadas pasadas.

¹² A. Córdova, "Federalismo y Democracia" en Supl. *NEXOS*, N° 70, México, Abril de 1999, p. III-VI

El Federalismo como una forma de unidad nacional en la diversidad, resulta indispensable para el proceso de descentralización y para la unidad de la nación. Y no basta con reconocer a los gobiernos locales sino que se deben tomar en cuenta a las comunidades sociales, es decir, a las etnias que hoy reclaman autogobernarse de acuerdo con sus tradiciones y costumbres. Este es el Federalismo que México requiere.

Conclusiones

Los procesos democratizadores que se desarrollan en los gobiernos latinoamericanos, obligan a repensar la nueva articulación entre Estado y sociedad civil y a imaginar las formas de participación y representación en la solución de los conflictos políticos, que los mismos han generado. Los procesos democratizadores no se han consolidado en la región, y en particular en México, porque existen "enclaves autoritarios" heredados del viejo sistema político que se niega a dar paso a lo nuevo.

En este tránsito de nuestra sociedad hacia otros esquemas, encontramos problemas políticos emergentes los cuales entendemos como aquellos que devienen del paso de una sociedad tradicional a una moderna o posmoderna, de una ruptura con el viejo orden que da lugar a un nuevo orden. Se advierte, por otro lado, un período en el que nuestro equilibrio y la estabilidad se caracterizan por el riesgo y la incertidumbre.

Por ello, dentro de la nueva racionalidad del Estado que no se deriva ya de una fuerte presencia en la sociedad, surgen los procesos descentralizadores como mecanismos para la solución de los conflictos, que se articulan con los mecanismos (ya gastados por cierto, pero eficientes aún) de la concertación social y política para lograr la gobernabilidad.

El nuevo Federalismo debe investigarse a partir de nuevas metodologías como la de la "relaciones intergubernamentales" (RIG), para entender no la vieja connotación del Federalismo de jerarquía y relación de dominio de arriba hacia abajo sino las relaciones federación-municipio, estado-municipio, federación- estado-municipio e intermunicipales. Es decir, todas las combinaciones y permutaciones entre los tres niveles de gobierno.

Fundamental para la "reconstrucción" del Federalismo es una nueva y más justa distribución de los recursos entre la federación, los estados y los municipios. Consecuente con la reasignación de los recursos se necesita de una administración eficiente y honrada (de ahí la importancia de la participación de la ciudadanía en la gestión municipal) sin la cual los recursos se escurrirían sin control. Para que todo lo anterior suceda dentro del marco del Estado de Derecho y sin el peligro de la desintegración nacional, se requiere el fortalecimiento del poder Judicial, una reforma electoral a fondo y un sistema de partidos competitivos.

Finalmente, creemos que si todo lo anterior se cumple estaríamos asistiendo a un proceso de descentralización del poder del Estado. Podría el poder presidencial empezar a diluirse para fortalecer la capacidad de toma de decisiones a nivel estatal y municipal en estas circunstancias.

Bibliografía

CABRERO, E. y José MEJÍA, *Marco Teórico- Metodológico para el Estudio de las Políticas Descentralizadoras en México*, CIDE, México, 1996.

CÓRDOVA, A. "Federalismo y Democracia" en Supl. *NEXOS*, N° 70, México, Abril de 1999.

CARMAGNANI, M., *Federalismos Latinoamericanos*, México, F.C.E., COLMEX ,1993.

DÍAZ PÉREZ-DUARTE, A., "Regenerar el Sentido del Federalismo" en: *Revista Artículo 115*, Centro de Servicios Municipales, México, 1999

GIL VILLEGAS, F,"Descentralización y Democracia: una perspectiva teórica" en: *Descentralización y democracia en México*, COLMEX, 1999.

PNUD (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo) *Informe sobre Desarrollo Humano*, 1995.

MARCOU, Gerard, "Descentralización y Democratización del Estado" (Ponencia ante la II Conferencia internacional) Toluca, México, 27-30 de Julio de 2001, p. 4

SEGAL, Aarón, "El Federalismo y el Futuro Mexicano". en *Revista Comercio Exterior* Vol. 26, N° 12, México, Diciembre de 1996.

WRIGHT S., Deil, "Del Federalismo a las Relaciones Intergubernamentales en los Estados Unidos, Editorial Reus, México, 2000.

La competencia en el Nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave

Dr. José Lorenzo Álvarez Montero*

SUMARIO: 1. Comisión Técnica para la revisión, evaluación y elaboración de la reforma integral a los Códigos Penal y de Procedimientos Penales de la entidad. Trabajos realizados. 2. Iniciativa, aprobación y publicación de la nueva legislación penal. 3. La competencia en el nuevo Código de Procedimientos Penales. 4. Competencia de los órganos jurisdiccionales. 4.1. Juzgados de comunidad. 4.2. Juzgados Municipales. 4.3. Juzgados Menores. 4.4. Juzgados de Primera Instancia. 4.5. Salas Penales. 4.6. Pleno del Tribunal Superior de Justicia. Conclusión. Bibliografía.

El presente ensayo aborda la temática y problema de la competencia a los órganos jurisdiccionales en materia penal que integran el Poder Judicial del Estado Libre y Soberano del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, de conformidad con los nuevos Códigos Penal y de Procedimientos Penales.

1. Comisión Técnica para la revisión, evaluación y elaboración de la reforma integral a los Códigos Penal y de Procedimientos Penales de la entidad. Trabajos realizados.

En la Gaceta Oficial número 200 del viernes 5 de octubre del 2001, se publicó el Decreto en el que se creaba la Comisión Técnica para la revisión, evaluación y elaboración de la reforma integral a los Códigos Penal y de Procedimientos Penales del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, cuyos trabajos deberían concluir a más tardar el 30 de octubre del siguiente año con la entrega al gobernador del texto de las iniciativas correspondientes.

Dicha comisión fue coordinada por el distinguido maestro Pericles Namorado Urrutia, Procurador General de Justicia del Estado.

La comisión convocó a nueve foros de consulta popular, en los que participaron presidentes municipales, diputados locales, jueces, agentes del Ministerio Público, asociaciones, barras y colegios de abogados, litigantes y académicos¹.

*Doctor en Filosofía con Especialidad en Educación por Atlantic International University; Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Almería, España; Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana

¹ Gaceta Oficial, número 220, lunes 4 de noviembre del 2002, p.2.

Se realizó igualmente un análisis de la legislación penal de las restantes entidades federativas de la república mexicana, así como de países americanos y europeos de tradición romano-germánica. También se tuvieron en consideración diferentes iniciativas de reformas a la legislación penal local presentadas al Congreso del Estado².

2. Iniciativa, aprobación y publicación de la nueva legislación penal

Con fecha 3 de noviembre del año 2002, el Gobernador presentó al Congreso del Estado las Iniciativas de nuevos Códigos Penal y de Procedimientos Penales, las cuales fueron publicadas en el alcance a la Gaceta Oficial número 220 del 4 del mes y año mencionados.

Aprobada la nueva legislación penal (sustantiva y adjetiva) se publicó en el alcance a la Gaceta Oficial número 223 de 7 de noviembre de 2003. Resulta pertinente señalar, desde ahora, que el primer párrafo del artículo 317 del Código de Procedimientos Penales, se eliminó por fe de erratas publicada en la Gaceta Oficial número 248 de 12 de diciembre del año antes citado, ya que el mismo era una repetición del primer párrafo del artículo 216.

3. La competencia en el nuevo Código de Procedimientos Penales

Por lo que hace al Código de Procedimientos Penales, se integra por trece títulos: El título preliminar que se forma de los siguientes capítulos: I. Principios y garantías procesales y II. Periodos del procedimiento penal; El título primero contiene las reglas generales para el proceso penal y contiene los doce capítulos siguientes: I. Competencia; II. Formalidades; III. Interpretes; IV. Despacho de los asuntos; V. Correcciones disciplinarias y medios de apremio; VI. Requisitorias y exhortos; VII. Cateos; VIII. Términos; IX. Citaciones; X. Audiencias de derecho; XI. Acuerdos, determinaciones ministeriales y resoluciones judiciales y XII, notificaciones.

Referente a la competencia el Código dispone en el artículo 15 que la justicia penal se impartirá por los jueces de comunidad, los jueces municipales, los jueces menores, los de primera instancia, las salas del tribunal Superior de Justicia y el Pleno del Tribunal Superior de Justicia.

En la exposición de motivos de la iniciativa del titular del poder ejecutivo, se señalaba:³ “El capítulo I, relativo a quienes administran la justicia en materia penal, se ha ajustado a las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave en vigor. Por ello se menciona a los *jueces de comunidad* dado que los llamados *jueces auxiliares* han desaparecido. Por lo demás, para evitar la relación casuística relativa a los delitos que son de la competencia de los jueces menores, contenida en el artículo 8 del Código aún vigente, ahora se establece que dichos jueces “son competentes para conocer de los delitos sancionados con pena privativa de libertad hasta de cinco años, independientemente de la cuantía de la sanción pecuniaria”. Cabe decir que, en rigor, con esta norma no se modifica la esfera competencial de los jueces de referencia,

² *Idem* p.3.

³ *Gaceta Oficial* número 220 de 4 de noviembre de 2002, p.59.

pues seguirán conociendo de los delitos que hasta ahora han integrado aquélla”. Omitiéndose así, toda referencia a los juzgados municipales.

Acorde con lo anterior, aunque en la fracción II del artículo 15 de la iniciativa se mencionaban los jueces municipales, se les privaba de competencia propia, pues el artículo 18 indicaba que éstos conocerían de los asuntos penales, cuando algún detenido fuera dejado a su disposición; concretándose en ese caso, a resolver en tiempo y forma la actuación jurídica y declarar, inmediatamente su incompetencia, para el efecto de enviar la causa al juez competente.

Por lo que contrariamente a lo que se indicaba en el considerando transcrito, si se modificaba, y substancialmente, la competencia de los órganos jurisdiccionales, tanto municipales como menores. A los primeros al quitarles la competencia que les concedía el primer párrafo del artículo 8 del Código de Procedimientos Penales de 1947 y a los segundos, al ampliar su competencia otorgándoles la que correspondía a los municipales.

Efectivamente el artículo 8 del citado Código de 1947 disponía: “Los **jueces municipales** son competentes para conocer los delitos que se cometan en el territorio de la jurisdicción donde ejerzan sus funciones y tengan como sanción: amonestación, apercibimiento, caución de no ofender, multa que no exceda de veinte veces el salario mínimo general diario vigente en la zona y en el tiempo en que se cometió el delito y prisión hasta de dos años aun cuando por ser el reo reincidente la sanción que se le aplique resulte mayor a la pecuniaria y a la privativa de libertad señaladas.

Los **jueces menores** son competentes para conocer de los delitos siguientes: abusos deshonestos; allanamiento de morada; calumnia; coacción y amenazas; delitos contra la seguridad del transito de vehículos, artículo 221 segundo párrafo; delitos contra la seguridad vial y los medios de transporte; desobediencia y resistencia de particulares, artículo 264 segundo párrafo; difamación; encubrimiento por favorecimiento; encubrimiento por receptación, artículo 197 fracción I; fraude, artículo 187 fracción I; inducción o ayuda al suicidio, artículo 128 segundo párrafo; daños, artículo 196, omisión de auxilio; omisión de auxilio a atropellados; omisión de cuidado; privación de la libertad física; privación de la libertad laboral; provocación a cometer un delito, apología de este o de algún vicio; quebrantamiento de la sanción de privación, suspensión o inhabilitación de derechos; quebrantamiento de sellos; robo, artículo 173 fracción I, primer párrafo y 174; revelación de secretos; uso de documentos falsos; usurpación de profesión; variación del nombre o domicilio; violación de correspondencia; violación de las leyes sobre inhumaciones y exhumaciones; lesiones, artículo 114 fracciones I, II, III y IV y los delitos culposos, con excepción de homicidio y aborto.

Señalada la omisión, que considero grave, las comisiones legislativas modificaron los artículos 18 y 19 de la iniciativa que pasaron a ser 17 y 18 del nuevo Código de Procedimientos Penales.

4. Competencia de los órganos jurisdiccionales

4.1. Juzgados de Comunidad

Los jueces de comunidad tienen competencia para conocer, a prevención en caso de flagrancia o urgencia de los delitos que se comentan en el ámbito de su competencia a efecto de preservar las pruebas y asegurar a los responsables, a quienes tienen obligación de poner inmediatamente a disposición del Ministerio Público del municipio o del distrito judicial respectivo. Además tienen facultades para llevar a cabo las diligencias que les encomienden los jueces de Primera instancia, los menores y los municipales de su jurisdicción. Todo lo anterior con fundamento en el artículo 16 del Código de Procedimientos Penales.

4.2. Juzgados Municipales

Tratándose de los jueces municipales, el artículo 17 del referido código establece que serán competentes para conocer de los delitos que se cometan en el territorio de su jurisdicción y tengan como sanción amonestación, apercibimiento, caución de no ofender, multa que no exceda de cincuenta veces el salario mínimo general vigente y prisión hasta de dos años, así como de la tentativa de los ilícitos en cuestión, con excepción de los siguientes delitos : Acoso Sexual; Discriminación de personas; Delitos Cometidos por médicos, auxiliares y otros relacionados con la práctica de la medicina; Ultrajes a la moral pública; Violación de las leyes sobre inhumaciones y exhumaciones; Desobediencia y resistencia de particulares; Ultrajes a la autoridad y Falsedad ante la autoridad que serán competencia de los juzgados menores, y de los delitos informáticos, Rebelión y Exacción ilegal, que serán competencia de los de Primera Instancia.

Lo anterior se ilustra en los cuadros siguientes:

Cuadro 1

Delitos que se sancionan con pena privativa de libertad de hasta dos años y multa y son competencia de los Juzgados Municipales, Menores y de Primera instancia

ARTS.	DELITOS	SANCION		COMPETENCIA
		PECUNIARIA	CORPORAL	
137-I	Lesiones	Multa hasta de 50 días de salario, o	De 15 días a 6 meses de prisión	Juzgados municipales Este delito es perseguido por querrela de parte, solo será de oficio cuando la víctima sea menor de edad o incapaz
II		Multa hasta de 60 días de salario, y	De 2 meses a 2 años de prisión	
172	Coacción	Multa hasta de 40 días de salario, y	De 6 meses a 2 años de prisión	Juzgados municipales
173	Amenazas	Multa hasta de 40 días de salario, y	De 6 meses a 2 años de prisión	Juzgados municipales
ARTS.	DELITOS	SANCION		COMPETENCIA

		PECUNIARIA	CORPORAL	
178	Revelación de secretos	Multa hasta de 100 días de salario, y	De 6 meses a 2 años de prisión	Juzgados municipales Otras hipótesis
181	Delitos informáticos	Multa hasta de 300 días de salario, y	De 6 meses a 2 años de prisión	Juzgados de 1ra Instancia
189	Acoso sexual	Multa hasta de 100 días de salario, y	De 1 a 6 meses de prisión	Juzgados Menores Si es servidor público además de la pena anterior se le destituirá e inhabilitará de su cargo o comisión hasta por 3 años
196	Discriminación de las personas	Multa hasta de 100 días de trabajo a favor de la comunidad y	De 6 meses a 2 años de prisión	Juzgados menores
224	Despojo	Multa hasta de 50 días de salario, o	hasta 6 meses de prisión	Juzgados municipales Otras hipótesis
254-255	Delitos cometidos por dueños, directores, administradores o encargados de hospitales, clínicas, dispensario, enfermería o cualquier otro centro de salud, o encargado de funerarias (relacionados con la practica de la medicina)	Multa hasta de 50 días de salario, y	De 3 meses a 2 años de prisión	Juzgados municipales
256	Delitos cometidos por dueños, encargados, empleados o dependientes de farmacias	Multa hasta de 100 días de salario, y	De 3 meses a 2 años de prisión	Juzgados menores
257	Delitos cometidos por profesionales y técnicos	Sanción de acuerdo al delito que cometan		Juzgados municipales
273	Violación de correspondencia	Multa hasta de 40 días de salario, y	De 6 meses a 1 años de prisión	Juzgados municipales
284	Ultrajes a la moral publica	Multa hasta de 50 días de salario, y	De 6 meses a 2 años de prisión	Juzgados menores

289	(Corrupción de menores o incapaces) Responsables de permitir el acceso directo a exhibición de películas o espectáculos no aptos para menores de edad.	Multa hasta de 10 días de salario, y	De 1 a 6 meses de prisión	Juzgados municipales
297	Violación de las leyes sobre inhumaciones y exhumaciones	Multa hasta de 20 días de salario, y	De 6 meses a 1 años de prisión	Juzgados menores
303	Rebelión	Multa hasta de 20 días de salario, y	De 6 meses a 2 años de prisión	Juzgados de 1ra Instancia
ARTS.	DELITOS	SANCIÓN		COMPETENCIA
		PECUNIARIA	CORPORAL	
325-I	Exacción ilegal	Multa hasta de 30 a 300 días de salario, y	De 3 meses a 2 años de prisión	Juzgados de 1ra Instancia
329 1er párrafo	Desobediencia y resistencia de particulares	Multa hasta de 20 días de salario, y	De 6 meses a 1 años de prisión	Juzgados menores
3er párrafo		Multa hasta de 40 días de salario, y	De 6 meses a 2 años de prisión	Juzgados Menores Otras modalidades
330	Quebrantamiento de sellos	Multa hasta de 40 días de salario, y	De 6 meses a 2 años de prisión	Juzgados municipales
331	Ultrajes a la autoridad	Multa hasta de 40 días de salario, y	De 6 meses a 2 años de prisión	Juzgados Menores
335	Falsedad ante la autoridad	Multa hasta de 60 días de salario, y		Juzgados menores
341	Evasión de presos	No se impone sanción cuando lo propicien familiares salvo que medie violencia		Juzgados municipales Hasta la mitad de las sanciones señaladas en el presente capítulo
346	Quebrantamiento de la sanción de privación, suspensión o inhabilitación de derechos	Multa hasta de 150 días de salario, y		Juzgados municipales Si existe reincidencia, se duplicará la multa y la prisión será de 6 meses a 2 años
353	De los delitos electorales	Multa hasta de 500 días de salario, y		Juzgados municipales Sanción para ministros de los cultos religiosos

Cuadro 2

Competencia por remisión de los Juzgados menores

Delitos	Artículos
Acoso sexual	189
Discriminación de las personas	196
Delitos cometidos por médicos, auxiliares y otros relacionados con la práctica de la medicina	256
Ultrajes a la moral pública	284
Violación de las leyes sobre inhumaciones y exhumaciones	297
Desobediencia y resistencia de particulares	329
Ultrajes a la autoridad	331
Falsedad ante la autoridad	335

Cuadro 3

Competencia por remisión de los Juzgados de Primera Instancia

Delitos	Artículos
Delitos informáticos	181
Rebelión	303
Exacción ilegal	

4.3. Juzgados Menores

Los jueces menores por su parte tienen competencia de conformidad con el artículo 18, para conocer de los delitos sancionables con pena privativa de libertad hasta de cinco años y de su tentativa, independientemente de otro tipo de sanciones, con excepción de los delitos de homicidio, aborto, rapto, violación de la intimidad, estupro, incumplimiento de la obligación de dar alimentos y abandono de familiares, contra la filiación y el estado civil, bigamia, matrimonios ilegales, delitos de abogados, defensores y litigantes, los cometidos por médicos auxiliares y otros relacionados con la práctica de la medicina, falsificación de llaves, sellos, marcas y contraseñas, falsificación de documentos, tráfico de influencia, falsedad ante la autoridad, fraude procesal, evasión de presos y delitos electorales, que serán competencia de los de Primera Instancia. Asimismo, conocerán de los delitos culposos, con excepción del homicidio y aborto. Ver cuadro 4

Cuadro 4

Competencia por remisión de los juzgados de Primera Instancia

DELITOS	ARTICULOS
Homicidio	128 y 134
Aborto	149, 150 y 152
Rapto	168, primer párrafo
Violación de la intimidad	177

Estupro	185
Incumplimiento de la obligación de dar alimentos y abandono de familiares	237
Delitos contra la filiación y el estado civil	245
Bigamia	246
Matrimonios ilegales	247
Delitos de abogados, defensores y litigantes	251
Delitos cometidos por médicos, auxiliares y otros relacionados con la práctica de la medicina	253
Falsificación de llaves, sellos, marcas y contraseñas	278
Falsificación de documentos	279
Tráfico de influencia	327
Falsedad ante la autoridad	334
Fraude procesal	337
Evasión de presos	339
Delitos electorales	352

Además también tienen competencia, de acuerdo al artículo 17, para conocer de los delitos previstos en los artículos 189, 196, 256, 284, 297, 329, 331 y 335 del Código Penal, que serán competencia de los juzgados menores. Ver cuadro 2.

Los anteriores preceptos plantean una interesante cuestión que requiere respuesta y solución inmediata.

Efectivamente, tanto el artículo 17 como el 18 otorgan competencia a los jueces municipales como a los menores, respectivamente, no solo para conocer de los delitos consumados que correspondan a su competencia, con las excepciones señaladas, sino también de la tentativa de los mismos y, el problema que se plantea consiste en que el artículo 86 del nuevo Código Penal dispone que el responsable de tentativa se le sancionará con prisión de seis meses a diez años y multa hasta doscientos días de salario, agregando que para imponer la pena el juez tomará en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento de consumación del delito, cuando tratándose de los juzgados municipales solo son competentes para conocer de los delitos cuya pena de prisión no exceda de dos años, en tanto los juzgados menores son competentes para conocer de delitos sancionables con pena privativa de libertad de hasta cinco años.

Lo anterior llevaría a proponer, que serían los jueces de primera instancia los competentes para conocer de toda clase de tentativas, lo que parecería absurdo, pues no teniendo competencia para conocer de los delitos consumados, que resultan más graves, la tendrían para resolver sobre su tentativa.

La interpretación que proponemos estriba en que el citado artículo 86 señala en términos generales los mínimos y máximos para sancionar las tentativas, dentro de cuyos límites deberán resolver los jueces municipales, menores y de primera instancia de acuerdo a su competencia en materia de privación de la libertad.

Para evitar confusiones, dudas o suspicacias se propone que el citado precepto sea modificado en los siguientes términos: Capítulo III, Tentativa. artículo 86.- “al responsable de tentativa se la aplicarán hasta las dos terceras partes de la sanción señalada en este Código al delito que pretendió consumar. Para imponer la sanción los jueces tendrán en cuenta la culpabilidad del autor y el grado a que se hubiera llegado en la ejecución del delito”.

El Código Penal de Jalisco en el artículo 52 contiene la siguiente formula para sancionar la tentativa:”Al responsable de tentativa, se le impondrá a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 10 y 41 de este Código, de las dos terceras partes del mínimo hasta las dos terceras partes del máximo del ilícito si éste se llegare a consumar, y deberá de tomarse en cuenta las circunstancias del delito. En los casos de tentativa de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado”.

Sobre la misma cuestión el artículo 65 del Código Penal del Estado de Zacatecas dispone: “Al responsable de tentativa se le aplicaran hasta las dos terceras partes de la sanción señalada en la ley al delito que se pretendió consumar. Para imponer la sanción de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la culpabilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito”.

Cabe señalar que los preceptos relativos a la tentativa, contenidos en la iniciativa del ejecutivo fueron modificados. Efectivamente, el capítulo VI del título II: “El delito”, hacía referencia a la tentativa posible e imposible. Así los artículos 31, 32 y 33 disponían:

Artículo 31.- Existe tentativa cuando con el propósito de cometer un delito, se comienza su ejecución o inejecución mediante actos u omisiones idóneos y no se consuma por causas independientes a la voluntad del agente.

Artículo 32.- Cuando comenzada la ejecución de un delito, el autor desista voluntariamente de llevar al cabo todos los actos necesarios para consumarlo, sólo se le aplicará sanción por los actos ejecutados si éstos constituyen delito por sí mismos.

Artículo 33.- Existe tentativa imposible, siendo sin embargo punible, cuando no se puede realizar el delito por utilizar medios inadecuados para ello o por no existir el objeto material que se pretendió afectar.

Por otro lado, el título III “de las consecuencias jurídicas del delito” en su capítulo III “tentativa”, prescribía en los artículos 87 y 88 lo siguiente:

Artículo 87.- El responsable de tentativa será sancionado con prisión de seis meses a diez años y multa hasta de doscientos días de salario. El juez o tribunal tomará en cuenta, además de la reincidencia, el mayor o menor grado de aproximación al momento de consumación del ilícito.

Artículo 88.- En el caso de tentativa imposible, las sanciones serán de hasta una tercera parte de las correspondientes al delito que se haya querido ejecutar.

Consecuencia del estudio y discusión, el dictamen de las comisiones legislativas eliminó la tentativa imposible y modificó el artículo 87 que pasó como 86 al Código Penal.

4.4. Juzgados de Primera Instancia

Los jueces de Primera Instancia, de conformidad con el artículo 19 son competentes para conocer de los delitos cometidos en el territorio de su jurisdicción, sancionables con una pena privativa de libertad mayor de cinco años, independientemente de otro tipo de sanciones, así como de aquellos reservados expresamente para su competencia.

Dicha reserva expresa se encuentra en los artículos 17 y 18, y que pueden consultarse en los cuadros 3 y 4.

4.5. Salas Penales

La competencia de las salas penales del Tribunal Superior de Justicia esta señalada específicamente en el artículo 46 de la Ley Orgánica del Poder Judicial donde se dispone que serán competentes para conocer y resolver en última instancia, de los recursos que se interpongan en contra de las resoluciones dictadas por los Jueces de Primera Instancia en asuntos del orden penal, así como las determinaciones relativas a incidentes civiles que surjan en los procesos penales; De conflictos de competencia que se susciten, en la materia, entre los diversos juzgados del Estado; De la calificación de las excusas y recusaciones de los Jueces de Primera Instancia en materia penal; y los demás que expresamente establezcan la Constitución local, esta ley y las leyes del Estado.

4.6. Pleno del Tribunal Superior de Justicia

Finalmente la competencia del Pleno del Tribunal Superior de Justicia se encuentra en el artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de cuyo contenido podemos destacar las atribuciones consistentes en erigirse en Jurado de Sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución Política local, para conocer en juicio político, cuando los servidores públicos a que se refiere dicho precepto incurran en actos u omisiones, que constituyan perjuicio a los intereses públicos fundamentales y a su correcto despacho; Conocer, en los términos que fije la ley respectiva, de los juicios de responsabilidad civil derivada del ejercicio del cargo, que se instauren a instancia de parte agraviada o de sus causahabientes en contra de Magistrados, Consejeros, Procurador General de Justicia, Secretarios de Despacho, y demás servidores públicos de los Poderes Ejecutivo y Judicial; Resolver sobre la responsabilidad administrativa de los Consejeros de la Judicatura; Hacer del conocimiento del Procurador General de Justicia, los hechos que pudieran ser constitutivos de delitos atribuidos a los servidores públicos de la administración de justicia.

Conclusión

La difusión y comprensión de la legislación es fundamental para su debida aplicación. ¿Cómo aplicarla si en extremo se desconoce o no se comprende tanto por las autoridades como por los particulares?.

Eliminado: Erigirse en Jurado de Sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución Política local, para conocer en

Eliminado: ,

Eliminado:

Eliminado: ,

Eliminado: respectiva

Eliminado: respectivo

Eliminado: instruyan

Eliminado: Secretarios de Despacho,

Eliminado: funcionarios subalternos

Eliminado:

Eliminado: Dictaminar

Eliminado: probable

Eliminado: Consignar

Eliminado: a

Eliminado: importen la comisión

Eliminado: funcionarios y empleados

Por ello, he propuesto desde hace algún tiempo que se adicionen los preceptos que regulan los distintos procesos legislativos, federal y estatales, para que se contemple como obligación de los órganos legislativos, la difusión y explicación de la legislación que aprueben. Dicha tarea estaría a cargo de quienes mejor conocen y comprenden su propósito y contenido: los legisladores: (diputados y senadores). A esta convicción responde el presente ensayo.

La expedición de una nueva legislación, en este caso, la penal, y procesal penal justifica una reflexión por somera que sea.

Más aún, cuando la misma siembra una serie de inquietudes y dudas como considero sucede con los nuevos Códigos Penal y de Procedimientos Penales y como se hizo notar en la reunión estatal de jueces de primera instancia y menores penales y mixtos celebrada en el Palacio de Justicia el 3 de diciembre del 2003 a convocatoria del **Instituto de Formación, Capacitación, Especialización y Actualización del Poder Judicial**.

Dichos Códigos, que fueron publicados en el alcance a la Gaceta Oficial 223 del viernes 7 de noviembre del citado año, iniciaron su vigencia el 1 de enero del presente año, por lo que consideramos se nos impone la necesidad de compartir inquietudes, dudas y opiniones, que completadas con la práctica judicial, llevarán inexorablemente a su inmediata reforma.

Bibliolegishemerografía

Código Penal y de Procedimientos Penales de Jalisco, Colección leyes y códigos, Anaya editores, México, 2004.

Código Penal y de Procedimientos Penales de Veracruz, Cajica, Puebla, 2002

DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo, *Código de procedimientos penales del Estado de Michoacán (Doctrina, comentarios, jurisprudencias y práctica)*, Porrúa, México, 2001.

Gaceta Oficial, Órgano del gobierno del Estado de Veracruz, número 200, tomo CLXV, 5 de octubre del 2001, Xalapa, Enríquez, Ver, 2001.

Gaceta Oficial, Órgano del gobierno del Estado de Veracruz, número 220, tomo CLXVII, 4 de noviembre del 2002, Xalapa, Enríquez, Ver, 2002.

Gaceta Oficial, Órgano del gobierno del Estado de Veracruz, número 223, tomo CLXIX, 7 de noviembre del 2003, Xalapa, Enríquez, Ver, 2003.

Legislación Penal para el Estado de Zacatecas, editorial Sista, México, 1991.

Memoria del XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990.

Videos de la reunión estatal de jueces de primera instancia y menores penales y mixtos celebrada en el Palacio de Justicia el 3 de diciembre del 2003

El interés jurídico procesal

Raúl de la Huerta Valdés*

SUMARIO: Introducción. I. El interés jurídico sustancial. II El interés jurídico procesal. III. El interés en los códigos procesales. Conclusión.

El autor plantea lo que considera una confusión terminológica en la redacción de la fracción I del artículo 1º del Código de Procedimientos Civiles de Veracruz. Parte de la distinción doctrinaria que existe entre el interés jurídico sustantivo y el interés procesal; analiza el texto original y su reforma y después los compara con el establecido en otros códigos. Al final sugiere la conveniencia de una nueva reforma.

Introducción

El Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz establece textualmente:

“Artículo 1º.- El ejercicio de las acciones civiles requiere:

I. El interés en el actor para deducirla.

Falta el requisito de interés siempre que no pueda alcanzarse el objeto de una acción, aun suponiendo favorable la sentencia:

II. La concurrencia de los presupuestos procesales para el ejercicio de la acción.”

De lo anterior se deduce que para ejercitar una acción civil deben cumplirse dos requisitos: en primer lugar la presencia de un interés jurídico por parte del demandante; en segundo término, la concurrencia de los presupuestos procesales.

El presente trabajo se ocupará solamente del interés jurídico, al considerar que los presupuestos procesales, dada su importancia, deberán ser objeto de un estudio posterior.

De una primera lectura de la fracción I se pudiera considerar que su primer párrafo, al establecer el interés en el actor como requisito para el ejercicio de la acción se remite al interés jurídico procesal; sin embargo, el párrafo segundo de la fracción comentada sugiere que el interés es el sustancial, lo que se deduce del acotamiento del vocablo al calificar los casos en que, aun con sentencia favorable, no puede alcanzarse el objeto de la acción por ausencia del requisito de interés.

Esta aparente contradicción pudiera ser una confusión de términos o, mejor dicho, una confusión del interés sustancial con el interés procesal, lo que obliga a profundizar en el tema a la luz de la doctrina del interés para precisar la distinción entre ambos conceptos por su función. Con estos datos será posible aclarar algo que aparece confuso y oscuro, la redacción de la fracción I del artículo 1º del C.P.C.V.; y además permitirá una comparación con otros códigos procesales. Será también necesario

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

agregar, al material teórico, una referencia histórica al texto original del artículo 1º del C.P.C.V. y su reforma, lo que permitirá una conclusión final.

I. El interés jurídico sustancial

El concepto de interés surge relacionado con la naturaleza del derecho subjetivo y existe abundante literatura al respecto. Para los fines del presente trabajo sólo acudiremos a las teorías más representativas, en la medida que sirvan de fundamento al planteamiento que hacemos.

Cuando en el siglo XIX, se abordó el problema de la naturaleza jurídica del derecho subjetivo, el derecho como facultad, Windscheid propuso como elemento sustancial a la voluntad y definió a este derecho como “*poder o señorío de la voluntad conferido por el orden jurídico*”¹. Como contrapartida, Ihering sostuvo que la naturaleza jurídica del derecho subjetivo se desprendía del interés, que cuando obtiene la protección de la ley se conoce como tal, esto es, *el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido*; este interés, agrega Ihering, está asociado con las ideas de goce, de bien valor y de utilidad.² Una tercera postura estaría representada por Del Vecchio, quien afirma que el derecho subjetivo tiene dos elementos: uno interno y el otro externo; al primero lo distingue como “la posibilidad de querer y de obrar conforme a la norma jurídica” y al segundo lo expresa como “la no concurrencia de un impedimento ajeno”.³

A nuestro entender, las tres posiciones no se excluyen, sino que se complementan ya que, lejos de ser elementos aislados, son etapas de un mismo proceso. Dicho en palabras nuestras: la voluntad es una cualidad del hombre, que se encuentra en estado potencial, no es “querer” ni tampoco es “obrar”, es solamente la “posibilidad” de querer y de obrar y en esto coinciden, con diferentes palabras, Windscheid y Del Vecchio; ahora bien, cuando la voluntad adquiere un sentido teleológico, esto es, cuando se dirige a un fin concreto, cuando “quiere” se transforma en interés; y cuando el interés se exterioriza, es decir, cuando el interés “obra”, se denomina consentimiento, elemento esencial de acto jurídico que a su vez es fuente de derechos subjetivos. Luego entonces, voluntad-interés-consentimiento, son etapas del mismo proceso que concurren y conforman el derecho subjetivo.

De lo anteriormente relatado se desprende que el interés descrito va indisolublemente ligado al derecho sustancial o material y, por lo tanto, participa de la misma naturaleza de éste, es decir, es un interés sustancial o material; además, este interés sustancial está asociado con las ideas de goce, de bien valor y de utilidad por lo que podemos calificarlo como interés-utilidad.

Cornejo Certucha⁴, al analizar el mismo tema afirma: “La noción de interés está estrechamente vinculada con los fines del derecho (ya que), una de las funciones primordiales del derecho es la de proteger los intereses que tienden a satisfacer las necesidades fundamentales de los individuos y grupos sociales. Por esta razón, el contenido de las normas jurídicas se integra por facultades y derechos concedidos a las

¹ Rafael Rojina Villegas, Tomo I, pp. 181 a 188.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ Francisco Cornejo Certucha, Interés Jurídico, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, pp. 2110 a 2112.

personas que representan estos intereses; de esta manera se tutelan las aspiraciones legítimas de los miembros de una comunidad”. Este mismo jurista recurre al pensamiento alemán y agrega que para Ihering los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos y que los “bienes son las cosas que poseen utilidad para un determinado sujeto; la noción de bien se encuentra indisolublemente vinculada con los conceptos de valor e interés. El valor es la medida de la utilidad de un bien; el interés, la relación peculiar del valor con el individuo y sus aspiraciones”.⁵

Esta teoría del interés-utilidad será tomada por los juristas franceses quienes la trasladarán a los españoles y, en su época, será aplicada al derecho procesal.

Afirma Pallares⁶ “Los franceses consideran el Interés desde el punto de vista de la utilidad o provecho que el actor obtenga del ejercicio de la acción. Si mediante él no ha de lograr ninguna utilidad o ningún provecho legítimo, falta el interés y la acción no procede.”

Por otra parte, Cabanellas afirma que el interés jurídico significa: “Provecho, beneficio, utilidad, ganancia; valor de una cosa.” Y agrega de manera poco clara, pero sugiriendo la incorporación del concepto al proceso: “la cuestión de saber si media un interés justificado constituye una cuestión de hecho debiéndose tener en cuenta que, si bien todo interés merece la protección judicial, por mínimo que sea, no puede el juez ampararlo cuando el procedimiento sólo tiene un propósito vejatorio”.⁷

Más puntual es Garsonnet cuando explica la doctrina del interés con afirmaciones rotundas como “Si no existe el interés, no existe la acción” y “El interés es la medida de la acción”; después agrega que: “una persona no tiene derecho de promover litigios que no le interesen o sobre cuestiones que le son indiferentes”.⁸ Mayor claridad se percibe en el pensamiento del ilustre francés cuando ejemplifica diciendo que no está permitido: intentar una acción de daños y perjuicios, cuando no se han sufrido; una acción posesoria cuando no ha sido turbada la posesión; demandar la nulidad de un testamento, si a pesar de dicha nulidad no ha de lograr ser heredero porque otro testamento válido lo deshereda. Concluye explicando que en todos estos casos, el ejercicio de la acción no produce al actor ninguna utilidad; falta el interés y, por tanto, falta la acción.⁹ Es claro que en todos estos ejemplos la falta de interés significa la falta de derecho sustantivo, por lo tanto, hay una identificación plena del interés sustantivo.

No está por demás adelantar que este punto de vista fue tomado, sin duda alguna, por los autores de la redacción del segundo párrafo de la fracción I del artículo 1º del C.P.C.V.; más adelante volveremos sobre el tema, agregando por ahora que, por su función, el interés sustantivo se distingue por ser un fin en sí mismo.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Eduardo Pallares, Interés Procesal, *Diccionario de Derecho Procesal*, pp. 435 a 440.

⁷ Guillermo Cabanellas, Interés, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, T. IV, pp. 461 y 462.

⁸ Cfr. Eduardo Pallares, *op. cit.*, pp. 435-436.

⁹ *Ibidem*.

III. El interés jurídico procesal.

IV.

Los procesalistas italianos tomarán un camino diferente para construir la teoría del interés procesal, al abandonar la noción de utilidad en el interés sustancial, sustituyéndola por el concepto de necesidad en el interés procesal.

Para sustentar esta afirmación, recordemos a Chiovenda¹⁰, de cuyo pensamiento partiremos. Explica que la ley actúa normalmente por sometimiento voluntario de las personas; pero que, en ocasiones, hay resistencia del obligado a someterse a la ley y que, además, en otros casos, por la naturaleza específica de la norma, ésta no puede actuar aún con el sometimiento del obligado; que en estos casos, es *necesaria* la intervención del órgano jurisdiccional para la actuación de la ley; esto es, plantea una necesidad como fundamento del interés procesal.

Por su parte Calamandrei es más específico sobre el problema del interés procesal, al afirmar:

El interés procesal en obrar y para contradecir en juicio no debe ser confundido con el interés sustancial en la obtención de un bien que constituye el núcleo del derecho subjetivo. No se debe olvidar que la observancia del derecho objetivo y con ella la satisfacción de los intereses individuales que el derecho tutela, se realizan normalmente sin necesidad de recurrir a los órganos judiciales, la intervención de los cuales representa un remedio subsidiario, cuya utilidad se revela solamente cuando ha faltado la voluntaria adaptación de la conducta individual a la voluntad de la ley, en la cual confía, en primer lugar, el ordenamiento jurídico. El interés procesal en obrar y en contradecir surge precisamente cuando se verifica en concreto la circunstancia que hace indispensable poner en práctica la garantía jurisdiccional.¹¹

Aquí encontramos la misma idea inicial de Chiovenda de que, la resistencia del obligado, hace necesaria la intervención del juez, signo distintivo del interés procesal. Más adelante agrega Calamandrei:

Particularmente advertida es la distinción entre interés sustancial e interés procesal, cuando quien obra es el acreedor que trata de obtener una providencia de condena contra el deudor incumplido. Normalmente la satisfacción del derecho de crédito tiene lugar a través del voluntario cumplimiento del obligado; de modo que mientras el momento de exigir la prestación no ha llegado y no se sabe si, al llegar al mismo, el deudor cumplirá regularmente su obligación, el acreedor no tiene interés procesal en dirigirse al juez para hacerlo condenar, porque, hasta el vencimiento, su interés sustancial espera y debe esperar su normal satisfacción, no de la fuerza del Estado sino de la libre voluntad del obligado; y si el acreedor, antes de que la deuda haya vencido, se dirige al juez para obtener la condena del deudor que tiene todas las buenas intenciones de pagar regularmente al transcurrir el término, el juez rechazará justamente su demanda, no ya por inexistencia del derecho sustancial, sino por falta de interés procesal en pedir a la autoridad judicial lo que debe pedirse, en primer término, al obligado, cuando el vencimiento llegue.¹²

¹⁰ José Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, pp. 70 a 73.

¹¹ Piero Calamandrei, *Derecho procesal civil*, pp. 49 a 55.

¹² *Ibidem*.

Con la misma claridad, Calamandrei agrega que la necesidad como ingrediente del interés procesal, se percibe en las acciones declarativas y constitutivas; en aquellas la necesidad para lograr la certeza; y en éstas la necesidad también, para “dar lugar al cambio de una cierta relación o estado jurídico” cuyo cambio no puede ser producido por la sola voluntad de los particulares interesados, sino que requiere un pronunciamiento del juez, por ejemplo en la nulidad de un matrimonio o en la interdicción.¹³

En México, aunque sin profundizar, Cornejo Certucha, acepta la diferencia entre interés sustantivo e interés procesal al decir: “El concepto de interés jurídico procesal no debe confundirse con la noción de intereses en litigio. Esta última se refiere al derecho sustantivo que se pretende salvaguardar mediante el proceso. En cambio, el interés procesal no es otra cosa que la necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales para proteger el derecho sustantivo, que es la materia de el litigio”.¹⁴

Por nuestra parte, y tomando las ideas doctrinarias que hemos expuesto en relación con el interés procesal, si afirmamos antes que el interés sustantivo nace de la voluntad, se convierte en interés sustantivo y se manifiesta en el consentimiento para desembocar en el acto jurídico, fuente de derechos subjetivos; ahora podemos también decir que el interés procesal nace también de la voluntad, se transforma en pretensión, si esta es insatisfecha, se convierte en interés procesal y cuando se pone en movimiento, se materializa en la acción.

Para concluir esta parte agregaremos que, si explicamos en relación con el interés-utilidad que es un fin en sí mismo, ahora debemos precisar que, a nuestro juicio, el interés-necesidad es un medio; con ello, agregamos un nuevo criterio de distinción, ahora por su función, que en ambos es diferente.

V. El interés en los códigos procesales.

Planteada ya la parte doctrinaria y, antes de examinar los textos normativos, consideramos indispensable formular, brevemente, una síntesis de la evolución de las ideas procesales para entender mejor la posible causa de la redacción en la fracción I del artículo 1º del C.P.C.V., que es objeto de crítica en el presente trabajo. Partiremos de la evolución del concepto de acción (toda vez que con ella se relaciona el interés procesal), utilizando el pensamiento de Hugo Alsina.¹⁵

En el derecho romano acción y derecho sustantivo se confunden, eran una y misma cosa.¹⁶ La acción absorbió al derecho al grado de que no se preguntaba si se tenía derecho a una cosa, sino si se tenía una acción para reclamarla; es por ello que el derecho romano contuviera tres capítulos fundamentales: personas, cosas y acciones. Consecuentemente existía una acción para cada derecho y de este tomaba su nombre.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ Francisco Cornejo Certucha, *op. cit.*

¹⁵ Hugo ALSINA, *Tratado teórico práctico de derecho procesal y civil comercial*, T.I, pp. 305 a 348.

¹⁶ Nos estamos refiriendo al tercer periodo llamado del procedimiento extraordinario ya que antes hubo un primer periodo denominado de las acciones de la ley, y un segundo llamado formulario, en los cuales acción y derecho son diferentes.

La concepción monista del derecho romano tuvo una gran influencia durante cientos de años y, a principios del siglo XIX, es tomada como base para construir la doctrina civilista de la acción por la llamada escuela clásica. La expone Savigny en su libro *Sistema de derecho romano actual*, es desarrollada por los juristas franceses (entre otros Garsonnet) y seguida por los españoles (Caravantes, Manresa y Reus). Para Savigny acción y derecho siguen unidos, pero cambia la posición lógica; ya no serán acción-derecho, sino lo contrario, derecho-acción; y además, los sitúa en diferente momento, primero el derecho, después la acción. Otra consecuencia de la nueva visión será que toda acción dependerá de un derecho previo; pero no todo derecho se convertirá en acción, ya que para que tal fenómeno ocurra el derecho tiene que ser violentado, desconocido o negado y es entonces cuando, poniéndose en movimiento el derecho, se convertirá en acción para batallar y remover los obstáculos que le impiden su eficacia; luego entonces, la acción participa de la naturaleza del derecho y se habla de acciones reales y acciones personales que corresponden a derechos de la misma naturaleza.

De lo anterior se desprende que los elementos de la acción son cuatro: el primero, la existencia de un derecho sustantivo, porque no se concibe una acción sin un derecho que le sirva de fundamento y a cuya protección se dirige; el segundo, la presencia de un interés, ya que el derecho es un interés protegido por la ley y si el interés falta la protección desaparece; el tercero, la calidad, porque la acción corresponde al titular del derecho sustantivo; y por último la capacidad, es decir, la aptitud para actuar personalmente en juicio.

Esta doctrina civilista de la acción o teoría clásica que depende del derecho sustancial influirá poderosamente en la redacción del Código de Procedimientos Civiles de Veracruz (y en otros códigos procesales mexicanos), lo que se advierte en numerosos artículos. A la entrada en vigor en 1932 el C.P.C.V., en su artículo 1º, exige cuatro requisitos para el ejercicio de las acciones: primero la existencia de un derecho que es indudablemente un derecho sustancial; segundo la violación de un derecho, que es el mismo derecho sustancial; tercero la capacidad y; por último, “El interés del actor para deducirlo”, es decir el interés sustantivo; y agrega a este último requisito, la fórmula ya conocida: “Falta el requisito del interés siempre que no pueda alcanzarse el objeto de una acción aun suponiendo favorable la sentencia.” El Código del Distrito Federal, al entrar en vigor el mismo año que el veracruzano, admite la misma redacción en su artículo 1º, con ligeras variantes que no cambian la similitud. No podemos dejar de recordar lo expuesto en la doctrina del interés de Garsonnet, para afirmar la influencia de la teoría civilista en los códigos mexicanos.

Esta doctrina de la acción basada en la existencia y presencia del derecho sustantivo como requisito fundamental para el ejercicio de la acción es ya insostenible teóricamente. Bastaría presentar como objeción el que no podrá explicar las sentencias absolutorias en que el juez considera que no existe el derecho material, o falta el interés sustancial o la calidad, qué fue lo que permitió las diferentes fases del procedimiento, tales como el emplazamiento, la contestación a la demanda, pruebas, alegatos y la sentencia misma; si no hay derecho no hay acción, si no hay interés tampoco hay acción: ¿qué fue lo que movió al órgano jurisdiccional?; y no existe respuesta alguna que pueda dar la teoría clásica.

Volviendo al siglo XIX, en 1856, Windscheid publica su libro *La acción en el derecho civil romano desde el punto de vista moderno* que se convertirá en el punto de partida de las doctrinas procesales modernas. Para este jurista alemán, cuando un derecho es violado no se convierte en acción como afirmó Savigny, lo que nace de la violación es una pretensión contra el autor de la violación, que se transforma en acción, cuando se le hace valer en juicio; consecuentemente, la acción nace no de un derecho violado, sino de una pretensión insatisfecha.¹⁷ Cuando escribió el libro citado, Windscheid no acepta la existencia de un nuevo derecho diferente del sustancial; sin embargo, su aportación fue fundamental para el desenvolvimiento de nuevas teorías de la acción y propició una famosa polémica con Muther que abrió los cauces a la autonomía de la acción. Este último publicó un año después (1857) su libro *La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar*, en el cual concibe a la acción como un derecho público subjetivo mediante el cual se obtiene la tutela jurídica del derecho subjetivo.

La acción se dirige contra el Estado para la obtención de una sentencia favorable y contra el demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha. Tiene como presupuesto la existencia del derecho material y su violación (de ahí que algunos tratadistas elaboren el elemento causa de la acción sobre la existencia de un derecho y un hecho contrario a tal derecho); pero, aunque la acción esté condicionada por el derecho material, es independiente de éste, y al independizarse, la acción abandona el derecho privado y su regulación corresponderá al derecho público.

Diez años después Oskar Bülow publica un famoso libro¹⁸ que dará nacimiento al derecho procesal como ciencia, al establecer la relación jurídica procesal, diferente de la relación jurídica sustancial y estudiando las excepciones y los presupuestos procesales.

A partir de este momento se iniciará un movimiento sin retorno que, separando cada vez más a la acción del derecho sustancial, llega hasta nuestros días enriquecido con el pensamiento de Wach (teoría de la acción concreta), Degenkolb (teoría de la acción abstracta), Chiovenda (la acción como derecho potestativo), Couture (la acción como derecho constitucional procesal) Goldschmidt (el proceso como situación jurídica) Hugo Alsina (la acción como derecho a la jurisdicción), entre otros muchos.

A la fecha, con algunas excepciones¹⁹, la doctrina abandonó la teoría civilista de la acción y continúa explorando la autonomía del derecho de accionar. Los códigos procesales mexicanos en forma lenta han iniciado un proceso que recoge la autonomía de la acción: el Código del Distrito Federal en reforma de 1986 sustituyó la redacción de 1932 por una nueva tomada del Código Federal de Procedimientos Civiles que establece: “Artículo 1º. Sólo pueden iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena, y quien tenga el interés contrario.”, con lo que, recogiendo el interés procesal (interés-necesidad), abandona la teoría civilista. En cambio el de Veracruz, aunque reformó su artículo 1º suprimiendo las tres primeras fracciones que se referían a la existencia de un derecho, a su violación y a la capacidad, conservó la

¹⁷ Cfr. Alsina, *op.cit.* pp. 309 y sigs.

¹⁸ Oskar Bülow, *Las excepciones y los presupuestos procesales*, 1868.

¹⁹ El procesalista mexicano Santiago Kelly Hernández, en su libro *Teoría del derecho procesal* aunque plantea la necesidad de distinguir entre el interés en litigio y el interés procesal, al estudiar el segundo le atribuye como característica “la utilidad o beneficio”, invocando a Garsonnet.

fracción IV en sus dos párrafos, convirtiéndola en I, con la misma redacción, es decir, permaneció como requisito de la procedencia de la acción, el interés-utilidad con todas sus consecuencias.²⁰

Conclusión

De lo que hemos estudiado se desprende que es deseable reformar, entre otros, el artículo 1º del C.P.C.V. con una nueva redacción que reconozca la autonomía de la acción y abandone el concepto de interés sustancial para la procedencia de la acción, sustituyéndolo por el interés procesal.

²⁰ Decreto 352 publicado en la Gaceta Oficial del Estado, número 14 del 1 de febrero de 1992.

Bibliografía

- ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Segunda edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1963.
- BÜLOW, Oskar, *Las excepciones y los presupuestos procesales*, Tr. de Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1964.
- CABANELLAS, Guillermo, “Interés”, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 20ª edición, Editorial Heliasta, T. IV, Buenos Aires, 1986.
- CALAMANDREI, Piero, *Derecho procesal civil y penal*, Editorial pedagógica Iberoamericana, México, 1996.
- CORNEJO CERTUCHA, Francisco, “Interés Jurídico”, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa-UNAM, México, 2001.
- CHIOVENDA, José, *Principios de derecho procesal civil*, Tr. José Casais y Santaló, T.I, Ed. Reus, Madrid, 1977.
- KELLY HERNÁNDEZ, Santiago, *Teoría del derecho procesal*, Tercera edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- PALLARES, Eduardo, “Interés Procesal”, *Diccionario de derecho procesal*, Duodécima edición, Editorial Porrúa, México, 1979.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, T.I, Tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1980.

Las personas adultas mayores y la legislación universitaria de Veracruz

Maestra María del Pilar Espinosa Torres.*

SUMARIO: Introducción. 1. La nueva ley de las personas adultas mayores. 2. Estadísticas mundiales, nacionales y estatales de las personas mayores. 3. Discriminación a las personas mayores por razón de edad.. El caso de la legislación de la Universidad Veracruzana. Consideraciones finales. Fuentes.

Parece ser que por primera vez en la historia de la humanidad, en la mitad del siglo XXI existirán muchas más personas adultas mayores que menores de 15 años. Esto planteará una problemática especial para todos los países y orientará necesariamente sus políticas públicas. Afectará todos los ámbitos de la vida. En materia electoral será un factor determinante, representará fuertes retos en presupuestos de salud, las prestaciones laborales para pensionados y jubilados son ya en puntos polémicos en la discusión entre sindicatos y gobierno. La legislación en este tema es muy reciente, pero posiblemente deberá ser analizada y discutida con mucho detalle. Ofrecemos en este artículo un planteamiento inicial y una problemática especial.

1.Introducción: la nueva Ley de las Personas Adultas Mayores.

El 25 de junio de 2002 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley de las Personas Adultas Mayores. Desde entonces, las personas de más de sesenta años ya no se nombran *personas adultas en plenitud* como indicaba la ley de enero de 2002, mucho menos personas *senectas*, denominación de la ley de 22 de agosto de 1979. De manera coherente con lo anterior se sustituye el Instituto Nacional de Adultos en Plenitud, INAPLEN, que a su vez había ocupado el espacio del Instituto Nacional de la Senectud, INSEN. Ahora se llama Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores, por sus siglas INAPAM.

Viejo, anciano, longevo, valetudinario, serán adjetivos menos recomendados, igual que senectos, pero ¿cambia algo? Algunos son utilizados de manera peyorativa como senil, unos pretenden ser neutros, “de la tercera edad”¹, otros indican méritos o supuesta perfección, como veterano o “en plenitud” pero aún siendo eufemismos, todos se aplican a personas de mucha edad. ¿cuánta? Según las leyes anteriores, mayores de sesenta años,

* Investigadora de la Universidad Veracruzana.

¹ Según tríptico del Consejo Estatal de Población de Veracruz, la tercera edad comprende de los 65 a los 84 años de edad y de ahí en adelante se considera una cuarta edad. Quedan un poco indefinidos o amplios los parámetros de la primera, hasta los 17 o 18 años y de la segunda, hasta los 64, niños y adultos respectivamente.

sexagenarios. En la nota roja de los periódicos es frecuente encontrar noticias en las cuales el encabezado dice: “anciano o anciana sufre accidente mortal” y al revisar dicha nota vemos que la persona tenía ¡55 años! De seguro los reporteros son veinteañeros, que desde ese mirador ubican la vejez a los cuarenta. ¿Cuántas personas mayores hay?, y ¿Cuál es la edad correcta para aplicar el adjetivo?

2. Estadísticas de las personas mayores

Según datos de Naciones Unidas, una de cada 10 personas en el mundo es mayor de 60 años y, para el año 2050, una de cada cinco pertenecerá a la tercera edad, de modo que, por primera vez en la historia, habrá mas individuos de 60 años que menores de 15.²

La máxima extensión de la vida humana se sitúa alrededor de los 100 años, pero es posible alcanzar los 110 o 120. Este límite no ha cambiado mucho en la historia de la humanidad, sin embargo ha aumentado la expectativa de vida. En su mayor parte la población en edad avanzada está formada por mujeres, ya que éstas viven más que los varones. A principios del siglo XX, en Estados Unidos de Norteamérica, este grupo, tomándose como límite a los mayores de 65 años, representaba un 4%, cifra que en 1987 había aumentado al 11%, equivalente a 27 millones, con un aumento diario de más de 1000 personas que acceden a la categoría de ancianos. Es determinante para decidir cuándo una persona es persona mayor el dato sobre la expectativa de vida. Actualmente un varón de 65 años tiene unas expectativas de vida de 13 años, y si vive hasta los 75, aún tiene 9 años más por delante. Una mujer de 65 aún vivirá de promedio 18 años, y a la edad de 75 aún puede esperar vivir 12 años más. Se estima que para el año 2030 habrá más de 70 millones de estadounidenses mayores de 65 años, siendo mas alto el porcentaje de mayores de 85 años.³

Por lo anterior, resulta ya errónea la imagen convencional de la edad avanzada, expresada como debilitación importante después de los 60 ó 65 años, pudiéndose aplicar con mayor exactitud a la población mayor de 75 años, tomando para ello en cuenta los avances de la medicina al lograr mayor resistencia a las enfermedades y controlar mejor las incapacidades de los individuos de edad avanzada. Sin embargo, como vemos, se sigue utilizando dicho término como referencia en las estadísticas. Insistiremos en la importancia de este dato. El 13 de noviembre de 2003 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó por mayoría la Ley de Pensión Universal que establece como obligatoria la ayuda alimentaria de todos los adultos mayores de 70 años que residen ahí. La cantidad será por \$668.00 mensuales, misma que se entregará a aproximadamente 235,000 adultos mayores. La edad límite fue punto polémico para conceder dicho beneficio.

Para el año de 1998 la estimación en Estados Unidos de Norteamérica era ya de un 12% de la población mayor de 65 años, equivalente a 33 millones de personas.⁴

² Palabras del rector de la UIA, en las Terceras Jornadas por los derechos de las Personas Adultas Mayores, (28-31 de octubre de 2002) , uia.mx/ibero/noticias.

³ Estadísticas de Estados Unidos de América. *Manual Merck*, 8ª, ed. Española, SOLER-ARGILAGA, (Coord.) España, Ediciones Doyma, 1989, pp. 2642-3.

⁴ *Manual Merck*, 12ª. ed. 1999, p. 2511.

En México, según datos de 1995, de una población total de 91 158,290 personas había 4 242,543 mayores de 65 años, siendo mas las mujeres que los hombres (varones), lo cual representaría el 4.418 % ⁵

TOTAL:	91.158,290
HOMBRES:	44.900,499
MUJERES	46.257,791

Los datos relativos a las personas mayores de 65 años serían los siguientes:

TOTAL:	4.027,690
HOMBRES	1.889,349
MUJERES	2.138,341

En el año 2000, de acuerdo con el XII Censo Nacional de Población y Vivienda, las estadísticas nos indican un ligero aumento: la población total es de 97 483,412 personas de las cuáles hay 4 750,311 mayores de 65 años, superando también las mujeres a los varones.⁶ La proporción se elevó al 4.87 %

POBLACIÓN NACIONAL

TOTAL:	97.483,412
HOMBRES	47.592,253
MUJERES	49.891159

PERSONAS MAYORES DE 65 AÑOS:

TOTAL:	4.750,311
HOMBRES	2.206,953
MUJERES	2.543,358

Según el INAPAM, la población de personas mayores es de 7.3%. Para el año 2015 habrá 15 millones de ancianos y para el 2050 sumarán 42 millones.⁷ Los datos presentados por el gobierno del estado de México son casi idénticas respecto a este sector de la población indicando un 7.1% equivalente a 6 millones 948 mil 457 personas mayores de 65 años en el país.

Observamos una diferencia notable entre la proporción que resulta de nuestro cálculo a partir de la suma de las cantidades del censo en los rangos de 65 años en adelante

⁵ INEGI. Censo de población y vivienda. *Anuario Estadístico*, edición de 1996, publicado en 1997. El cálculo porcentual es mío.

⁶ INEGI. Internet, datos actualizados al 11 de junio de 2003. El cálculo porcentual es mío.

⁷ Internet: Inapam.gob.mx

y esta apreciación. Solo hay un rango menos. De cualquier modo en ambas apreciaciones la población en estudio va en aumento.

El Consejo Estatal de Población de Veracruz nos ofrece los siguientes datos comparativos, basándose también en estadísticas del INEGI de acuerdo al XII Censo de Población y Vivienda, 2000.⁸

POBLACIÓN DE 65 AÑOS Y MAS:

	NACIONAL	VERACRUZ
TOTAL	4 750, 311	373,119
HOMBRES	2 206, 953	175,065
MUJERES	2 543,358	198,054

La representación proporcional sería la siguiente:

	NACIONAL	VERACRUZ
TOTAL	4.87%	5.40%
HOMBRES	4.64%	5.22%
MUJERES	5.10%	5.57%

Respecto a la población indígena, calculada en aproximadamente el 10% de la población total, un 8.1% de esa cantidad son adultos mayores de 65 años.⁹

3. Discriminación a las personas mayores por razón de edad. El caso de la legislación de la Universidad Veracruzana.

La Ley de las Personas Mayores pretende dar protección a un sector de la población mexicana, que como vemos esta aumentando considerablemente, ya sea tomándose como límite los 60 ó los 65 años. Creemos que para efectos de obtención de beneficios es correcto considerar el primer límite. Sin embargo, algunos que han rebasado esa edad o están próximos a ella, en ocasiones sufren discriminaciones de hecho y algunas consignadas en leyes. Queremos examinar un caso de estos últimos.

Por principio, observamos que en la más reciente Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 11 de junio de 2003, cuyo objeto es impedir cualquier forma discriminatoria y propiciar la igualdad de oportunidades y de trato para todas las personas se incluye la categoría “en razón de la edad”. Se reglamenta lo dispuesto en la Constitución sobre este derecho fundamental.

En la Ley Orgánica de la Universidad Veracruzana vigente se establece el requisito de edad para aspirar a los puestos directivos, desde rector, secretario académico, secretario

⁸ Internet: Coespover.gob.mx

⁹ Internet: Ine.gob.mx/download/indígenas

de administración y finanzas y director de Facultades e Institutos. Los candidatos deberán tener más de treinta y menos de sesenta y cinco años.¹⁰ ¿Se establece aquí una discriminación? El Artículo 5 de la LFPED establece que “no se considerarán acciones discriminatorias las siguientes: ...IV. En el ámbito educativo, los requisitos académicos, de evaluación y los límites en razón de edad...”y “V. Las que se establezcan como requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público y cualquier otro señalado en los ordenamientos legales;”

De acuerdo a lo estipulado en la LFPED e interpretando gramaticalmente el texto legal, las normas de la legislación universitaria veracruzana no serían discriminatorias. No obstante, nosotros pensamos que dadas las modificaciones en la expectativa de vida, ese término de sesenta y cinco años no indica necesariamente incapacidad para ocupar un puesto o realizar una labor y menos intelectual. Trataremos de justificar nuestra aseveración.

Para otros cargos no se exige un límite máximo, para ser Presidente el Artículo 82, fracción II de la Constitución señala como requisito: “Tener 35 años cumplidos al tiempo de la elección” y para Gobernador de Veracruz la Constitución vigente desde el año 2000, en su Artículo 43 fracción III requiere: “tener por lo menos treinta años cumplidos el día de la elección”. De acuerdo a lo anterior podría elegirse algún candidato que rebasara los 70 años, así se mencionan como posibles candidatos a Presidente de la República a Cuauhtémoc Cárdenas y Miguel Alemán. Tampoco aparecen límites por edad avanzada para los miembros del Poder Legislativo ni para los del Judicial tanto de la federación como del estado, variando la mínima. Un caso extremo, aún de otro ámbito es el nombramiento de Jerarca de la Iglesia Católica, mismo que es vitalicio y vemos a un Papa enfermo físicamente pero en completo dominio de sus facultades mentales. No obstante, los cardenales mayores de ochenta años ya no tienen el derecho de votar y los obispos deben renunciar a los setenta años. ¿Por qué para un caso no importa la edad y para otros si?

La sabiduría de gente que ha vivido ese tiempo no puede ser más que una ventaja para los puestos de dirección, al igual que contar con consejeros muy preparados. En este último caso, acertadamente no se señala límite de edad en la legislación universitaria veracruzana. Dentro de la administración pública federal y local,¹¹ tampoco hay limitaciones a este respecto. Fue célebre la contestación a los reporteros dada por un distinguido jurisconsulto veracruzano, quien al ser nombrado Procurador de Justicia de Veracruz rebasaba los setenta años y por ello era impugnado por algunas voces: “Pero si no me quieren de semental”. Todavía sigue en su puesto. Efectivamente, al envejecer, (y según los geriatras esto se inicia desde los treinta años) puede haber disminuciones en ciertas facultades, pero no en todas.

¹⁰ La Ley Orgánica de 1975 establecía un mínimo de 35 años y el mismo máximo de edad. Desde 1993 se requieren “cuando menos 30 años...”

¹¹ El Artículo 13 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado, relativo a los requisitos para ser titular de las dependencias del ejecutivo establece en su fracción II únicamente el límite menor: “Ser mayor de 25 años”.

Los avances de la gerontología, la geriatría y de la genética ¹² nos acercan al planteamiento, hasta ahora fantástico de la inmortalidad. La clonación representa para muchos una esperanza adicional en este sentido. Sin embargo, nadie quiere dar trabajo a gente de cuarenta años o más, las solicitudes indican casi siempre “no mayores de 25 o 30”, siendo excepcionales los que requieren entre 30 y 40. Por otra parte son numerosos los que a los treinta, se lamentan por haber perdido su juventud. Más aún, la vejez es vista como una vergüenza. Las personas de la tercera edad son consideradas a veces como un estorbo. Se nos dice que los ancianos ya no son capaces de aprender y que, por ello, son descartados de las labores productivas. “Loro viejo, ya no aprende a hablar” o “perro viejo no aprende nuevos trucos”, son falacias. Hay viejos que si aprenden, como hay jóvenes que no lo hacen. Pero las personas mayores (o la gente madura) tienden a cuestionar las cosas, no así los de menor edad. Y esto es lo que no quieren los gobiernos, los empresarios y los sindicatos: que la gente piense o discuta las directrices.

Hay una paradoja. Gracias a la ciencia, los individuos pueden esperar vivir más tiempo, pero, de forma simultánea, parece que ni la sociedad ni las mismas personas tienen el menor interés en enfrentar los problemas relacionados con la senectud. Nuestro inconsciente rechaza el futuro que vemos reflejada en el rostro de un anciano. “Como me ves te verás, como te veo me vi”

Si las personas llegan a vivir en promedio cien años, no por ello dejarán de ser considerados de la tercera edad a partir de los sesenta, no por ello dejarán de tener dificultades para conseguir empleo a partir de los cuarenta, a pesar de la buenas intenciones de las leyes. Por otra parte para qué sirve vivir cien años si no se sabe para qué se vive. Aún algunos jóvenes carecen de sentido de su vida.

Bernardo Marcellín, en un interesante ensayo, equipara la vejez con el sueño de la inmortalidad, para ello retoma historias de la literatura. En una de ellas, *Los viajes de Gulliver* de Jonathan Swift, el personaje llega a una isla en donde nacen algunos seres predestinados a vivir por siempre, lo cual para él es algo maravilloso, pero para los nativos y más para los inmortales es una maldición padecer una senectud sin fin. Envejecen y pierden la memoria e inadaptados a los cambios del idioma no pueden convivir con los demás. Al cumplir los ochenta años son despojados de todos sus derechos. Ya no se les permite ejercer ninguna actividad y sus bienes pasan a sus herederos. Después de cumplir los noventa, son unos auténticos monstruos cuya mente ya no funciona. Tienden a la avaricia y si no se les impidiera se apoderarían de todo. Son sujetos de cualquier tipo de enfermedad, sumando a los propios males de la vejez un orgullo desmedido y una incapacidad completa para querer a sus semejantes. En caso de casarse dos de ellos, al cumplir el marido ochenta años, el matrimonio es disuelto ya que sería excesivo para un hombre, además de padecer una vejez eterna, el tener que soportarla al lado de su esposa.¹³ Yo diría que el tormento sería recíproco, no tan solo para el hombre. Esto último me

¹² “La gerontología es la ciencia que describe los cambios debido a la edad, la geriatría o medicina geriátrica es el enfoque multidisciplinario que aborda el tratamiento de la enfermedad y la incapacidad, promueve la salud y previene la enfermedad en los individuos de edad avanzada, que incluye la gerontología”. *Manual Merck cit.* La genética es la ciencia que estudia los fenómenos relativos a la herencia. *Diccionario Larousse.*

¹³ Bernardo Marcellín. “Swift, Jonathan y Jorge Luis Borges. La verdad sobre los inmortales”. *Arena*, Suplemento Cultural de Excelsior. Domingo 21 de septiembre de 2003, pp. 1-3.

recuerda las palabras pronunciadas por un sacerdote en una ceremonia de boda, al decirles a los novios que ojalá el amor de ese momento perdurara por siempre, pero que de manera más realista deberían, y él así lo hacía, pedir a Dios que, al pasar el tiempo y tal vez llegar juntos a la vejez, cuando menos se soportaran mutuamente.

Todos hemos conocido ancianos con carácter duro, envidiosos, caprichosos, orgullosos, con todas sus características negativas acentuadas por la edad, que repiten sus historias del pasado a la primera oportunidad, pero también a viejos con espíritu juvenil, creativos, alegres y dicharacheros que deben tener efectivamente todas las oportunidades de contribuir con su personalidad y sabiduría a la mejor convivencia y al progreso en su ámbito de influencia. Sófocles escribió *Edipo en Colona*, una de sus siete famosas tragedias a los 90 años. Goethe no hubiera terminado su *Fausto*, ni Manuel Payno sus *Bandidos de Río Frío*. Verdi no hubiera compuesto *Falstaff* y Saramago ya no tendría derecho a escribir si se pensara que las personas adultas mayores ya no son capaces y por ello se les impidiera ejercer sus derechos.¹⁴

En nuestro recorrido por la legislación verificando requisitos de edad para obtener beneficios o aspirar a cargos, observamos que en materia de jubilación para los trabajadores al servicio del Estado en Veracruz, con derecho a la misma a cargo de Pensiones, es requisito tener un mínimo de 55 años de edad si no se han cumplido los 30 años de trabajo, recibiendo una jubilación proporcional al número de años trabajados, exigiéndose un mínimo de 15 años en adelante. De manera congruente con las aportaciones de la medicina geriátrica también debería subirse ese límite y esto significaría para los que empezaron a trabajar muy jóvenes y que ahora pueden optar por ese beneficio pronto, resistir otro tiempo. Parece ser que las discusiones al respecto son polémicas. Los institutos de seguridad y servicio social no resistirán el peso de tantas pensiones por jubilación.¹⁵

Las leyes se pueden y deben modificar cuando se constata su contradicción con una norma superior o con un principio. En el caso del requisito de edad máxima establecido en la legislación universitaria creemos que sí es discriminatorio porque el hecho de tener sesenta y cinco años no indica necesariamente incapacidad para el ejercicio de los puestos directivos. Se estaría violando el principio de igualdad. De la misma manera que la minoridad, para ser sujetos de responsabilidad penal es muy difícil establecer de manera tajante un límite máximo. En muchas ocasiones las reformas se hacen para beneficiar o perjudicar a personas determinadas, pensemos en el requisito constitucional de tener padres mexicanos. De igual manera, en estos tiempos se podría proponer fijar un límite máximo de edad para ser Presidente de la República pensando en impedir la postulación de determinadas personas. Es necesario analizar las posibilidades dentro de la mayor racionalidad y objetividad.

¹⁴ Idem.

¹⁵ El 15 de octubre de 2003 se conjuró la huelga de los trabajadores del IMSS, aceptando el pequeño aumento en sueldo y prestaciones, pero oponiéndose a las modificaciones al contrato colectivo en lo relativo al régimen de pensiones y jubilaciones, mismas en las que se proponía un aumento de la edad mínima de 27 y 28 mujeres y hombres a 35 años, así como la relativa a la jubilación por vejez de 60 y 65 a 70 años.

Un punto final es la discusión teórica respecto a las posturas adoptadas en caso de actos discriminatorios. Presentada una situación individual, el sujeto podría recurrir a los procedimientos señalados en la LFPED, los que se empezarán a conocer a los 150 días de entrar en vigor dicha ley, (12 de junio de 2003) o bien presentar una queja ante las Comisiones de Derechos Humanos.

Pensemos en el caso universitario de Veracruz. Si no se admitiera en las ternas para directores de facultades o institutos a una persona adulta mayor de 65 años, ésta podría recurrir a los procedimientos, pero aún dándose la resolución favorable, se provocarían retrasos en la sustitución o ya habría perdido la posibilidad de ser elegida. Los órganos colegiados de las instituciones superiores deberían discutir esta situación y proponer al Consejo Universitario la reforma pertinente. Mientras tanto, pensamos que sería posible que las Juntas Académicas de cada escuela o instituto decidieran al respecto. Igual por cuanto a la designación de rector y de directores de departamentos. Los cuerpos colegiados pueden y deben interpretar las leyes de acuerdo a los principios, no tan solo a las normas, al igual que lo deben hacer los jueces.

Parece que la disposición de la Legislación Universitaria Veracruzana es excepcional. En la UNAM se requiere una edad mínima de 35 y máxima de 70 años para ser rector, y para directores de escuelas, facultades e institutos 30 y 70 respectivamente. Nosotros proponemos, por tanto, modificar la ley estatal, aumentando el requisito de edad máxima o suprimirla para optar por cargos directivos dentro de la Universidad Veracruzana, quedando al criterio de los electores la decisión de seleccionar a una persona de cualquier edad, suponiendo de interés general exigir cuenta con las características y cualidades necesarias para desempeñarse de manera excelente en el puesto en cuestión. Es posible encontrar otras discriminaciones similares en legislaciones de otros estados o en algunas reglamentaciones secundarias.

Consideración final

La edad de 60 años es adecuada para ser sujeto de protección, reconocimiento de derechos y prestaciones, no así para ser considerado anciano, en cuyo caso es mejor considerar los 75 años como fecha para llamar a alguien persona adulta mayor. En ningún caso debe establecerse como requisito para aspirar a un cargo un límite máximo y mucho menos 60 años, incluyéndose los cargos académicos. Es posible que así como se exigen derechos para las personas adultas mayores, las leyes de jubilación de Pensiones de Veracruz y del país deban subir el límite para otorgar dicha prestación. La legislación universitaria veracruzana es discriminatoria al requerir una edad máxima de 65 años para los puestos directivos, y por lo tanto se debe reformar.

FUENTES:

LEGISLACIÓN:

LEY DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES. D. O. 25 de junio de 2002.

LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y COMBATIR LA DISCRIMINACIÓN.
D. O. 11 de junio de 2003.

LEY ORGÁNICA DE LA UNIVERSIDAD VERACRUZANA. 1975.

LEY ORGÁNICA DE LA UNIVERSIDAD VERACRUZANA. 1993, reformada

LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. 2003.

BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA:

INEGI, *Anuario Estadístico*. México, 1997.

MARCELLÍN, Bernardo, “Swift, Jonathan y Jorge Luis Borges. La verdad sobre los inmortales”. *Arena*, Suplemento Cultural de *Excelsior* Domingo 21 de septiembre de 2003, pp. 1-3.

Manual Merck, 8ª, y 12ª eds. Españolas. Soler-Argilaga (Coord), España, Ediciones Doyma, 1989 y 1999.

PÁGINAS DE INTERNET

Coespover.gob.mx.

Inapam, gob.mx

Ine.gob.mx/download/indígenas

Inegi, gob.mx.

Uia.mx/ibero/noticias.

Necesidad de que se federalice la enseñanza obligatoria del Derecho Ecológico en las Facultades de Derecho y en las demás instituciones de educación superior en México

Jorge Machado Rivera ♦

SUMARIO: Introducción. 1. Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000. 2. Programa de Medio Ambiente 1995-2000. 3. Sectores Industriales más importantes en la Generación de contaminantes. 4. Desarrollo Regulatorio e Institucional. 5. La importancia de la Enseñanza del Derecho Ecológico en las Universidades y en las demás Instituciones de Educación Superior, Públicas o Privadas de México, como una de las formas para resolver los Problemas Ambientales Nacionales. 6. Universidades Públicas y Privadas de México, donde se enseña el Derecho Ecológico o Ambiental. 7. Conclusiones. 8. Propuesta. Bibliografía.

En este trabajo, se analizan el Plan Nacional de Desarrollo, y el programa de medio ambiente y Recursos Naturales, 1995-2000, documentos que sobre Políticas Ambientales Federales expidió el Poder Ejecutivo Federal de nuestro País, donde se señalaban el panorama y estadísticas relativas al estado en que se encontraban, en esos tiempos, nuestros Ecosistemas Nacionales, Sectores Industriales contaminantes y se señalan las Universidades de nuestro País donde se enseña el Derecho Ecológico y las propuestas, que se hacen, por parte del autor, para proteger nuestro Ambiente, a través de la enseñanza del Derecho Ecológico en Instituciones de Enseñanza Superior.

Introducción

Tal parece que por tiempos, el Poder Legislativo Federal ha permanecido detenido, al menos en asuntos de protección al Medio Ambiente, así, se ha observado, al no haber trabajado adecuadamente, para que sea desarrollada una conciencia de Obligatoriedad Institucional y Académica de protección de los Ecosistemas. Y, así, también, no se han establecido, hasta el presente, las condiciones en la Constitución Federal, ni en la Educación Superior Nacional, para que sean señaladas ahí, la obligatoriedad de la Enseñanza del Derecho Ecológico en las Instituciones de Enseñanza Superior de México. Esto lo decimos, en razón de las molestias, que continuamente sentimos en nuestras vidas, por las manifestaciones negativas de los ecosistemas en contra de todos los Seres Vivos, entre ellos nosotros, los Seres Humanos.

He tomado, para la elaboración del presente trabajo de Investigación, dos objetivos, que son: establecer los nexos adecuados entre enseñanza y derecho, con la finalidad de actualizar las dinámicas de creación y recreación del conocimiento del derecho y el de establecer líneas propositivas en la enseñanza, transmisión y recreación del derecho, en el contexto de la globalización. Y, es, en razón de

♦ Investigador de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Estudios de Postgrado en Filosofía del Derecho, Derecho Penal, Criminología, Derecho Sanitario y en Ciencias de la Educación.

que, algunas actividades y elementos de naturaleza ecológica, se constituyen en fuerzas negativas, contra los sistemas en que vivimos y contra los mismos seres vivos, en donde nosotros, los seres humanos, estamos inmersos. Por esta razón, es necesario, en esta perspectiva, un cambio en las relaciones entre la población mexicana y los ecosistemas que nos rodean.

Para la construcción del planteamiento del problema, del presente trabajo, he tomado como referencias los rasgos fundamentales de dos importantes Documentos Oficiales de Política Ambiental Federal, donde se anotan las problemáticas que padecían los ecosistemas mexicanos, que ahí se describen, en esos periodos de tiempo. Estas cartas jurídico-ambientales son: EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 1995-2000 Y EL PROGRAMA DE MEDIO AMBIENTE 1995-2000. Nos apoyaremos en estos documentos, del sexenio gubernamental anterior, en razón de que es en el primero, donde se precisa el deber del gobierno federal de proteger los ecosistemas nacionales con los necesarios criterios de sustentabilidad, aspecto que no se contempla en el actual Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006. Y también, considerando que el deterioro a nuestras biosferas nacionales tienen la misma etiología de hace dos sexenios y que los cambios que han sufrido, se constriñen al aumento de su cantidad.

1. Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000

Por varias generaciones se han incrementado crecientes tendencias de deterioro en la capacidad de renovación de nuestros recursos naturales y en la calidad del medio ambiente;

Las principales áreas metropolitanas se enfrentan a problemas de contaminación y en ellas, se rebasan las normas de concentración ambiental, para varios contaminantes;

Treinta de cada cien toneladas de residuos sólidos municipales, no son recolectadas, y se abandonan en baldíos y calles;

Cada año se generan mas de siete millones de toneladas de residuos industriales peligrosos;

En varias regiones se han generado alteraciones drásticas en los ecosistemas.

Además, registramos una de las tasas mas altas de deforestación en América Latina, sobre todo, en las zonas tropicales, por cambio de uso de suelo, y en las zonas templadas, por incendios. El uso inadecuado de los suelos ha ocasionado una disminución de la fertilidad del suelo, hasta en un ochenta por ciento, del territorio nacional;

29 de las 37 regiones hidrológicas, están calificadas como contaminadas, y en las actividades pesqueras, se presentan casos de sobreexplotación para varias especies. Estas alteraciones al medio ambiente, propician cambios globales, que trascienden el espacio nacional y colocan el tema en la arena internacional.

Los efectos acumulados durante años y la reducción de oportunidades productivas por causa del mal uso de los recursos naturales, difícilmente podrán ser superados en el corto plazo. Nuestra atención debe centrarse en frenar las tendencias de deterioro ecológico y sentar las bases para transitar a un desarrollo sustentable.

Nuestro reto es sociedad y estado, deberán asumir, plenamente, sus responsabilidades y el costo de un aprovechamiento duradero de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, que

permita, mejor calidad de vida para todos, propicie la superación de la pobreza, y contribuya a una economía que no degrade sus bases naturales de sustentación.

... En consecuencia, la estrategia nacional de desarrollo busca un equilibrio-global y regional-entre los objetivos económicos, sociales y ambientales, de forma tal, que se logre contener los procesos de deterioro ambiental; Inducir un ordenamiento ambiental del territorio nacional, tomando en cuenta que el desarrollo sea compatible con las actitudes y capacidades ambientales de cada región; Aprovechar de manera plena y sustentable los recursos naturales, como condición básica para alcanzar la superación de la pobreza; Cuidar el ambiente y los recursos naturales a partir de una reorientación de los patrones de consumo y un cumplimiento efectivo de las leyes.

Junto con las acciones para frenar las tendencias de deterioro ecológico y transitar hacia un desarrollo sustentable, se realizan programas específicos para sanear el ambiente en las ciudades más contaminadas, restaurar los sitios más afectados por el inadecuado manejo de residuos peligrosos, sanear las principales cuencas hidrológicas y restaurar áreas críticas para la protección de la biodiversidad.

En materia de regulación ambiental, la estrategia se centrará en consolidar e integrar la normatividad, y en garantizar su cumplimiento. En particular, se fortalecerá la aplicación de estudios de evaluación de impacto ambiental y se mejorará la normatividad para el manejo de residuos peligrosos.

El factor de promoción en la regulación ambiental, estará dado por un sistema de incentivos que, a través de normas e instrumentos económicos, aliente a los productores y consumidores a tomar decisiones que apoyen la protección del ambiente y el desarrollo sustentable.

2. Programa de medio ambiente 1995-2000

En cuanto al Programa de Medio Ambiente 1995-2000, las líneas que consideramos más importantes son las siguientes:

Hoy, todo proyecto nacional a largo plazo, requiere ser interpretado a la luz de su significado ambiental y de las condiciones de su fiabilidad biofísica o sustentabilidad. Si bien este concepto ha sido aceptado universalmente, su traducción en instituciones, en políticas y en acciones es algo altamente complejo. En los últimos años ha quedado claro que el aspecto tecnológico en las políticas y programas ambientales es indispensable pero no suficiente. Las condiciones económicas y sociales aparecen como mediaciones ineludibles entre la técnica y la conducta humana, por lo que es necesario incidir sobre ellas para promover el tipo de acción colectiva que requiere el desarrollo sustentable.

En el caso de las ciudades, el capital ecológico en forma de recursos comunes ambientales urbanos está representado, entre otros, por la capacidad de carga de la atmósfera, de la cuenca hidrológica que las abastece y por los recursos territoriales que ofrecen servicios de localización espacial, de recarga de acuíferos, de reserva ecológica y territorial, de recreación y de conservación de recursos naturales. Bajo un criterio de sustentabilidad, éstos deben manejarse de tal manera que no transgredan sistemáticamente ciertos umbrales críticos, después de los cuales se generan costos sociales-ambientales excesivos. Algunos de ellos son evidentes: contaminación del aire, contaminación y agotamiento de acuíferos, expansión sobre áreas de reserva, multiplicación de tiraderos de basura, etcétera.

Este deterioro ambiental urbano, se relaciona con fallas institucionales, en el sentido de que no existe un conjunto de reglas o de mecanismos jurídicos, económicos y/o sociales que regulen de manera efectiva y eficiente el acceso y el uso de los recursos comunes, y de elementos y sistemas ambientales por parte de la sociedad, en su conjunto o de ciertos grupos específicos. La inexistencia de un marco de políticas públicas donde se esclarezcan las prioridades, los umbrales biofísicos y económicos, los márgenes de maniobras reales y las acciones para ensancharlos, los consensos requeridos, los costos del estatus quo y de las alternativas, las opciones, los impactos distributivos, la eficiencia de las medidas, y su evaluación y auto corrección, dificulta reconocer de manera adecuada las determinaciones mutuas entre medio ambiente y desarrollo urbano.

La frontera entre lo rural y lo urbano, ha sido difícil de establecer; incluso se admite que existe un continuum rural / urbano en donde resulta ciertamente arbitrario ubicar el momento en el que las localidades o poblaciones dejan de ser rurales para convertirse en urbanas. Sin embargo, se ha adoptado la frontera de los 15 mil habitantes como punto de quiebre, más allá del cual se define una localidad como urbana, tal como se utiliza en los censos de población.

3. Sectores industriales más importantes en la generación de contaminantes

En términos de los sectores industriales, es de notarse la importancia creciente de la producción de electricidad, seguida por la producción minera y manufacturera. Se calcula que, entre 1950 y 1970, la intensidad de la contaminación, medida como el volumen anual en kilogramos de emisiones por millón de dólares de producto, creció en un 50%. De 1970 a 1989, dicha intensidad creció otro 25%, el cual se atribuye al crecimiento de las industrias petroquímicas y de fertilizantes.

La industria contribuye a la generación de contaminantes de manera muy diversa, dependiendo de las características de los procesos y del tipo de insumos y productos. Algunas industrias afectan al ambiente fundamentalmente a través de sus descargas al agua, en tanto otras afectan la atmósfera, por sus procesos de combustión, y otras más son generadoras importantes de residuos peligrosos o producen afectación al ambiente al emplear sustancias químicas.

Dada la desigual distribución geográfica de la industria y a la dispar presencia de tipos de industrias en cada región, sus efectos ambientales difieren sustantivamente. Es importante considerar tanto la producción total de contaminantes como su intensidad, es decir, la proporción que guardan con el valor de la producción.

Una vez abordado el proceso de desarrollo industrial en su conjunto, conviene hacer algunas precisiones temáticas en torno a 4 aspectos ambientales sustantivos relacionados con la industria:

Las emisiones contaminantes a la atmósfera.

Las descargas de aguas residuales.

La generación de residuos peligrosos.

Sustancias químicas y riesgo ambiental.

4 . Desarrollo regulatorio e institucional

La política ambiental mexicana tiene una historia de apenas poco más de dos décadas, a pesar de que ya desde la Constitución de 1917 vigente, en su artículo 27, se sentaban las bases para su desarrollo, al condicionar la utilización de recursos naturales al interés de la nación. Sin embargo, no es sino hasta los años 70's en que adquiere un carácter propio, al crearse la subsecretaría de protección al

ambiente, adscrita a la secretaría de salubridad y asistencia, y que se enmarca jurídicamente en la Ley federal para prevenir y controlar la contaminación ambiental, de 1971.

En diciembre de 1994, iniciando la administración del presidente Zedillo, se creó la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos naturales y Pesca, en un esfuerzo por integrar las funciones de protección ambiental y de recursos naturales que se encontraban dispersas en varias secretarías, constituyéndose así, como una dependencia integradora encargada del aprovechamiento ordenado de los recursos naturales y de la protección ambiental, con un propósito explícito en favor del desarrollo sustentable. Se fusionaron, en la nueva secretaría, las funciones de la Secretaría de pesca; las funciones ambientales que la SEDESOL tenía desconcentradas en el INE y en la PROFEPA, y las funciones relacionadas tanto a los aspectos forestales y de protección de flora y fauna silvestre, como las relativas al manejo del agua que formaban parte de las responsabilidades de la SARH y de su órgano desconcentrado, la CNA.

En materia ambiental, las acciones federales que se desarrollan en los estados están desconcentradas en las subdelegaciones de medio ambiente de las delegaciones federales de la Semarnap, y en las delegaciones de la Profepa.

Además de la SEMARNAT, existen algunos organismos federales desconcentrados, paraestatales y federales que en sus estructuras han incorporado áreas que tratan cuestiones ambientales, lo que contribuye a incrementar la capacidad de instrumentación de políticas y programas.

También existen nuevos esquemas de relaciones intergubernamentales que han permitido la confluencia de instituciones, las cuales se han convertido en sistemas clave para la toma de decisiones en materia ambiental.

Los sectores privado y académico contribuyen con capacidades específicas en la formulación, ejecución y evaluación de políticas ambientales. El sector privado organizado mantiene comisiones de ecología en el seno de varias de sus instituciones.

Por otro lado, a escala local, los gobiernos estatales han diseñado muy diversas formas institucionales de gestión ambiental.

Ciertas entidades federativas han optado por establecer estructuras especiales para la protección ambiental con formas de organizaciones, tales como consejos, comisiones, o coordinaciones.

El fortalecimiento de la relaciones intergubernamentales y de los esquemas de corresponsabilidad social, así como la consolidación de las capacidades institucionales y de la interdependencia entre los tres órdenes de gobierno, son procesos que deben apoyarse en una estrategia para la descentralización de la gestión ambiental.

La evolución institucional, a la que se ha hecho referencia anteriormente ha permitido atender fundamentos importantes de responsabilidad pública y privada en materia de política ambiental, que ahora pueden permitir la construcción de nuevas instituciones y compromisos.

Las prescripciones básicas de la ley se especifican en normas oficiales mexicanas, que son tomadas por la sociedad como la principal guía de política-ambiental. En la actualidad (datos del año 2001) hay 82 normas oficiales mexicanas publicadas, 11 cuyos proyectos están en espera de ser

publicados, en el *Diario Oficial de la Federación*, 7 proyectos sujetos al procedimiento de consulta pública, y 35 ante- proyectos de normas oficiales en discusión en grupos de trabajo.

5. La importancia de la enseñanza del derecho ecológico en las universidades y en las demás instituciones de educación superior, públicas o privadas de México, como una de las formas para resolver los problemas ambientales nacionales.

Analizando y volviendo a revisar el numeral tercero de nuestra Constitución federal mexicana, en busca de alguna atribución del poder ejecutivo, para que, desde esa área de la educación, se pudiera tener consignado algún imperativo de proteger a los ecosistemas nacionales por la federación, encontramos que:

Fue con posterioridad a la promulgación de nuestra carta jurídica fundamental, del 5 febrero de 1917, en que se le adicionó al artículo tercero de dicho documento constitucional, las siguientes disposiciones, que para la presente propuesta, pueden servir como fundamento para que se imponga la obligatoriedad de introducir la asignatura de derecho ecológico (y /o ambiental), en los planes de estudio de las facultades de derecho de las universidades y en las demás Instituciones de Educación Superior, públicas o privadas de nuestro país, y que son:

Artículo tercero.- "Todo individuo tiene derecho a recibir educación.

... el criterio que orientará a **la educación se basará en los resultados del progreso científico**, luchará contra la ignorancia y sus efectos... y los perjuicios.

Además:...

a).-Será democrática, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica... sino **como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento...** social y cultural del pueblo;

b).-Será nacional, en cuanto-sin hostilidades ni exclusivismos-**atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos... y acrecentamiento de nuestra cultura.**

...IV.-**El estado promoverá y atenderá a todos los tipos y modalidades educativos-incluyendo la educación superior-necesarios para el desarrollo de la nación, apoyará la investigación científica y tecnológica...**

...VII.-**Las universidades y las demás instituciones de educación superior... tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas... determinarán sus planes y programas...**

De todo lo referido anteriormente nos surgen las siguientes interrogantes: ¿Se requiere necesariamente, en nuestro País, de un derecho ecológico, a nivel de universidades e instituciones de enseñanza superior, Públicas o Privadas, para poder hacer conciencia de que los ecosistemas que nos rodean son frágiles y continuamente los dañamos en nuestro propio perjuicio?. Y ¿ Las leyes o códigos referentes a la protección de los ecosistemas, son únicamente eso, señalativos de los que son, y referencias de las biosferas de que se trate?, y no respecto a la educación ambiental que deberán recibir los gobernados. También es importante que señalemos que las diferentes definiciones y conceptos ambientales-ecológicos, inmersos en las doctrinas y leyes, de la misma naturaleza, deberán estar instrumentados, en las formas que para ello se establezcan, en las respectivas instituciones de educación superior. Porque de nada sirve que los artículos 4, 25, 27 y 73 fracciones XVI, XXIX-g,

todos ellos de nuestra Constitución federal mexicana establezcan en sus respectivos contenidos, el cuidado absoluto del medio ambiente, para el cuidado de la salud de los seres vivos y en particular de los humanos y de las atribuciones de las diferentes áreas de las administraciones públicas de nuestro país, encargadas de tutelar los ecosistemas en que vivimos, si su conocimiento no se hace también a través de una de sus enseñanzas como lo es con el Derecho Ecológico.

Es quizás, por esta ausencia de instrumentación académica en los programas de estudios de las Facultades de derecho y en las currículas de las demás carreras de nuestras universidades mexicanas e Instituciones de Enseñanza Superior de nuestro País, que aún no se tiene conciencia de la necesidad adjetiva y sustantiva de que el derecho ecológico sea aplicado en las dos vertientes de la justicia ambiental Mexicana, para nuestro caso.(Procuración y Administración de Justicia Ambiental)

6. Universidades públicas y privadas de México, donde se imparte el derecho ecológico o ambiental.

Debemos anotar que entre las universidades que funcionan en México, cuyas Facultades de Derecho ya contemplan la asignatura de derecho ecológico o ambiental, se encuentran las siguientes:

Universidades Privadas

Universidad La Salle-Bajío

Contempla la materia de derecho ambiental, como optativa

Universidad Autónoma de Veracruz Villa-Rica

Contempla la materia de Derecho Ecológico en el VIII semestre.

Universidad Anáhuac del Sur

Contempla la materia de Derecho Ambiental en el X semestre, en el punto de “electivas”, consideramos que se refieren a las asignaturas en las que el estudiante podrá elegir su especialidad en algunas de esas asignaturas, del semestre señalado.

Universidad La Salle

Contempla la materia de Derecho Ecológico en el V semestre.

Universidad Iberoamericana Golfo-Centro

Contempla la materia de Derecho Ambiental dentro de las Materias Optativas

Universidades Públicas

Universidad Autónoma de Tlaxcala

Contempla la materia de derecho Ecológico en el IX semestre

Universidad Autónoma de Quintana Roo

Contempla la materia de Derecho Ambiental como parte de las asignaturas de “*concentración profesional*”.

Sobre esto referido, deben considerarse los dos siguientes datos: que esos indicadores que dimos no significan, que sean las únicas universidades o Instituciones de Educación Superior en nuestro país,

que contemplen la materia de Derecho Ecológico o Ambiental en sus planes de estudio, porque pueden haber otras, que no han subido a la red informática dichas referencias. Como sucede en nuestra Universidad Veracruzana, en donde en algunas carreras, como la Facultad de Biología, donde necesariamente, por su exigencia protectora de la vida y de la naturaleza, sí lo contemplan en su plan de estudios, en algunos semestres, como ecología, de la materia de que se trate. El segundo dato importante es que: la mayoría de las veces la asignatura de Derecho Ecológico, esta contemplada con este nombre en las universidades privadas, y precisamente en el VIII semestre, y en otras, con el nombre de Derecho Ambiental.

7. Conclusiones

El casi nulo interés que ha existido por parte de las Instituciones de Educación Superior y del Poder Legislativo Federal por llevar a la Educación Ambiental al terreno de las bases de la misma Carta Magna y de la Educación, en las Instituciones de Educación Superior, han sido, a la vez, los elementos que también han sido factores para que se haya retrasado, hasta el día de hoy, su inclusión en esos renglones Institucionales.

Los daños al ambiente y a la ecología, en nuestro territorio nacional, causados por personas físicas, son bastantes, basta abrir los ojos, para que veamos: calles cubiertas de residuos sólidos municipales; bosque talados; cuencas hidrológicas contaminadas; áreas de la atmósfera, con parámetros del aire no aceptados y actividades de la agricultura, pesca, industria, y hasta de servicios, sobreexplotados. También, en nuestro territorio, se ha encontrado que los deterioros ambientales, la mayoría de las veces son originadas por errores institucionales, al no existir o no aplicarse, mecanismos jurídicos, económicos o sociales que regulen adecuadamente el uso de los recursos comunes. se dice también que, la inexistencia de un marco de políticas públicas, donde estén establecidas las prioridades, umbrales biofísicos y económicos, las márgenes de maniobras reales y las acciones para ampliarlos, todo esto y otros elementos más relacionados con el mismo tema, dificulta conocer realmente lo que sucede en las relaciones existentes entre el medio ambiente y el desarrollo. realmente, la protección gubernamental a los ecosistemas nacionales, se inició en la década de los setenta, al crearse la subsecretaría de protección al ambiente, adscrita, a lo que se llamó secretaría de salubridad y asistencia. esta protección oficial, a los ecosistemas nacionales, podemos decir que se sexagenizó en el gobierno del Doctor Zedillo, al adicionarse la Ley Orgánica de la Administración Pública federal, con el artículo 32 bis que le dio nacimiento, a lo que hoy todavía se conoce como Secretaría de Medio ambiente y recursos naturales (Semarnat)

8. Propuesta

En razón de todo lo anteriormente señalado, es que propongo:

Que sea adicionado el artículo tercero de nuestra Constitución federal mexicana para que en su contenido, sea anotada la obligatoriedad para que en las currículas de las Facultades de Derecho y demás carreras de instituciones de enseñanza superior, se contemple la enseñanza obligatoria del derecho ecológico, pues es esta asignatura la que recoge el espíritu de las líneas plasmadas, en las disposiciones normativas de dicho artículo tercero constitucional vigente. Así también, que sean modificadas o adicionadas las leyes secundarias e instituciones que lo requiera el caso, para la concordancia con esta adición constitucional que estamos proponiendo.

Bibliografía

ACUÑA LÓPEZ, Daniel, y otros, *La salud Ambiental en México*, Fundación Universo Veintiuno, A.C, México, 1987.

B . RAMÍREZ, Rafael Tonatiuh, *Malthus entre nosotros: Discursos Ambientales y la Política Demográfica en México 1970-1995*, Ediciones Taller Abierto, México, 1998.

BAILEY, Ronald (compilador), *Reporte Tierra*, Primera Edición en Español, Mcgraw-Hill/Interamericana Editores, S.A. de C.V, México, 2001

P. OLGUIN, Eugenia, y otros, *Desarrollo Sustentable: Retos y Prioridades*, Primera Edición, Talleres Gráficos de México, Instituto de Ecología, A.C, México, 1994.

TURK, AMOS, y otros, *Tratado de Ecología*, Nueva Editorial Interamericana, S.a. de C.v, Primera Edición en Español, México, 1976.

Vida privada, honor, intimidad y propia imagen como derecho humanos

Luz del Carmen Martí de Gidi*

SUMARIO: Introducción. I. El derecho a la vida privada, al honor, a la intimidad y a la propia imagen como derechos de la personalidad. III. Conceptos. III. Evolución histórica de la protección de los derechos de la personalidad hasta su reconocimiento como derechos humanos. IV. Regulación de estos derechos en la legislación mexicana. V. Reflexión final

En el presente artículo la autora aborda el derecho a la vida privada, al honor, a la intimidad y a la propia imagen como derechos de la personalidad que se han convertido en derechos humanos establecidos por los tratados internacionales y cuya regulación es deseable que sea sistematizada en la Constitución federal mexicana.

Introducción

Los derechos al honor, a la vida privada, a la intimidad y a la propia imagen, catalogados como derechos de la personalidad, con el transcurso del tiempo han recibido reconocimiento de su condición de derechos humanos que merecen una regulación del más alto nivel, ya que las intromisiones y perturbaciones a estos derechos, anteriormente por parte de los particulares, se han convertido en amenazas, que no tienen su origen únicamente en el poder público, en forma de almacenamiento y ficheros de datos en poder de las autoridades, sino también y en muchos casos con mayor intensidad, en la actividad de las empresas privadas.

La revolución tecnológica desarrollada en las últimas décadas y sus manifestaciones en la sociedad de la información, potencian las posibles intromisiones en nuestra vida privada e intimidad, por lo que es necesario regular en nuestro país, tanto a nivel constitucional como en la legislación civil estos derechos, para proporcionarles la debida protección, acorde con la época que nos ha tocado vivir.

I. El derecho a la vida privada, al honor, a la intimidad y a la propia imagen como derechos de la personalidad

Los derechos a la vida privada, al honor, a la intimidad y a la propia imagen, de acuerdo a la doctrina de derecho privado se han catalogado como *derechos de la personalidad*,¹

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

significando con ello que se trata de derechos que devienen de la persona en sí misma. Son derechos esenciales o fundamentales, innatos, ya que nacen con la persona sin requerir acto jurídico alguno que motive su adquisición, y que atribuyen a su titular un poder de amplia disposición para proteger todo lo que él entiende que concierne a la esencia de su persona y las cualidades que la definen. La personalidad, de acuerdo con la mayoría de los Códigos Civiles de nuestro país viene determinada por el nacimiento, y se extingue con la muerte, porque jurídicamente, es una condición o atributo connatural al ser humano.

El tratadista italiano Adriano De Cupis,² una de las autoridades sobre el tema, nos dice que el objeto de los derechos de la personalidad es interior al sujeto, no exterior a él, como los restantes bienes objeto de derechos subjetivos. Estos derechos, según este autor, son los que garantizan al hombre el goce de sí mismo.

En este orden de ideas, los derechos de la personalidad son derechos subjetivos no sobre la propia persona, sino sobre los atributos o manifestaciones esenciales de la personalidad.

El autor mexicano Ernesto Gutiérrez y González los define como los bienes constituidos por determinadas proyecciones físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico.³

Si el concepto de bien debe ponerse en relación con la utilidad que representa para la persona en cuanto sirve para satisfacer una necesidad, no se comprende que pueda haber bienes más deseados que la vida, la integridad física, la intimidad, el honor, la libertad, etc., por lo que cabe hablar de un patrimonio moral.

No existe, sin embargo, unanimidad en la doctrina acerca de cuáles son estos derechos, por lo que sólo haré referencia a algunas sistematizaciones de autores destacados.

En su tratado sobre los derechos de la personalidad el italiano De Cupis, propone la siguiente clasificación:

- I. Derecho a la vida y a la integridad física.
- II. Derecho a la libertad.
- III. Derecho al honor y a la reserva. El derecho a la vida privada, intimidad e imagen constituyen manifestaciones de la reserva.
- IV. Derecho a la identidad personal
- V. Derecho moral de autor.

¹ Sobre este tema ver María Vicenta Oliveros Lapuerta, "Estudio sobre la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, *Cuadernos de Documentación*, no. 38, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1980.

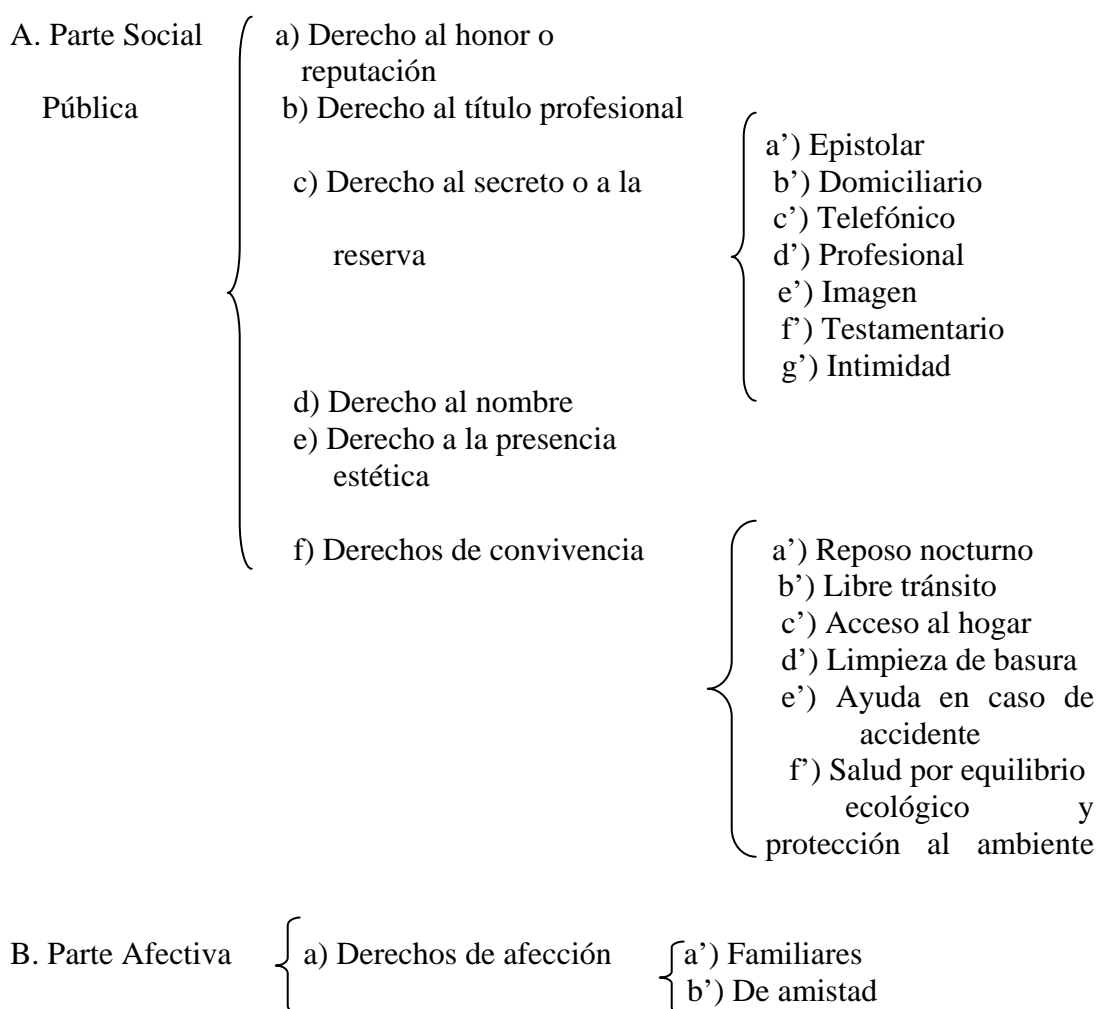
² Ver Adriano de Cupis, *I diritti della personalità*, editore Giuffrè, Milano, 1950.

³ *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, séptima edición corregida y actualizada, Porrúa, México, 2002, pp. 767-768..

El tratadista español Castán Tobeñas,⁴ los clasifica de la siguiente manera:

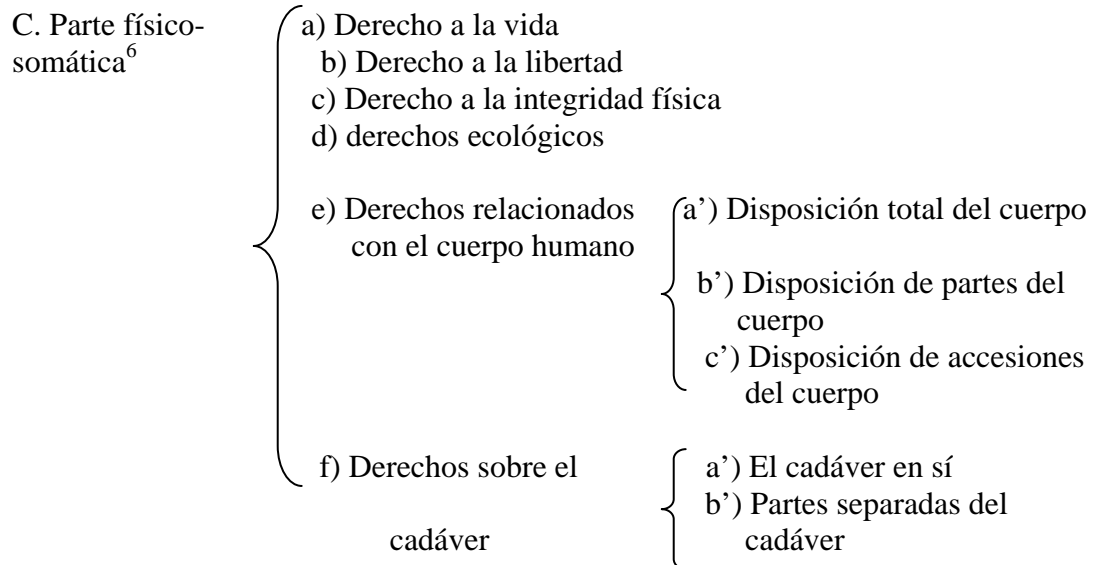
- I. Derecho a la individualidad a través de sus signos distintivos (nombre)
- II. Derechos relativos a la existencia física e inviolabilidad corporal (vida, integridad física, disposición sobre el propio cuerpo y el propio cadáver, por ejemplo)
- III. Derechos de tipo moral (libertad personal y honor)
- IV. Derecho a la esfera secreta de la propia persona (secreto de la correspondencia, imagen)
- V. Derechos de autor.

Por su parte, Ernesto Gutiérrez y González,⁵ quien es el primero y uno de los pocos autores que han escrito sobre esta materia en nuestro país, los clasifica así:



⁴ José Castán Tobeñas, *Los derechos de la personalidad*, Instituto editorial Reus, Madrid, 1952.

⁵ *El patrimonio...*, op. cit., p. 749.



Es evidente que en las clasificaciones anteriores se hace referencia a derechos de la personalidad que ya encuentran su protección en las normas constitucionales de la mayor parte de los Estados democráticos incluido el nuestro, sin embargo, la regulación jurídica de un grupo de derechos inherentes a la persona, como son el honor, la vida privada, la intimidad y el derecho a la propia imagen, no ha rebasado en nuestro país los límites de la legislación secundaria, paso éste que se propone en el presente artículo.

Antes de ello, creo necesario estudiar el concepto de cada uno de ellos.

III. Conceptos

Antes de conceptualizar estos derechos conviene hacer la aclaración de que existe una relación tan estrecha entre ellos, que es posible que al interferir o violar alguno, sea posible interferir en otro: por ejemplo, intimidad y honor, o intimidad y propia imagen, incluso en ocasiones es difícil separar uno del otro: piénsese en una fotografía manipulada enviada por internet, o la imagen de una persona con un atuendo ridículo, una superposición de imágenes, un ataque a la intimidad relacionado con el honor, etc.

Honor: Se ha recurrido a vincular tres elementos que permiten connotar el concepto del honor como derecho fundamental: el primer elemento es el derecho a la propia estimación, el buen nombre o reputación: en este primer momento, se requiere establecer cuál es

⁶ Dentro de esta clasificación puede decirse que son los derechos físico somáticos los que más han sido impactados por el avance de la ciencia, así podemos hablar de los trasplantes de órganos, de la donación de órganos no vitales, del genoma humano, del derecho a la confidencialidad genética, del derecho de disposición de los fluidos no esenciales, o esenciales o no después de la muerte, etc.

nuestra concepción subjetiva acerca de nosotros mismos, de nuestro propio valor, inherente a nuestra propia dignidad como personas; esta connotación se ve complementada con un segundo elemento, que es el derecho que posee toda persona a su reputación, ganada a lo largo de su vida frente a terceros, dimensión objetiva en que entran en juego ya factores externos como buen nombre, estima, prestigio profesional, etcétera; el tercer elemento que se conjuga para delimitar la idea de honor, es que se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales de cada momento, lo cual no es difícil de entender, ya que con ello se identifica a conceptos jurídicos indeterminados, de los cuales no es posible elaborar un concepto incontrovertible y permanente.⁷

Vida privada: La vida privada se configura en base a dos ámbitos, uno interior, referido al individuo y que afecta a su moralidad, a su psique, a su pensamiento y a su cuerpo, y otro externo, donde se le atribuyen al sujeto las mismas facultades que sobre sí mismo, pero con referencia a los demás. Forman parte de ambos los datos a él relativos, su domicilio, sus comunicaciones y sus relaciones personales y afectivas, la familia y lo físico, entre otros. En los dos ámbitos de la vida privada el sujeto es igualmente soberano y poseedor del derecho a controlar todo lo a ella referido⁸

Intimidad personal y familiar: En lo que se refiere al derecho a la intimidad personal y familiar, es unánimemente aceptado el surgimiento del concepto jurídico de intimidad en el famoso artículo de los jóvenes abogados estadounidenses Warren y Brandeis denominado “The right to the privacy” publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de Harvard en 1890.

En un primer momento histórico el concepto objetivo de la intimidad se identifica con el derecho a estar solos, *the right to be let alone*, a que nos dejen en paz, a no ser molestados,⁹ es decir, a nuestra propia soledad física, es el espacio que cada persona se reserva; y fue entendido en un aspecto material al principio de este derecho, asociándolo principalmente como un impedimento de intromisiones a la intimidad en espacios físicos, a registrar objetos personales, etc. En varias legislaciones actualmente se identifica con la protección a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia. Este primer momento atiende a la etimología del concepto y coincide con la segunda acepción de intimidad dada por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es decir “zona espiritual reservada o íntima de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”.

Una segunda etapa de este derecho se considera la divulgación pública de hechos privados, situaciones absolutamente particulares de las personas, o bien sucesos que formaron parte de la opinión pública en un determinado momento (participación en un hecho público, una violación, un escándalo) pero que pasado cierto tiempo, aún cuando hayan sido objeto de noticias, se considera que se tiene un “derecho al olvido”.

⁷ Ver Luz del Carmen Martí de Gidi, *El Derecho a la Información en México. Génesis y evolución*, Arana editores, Xalapa, 2003, pp. 125-126.

⁸ Lucrecio Rebollo, *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, Iusfinder, Dykinson, S.L., Madrid, 2000, pag. 234; ver Carlos Ruiz Miguel, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.

⁹ Sobre este tema ver Marc Carrillo, *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*, Thomson Aranzadi, Colección Divulgación Jurídica, Navarra, 2003.

La tercera vertiente es la presentación al público de circunstancias personales bajo una falsa luz o apariencia, es decir, tergiversar los hechos por los medios de comunicación o por las personas.

Relacionado con esta ideología clásica de la intimidad se habla de un concepto subjetivo: se identifica en esencia con el denominado derecho a la autodeterminación informativa, con un ámbito de plena disponibilidad por parte del individuo, siendo éste el único que determina lo que debe o no quedar reservado al conocimiento genérico.¹⁰

En ocasiones es difícil distinguir los límites de lo privado y de lo íntimo, incluso en algunas legislaciones como la francesa es equivalente, pero la distinción puede mantener su sentido si sostenemos que la vida privada viene referida a aquellos aspectos de la vida de una persona que ofrecen algún nexo de relación con aspectos de su vida social vinculados a la esfera laboral, profesional o comercial, lo cual podría exceder el ámbito de protección del derecho a la intimidad.

Derecho a la propia imagen: La imagen humana individualiza a las personas y las distingue de los demás, les confiere una proyección externa que aporta elementos para conocer su modo de ser personal. La imagen humana es un reflejo, una representación de toda la persona en su conjunto, pero –como es generalmente reconocido- la parte del cuerpo que mejor plasma la personalidad del hombre es la cara.¹¹

La imagen de una persona constituye una realidad autónoma y susceptible por sí misma de una protección jurídica. Es pues, un interés digno de ser protegido que queda acreditado con la innegable posibilidad de atentados a la intimidad, a la vida privada de una persona o incluso al honor de ésta, mediante la difusión inconsiderada de reproducciones de su imagen.

Este derecho a la propia imagen consiste en que todas las personas tenemos en exclusiva el poder de reproducirla, exponerla e incluso publicarla, y por supuesto, comerciar con ella. Por lo tanto, ninguna otra persona puede hacerlo sin nuestro consentimiento, y en ello está el centro de la relación jurídica, ya que el titular de este derecho, mediante el consentimiento, puede desprenderse de algunas facultades del mismo para trasladarlas a otra persona, en este acto puede mediar precio o no. De este consentimiento dependerá la licitud o ilicitud de la publicación de una imagen.

¹⁰ Este concepto subjetivo del derecho a la intimidad, identificado con el derecho a la autodeterminación informativa, o libertad informática como prefieren llamarla otros autores, está recogido por la Constitución Española en un derecho específico regulado por el artículo 18.4 “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

¹¹ Sobre el derecho a la propia imagen ver Ana Azurmendi Adarraga, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 2da. ed., Fundación Manuel Buendía, Universidad Iberoamericana, México, 1998, pp. 21 y ss,

III. Evolución histórica de la protección de los derechos de la personalidad hasta su reconocimiento como derechos humanos

Aunque la Escuela del Derecho Natural del siglo XVII les dio un gran impulso al considerarlos como derechos naturales o innatos, que corresponden al hombre por su propia naturaleza, y son preexistentes a su reconocimiento por el Estado,¹² no es posible hablar propiamente de la aparición de los derechos de la personalidad en ese momento.

En la época del absolutismo, puede hablarse de ciertos derechos otorgados por el Rey a algunas clases, (burguesía) pero en todo caso, estaban a merced de la voluntad del soberano.

No es posible hablar de derechos de la personalidad en sentido estricto sino hasta el siglo XIX. Con la Revolución Francesa y su proclamación de la igualdad de los individuos, así sea de carácter formal, no sólo frente al Estado sino también en relación a los demás individuos, se marca el inicio de la protección privatista de la personalidad, digo privatista porque estaba centrada en la inviolabilidad de la propiedad, dejando de lado importantes derechos sociales.

El fenómeno de la codificación, trajo aparejada la idea de organizar la protección privatista de la personalidad. El Código civil de Napoleón de 1804 trató de derogar el sistema feudal hasta entonces vigente, sustituyéndolo por otro que estuviera inspirado en las nuevas ideas revolucionarias de igualdad y libertad.

Esta idea privatista predominó en la mayoría de los códigos europeos que siguieron la influencia del código francés, por lo que se asoció la protección de la persona humana a la legislación civil. Simultáneamente se establece en las codificaciones la tutela penal contra las ofensas injustas dirigidas al patrimonio moral de las personas como pueden ser el honor o la reputación.¹³

No es sino hasta avanzado el siglo XX que se inicia la protección publicista de estos derechos de la persona humana, junto a la protección privada. Aún así, se les relaciona más con bienes de naturaleza civil, pero se vislumbra la aparición de argumentos de carácter público que dan lugar a un tipo de protección diferente. En efecto, la protección inicial se hace en contra del poder público, porque en primera instancia sólo los actos de autoridad pueden vulnerar el contenido de los derechos humanos, entendidos como derechos subjetivos públicos frente a la autoridad, que constituyen un límite a los actos del poder público de naturaleza política. La acción concedida en defensa de estos derechos contempla el resarcimiento del daño con carácter patrimonial, a lo que se agrega en esta etapa la

¹² Sobre este tema ver Mario I. Álvarez Ledesma, *Acerca del concepto de derechos humanos*, McGraw-Hill, México, 1998, pp. 31 y ss.

¹³ Aunque como todos sabemos la palabra injuria se utilizaba desde los romanos, tenía en ese entonces un significado amplísimo. Es en los tiempos medievales en que la palabra injuria fue limitada por los prácticos al sentido propio y especial de lesión al honor. Los otros tipos penales eran la calumnia y la difamación. Ver Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, quinta edición, Tomo III La Tutela Penal del Honor y de la Libertad, Porrúa, México, 1984, pp. 17 y ss.

garantía de su ejercicio en sentido positivo, impidiendo su perturbación por parte del poder público u obligando al cese de la misma si se llegare a producir.

A partir del final de la Segunda Guerra Mundial, se busca la protección de la persona humana en términos sustanciales y no meramente formales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 constituye un parteaguas al establecer en su preámbulo que los derechos del hombre son iguales e inalienables y que la dignidad humana constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz.

En cuanto a su protección, se establece en este documento la garantía en el proceso, la prohibición de detenciones arbitrarias, y de interferencias con la vida privada, con la familia, con el domicilio, con la correspondencia, así como la protección del honor y de la reputación.¹⁴

En relación a los derechos que nos ocupan, a nivel continental podemos citar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en el año de 1948, que en su Capítulo I artículo V dispone: “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”,¹⁵ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) en su artículo 17.¹⁶

El siguiente estadio fue su constitucionalización o inclusión en los instrumentos jurídico-políticos de mayor rango en las últimas décadas del constitucionalismo del siglo pasado, como resultado del reconocimiento del valor de la dignidad humana, y de un modelo de Estado que tiene a la persona y a los grupos en que se integra como sujetos básicos de derechos. De este modo, se establecieron estos derechos en la Constitución Portuguesa de 1976¹⁷ y en la Constitución Española.¹⁸ Actualmente muchas constituciones del mundo los incluyen.

¹⁴ Artículo 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

¹⁵ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, llevada a cabo en San José de Costa Rica, en su artículo 11 señala : “Protección de la Honra y de la Dignidad:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley, contra esas injerencias o esos ataques.”

¹⁶ “Artículo 17.

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”

¹⁷ Artículo 26. “Se reconocen a todos los derechos a la identidad personal, a la capacidad civil y a la ciudadanía, el buen nombre y reputación, a la imagen, a la palabra y a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar.”

¹⁸ Artículo 18.1 “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen; 18.4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de los derechos”, Constitución Española de 1978.

En nuestro continente aparecen garantizados en las Constituciones de Brasil (artículo 5); Colombia (artículo 15); Chile (artículo 19); Ecuador (artículo 17); Nicaragua (artículo 26); Paraguay (artículo 33); Perú (artículo 2) y Puerto Rico (artículo 2).

IV. Regulación de estos derechos en la legislación mexicana

Es válido afirmar que en la doctrina mexicana por muchos años no se dio un manejo de estos derechos como derechos de la personalidad¹⁹ (algunos de los civilistas los manejan como atributos de la personalidad) y ciertamente no hay en la mayoría de los Códigos Civiles mexicanos,²⁰ a excepción de algunos recientes,²¹ alusión alguna a los derechos de la personalidad, como tales, aunque sí indudablemente incluyen muchos de esos derechos. Su violación está debidamente protegida en el aspecto penal, ya que están previstos en los Códigos penales.

Un primer paso importante en relación a los derechos al honor, a la vida privada, a la intimidad y a la propia imagen sería su inclusión en los códigos civiles, ya que se castiga en la legislación penal su violación pero no aparecen tutelados en la legislación civil, lo cual por lo menos revela una mala técnica legislativa.

Sin embargo, y como es el propósito de este trabajo, lo que deseo evidenciar es que estos derechos han trascendido el ámbito meramente *iusprivatista* para ser reconocidos como derechos humanos, y así han sido incorporados en los documentos internacionales que México ha suscrito, por lo que es necesario que se incluyan a nivel de garantías individuales en la parte dogmática de la Constitución Federal, para así facilitar su manejo jurisprudencial y hacerlos mas accesibles a los ciudadanos.

Por otra parte, a nadie escapa que con el progreso tecnológico, los poderes públicos adoptan nuevas formas de control sobre esferas diversas de la vida privada de las personas,²² del mismo modo que pueden hacerlo poderosas empresas que representan fuertes intereses económicos, incluso transnacionales.

Es por ello que es indispensable regular al más alto nivel estos derechos, que en sus inicios son derechos de la personalidad, tutelados por el derecho privado, pero que por su importancia en el mundo actual deben ser tutelados y garantizados como garantías individuales en la terminología mexicana,²³ por encontrarse dentro de la parte dogmática de la carta fundamental, y cuya característica es la de tratarse de derechos subjetivos públicos,

¹⁹ A excepción de Ernesto Gutiérrez y González, cuyo libro sale a la luz en 1971.

²⁰ En el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 se recogieron algunos de estos derechos, pero sin que se diga expresamente que se trata de los derechos de la personalidad.

²¹ Es pionero el Código Civil de Tlaxcala de 1976 en su artículo 1402; los incluyen el Código Civil de Quintana Roo, Puebla, Jalisco y Tabasco.

²² En la Ley Federal de Transparencia y acceso a la información pública gubernamental, en el capítulo III que trata de la información reservada y confidencial, en el artículo 14 se establece: "También se considerará como información reservada: I. La que por disposición expresa de una ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial; II. Los secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario, u otro considerado como tal por una disposición legal"; y en su Capítulo IV se refiere a la Protección de los Datos Personales, arts.20 a 26.

²³ Ver Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 30ª ed. actualizada, Porrúa, México, 1998, p. 187.

es decir, derechos de los gobernados de reclamar frente al Estado el respeto de sus prerrogativas, ya sea en forma negativa, o de abstención; ya positiva, mediante una prestación,²⁴ y que se encuentran protegidos mediante el juicio de amparo.²⁵

En México los artículos 14,²⁶ 16,²⁷ 6,²⁸ 7²⁹ de la Constitución Política federal tutelan los derechos a los que nos hemos venido refiriendo, de manera general, complementados por los tratados internacionales, los cuales en virtud del artículo 133 constitucional se encuentran incorporados a nuestro derecho interno, que establece la supremacía de la Constitución, la jerarquía de las normas, y que los tratados internacionales, que estén de acuerdo con nuestra Constitución, celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado, son normas internas del orden jurídico mexicano.³⁰

El derecho al honor, a la intimidad o a la vida privada, existen en nuestro país sólo como límites a la libertad de expresión y libertad de imprenta, en los artículos 6º y 7º de la Constitución General de la República, así como en su reglamentaria Ley de Imprenta de abril de 1917,³¹ expedida por don Venustiano Carranza, ley preconstitucional que continúa

²⁴ *Ibidem*, p. 179.

²⁵ El juicio de amparo es un juicio de protección de garantías previsto en los artículos 103 y 107 de la *Constitución General de la República*.

²⁶ Párrafo segundo: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos...”

²⁷ Párrafo primero: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Párrafo noveno: “Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas.”

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

²⁸ “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público. El derecho a la información será garantizado por el Estado”.

²⁹ “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límite que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública.”

³⁰ Sobre esta materia, en una tesis reciente la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha variado su criterio respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, en el amparo en revisión 1 475/98 del Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, el 11 de mayo de 1999, para ubicar a los tratados internacionales jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano de la Constitución Federal.

³¹ Artículo 1º: “[...] Constituyen ataques a la vida privada:

I. Toda manifestación o expresión maliciosa hecha verbalmente o por señales en presencia de una o más personas, o por medio de manuscrito, o de la imprenta, del dibujo, fotografía o de cualquier otra manera que expuesta o circulando en público, o transmitida por correo, telégrafo, teléfono, radiotelegrafía o por mensaje, o de cualquier otro modo, exponga a una persona al odio, al desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito en su reputación o en sus intereses;

II. Toda manifestación o expresión maliciosa hecha en los términos y por cualquiera de los medios indicados en la fracción anterior, contra la memoria de un difunto con el propósito de lastimar el honor y la pública estimación de los herederos o descendientes de aquél, que aún vivieren;

III. Todo informe, reportazgo o relación de las audiencias de los jurados o tribunales, en asuntos civiles o penales, cuando refieran hechos falsos o se alteren los verdaderos con el propósito de causar daño a alguna

vigente ya que no se ha derogado ni ha sido reformada, tal como lo admite la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia en relación a la vida privada en tesis de jurisprudencia ha sostenido:

La Ley no da un concepto de vida privada de una manera explícita, pero sí puede decirse que lo contiene implícito, toda vez que los artículos siguientes se refiere a los ataques a la Nación Mexicana, a las entidades políticas que la forman, a las entidades del país y a la sociedad. Para determinar lo que es la vida privada puede acudir al método de la exclusión y sostener que vida privada es aquella que no constituye vida pública. Precizando dicho concepto, puede afirmarse que la vida que observan los funcionarios con este carácter, es decir, en el desempeño de su cargo y que es lo que interesa a la sociedad, se opone a las actividades del individuo como particular, a sus actividades en el hogar y en la familia, esto da la tónica para considerar cuales fueron los ataques que la Ley de Imprenta quiso reprimir en la fracción I y en la IV del artículo 1° de la Ley de Imprenta. Allí se contiene una limitación a las garantías de los artículos 6° y 7° constitucionales, pero se refiere a la vida privada, no a la que observan los funcionarios en el desempeño de su cargo [...]³²

Corresponde a la Constitución local de Veracruz la vanguardia al incluirlos por primera vez como derechos humanos, a partir de febrero del año 2000.³³

IV. Reflexión final

Estoy consciente de que mi propuesta de incluir en la parte dogmática de la Constitución federal los derechos al honor, a la vida privada, a la intimidad y a la propia imagen, no es sino señalar uno de los muchos déficits que a nivel constitucional prevalecen en la Constitución Mexicana, que por otro lado, como he sostenido con anterioridad, precisa una reforma integral.

El propósito que anima el presente artículo, es el de sostener que en vista de que ni siquiera la tutela civil a los derechos de la personalidad ha sido la adecuada durante muchos años en nuestro país, es imprescindible garantizarlos al más alto nivel, como derechos humanos, ya que la sociedad de la información y el avance tecnológico potencializan las intromisiones o perturbaciones de estos derechos.

persona, o se hagan, con el mismo objeto, apreciaciones que no estén ameritadas racionalmente por los hechos, siendo éstos verdaderos;

IV. Cuando con una publicación prohibida expresamente por la Ley se compromete la estimación de una persona, exponiéndola al odio, desprecio o ridículo, o a sufrir daño en su reputación o en sus intereses ya sean personales o pecuniarios.

³² *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, t. VII, p. 10.

³³ Artículo 6. “Las autoridades del Estado promoverán las condiciones necesarias para el pleno goce de la libertad, igualdad, seguridad y la no discriminación de las personas; asimismo, garantizarán el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad.” Ver Luz del Carmen Martí de Gidi, “El derecho al honor y a la intimidad personal y familiar en la Constitución de Veracruz”, en *El derecho a la información...*, op.cit., pp. 117-150.

Bibliografía

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *Acerca del concepto de derechos humanos*, McGraw-Hill, México, 1998.

AZURMENDI ADARRAGA, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 2da. ed., Fundación Manuel Buendía, Universidad Iberoamericana, México, 1998.

BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 30ª ed. actualizada, Porrúa, México, 1998.

CARPIZO, Jorge y Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, “Los tratados internacionales, el derecho a la información y el respeto a la vida privada”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Nueva Serie, Año XXXII, no, 97, enero-abril 2000.

CARRILLO, Marc, *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*, Thomson Aranzadi, Colección Divulgación Jurídica, Navarra, 2003.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos de la personalidad*, Instituto editorial Reus, Madrid, 1952.

DE CUPIS, Adriano, *I diritti della personalità*, editore Giufre, Milano, 1950.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, séptima edición corregida y actualizada, Porrúa, México, 2002.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, quinta edición, Tomo III La Tutela Penal del Honor y de la Libertad, Porrúa, México, 1984

MARTÍ DE GIDI, Luz del Carmen, *El Derecho a la Información en México. Génesis y evolución*, Arana editores, Xalapa, 2003.

OLIVEROS LAPUERTA, María Vicenta, “Estudio sobre la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, *Cuadernos de Documentación*, no. 38, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1980.

REBOLLO, Lucrecio, *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, Iusfinder, Dykinson, S.L., Madrid, 2000.

RUIZ MIGUEL, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.

Algunas consideraciones sobre la corrupción

Marta Silvia Moreno Luce*

SUMARIO: Introducción. 1. Combate a la corrupción. 2. La lucha contra la corrupción por medio del derecho. 3. Otros medios del combate a la corrupción. 4. La corrupción privada. 5. La corrupción pública. 6. Conclusiones.

A pesar de que la corrupción es un fenómeno que se ha dado en todas la épocas de la historia, en el mundo contemporáneo hay una mayor preocupación por combatirla, por los estragos cada vez mayores, en todos los países del mundo. Se han implementado diferentes tipos de medidas para combatirla, pero ninguna ha sido lo suficientemente eficaz, la solución es la solidificación de una cultura general de rechazo a la corrupción, tanto de los servidores públicos como de los particulares

Introducción

La administración pública debe regirse por el principio de legalidad en todas sus actuaciones. La Ética es el fundamento de la actividad de los detentadores del poder que ejercen la importante función de administrar la economía y la política de un país.

La función pública debe reunir además, la característica exigida por todo estado democrático de derecho, la transparencia, sin la cual, existirá siempre la sospecha de que lo que se oculta, son actos de corrupción.

Aunque algunos reconocidos filósofos, consideran a la corrupción como inevitable sosteniendo la teoría de que forma parte de la propia naturaleza humana, para estos pensadores, es ónticamente inherente al fenómeno de poder. Quien detenta el poder, tiende a abusar de él, el poder corrompe a las personas, llevándolas lógicamente a un abuso del mismo y a la realización de actos de corrupción. Otros en cambio, siguen pensando en la Ética, como la posibilidad más eficaz para la buena marcha de la administración pública. El hombre, ya sea político o un ciudadano común y corriente, deben tener una base moral sólida, para evitar permitir y participar en actos de corrupción.

1.- Combate a la corrupción

Uno de los temas obligados en nuestros días, que constituyen la preocupación mas generalizada, tanto de los gobiernos democráticos como de los ciudadanos en general, es el combate a la corrupción, ya sea a través de la propia ley, del fomento de la cultura en contra

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

de la misma, de medios propios de la administración como la profesionalización del servicio civil de carrera.

La lucha contra la corrupción está integrada por actividades que tienden a combatir los actos corruptos y por medidas que estén enfocadas a construir una sociedad en donde la justicia y el bien social sean los valores que la rijan y no los bienes materiales que proporciona la corrupción. Solo en la medida en la que la sociedad denuncie los actos de corrupción y no participe de ellos y las autoridades que los realicen sean castigados por ello, es decir, cuando no exista la impunidad, podrá afirmarse que se ha logrado combatirla.

A pesar de las buenas intenciones de todos los gobiernos y las sociedades contemporáneas, ya sea a nivel internacional o al interior de cada país, para acabar con el fenómeno de la corrupción, el resultado del combate es a largo plazo, la lucha contra la costumbre arraigada en la población del fomento a la corrupción administrativa y judicial, la propia actuación de las autoridades, quienes siempre han gozado de impunidad dificulta las buenas intenciones, se requiere de la concientización de la población para no permitir a las autoridades que realicen en su contra esos actos de corrupción y al mismo tiempo, se acostumbre a acudir a las instancias jurídicas establecidas por la ley para su defensa.

2.- La lucha contra la corrupción por medio del derecho

Las leyes y tratados internacionales constituyen el aspecto jurídico fundamental en el combate a la corrupción, sin embargo el éxito de su cumplimiento, depende de que haya habido una campaña previa de moralización de las autoridades, para que su actuación en la aplicación de dichas leyes no propicien la impunidad y se conviertan en lugar de medios para combatirla, en instrumentos para fomentarla.

La preocupación por prevenirla y combatirla, ha propiciado, la realización de reuniones y juntas que han dado origen a importantes documentos surgidos de esas convenciones contra la corrupción. En nuestro continente, se realizó una Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, del 2 al 4 de junio del 2002 en Bridgetown, Barbados. En este importante documento, se precisan algunos términos, tomando en cuenta la dificultad para tener un concepto preciso de los actores que participan en los actos de corrupción. En el artículo 1 titulado *definiciones* se define: “Función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

“Funcionario público” “Oficial gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

El artículo II se refiere a los propósitos:

“1.- Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción y

2.-Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.”¹

La intención de esta convención es combatir de alguna manera y prevenir evitando en el futuro, los actos de corrupción que han afectado considerablemente la vida democrática y el progreso de los países latinoamericanos distorsionando su economía.

La corrupción realizada por los servidores públicos, repercute no solo al interior de los propios países que la padecen sino además, trasciende internacionalmente, por lo que es necesaria la firma de documentos internacionales, para el combate conjunto y coordinado contra la corrupción.

Recientemente el 21 de agosto del 2003, se negoció un nuevo instrumento internacional en la sede la ONU en Viena, Austria, aprobándose posteriormente por la Asamblea General en su LVIII período de sesiones, que se llevara a cabo Conferencia Política de alto nivel en la ciudad de Mérida, Yucatán, en nuestro país, antes de ser abierto a firma de los Estados.

La Junta aprobada por la Asamblea general de la ONU, se llevó a cabo en la Ciudad de Mérida, el nueve de diciembre del 2003, esta Convención contra la corrupción fue propuesta por México a la Organización de las Naciones Unidas contra la corrupción. Se pretende lograr que para el 9 de diciembre del 2004 haya sido firmada por todas las naciones que participaron, con motivo de que ese día ha sido designado el Día internacional contra la corrupción.

En la legislación interna, la Constitución General de la República Mexicana, contiene un capítulo sobre la responsabilidad de los servidores públicos, en donde se regula incluso un Juicio Político para los funcionarios públicos que incurran en conductas que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales.

Cuando la conducta reviste mayor gravedad, el Código Penal Federal en su título Décimo, tipifica los delitos cometidos por servidores públicos. De la misma manera que en los documentos internacionales, el legislador inicia el capítulo dedicado a este tipo de delitos con una definición acerca de que debemos entender por “servidores públicos,” el artículo 212 de dicho ordenamiento especifica: “es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal Centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título son aplicables a los gobernadores de los Estados, a los Diputados de las Legislaturas”.

¹ <http://www.google.com.mx/>

En el orden local, la Constitución del Estado de Veracruz, también contiene un capítulo sobre la Responsabilidad de los funcionarios públicos, que también tiene como finalidad someter la conducta indebida de los funcionarios a las sanciones establecidas en ese ordenamiento.

El Código Penal del Estado de Veracruz, tiene un título XVII en el cual se tipifican varios delitos relacionados con la corrupción.

Mención aparte merece el Organismo de Fiscalización de la Constitución de Veracruz (ORFIS), regulado en el capítulo de los organismos autónomos, porque su función es específicamente la protección a la población de los actos de corrupción cometidos por los servidores públicos del Estado.

En su artículo 67 establece; “La fiscalización en el Estado se realizará por el Órgano de Fiscalización Superior, de conformidad con las atribuciones siguientes y en los términos que disponga la ley.

- a) Fiscalizar en forma posterior los ingresos y egresos: el manejo, la custodia y la aplicación de fondos y recursos de los Poderes del Estado y de los Ayuntamientos, así como el cumplimiento de los objetivos contenidos en los planes y programas respectivos, en los términos de la ley.

Todas estas medidas, en el fondo tienden a terminar con los abusos del poder, “la corrupción tiene que ser necesariamente controlada por el Derecho, toda vez que el papel de los juristas es responder con soluciones a los problemas sociales”²

3.- Otros medios de combate a la corrupción.

Además de la legislación internacional e interna, otro de los instrumentos efectivos para el combate a la corrupción es la Profesionalización del Servicio Civil, que forma parte de la ética administrativa, precisamente en el ámbito de la lucha contra la corrupción, para cuya solución se propone la Profesionalización del Servicio Civil de Carrera. Para el profesor español Manuel Villoro Mendieta, consiste en “la existencia legalmente prevista y exigida de una burocracia seleccionada de acuerdo con los principios de igualdad y mérito, y que trabaja con una serie de garantías que tratan de otorgarle independencia de juicio y de acción para la defensa de los valores superiores del ordenamiento jurídico, en especial, la garantía de permanencia en el empleo”³

A pesar de las buenas intenciones, el resultado de ese combate por medio de la profesionalización del servicio civil es a largo plazo, la lucha contra la costumbre arraigada en la población no solo de participar, sino mas bien de propiciar la corrupción administrativa, así como la propia actuación de las autoridades, quienes generalmente han

² Ricardo Rivera Ortega, “Instituciones jurídico-administrativas y prevención de la corrupción” en *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca. Arango, Servicio de Artes Gráficas, 2000, p.39

³ Manuel Villoro Mendieta, *Ética Pública y Corrupción*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 140

gozado de impunidad, a excepción de los políticos que caen en desgracia, dificulta las buenas intenciones de erradicar esas prácticas nocivas.

Se requiere de la concientización de la población para que no permita a las autoridades realizar en su contra actos de corrupción y al mismo tiempo, es importante que se acostumbre a acudir a las instancias jurídicas establecidas por la ley, para denunciar a las autoridades y de esa manera, salvaguardar sus derechos.

4.-La corrupción cometida por particulares

El fenómeno de la corrupción lo podemos analizar desde un punto de vista público y privado, tomando en cuenta el actor o sujeto activo que realiza los actos considerados como corruptos. Es importante hacer esta distinción, porque es común que cuando hablamos del tema, siempre pensamos en las autoridades administrativas, como los principales realizadores de actos de corrupción, pero tanto el poder judicial como los legisladores también los cometen.

El enfoque de la corrupción de índole privada, es decir, la realizada por los particulares, es tan frecuente como la pública, una de las mas frecuentes es el lavado de dinero “implica el encubrimiento de activos financieros de La cuestión del lavado de dinero, que en sus orígenes se relacionaba específicamente con los fondos provenientes del narcotráfico, se fue ampliando en cuanto a su definición en la legislación de todo el mundo.

Se entiende por lavado de dinero a toda operación comercial o financiera tendiente a legalizar los recursos, bienes y servicios provenientes de actividades ilícitas.⁴

Los efectos negativos del lavado de dinero son según el GAFI (Grupo de acción Financiera Internacional contra el Lavado de Dinero):

- a) Evita la detección de actividades criminales
- b) Provee nuevos recursos a las actividades delictivas
- c) Distorsiona los mercados financieros
- d) Destruye la actividad económica real generando un capitalismo virtual.⁵

Otra actividad de corrupción realizada por particulares, es el Narcotráfico cuyos efectos además de los daños en la salud de los jóvenes y en muchos casos de los niños, influyen en el deterioro de las familias y su desintegración. En el ámbito social provocan inseguridad, delitos y alteraciones en la economía a nivel mundial. El efecto negativo de esta actividad es muy grave porque los narcotraficantes proporcionan recursos a los grupos terroristas a los contrabandistas a funcionarios corruptos y hasta a los delincuentes comunes.

⁴ <http://www.umsa.edu.ar>

⁵ <http://usembassy.state.gov/>

En cuanto al medio ambiente, que constituye uno de los problemas prioritarios del mundo contemporáneo, al propiciarse la contaminación en sus distintas formas, por los particulares, en complicidad con las autoridades, por lo que constituyen graves actos de corrupción, convirtiéndose en una de las fuentes mas comunes de enfermedades graves que aquejan a la humanidad. El deterioro al medio ambiente ocasionado por la conducta de los particulares, quienes al carecer de una cultura de respeto a los derechos de los demás, contaminan de muchas formas, por ejemplo con los medios de transporte, con los desechos tóxicos, con la basura, o causan graves daños a la ecología con la tala inmoderada de árboles, consumiendo por ejemplo huevos de tortuga, o con la compraventa de animales en proceso de extinción.

En materia de Delitos contra el Ambiente y la Gestión Ambiental, se ha reformado recientemente el Código Penal Federal y de Procedimientos Penales, publicadas el 6 de febrero del 2002, en las cuales se protege de manera mas efectiva el equilibrio ecológico y la protección al ambiente, estableciéndose una pena de uno a nueve años de prisión, no solo al que cometa un delito ecológico sino aún a quienes ocasionen un riesgo a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistema o al ambiente

La piratería es otro de los grandes focos de corrupción privada, tanto el que la hace como el que la vende y el que la compra, realizan actos de corrupción que provocan graves problemas a los fabricantes, a los comercios y a los trabajadores de las empresas provocando en ocasiones la quiebra de las mismas con la consecuente reducción del personal a causa de las pérdidas que sufren a consecuencia de las bajas ventas de los productos originales.

5.-Corrupción de los servidores públicos.

Es importante destacar que si bien, los particulares participamos en actos de corrupción, las autoridades solapan, fomentan y propician la conducta indebida de los particulares. Es tradicional en el poder judicial que los escribientes tengan por costumbre trabajar únicamente cuando reciben de los abogados o de las partes en un proceso, una cantidad, a veces ya fijada de antemano para “cumplir” con su obligación. De la misma manera algunos jueces son afectos a solucionar los asuntos también mediante sumas considerables de dinero.

Al respecto es interesante destacar que por una parte, el Poder Judicial no goza de amplia credibilidad en la sociedad en general, con honrosas excepciones, sin embargo, una tendencia teórica para el combate a la corrupción está depositada por autores del prestigio de Ronald Dworkin, en el fortalecimiento del mismo. Por su parte el destacado constitucionista español, Pedro de Vega, sostiene que “Hace más de un siglo advirtió ya Guizot con notable intuición histórica de los peligros que implican los intentos de judicializar la política”⁶ No debe dejarse en manos de un solo poder, la solución a un problema tan grave como lo es el de la corrupción.

⁶ Pedro de Vega García, *Mundialización y Derecho Constitucional*,” Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Colombia, 1998, p. 45

En cuanto a los legisladores, es de todos conocida la actuación de varios de nuestros representantes, quienes en lugar de preocuparse por la elaboración de leyes justas que redunden en el bienestar de quienes los eligieron, tratan de obtener las mayores ventajas personales en su posición de diputados o senadores, ya sea otorgándose concesiones o utilizando su posición para proyectarse a futuros cargos públicos o solo actúan pensando en los beneficios de su partido o abusando de su mayoría representativa, sin considerar que su misión como legisladores es preocuparse porque el derecho efectivamente sea un instrumento para la realización del bien común.

Mas conocidas por la sociedad son las actividades de las autoridades administrativas, quienes siempre tienen un dudoso manejo de los presupuestos. La pregunta formulada por los habitantes de este país, es ¿en que se utilizan nuestros impuestos?, por ejemplo, a nivel municipal, los servicios públicos los tenemos que pagar independientemente del pago de los impuestos.

Los actos de corrupción mas comunes entre las autoridades administrativas, son: el peculado, el soborno, el cobro de comisiones, favores, enriquecimiento ilegítimo, abusos de poder, tráfico de influencias, intimidación, entre otros.

La malversación de fondos, el enriquecimiento inexplicable y repentino de quienes detentan el poder ejecutivo a nivel estatal, federal y municipal, son comunes en nuestro país, aunque en países altamente industrializados como Estados Unidos, Japón, Francia, España e Italia, han ocurrido casos de corrupción que han tenido resonancia a nivel internacional. Lo mismo sucede en los países latinoamericanos. Esto significa que los controles normales establecidos en las constituciones han fallado y es necesario acudir a medidas mas drásticas como la represión penal.

El aumento de la corrupción a nivel mundial debido al fenómeno de la globalización ha impactado en la mayoría de las actividades contemporáneas, ya sea económicas, políticas, artísticas, etc., por lo que se ha ido extendiendo el radio de acción tanto de los particulares como de las autoridades, en materia de corrupción.

El fenómeno de la corrupción es consecuencia de la falta de la ética de quienes ejercen la función pública, el derecho solo es una pauta a seguir, pero si la conducta moral de los funcionarios es contraria a la ética, las leyes que establecen la responsabilidad de los funcionarios queda solo en buena intención.

Conclusión.

La corrupción debe combatirse en forma masiva, comenzando por enseñar a los niños y a los jóvenes a evitarla. Desgraciadamente, es común que los propios padres de familia den el ejemplo de actos continuos de corrupción, tanto en sus trabajos particulares, como si son funcionarios públicos, por lo que los hijos se acostumbran a ella, de manera que pierden la capacidad para apreciar los valores de honradez, justicia, bondad, etc.

Los Medios de Comunicación deben ayudar al combate a la corrupción ya que cuentan con los medios para hacer llegar los mensajes en contra de la corrupción en forma

masiva, por la facilidad con que llegan a todos los grupos sociales y a todas las localidades de un país.

La aplicación de las leyes a los funcionarios corruptos debe ser inflexible, evitando la impunidad, que ha propiciado la corrupción a nivel mundial. Así mismo, debe combatirse aplicando estrictamente la ley a todos los particulares que fomenten en complicidad con las autoridades, la corrupción.

Tres expresiones de confluencia entre la economía y el derecho.

Sara Luz Quiroz Ruiz*

SUMARIO: Introducción. 1. Marco de referencia. 2. En torno al Nuevo Derecho Mercantil. 3. En torno al Derecho de la Competencia. Conclusiones. Bibliografía.

La sociedad de la información provoca que el sistema jurídico mundial se concentra en los acontecimientos más que en las estructuras; tres claras expresiones de la confluencia de saberes es la tendencia del Nuevo Derecho Mercantil, a la que se orientan tanto el Derecho Societario y el Mercantil y el Derecho de la Competencia, en los cuales aparece integrado el Derecho a la Economía bajo una metodología transdisciplinaria.

Introducción.

La expresión Economía y Sociedad, implica una clara vinculación de saberes, relación que conlleva a una cosmovisión intensificada en México a partir de la década de los ochenta, porque es el momento en que México perfila en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, un modelo de mercado de economía mixta, mismo que las políticas públicas han propiciado que transite hacia uno neoliberal, donde la globalización de los agentes económicos revela su preocupación por sostener su posicionamiento en su ámbito productivo, para lo cual cuidan la calidad de sus productos y procuran orientar al consumidor final en su consumo.

Tal escenario resulta complejo, porque carece de fronteras y obliga a centrar la atención del Derecho, en equilibrar el comportamiento asumido por los agentes económicos con el interés público.

* C. a Mtra. en Derecho Económico, Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, México.

Por ello el propósito del presente estudio, es abordar la flexibilización prevaleciente en los marcos regulatorios aplicables a la práctica del comercio, tanto en su constitución de comerciante como persona física o jurídica colectiva, como de su comportamiento en el escenario del mercado, a través de lo cual se vincula con la Economía.

1. Marco de referencia.

Desde la década de los 80's en México, lo dicho por Albert Szentgyörgyi, respecto a que investigar es ver lo que todos han visto y pensar lo que nadie ha pensado, ocurre con mayor frecuencia sobre los cuatro macroproblemas que atiende el sistema jurídico en el contexto mundial: la seguridad, la protección al ambiente, la política y la economía, en torno a los cuales, la multiplicación de los signos en la sociedad de la información establece la comunicación, acontecimiento de donde provienen los puntos de partida para iniciar una investigación jurídica, tanto para difundirla como para trabajarla en el aula durante un curso, pues como bien lo ha dicho Jorge Witker, “el docente transforma el aula en un laboratorio”, así ocurre en el tránsito de un lenguaje de apropiación al de creación.

Por ello, el trabajo del docente y el investigador se unen ante la complejidad que circunda al derecho, para reexpresarlo más flexible, menos dogmático, por ello no resulta extraño que en un estudio o la sesión de un curso inicialmente sean planteadas expresiones como las siguientes: Quizás haya leído algo como esto: “si te gusta x marca de perfume, te gustará éste”...“simultáneamente en macro pantalla podrá también disfrutar del concierto de ... desde ...el continente ...”...Ahora... solo escribe “por siempre tango.com” para disfrutar de la música de siempre; leyendas que pueden significar lo mismo para todos sus lectores o motivar diferentes puntos de vista, que converjan en un foro donde se aliente la discusión.

Tales mensajes entre otros muchos, son una muestra de las tantas maneras en que las empresas actúan diariamente en el escenario del mercado, con el propósito de establecer comunicación con el consumidor final, orientando su conducta para que prefiera determinada mercancía, mostrándosela cada vez más atractiva y destacando su calidad, lo cual disminuye sus posibilidades de evitar su consumo pero aumenta su libertad de elección de consumo; de esa manera su presencia es relevante en un sector importante de la sociedad.

Tal acontecimiento como parte de la temática por tratar en un curso o hacia un estudio, haría referencia a: prácticas comerciales que pueden resultar pro competitivas o anticompetitivas; ante las cuales, la relación de consumo –vínculo que se establece entre un sujeto llamado

productor y otro sujeto llamado consumidor final quien satisface una necesidad- es protegida a través del derecho, para conservar el equilibrio entre los agentes económicos en el escenario del mercado. Esto es, se lleva el acontecimiento a la estructura que contenido en un conjunto de disposiciones, tanto de derecho interno como de derecho externo, que encierran el quehacer o la vida de la sociedad.

Por ello no es desdeñable lo manifestado por Alan F. Chalmars, quien argumenta que, el estudio histórico muestra que las teorías deben considerarse como totalidades estructuradas, pues se caracterizan por estar organizadas de algún modo y por el hecho de que los conceptos adquieren un significado preciso mediante una teoría coherentemente estructurada; lo cual no se agota en una perspectiva histórica o en una filosófica, sino que la observación -vital para que la ciencia se desarrolle- necesita de la teoría; lo cual solo se conseguirá si las teorías se encuentran estructuradas de manera que contengan prescripciones e indicaciones que se ofrezcan en un programa de investigación o a través de un paradigma.¹

Lo antes dicho, resalta lo importante que resulta la observación realizada sobre un acontecimiento, cuya expresión le aporta significado al derecho, pues como señala Enrique Cáceres Nieto, “el significado de una palabra implica consecuencias sumamente importantes para el esclarecimiento del pensamiento y una comunicación adecuada ...perspectiva analítica exige que dicha definición sea omnicomprensiva, es decir, que comprenda la totalidad de las propiedades asociables a la entidades cuestión”.²

Tal omnicomprensión lingüística del derecho me parece que aflora entre la libertad y la creatividad del sujeto, dentro del desarrollo que pretende al irse adecuando a su ambiente, en los diferentes estadios constituidos al ejecutar diversas acciones alejadas de planos unidimensionales; subjetividad que alcanza la objetividad en un trabajo legislativo sistematizado y en la armonización de las políticas públicas, las cuales según Mayriam Cardozo Brum, constituyen productos de los procesos de toma de posición del Estado frente a determinada problemática.

Así visualizo el encuentro entre el Derecho y la Economía, donde se transforma la manera lineal de razonar, donde la tradición e

¹ Alan F. Chalmars., “*Qué es esa cosa llamada ciencia*” *Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*. México, Ed. Siglo XXI, s.a. pp.111-235, posiciones sostenidas por Imre Lakatos y la de Thomas Kuhn antecesor de Lakatos.

² Enrique Cáceres Nieto, *¿Qué es el derecho? Iniciación a una concepción lingüística*, Ed. Cámara de Diputados, LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, Colec. Nuestros derechos, México, 2000.pp.33-34

innovación privilegian las relaciones globalizadas por la ciencia y la tecnología; que a la Economía “la sitúa en medio de un torbellino de diferentes posiciones teóricas y prácticas.”³, mientras surge en el Derecho la llamada por José Eduardo Faria “inflación jurídica”⁴, planteamiento que al abogado del Siglo XXI le hace irrenunciable la conformación de marcos regulatorios, para observar un acontecimiento.

Dicha cosmovisión en donde convergen el Derecho y la Economía a continuación se ilustra con tres casos referidos al: Derecho Mercantil y Societario y al Derecho de la Competencia, cuyo punto de cohesión es: la sociedad mercantil para el Derecho, empresa para la Economía.

2. En torno al Nuevo Derecho Mercantil

El paralelismo sostenido este ámbito del Derecho con la Economía, se localiza tanto en la doctrina que puede llamarse clásica como la del Nuevo Derecho Mercantil, surgida durante la segunda parte de la última década del siglo pasado.

Los textos clásicos manejados en México en esta materia, como el de Jorge Barrera Graf, Roberto Mantilla Molina, entre otros; a partir de la ponderación en torno al escenario del mercado, refieren sutilmente el acto de comercio al reconocer la existencia de un paralelismo entre el Derecho Mercantil y el Derecho Económico, o dedicando un apartado breve a la competencia económica generada por la actuación de los comerciantes en el escenario del mercado.

Otros estudiosos lo hacen, aludiendo a la corriente descodificadora que va imperando en la materia mercantil, por lo cual destacan que la enseñanza de esta materia no puede centrarse en el Código de Comercio, además de señalar que podríamos estar en presencia de una nueva *lex mercatoria*; replanteamiento que es tratado más recientemente, a través de la tendencia denominada Nuevo Derecho Mercantil, la cual se refiere al trabajo doctrinal que se ha encargado de visualizar el ordenamiento jurídico, no sólo como el resultado de la actividad puramente legislativa, sino de aglutinar textos legales de procedencia diversa, pero integrados para regular la actuación de los operadores económicos, tanto en el tráfico como en el mercado.

³ Sergio Vilar, *La nueva racionalidad. Comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios*, Ed. Kairós, Barcelona, 1997, p.131

⁴ José Eduardo Faria, *El Derecho en la Economía globalizada*, Ed. Trotta, Colec. Estructuras y Procesos, Sección Derecho, Madrid, 2001, p. 105 y ss.

Así en la óptica del Nuevo Derecho Mercantil el mercado es visto, “como centro nuclear de nuestro sistema económico, transformado mediante la concentración e internacionalización que lo ha llevado a formas asimétricas en perjuicio de los más débiles, provocando la intervención del estado”⁵; precisión de economía neoinstitucional, que jurídicamente es revelada en los marcos regulatorios aplicables tanto al comerciante o empresario, para así aportar un panorama donde están equilibrados intereses particulares e intereses públicos.

De la interacción mundial que dicha tendencia muestra, surgen nuevos contenidos de juridicidad,⁶ entre los que sobresalen: la publicidad de la calidad mercantil, los actos en masa, la digitalización del Registro Público de Comercio, el comercio electrónico, la escisión y las concentraciones de empresas vinculadas a la competencia económica, claro reflejo de la revolución de la ciencia y la tecnología que vivimos; cambios que no han pasado desapercibidos por la Academia Internacional del Derecho Comercial y del Consumidor, a la que pertenece Raúl Aníbal Etcheberry jurista argentino, el mexicano Miguel Acosta Romero, así como también King, Scott Kozolchyk, Ginger, Gutiérrez Falla, Rengifo, Silva Ruiz, Reich, entre otros, como tampoco para el estudiante, por su constante difusión en los medios de comunicación.

Tal orientación doctrinaria se ilustra con el trabajo legislativo del marco regulatorio publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de mayo del 2000, donde se encuentran las adecuaciones a diversos ordenamientos, Decreto referido al Código Civil Federal, al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código de Comercio y a la Ley Federal de Protección al Consumidor, relativas a la manifestación del consentimiento en la práctica mercantil, apoyada en medios electrónicos, ópticos o provenientes de cualquier otra tecnología, además de la digitalización del Registro Público de Comercio, cuyo reglamento por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de octubre del 2003, pormenoriza lo relativo a la primera fase del procedimiento, o sea la recepción en su modalidad electrónica, estableciendo el Sistema Integral de Gestión Registral (SIGER), o sea a los tres años de haberse reformado el Código de Comercio; así como también la reforma a la Ley Federal de

⁵ Raúl Aníbal Etcheberry, *Derecho Comercial y Económico. Parte General*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 35.

⁶ Al respecto José Eduardo Faria en su obra citada, reflexiona sobre la juridificación que incluye a la inflación legislativa, calificándole de un proceso altamente disfuncional de evolución y cambio del derecho, enriqueciendo su consideración, al referir el significado que en la sociología alemana de los años ochenta y noventa recibió tal vocablo, pudiéndose desde entonces encarar en una perspectiva positiva, como institucionalización de derechos básicos, acepción aplicada en este trabajo.

Procedimiento Administrativo publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 19 de abril del 2000, cuya naturaleza de ley marco, impulsa a transparentar, agilizar y publicar los procedimientos de la Administración Pública Federal, complementada con la adecuación publicada en el mes de mayo en el propio Órgano Oficial, para regular una política pública que data de 1999 llamada “gobierno digital”; esto es, regular la aplicación de la informática jurídica de gestión en el ámbito de la administración pública, con cuyos bancos de datos y en consecuencia el flujo de información, impacta la estructura compuesta por los tres ámbitos de gobierno: Federal, Estatal y Municipal.

3. En torno al Derecho de la Competencia.

La escuela mexicana de esta materia tiene sus inicios por allá de los años setenta, cuando aparecen los primeros estudios de Jorge Witker Velásquez,⁷ en la siguiente década el trabajo legislativo aprueba los fundamentos constitucionales para los cambios estructurales que el país vería más tarde, o sea cuando en 1986 México es aceptado a ser parte en el GATT y en el inicio de los años 90's, las negociaciones para firmar el Tratado de Libre Comercio con el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de Canadá (TLCAN).

Efectivamente, durante la última década del siglo pasado el modelo de mercado nacional perfilado en la reforma al texto constitucional mexicano en 1983, donde eran contemplados esquemas rígidos, son sustituidos por otros flexibles que fomentan la libre competencia e impulsan la libre competencia entre las empresas, donde la actuación del derecho se enfrenta a una cosmovisión, que requiere de un conjunto de normas y principios, cuyo objetivo central, es eliminar los obstáculos que acuerdos privados o actos administrativos que se levantan a competidores, como barreras de acceso al mercado; esto es, el Derecho de la Competencia, que tutela la eficiencia económica y pretende a la vez proteger al agente más débil del proceso productivo: el consumidor final de bienes y servicios; presentando un sistema de normas y principios caracterizado por un esquema flexible y extraterritorial.

Tales notas de cambio resaltan la flexibilidad y extraterritorialidad, como características de la norma jurídica, ocasionan la ruptura del paradigma que sobre los ámbitos de validez del derecho expone Eduardo García Maynez, donde es presentado un derecho con validez territorial, espacial y temporal, cuya intersección

⁷ Quien junto a Héctor Cuadra, Eduardo Novoa Monreal, Esteban Righi, Rafael Pérez Miranda, Rancel Couto, se dan a la tarea de conceptualizar y sistematizar los contenidos de Derecho Económico, a pesar de que constitucional ni curricularmente tenía reconocimiento alguno este contenido de juridicidad.

otorga positividad al derecho; confluencia que en las relaciones comerciales se centra el interés en el acontecimiento irradiándolo al marco regulatorio interno como externo.

Aunado a lo anterior, en este ámbito se asumen definiciones funcionales mas que estructurales, como es el caso de las concentraciones, operaciones mercantiles de las que se ha dicho que solo pueden conceptualizarse, pues resulta imposible identificarlas observándolas fuera del escenario del mercado, ya que nacen a partir de un acuerdo de asamblea de accionistas, sobre crecimiento, consolidación y preservación de mercados, precediéndoles en algunos casos, otro acuerdo trascendental para la empresa, la escisión; en todo lo cual subyace la valoración del accionar de la empresa en el mercado y la repercusión en su constitución jurídicamente regulada, o sea, en los marcos regulatorios de las relaciones comerciales, están contenidos conceptos funcionales, para aportar seguridad al interior de la empresa como a los terceros con quienes interactúan en la globalización de los mercados; por lo tanto en las instituciones del Derecho Societario antes mencionadas, subyace la confluencia del Derecho Societario con el Derecho de la Competencia

Por ello han sido definidas solo en la teoría y reservado para la legislación su conceptualización, como ocurre: en la ley General de Sociedades Mercantiles, en cuyo Capítulo IX las alude, disponiendo que les son aplicables las disposiciones relativas a las Sociedades Mercantiles constituidas conforme al Derecho Mercantil, así también en la Ley Federal de Competencia Económica, donde a través del Capítulo III, precisa en el artículo 16 primer párrafo, la naturaleza y alcances de la asociación o agrupación de sociedades mercantiles, en sus modalidades de adquisición o fusión propiamente dicha; ocupándose en el segundo párrafo de dicho numeral, de las conductas que pueden asumir los agentes económicos, con las que se originan desequilibrios al mercado, deteriorando su eficiencia, al disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, respecto de bienes y servicios, iguales, similares o sustancialmente relacionados.

Tal transición de definiciones hacia conceptos en el derecho positivo, ha motivado impugnaciones desahogadas en juicios de amparo, en los cuales existe un voto mayoritario, reconociendo que la ausencia de definiciones formales no implica una infracción al principio de seguridad jurídica, en virtud de que el contexto de la ley las clarifica, reconociendo además, que dentro del estudio de la competencia, continuamente se emplean vocablos originados en distintas disciplinas.⁸

⁸ Cfr. Javier Aguilar Álvarez de Alba, *La libre competencia en los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Comisión Federal de Competencia Económica, Colec. Documentos, s.a.

Conclusiones.

La Confluencia entre la Economía y el Derecho, se origina por la flexibilización del comercio a nivel mundial, que requiere de la sistematización legislativa y de la armonización de políticas públicas, para otorgar el equilibrio entre el interés público con los privados de los agentes económicos.

Por ello las normas nacionales, se mantienen atentas a los acontecimientos que permean las relaciones comerciales zonales, y por ende mundiales, interés manifiesto en los objetivos que preceden al contenido de los Tratados de Libre Comercio firmados, así como comprometerse cada una de las partes a cumplir con el principio de transparencia y trato nacional, con sus socios comerciales.

Acontecimiento cuya complejidad mantiene enlazados al Nuevo Derecho Mercantil con el Derecho de la Competencia y con la Economía.

p.12; *Estudios sobre competencia económica. La experiencia 1993-1996. Informe de la CFCE 95-96; La libre competencia*, México, Ed. Oxford, Colec. Textos Universitarios, 2001. p.120 y ss.

Bibliografía

CÁCERES NIETO, Enrique, *¿Qué es el derecho? Iniciación a una concepción lingüística*, Ed. Cámara de Diputados, LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, Colec. Nuestros derechos, México, 2000.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *Derecho Comercial y Económico. Parte General*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2000.

F. CHALMARS, ALAN. “*Qué es esa cosa llamada ciencia*” *Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*. México, Ed. Siglo XXI, S.A.

FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la Economía globalizada*, Ed. Trotta, Colec. Estructuras y Procesos, Sección Derecho, Madrid, 2001.

VILAR, Sergio, *La nueva racionalidad. Comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios*, Ed. Kairós, Barcelona, 1997.

WITKER VELÁSQUEZ, Jorge, *Derecho de la Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fondo de Cultura Económica, Colec. Obras de Política y Derecho, Chile, 2000.

-----, y Angélica Varela, *Derecho de la competencia económica en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.

Ponencia

Derecho Económico y docencia**

María del Rosario Huerta Lara*

Voy a iniciar esta disertación en torno a la enseñanza del Derecho en las escuelas de educación superior nacionales a partir de revisar la actualidad de sus programas de estudios, por lo que se refiere a la materia de Derecho Económico.

Como es sabido a partir de las reformas constitucionales de 1983 y las subsiguientes en 1990 y 1993 se incorporaron a la Constitución Mexicana importantes principios de carácter económico relativos a la rectoría del Estado, la economía mixta, la libre concurrencia, los principios antimonopólicos, la planeación democrática y un nuevo sistema bancario y financiero, fortaleciendo las bases de un verdadero capítulo económico en la carta constitucional todavía vigente a nuestros días. Todo ello viene ocurriendo en un contexto que preludia la reforma al Estado Mexicano y la revisión de sus instituciones fundamentales que es impulsada por la demanda de establecer el Estado de Derecho en torno a la defensa de la Constitución.

Los nuevos tiempos sugieren la recomposición y redistribución del ejercicio del poder público como se conoce. Se pretende una relación distinta entre el todo con las partes constitutivas del orden estatal y una redefinición con el entorno internacional. La revisión completa del orden jurídico.

Lo anterior es insignia de los cambios que se operan en la vida económica y cultural del país. La reforma al Estado como medio de solución a la crisis de las instituciones nacionales es sin duda el tema privilegiado de la agenda de los grandes problemas de México, y nos anuncia que vivimos una de esas épocas en que la vida nacional y el orden jurídico se refundan.

A estos signos marcados por el cambio se enfrenta la enseñanza del Derecho que hoy por hoy se encuentra anclado en la preceptiva decimonónica (siglo XIX), a la saga del movimiento actual. Es enorme la distancia entre el estado que guarda la enseñanza del Derecho ante los nuevos problemas derivados de la nueva realidad política del país ante la cual se muestra precaria. Por ello el planteamiento que propone una actualización de sus programas de estudio vigentes es inaplazable.

Esta ponente sustenta que es hora de equivaler en el diseño de los programas de estudio las materias de derecho internacional con la enseñanza del derecho nacional a efecto de que se contraste los acotamientos al derecho nacional por parte de una pluralidad de sistemas jurídicos que coexisten en el ámbito mundial. La enseñanza

** Ponencia presentada en el congreso derecho y docencia en la ciudad de Xalapa, Ver. el 2 de marzo 2001.

* Licenciada en Derecho. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

jurídica hoy más que nunca debe redimensionarse en el ámbito del Derecho Internacional y superar lo constreñido por los actuales programas a la esfera de lo local, diseñados a partir de anteriores modelos insuficientes para operar la realidad e interpretar los nuevos fenómenos jurídicos consecuencia de la nueva integración económica mundial y la globalidad.

Por ello es menester introducir nuevas materias, o bien, reformar los programas de estudio de las existentes para hacer accesible a los alumnos la explicación del derecho de su tiempo, de la época que les corresponde vivir al tenor de los autores contemporáneos, de otra manera seguiremos trabajando sin considerar que los supuestos sociales de explicación y creación del derecho han cambiado. La única posibilidad es que el gremio se renueve y compita por mejores puestos de trabajo y adquiera mayor representación social es a partir de la renovación del discurso jurídico y la adquisición de conocimientos como economía, políticas públicas o sociología jurídica o mediante el estudio de las materias a través de las cuales se lleva a cabo el cambio tecnológico o financiero.

En fin, hemos de ver que nuestros planes de estudios carecen de materias fundamentales como todo aquello relacionado con temas como: las telecomunicaciones, el libre comercio, Derecho de la Unión Europea, *Common Law*, Derecho Ambiental, Genética, Multiculturalismo, Derechos Humanos, etc. etc. un largo.....etcétera.

En materia de Derecho Económico se debe incluir el Derecho Marítimo junto al Derecho Aduanero, materias que por su naturaleza son de gran contenido internacional por su vínculo al Derecho Internacional Público, lo cual resulta inexplicable considerando que México es un país con enormes posibilidades marítimas en virtud de su posición geográfica.

Con esta breve reflexión quiero terminar diciendo que hoy más que nunca la enseñanza del derecho resulta inapreciable para un país como México que vive profundamente los cambios tanto en la esfera doméstica como en el ámbito mundial. Y que resulta altamente costeable invertir todos los esfuerzos por producir generaciones capaces de responder al reto que plantea la nueva realidad que exige una nueva constitucionalidad y la reelaboración del pacto social. Para la constitución del Estado de Derecho en México se requiere también el concurso de nuevos programas de estudio que hagan de la formación profesional un viaje a la libertad.

Noticias Legislativas

El nuevo Código Penal de Veracruz.

Maestra María del Pilar Espinosa Torres.*

SUMARIO: Introducción. 1. El código penal de 1980. 2. El nuevo código penal. 3. Un tema polémico. La edad para ser sujeto activo en derecho penal. Consideraciones finales.

Introducción

El 15 de octubre de 2003 se aprobó por el Congreso del Estado de Veracruz un nuevo código penal, mismo que una vez aprobado por el Gobernador fue publicado junto con el también nuevo código de procedimientos penales en la Gaceta Oficial número 223 de 7 de noviembre, entrando ambos en vigor el primero de enero del 2004. Es el último ordenamiento penal sustantivo en la historia codificadora estatal, iniciada por el código de 1835,¹ al que siguieron los de 1849, 1869, 1896, 1932, 1944, 1948 y el ahora abrogado de 20 de octubre de 1980.

En un régimen federal como el de México, la proliferación de los 32 ordenamientos penales de los estados, hace mas complejo el conocimiento de esta materia. Desde 1999 hay uno más debido a la separación del Código Penal Federal del correspondiente al Distrito Federal. A pesar de grandes tendencias y similitudes, hay algunas diferencias entre las leyes penales.

En la exposición de motivos del nuevo ordenamiento se explica la metodología que siguió el Congreso en la discusión y aprobación del texto. Se tomó la iniciativa del Ejecutivo estatal como eje central contrastándola con otras propuestas debido a que la primera era de todo el ordenamiento. Al decir del licenciado Francisco Montes de Oca Diputado local,² el nuevo código es un documento “eclectico”, quedando la duda del significado de tal término, ¿mezcla de teorías? ¿sobre qué? En el texto, dijo, se puede detectar mejor técnica legislativa para el tratamiento de los delitos cometidos en pandilla y asociación delictuosa. Se incluyen nuevos tipos penales como la manipulación genética, el

* Investigadora de la Universidad Veracruzana.

¹ Parece que el código penal de 1835, famoso por ser el primero de América, nunca estuvo en vigor. El de 1849 es en realidad la ratificación del primero, siendo también incierta su aplicación. Misma situación tiene el denominado Código de Defensa Social de 1944, suspendido antes de entrar en vigor, por eso en el transitorio del ordenamiento de 1948 se abroga el de 1932, no ése. *Cfr.* Celestino Porte Petit Candaudap. *Leyes Penales Mexicanas*, 5 tomos, Inacipe, México, 1979. Sería interesante la realización de estudios histórico-penales al respecto.

² Mesa redonda *Nueva Justicia Penal*. Colegio de Veracruz, Jalapa, Ver., 13 de noviembre de 2003.

autosequestro, delitos informáticos, tráfico de menores, delitos ambientales, pornografía infantil. Mérito, según él, es que los autores de homicidios y lesiones en accidentes de tránsito no alcanzarán libertad bajo fianza. Respecto al endurecimiento de las penas hizo suyo un comentario respecto a que tal medida no es totalmente efectiva pero inhibe las conductas delictivas, siendo un reclamo de la sociedad en las sesiones de consulta. Por ello se incrementó la pena privativa de prisión a un máximo de 50 años en lugar de los 30 en el código ahora abrogado.

El magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado, Raúl Pimentel Murrieta, en la misma mesa redonda, hizo un amplio resumen de las innovaciones del nuevo código penal, reconociendo un incremento de las penas privativas de libertad y pecuniaria, con poquísimas rebajas a las mismas, coincidiendo en ser tal punto demanda social. Por cuanto a los nuevos tipos penales, también reconoció la necesidad de los mismos, añadiendo a los citados por el diputado, la regulación de la eutanasia pasiva y la inducción a la mendicidad. Reconoció que hay algunas incongruencias como el establecimiento de penas mayores para algunos delitos culposos en relación con los dolosos e igualmente para delitos en grado de tentativa que consumados, pero en balance, dijo, a pesar de algunos desaciertos, y al aumento de las penas, que podrían darle al ordenamiento el calificativo de represivo, se dan más ventajas como la imprescriptibilidad de los delitos graves.

1. El código penal de 1980.

Este ordenamiento sufrió varias reformas en los 23 años de vigencia, siendo 17 los decretos y leyes a través de los cuales se modificaron varios artículos, se adicionaron otros y se hicieron algunas supresiones.³ En general hay un paralelismo con las efectuadas a la legislación federal y del Distrito Federal, a partir del año de 1984, por ejemplo el aumento para las penas en general y en especial del delito de secuestro y robo de mercancías en carreteras. Inciden en aquellas normas sobre tortura, protección de la mujer y menores, destacando las relativas a violencia familiar. Aumentan los delitos considerados como graves. Algunas son repercusiones a las reformas constitucionales de los artículos 14 y 16, sobre el cuerpo del delito.

Toda reforma debería implicar una mejoría en relación a lo anterior, por ello es menester hacer una comparación entre el ordenamiento de 1980 y el que ahora entrará en vigor. El primero fue hecho por una gran comisión resultando innovador en algunos puntos, por ejemplo la enumeración y definición de las excluyentes de incriminación, pero con algunas incongruencias como la ya señalada sobre la reglamentación de los delitos culposos y en grado de tentativa. Puede hacerse una apreciación general a la manera en que lo hacen el diputado y el magistrado o tocar algunos puntos con más detalle. Trataremos de hacer ambas.

La orientación doctrinal del ordenamiento de 1980 no es clara, se habla en la exposición de motivos y en el cuerpo punitivo de rehabilitar o readaptar a los transgresores;

³ María del Pilar Espinosa Torres. "Las reformas penales a nivel federal y estatal. 1983-2003", capítulo de libro *Una visión contemporánea del derecho penal*. Ana Gamboa de Trejo, Rebeca Contreras López y María del Pilar Espinosa Torres. En prensa.

de humanizar las sanciones, de brindar protección a las víctimas del delito, así como reiterar el principio de la defensa social. Se menciona también la tutela de los bienes o intereses jurídicos que hacen posible la vida del hombre. Predomina sobre todas las nociones, la de defensa social, y acaba predominando el concepto de peligrosidad y la necesidad de esa defensa social. Mezcla los conceptos de imputabilidad, culpabilidad y de peligrosidad no distinguiendo, bajo el nombre de sanciones, las penas y las medidas. Por ello se dice atinadamente que su orientación general es positivista, peligrosista y defensorista y no podría ser catalogado como liberal y de signo humanitario. Se escribió de este ordenamiento que su carácter era de severidad y autoritarismo, ello debido a que defendía en su versión original prioritariamente a las capas acomodadas de la sociedad agraria y ganadera, por la proliferación de tipos y la dureza de sus sanciones, así como exención de ciertos beneficios en el abigeato. En los inicios de los años ochenta se opinaba que las penalidades eran subidas, ya que admitía la prisión hasta los 30 años, la punición del reincidente en cualquier delito hasta el mismo límite, la internación del inimputable o de sujetos con imputabilidad disminuida podía llegar a ser perpetua, según lo estime la autoridad ejecutora, o sea la administrativa y en general la cuantía de las penas no es benigna.⁴

El Código de 1980 tiene la clásica estructura dividida en dos partes. El primer libro, correspondiente a la parte general, no especificada así textualmente, consta de 107 artículos y el segundo, parte especial, se extiende hasta el 293, habiéndosele anexado varios artículos bises durante su vigencia. Finaliza con tres transitorios. Los libros constan de títulos, capítulos y artículos.

Los cinco títulos de la parte general hablan de la ley penal, el delito, de las sanciones, aplicación de sanciones y extinción penal. Aquí se observan algunas deficiencias técnicas. Un ejemplo de éstas se refiere a los delitos culposos y en grado de tentativa y debido a que la misma se mantiene, como lo admite el magistrado Pimentel en el código que entrará en vigor en el año 2004 la trataremos con mayor detalle. Después de haber dado la definición de culpa en el artículo 16, sin ninguna disposición que limite la punición de los delitos culposos a los solos casos en que estén previstos como tales en la ley, se prescribe en el artículo 66, dentro de la aplicación de las penas una penalidad específica para tales delitos. Este criterio llamado en la doctrina del *numerus apertus* está en completo descrédito en el mundo.

De modo semejante se reprimen los delitos preterintencionales y la tentativa de cualquier delito, es decir, con penas independientes de las que corresponden a las infracciones que componen la preterintención o al delito consumado. Sobre esa base no extraña que hubiera delitos dolosos que importen una responsabilidad y una pena menores que si se cometen por culpa y delitos consumados que se castiguen menos gravemente que si hubieran quedado en grado de tentativa. La adopción de la técnica del *numerus apertus* haría innecesario tipificar después algunos delitos culposos con penas propias distintas de las señaladas en la parte especial.

⁴ Manuel de Rivacoba y Rivacoba. “”El nuevo código penal del estado de Veracruz-Llave, en Méjico (sic) (1980), en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Argentina, 1981, pp. 401-408.

2. El nuevo código penal.

El código penal que entró en vigor el 1º de enero de 2004, integrado por 127 artículos de la parte general, 360 en total y dos transitorios, presenta innovaciones destacables, una de ellas es su orientación doctrinal. Se abandona en casi su totalidad la referencia a la peligrosidad y tendencia antisocial, hablando en su lugar de la readaptación social como objetivo general así como de la protección de bienes jurídicos. En los primeros artículos se declaran principios tales como el apego a los convenios y tratados internacionales de derechos humanos, el de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad de las consecuencias jurídicas para inimputables, respeto a los derechos de los pertenecientes a comunidades indígenas y la protección a las víctimas y ofendidos del delito. Se incluye también la presunción de inocencia del inculpaado y la no trascendencia de la responsabilidad penal.

La enumeración de delitos graves se traslada al código de procedimientos penales, lo cual no nos parece adecuado. Su inclusión en el código sustantivo de 1980 se consideró por los teóricos como un mérito. Ahí es donde deben aparecer, aún cuando es en el procedimiento en donde repercuten las consecuencias de esa clasificación. Antiguamente un ordenamiento penal incluía faltas, delitos y crímenes. Los primeros son las contravenciones, reservados ahora al ámbito municipal, los últimos son ahora los delitos graves.

Se suprime acertadamente la referencia a la preterintencionalidad, en realidad una forma compuesta de dolo y culpa. Sin embargo se mantiene la mención a la impericia, una especie de las varias formas culposas. Se señala expresamente la inimputabilidad por edad a los 16 años, siendo pertinente la misma ya que anteriormente sólo se encontraba tal mínimo en la ley de menores. Para los sujetos entre 16 y 18 años, si son delincuentes primarios, se establece una posibilidad de disminución de la pena de hasta un tercio. Dudas nos provoca la inclusión de la habitualidad y la pandilla, figuras que pueden dar lugar a excesos en las detenciones y en las sentencias.

Se distingue entre penas y medidas de seguridad a pesar de ser éstas últimas en realidad penas, sufrimientos impuestos por la comisión de conductas. Manteniendo casi todas las del anterior código se adiciona la intervención como sanción para las personas morales. La pena de prisión se aumenta, como ya señalamos a 50 años, adicionándose una fracción importante en el artículo 48 con dos disposiciones, una de ellas relativa a computar el tiempo de detención y de prisión preventiva y la otra señalando que en caso de imposición de pena de prisión en sentencias diferentes, se cumplirán de manera sucesiva. En este caso ¿podría exceder del término de 50 años?. No se indica expresamente. Entendemos que se aplicaría el artículo sobre concurso real en el cuál el límite son 50 años. En el capítulo de reparación del daño, hay un nuevo artículo plausible que dispone responsabilidad solidaria del propietario o poseedor del vehículo en el cuál se cometiere un delito. Entre las medidas de seguridad se incluye ahora la deshabitación.

Como indicamos anteriormente se suprimen en el nuevo código las referencias a la defensa social y peligrosidad, en lugar se dice tranquilidad social o readaptación social, la segunda sólo se mantiene en poquísimos artículos, como en el de la reincidencia, figura que

a pesar de su desprestigio teórico se mantiene en las leyes, siendo el código de Colombia de 1980 uno de los pocos que la suprimió. Se incluye expresamente la no concesión de beneficios y derechos para los delincuentes reincidentes y la posibilidad de imponerles hasta el máximo de la pena de prisión. La libertad condicional tampoco se les otorgará a los sentenciados por homicidio calificado, secuestro, violación, pornografía infantil y robo calificado. Se consideran imprescriptibles los delitos graves. Este es un lugar en donde se nota la conveniencia de haberlos conservado en el código sustantivo y no remitirse al código procesal penal. Tal parece que se quiere ocultar cuáles son considerados de tal magnitud.

Como ya se señaló al principio, se tipificaron nuevos delitos como los informáticos y la pornografía infantil con lo cual los legisladores pretenden dar un ordenamiento adecuado para el siglo XXI. Antes de entrar en vigor ya se discutían nuevas reformas como la relativa a congelar cuentas a familiares de secuestrados. Los 50 años de prisión no son suficientes para prevenir tales delitos. Y si así lo dice el clamor popular se elevará aún más.

3. Un tema polémico. la edad para ser sujeto activo.

Uno de los puntos mas discutidos durante las discusiones de reforma y aún después es el relativo a la edad para ser sujeto activo de las conductas tipificadas en la parte especial. El proyecto presentado por el Ejecutivo, elaborado por una comisión encabezada por el Procurador de Justicia del Estado, Licenciado Pericles Namorado Urrutia proponía establecer la edad de 18 años. Los diputados y parece que algunos magistrados se decidieron por mantener el límite de 16 años que es la que existe en Veracruz desde 1980. El principal argumento para sostener una y otra posición se basa en la interpretación del documento de la *Convención de los Derechos de los Niños*, suscrito y ratificado por México en 1991. Independientemente de existir otros argumentos de peso, quiero detenerme en éste e intentar destacar la relevancia de la interpretación. Ello, independientemente de la discusión sobre la jerarquía de los tratados dentro de nuestra legislación mexicana.

Pueden hacerse varias interpretaciones al texto de la *Convención Sobre los Derechos de los Niños*. Los diputados se pronunciaron a favor de mantener la edad de 16 años, apoyándose en que cuando se dice en esa Convención que “por niño se entiende todo ser humano menor de 18 años salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad.” *Ley* sería la legislación de Veracruz. En principio en el Código Penal de 1980 no hay ninguna disposición sobre la edad penal. Es la Ley de Adaptación Social y de los Consejos Tutelares para Menores Infractores en su artículo 4, la que especifica que esos organismos intervendrán cuando los menores de 16 años infrinjan las leyes penales. Pero otra interpretación sostendría que *Ley* debe ser la Constitución General del país, que es la que señala la mayoría de edad, (en México 18 años) para ejercer los derechos. En Veracruz resulta la incongruencia de que una persona no puede votar a los 16 pero sí puede ser sujeto de un proceso penal. Argumento a favor del segundo sentido sería que la Convención, firmada y ratificada por México, por su mismo carácter internacional tiene en cuenta en primer lugar, las normas superiores de los estados, las constituciones generales, y no las de nivel secundario como serían las constituciones locales, los códigos penales y leyes de menores, sobre todo dentro de un sistema federal como el de nuestro país. Otro argumento es que las leyes en general y sobre todo las que

afectan derechos como la libertad deben interpretarse a favor, aun cuando en estos tiempos de gran inseguridad y aumento de la criminalidad signifique dejar libre a presuntos responsables. El artículo 7º de la misma ley de menores señala “Cualquier duda sobre la interpretación y aplicación de esta Ley, se resolverá en la forma que resulta más favorable para la tutela y adaptación social del menor”. A fin de cuentas, las prisiones y los Consejos Tutelares no se diferencian mucho y todos representan únicamente una solución temporal mas o menos larga, manteniendo separados a los *malos* de los *buenos*.

Otro punto a interpretar es la disposición del artículo 40, 3, a), de la Convención, relativa a la recomendación a los estados partes para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones y en particular “al establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales” Nótese que en este ni en ningún otro lugar de este documento se habla de imputabilidad. En materia de menores son importantes dos toques de edad, uno mínimo, que podríamos denominar mínimo- mínimo y otro solo mínimo. ¿A cuál de los dos se refiere la fracción citada? Puede ser al primero, ¿a partir de cuantos años puede el estado a través de los Consejos Tutelares o de Menores intervenir? Ni en el código penal ni en el de Asistencia estatales hay disposiciones al respecto. Podrían ser 4, 5 o 7. Tal vez 10. ¿En donde se establecía esa edad mínima-mínima? En la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, dentro de las atribuciones de la Secretaría de Gobernación, artículo 27 fracción XXVI, siendo de 6 años. Al entrar en vigor La Ley para el Tratamiento de los Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en materia federal, publicada en Diario Oficial de 24 de diciembre de 1991, como consecuencia de la firma de la Convención Internacional de ese mismo año, se fijó en el artículo 6º. “El Consejo de Menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 años y menores de 18 años de edad, tipificadas por las leyes penales señaladas en el artículo 1º de esta Ley. Los menores de 11 años serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores públicos social y privado que se ocupen de esta materia...” A partir de la Convención Internacional cambió la postura de la ley federal estableciendo una jurisdicción penal en vez de la tutelar o administrativa anterior. Es aterrador imaginar a un niño de 6 ó 7 años en un Consejo aún llamándose tutelar. Dentro de las reformas aprobadas en Veracruz no se incluyó ninguna al respecto. En nuestro estado la materia de menores continua siendo de naturaleza tutelar, a pesar de publicarse junto al código penal en la editorial Cajica.

Hay renuencia a utilizar el término imputable o inimputable en relación a los menores ya que en materia penal debe entenderse por este concepto la capacidad de comprender y querer, y en la realidad la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad penal es una presunción que admite prueba en contrario tanto en mayores como en menores. Puede ser que un sujeto de 15 sea totalmente capaz o bien que otro de 18 no lo sea. En cambio la ley establece una presunción *iuris et de iure*. No creo que pueda generalizarse el que toda persona después de los 16 tenga capacidad para saber distinguir lo malo de lo bueno y qué clase de ilícitos cometen. Ante la dificultad y complejidad del tema, la Convención renunció a utilizar ese término prefiriendo la técnica legislativa de referirse mejor a la intervención de los organismos competentes y establecer un límite máximo de 18 años para considerar niño a una persona.

La única concesión del nuevo código penal fue establecer una disminución de hasta un tercio en la cuantía de la pena a los sujetos en edad comprendida entre los 16 y 18 años, siempre y cuando a criterio del juez hubiera un atenuante en su culpabilidad. 16 o 18 años. Parece que el problema mayor es la prevención a nivel familiar, escolar y en general social. Mientras se siga privilegiando el *tener* mas que el *ser* será difícil combatir la delincuencia de los menores y mayores.

Consideraciones finales.

Lo más destacable del nuevo código es la atenuación de su afiliación positivista y defensorista, aún cuando su represividad es bastante discutible a nivel teórico y funcionalista. Debemos reconocer que se intercalan modificaciones con técnicas favorables así como adiciones de nuevos tipos modernizantes que pueden contribuir a una mejor aplicación de justicia y una conveniente aplicación dogmática.

En esta somera revisión se hizo énfasis en la parte general del código penal, la parte especial requerirá mas detenimiento. Quiero terminar por un comentario sobre los criterios del legislador para adoptar medidas tales como el aumento de la sanción. Se dijo que respondían “al clamor popular”, a la demanda social generalizada en las consultas ciudadanas y ello nos lleva a cuestionar la legitimidad de tal procedimiento en la adopción de normas aplicables a toda la sociedad, sobre todo la privación de libertad, posiblemente la mas grave de todas. Ello independientemente de la representatividad de los participantes. Es un postulado en la psicología, en la teoría del derecho penal y en la política penal que una pena privativa de libertad mayor de 20 años es deteriorante de la personalidad, independientemente del fracaso de todos los fines declarados de la prisión, ya sea rehabilitación, reeducación, resocialización. ¿Puede un sector de la sociedad decidir el aumento de la prisión? ¿Es efectivamente democrático? En materia de derechos humanos las mayorías no pueden, por votación ni por otro procedimiento tomar decisiones que vayan en contra de la dignidad de los seres humanos, aún siendo delincuentes. A nivel federal las penas de privación de libertad pueden alcanzar los 60 años. Nos falta poco para llegar al mismo nivel. El encierro durante tal término ¿previene, evita, disminuye la criminalidad? Pediríamos recurrir más a la filosofía para contestar a la pregunta ¿cuánta pena? Aun cuando la solución no favorezca medidas populistas.