

Letras Jurídicas

Volumen 9

Enero - Junio 2004

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

El discurso jurídico.

La mujer en la Constitución Española.*

Ángela Figueruelo Burrieza**

I

La Constitución es una forma más de ordenación jurídica del poder entre todas las históricamente conocidas (PÉREZ ROYO). Y lo que caracteriza a la Constitución como forma de ordenación jurídica del poder es el principio de igualdad. Ni una sola de las Constituciones aprobadas desde que surgió el moderno constitucionalismo a finales del siglo XVIII (C. de Filadelfia de 1787, Constitución Francesa de 1791 ó en España la de Cádiz de 1812) ha prescindido de dicho principio. A ello debemos añadir que después de la II Guerra Mundial se recibe en Europa, por influencia norteamericana, el principio jurídico de supremacía de la Constitución que hace que dicha norma ocupe la cúspide del ordenamiento jurídico. Nos encontramos, pues, ante la norma suprema de un Estado que se encarga de ordenar jurídicamente el poder en base al principio de igualdad.

Trasladamos estas premisas al caso español y observamos que el valor normativo supremo de la Constitución de 1978 se reconoce en los artículos 9.1 y 53.1 de los cuales se desprende el carácter obligatorio de las normas constitucionales y en especial de los derechos fundamentales para todos: poderes públicos y ciudadanos (GARCÍA de ENTERRÍA). El concepto igualdad aparece en el texto constitucional ya en el art. 1.1. que define al Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho y entre los valores superiores del mismo se proclaman la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. El valor igualdad sirve de base y fundamento al postulado Democrático en cuanto elemento que coadyuve a definir la fórmula compuesta de nuestro Estado.

En el Art. 14, que actúa como pórtico del capítulo II donde se regulan los Derechos y Libertades se dice expresamente que: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Este precepto, sobre el que se discute si reconoce un derecho o un principio, da cobertura a la igualdad formal ante la ley, propia del Estado Liberal, que por sí misma no asegura la igualdad real o material. Esta será garantizada en nuestra norma suprema en el art. 9.2, que con base en el postulado del Estado Social, dice expresamente:

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

II

* Texto de la Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca el 23 de octubre de 2003 en el marco de las "IV Jornadas de Historia de las Mujeres. Discursos de Género".

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

De los preceptos citados se desprende con claridad que en la Constitución vigente en España está garantizada "a priori" la igualdad de trato sin diferencias por razón de sexo. Pero, dentro de las líneas clásicas del constitucionalismo liberal, todos los textos constitucionales españoles, hasta la Constitución Republicana de 1931, habían omitido cualquier referencia a la garantía de igualdad de trato sin diferencias por razón de sexo. Esta Constitución estableció en su artículo 25 que el sexo no podía ser fundamento de privilegio jurídico. Por lo que respecta a la participación política, en el artículo 36 se disponía que "los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de 23 años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes". La vida de la Constitución Republicana fue corta pues, después de la Guerra Civil, la implantación de la dictadura franquista con sus "leyes fundamentales del reino" devolvieron a la mujer a su posición tradicional. Como ejemplo, sírvanos el Fuero del Trabajo, aprobado en 1938, que aseguraba en su punto segundo que el Estado "libertará a la mujer casada del taller y de la fábrica". La ideología del régimen respecto al papel de la mujer se trasladó a la legislación ordinaria y a la práctica de los poderes públicos y así observamos que en el ámbito del Derecho Civil, sólo cuando ya el Régimen da sus últimos coletazos, en 1975 (año de la muerte de Franco) se consagró, en parte, la igualdad de la mujer casada en el matrimonio con la Ley 14/75 de 2 de mayo que fue conocida como "ley de la mayoría de edad de la mujer casada" y las desigualdades que aún se mantenían en dicha norma fueron eliminadas después de ser aprobada la Constitución, por la ley 11/81 de 14 de mayo, que modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y por la ley 30/81, de 1 de julio por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

También en el ámbito del Derecho Laboral se mantenían numerosas cláusulas que impedían a la mujer el acceso libre e ilimitado a los puestos de trabajo. Ha sido el propio Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/95 de 24 de marzo, la norma que impone, en su art. 17, la igualdad plena de sexos en el ámbito del trabajo (ALCOBENDAS). Incluso en la Administración Pública la incorporación de la mujer había sido lenta y reducida. Por ejemplo, el acceso de la mujer a la judicatura no fue posible hasta 1966. Y, una ley del año 61 sobre "derechos políticos, profesionales y de trabajo" mantenía determinados empleos públicos reservados al sexo masculino.

En el cambio, de cara a la equiparación de los derechos de la mujer, no sólo ha desempeñado un gran papel nuestra norma suprema, puesto que no podemos olvidar la importante labor de los órganos judiciales ordinarios (jueces, magistrados, tribunales) así como por la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución que ha sabido compatibilizar la afirmación del principio de igualdad de sexos y la prohibición de trato discriminatorio, con la constitucionalidad de la adopción de medidas de acción positiva y de discriminación inversa a favor de las mujeres. Tales medidas se justifican en la intención de conseguir que las mujeres, colectivo marginado y preterido históricamente, tengan un trato especial más favorable, con el fin de ver suavizada o corregida su situación de desigualdad en la sociedad.

A los fallos del Tribunal Constitucional añadimos, de interés para el tema que nos ocupa, las sentencias a favor de la igualdad de la mujer en el continente europeo por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencias KALANKE de 17 de noviembre de 1995 y MARSCHALL de 11 de noviembre de 1997). Estas resoluciones han dado lugar a una importante doctrina sobre la

configuración de las acciones positivas y de discriminación inversa, al delimitar de forma proporcional, en qué casos cabe de forma individualizada la preferencia de la mujer.

A estas resoluciones unimos la labor realizada por el Tribunal de Estrasburgo en aplicación del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950; norma que en su artículo 14 prohíbe cualquier discriminación por razón de sexo. Además, y gracias al proceso de internacionalización de los derechos merece que hagamos referencia a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1987, ratificada por España en 1993, y al Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 que en su artículo 141 enuncia la igualdad de retribución para un mismo trabajo en el caso de trabajadores y trabajadoras. Y, por último, en el actual Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, que fue presentado al Presidente del Consejo Europeo en Roma el 18 de julio de 2003 y que actualmente está en fase de discusión por la Conferencia Intergubernamental que se abrió en Roma el 4 de octubre, en su Parte II, se recoge la "Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión". En el Preámbulo de la Carta se alude a la igualdad como un valor indivisible y universal.

El Título III de dicha Carta se dedica a regular la Igualdad; En el artículo II-20 se establece la igualdad de todos ante la ley, en el II-21 se prohíbe toda discriminación y en especial... por razón de sexo... Y, en el artículo II-23 se establece la igualdad entre hombres y mujeres:

"La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado".

Traemos a colación esta norma porque el día en que entre en vigor, en el próximo 2004, ratificado por los 25 Estados miembros de la Unión en aquel momento, será de obligado cumplimiento en todos los países signatarios y en virtud del principio de primacía, los jueces y Tribunales ordinarios se verán obligados a aplicarla, incluso de forma preferente a la propia Constitución Española, cuando haya conflicto entre una norma de derecho interno y la norma comunitaria.

La influencia de la Constitución se ha hecho sentir en todas las ramas del ordenamiento jurídico (civil, mercantil, laboral...) pero, sin lugar a dudas su influencia ha sido bastante mayor en la consagración y equiparación de los derechos civiles y políticos de la mujer que en lo referente al aspecto de las relaciones privadas donde el mandato promocional que la Constitución recoge en el artículo 9.2 es menos relevante tanto cualitativa como cuantitativamente. Al respecto vemos que el texto constitucional de 1978 consagra de manera definitiva el principio de sufragio universal; Es el artículo 23 el que reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo a todos los ciudadanos, así como el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. Los artículos 68.1 y 69.2 regulan, respectivamente, la elección de diputados y senadores que será llevada a cabo por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en los términos que señale la Ley. La norma reguladora es la LOREG 5/85, de 19 de junio.

Estos preceptos, fundamento del postulado del Estado Democrático, se complementan con otra serie de artículos reconocidos a lo largo del Título I de la Constitución (parte dogmática) que vienen a poner los cimientos modernos para la tan anhelada equiparación de derechos. Destacan el art. 32 que establece que "el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica", así como el artículo 35 donde se reconoce el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente

para satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia "sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo".

Rastreando en nuestra Constitución observamos, en el ámbito de los derechos sociales, cómo en el artículo 39 los poderes públicos reciben el encargo de proteger a la familia. Dentro de ésta recibirán especial atención los hijos, con independencia de su filiación y las madres, cualquiera que sea su estado civil.

III

Después del rastreo efectuado por la Constitución Española y por las normas internacionales relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, que tienen carácter obligatorio en España (art. 10.2 CE.), conviene precisar que la norma suprema de 1978 vino a suponer un cambio fundamental a favor de la igualdad de los sexos, respondiendo a tendencias universales que ya habían encontrado eco en otros países. Ahora bien, la norma constitucional tiene un significado y un alcance que debe hacerse efectivo a través de la función de los operadores públicos; Es decir, la garantía constitucional de la igualdad entre los sexos necesita de una labor de precisión e interpretación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Se ha discutido mucho y no siempre de forma pacífica sobre el tratamiento de la igualdad en la Constitución Española, y entre las distintas perspectivas desde las que se enfoca, destacan dos principalmente: A): La igualdad como criterio inspirador de la acción de los poderes públicos, con fundamento en los artículos 1.1 y 9.2 de la norma suprema y B): La cláusula conferidora de derechos del artículo 14 de la Constitución.

A) Tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto el acento en aquellas normas constitucionales que, aunque no establezcan derechos u obligaciones directa e inmediatamente exigibles, si otorgan a los poderes públicos criterios para interpretar aquellos preceptos de la Constitución que sí establecen derechos y obligaciones. En relación con la igualdad entre los sexos la disposición más relevante es el artículo 14 de la Constitución, pero su interpretación se ha visto influida por los criterios interpretativos que se desprenden de los arts. 1.1 y 9.2 de la CE.

En lo que se refiere al art. 1.1., la igualdad se proclama como un valor del ordenamiento jurídico, es decir como una condición ideal de la vida social que debe perseguirse por los poderes públicos y ello tiene sus consecuencias en la práctica jurídica porque remite a concepciones culturales, acuñadas a lo largo de la historia y válidas en cada momento sobre el contenido de esa condición. De ahí la apertura del texto constitucional a apreciaciones socio-culturales que deben incidir sobre la interpretación de la norma constitucional.

En relación al art. 9.2 la Constitución recoge un mandato a los poderes públicos para lograr la igualdad real y efectiva de los individuos. Se nos presenta la dimensión material de la igualdad claramente. Pero, a diferencia de lo que pasa con el art. 14, los efectos jurídicos del art. 9.2 se centran en un mandato al legislador para que haga leyes que vayan más allá de la mera igualdad formal, por lo que su definición exige tener en cuenta los datos sociales determinantes de la posición de personas y grupos. En cambio, en el Art. 14 se recoge un derecho que preconiza la igualdad formal ante la ley y que está protegido en los más elevados niveles constitucionales mediante el procedimiento de amparo constitucional (MONTILLA).

B) Aunque la doctrina discute acerca de si la igualdad del Art. 14 es un derecho o es un principio, en la práctica se ha ido consolidando el uso del término "derecho a la igualdad". Incluso la jurisprudencia constitucional utiliza las dos expresiones de forma indiscriminada. Lo cierto es que el art. 14 de la CE contiene el eje de la garantía

jurídica de la igualdad reconociendo un derecho concreto que se puede proteger por los procedimientos ordinarios y por la garantía excepcional del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Gracias a este precepto se han ido estableciendo una serie de principios aceptados de forma general y que permiten comprender el significado actual de la igualdad entre sexos:

1) La igualdad ante la ley comprende tanto la igualdad en la ley (en el contenido de las disposiciones normativas) como en la aplicación de la ley (homogeneidad en la aplicación concreta, en la interpretación de las normas, sin acepción de personas).

2) El mandato de igual trato no significa un trato idéntico o indiferenciado para cualquier caso que se presente. Significa que se han de tratar igual las situaciones iguales, permitiendo diferencias de trato para situaciones diferentes. Esas diferencias de trato tienen que ser justificadas y razonables. De ahí que el criterio de la razonabilidad sea imprescindible a la hora de determinar si una desigualdad de trato vulnera el art. 14 constitucional.

3) Del art. 14 se desprende que en su primera parte (los españoles son iguales ante la ley) se recoge una cláusula de igualdad en sentido general. Pero, en su segunda parte se añaden conceptos nuevos (prohíbe toda discriminación) y cita una serie de categorías concretas respecto de las que esa discriminación está prohibida: raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal y social. Esta segunda cláusula no es una repetición teórica de la primera sino que aporta como nuevos los criterios específicos (entre ellos el sexo) que la Constitución establece como causa que no admite trato desfavorable. La enumeración de esos supuestos especialmente rechazables como causa de discriminación los convierte, por lo menos, en criterios sospechosos "a priori"; Así las cosas, cuando se apliquen diferencias de trato en esos casos, hará falta un estricto examen que haga desaparecer la presunción inicial de ilegitimidad.

IV

Aunque la Constitución no se refiere expresamente a ello la forma clásica de discriminación por sexo ha sido la practicada sobre el sexo femenino, es decir sobre la mujer (LÓPEZ GUERRA). Por ello, de forma natural, cabe entender que la prohibición del art. 14 aparece como una prohibición de discriminación de la mujer y así se deduce de los debates en las Cortes Constituyentes. Pero, que quede claro que la Constitución no prohíbe toda diferenciación por razón de sexo, sólo prohíbe la discriminación.

Es la doctrina que emana del Tribunal Constitucional la que ayuda a entender la diferencia. Desde una perspectiva procesal, cuando nos encontramos ante un caso de diferente trato por razón de sexo, siempre hay una sospecha de ilegitimidad que obliga a la inversión de la carga de la prueba; En virtud de este principio el causante de la diferencia de trato (siendo desfavorecida la mujer) está obligado a probar la legitimidad de esa diferencia. La Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional nos ofrece ejemplos en los cuales la cláusula de discriminación ha sido aplicada tanto en sentido directo como indirecto. Por discriminación directa se entiende el trato desfavorable dado a la mujer como consecuencia únicamente de su condición femenina (por ejemplo, tratar de forma desfavorable el embarazo). La discriminación indirecta será el trato desfavorable en virtud de una característica que no aparece inmediatamente vinculada al sexo, pero que en la práctica supone poner a la mujer en una posición desfavorable. Por ejemplo, considerar de menor valor, a efectos de

remuneración, aquellos trabajos desempeñados por mujeres casi de forma exclusiva (PÉREZ DEL RÍO y SÁEZ LARA). Podemos citar como mejor remuneradas tareas usualmente desempeñadas por hombres como vigilancia y seguridad. También en estos supuestos el carácter sospechoso de la diferencia y la inversión de la carga de la prueba, que en casos laborales obliga al empleador a presentar prueba convincente de que la diferencia de valoración y de remuneración por las tareas está justificada, ha servido de fundamento para una jurisprudencia de igualación que parte del principio de igualdad de remuneración cuando el trabajo realizado tiene el mismo valor.

Llegados a este punto conviene preguntarnos ¿En alguna ocasión cabe un trato desigual por razón del sexo?. Nuestra Constitución al reconocer la cláusula de no discriminación no excluye radicalmente cualquier diferencia de trato por razón de sexo, sino que lo que ello implica es una mayor rigidez a la hora de examinar los motivos que se alegan para justificar las diferencias. Con todo, en la práctica observamos la casi total desaparición de las justificaciones legítimas de la diferencia.

Quedan algunos supuestos identificables donde dicha diferencia si es admisible:

- 1) Aquellos casos, en el orden laboral, en que la ocupación de un puesto de trabajo se encuentra vinculada al sexo. Por ejemplo, el trabajo de actriz, reservado a mujeres. Otros casos tienen que ver con la apariencia física, la exigencia de una cierta vestimenta según el sexo que justifica una diferencia de trato entre hombres y mujeres. La directiva europea 76/207 viene a admitir esas diferencias en aquellos casos como las reservas de ciertos puestos de trabajo de funcionarios de prisiones de alta peligrosidad para delincuentes sexuales o los empleos en vestuarios e instalaciones sanitarias o deportivas que suponen una cierta incidencia en la intimidad de las personas (REY MARTÍNEZ).

- 2) Existe otra posibilidad, expresamente prevista en la C.E. sobre la cual ha discutido la doctrina española y sobre la que encontramos jurisprudencia al respecto del trato desfavorable que puede sufrir la mujer. Son supuestos marginales que ponen de manifiesto la resistencia a que desaparezcan las ideas y las normas que parten de una inferioridad natural del sexo femenino. Nos referimos al art. 57.1 de la Constitución que a la hora de ocuparse de la sucesión a la Jefatura del Estado, la Corona, concede preferencia, en el mismo grado de parentesco, al varón sobre la mujer (excepción hecha al principio de primogenitura que por otro lado, se consagra como regla general en el mismo precepto).

Otras Constituciones europeas de la monarquías nórdicas han suprimido este tipo de disposiciones discriminatorias. Sobre el tema existe alguna doctrina que opina que nos encontramos ante "normas constitucionales inconstitucionales" (MELLADO y GÓMEZ SÁNCHEZ) y ha tenido influencia en otro supuesto de discriminación constitucional sufrido por las mujeres: El tema de los títulos nobiliarios.

Según el art. 62.f) de la C.E. le corresponde al Rey la prerrogativa de "conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes" lo que se hace extensivo a la concesión de títulos nobiliarios. De esta manera, de forma implícita estos quedan reconocidos en la Constitución. Por el momento de su concesión y por tradición (la naturaleza y el espíritu de la nobleza responden a ello) las reglas de sucesión de esos títulos favorecen al hombre y en forma general discriminan al sexo femenino.

Con base en el art. 14 constitucional no tardaron en llegar a los Tribunales de Justicia demandas que impugnaban la preferencia masculina en la sucesión a los títulos nobiliarios. Hasta 1997 la Jurisprudencia del T.C. y de la Sala Primera (de lo Civil) del TS coincidían en la ilegitimidad y el carácter discriminatorio de la preferencia por el

hombre. Pero, en el 97, la jurisprudencia del Constitucional cambia por sorpresa de sentido, diciendo que las disposiciones desfavorables a la mujer en el caso de los títulos nobiliarios (comenzando por la ley de Partidas de 1348) no contradicen el art. 14 de la C.E. porque (el T. C. argumenta) en el mundo actual los títulos nobiliarios solo tienen un valor simbólico y su misma configuración histórica comporta un régimen sucesorio a favor del varón. Creemos que a la exministra de Asuntos Sociales, Cristina Alberdi, le asistía toda la razón del mundo cuando calificó a esta sentencia como "un insulto a la inteligencia".

3) Un tercer tipo de diferencias de trato basadas en el sexo son aquellas disposiciones que pretenden proteger a las mujeres frente a peligros derivados de supuestas desventajas o debilidades inherentes al propio sexo femenino. Por ejemplo: disposiciones relativas a la edad de jubilación, pensiones de viudedad concedidas preferentemente a mujeres, retribuciones especiales por trabajos nocturnos. En el derecho laboral estas diferencias con su carácter paternalista se han visto sometidas a una labor de dismantelamiento por la jurisdicción del TC hasta tal punto que parecía que el Alto Tribunal protegía de discriminación al sexo masculino.

El T.C. operaba restableciendo la igualdad y extendiendo a los hombres los beneficios que históricamente se le habían concedido a las mujeres; Es decir, igualaba por arriba. Esas medidas protectoras podían tener un efecto "boomerang", empeorando de hecho su situación. No obstante, consideramos que hay un tipo de acción protectora que en ningún caso puede ser considerada ilegítima: la dirigida a la protección del embarazo y la maternidad, en el cual el interés prevalente de la protección a la salud y la maternidad convierte en razonable la diferencia de trato.

V

Si bien el T.C. español ha considerado ilícitos, por inconstitucionales, los supuestos de "acción protectora" que conceden ventajas al sexo femenino (a excepción de la maternidad), al lado de estos casos se han planteado otros en los que el T.C. ha considerado adecuados a la Constitución y tratamientos que se concedían a la mujer y que se negaban al sexo masculino; La diferencia de trato a favor de la mujer la basaba el Alto Tribunal en la cláusula de interdicción de la discriminación que para ser efectiva en la realidad necesitaba la concesión de ventajas al sexo femenino. Esta actuación se ha denominado "acción positiva" por parte de los poderes públicos.

Resoluciones de este tipo han aparecido en la jurisprudencia constitucional a partir de 1987. También hay jurisprudencia en ese sentido del Tribunal de Luxemburgo.

La realidad histórica y el momento presente nos enseñan que en lo referente al sexo la discriminación se ha ejercido y se ejerce contra la mujer como consecuencia de una serie de factores sociales: tradiciones, educación, valores morales, religión... Es la propia sociedad la que con gran arraigo ha construido ese fenómeno discriminatorio y harán falta medidas que influyan en que esas discriminaciones desaparezcan. Los instrumentos jurídicos serán el Art. 14 con su mandato de supresión cuando dice expresamente "sin que pueda prevalecer" y el Art. 9.2 que se refiere a la igualdad real y efectiva.

A partir de aquí el T.C. ha venido entendiendo que para corregir discriminaciones socialmente arraigadas sobre el sexo femenino caben "las acciones positivas". Esto necesita ser aclarado porque:

1) Las acciones positivas no son acciones protectoras, ya que estas últimas parten de la concepción previa de la inferioridad de la mujer. La acción positiva parte del principio de igualdad y de la existencia de una situación social debilitada de la

mujer a causa de prácticas y usos que no se han eliminado. Son estos los que se trata de hacer desaparecer.

2) La prohibición de discriminación recogida en el artículo 14 tiene carácter universal. Luego, en el caso del sexo, se extiende también al varón pero, conviene diferenciar entre una discriminación "coyuntural" y una discriminación "estructural" arraigada en la vida social. Las acciones positivas buscan evitar que sigan prevaleciendo tratamientos desventajosos del colectivo femenino como regla general.

3) La acción positiva se legitima no en función de las características individuales de la persona beneficiaria, sino en función de su pertenencia a un colectivo determinado y discriminado. La perspectiva individual pasa a un segundo plano. Tampoco se pueden confundir con las prestaciones propias del Estado Social de Derecho encaminadas a reducir las desigualdades sociales: ayudas escolares, desempleo, etc. (porque estas tienen en cuenta a los individuos afectados y no el grupo a que pertenecen). En cambio las acciones positivas conceden ventajas a la mujer por el mero hecho de serlo al margen de los méritos o de méritos que cada una tenga. Aquí es donde se fundamentan las críticas que alegan que puede suponer un atentado al valor superior de la igualdad. Para paliar estas críticas la doctrina española, basándose en la jurisprudencia del TC y del Tribunal de Luxemburgo, ha propuesto dos soluciones que tienen en cuenta el principio de proporcionalidad:

A) Se distinguen dos clases de acciones positivas, las que consisten en medidas favorables para el grupo que pertenece al sexo femenino (cursos de formación, becas o prestaciones de cara a su promoción). Estas no perjudican al sexo masculino. Y luego, otras en las que la preferencia por el sexo femenino se manifiesta por los pertenecientes a un grupo dejando en desventaja a los del otro grupo. En estos casos llamados de discriminación inversa nos encontramos: establecimiento de cuotas a favor del sexo femenino o de preferencia para la mujer en supuestos de igualdad de méritos. La desventaja aquí la sufre el sexo masculino.

Es este segundo caso el que plantea más dificultades a la luz del Art. 14 de la C.E., porque el criterio de la proporcionalidad conduce a graves dudas, ya que la introducción de un nuevo criterio de discriminación (a los varones) es tan grave desde los principios constitucionales como el daño que se quiere eliminar.

B) La doctrina española para dar solución a estos casos se ha basado en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Luxemburgo; Las sentencias Kalanke y Marschall son un buen ejemplo.

De ellas se deduce la diferencia entre acción positiva y discriminación inversa. De la Sentencia Marschall se deduce que variantes de preferencia de mujeres sobre hombres en casos de notoria discriminación antifemenina (por ejemplo un bajo porcentaje de mujeres en determinadas categorías profesionales) serán lícitos si no imponen incondicionalmente la preferencia de la mujer, sino que deben dejar cláusulas de apertura: "en igualdad de méritos se preferirá siempre a la mujer".

En lo que respecta a las acciones positivas, desarrolladas por el legislador y por la jurisprudencia se ha centrado en la categoría de ventajas fuera de supuestos de competitividad, sin que hasta el momento se hayan planteado casos relevantes a nivel de la jurisprudencia.

VI.

Para ir concluyendo me gustaría dejar constancia que en España, gracias a la C.E. de 1978, desde la perspectiva formal que se consagra en el art. 14, se ha creado, a partir de la Constitución y de las normas legales un marco teórico-normativo que suprime las discriminaciones que en el ordenamiento jurídico existían en épocas precedentes y permite mantener la existencia de la igualdad al margen de las diferencias a causa del sexo. El mandato del art. 14 de la Constitución se ha trasladado a la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, al mundo laboral. Esto se ha conseguido gracias a la función del T.C. que, aunque reconoce el principio de autonomía de la voluntad sobre la eficacia del principio de igualdad, excluye de esa incidencia todo lo que atañe a las prohibiciones de discriminación del Art. 14 de la C.E. Ha sido la doctrina de la eficacia indirecta (Drittwirkung) de los derechos fundamentales entre particulares la que ha permitido admitir recursos de amparo en base al art. 14 de la CE dirigidos frente a resoluciones judiciales que, en opinión del recurrente no protegieron sus derechos frente a terceros basados en ese artículo. La legislación ordinaria, art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, ha convertido esa prohibición en norma legal.

Las cosas cambian de sesgo cuando observamos la realidad social. Los arts. 1.1 y 9.2 de la C.E. poco pueden hacer para que la igualdad entre hombres y mujeres sea real y efectiva. En la esfera del sector público, aunque aún persiste en los niveles más altos de la Administración, se han superado en gran medida las desigualdades existentes. Fuera de la Administración se aprecia una innegable situación de tratamiento desigual del sexo femenino. A título de ejemplo la tasa de empleo masculino supera en más de un 20% a la femenina. De datos como estos se desprende la necesidad de medidas compensatorias en las que nuestro país no va precisamente a la cabeza. Destacan los "Planes de Igualdad de Oportunidades" que no tienen nada que ver con las acciones positivas derivadas del establecimiento de cuotas a favor de la mujer.

Pero si nos fijamos en el art. 103.2 donde se marcan los criterios de "mérito y capacidad" para el acceso a la función pública, la naturaleza neutral de los mismos no permite una acción más contundente. Si caben mayores posibilidades de actuación de acciones positivas en el campo de las relaciones privadas no sometidas a los rígidos criterios de mérito y capacidad. Ejemplos de esa acción aparecen en los Estatutos de algunos partidos políticos que establecen cuotas que garantizan un cierto equilibrio en la presencia de ambos sexos.

Esperamos que en un futuro más o menos próximo, sobre todo por influencia de la Unión Europea, vayan "**in crescendo**" los ejemplos que ya se dan en **otros países europeos**

Bibliografía

- ALCOBENDAS TIRADO, P., *Datos sobre el trabajo de la mujer en España*, Madrid, 1983.
- BARRERE UNZUETA, M.A.: *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.
- GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversas*, Valencia, 1999.
- LÓPEZ GUERRA, L. "Igualdad, no discriminación y acción positiva en la C.E. de 1978" en *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000.
- MELLADO PRADO, P. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., "En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 5 de la C.E. de 1978", *La Ley*, 1, 1984.
- MONTILLA MARTOS, J.A., "El mandato constitucional de promoción para la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad", en *Estudios de Derecho Público* (Homenaje a J.J. Ruiz-Rico). Madrid, 1997.
- OLLERO, ANDRÉS, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, 1999.
- PÉREZ DEL RÍO, T. "El principio de igual trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario" en *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho Comunitario*, RENTERO JOVER (Coord). Madrid, 1997.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Pons, Madrid, 2002.
- REY MARTÍNEZ, F. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, 1995.
- SAEZ LARA, C. *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, 1994.

Cuadro comparativo de leyes civiles y notariales

José Antonio Márquez González*

RESUMEN

Este ensayo ha sido presentado como ponencia en el reciente Simposio de Derecho Notarial Comparado que tuvo lugar en Cancún con motivo de la Reunión del Acuerdo de los Estados del Golfo de México. Establece propuestas específicas para la homologación paulatina en las leyes civiles y notariales.

Palabras claves: derecho civil, derecho notarial.

ABSTRACT

This essay has been presented as a communication in the recent Symposium of Compared Notarial Right that took place in Cancún the occasion of the Meeting in the Agreement of the States of the Gulf of Mexico. It establishes specific proposals for the gradual homologation in the civil and notarial laws.

Key words: civil law, notarial law

SUMARIO: I. Códigos civiles. 1. Antigüedad. 2. Metodología 3. Intervención de testigos en el testamento público abierto. 4. Regímenes patrimoniales. 5. Autorización judicial para contratar entre cónyuges. 6 Adopción (edades). 7 Adopción (tipos). 8. Prescripción en la rendición de cuentas. 9. Otras diferencias. 10. La contratación electrónica. 11. El nuevo Código Civil de Tabasco. II. Leyes notariales. 1. Antigüedad. 2. Nombramiento de notario. 3. Suplencia de notario. 4. El protocolo “abierto” 5. Exámenes de oposición al notariado. 6. La protesta legal. 7. Documentos procedentes del extranjero.

I. Códigos civiles

Como se sabe, en los países de derecho anglosajón no existe –como en los sistemas de tradición romanista– la idea de una compilación legislativa, excepto en una desperdigada versión costumbrista y jurisprudencial. No obstante todo ello, el estado de Louisiana cuenta con un código civil a la manera latina –en este caso, de marcada ascendencia francesa–. Este código fue expedido originalmente en el año de 1808. Se encuentra dividido en cuatro libros que tratan “De las personas” (Libro I), “De las cosas y de las diferentes modificaciones de la propiedad” (Libro II), “De los diferentes modos de adquisición de los bienes” (Libro III) y “Conflicto de derechos” (Libro IV). Los demás estados no disponen de una codificación civil semejante.

¿Cuál es el panorama en México? Como es de esperar, los códigos civiles de cada una de las seis entidades que forman parte de la Cuenca del Golfo de México varían en forma muy considerable.

* Notario público de Orizaba y Profesor en la Universidad Veracruzana.

He aquí algunos pocos ejemplos:

1. Antigüedad

El Código Civil de Veracruz es el código más viejo de todo este conjunto, porque es del año de 1932 (aunque está en proceso de revisión, no se conoce a la fecha ningún proyecto viable que pueda sustituirlo). Por orden de antigüedad, le siguen los códigos civiles de Campeche (1943); Quintana Roo (1980); Tamaulipas (1987); Yucatán (1994) y Tabasco (1997).

2. Metodología

Los códigos civiles de Veracruz, Campeche y Tabasco tienen una estructura muy similar, que se resume en la forma siguiente: Título Preliminar, “De la ley y derechos civiles en general”; Libro Primero: “De las personas”; Libro Segundo: “De los bienes”; Libro Tercero: “De las sucesiones” y Libro Cuarto: “De las obligaciones”; Primera Parte, “De las obligaciones en general” y Segunda Parte, “De las diversas especies de contratos”.

Los códigos de Quintana Roo, Tamaulipas y Yucatán se apartan un poco de esta metodología, ya que su estructura es la siguiente:

Quintana Roo. Libro Primero: *Parte General*, “De los hechos, actos y negocios jurídicos”; Libro Segundo: *Primera Parte Especial*, “Del derecho de las personas”; Libro Tercero: *Segunda Parte Especial*, “Del derecho de familia”; Libro Cuarto: *Tercera Parte Especial*, “Del derecho hereditario” y *Cuarta Parte Especial*, “Del derecho patrimonial” (Libro Primero: “De los bienes, de la posesión y de los derechos reales”; Libro Segundo: “De las obligaciones”; Libro Tercero: “De los contratos en particular”; Libro Cuarto: “Del Registro Público de la Propiedad”).

Tamaulipas. Libro Primero: “De las personas”; Libro Segundo: “De los bienes”; Libro Tercero: “De las obligaciones”; Libro Cuarto: “De los contratos típicos” y Libro Quinto: “De las sucesiones”.

Yucatán. Libro Primero: “De las personas”; Libro Segundo: “De la posesión y propiedad de los bienes”; Libro Tercero: “De las obligaciones” y Libro Cuarto: “De las sucesiones”.

3. Intervención de testigos en el testamento público abierto

La gran mayoría de los códigos de la República continúa exigiendo la formalidad de los tres testigos instrumentales en el momento de otorgamiento del testamento público abierto. Por excepción, el Código Civil del Estado de Veracruz (art. 1444), determina que, a petición del testador o del notario, podrán concurrir dos testigos. Tal requisito es meramente opcional. En la práctica sucede que el acto se realiza sin intervención de los testigos y, en efecto, la definición dogmática del testamento ha quedado reducida a la siguiente: “Testamento público abierto es el que se otorga ante notario”, suprimiendo entonces la anterior fórmula que rezaba: “... ante notario y tres testigos”.

Por cierto, ninguno de los seis estados del Golfo previene aún el “testamento público simplificado” que ya se encuentra adoptado en el Distrito Federal.

4. Regímenes patrimoniales

En este tema, pueden anotarse dos apartados:

- a. Códigos que establecen la presunción legal de que el régimen patrimonial se constituye bajo la forma de sociedad conyugal. En este rubro se encuentran Veracruz (art. 166), Tabasco (art. 180) y Quintana Roo (art. 719). Tamaulipas se refiere a la misma situación -sociedad legal- en el art. 172 *in fine*.
- b. Códigos que establecen la presunción en sentido directamente contrario (separación de bienes). En este renglón se encuentran Yucatán (art. 117) y Campeche (art. 189).

5. Autorización judicial para contratar entre cónyuges

El Código Civil Federal no exige más la autorización judicial para contratar entre cónyuges, al igual que Veracruz (se derogó) y Yucatán (art. 175), pero los estados de Campeche (arts. 185-186), Quintana Roo (arts. 712-714), Tamaulipas (art. 152) y Tabasco (arts. 173-175) aún exigen este permiso.

6. Adopción (edades)

El art. 390 del Código Civil Federal dice que “el mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando éste sea mayor de edad [...]”.

En consonancia con esta disposición, todos los estados del Golfo prescriben una edad mínima de veinticinco años, con excepción del estado de Yucatán, que se ajusta a la regla genérica de la mayoría de edad (art. 309).

En cuanto a la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, la regla general exige diecisiete años, como en el caso de Campeche y Veracruz, pero en los estados de Quintana Roo, Tabasco y Tamaulipas es de quince años, y en Yucatán de veinte (art. 309).

7. Adopción (tipos)

Como se sabe, los arts. 390 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal sólo admiten ya la adopción *plena* (los arts. 394 y 402-410 fueron derogados).

Los estados de Quintana Roo (arts. 929 y 939), Tabasco (arts. 381 y 398) y Veracruz (art. 320 y 333-334) aun clasifican la adopción en sus dos modalidades de *simple* y *plena*.

Tamaulipas (art. 359 y ss.), Yucatán (art. 309 y ss.) y Campeche (arts. 406 y ss.) no han adoptado esta distinción ni su abolición consecuente.

8. Prescripción en la rendición de cuentas

El art. 1164 del Código Civil del Distrito Federal se refiere a la prescripción en la obligación genérica de dar cuentas, consignando un plazo de cinco años.

En Campeche el plazo es también de cinco años, lo mismo que en Veracruz, pero en Yucatán es de tres y en Tabasco, Tamaulipas y Quintana Roo es de sólo dos años.

9. Otras diferencias

Hay otras muchas diferencias que son importantes en el detalle. Por ejemplo, los códigos de Veracruz y Tabasco definen el concepto de persona en general, así como los de persona física y persona moral.

El código de Quintana Roo contiene un apartado muy específico sobre derechos de la personalidad.

Los estados de Quintana Roo (art. 546), Tabasco (art. 54) y Veracruz (art. 59) establecen taxativamente el cambio de nombre por las siguientes causas: uso invariable y constante de un nombre distinto, exposición al ridículo, homonimia, y hasta por simple voluntad.

El código de Quintana Roo recoge la noción de “negocio jurídico” en los arts. 135-425.

Tabasco (art. 404 y ss.) y Quintana Roo (art. 984 y ss.) contienen preceptos específicos referidos a la niñez o a la minoría de edad.

La curatela no se encuentra prevista en los códigos civiles de Quintana Roo y Tamaulipas. Ambos códigos, Quintana Roo (art. 1190) y Tamaulipas (art. 663), definen el concepto de familia. Veracruz tipifica el matrimonio como una “institución social y civil” (art. 75).

Por otra parte, en materia de derecho sucesorio, el Código Civil de Veracruz (art. 1454) llama “testamento notarial cerrado” al que en otras legislaciones se conoce como “público cerrado” y llama también “autógrafo” al ológrafo (art. 1483). Ambos cambios son exclusivamente de forma.

El Código Civil de Quintana Roo (arts. 1464 y 1451) impone la sanción de pérdida de oficio para el fedatario en el caso de que no constate la efectiva realización de formalidades en el testamento público abierto. Veracruz derogó en 1997 los artículos que prevenían estas sanciones.

Los estados de Quintana Roo (art. 1252) y Tabasco (art. 1386) señalan una edad mínima de catorce años para testar, pero en Veracruz (art. 1239) y en el resto de la legislación civil del país se exige una edad mínima de dieciséis.

En caso de ausencia de herederos, el Código Civil de Veracruz señala como sucesor al fisco del Estado (art. 1569). Quintana Roo, al Estado en general.

Por último, el Código Civil de Quintana Roo presenta un registro de naturaleza constitutiva, a diferencia de todos los demás donde guarda consecuencias meramente declarativas. Los arts. 3159-3160 dicen:

Art. 3159. El registro será constitutivo en lo que respecta a los convenios y contratos por los cuales se adquiere, transmite, modifica o extingue el dominio de bienes raíces o una hipoteca.

Art. 3160. Los contratos a que se refiere el artículo anterior sólo se perfeccionan y sufren plenamente efectos hasta que se registren.

[...].

10. La contratación electrónica

He dejado intencionalmente un apartado expreso para examinar el aspecto relativo al estado actual de la contratación electrónica, dada su importancia.

Los códigos civiles de Tabasco (art. 1928) y Yucatán (arts. 1002 y 1008) aceptan sin reservas la contratación por cualquier medio de comunicación “que permita a la persona que reciba la oferta, contestar inmediatamente” o “mediante los cuales pueda obtenerse respuesta inmediata”, sin restringir de alguna forma su uso a la imposición de firmas en los originales o a la celebración de estipulación previa.

Veracruz y Campeche, que son los códigos más viejos, no previenen ninguna disposición al respecto, aunque el art. 1744 del Código Civil de Veracruz dice que:

Producen efectos la propuesta y aceptación hechas por telégrafo, cable, teletipo, radio, telefotografía u otro medio cualquiera similar de comunicación rápida que no consista en la entrega material de documentos autógrafos, si los originales de los respectivos telegramas, radiogramas, cables o telefotogramas, contienen las firmas de los contratantes, y en su caso los signos convencionales estipulados entre ellos para identificar su correspondencia telegráfica, cablegráfica o fototelegráfica.

Los códigos civiles de Quintana Roo (arts. 157, 159 y 163) y Tamaulipas (arts. 1271-1272), aun siendo más o menos recientes (1980, 1987), sólo hacen referencia a las formas de comunicación que podríamos denominar como tradicionales, o sea, a los modos postal, telefónico, telegráfico y otros. Además, se exige la estipulación previa de las condiciones de contratación y la firma. El caso más extremo de esta pobreza legislativa se encuentra en el Código Civil de Tamaulipas, que se refiere exclusivamente a las vías de comunicación epistolar y telefónica.

Por último, el Código Civil de Campeche sólo menciona en su art. 1716 la propuesta y aceptación hechas por telégrafo y por correo público, en el art. 1711.

11. El nuevo Código Civil de Tabasco

Por su carácter novedoso, dedico ahora un lugar específico al Código Civil de Tabasco de 1997. Este código posee un total de 3279 artículos más tres transitorios. Abroga el viejo código civil de 1951 cuya aplicación se había vuelto, en muchos sentidos, obsoleta.

Por otra parte, consigna interesantes novedades conservando, sin embargo, la clásica disposición sistemática que agrupa su articulado bajo los rubros “De las personas”, “De los bienes y de los derechos reales”, “De las sucesiones”, “De las obligaciones” y “De las diversas especies de contratos”.

Estas novedades importantes incluyen la protección a los débiles desde un punto de vista social, cultural y económico (art. 4º); el empleo de la denominación “personas jurídicas colectivas” (art. 36); el reconocimiento de métodos de reproducción humana artificial o fertilización *in vitro* (arts. 165 y 324); la obligación de avenimiento por parte del juez en las controversias entre cónyuges (art. 178); el reconocimiento del parentesco por concubinato (art. 290); la adopción plena (art. 398); la constitución del patrimonio de familia por un equivalente a 4,000 días del salario mínimo general vigente en el estado (art. 732). También establece las definiciones dogmáticas de patrimonio, derecho

real, posesión, usucapión y obligación (arts. 839, 840, 877, 924 y 1872, respectivamente).

Son dignos de mencionar los preceptos relativos a la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos (arts. 1881-1904); la subsistencia de la máxima *pacta sunt servanda* (art. 1914) y la irrelevancia –no está prevista– del principio de excepción *rebus sic stantibus*; la figura del “detentador subordinado” en materia de posesión (art. 883); la regulación de la estipulación a favor de tercero en el libro que se refiere a las diversas especies de contrato –en un capítulo único– (art. 2502); la previsión expresa de los contratos de habitación en tiempo compartido y anticresis (arts. 2781 y 3241, respectivamente); y, por último, la creación de un título especial acerca de la solución de controversias con capítulos expresos referidos a la transacción (art. 3250) y al compromiso (art. 3272).

II. Leyes notariales

En el plano del derecho comparado notarial, las diferencias también son importantes. Enumero aquí una breve relación de ellas:

1. Antigüedad

El estado actual de la legislación es el siguiente: Veracruz posee una ley del año 1965 y Yucatán otra de 1977. Son las más antiguas. Las leyes notariales más recientes son las de Tamaulipas (1992), Quintana Roo (1997), Campeche (2000) y Tabasco (2004).

No se tomaron en cuenta las reformas sucesivas.

2. Nombramiento de notario

Para referirse al documento que contiene el nombramiento de notario, la mayoría de las leyes de la República utilizan la expresión *patente*. Campeche (art. 20), Tabasco (art. 17) y Tamaulipas (arts. 16, 17 y 23) conservan todavía la voz –algo anticuada– de *fiat*. Acaso para cubrir todas las posibilidades, la Ley Notarial del Estado de Tabasco dice al mismo tiempo (art. 17) “patente, fiat o nombramiento”.

La Ley del Notariado de Campeche (2000) hace una interesante distinción entre la expedición del *fiat* para el aspirante (art. 20) y el *nombramiento* definitivo como titular (art. 21).

3. Suplencia del notario

¿Cuáles son las figuras de suplencia en los casos de ausencia de un notario? El panorama se presenta como muy variado y comprende denominaciones tan disímboles como las de *suplente*, *asociado*, *adscrito*, *interino* y *sustituto* (en la ley del Distrito Federal se utilizan las denominaciones de *notario suplente* y de *notario asociado*, ambas previstas en los arts. 182-189). Todos estos calificativos son seguidos de cerca, con algunas modificaciones importantes, por las leyes notariales de Tamaulipas (art. 41 y 50), Veracruz (art. 66, fr. I), Quintana Roo (art. 98, parr. 2º), Yucatán (art. 50), Campeche (art. 106, párr. 2º) y Tabasco (art. 9).

Por último, hay casos en que el juez de primera instancia puede también desempeñar funciones notariales. Esta excepcional figura de intervención fedataria se

encuentra reglamentada en la Ley Notarial del Estado de Tabasco (art. 17).

4. El protocolo “abierto”

El protocolo “abierto” para operaciones ordinarias, ya sea forzoso u opcional, solamente se encuentra previsto en los estados de Tamaulipas (art. 73), Veracruz (art. 114) y Tabasco (art. 41). Veracruz tenía “libros de protocolo especiales” (art. 114) hasta 1997, en que se creó el protocolo “abierto”. Los estados de Campeche (art. 48) y Quintana Roo (art. 40), aun disponen de “protocolo abierto especial” (PAE) o “protocolo especial”. Los estados de la Cuenca del Golfo que únicamente disponen de protocolo “cerrado” son Campeche (art. 43), Quintana Roo (art. 33) y Yucatán (art. 73).

5. Exámenes de oposición al notariado

Como se sabe, hay una tendencia creciente a favor de la necesidad de exámenes de oposición no solamente en el notariado, sino en general en diversos cargos de la administración pública y de la vida universitaria. Ante esta situación ¿en qué estado se encuentran las leyes notariales de los estados de la Cuenca del Golfo?

Campeche (art. 12, fr. XI), Quintana Roo (art. 12, fr. IX), Tabasco (art. 17, fr. X), Tamaulipas (art. 16, fr. V) y Veracruz (art. 37, fr. VII) exigen sufrir el examen de oposición para acceder al cargo.

La Ley Notarial del Estado de Yucatán solamente exige el examen para aspirante, pero no para obtener la titularidad en el cargo.

6. La protesta legal

Del total de treinta y dos leyes notariales que existen en nuestro país, solamente una consigna el texto expreso de la protesta que marca el inicio de la función. Se trata de la Ley del Notariado para el Distrito Federal (art. 66).

¿Ante qué funcionario debe rendirse la protesta? En la mayoría de los casos, debe hacerse precisamente ante el Gobernador del Estado, pero en otros puede ser ante el Secretario General de Gobierno (o incluso ante el “funcionario designado al efecto”).

La Ley Notarial del Estado de Quintana Roo (art. 16, fr. I) ordena que sea precisamente ante el Secretario General de Gobierno. Yucatán (art. 27, fr. V) prescribe que la protesta se debe rendir ante el propio Presidente del Consejo de Notarios y Tamaulipas (art. 28, fr. IV) aclara que los notarios rendirán la protesta de ley “en la misma forma en que se toma a los funcionarios públicos”.

Por último, el Estado de Campeche no hace mención legal alguna ni de la protesta, ni de su texto, ni del plazo para hacerlo, ni del funcionario ante el cual deba rendirse.

7. Documentos procedentes del extranjero

En este último punto me propongo analizar lo relativo a la legalización, apostillamiento, eventual traducción y finalmente protocolización de los documentos procedentes del extranjero. Haré un estudio de derecho comparado a nivel regional, cotejando y

examinando los artículos relativos en las leyes del notariado de los estados que forman parte de la Cuenca del Golfo.

Parto de lo dispuesto en la Ley del Notariado del Distrito Federal, cuyos arts. 139-140 previenen la protocolización de los documentos, excepto cuando se trata de poderes otorgados ante cónsules mexicanos.

He aquí el texto íntegro de dichos artículos:

Art. 139. Los instrumentos otorgados en el extranjero, una vez legalizados o apostillados y traducidos, en su caso, por perito, podrán protocolizarse a solicitud de parte interesada sin necesidad de orden judicial.

Art. 140. Los poderes otorgados fuera de la República, una vez legalizados o apostillados, y traducidos, en su caso, por perito, deberán protocolizarse para que surtan sus efectos con arreglo a la Ley. Esto no es aplicable a los poderes otorgados ante Cónsules Mexicanos.

Por otra parte, debe tenerse muy presente lo dispuesto en el art. 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que es aplicable al caso a nivel interestatal:

En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, [...].

Los artículos que tratan de esta cuestión en las leyes notariales de las entidades federativas que nos conciernen son: Campeche, art. 55; Quintana Roo, art. 85; Tabasco, arts. 103-104; Tamaulipas, art. 123; Veracruz, arts. 154-155 y Yucatán, art. 121.

De este pequeño cuadro comparativo se desprende lo siguiente:

- a. En cuatro estados (Campeche, Quintana Roo, Tamaulipas y Yucatán), la ley del notariado trata el tema en sólo un artículo, el cual por regla general resume los dos artículos de la LNDF aplicables al caso.
- b. Por su parte, exigen todavía mandamiento judicial expreso para la protocolización los estados de Campeche, Tamaulipas y Yucatán.
- c. En el extremo opuesto, los estados de Quintana Roo, Tabasco y Veracruz dicen que las instrumentos públicos extranjeros “podrán” protocolizarse una vez legalizados o apostillados y traducidos. Esta protocolización podrá hacerse “sin necesidad de mandamiento judicial”.

Los poderes otorgados en el extranjero *deben* legalizarse, traducirse y luego protocolizarse.

Maléfica, Bruja y Hechicera: Notas sobre el Auto dictado contra María de la Candelaria por la Santa Inquisición en 1768 en territorio de Nueva España

Omar González García *

RESUMEN

El presente ensayo busca ocuparse, de manera general, del auto que en contra de María de la Candelaria dictó el Santo Oficio en marzo de 1768. Lo que se busca es el origen genérico del Tribunal así como de los delitos cometidos por María de la Candelaria y las penas impuestas a ella por la comisión de tales ilícitos. Se trata, en suma, de una breve introducción a un tema de mayor calado para la comprensión de nuestro pasado jurídico.

Palabras clave: Santo Oficio, penas, delitos.

ABSTRACT

This essay deal, in a general way with the act that against María de la Candelaria promulgated the Santo Oficio on march 1768. The purpose of this is to revise the indefinite origin of the tribunal, as well as the felonies committed by María de la Candelaria and the punishments imposed to her for such crimes. It is, in a word, a short introduction to a profound theme on the comprehension of our juridical past.

Key words: *Santo Oficio, punishments, felonies.*

SUMARIO: I. Introducción.- II. El Tribunal del Santo Oficio.- III. El Tribunal del Santo Oficio en Nueva España.- IV. De los Delitos de María de la Candelaria y las penas a ella impuestas.- a). Destierro.- Azotes y vergüenza pública.- c). Abjuración.

I. Introducción

El siete de marzo de 1768, el Tribunal del Santo Oficio votó las sanciones que habrían de aplicarse en el proceso seguido a María de la Candelaria quien fue condenada por maléfica, bruja y hechicera, a las penas de “[...] abjuración, vergüenza pública, doscientos azotes, destierro por tiempo de diez años y reclusión los seis primeros en un manicomio para servir allí a las locas, recibir instrucción religiosa y cumplir diversas penitencias espirituales”.¹

* El autor es Visitador Auxiliar de la Comisión Estatal de Derechos Humanos—Veracruz. Candidato a Maestro en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad Cristóbal Colón.

¹ Antonio M. García-Molina Riquelme, *El régimen de penas y penitencias del Tribunal de la Inquisición en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999, p. 657.

Este proceso fue uno de los varios que por prácticas contrarias a la religiosidad traída por los españoles a América se desarrolló en el marco de las atribuciones que le habían sido conferidas al Tribunal del Santo Oficio tras su instalación en Nueva España.

No fue un caso aislado ni paradigmático en términos generales pero del Auto votado por el Tribunal se desprende que prácticas como las realizadas por la sentenciada debían ser ejemplarmente castigadas, toda vez que ponían en riesgo uno de los elementos claves de la época: la creación de un sentimiento de unidad ---bastante forzada por lo demás--- entre los habitantes de Nueva España en torno a las prácticas religiosas y concomitantemente, la repulsa a las prácticas contrarias a la religión católica, mismas que de manera evidente ponía en riesgo esa forzada unidad.²

Si algún objetivo persigue este texto, más que destacar las funciones del Santo Oficio, es el de presentar, por una parte, una mención de los delitos por lo que María de la Candelaria fue condenada y, por otra parte, una somera visión de las penas que por la comisión de tales acciones se le impusieron a la justiciable a partir de una serie de ideas generales por cuanto a los fines y origen del Santo Oficio en términos generales tanto en España como en Nueva España.

Es de señalarse, siguiendo el razonamiento de Antonio M. García-Molina, que sobre este periodo de la vida de México hacen falta muchas miradas esclarecedoras; este trabajo está lejos de pretender serlo. Concédasele, sin embargo, el afán de indagar, aun cuando de modo general, en una etapa de claroscuros de la historia y el derecho en México.

II. El Tribunal del Santo Oficio

La Santa Inquisición o Tribunal del Santo Oficio, institución diseñada por los Reyes Católicos Fernando e Isabel, gobernantes de los reinos de Aragón y Castilla respectivamente, no existió sólo en España y data de una época anterior al siglo XV, sólo a fines de éste sería instituida por los monarcas de mérito.

La institución data de la Edad Media cuando “[...] el problema de la herejía [...] se había convertido en una seria amenaza para la Iglesia católica”,³ toda vez que los herejes eran vistos, en principio, con indiferencia, tanto por el Estado y de alguna manera también por la propia Iglesia. Cuando los herejes, esto es, aquellos que ponían en duda los dogmas de la Iglesia y *elegían* se convirtieron en un serio peligro, debió surgir la Inquisición.

En principio, las penas aplicadas a los herejes supusieron la confiscación de bienes, el destierro o la deportación. Sólo en un segundo momento la pena capital se decretó contra quienes *vivían en el error*, o sea, aquellos que se apartaban de la fe católica y sus prácticas, mismas que por su complejidad no podían ser comprendidas por los legos en materia teológica, quienes con facilidad podían acceder a prácticas heterodoxas, ser enjuiciados por

² Cfr. Richard Greenleaf, *La Inquisición en Nueva España siglo XVI*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 11.

³ Arthur Turberville, *La Inquisición Española*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 7.

herejes y condenados a morir en la hoguera, forma en que comúnmente se aplicaba la pena de muerte.

En un texto editado por vez primera en 1932, Turberville reseña que el Santo Oficio se extendió por Francia e Italia a través de diversos acuerdos entre los Papas y los monarcas y que en Francia debió contar con el apoyo de la Corona para lograr sus fines.

En España el Tribunal se estableció cuando prácticamente la lucha contra los invasores había concluido. Piedad y codicia coinciden en su origen. En el año de 1478 los monarcas católicos Isabel y Fernando pidieron al Papa Sixto IV el dictado de una Bula que dos años después habría de cumplimentarse a cabalidad cuando el “[...] 17 de septiembre de 1480 se nombraron dos frailes dominicos que actuasen como inquisidores en Sevilla. Posteriormente fueron ayudados por un promotor fiscal o acusador y dos depositarios de confiscaciones”.⁴

Posteriores al Tribunal de Sevilla son los de Córdoba, Jaén y el de Ciudad Real que después será trasladado a Toledo. El Inquisidor de Castilla, Torquemada, lo fue también - pese a la resistencia del Papa Sixto IV- de Aragón, quien ya veía una Inquisición controlada plenamente por Fernando el Católico antes que por él. A pesar de disturbios y protestas, el Santo Oficio se extendió prácticamente por todo el reino, como extenderíanse también sus excesos persecutorios que llegaron a infamar a personas de reputación a toda prueba “y rígida ortodoxia” en su fe católica.

El ascenso al trono de Carlos V pudo ocasionar un giro en las prácticas del Tribunal y sus Inquisidores pero no fue así. Durante el reinado de Carlos V de España y I de Alemania, el tribunal se afianzó “más que nunca en todas partes de España” y Felipe II, sucesor del monarca que en sus dominios no veía ponerse el sol, “lo mantuvo hasta lo último”.⁵

III. El Tribunal del Santo Oficio en Nueva España

Al igual que la Inquisición castellana que conocía y perseguía “[...] herejías, apostasías, blasfemias heréticas, hechizos y supersticiones”,⁶ la Inquisición novohispana realizó también esa labor por vía de los Obispos en los primeros tiempos de la institución.

Cuando el número de pobladores era ya considerable, por Cédula Real de Felipe II fechada en 1570, se establecieron los tribunales en las Indias a petición de Diego de Espinoza y con acuerdo del Consejo de la General Inquisición. De la competencia del tribunal quedaban excluidos los indígenas dada su “rudeza e incapacidad”.⁷ La declaración que excluía a los naturales pudo tener su origen en el hecho de que “el primer juicio de la

⁴ Turberville, *op.cit.*, nota 3, p. 30.

⁵ *Ibidem*, nota 3, p. 35.

⁶ Antonio Dougnac Rodríguez, , *Manual de Historia del Derecho Indiano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989, p. 300.

⁷ *Ibidem*, nota 6, p. 301.

Inquisición novohispana” se siguió en contra “ de un indio, Marcos de Acolhuacán, por el delito de concubinato en 1522”.⁸

No deja de ser atrayente que el primer juicio seguido en tierras novohispanas haya sido contra un indígena y por una razón sólo en apariencia desvinculada al origen fundador del Tribunal. En realidad, el proceso incoado por tal motivo es casi explicable a la luz de una bula papal que en las Indias se conoció comúnmente como la *Omnímota*, que facultó a los primeros preladados franciscanos y dominicos para desempeñar casi todas las funciones episcopales excepción hecha de la ordenación, bula que los convertía en jueces eclesiásticos ordinarios y les permitía también desempeñarse como inquisidores, al menos hasta “[...] que la Iglesia y el Estado, en la década de 1530, crearon la maquinaria formal del Santo Oficio”. Fue, en sus orígenes, se deduce, una inquisición monástica --de alguna manera encomendada al Obispo Fray Juan de Zumárraga—dedicada a “[...] imponer fe y moral en la diócesis”.⁹

Si tales eran sus funciones y si el concubinato se aparta, al menos desde una visión religiosa de “fe y moral”, no resulta inexplicable el hecho de que el primer juicio ventilado ante el Tribunal haya tenido por procesado a un indígena y por objeto de la causa la figura del concubinato. Debieron pasar casi cincuenta años para que los indígenas fueran excluidos de la competencia del Santo Oficio. Igualmente, no es ocioso señalar que esta primera Inquisición fue un elemento político en la lucha contra Hernán Cortés al menos a partir de que la Orden de los dominicos se alió a los adversarios del capitán extremeño.

Tal como se señaló, el Tribunal del Santo Oficio no se estableció de manera formal en México sino hasta la década de 1570 por Cédula Real de Felipe II. En septiembre del año siguiente el primer grupo de inquisidores llegó a Nueva España. El Inquisidor General fue don Pedro Moya de Contreras, la fiscalía se le encargó al licenciado Alonso de Cervantes y Pedro de los Ríos fue nombrado notario,¹⁰ quedando toda la maquinaria política del virreinato al servicio del Tribunal del Santo Oficio.

La principal preocupación del Tribunal fue la persecución de los herejes y por extensión de todos aquellos practicantes de la heterodoxia, término que en ese tiempo debió ser una especie de cajón de sastre en el que podían caber todas las cosas que a juicio del cuerpo inquisitorio se apartaran del dogma católico o se relacionaran, así fuera por error, con los movimientos difundidos en textos que, provenientes de Europa, Greenleaf califica de “sumamente sospechosos”. Quedaban atrás, al menos en términos formales, la Inquisición Monástica del periodo 1522—1533 y la Inquisición Episcopal, antecedentes directos del tribunal que se edificaría bajo las reglas de Felipe II, mas no por ello dejaría de operar, excepto durante la breve interrupción decretada por las Cortes de Cádiz.¹¹

⁸ Greenleaf, *op. cit.* nota 2, p. 19.

⁹ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

¹⁰ *Ibidem*, p. 169.

¹¹ Solange Alberro, *Inquisición y Sociedad en México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 21.

IV. De los Delitos de María de la Candelaria y las penas a ella impuestas

Los delitos por los cuales se juzgó a María de la Candelaria, según se desprende del Auto dictado en su contra por el Santo Oficio en 1768 fueron los de brujería y hechicería, lo que permite suponer que tendría, si tales cuestiones eran ciertas, la facultad de lanzar maleficios o de hacer que sobre determinadas personas cayeran ciertos males; brujería y hechicería bien pueden ser considerados género y el dictado de maleficios, especie.

Las penas, como del propio auto se desprende, no se limitaban a una sola dado el carácter múltiple de la conducta típica; en todo caso, bien puede decirse que las penas eran de tracto sucesivo toda vez que se cumplimentaban en el tiempo.

Llama la atención, siguiendo a Alberro, que los delitos imputados a María de la Candelaria eran, desde otra perspectiva, moneda de curso común en esos años. Destaca, eso sí, el ilícito de hechicería, mismo que pareciera haber tenido un florecimiento de mayor carácter en Nueva España hacia los siglos XVI y XVII, particularmente para la obtención del amor en damas esquivas o bien para atraer al amado renuente.

La brujería, por su parte, no tuvo un gran florecimiento, pero es probable que en términos generales las brujas o hechiceras hayan sido consideradas por igual para efectos de sanción por el tribunal, preocupado en velar por la aniquilación de prácticas contrarias a la ortodoxia de un catolicismo ya para entonces fuertemente arraigado en una Nueva España plagada de tensiones, “[...] teóricamente erizada de prohibiciones, restricciones y conveniencias”, las que conducen ---casi necesariamente--- a “[...] compensaciones provechosas y servicios mutuos y furtivos que tienden a establecer [...] un equilibrio más flexible entre los deseos y las necesidades”.¹²

Si bien para la segunda mitad del siglo XVII hay una oleada de procesos como el instaurado contra María de la Candelaria, no menos cierto es que los delitos de orden sexual o la blasfemia ocupan mayores espacios en los anales del Tribunal en términos globales.

Empero, esto no significa que brujería y hechicería no hayan sido prácticas o actividades comunes, particularmente la hechicería, entendida aquí como la intención manifiesta de “[...] modificar el mundo ambiental mediante el uso de herramientas concretas, palpables”¹³ aun cuando varias veces la hechicería haya perseguido fines terapéuticos; de detención de maleficios proferidos por otros o bien para la recuperación de objetos perdidos. Sin embargo, el Tribunal no compartía estas ideas y prácticas que en la Villa de Celaya encontraron conspicuos oficiantes de lo que bien podría llamarse *magia blanca* o hechicería positiva. Mas no todos los casos tuvieron ese talante.

De manera por demás exquisita, Solange Alberro describe los casos de prácticas de hechicería que tenían por fin retribuir a una despechada con la muerte de quien la desdeñaba o bien de cómo la envidia concita a quien la padece, al grado de causar la muerte al objeto de su molestia. Lo que en todo caso llama la atención es que este tipo de prácticas

¹² *Ibidem*, pp. 183-184.

¹³ *Ibidem*, p. 297.

hayan florecido en Celaya, una porción del Bajío mexicano tan celoso de sus prácticas religiosas pero, al mismo tiempo, vinculado a un culto tanático que en Guanajuato flota en el ambiente, en la permanente humedad de sus paredes, en sus arcos de medio punto y en la extraña oscuridad de sus noches y sus callejones como en el extraño olor que despiden sus minas. Sea como fuere, María de la Candelaria sería condenada por estas prácticas ---hayan tenido o no--- carácter terapéutico, positivo o *blanco*.

A María de la Candelaria, por los delitos cometidos contra la fe católica y la ortodoxia religiosa se le aplicaron las penas de destierro, una variante de la pena de cárcel, la pena de azotes, la de vergüenza pública y la de abjuración.

a). Destierro

El fin que perseguía la pena de destierro era alejar al pecado del lugar de comisión del delito, evitándose de este modo las eventuales “[...] facilidades que allí tendría para la reincidencia”.¹⁴ Al mismo tiempo, la pena buscaba convertirse en una medida que se tuviera por ejemplar. A María de la Candelaria se le condenó al destierro por diez años. Los seis primeros debió cursarlo en un manicomio para “[...] servir allí a las locas, recibir instrucción religiosa y cumplir diversas penitencias espirituales”.¹⁵

Denominado también *exilio*,¹⁶ el destierro fue un castigo común en el catálogo de penas del Santo Oficio. Se podía ser “[...] exiliado de la propia ciudad o pueblo [...] o incluso del país. Éste era un grave castigo que evidentemente podía causar la ruina [...]” al justiciable.

Junto al destierro, como en el caso que nos ocupa, existía una variante de pena de cárcel e incluso variante del propio destierro y era la reclusión en un sitio determinado para cumplir con algún servicio.

En el caso de María de la Candelaria, aparte del destierro que por diez años debía cumplir, la sexta parte del total debería pasarla en un manicomio atendiendo a las locas y recibiendo instrucción religiosa. Esta variante era frecuentemente aplicada a las mujeres y eran los Inquisidores quienes señalaban el lugar de la reclusión.

b). Azotes y vergüenza pública

Independiente a su carácter punitivo, los azotes han sido una forma recurrente de expiación de pecados y tentaciones. La flagelación -todavía práctica común en algunas comunidades religiosas- data del Código de Hammurabi y fue una práctica punitiva desarrollada por el Santo Oficio en sus resoluciones.

¹⁴ García—Molina Riquelme, *op. cit.*, nota 1, p. 345.

¹⁵ *Ibidem*, p. 657.

¹⁶ Turberville, *op. cit.*, nota 3, p. 63.

En la gran mayoría de éstas “[...] se imponían doscientos azotes. Ni la edad ni el sexo libraban de ellos”,¹⁷ aun cuando para el siglo XVIII su práctica, que no su dictado, decreció. En sede de punición, García Molina considera que se trata de un castigo menor que tiene más un carácter correctivo.

Empero, por cuanto hace a la pena como tal, puede afirmarse que ésta se encuentra íntimamente relacionada con la llamada vergüenza pública o humillación.¹⁸ Se aplicaba en las calles mas concurridas del pueblo a fin de alcanzar un doble objetivo: sancionar a quien sin ser hereje merece un castigo ejemplar y, concomitantemente, mostrar como serán tratados quienes violenten el sentido de los dogmas o practiquen alguna herejía, aun cuando ésta no lo sea en sentido estricto.

c). Abjuración

Se trata de un tipo de pena que no podía ser evitado por el hereje, ni por el formal ni por el sospechoso de ser, asemejándose así a las llamadas penas ordinarias. La abjuración estaba estrechamente vinculada con la herejía.

La condena de abjuración en contra de María de la Candelaria tiene sentido si se recuerdan las acusaciones que contra ella pesaban: bruja, maléfica y hechicera, lo que evidentemente la vuelve sospechosa de herejía, en tanto que sus jueces la condenan a *abjurar de levi* “(...)la sospecha que contra ella resulta”.¹⁹

Como puede apreciarse de esta sucinta exposición, las pena aplicadas a una bruja, maléfica y hechicera no distaban mucho de las que en lo general podían aplicarse a los herejes o a aquellos que por diversas causas violentaban las disposiciones religioso—penales características del orden jurídico vigente durante el virreinato de Nueva España. Sin embargo, el sigiloso sistema inquisitorial podía servir para incriminar a cualquier persona sin importar posición o prebendas.

A la luz de tan amplias facultades es obvio que se hayan podido cometer excesos. Ninguno de los autores consultados para este trabajo parece afirmar lo contrario. Empero, si algo queda claro es la necesidad de arrojar mas luz sobre nuestra historia jurídica, no con mero afán erudito, simplemente para mejor comprender y explicar el presente, que al fin y al cabo, la historia es, como se sabe, maestra de la vida.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ García—Molina Riquelme, *op. cit.*, nota 1, p. 436.

¹⁹ *Ibidem*, p. 657.

Bibliografía

- ALBERRRO, Solange, *Inquisición y Sociedad en México 1571—1700*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, 622 pp.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, México, UNAM, 1994, 465 pp.
- GARCÍA—MOLINA RIQUELME, Antonio M, *El régimen de penas y penitencias del Tribunal de la Inquisición en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1999, 679 pp.
- GREENLEAF, Richard E., *La Inquisición en la Nueva España siglo XVI*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, 246 pp.
- TURBERVILLE, Arthur S., *La Inquisición Española*, México, Fondo de Cultura Económica (Colección Breviarios), 1994, 153 pp.

Artículos

La seguridad pública, los derechos humanos y su protección en el ámbito internacional

Marta Silvia Moreno Luce*

RESUMEN

Las violaciones más frecuentes a los derechos humanos las realizan las autoridades encargadas de salvaguardar la Seguridad Pública, cada Estado implementa sus sistemas de protección. En este artículo consideramos importante difundir los principales Documentos y Organismos Internacionales que tienen como prioridad la protección de los ciudadanos, en cuyos países no es suficientemente salvaguardada la Seguridad Pública.

Palabras claves: seguridad pública, derechos humanos.

ABSTRACT

The most frequent violations of human rights are done by the authorities in charge of Public Security, each State implements its protection systems. In this article, it is considered important to spread the main international documents and organizations whose priority is the protection of citizens living in countries where Public Security is not totally kept.

Key words: public security, human rights.

SUMARIO: 1. La Seguridad Pública y los Derechos Humanos. 2. Concepto de Derechos Humanos. 3. Concepto de Seguridad Pública. 4. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 5. Sistemas Internacionales de protección de los Derechos Humanos

1. La Seguridad Pública y los Derechos Humanos

La Seguridad Pública y los Derechos Humanos guardan una estrecha relación. En la medida en que haya una verdadera seguridad para todos los habitantes de un país, las violaciones a sus derechos serán menos frecuentes, en cambio, cuando la seguridad es deficiente, el número de violaciones aumenta en forma considerable, a consecuencia de que las violaciones más frecuentes a los derechos humanos las realizan en gran parte, las autoridades encargadas de proporcionarnos la Seguridad Pública,

Para hablar del tema de los Derechos Humanos y su relación con la Seguridad Pública, es indispensable comenzar por buscar un concepto claro de los dos. Los Derechos Humanos, a pesar de ser un tema al que todo el mundo se refiere, no hay un consenso

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

unánime en cuanto a su concepto, por otra parte, la mayoría de la población desconoce sus propios derechos por la falta de su difusión, por lo que es necesario insistir en su divulgación para darlos a conocer, sobre todo a los grupos más vulnerables, así como a las autoridades violadoras, encargadas de la Seguridad Pública, hasta que nos convirtamos en un país con una verdadera cultura al respecto.

2. Concepto de Derechos Humanos

Este preámbulo nos sirve para delimitar el concepto de Derechos Humanos. Debemos partir del hecho de que las normas jurídicas cuentan con la característica de la bilateralidad, es decir, un sujeto es el titular de los derechos humanos y otro sujeto es el que tiene la obligación de cumplirlos, en este caso los derechos los tenemos todos los seres humanos y la obligación de cumplirlos la tienen todas las autoridades administrativas.

Existen muchas definiciones de corte descriptivo que pretenden darnos un concepto mas o menos claro, solo mencionaremos tres: “Los Derechos Humanos son el conjunto de facultades, prerrogativas y libertades que corresponden al ser humano en lo individual como en lo colectivo, para asegurar sus valores innatos de dignidad, de vida, de libertad, de igualdad, de seguridad, de propiedad y de cualquier otro factor indispensable para su desarrollo, que corresponden dentro de los contextos, civil, político, económico, social y cultural y que todo Estado y la Comunidad Internacional deben reconocer, respetar y preservar”.¹ Esta definición es muy extensa porque pretende tocar todos los puntos que el concepto moderno de los derechos humanos abarca; no se refiere únicamente a los primeros derechos considerados como estrictamente individuales, menciona los actuales derechos de orden colectivo.

Es importante destacar su referencia a la finalidad que se persigue, asegurar no solo los valores de la dignidad, libertad e igualdad de la declaración francesa, destaca la importancia de la seguridad como factor indispensable para el desarrollo del ser humano, además abarca todos los aspectos de la vida en los que se encuentra inmerso el hombre en sus relaciones sociales y con el Estado, lo civil, político, económico, social y cultural, por último, en el concepto actual de la protección a los derechos, no solo corresponde al Estado sino en la misma medida a la Comunidad Internacional, estableciendo claramente el deber que tienen ambos de reconocerlos, respetarlos y preservarlos.

La segunda definición de corte mas estrictamente jurídico afirma: “Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En su aspecto positivo, son los que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los Pactos, los Convenios y los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por México”² Esta definición enfatiza, por una parte, el fundamento iusnaturalista de los derechos al considerarlos como inherentes a la naturaleza humana, pero al mismo tiempo en una posición positivista, los limita a los reconocidos por la Constitución y los documentos internacionales suscritos y ratificados por México.

¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, en <http://www.un.org>

² Ley de la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Veracruz.

La tercera dice “Son exigencias sustentadas en valores o principios que se han traducido históricamente en normas de derecho nacional e internacional en cuanto parámetros de Justicia y Legitimidad Política”³ En esta última se destaca mas el aspecto del fundamento historicista, haciendo énfasis en que se trata de exigencias del hombre, nacen cuando éste se enfrenta a la autoridad para exigirle su reconocimiento, por lo que van surgiendo a través del tiempo, en un momento determinado, es decir, históricamente para plasmarse en normas nacionales e internacionales.

En conclusión, los Derechos Humanos pertenecen al hombre, de acuerdo a su propia naturaleza humana, el hombre es el sujeto activo en una relación jurídica en la que el sujeto pasivo u obligado es siempre el Estado, su protección corresponde tanto a los Estados en el ámbito interno, como a la Comunidad Internacional, por lo que en el mundo contemporáneo existen diferentes sistemas de protección, tanto a nivel mundial, regional e interno.

Antes de la Declaración Universal de 1948, la protección de los derechos fundamentales del individuo, quedaba al arbitrio de la voluntad de quien ejercía el poder, mas tarde, a principios del siglo XIII, empezó a dibujarse cierta forma de amparo legal, posteriormente en el siglo XVIII se crearon algunas normas protectoras de los derechos humanos de índole interna, pero con la modalidad de que adquirieron rango constitucional. Es importante señalar que en este mismo siglo aparecieron las primeras manifestaciones de una preocupación por proporcionarles una protección internacional.

Constituido el Derecho Internacional clásico de los siglos XVIII y XIX comenzó a surgir la idea de la creación de un organismo internacional, llamado Instituto para la Protección Diplomática, mediante el cual el Estado protegía ciertos derechos fundamentales de sus nacionales radicados en el extranjero. “Aunque la evolución posterior del instituto desvirtuó esta finalidad al enmascarar la intervención de las Potencias gravitantes en los asuntos internos de las menores, es indudable que la protección diplomática fue el primer paso en el marco del Derecho Internacional Público dado para que el propio Estado protegiese los derechos fundamentales de sus nacionales radicados en el extranjero, es decir, frente a otros Estados”⁴

El Derecho Internacional postclásico, de mediados del siglo XIX y la primera parte del XX, se encamina hacia la creación de mecanismos a través de lo que se comenzó a denominar “la Comunidad Internacional” que tenía como meta principal la protección de algunos derechos fundamentales, surgiendo los primeros Tratados Multilaterales .

³ Fermín González Capanera, *Los derechos humanos en el siglo XXI*, Barcelona, Ariel, 2004, p.98.

⁴ Heber Arbué Vignali, “Naturaleza jurídica y eficacia de las resoluciones de la Asamblea de la O.N.U.” *Cursillo sobre derechos humanos y sus garantías*, Montevideo, Ed. Facultad de Derecho 1999, p 34.

3. Concepto de Seguridad Pública

El concepto de la seguridad pública está íntimamente relacionado con el de Derechos Humanos, el Doctor Sergio García Ramírez afirma que “En la fundación del Estado de derecho, oriundo de las libertades fundamentales proclamadas al final del siglo XVIII en las revoluciones estadounidense y francesa, y en seguida en los movimientos insurgentes de Europa y América, la seguridad fue recogida como derecho natural e inalienable de los seres humanos”⁵ Aunque en principio el derecho a la seguridad era de carácter individualista, no obstante, la Declaración francesa, al reconocer el derecho a la seguridad definió como obligación fundamental del Estado la preservación de los derechos del hombre. Convirtiéndose poco a poco a través del tiempo, en una función específica

La seguridad pública ejerce la función de la tutela del orden y la paz pública, realiza el objetivo principal de los Estados modernos, la conservación del Estado de Derecho. La función de la seguridad pública, tiene un alto grado de dificultad, para quienes la ejercen porque su finalidad principal es mantener la paz y el orden, pero sin afectar los derechos y las libertades de los individuos.

El reto principal de las instituciones encargadas de la seguridad pública, es lograr un equilibrio entre la coercibilidad de las normas jurídicas sin faltar al respeto de los derechos y valores fundamentales.

Es importante manejar un concepto claro de lo que es la seguridad pública, como el que establece el artículo 3º de la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de noviembre de 1995 reformada por un decreto publicado en el mismo órgano de difusión en noviembre 30 del 2000. “Este ordenamiento que conceptualiza a la seguridad pública como la función a cargo del Estado que tiene como fines salvaguardar a la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos.”⁶

La seguridad pública tiene como fines prioritarios: Mantener el orden público, proteger la integridad física de las personas y sus bienes, prevenir la comisión de delitos e infracciones a los Reglamentos gubernativos y de policía, colaborar en la investigación y persecución de los delitos y auxiliar a la población en caso de siniestro y desastres, es muy amplia la gama de actividades que realiza y todas son fundamentales para la estabilidad de un país, cualquiera que falle, propicia la inseguridad de la población con las consecuencias negativas que hemos venido padeciendo en los últimos tiempos.

La inseguridad se combate cuando se realizan correctamente los fines del Estado en sus funciones de seguridad pública.

⁵ Sergio García Ramírez “En torno a la seguridad pública” en *Los desafíos de la Seguridad Pública en México*, México, UI, UNAM, PGR, 2000, p.83.

⁶ José Antonio González Fernández, “La seguridad pública en México” *Los desafíos de la Seguridad Pública en México*, Universidad Iberoamericana UNAM y PGR, México, 2000, p.130.

Esta importante función protege tres de los principales valores requeridos por la sociedad para vivir en un clima de tranquilidad y seguridad para lograr su desarrollo como seres humanos. La seguridad pública implica el cumplimiento de los derechos humanos por parte de las autoridades estatales y su debida protección. Dichos valores son: la vida y la integridad de las personas; los derechos y las libertades y el orden y la paz públicos.

La vida y la integridad de las personas se protegen realizando una función de carácter preventivo, evitando las detenciones arbitrarias, la tortura y los tratos o sanciones crueles, inhumanos o degradantes como la mutilación, la infamia, marcas, azotes, palos, tormento y cualquier otra pena inusitada y trascendental.

Los derechos y las libertades de las persona consisten en la protección de los individuos frente al Estado, preservando y tutelando sus libertades y los derechos humanos. En nuestro país la población tiene protegidos estos derechos y libertades contra cualquier acto de autoridad, ya se trate de simples actos de molestia, en el artículo 16 constitucional; privación de la libertad por parte de los cuerpos policiales en sus labores de investigación o prevención, de los Agentes del Ministerio Público o del personal de la Procuraduría, así como de los Magistrados, Jueces y demás integrantes del Poder Judicial, en el artículo 14 del mismo ordenamiento. Otro punto muy importante es vigilar la actuación de los custodios en el ámbito administrativo, quienes deben tener una preparación adecuada tanto en lo que se refiere a su función propia como en el conocimiento de los derechos humanos.

Es común en afirmar que las principales violaciones a los derechos humanos, las realizan precisamente las personas encargadas de la seguridad pública, en especial la policía en todas sus modalidades y en la mayoría de los países. También es frecuente, dependiendo de cada Estado, la violación a los derechos sociales en general, a los ecológicos, a la autodeterminación de los pueblos, así como a los de las personas con capacidades diferentes, los de los adultos en plenitud, de los niños, de las mujeres, de los migrantes, Aunque la sociedad está mas habituada a conocer a través de los medios de comunicación de las violaciones que se cometen en la averiguación previa, por ejemplo, la tortura y las detenciones arbitrarias, quedando la mayoría de esas violaciones que atentan contra la seguridad pública, impunes, a causa de las fallas propias de cada sistema interno de protección, por lo que consideramos importante, difundir la protección que ofrece el Derecho Internacional a las personas afectadas en sus derechos, que no son resarcidas en su propio país, para que acudan a los organismos internacionales correspondientes.

4. Documentos Internacionales de protección de los Humanos

El Derecho Internacional contemporáneo, cuyas características definidas se configuran a mediados del siglo XX aportará el documento más revolucionario e importante para la protección internacional de los Derechos Humanos: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, mediante este documento, el Derecho Internacional intenta y logra el establecimiento de ámbitos internacionales y regionales, para proteger a los individuos de las violaciones a sus derechos cometidas por las autoridades de los propios Estados. Su importancia determinó un cambio radical en la propia esencia del Derecho Internacional, así el Maestro Arbueth Vignali, sostiene la necesidad de “regular las relaciones entre entes soberanos, sin que estos pierdan la calidad de tales, podemos comprender el significado que

poseen dentro de tal sistema normas internacionales que permita el juzgamiento internacional de la conducta de estos estados soberanos con respecto a sus propios súbditos”⁷

Surgió en el siglo pasado, un sistema unitario y congruente de protección a los derechos humanos cuyo antecedente fue la Sociedad de las Naciones de la que nació la Organización de las Naciones Unidas, cuyo primeros bosquejos se referían mas que a la globalización de la protección de los derechos, a la protección de las minorías, sin embargo esa idea no fructificó y la Asamblea donde se discutió y aprobó la Carta de la O:N:U: en San Francisco, procuró en opinión de todos incluir una amplia reglamentación general para la protección de los Derechos Humanos, que resultaron el antecedente de la Declaración, así, por ejemplo, el artículo primero, inciso tercero establece como propósito de la Organización “Realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distingos por motivos de raza, sexo, idioma o religión.”⁸

En el mismo sentido, el artículo 55 en el capítulo relativo a la cooperación internacional económica y social, dispone: “La organización promoverá:...c) El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos y libertades.”⁹

Aún cuando no se trataba de normas jurídicas en un sentido estricto, dieron origen a normas consuetudinarias en las que se reconoció la lista de derechos que deben protegerse de acuerdo al citado artículo 55 de la carta de la O.N.U.

Una consecuencia importante de la Declaración fue la dificultad que tuvieron los Estados para reconocer esos derechos en su ámbito interno, por otra parte se propició el surgimiento de negociaciones, pactos, tratados internacionales y multilaterales, que regulan en forma obligatoria por lo menos, algunos de los temas de la Declaración. Es importante recalcar que gracias a esto continuó el proceso ascendente para la defensa de los derechos humanos con la creación de los Pactos que tuvieron como finalidad complementar y hacer más efectiva la defensa de los particulares en contra de las violaciones a sus derechos por parte de los Estados. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, fue el primero, se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966, entró en vigor diez años después en el mes de marzo. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue aprobado en la misma fecha, entrando en vigor en enero de 1976.

Posteriormente consideraron hacer notar la importancia de los objetivos particulares y específicos, para los cual se realizaron una serie de Convenciones como la de la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, aprobada en Nueva York el 7 de marzo de 1966, entrando en vigor en 1979. De singular importancia es la Convención para la Eliminación y Represión del crimen del Apartheid, aprobada también por la Asamblea en 1973, en vigor desde 1976, así como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación respecto a la mujer, aprobada en diciembre de 1971, en vigor

⁷ *Ibidem*, p. 35.

⁸ Carta de la Organización de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, publicado por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Nueva York, 1998.

⁹ *Idem*.

desde 1981 y finalmente la Convención contra la Tortura y otras penas o Tratamientos crueles, Inhumanos y Denigrantes, aprobada por la Asamblea General en diciembre de 1984.

Este es un breve panorama de la historia de la creación de los principales Documentos Internacionales protectores de los derechos humanos que contribuyen en el ámbito internacional a proteger la seguridad pública en los estados en los que no funcionan debidamente sus mecanismos internos de protección.

La Declaración Universal de 1948, está precedida de un Preámbulo donde se establece el ideal común que la misma inspire a los pueblos y naciones a promover mediante la enseñanza y educación, el respeto de los derechos humanos y las libertades y adaptar las medidas nacionales e internacionales que aseguren su efectividad.

Como fundamentos de la motivación se apela a valores y principios morales tales como la libertad, la justicia y la igualdad, partiendo de un factor utópico, el logro de un mundo mas justo, se establece una valoración positiva del Estado de derecho, se confía en que se adopten medidas de bienestar económico y social y se propicia su efectividad, se considera esencial que los derechos humanos sen protegidos por un régimen de derecho a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la represión.

El contenido general se compone a su vez, en primer lugar, de una serie de enunciados valorativos, que hacen las veces de verdaderos axiomas, entre los cuales podemos citar como ejemplo: que todos los seres humanos nacen libres; e iguales en dignidad y derechos; el reconocimiento de que todo ser humano está dotado de razón y de conciencia moral; que los seres humanos deben tratarse fraternalmente; destacándose entre los principios, el de la no discriminación, para lo cual se dispone que ninguna distinción puede afectar ni el disfrute ni el goce tanto de los derechos como de las libertades que han sido consagradas en la Declaración

Otro aspecto digno de destacarse en el contenido de la Declaración Universal, es el de las relaciones entre el individuo y la colectividad, para lo cual dispone que el desarrollo de la personalidad, solo puede darse en un marco comunitario; y aunque establece que toda persona tiene deberes para con la comunidad, no se condiciona el goce de los derechos al cumplimiento de los deberes. No obstante, existe una limitación al ejercicio de los derechos, a condición de que se cumplan determinados requisitos: “ que sea de origen legal y que tenga por finalidad garantizar derechos y libertades de terceros o a satisfacer exigencias morales de orden público o bienestar general; con lo cual queda establecido que en una sociedad democrática, no existen derechos y libertades absolutos.”¹⁰ En resumen, el ejercicio de los derechos y de las libertades no puede, de ninguna manera, contradecir ni los propósitos y principios de las Naciones Unidas ni suprimir o intentar disminuir los derechos y libertades que están reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

En segundo lugar los Pactos Internacionales establecen derechos Civiles y Políticos, Sociales Económicos y Culturales; cuenta cada uno con un protocolo facultativo. En la elaboración y aprobación de ambos pactos, se realizó un procedimiento muy extenso y

¹⁰ Fernando Urioste, *Humanización del Derecho Internacional*. Editorial Universitaria, México, 1990.

complicado que partió de la base de un proyecto elaborado por el llamado “Comité de Redacción” perteneciente a la Comisión de Derechos Humanos, se aprobaron unánimemente en la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966.¹¹

El contenido de ambos preámbulos, se refiere al reconocimiento de la dignidad de la persona humana; destacándose la idea de que el goce de los derechos es una condición ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, es importante resaltar que los deberes con la comunidad y con los demás individuos consisten en esforzarse por la observancia de los Derechos reconocidos por los Pactos.

Los principales Documentos Internacionales requirieron de precisiones en algunos de los temas más delicados para lo cual se convocó a la Conferencia extraordinaria que se llevó a cabo en Teherán (Irán) en 1968, al conmemorarse los 20 años de la Declaración Universal. Esta declaración es importante, por cuanto subraya que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, contiene una concepción común a todos los pueblos y es obligatoria para la comunidad internacional. Insiste además, en la individualidad de los derechos humanos, señalando que es imposible la efectivización de los derechos civiles y políticos, sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

La proclamación de Teherán enfatiza además, respecto de los problemas actuales de la aplicación de los derechos establecidos en los distintos instrumentos internacionales, señalando cuales son los problemas y dificultades mas graves, para lograr su efectivización; tales como: la ausencia de leyes adecuadas que garanticen a todos el goce de la libertad y la dignidad; la existencia de discriminación racial y del apartheid; la subsistencia de enclaves coloniales; la discriminación sexual; el analfabetismo; la conflictividad universal; la carrera armamentista; la disparidad entre países desarrollados y países en desarrollo, y la utilización inmoral de los descubrimientos científicos y los adelantos tecnológicos.

Cual es la repercusión en el derecho interno de todos los países signatarios de la declaración:

El resultado ha consistido en la elaboración de un *nuevo fundamento y un nuevo objeto para el Derecho Internacional* que adquiere así rasgos diferentes al clásico derecho. El derecho Internacional deja de ser un orden jurídico que se ocupa únicamente de los Estados, ahora amplía sus objetivos y comienza a regular los derechos de los individuos y de los grupos, a establecer obligaciones a cargo de los Estados, respecto a sus habitantes y frente a las organizaciones internacionales, a las cuales deberán, todos los Estados, rendir cuenta acerca del cumplimiento de aquella obligación, entre los cuales tiene prioridad la seguridad pública.¹²

5.-Sistemas Internacionales de protección de los Derechos Humanos

En la búsqueda incansable de fórmulas para salvaguardar los Derechos, se crearon los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, de los cuales, nos ocuparemos únicamente de los Regionales.

¹¹ Jesús Rodríguez y Rodríguez, *Estudios sobre Derechos Humanos, Aspectos Nacionales e Internacionales*, Colección Manuales, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992.

¹² Jaime Sapolski, *Sobre el concepto de igualdad jurídica*, Ed. Universitaria, Madrid, 1993.

Los Sistemas Europeo, Africano, la Comisión Australiana el Sistema Asiático y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Antes de comenzar a referirnos al Sistema Interamericano que nos corresponde geográficamente, vamos a mencionar algunos de los menos conocidos, por lo que consideramos interesante su difusión.

El Sistema Africano de Protección de los Derechos Humanos, surge de la Carta Africana de Derechos Humanos, conocida como la Carta de Banjul. Este sistema, cuenta con una Comisión africana de Derechos Humanos y de los pueblos, que hace las veces de Comisión y de Corte. Está integrada por once miembros electos por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno, es un órgano de la O.U.A (Organización de la Unidad Africana)

Las funciones de la Comisión son; promover los Derechos Humanos y de los pueblos y garantizar su protección. El procedimiento consiste en que la Comisión puede utilizar cualquier método de investigación, acudir al Secretario General de la O.U.A. o a cualquier persona que pueda contribuir a esclarecer los hechos o tratándose de violaciones masivas puede realizar ella misma una investigación exhaustiva. Las quejas reciben el nombre de Comunicaciones y pueden ser de dos tipos: Comunicaciones individuales y/o de organizaciones.

En los casos en que un Estado considera que otro ha cometido una violación a los principios de la Carta Africana, tiene la facultad de dirigir la comunicación (queja) directamente al Estado que acusa, así como también al Secretario General de la O.U.A. y al Presidente de la Comisión.

Un Estado puede someter directamente el caso a la Comisión, dirigiéndola al Presidente de la Comisión, Secretario General de la O.U.A. y al Estado acusado. El único requisito para que la Comisión acepte una Comunicación entre Estados, es que hayan agotado previamente los recursos internos.

La Comisión tiene la facultad de pedir a los Estados toda la información necesaria y éstos a su vez pueden presentar ante ella argumentos ya sea oralmente o por escrito a través de representaciones. La Comisión redacta un informe, da conclusiones y formula recomendaciones.

Comisión Australiana de Derechos Humanos, llamada también Comisión de Derechos Humanos e igualdad de posibilidades, fue creada en 1986. Su representante es el Comisionado Federal de Derechos Humanos, quien tiene a su cargo: El Comité para la esfera privada; el Comité para la Discriminación racial y el Comité para la discriminación basada en el sexo.

La jurisdicción de la Comisión Australiana es interesante porque difiere un poco de las demás, comprende los derechos civiles y políticos, los derechos de los enfermos mentales, de los niños, los ancianos, los discapacitados, contra la discriminación por edad, nacionalidad, sexo o tendencias sexuales, antecedentes médicos o penales, religión, ideas políticas, estado social o actividad sindical. Se aplica preferentemente la Declaración de los derechos del niño, la declaración sobre toda forma de discriminación a la mujer, el Convenio sobre sindicalización y libertad sindical, la Convención sobre la discriminación, empleo y ocupación, la Declaración de las personas mentales retardadas y la Convención sobre todas las formas de discriminación.

El mas reciente es el Sistema Asiático de protección de los Derechos Humanos, data del año de 1992, ha sido el de mayores complicaciones para su establecimiento. Desde hace años, en 1945 se realizaron dos Tratados, el del Cairo y el Pacto de la Liga Árabe. Posteriormente se creó la Constitución Árabe permanente para los derechos del hombre, pero tiene validez solo para los países árabes. Posteriormente en la Declaración de Bangkok en 1965 se creó la Convención Asiática de Derechos Humanos, finalmente en 1993 surgió un sistema similar a los del resto del mundo al crearse la Comisión Asiática de Protección de los Derechos Humanos.

Sistema Americano Está integrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tiene su sede en la ciudad de Washington, E.U. Consta de 7 miembros y su actividad consiste en atender a las consultas que le formulen los Estados miembros, emite recomendaciones a los gobiernos, tiene la obligación de rendir un informe anual ante la O E A. Las competencias y actividades de la Comisión, son variadas, resuelve casos individuales, realiza las visitas in loco, informes generales o especiales y relatorías temáticas.

El sistema de casos individuales, consiste en el derecho de petición o acción popular propia del sistema interamericano, para acudir ante la comisión para denunciar las violaciones a los Derechos Humanos de las personas naturales, causadas por la acción, la omisión o la tolerancia de entes de cualquiera de los Estados Americanos. La Comisión declara su inadmisibilidad que incluye el agotamiento de los recursos internos y se pone a disposición de las partes para lograr una solución amistosa, en caso de que no sea posible, se sigue una tramitación contenciosa a través de pruebas e informes de fondo. En caso de verificarse las violaciones, emite una Recomendación restablecedora o indemnizadora .El sistema de casos incluye la posibilidad de que si lo considera necesario lleve el caso a la Corte.

Algunas de las funciones mas importantes de la Comisión son: Las visitas in loco que se realizan a los distintos países, con el fin de evaluar y observar la situación de los derechos humanos en el lugar. La Comisión desde su fundación ha tenido interés en ver de cerca la situación del respeto o las violaciones a los mismos.

Los informes generales o especiales, están vinculados con las visitas in loco, elabora informes generales o especiales sobre la situación de los derechos humanos en los distintos países que visita.

Por último, las Relatorías Temáticas tienen como finalidad promover la observación y defensa de: Los derechos de los pueblos indígenas, las condiciones de detención carcelaria, los derechos de la mujer, los derechos del niño, la situación de los desplazados internos y la libertad de expresión

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una Institución Judicial Autónoma del Sistema Interamericano cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Tribunal se estableció en 22 de mayo de 1979. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio del mismo año. La ceremonia de instalación de la Corte en San José de Costa Rica fue el 3 de septiembre de 1979. El 10 de septiembre de 1981 el gobierno de Costa Rica y la Corte firmaron un convenio de sede.

Para que la Corte pueda conocer una demanda en contra de un Estado, por violación a uno o más derechos establecidos en la Convención, es necesario que dicho Estado haya reconocido de modo expreso la competencia del tribunal interamericano como obligatoria de pleno derecho. Los casos de violación son presentados ante la Corte a través de la Comisión, la víctima o sus familiares o los representantes (los peticionarios) quienes denuncian ante la Comisión el agravio de que han sido objeto por parte de un Estado, de ser aceptada la denuncia se da inicio al procedimiento y de no encontrarse una solución satisfactoria la Comisión puede someter el caso a la Corte. Los peticionarios no tienen acceso directo a la Corte, necesariamente deben acudir a la Comisión Interamericana. Una vez presentado el caso contencioso a la Corte, la Comisión debe comparecer y ser tenida como parte, aunque existe la tendencia a aceptar a las personas el acceso directo a la Corte.

En relación a la competencia de la Corte, los Estados la aceptan expresamente y se comprometen a acatar sus decisiones en todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención. La interpretación de algún artículo de la Convención, de la Declaración Americana o de la Carta de la O.E.A, la compatibilidad de éstas con la legislación interna de un Estado, o sobre otros Tratados que se apliquen en América.

La aceptación de la Competencia de la corte puede ser de cuatro clases: Incondicional, Bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado y para casos específicos.

La Corte, realiza tres funciones diferentes: Función Consultiva, Función Jurisdiccional y la Función de celebración de Acuerdos de cooperación.

El procedimiento consiste en la presentación de la demanda con un breve relato de los hechos enunciando las pruebas que pueden presentarse, los derechos que se consideren violados y las conclusiones pertinentes. La Demanda debe ser notificada al Estado demandado y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Se le conceden 30 días para interponer excepciones. El procedimiento consta de dos partes: Etapa escrita y Parte oral

En la función contenciosa, cuando se trate de un caso en que se alegue que uno de los Estados parte ha violado la Convención. La Corte tiene autoridad para disponer que se garantice al lesionado el goce del derecho conculcado y se realice el pago de una justa indemnización.

El panorama actual en relación a los principales Documentos y Organismos Internacionales en materia de defensa de los derechos humanos, parece ser un camino interminable, la humanidad sigue preocupada por el hecho de que a pesar de todos los esfuerzos realizados durante el siglo XX, en el que realmente se ha avanzado en cuanto a la cantidad de Tratados y Pactos aceptados por la mayoría de los países, así como por el establecimiento de Organismos a nivel interno e internacional que cada vez se van perfeccionando con mayor precisión jurídica, las violaciones a los derechos no han disminuido como se esperaba, en el siglo XXI.

Desde el viejo Ombudsman sueco del siglo XIX, su rescate en el siglo pasado en todo el mundo, con la creación de defensores del pueblo, Comisiones de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia, las Cortes Regionales como la de San José de Costa Rica, hasta el intento de crear la Corte Penal Internacional que se haya en proceso de

consolidación, el hombre no ha perdido la esperanza, prosigue en un esfuerzo continuo hacia la consolidación del ideal de la Declaración Universal.

Tenemos como ejemplo el último intento de la Cumbre de Sudáfrica que acaba de llegar al acuerdo de declarar a la esclavitud como un Crimen contra la humanidad, lo que viene a ampliar el catálogo de estos delitos cuya competencia corresponderá a la Corte Penal Internacional.

Lo importante en materia de protección y defensa de los derechos humanos es proseguir de manera incansable en la búsqueda de nuevas fórmulas y soluciones al problema de siempre de las violaciones a los derechos humanos, los atentados contra las libertades y el olvido de la igualdad de todos los seres humanos, que atentan directamente contra la Seguridad Pública.

Concluimos convencidos de que de los temas sobre derechos humanos que requieren de más estudios concretos, es el de las violaciones que se cometen en la función de la Seguridad Pública, por lo que, este artículo es apenas un intento de difusión de un hecho para cuya solución es indispensable la realización de investigaciones serias y profundas al respecto.

Bibliografía:

ARBUNET VIGNALI, Heber, “Naturaleza Jurídica y eficacia de las resoluciones de la Asamblea de la ONU”, en *Cursillo sobre Derechos Humanos y sus garantías*, Montevideo, Facultad de Derecho, 1999.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “En torno a la seguridad pública” en *Los desafíos de la Seguridad Pública en México*, México, Universidad Iberoamericana, UNAM, PGR, 2000.

GONZÁLEZ CAPANERA, Fermín, *Los derechos humanos en el siglo XXI*, Barcelona, Ariel, 2004.

GONZALEZ FERNÁNDEZ, José Antonio, “La seguridad pública en México” en *Los desafíos de la Seguridad Pública en México*, Universidad Iberoamericana, UNAM; PGR, 2000.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, *Estudios sobre Derechos Humanos. Aspectos Nacionales e Internacionales*, Colección Manuales, CNDH, 1992.

URIESTE, Fernando, *Humanización del Derecho Internacional*, México, Editorial Universitaria, 1990.

SAPOLINSKI, Jaime, *Sobre el concepto de igualdad jurídica*, Madrid, Ariel, 1993.

Legislación:

Carta de la Organización de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, publicado por el Departamento de Información Pública de la ONU, Nueva York, 1998.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, en <http://www.un.org>.

Ley de la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Veracruz.

El Ombudsman Electoral

Héctor Carreón Rojano*

RESUMEN

Existe un aspecto dentro de nuestro sistema político mexicano donde de acuerdo con la realidad imperante en México, es necesario profundizar para hacer más efectiva la justicia que se imparte y procura a favor de los votantes, me refiero al establecimiento del Ombudsman en materia electoral, tan necesario para proteger los derechos de los ciudadanos.

Palabras claves: ombudsman electoral, justicia electoral, sistema político mexicano.

ABSTRACT

Within the Mexican political system there exists an aspect that, in accordance with the prevailing reality in Mexico, it is necessary to study in depth in order to make justice handed out to and obtained by the voters more effective, the author proposes to establish the electoral Ombudsman, necessary for the protection of the citizens political rights.

Key words: electoral obsdusman, electoral justice, mexican political system.

SUMARIO: 1.-Planteamiento del Problema. 2.- La Justicia. 3.- La Justicia Electoral en México. 3.1.- Breves antecedentes históricos. 4.- El Ombudsman Institucional en México. 5.- El Ombudsman Electoral. 6.- Conclusión. Bibliografía.

1.- Planteamiento del problema

Uno de los aspectos primordiales que ha tenido la sociedad en cualquier tiempo de su historia, han sido los esfuerzos por alcanzar el perfeccionamiento de los sistemas judiciales para que respondan a las necesidades reales que viven. Esta lucha ha sido una constante más ardua que sencilla por mejorar los sistemas de justicia, dado que el problema de la inseguridad jurídica afecta sobremanera la red de relaciones que se dan en el seno de la ciudadanía.

De esta suerte, sabemos que la justicia ha sido y seguirá siendo el campo de batalla donde necesariamente se tiene que luchar contra los opositores de su modernización o actualización, para alcanzar una justicia funcional, eficiente y oportuna y venza a los escépticos del progreso, a los violadores de la ley o luchadores de la injusticia. Para darnos

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, con estudios de Licenciatura, Especialidad, Maestría y Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México, así como Doctorando en Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid.

una idea de lo contradictorio que resulta ser nuestra Institución en estudio, el libro mas antiguo sobre “La República” o de “Lo Justo” del filósofo griego Platón¹, hace referencia a la justicia a la que considera un concepto muy controvertido entre los ciudadanos e intelectuales de la *polis*, su esencia radica en ser considerada por varios autores, como una finalidad rectora de las relaciones de los hombres, ya sea por sus intereses, exigencias y deberes, ah pero eso sí, buscando siempre encontrar un equilibrio entre sus contradicciones.

Dentro de la gran gama o clases de la justicia, en el presente estudio haremos una reflexión sobre la gestación y desarrollo de la justicia electoral, particularmente veremos el avance vertiginoso que ha tenido en las dos últimas décadas dentro del sistema judicial mexicano. Sin embargo, no obstante estos logros no por ello, se deben dejar sonar las trompetas del triunfo y decir, que ya no existe mayor ruido, sobre todo cuando se trata del provocado por problemas post electorales, o bien, por aquellas variantes que llaman sobremanera la atención de la ciudadanía, porque aún suceden cosas que verdaderamente se encuentran alejadas de toda justicia electoral, según veremos en párrafos mas adelante.

Sobre este último particular, no deja de asombrar a la comunidad ciudadana, las graves consecuencias que puede traer el hecho de que un partido político reciba ingresos del extranjero para una campaña, como fue el caso de los AMIGOS DE FOX, así como el desvío de recursos sindicales hacia un candidato en la carrera a la Presidencia, como se ventilaba en el no menos escandaloso asunto del PEMEXGATE; o bien, el posicionamiento político con gran ventaja que desea obtener la primera dama de la nación al querer ocupar la primera magistratura, cuando lo más importante son otro tipo de actividades propias de su papel, así como también los destapes a destiempo alejados de toda institucionalización, que decir del tráfico ilegal de influencias de cierto dirigente de partido político o el uso indebido de las prerrogativas de estas instituciones.

Pero lo más extraño y no deja de sorprendernos, que una institución como lo es el Instituto Federal Electoral, que se ha ganado el reconocimiento de todos, así como la admiración de gobiernos extranjeros, todavía tenga atribuciones para impartir justicia en materia de financiamiento y el solo hecho de ejercerlas, lejos de traerle una buena imagen, sucede todo lo contrario, pues ha vivido serios problemas a su interior, por ejercer una competencia que debe de estar en los Tribunales Electorales Judiciales o en otra institución como la que aquí se propone y no en el IFE, que como se sabe está integrado por un cuerpo de ciudadanos y con tal naturaleza se desprende que en lo práctico, no procura una eficiente solución a este tipo de conflictos, pues no es su competencia y en cambio, pierde credibilidad al ejercerla.

En México, es del conocimiento de la ciudadanía en general, que nuestra democracia cuesta y tiene un costo altísimo, basta sólo echar una ojeada al presupuesto de ingresos o de egresos del Instituto Federal Electoral, del Tribunal Federal Electoral y de la Fiscalía Especializada para la Atención en Delitos Electorales, para hacer el siguiente cuestionamiento: **¿Es posible que de esta triada de instituciones, realmente los**

¹ Larrayo Francisco, estudio preliminar “Platón. La República o de lo Justo”, Editorial Porrúa, SA México, DF 1984, pág. 433.

ciudadanos mexicanos tengan asegurada una buena defensa de sus intereses en esta materia?

La respuesta a tal cuestionamiento, tiene un gran significado para cualquier ciudadano, partido u organización política, sobre todo si tomamos en consideración las grandes erogaciones que para el desarrollo de nuestra democracia viene solventando el pueblo. Pues bien, el presente artículo tendrá como objetivo central contestar esta pregunta, de cuya respuesta habrá de definirse cual camino resulta viable para un mejoramiento del papel próximo futuro de la justicia electoral mexicana.

Conforme a lo anterior, el análisis que nos proponemos llevar a cabo sobre la justicia electoral, tiene como principal característica el carácter normativo que la conforman y disciplinan, pues con ello pretendemos saber, cuáles son los requisitos de donde surgieron para obligar a la distinta gama de sujetos que intervienen en esta institución, siguiendo las ideas del autor de Cabo²

2.- La justicia

Para iniciar el presente estudio no está por demás hacer algunas acotaciones sobre el significado de la justicia, ya que de su comprensión nos acercaremos al estudio medular del presente trabajo. Sobre el particular, las primeras referencias que tenemos sobre ésta institución de acuerdo con el Diccionario *Encarta*, la palabra justicia: “es una de las cuatro virtudes cardinales que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece”. La idea fundamental de esta institución, es que tiende a proteger y asegurar derechos y deberes importantes, observa y juzga aquellos aspectos que de cualquier forma alteren las distintas relaciones de los sectores de la sociedad; vigila y guía la disparidad de oportunidades económicas y encausa los contextos sociales, de tal suerte que crea un clima de convivencia armonioso entre los miembros de las naciones.

La justicia representada por una mujer, que en su mano derecha sostiene la espada de la justicia y en la otra la balanza que le ayude a sopesar las cosas para llegar a un juicio imparcial, ha tomado un gran significado dentro del mundo jurídico para dar orden al interactuar de los miembros de la sociedad.

De tal manera, que para los romanos en el Digesto, concebían nuestra institución en estudio como a la *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*, es decir la Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde en derecho, desde sus orígenes Aristóteles,³ es a quien se le debe la clasificación clásica de la justicia al dividirla en legal, distributiva y conmutativa; la justicia legal será aquella que ordenaría la parte respecto del todo, a los individuos respecto a la comunidad; la justicia conmutativa, implica el trasunto del principio de reciprocidad, que exige dar en contra

² De Cabo de la Vega Antonio, “*La Justicia Electoral*”, UNAM, México, 1996, Pág. 91.

³ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, versión Antonio Gómez Robledo, UNAM, México, 1983, libro V páginas 2 a 4 y “Política” libro III y IV traducido por Manuales García Valdés, Editorial Gredos, Madrid, 1988.

prestación a otro tanto, aquello que se ha recibido como prestación en forma proporcional, en una sola palabra es la encargada de organizar las transacciones de los individuos entre sí; finalmente, en su aspecto mas amplio que es la redistribución, mismo que se refiere a prestar solidaridad con los más débiles de la sociedad, a cuyo fin se procurará una cierta distribución de cargas y ventajas de acuerdo con sus necesidades, con la finalidad de disminuir las desigualdades, que son independientes de los méritos y el esfuerzo personal o contribución social. De esta suerte, su fórmula se resuelve en que: “lo justo, pues, es lo legal y lo igual; lo injusto lo ilegal y lo desigual”.

Por su parte el autor Bobbio⁴, refiere que desde “Platón en adelante, la virtud de la justicia es la que preside la constitución de una totalidad, compuesta por partes y en cuanto tal, permite a las partes estar juntas... debido a un orden”,

Por otro lado, no deja de ser menos importante el tratamiento religioso moral que se le da a la justicia, donde se hace referencia a su concepto para regir las relaciones equitativas entre los hombres. De esta forma, la tradición patristica la concibe como en: “dar a cada quien lo suyo” complementándolo con una exigencia de igualdad.

Por su parte la doctrina de Santo Tomás de Aquino,⁵ hace un estudio exhaustivo sobre esta institución y la relaciona con las demás virtudes atribuyéndole tres elementos fundamentales:

- El objeto de la justicia es el derecho
- La justicia dice “relación a otro”
- La justicia se fundamenta en la igualdad

Dentro de estos aspectos se establece que existe una plena relación de la justicia y el derecho, ya que en la ética social, es más la moral de los derechos y deberes que la moral de la propia justicia, las leyes son éticamente justas cuando defienden, protegen y favorecen los derechos del hombre, además si son honestas, útiles y posibles, así como los ordenamientos que procuran una convivencia social orientada al bien común.

Ahora bien, dentro de las contribuciones más importantes del siglo XX es la crítica sostenida por Friederich Hayek⁶ sobre el término de la justicia social, sobre la cual señala este autor que no se ha definido nunca, señala que la mayoría de los autores la afirman para designar una virtud, pero la mayor de las veces le adjudican pertenecer a un estado de cosas impersonal, por ejemplo alto desempleo, desigualdad de ingresos o carencia de un salario decente, pero se refieren a la injusticia social. Hayek identifica el centro del problema para saber si la justicia es una virtud o no lo es. En el caso de que así lo sea, sólo puede

⁴ Bobbio Norberto, “El Filósofo y la Política” traducción José Fernández Santillán. Fondo de Cultura Económica, México, 2002, Pág. 212.

⁵ Santo Tomás Aquino, *Summa Teológica*, Editorial Católica, Madrid, 1967.

⁶ Hayek Friederich A. Von, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago Londres, 1976.

adscribirse a los actos deliberados de personas individuales, mas la mayoría no lo identifica así, es decir no lo adscriben a individuos si no a sistemas sociales, por tanto utilizan la justicia social para designar un principio regulador de orden y no lo centran en la virtud si no en el poder.

En este sentido ya John Stuart Mill⁷ en su importante libro titulado *El Utilitarismo* al referirse a ello, señala que la sociedad debería de tratar igualmente bien a los que se lo merecen, es decir, a los que merecen absolutamente ser tratados igualmente. Este es el mas elevado estándar de justicia social y distributiva; hacia el que todas las instituciones y los esfuerzos de todos los ciudadanos virtuosos, deberían ser llevadas a converger en el mayor grado posible”. Mill equipara a las sociedades por ser virtuosas de la misma forma que pueden ser los individuos.

Hayek reconoce a fines del siglo XIX, cuando el término justicia social ganó prominencia como un llamamiento a las clases dirigentes para que atendieran las necesidades de las nuevas masas de desarraigados campesinos, que se habían convertido en obreros urbanos. Afirma que los pensadores descuidados olvidan que la justicia por definición es social. Este descuido se convierte positivamente destructivo cuando el término de “social” ya no describe el producto de las virtuosas acciones de muchos individuos, sino mas bien al objetivo utópico, hacia el que todas las instituciones y todos los individuos deberían ser llevadas a convergir en el mayor grado posible, mediante la coerción, inclusive. Finalmente explica que en este caso, “el social” de la “justicia social” ya no emerge orgánica espontáneamente del comportamiento respetuoso de la ley de individuos libres, si no más bien de un ideal abstracto impuesto desde arriba.

Por último, una de las aportaciones más sobresalientes a la filosofía política del siglo XX, lo representa la Teoría de la Justicia de John Rawls⁸, quien sostiene en su doctrina, que ésta presupone un contrato social equitativo con fundamento en una sociedad justa. Para este autor, un ordenamiento político verdaderamente justo, es aquel en que cada miembro de la comunidad aceptase suscribir el contrato social antes incluso de saber que papel se le asignará en aquél. Como se puede apreciar basa su concepción en los autores clásicos del contrato social como Hobbes, Locke, Rosseau y Kant.

La Justicia determina que beneficios y cargas de la sociedad han de ser repartidos entre sus individuos, atendiendo al principio de equidad, aquí el principal problema será definir que es lo equitativo en una sociedad como la contemporánea, caracterizada de desigualdades y las diversas interpretaciones acerca de los objetivos de las vidas particulares.

Ahora bien, considero que el primero y mas importante significado de la justicia o al menos el más comúnmente conocido, es aquél que tiene que ver con la conformidad de la conducta humana a lo dispuesto por la norma con el fin de adecuarla a un orden social. En esta virtud,

⁷ Stuart Mill John, *El Utilitarismo*, Steve Thomas for the University of Adelai, Library Electronic Texts Collecction.

⁸ Rawls John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

Aristóteles, se refiere a esta concepción al señalar que: “el trasgresor de la ley es injusto, mientras que quien se conforma a ella es justo”, esto quiere decir que todo aquello que esté de acuerdo a la ley es justo. Sin embargo, para conocer la validez de esta determinación es necesario como presupuesto y de acuerdo al concepto aristotélico, que la norma sea concebida en igualdad de condiciones o considerando las ventajas y desventajas de cada miembro de la sociedad con el fin de que la justicia sea la virtud entera y perfecta.

Un segundo significado de la justicia, tiene que ver con la eficiencia de la norma, al considerar en ésta ya no los méritos o desventajas de los individuos, si no mas bien, que sea posible las relaciones en sociedad..

De acuerdo a lo anteriormente señalado, en la idea de la justicia bajo los significados reconocidos en términos filosóficos, se sientan las bases o principios bajo los cuales deben integrarse la leyes a las que habrá de someterse todos y cada uno de los miembros de cualquier sociedad y de ahí que todo soberano haya pretendido obtener tanto la felicidad, la seguridad del individuo, el bien general la paz y la libertad, esta entidad soberana la encontramos en la figura del Estado como organización jurídica coercitiva de una determinada comunidad de individuos, considerados no autosuficientes.

Por ello, ha sido constante el mejoramiento de los sistemas judiciales a través de una procuración pronta y expedita de la justicia, ha sido una lucha mas ardua que sencilla para mejorar los sistemas de justicia, en virtud, de que el problema de la inseguridad jurídica ha afectado a la gran mayoría de la ciudadanía en las distintas épocas que ha vivido el hombre.

Sabemos que la justicia ha sido y seguirá siendo el campo de batalla donde se tratará de dilucidar como deben ser los comportamientos humanos. Pero para ello, se debe luchar en contra de los opositores de su modernización, debe ser funcional eficiente y oportuna, en contra de los escépticos de la mejoría y de los que les gusta aparentar y vivir al margen de la ley. La teoría de la justicia o axiología jurídica como así lo reconoce Eusebio Fernández,⁹ debe velar por los valores generales fundadores del derecho y de los fines que pretende alcanzar. La sociedad moderna uno de sus principales propósitos en materia de justicia, es hacer coincidir la seguridad con la oportunidad o eficiencia de la misma justicia; la mayor complejidad de las relaciones jurídicas que el tiempo va acarreando y la creciente referida a la hora de dirimir conflictos por la vía de la legalidad con eficiencia y a tiempo, son estos dos factores en su conjunto, los que determinan que el quehacer de la justicia se vea entorpecido por la multiplicidad de procesos, que han generado riesgos con su resolución tardía e inconsciente, lo que motiva que el campo judicial se traduzcan en una impartición injusta de la propia justicia.

Apegándonos al pensamiento de Fernández Santillán,¹⁰ llega a la conclusión, después de haber analizado a los clásicos sobre la justicia, que cuando a los individuos se les considera

⁹ Fernández Eusebio, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Editorial Debate, México, 1991. Pág. 30.

¹⁰ Fernández Santillán José Florencio, *Valores y Principios de la Justicia Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2002, Pág. 30.

súbditos lo único que les queda al entrar en la condición civil, es su obligación de obedecer a la autoridad; en contraste, cuando los hombres alcanzan la categoría de ciudadanos, adquieren el derecho de participar en las decisiones políticas, esto es de justicia electoral.

3.- La justicia electoral en México

Hablar del papel que juega la justicia en el seno de la sociedad, es de gran importancia para los miembros de la misma, dado que les agrada vivir dentro de lo justo. Ahora bien, un concepto muy general de lo que debemos entender por justicia electoral, es aquél que tiene que ver con toda actividad que tiene relación con los procesos electorales y que estos sean justos.

La evolución de la justicia electoral en México ha sido lenta y podemos citar enfáticamente que en el último cuarto del siglo pasado, tuvo un avance sin precedente es decir, lleva poco mas de 20 años que recobra vigencia institucional por las reformas constitucionales las modificaciones a la legislación secundaria electoral, para que con ello se asegurara el acceso efectivo de la ciudadanía para solicitar del Estado una procuración e impartición de una justicia electoral, que respondiera a sus necesidades políticas.

3.1.- Breves antecedentes históricos

El antecedente más inmediato con que cuenta la historia de la justicia electoral en México,¹¹ lo encontramos con el denominado amparo “Morelos”, juicio constitucional que fue promovido en el año de 1874 siendo Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el insigne jurista Lic. Don José María Iglesias. Sobre el particular, nos encontramos dentro de esta contienda que uno de los planteamientos que más controversia causó, fue saber si el amparo que protegía especialmente los derechos de los hombres, protegería igualmente los derechos propios de los ciudadanos, es decir, los derechos políticos electorales, el fallo sentó la tesis de la *incompetencia de origen*, al resolver en revisión el juicio de amparo promovido por varios hacendados del Estado de Morelos, patrocinados por Isidro Montiel y Duarte, que señalaron como acto reclamado la Ley de Hacienda Local del 12 de octubre de 1873, que se consideraba que era violatoria a la garantía de legalidad, que establece el artículo 16 de la Constitución Federal; es el caso que el C. Vicente Llamas fue electo diputado a la Legislatura del Estado, no obstante que la Constitución Local prohibía su elección, por haber sido jefe político de un distrito y no obstante ello, alegaron que con el diputado Llamas se había integrado el quórum, con el que se aprobó la Ley de Hacienda impugnada, trayendo como consecuencia la *incompetencia de origen* cuando todo funcionario sea nombrado en contra de lo que dispone la constitución y la leyes que de ella emanan. Este criterio se siguió sustentando en casos similares con lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se convertía en el más alto tribunal en materia electoral.

¹¹ De la Peza José Luis, *Notas sobre la Justicia Electoral en México*, Tribunal Federal Electoral, México, 2003, pág. 2 y sigs.

Sin embargo, poco duró la práctica judicial basada en esta tesis, pues la Suprema Corte de Justicia una vez que fue nombrado Don Ignacio L. Vallarta en 1877 Presidente del máximo Tribunal de la Nación, al estudiar este tipo de amparos, concluyó que la búsqueda de la ilegitimidad de las autoridades en épocas pasadas, se daba en hechos consumados y consentidos y que realmente no afectaban los derechos reales o personales de litigante alguno, ni interesaban a personas que pedían esta clase de justicia, si no que eran en provecho de los partidos que hacían valer sus derechos políticos, por lo que consideró que ese derecho no puede hacerse efectivo en vía de amparo, si no que cuando un ciudadano considere ilegítimo a un Presidente, a un Congreso, a un Gobernador o a una Legislatura, no debería ir a los Tribunales a entablar una demanda en contra de ellos, si no en su caso recurrir ante el Colegio Electoral que revisa y computa los votos y en su caso resolviera sobre la validez o no del acto político. Con ello concluye la *incompetencia de origen*.

En este orden de ideas los razonamientos expuestos por el ministro Vallarta en contra del criterio de la incompetencia de origen y que motivó una nueva tesis jurisprudencial, en el fondo la cuestión de legitimidad, es únicamente política y no corresponde a la justicia federal resolverla en juicio de amparo.

A partir de esta fecha la justicia electoral judicial tuvo algunos visos o intentos para que se pusiera en práctica, como lo encontramos en la Ley Electoral del 16 de febrero de 1917 para realizar elecciones extraordinarias de Presidente de la República Diputados y Senadores al Congreso de la Unión. Además, como nos informa el autor Patiño Camarena¹² fiel a la tradición del siglo pasado el constituyente del 17 dispuso que en el artículo 60, cada cámara calificará las elecciones de sus miembros y contra sus resoluciones no procedería el juicio de amparo, por ser éstas definitivas e inatacables. Asimismo, siguiendo las ideas del autor Emilio Krieger,¹³ la autocalificación de las elecciones para los diputados y senadores, significaba que ningún poder o autoridad puede intervenir en sus decisiones finales, en lo que se refiere a la integración de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, inclusive

Ahora bien, siguiendo la tesis de Vallarta, los ciudadanos mexicanos podrían reclamar ante la Cámara de Diputados la nulidad de elecciones de diputados de algún distrito y la del Presidente de la República en donde residiera. De igual manera podía reclamar ante la Cámara de Senadores la elección de sus integrantes, sin embargo, no estableció ningún procedimiento en el cual se pudiese llevar al terreno de lo práctico.

Por su parte la Ley Electoral del 7 de enero de 1946 amplía este derecho de impugnar las distintas elecciones federales, a los partidos políticos y concedía la facultad a las cámaras durante el proceso de calificación de elecciones, de solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación una investigación sobre irregularidades por violación al voto público. En el

¹² Patiño Camarena Javier, *Nuevo Derecho Electoral Mexicano*, Editorial Constitucionalista, México, 2002, Pág. 530.

¹³ Krieger Emilio, *Derecho y Legislación Electoral. Problemas y Proyectos*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias y Humanidades, UNAM, México, 1993, Pág. 137.

caso que nos ocupa los fallos de la Corte no tenía efectos vinculatorios para los colegios electorales, quienes en última instancia resolvían según su criterio.

En la Ley Electoral Federal del 4 de diciembre de 1951, se amplía la facultad de reclamar elecciones de los representantes federales hacia los candidatos, que hasta ese entonces no tenían derecho de impugnar.

No fue sino hasta el año de 1977, en que se publicó la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales (LOPPE), con la que se inicia formalmente la estructuración del sistema de justicia electoral mexicano, ordenamiento jurídico que prevé por primera vez un sistema de recursos administrativos para hacer valer los actos violatorios de la preparación de la jornada electoral, así como los hechos de violación realizados durante esta etapa. Además, nos explica Gómez Palacio¹⁴ esta legislación dentro de sus innovaciones traía bien definido 4 derechos y 3 obligaciones que han sido básicos hasta la fecha a favor de los ciudadanos, así como asienta el jurista Berlín Valenzuela,¹⁵ que la reforma electoral constituye el eje fundamental de gobierno para incorporar a la praxis política de la nación el orden normativo electoral.

De esta manera, esta ley prevé los recursos de inconformidad, protesta, queja, revocación y revisión, que se tramitaban ante las distintas estancias administrativas, quienes las resolvían, dando así paso al contencioso electoral mexicano. Dentro de este *pool* de medios de defensa, sobresale el recurso de reclamación del que conocería la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra de las resoluciones emitidas por el colegio electoral de la Cámara de Diputados sobre la elección de sus miembros, procedimiento en la que se destaca, que la intervención de la Corte era para declarar si eran fundados o no los hechos planteados por los partidos políticos y dadas las características de esta justicia electoral, correspondía a la Cámara de Diputados emitir la resolución definitiva según la elección impugnada.

Este precedente marca la competencia del poder judicial, para conocer los litigios electorales. Ahora bien, con la reforma constitucional de 1986, desaparece el recurso de reclamación antes mencionado, en este sentido, el Ejecutivo Federal promovió esta reforma, argumentando en su tiempo que el prestigio y las mas importantes funciones constitucionales atribuidas a nuestro mas alto Tribunal deben de quedar a salvo de polémicas y controversias y en particular del debate político, por lo que se inclina por el citado recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia, este hecho dio lugar a la creación del **Tribunal independiente del Poder Judicial y consecuentemente configurarse como órgano autónomo**. Tal sentencia no fue del todo completa, en vista de que fue conformado este Tribunal con la participación del Poder Legislativo y los partidos políticos, quienes tenían el derecho de realizar las propuestas para designar a los magistrados del mismo.

¹⁴ Gómez Palacio Ignacio, *Procesos Electorales*, Editorial Oxford University Press México, 2000 Pág. 19.

¹⁵ Berlín Valenzuela Francisco, *Derecho Electoral*, Editorial Porrúa S.A. México, 1980, Pág. 268.

De esta forma, se crea el Tribunal de lo Contencioso Electoral, con las reformas al último párrafo del artículo 60 de la Constitución Federal, cuyas bases fundamentales otorgaban al gobierno la preparación, desarrollo y vigilancia de los procesos electorales, en la que eran corresponsales los partidos políticos y los ciudadanos; la Ley debería de establecer los medios de impugnación para garantizar que los organismos electorales ajustaran su actuación a lo señalado por la Ley, tanto superior como secundaria; el citado Tribunal de lo Contencioso Electoral, tenía la característica de que sus resoluciones serían obligatorias aunque modificables, en forma definitiva e inatacable por los colegios electorales de las Cámaras, teniendo las bases para su funcionamiento en el Código Federal de 1987.

La primera prueba de fuego de este ordenamiento jurídico, fue el proceso electoral de 1988, cuyos resultados en la historia electoral contemporáneo de México, ha sido uno de los comicios mas controvertidos en los últimos tiempos, lo que motivó el establecimiento del foro nacional de consulta de reforma electoral, encargando a una comisión especial para recabar las opiniones de la ciudadanía en materia de derechos políticos y representación nacional, régimen de partidos y asociaciones políticas nacionales, política y medios de comunicación social, registro nacional de electores, organismos, procesos y contencioso electoral e instituciones políticas del Distrito Federal. Estos foros se continuaron en las posteriores reformas, para legitimar las iniciativas del Ejecutivo Federal propuestas para perfeccionar el sistema judicial de procuración e impartición de justicia electoral.

Como consecuencia de lo anterior, de acuerdo a las reformas constitucionales y adecuaciones a la legislación secundaria, la reforma electoral señala Barquín Álvarez,¹⁶ aportó 2 instituciones de gran importancia, por una parte el Instituto Federal Electoral y por la otra la constitución del Tribunal Federal Electoral.

De esta manera, el 6 de abril de 1990 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto de Reforma y adiciones a los artículos 5, 35 fracción II, 36 fracción I, 41, 54 60 y 73 fracción VI base tercera y se derogaron los artículos transitorios 17, 18 y 19 de la Constitución Federal y cuyas novedades se sintetizan en los siguientes términos: en el artículo 41 constitucional se estableció que la función para organizar la elecciones federales, se realizaría por un organismo público que sería autoridad en la materia, profesional en su desempeño y autónomo en sus decisiones bajo los principios de certeza, legalidad, imparcialidad, objetividad y profesionalismo, son las características del nuevo rostro del Instituto Federal Electoral.

Por otro lado, en materia contenciosa se estructura a través de la creación del Tribunal Federal Electoral, como organismo jurisdiccional autónomo, integrado con magistrados electos por las dos terceras partes de la Cámara de Diputados a propuesta del Presidente de la República, para funcionar en una sala central y cuatro regionales que atenderían cada una a cinco circunscripciones plurinominales, desconcentrándose así la sala única que tenía el Tribunal Contencioso Electoral antiguo, que concentró casi 600 impugnaciones del proceso electoral de 1988. Destaca como característica de esta innovación, la relativa a los actos y

¹⁶ Op. Cit. Pág. 109.

resoluciones de los organismos electorales deberían apegarse al principio de legalidad, además el Tribunal Electoral todavía sus fallos quedaban sujetos al control de los colegios electorales, todo ello regulado en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales del 15 de agosto de 1990, reformado en enero de 1991.

Siguiendo con esta breve evolución, para enfrentar las elecciones presidenciales de 1994, nuevamente se reformaron los artículos 41, 54, 56, 60 63, 74 y 100 de la Ley Suprema el 3 de Septiembre de 1993, mediante la cual el Tribunal Federal Electoral, se le otorga por vez primera la categoría de órgano autónomo y máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral. Para tal efecto, también se adecuó el COFIPE para regular los nuevos postulados contenidos en los artículos constitucionales reformados; el artículo 41 que venía estructurando los medios de impugnación otorga al Tribunal dicha categoría reconociendo que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial garantizarían su integración, lo que se traduce en la intervención directa del Poder Judicial en asuntos electorales.

Las principales innovaciones como consecuencia de esta reforma, son la propuesta de la Suprema Corte de Justicia a la Cámara de Diputados para integrar el Tribunal Federal por miembros de la judicatura federal como magistrados; la facultad del Tribunal para resolver en forma definitiva e inatacable los medios de impugnación en materia de elecciones de Diputados y Senadores, desapareciendo los colegios electorales de ambas Cámaras y sólo entraba en funciones para la relativa al Presidente de la República, que era resuelta por los citados colegios electorales. Asimismo, se crea la Sala de segunda instancia del Tribunal competente para revisar las resoluciones de las Salas Central y Regionales.

Finalmente, mediante reforma constitucional de fecha 22 de agosto de 1999, dio margen a un avance significativo al incorporar el Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación, como autoridad máxima en materia electoral federal, con excepción del conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad de la que es competente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con la reforma desaparecen los colegios electorales para la elección del Presidente de la República, facultad que pasa a ser competencia del Tribunal Electoral. Así mismo, se crean órganos específicos y sistemas de medios de impugnación de control legal y constitucional de los procesos electorales, para otorgar seguridad a la garantía constitucional otorgada a los ciudadanos para la protección de sus derechos políticos.

El 22 de noviembre de 1999, se llevó a cabo la adecuación a la legislación secundaria con las reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Federal, Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y la expedición de la Ley General de Sistemas de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Junto al Tribunal Federal Electoral para la procuración e impartición de la justicia electoral, se encuentra el Instituto Federal Electoral, institución que nace con la reforma

constitucional de 1990, que estructuró un organismo público autónomo con personalidad jurídica y patrimonios propios, para cumplir con la función estatal de organizar las elecciones para Presidente de la República, Diputados y Senadores al Congreso de la Unión y con las reformas constitucionales de 1993, 1994 y 1999, consolida su funcionamiento.

Por otro lado, a partir del 15 de julio de 1994 se creó la Fiscalía Especializada para la Atención de los Delitos Electorales, con el carácter de Subprocuraduría, a petición de un acuerdo especial del Consejo General del Instituto Federal Electoral del 23 de marzo de 1994, donde señalaba la necesidad de que se creara un órgano que practicara diligencias, integrara y resolviera las averiguaciones previas por delitos en materia electoral federal e interviniera en los procesos penales y juicios de amparo de su competencia, con independencia de las unidades centrales de la Procuraduría General de la República, especialmente cuando se afectare cualquiera de las características del voto, que es universal, libre, secreto, directo, personal e intransferible.

Hasta aquí podríamos señalar que el sistema electoral mexicano se encuentra integrado por esta triada de instituciones garantes de la justicia electoral, pero se considera desde nuestro modesto criterio, que se ha olvidado proteger la esfera particular y social de la parte más importante de la justicia y del derecho electoral y está representado por *los ciudadanos*.

4.- El ombudsman institucional en México

como bien lo señala elías díaz,¹⁷ una verdadera teoría de la justicia requiere siempre de la protección y efectiva realización de los derechos fundamentales. De esta forma la historia de las instituciones de defensa de los gobernados frente a los actos de gobierno, se puede decir que también es de reciente creación dentro de nuestro sistema jurídico, el antecedente directo lo encontramos el 17 de marzo de 1929, en que se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Acuerdo del Ejecutivo Federal, por el que se crea la Procuraduría de la Defensa del Trabajo, como órgano de gobierno especializado para intervenir en la defensa del sector obrero y representar sus intereses ante las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje.

Otro antecedente lo encontramos en 1975, con el nacimiento de la Procuraduría Federal de Consumidor, cuyo objetivo central es la defensa de los derechos de los individuos-consumidores frente a sus proveedores. En 1979 en el Estado de Nuevo León, se creó la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos, dependiente del gobierno de ese Estado. En Colima en 1983, se creó la Procuraduría de los Vecinos. En 1985 en el Distrito Federal, específicamente en la Universidad Nacional Autónoma de México, se estableció la Defensoría de los Derechos Universitarios.

¹⁷ Díaz Elías, Muguerza Javier y otros, Notas Concretas sobre Legitimidad y Justicia. El Fundamento de los Derechos Humanos”, Editorial Debate, Madrid, 1989.

Por otro lado, en el Estado de Oaxaca en 1986, se fundó la Procuraduría de la Defensa de los Indígenas. En 1987, nace la Procuraduría Social de la Montaña en el Estado de Guerrero. En 1988, se establece la Procuraduría de Protección Ciudadana en Aguascalientes y la Defensoría de los Derechos de los Vecinos, en Querétaro.

En 1989, la Procuraduría Social en el Distrito Federal, así como dentro de la Secretaría de Gobernación, se crea la Dirección General de Derechos Humanos. Finalmente, el 6 de junio de 1990 se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos, reformada el 28 de enero de 1992, como organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, con el llamado sistema nacional no jurisdiccional de protección a los derechos humanos. El 13 de septiembre de 1999, se convierte en organismo autónomo para proteger y defender los derechos humanos, postulado que había sido elevado a la categoría de rango constitucional desde el 28 de enero de 1992, contra actos y omisiones de naturaleza administrativa violatorios de Derechos Humanos.

Dentro de este último periodo, cabe destacar la creación y el establecimiento de la Procuraduría Agraria el 6 de enero de 1992, a través de las reformas al artículo 27 constitucional y la promulgación de una nueva Ley Agraria, que configuró lo que se le conoce con el nombre del Ombudsman en materia agraria.

Para que se tenga idea de lo que significa un órgano especial para garantizar la defensa y efectividad de la justicia, en cualquiera de las ramas específicas que hemos señalado en párrafos anteriores, pasamos a analizar las funciones fundamentales de la Procuraduría Agraria, por ser esta institución la última creada dentro del sistema jurídico mexicano.

Sobre el particular, dentro de las facultades que le señala el artículo 136 de la Ley Agraria le atribuyen a este organismo descentralizado de la administración pública federal funciones de servicio social encargada de la defensa de los derechos de los ejidatarios, comuneros, sucesores de ejidatarios o comuneros, ejidos, comunidades, pequeños propietarios, avecindados y jornaleros agrícolas, en asuntos y ante autoridades agrarias. Así mismo procurar y conciliar los intereses entre estos sujetos, en controvertidos agrarios; asesorarlos y representarlos ante trámites y gestiones para la regularización y titulación de sus derechos agrarios. Estas facultades como se puede notar, se encaminan en la defensa de los sujetos agrarios.

Pero sucede que esta institución, también tiene atribuciones para resguardar las garantías sociales en la materia agraria, como es el caso de prevenir y denunciar ante la autoridad competente la violación de las leyes agrarias; estudiar y proponer medidas encaminadas a la seguridad jurídica en el campo; denunciar el incumplimiento de las obligaciones o responsabilidades de los funcionarios agrarios; denunciar ante el agente del ministerio público los hechos que puedan ser constitutivos de delito o que puedan constituir infracciones administrativas en materia agraria.

Finalmente, en su carácter de Ombudsman en materia agraria, se le concede al Procurador máxima autoridad de esta institución, expedir recomendaciones que considere necesaria

para instar a las autoridades agrarias para que cumplan con sus funciones de acuerdo a la Ley. Es decir, tales atribuciones no tienen efectos vinculatorios, como sucede en el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Por último, el 11 de marzo del presente año la Cámara de Senadores aprobó la Ley mediante la cual se crea la Procuraduría de la Defensa al Contribuyente órgano que indudablemente tendrá facultades similares para proteger la esfera jurídica de los contribuyentes, esperamos ver el texto de esta Ley, para saber los últimos avances sobre el particular.

De la radiografía de las atribuciones antes mencionadas las cuales son competencia de la Procuraduría Agraria, se puede apreciar su intervención en la procuración de la justicia legal como coadyuvante de la misma ante los Tribunales Agrarios. Por otro lado, con sus funciones de salvaguardar la garantía social agraria, no sólo para hacer recomendaciones procedentes, si no para acudir ante el Agente del Ministerio Público, o bien, emitir medidas para fortalecer la seguridad jurídica en el campo, nos da una muestra de cómo se procura la justicia social para ordenar esta importante materia relativa al campo mexicano.

5.- El ombudsman electoral

De acuerdo con lo anteriormente expuesto la arena electoral desde la perspectiva de la realidad actuante, nos queda claro que tanto partidos políticos, como miembros de organizaciones políticas e inclusive, funcionarios electorales de gobierno hacen de las suyas y en un gran número de casos, sólo velan por sus intereses personales y no lo que la Ley les marca..

De todo este escenario nacional y local, los ciudadanos al constituirse en el bien jurídicamente protegido por el poder electoral, se quedan al margen convertidos en simples espectadores de casos tan importantes como el de los Amigos de Fox, el Pemexgate, las precandidaturas fuera de tiempo, los malos manejos de las prerrogativas de los partidos provenientes del financiamiento público, el tráfico ilegal de influencia de dirigentes y representantes populares, así como toda una serie de irregularidades dentro de la jornada electoral, que tienen que ver con la ruptura del marco legal, sin que exista un órgano que defienda y proteja de toda esta serie de efectos negativos a todos los votantes.

La experiencia, como así lo reconoce el autor Rossi¹⁸ sobre la existencia del Ombudsman en cualquier país, es una prueba más que suficiente para la multiplicación de este tipo de instituciones dentro del Estado, pues su existencia se legitima al asegurar la efectiva protección de los derechos políticos de aquellos particulares, que no pueden hacerlo eficazmente por sí solos.

¹⁸ Rossi Alejandro y otros, *Derechos Humanos*, Fundación de Derechos Administrativos, Buenos Aires, 1998 Pág. VI.23

Ante este panorama, para un mayor perfeccionamiento de nuestra justicia electoral, resultaría conveniente la creación de un Ombudsman especializado en la defensa de todo tipo de irregularidades, como las que aquí hemos puesto como ejemplo que se suscitan en el ámbito electoral, su creación desde luego sería toda una novedad dentro de nuestro sistema jurídico, pues como afirma el autor Herrendorf,¹⁹ es cardinal que el Estado ofrezca modelos deseables a la ciudadanía, pues resulta importante que la gente sienta que puede controlar la forma de su destino, pues las personas, en especial los jóvenes necesitan instituciones que resuelvan los problemas de su tiempo y en tiempo oportuno.

6.- Conclusión

De acuerdo a lo anteriormente señalado, es evidente que las relaciones de supraordinación representada por el Instituto Federal Electoral, el Tribunal Federal Electoral y la Fiscalía Especializada para la Atención de los Delitos Electorales, así como los correspondientes en el ámbito estatal, hacia la parte de infraordinación a la que pertenece la gran gama de electores que se encuentran activos, por el hecho de estar dados de alta en el padrón electoral para ejercer el derecho al voto, requiere de la creación del Ombudsman Electoral como medida de fortalecimiento a la parte activa de la democracia, porque requiere que la facultad de la norma le atribuya su protección, en lo referente a su vida, libertad, a la igualdad, a su participación política y social o cualquier otro aspecto fundamental que afecte en su desarrollo integral, como señala el autor Bidart Campos,²⁰ para tal efecto, es indispensable la acción del Estado para crear las instituciones necesarias para este fin.

Sabido es que en la evolución de la democracia en México, hemos visto como en principio se ha fortalecido la parte institucional con estos tres órganos de Estado para la procuración e impartición de la justicia electoral, no siendo así, para la parte relativa a los electores, también nos percatamos que en el accionar cotidiano dentro de la arena electoral hace necesario la creación de una institución que ex profeso vele por la defensa efectiva de los intereses de los votantes, ya sea en lo particular, o bien, como comunidad electoral y social.

De esta manera, para responder a la pregunta clave de este breve estudio, consistente en: **¿Es posible que de esta triada de instituciones, realmente los ciudadanos mexicanos tienen asegurada una buena defensa de sus intereses en esta materia?.** Tal y como se describen los razonamientos doctrinarios sobre la justicia y los hechos de la vida real electoral, la respuesta es que no tiene asegurado los votantes una actuación equilibrada en este supuesto público, por lo que nos hace reflexionar con base a los razonamientos vertidos anteriormente la necesidad para la creación del Ombudsman Electoral, encargado de la defensa de los derechos políticos, pues la realidad actuante así lo solicita, sobre todo porque las conductas ilícitas o bien, fuera de un contexto apegado a la equidad electoral, antes descritos con todo y los efectos negativos que traen aparejados, en la mayor de las

¹⁹ Herrendorf Daniel E., *Los Derechos Humanos ante la Justicia*, Editorial Abeledo – Perrot Buenos Aires, 1998, Pág. 18.

²⁰ Bidart Campos Germán J. *Teoría de los Derechos Humanos*, 1989, Pág. 233

veces no son impugnados porque el sector electoral abandona la causa, por carecer de los conocimientos y medios económicos necesarios para pedir justicia efectiva.

En cambio, si tuviera el apoyo institucionalizado de un órgano defensor de sus intereses, como sucede con la presencia en nuestro sistema jurídico de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Procuraduría Agraria o la Procuraduría de la Defensa al Consumidor, entre otras instituciones del servicio social de asesoría y de representación legal, los ciudadanos tendrían mejor respuesta al enorme gasto que les representa financiar el sistema electoral mexicano, con recursos provenientes de las distintas contribuciones que cubre al erario público.

Un Ombudsman Electoral, encargado de la debida aplicación de las normas electorales, que se de a la tarea de recomendar a las autoridades que apeguen su actuación a derecho, que tenga a su cargo el estudio para mejorar las normas electorales, en una sola palabra, que defienda tanto los intereses que en materia individual como colectiva tienen a su favor constitucionalmente los ciudadanos mexicanos.

De aquí, lo importante que resulta estudiar las particularidades que deba tener el Ombudsman Electoral, pues estamos hablando de que el pueblo fuente principal de financiamiento de nuestra democracia, resulta a todas luces injusto que siendo el principal actor de esta comedia, encuentre pocas posibilidades de defensa de sus intereses en cualquier tipo de contienda o escándalo electoral, porque ya han llegado los tiempos de que el Gobierno de la República, tome la iniciativa para en aras de un mayor desarrollo democrático promueva las condiciones para la creación de este tipo de Institución, encargada y especializada en la salvaguarda de los derechos políticos de los mexicanos.

Bibliografía

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, versión Antonio Gómez Robledo, UNAM, México, 1983, libro V páginas 2 a 4 y *Política*, libro III y IV traducido por Manuela García Valdés, Editorial Gredos, Madrid, 1988.

AQUINO, Santo Tomadse, *Summa Teológica*, Editorial Católica Madrid, 1967.

BERLÍN VALENZUELA, Francisco, *Derecho Electoral*, Editorial Porrúa SA México 1980.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría de los Derechos Humanos*, 1989.

BOBBIO, Norberto, *El Filósofo y la Política*, traducción José Fernández Santillán. Fondo de Cultura Económica México, 2002.

DE CABO DE LA VEGA, Antonio, *La Justicia Electoral*, UNAM, México, 1996.

DE LA PEZA, José Luis, *Notas sobre la Justicia Electoral en México*, Tribunal Federal Electoral, México, 2003.

DÍAZ Elías, Muguerza Javier y otros, *Notas Concretas sobre Legitimidad y Justicia. El Fundamento de los Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1989.

FERNÁNDEZ Eusebio, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Editorial debate, México, 1991.

FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José Florencio, *Valores y Principios de la Justicia Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2002.

GÓMEZ PALACIO, Ignacio *Procesos Electorales*, Editorial Oxford University Press México, 2000.

HAYEK FRIEDERICH, A. Von *Law, Legislation and Liberty*, Chicago Londres, 1976.

HERRENDORF, Daniel E. *Los Derechos Humanos ante la Justicia*, Editorial Abeledo – Perrot Buenos Aires, 1998.

KRIEGER Emilio, *Derecho y Legislación Electoral. Problemas y Proyectos*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias y Humanidades, UNAM, México, 1993.

_____, (coordinador) *Derecho y Legislación Electoral*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, UNAM, México, 1993.

LARRAYO Francisco, estudio preliminar *Platón. La República o de lo Justo*, Editorial Porrúa S.A. México, 1984.

PATIÑO CAMARENA, Javier *Nuevo Derecho Electoral Mexicano*, Editorial Constitucionalista, México, 2002.

RAWLS, John *Teoría de la Justicia*, Fondo de cultura Económica, México, 2002.

ROSSI, Alejandro y otros, *Derechos Humanos*, Fundación de Derechos Administrativos, Buenos Aires, 1998.

STUART MILL, John, *El Utilitarismo*, Steve Thomas for the University of Adelai, Library Electronic Texts Collecction.

La necesidad del diseño curricular en la enseñanza del derecho

Rebeca Elizabeth Contreras López*

RESUMEN

Uno de los aspectos esenciales del diseño curricular es la elaboración de programas que definan claramente objetivos, estrategias y finales del proceso. Por ello, en este artículo la autora se ocupa de los elementos mínimos que deben estar presentes en el diseño curricular de la enseñanza del derecho.

Palabras claves: diseño curricular, enseñanza del derecho.

ABSTRACT

An essential aspect of curriculum design is the creation of programs which clearly define the objectives, strategies and purposes of the process. Therefore, the author in this article attends the minimum elements that must be present in the curriculum design in law education.

Key words: curriculum design, law education

SUMARIO: Introducción. 1. Definición conceptual. 2. Esquema del desarrollo curricular. Reflexión final. Bibliografía.

Introducción

En la revisión permanente de planes y programas de estudio es indispensable utilizar elementos mínimos para que el diseño curricular se aborde como un proceso en el que cada aspecto se va encadenando al siguiente y todos ellos, responden a una visión compartida de la enseñanza del derecho y sus fines. Esto es aún más apremiante cuando se promueve la adopción de un nuevo modelo educativo que pretende erradicar vicios ancestrales y formar un estudiante reflexivo, autodidacta y capaz de tomar decisiones respecto de su propio proceso de enseñanza.

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

*Agradezco la colaboración de Eunice Hid Cadena y María del Carmen González Ceja en la elaboración de este material.

En esta visión el profesor deja de ser tal y se convierte en un gestor del aprendizaje que guía pero no impone y que posee la apertura suficiente para la discusión de iguales con todos los actores del proceso educativo. Para lograr ello, uno de los aspectos esenciales es la elaboración de programas curriculares que definan claramente objetivos, estrategias y finales del proceso. Por ello, en este artículo me ocupo de los elementos mínimos que deben estar presentes en el diseño curricular de cualquier área del conocimiento.

1. Definición conceptual

El diseño curricular lo entiendo como un plan que norma y conduce, explicativamente, un proceso concreto y determinado de enseñanza-aprendizaje que se desarrolla en una institución educativa. El curriculum es un conjunto interrelacionado de conceptos, posiciones y normas, estructurado en forma anticipada a acciones que se quiere organizar. Es una construcción conceptual destinada a conducir acciones, y de ella se desprenden evidencias que hacen posible introducir ajustes o modificaciones al plan¹.

Por ello, para abordar los aspectos que conforman el diseño curricular, es necesario definir, previamente, los siguientes conceptos²:

Curriculum. Es el conjunto integrado de los elementos que permiten decidir qué aspectos habrán de ser abordados en cada ciclo escolar. Los supuestos de partida, las metas que se desea lograr, los pasos que se dan para alcanzarlas; el conjunto de conocimientos, habilidades, actividades que se considera importante trabajar en la escuela año tras año. Y por supuesto la razón de cada una de esas elecciones.

Programa. Es un documento oficial, generalmente revisado y aprobado por la instancia educativa competente, en el que se indican el conjunto de contenidos, objetivos, etc. a desarrollar en un determinado nivel. Es por ello, que no podemos perder de vista que el programa es el conjunto de prescripciones oficiales en relación a la enseñanza que son *autorizadas* por el poder central.

Programación. Se refiere al proyecto educativo-didáctico específico que cada profesor desarrolla para un grupo de alumnos en particular.

Así encontramos que existen tres formas de conceptualizar el currículum: como producto, como proceso o como práctica social o educativa. Al respecto, Ruiz Larraguivel explica:

- **El currículum como producto,** es un documento escrito que contiene como elementos mínimos los fines y propósitos educativos, una selección y organización de contenidos, las tareas académicas a realizar y un sistema de evaluación. En síntesis, el currículum es el producto resultante de un proceso de planeación³.

¹ José A. Arnaz, *La Planeación Curricular*, 2ª edición, Trillas, México 2000, pp. 9-10.

² A. Miguel Zabalza, *Diseño y Desarrollo Curricular*, 7ª edición, Narcea, Madrid, 1997, p. 15.

³ Estela Ruiz Larraguivel, *Propuesta de un Modelo de Evaluación Curricular para El Nivel Superior*. Centro de Estudios Sobre la Universidad, UNAM; México, 1998, p. 21.

- **El currículo como proceso,** fortalece el interés de profundizar en los factores contextuales subyacentes en el modelo curricular propuesto, se establece que el currículo no puede seguir reduciéndose al plan y sus componentes estructurales, sino que el currículo debe ser un componente dinámico, continuo y participativo y que no se acabe en el diseño del plan, sino que abarque su puesta en marcha. (La relación que existe entre lo que sucede en el aula y las normas y lineamientos del plan curricular). Concebir al currículum como proceso requiere del análisis profundo del contexto social, económico político y educativo; por ello se pretende explicar y cuestionar los factores de carácter ideológico, social y político que dieron lugar a la derivación de un determinado proyecto curricular⁴.
- **El currículo como práctica social y educativa.** El currículo en su modalidad de plan, (de documento escrito), y su aplicación en la realidad escolar genera efectos en las relaciones dentro del aula. La combinación de los lineamientos normativos que se expresan en el plan con el conjunto de valores, intereses, expectativas y actitudes que sostiene el maestro y los alumnos, durante la enseñanza, matiza la formación profesional. El currículum se define como una práctica social, política y educativa presente incluso en el diseño del propio modelo curricular, en su aplicación en la vida académica de la escuela, y en su evaluación, siempre bajo una perspectiva crítica y globalizada⁵.

En mi opinión, quienes nos dedicamos a la enseñanza de una materia en particular, sin tener como eje central de investigación la educación o la docencia tenemos que abordar el currículum como proceso. Que, por supuesto debe estar precedido de un producto que es el programa concreto, en el que se refleja la planeación y cuyo resultado es el plan de estudios y, concretamente, el programa de la materia, con la consecuente elaboración de un mediador del proceso de enseñanza aprendizaje, que es el libro de texto, el material didáctico, las estrategias de aprendizaje y el proceso de evaluación. Sin embargo, ello no significa que se ignoren las implicaciones necesarias de las otras concepciones y que, sin duda, influyen en la operación del diseño curricular seleccionado.

Es importante considerar que una de las obligaciones de los docentes es la revisión permanente de los planes y programas de las materias que imparta no sólo para su actualización, sino sobre todo para su inserción en un modelo educativo concreto que será el eje rector de su práctica cotidiana en el aula. Esa labor es la que debe realizarse al interior de los cuerpos académicos colegiados.

⁴ *Idem*, p. 23.

⁵ *Idem*, pp. 24, 26.

2. Esquema del desarrollo curricular

En el desarrollo curricular se deben cumplir diversas etapas que conforman la planeación, así encontramos⁶:

- Un conjunto de conocimientos, ideas o experiencias sobre el fenómeno a organizar, que actuará como referente conceptual y permite explicar lo que se decide.
- Un propósito, fin o meta a alcanzar que aporta la dirección a seguir.
- Una previsión respecto al proceso a seguir que habrá de concretarse en una estrategia en la que se incluye los contenidos o tareas a realizar, la secuencia de las actividades y alguna forma de evaluación o cierre del proceso.

En los objetivos del proceso inicia lo que podríamos denominar construcción del proyecto curricular. La idea fundamental a la que corresponde la idea de objetivos es la de clarificar un proceso, haciendo explícito lo que se desea hacer, el tipo de situaciones formativas que se pretende crear, los resultados a los que se pretende llegar.

Los elementos que debe incluir todo programa escolar son los siguientes:

2.1 Identificación y ubicación

Son los elementos generales que conforman el plan de estudios, los datos generales de identificación y su utilización en el mapa curricular.

2.2 Objetivos generales

Los objetivos generales se formulan como una descripción de los resultados generales que interesa obtener en un proceso educativo, considerando las necesidades que se desea cubrir y el nivel educativo de los alumnos.

Algunas características de los objetivos terminales son⁷:

- a) Deben describir específicamente la conducta a desarrollar por el alumno, ya que son objetivos de aprendizaje.
- b) Lo que describen es lo que los alumnos han de ser capaces de hacer tras haber completado una experiencia instructiva.
- c) El objetivo debe identificar la conducta u operación a realizar y el contenido de dicha conducta, diferenciando la tarea a realizar del resultado de dicha acción.

⁶ Zabalza, *op. cit.*, p. 30.

⁷ *Idem*, pp. 97, 98.

- d) La conducta se describe en términos de habilidades concretas. Cada necesidad se identificará y se transformará en conductas hasta que se describa lo que el aprendiz ha de hacer cuando haya alcanzado la meta que satisfaga esa necesidad.
- e) Deberán ser conductas observables, de no ser así, se tendrán que describir claramente para que se puedan reconocer.
- f) Se deberá indicar el contexto en que será evaluada la conducta (facilidades o limitaciones que contará el alumno); de ser posible se especificará el nivel de logro que los alumnos han de alcanzar.
- g) La realización de la conducta realizada por los alumnos es la evidencia de que el aprendizaje se ha logrado.
- h) Sí el objetivo no se ha logrado, podría optarse por las siguientes opciones: Se repite el proceso hasta que dicha conducta se adquiriera, se cambia el objetivo, se alternan las estrategias seguidas, o bien se busca otro contenido u otra organización del currículum a esto se le denomina *feed-back o realimentación tecnológica*.
- i) Los resultados objetivos son comunes para todos los sujetos, son homogéneos, y los alumnos podrán invertir en su consecución diferentes periodos de tiempo e incluso realizar procesos diferenciados. (También pueden existir modelos individualizados para el logro de objetivos).

Para la elaboración de los objetivos terminales se deberán utilizar verbos que describan capacidades humanas. Es importante tomar en cuenta la escala taxonómica de los objetivos que nos permite sistematizar el aprendizaje en sus diferentes niveles de complejidad y que permiten reconocer los avances concretos de los estudiantes. Siempre se parte de lo más elemental a lo más complejo. Así, tenemos tres niveles: *aprendizajes elementales*, centrados en el *saber* (saber recordar, saber reconocer, etc.) en el cual se recogen los conocimientos de breve duración adquiridos por reproducción. *Aprendizajes intermedios*, centrados en el *comprender* (conocimiento significativo, saber aplicar). *Aprendizajes superiores* basados en el *descomponer e integrar*.

Los cuadros siguientes nos muestran el desarrollo que debería seguir el aprendizaje del alumno.⁸

⁸ *Idem*, pp. 117, 118.

Cuadro No. 1
Aprendizajes Elementales

EL SABER	Aprendizaje como fijación-reproducción de informaciones provenientes del exterior. El alumno sabe recordar, reconocer y retener un contenido.	
	Términos	*Aislados
		*En cadena
	Informaciones	*Adicionales de conocimientos aislados
		*Adicionales de conocimientos en cadena
	Conceptos	*Concretos (términos y hechos)
		*Abstractos (términos y hechos)
	Principios Teóricos	* Primer nivel: relaciones entre concepto concretos / abstractos;
		* Segundo nivel: relacionados con los de 1er nivel.

Cuadro No. 2
Aprendizajes Intermedios

COMPRENDER	El aprender como primera elaboración de la “información” adquirida. El alumno sabe utilizar y aplicar los conocimientos adquiridos a diversos lenguajes y con diferentes modelos interpretativos y aplicativos.	
Descripción	* Traducción de código:	Capacidad de escoger el lenguaje adecuado para cada caso concreto
	* Interpretación:	Capacidad de parafrasear
	* Extrapolación:	Capacidad de justificar las bases internas del proceso, explicar premisas, indicar las posibles implicaciones, consecuencias y efectos del contenido
Aplicación	* Ejecución:	Capacidad de utilizar técnicas, fórmulas, criterios, métodos y teorías de cada disciplina.
	* Resolución	Capacidad de responder a un interrogatorio cognitivo planteando diversos argumentos y utilizando diversos instrumentos para resolverlo.

Cuadro No. 3
Aprendizajes Superiores Convergentes

DESCOMPONER / INTEGRAR	Proceso de descomposición sistematización. Reconstrucción mental y operativa dentro de los contenidos de una unidad de conocimiento dada. Análisis y síntesis en períodos amplios de tiempo.	
Análisis	*Descomponer:	Contenidos, cualidades formales, lenguajes, estructuras lógicas.
	*Seleccionar:	Relaciones entre hechos con conceptos, principios, etc., captando sus características no notorias.
Síntesis	*Poner en marcha procedimientos:	Capacidad de resolver y plantear problemas dados.
	*Proyectar:	Capacidad de indicar los planes de organización, las ideas y esquemas necesarios para construir una síntesis conceptual o tridimensional “saber pensar y juzgar”.

Cuadro No. 4
Aprendizajes Superiores Divergentes

DESCUBRIR / PROYECTAR	Proceso de descubrimiento de aspectos cognitivos inéditos, invención de diversas soluciones para un mismo problema. Análisis y síntesis en períodos cortos de tiempo.	
Análisis	*Intuir:	Iluminación repentina que refleja una organización interna espontánea o una representación inédita en conjunto.
	*Inventar:	Aptitud para la composición literaria y para la solución de invenciones.
	*Creación artística:	Aptitud para libre elaboración de secuencias y estructuras gráfico-pictóricas, etc.

1.3 Contenidos

La selección de los contenidos obedece a necesidades teórico-prácticas que permitirán a los alumnos competir en el mercado laboral, necesidades que serán cubiertas en cada materia. Por una parte, se debe trabajar el acervo teórico indispensable para incursionar en las discusiones actuales del área concreta y, por otra, el manejo práctico de las herramientas conceptuales y empíricas que permitirán al alumno incursionar en el ámbito laboral.

Se debe tener presente que el contenido es “todo aquello que puede ser objeto de aprendizaje: conocimientos, actitudes, habilidades.” La selección de contenidos es elegir dentro de todos los posibles contenidos de aprendizaje aquellos que son pertinentes para el logro de los objetivos *curriculares* previamente formulados.⁹

Es importante considerar la guía general de CENEVAL* para el examen nacional de acreditación, ya que ello nos indica los requerimientos exigidos en esta disciplina para su acreditación nacional.

1.4 Estrategias de Aprendizaje

Al elaborar las estrategias de aprendizaje se debe puntualizar primero, los objetivos específicos, posteriormente, presentar las actividades para el logro de esos objetivos y, finalmente, proporcionar instrumentos de autoevaluación que permitirán a los alumnos conocer su avance en el logro de los objetivos curriculares.

Algunas de las estrategias podrán incluir técnicas como las siguientes:¹⁰

- **Trabajo cooperativo.** Debe reunir las siguientes características: interdependencia, interacción cara a cara, responsabilidad individual, utilización de habilidades interpersonales, procesamiento grupal.
- **Técnica de rompecabezas.** Se forman equipos de seis personas y se divide el material en 6 tantos cada uno estudia su parte. Posteriormente los miembros de diversos equipos se reúnen en grupos de expertos para discutir su sección y después regresar a su equipo original.
- **Aprendizaje en equipo.** Se divide a los estudiantes en grupos heterogéneos, el profesor reparte el material y todos trabajan en él hasta asegurarse que todos los miembros del equipo entendieron. Posteriormente los alumnos son evaluados en forma individual y el profesor compara la evaluación grupal con la individual
- **Torneo de equipos.** Es similar a la anterior pero se sustituyen los exámenes por torneos académicos semanales; donde los estudiantes de cada equipo compiten con otros que tengan igual nivel de rendimiento que ellos. Cada miembro de grupo tendrá igualdad de oportunidades y contribuirá a la puntuación grupal.
- **Equipo de ayuda a sus miembros.** Los alumnos pasarán una prueba diagnóstica y reciben enseñanza individualizada, después forman parejas o tríos e intercambian conocimientos trabajando con base en guías y hojas de trabajo personal. Los compañeros se ayudan entre sí a verificar el avance del equipo.

⁹ Arnaz, *op. cit.*, pp. 29, 30.

* El CENEVAL tiene por objeto contribuir a mejorar la calidad de la educación media superior y superior mediante evaluaciones externas de los aprendizajes logrados en cualquier etapa de los procesos educativos, de manera independiente y adicional a las funciones que en esa materia realizan las propias autoridades e instituciones educativas.

¹⁰ Frida Díaz Barriga Arceo, *Estrategias Docentes para un Aprendizaje Significativo*. Una Interpretación Constructiva, Mc.Graw Hill, México, 1998, pp. 63, 64.

- **Aprendiendo juntos.** Fases generales: **a).**Selección de actividades que involucren soluciones de problemas, aprendizaje conceptual, pensamiento divergente o creatividad. **b).**Toma de decisiones respecto del tamaño del grupo, asignación de material. **c).** Realización del trabajo en grupo. **d).** Supervisión de los grupos.
- **Investigación en grupo:**
 - ◆ Selección del tópico
 - ◆ Planeación cooperativa de metas y procedimientos
 - ◆ Implementación: realización de la actividad con monitoreo del profesor
 - ◆ Análisis y síntesis de lo trabajado y del proceso seguido
 - ◆ Presentación del producto final
 - ◆ Evaluación

2. 5 Evaluación

Por razones de espacio, sólo diré que concibo a la evaluación como un proceso de obtención de información y empleo de la misma para formar juicios que, a su vez, se usan para la toma de decisiones. No se trata de un hecho singular o aislado, sino de un proceso, por ello la evaluación debe ser parte integrante de todo el desarrollo curricular y no una última actividad del curso. Es importante considerar que se trata de un conjunto de fases ordenadas e integradas que son un sistema. Es decir, la evaluación no es algo separado del proceso de enseñanza-aprendizaje, no es un apéndice independiente en dicho proceso, ya que juega un papel específico con respecto al conjunto de componentes que integran la enseñanza como un todo.

Reflexión final:

La enseñanza del derecho en la Universidad Veracruzana requiere una revisión impostergable para incorporarla al nuevo modelo educativo de la propia universidad. Es importante partir de una concepción diferente en la definición e interrelación de los actores educativos. Desacralizando la figura del “maestro” como poseedor de la verdad y como autoridad suprema en el aula. Es urgente que el estudiante se incorpore activamente en la toma de decisiones de su propio aprendizaje, prescindiendo en muchas ocasiones de la figura del profesor, utilizando las herramientas necesarias e indispensables para ser gestor en la búsqueda de respuestas y, lo que es más importante aún, en el planteamiento de preguntas.

Con estas reflexiones simplemente quiero compartir una necesidad de todos los profesores de derecho de reordenar y explicitar las implicaciones mínimas del diseño curricular que cada cual elija.

Bibliografía:

- ARNAZ José A., *La Planeación Curricular*, 2ª ed., Editorial Trillas. México, 2000.
- COOPER, M James, *Estrategias de Enseñanza*. Guía para una Mejor Instrucción. Tr. María Teresa García Arroyo, Editorial Limusa, Noriega editores, México, 1993.
- DÍAZ BARRIGA ARCEO, Frida, *Estrategias Docentes para un Aprendizaje Significativo*. Una Interpretación Constructiva, Editorial Mc.Graw Hill, México, 1998.
- RUIZ LARRAGUIVEL, Estela, *Propuesta de un Modelo de Evaluación Curricular para el Nivel Superior*. Centro de Estudios Sobre la Universidad, UNAM; México, 1998.
- ZABALZA A. Miguel, *Diseño y Desarrollo Curricular*. 7ª ed., Editorial Narcea, Madrid, 1997.

Mujer, género y derecho.

Maestra María del Pilar Espinosa Torres.*

RESUMEN: *Este trabajo transdisciplinario esboza los planteamientos básicos del pensamiento feminista, una revisión de algunas reformas legales en México y un relato histórico sobre la situación de la mujer, con la finalidad de poder acceder a la bibliografía jurídica especializada y contemporánea, así como realizar estudios aplicados sobre el tema.*

Los vínculos conceptuales entre mujer, género y derecho son problemáticos en el mejor de los casos. Además es evidente que la literatura feminista actual carece de modelos conceptuales que se ajusten a los marcos teóricos y disciplinarios. Estos son los problemas que la autora trata en su búsqueda de áreas sensitivas de discriminación contra las mujeres, lo mismo en la legislación federal que la local del Estado de Veracruz. La autora considera la discriminación legal en México como un campo abierto, maduro para la investigación interdisciplinaria. Este artículo es una invitación.

Palabras clave: Mujer, género, derecho.

ABSTRAC: *Conceptual links between woman, gender and the law are problematical at best moreover it is all too clear that current feminist literature is badly in need of conceptual models fitting theoretical frames and disciplines. These are the problems the author deals with in her search for sensitive spots of discrimination against women in both federal and local Veracruz state legislation. Legal discrimination in México is considered by the author as an open field, ripe for interdisciplinary research. This article is an invitation.*

Key words: woman, gender, law.

SUMARIO: Introducción. 1. El pensamiento feminista y el derecho. 2. La situación en México y Veracruz. 3. Un caso histórico de discriminación de la mujer. Consideraciones finales.

Introducción

Se habla mucho en nuestros días de estos conceptos, sin embargo, no es fácil comprender los mismos ni su relación. Por principio es indispensable partir del panorama actual del feminismo contemporáneo, que ha evolucionado mucho desde su surgimiento como movimiento en la década de los setentas hasta el momento, y relacionarlo con el derecho. Existe mucha información en otras áreas, pero al revisar el acervo existente en materia jurídica en México, encontramos principalmente tópicos sobre violencia familiar, derechos

* Maestra e investigadora de la Universidad Veracruzana.

laborales de la mujer o derechos electorales, con argumentaciones que a simple vista y para los no especialistas suenan hasta contradictorios. Por ello, queremos comentar un material valioso, no fácilmente accesible para los interesados y que puede ser útil a muchos y muchas lectoras para clarificar la cuestión y prepararse al estudio de la bibliografía jurídica especializada. Después haremos un intento por aplicar algún aspecto del pensamiento feminista a nuestro país y estado. La historia de la mujer en México ofrece datos interesantes para evaluar la discriminación femenina, por ello dedicaremos un espacio a un interesante relato de una mujer mexicana.

1. El pensamiento feminista y el derecho

La relación entre mujer y derecho abarca, como puntualiza Tamar Pitch, muchas cuestiones: trabajo de mujeres, ciudadanía, cuerpo, sexualidad, relación entre sexos, todas centrales en el debate y las políticas feministas en torno al derecho. Sin embargo, no puede decirse que hay teorías ni disciplinas feministas, debido, entre otras razones, a la complejidad, diversidad de enfoques y amplitud de horizontes dentro del feminismo, lo que le da una característica de “supradisciplinariedad” e impide poder hablar de “una teoría” o de “una disciplina”. Por ello esta autora, quien realiza sus trabajos preferente aunque no exclusivamente en el saber jurídico y en el sociológico, opina que es preferible calificar todas las aportaciones dentro del “pensamiento feminista”. Por cuanto al significado de derecho, en este campo son útiles principalmente dos sentidos: el primero como “la instancia que regula e institucionaliza el orden presente de las relaciones sociales, económicas, políticas, personales” y el segundo como “instancia que da legitimidad a ese orden, le confiere valencia simbólica”.¹ Se dice que el hombre (género masculino) ha creado el derecho a partir de un modelo masculino, discriminador de la mujer, siendo en estas últimas décadas cuando se le ha dado voz a ellas, lo que representa un acontecimiento de gran trascendencia en la evolución jurídica. Luigi Ferrajoli opina que el libro de Pitch es sobre la libertad y así como la libertad personal nació históricamente como una libertad abstracta, concretamente modelada por la libertad masculina, puede ser remodelada por la libertad femenina, de la misma manera que se hizo con la igualdad como derecho fundamental.²

Para abordar libros como el de Tamar Pitch es necesario recurrir a un material que nos familiarice con ese pensamiento feminista y su evolución. Así encontramos que Susan Emmenegger,³ parte de una reflexión sobre la supuesta igualdad de la mujer en diferentes ámbitos, sobre todo en la esfera de los derechos políticos y en su situación laboral. A continuación expone el concepto y contenido de una disciplina novedosa, al menos para mí, la *jurisprudencia feminista*, término surgido en los países anglosajones y escandinavo en la década de los setenta. Considera esta materia al derecho como el objeto de análisis feminista, planteando la cuestión de saber cuál es el papel que el concepto de género desempeña en la creación y aplicación del derecho. Está integrada por tres dominios:

¹ Tamar Pitch. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Prólogo de Luigi Ferrajoli y epílogo de Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003, pp. 19-22. Incluye este libro cinco capítulos: libertad femenina y nuevas tecnologías reproductivas; aborto; (relaciones familiares) mujeres y maridos, madres y padres; violencia sexual y políticas del derecho y libertad femenina.

² Luigi Ferrajoli. Prólogo al libro de Tamar Pitch, cita anterior, p. 16.

³ “Perspectivas de género en derecho”. www.unifigyr.ch/derechopenal/anuario/99-00.

dogmática jurídica, teoría del derecho y la crítica feminista. Entiende por *dogmática jurídica feminista*, la sistematización e interpretación del derecho en relación a los aspectos de género. Se pone como ejemplo el nacimiento de un niño o niña y sobre este acontecimiento hace incidir todas las disposiciones jurídicas de diferentes ramas que confluyen, distinguiendo si se trata de un varón o una mujer. La finalidad de este análisis es, ante una diferencia inequitativa, proponer la igualdad entre hombres y mujeres.

La teoría del derecho feminista se centra en el derecho en cuanto tal, en su naturaleza y su fundamento filosófico. Su objetivo es establecer tesis generales sobre la relación entre el derecho y la justicia en ambos sexos.

La crítica jurídica feminista analiza los efectos concretos del derecho positivo y plantea la cuestión de saber si estos efectos son neutros desde el punto de vista del género. Esta corriente es la mas desarrollada y tiene tres perspectivas, la liberal, la relacional y la radical. A) Perspectiva feminista liberal. Se fundamenta a partir del liberalismo político y la igualdad. Se opondrá a las reglas del derecho que impidan la participación igual de las mujeres en los sectores tradicionalmente reservados a los hombres, principalmente en la esfera pública, política y en el mercado laboral. Considera las cuotas como medio para realizar la igualdad de oportunidades. Después de lograr la igualdad formal pretende la igualdad material. B) Perspectiva feminista relacional. También llamada feminismo de la diferencia. Hombres y mujeres se orientan a valores distintos. El análisis del derecho intenta detectar si se privilegian los valores, las características y los comportamientos masculinos. De ser así se propondría modificarlo para respetar la identidad femenina. Las feministas liberales buscan la igualdad, por ejemplo en materia laboral, las relacionales, preferentemente la libertad, así, exigen la remuneración por el trabajo doméstico.⁴ C) Perspectiva feminista radical. Esta vertiente afirma que la causa de la desigualdad es el patriarcado o poder de los hombres, desarrollándose así la noción de género, siendo este término, en este grupo, sinónimo de “organización social de la diferencia sexual, propia de la relación de jerarquía”. Lo masculino, se considera superior a lo femenino y esto se traduce tanto en las normas como en su aplicación.

Se aclara que los puntos comunes entre las diferentes perspectivas feministas son: 1. el método utilizado para analizar el derecho; 2. Crítica de su pretendida neutralidad y objetividad y 3. La finalidad de establecer un derecho mas igualitario. Por cuanto al método “La cuestión femenina” consiste en saber si el derecho considera la realidad social femenina de la misma manera como lo hace con la realidad social masculina. Ejemplos: el empleo a tiempo completo del hombre y parcial de la mujer, las diferencias entre el trabajo remunerado de uno y otro o la ignorancia del trabajo doméstico tradicionalmente realizado por la mujer.

En las discusiones sobre cómo analizar el derecho se plantean varias cuestiones, a) la primera incide sobre las libertades individuales preguntándose ¿privilegia el derecho las relaciones de poder existentes bajo una capa de legitimidad? Por ejemplo, el concepto de

⁴ Estudios recientes en México, en el Distrito Federal (2004) indican que una ama de casa realiza un trabajo equivalente a \$8000.00 mensuales. “Numeralia”, Televisa, noticiero de Joaquín López Dóriga, 11 de febrero 2004.

esfera privada fue punto excluyente durante mucho tiempo para no intervenir en la violencia intrafamiliar, o el ámbito de la libertad de contrato, negado a la mujer mucho tiempo, o la diferencia de cotizaciones en las primas de seguro mas elevadas para las féminas, hasta el precio mas elevado en algunos servicios como las peluquerías y el salario mas bajo para ellas; b) Otro punto en el análisis es revisar los valores protegidos por el derecho, si se trata de los típicamente masculinos: poder financiero de la familia o el valor femenino de la emoción, importante éste en cuestiones como intromisiones a la vida privada; y c) Preguntarse cuál es el comportamiento exigido a hombre y a mujer. Era una excluyente generalizada en los antiguos ordenamientos penales la emoción violenta en el homicidio doloso cometido por el hombre o la legítima defensa, las cuáles se entendían eran comunes en ese sexo, no en la mujer. Igualmente, todavía es difícil demostrar la violación de la mujer por coerción psicológica si no existe violencia física.

La teoría crítica feminista radical trae como resultado el desmontaje del derecho, entendiéndose por desmontaje deshacer la pretensión del derecho a la neutralidad y a la objetividad sexual. Se afirma por los seguidores de esta vertiente que a pesar de la realización casi total de la igualdad formal y aún cuando las normas legales sean formuladas de manera neutra desde el punto de vista sexual, el derecho sigue siendo un derecho de género y este género es el masculino. El objetivo final es lograr un derecho igual ya que éste, se dice, no es objetivo ni neutral.

Verónica Spaventa,⁵ aclara varios puntos a lo anteriormente expuesto, iniciando con una reflexión histórica del patriarcado, desde Aristóteles a los contractualistas de la Revolución Francesa, pasando por San Agustín, Tomas de Aquino y otros, afirmando que las leyes, al hablar de *hombre*, bien se refieren a la humanidad, o al derecho del varón pero nunca a la mujer. Predomina un modelo dicotómico entre los dos sexos así como entre las esferas público y privado. La mujer no era ciudadana por ser naturalmente subordinada y sometida, lo que le impedía ser considerada “individuo” por carecer de las notas distintivas: libertad e igualdad.

Puntualiza la autora que hay un gran trecho del primer feminismo a los estudios de género, reconociendo a esa corriente aportes muy valiosos, como la denuncia de la situación de subordinación y sujeción de las mujeres, además de distinguir entre sexo y género para finalmente llegar a la afirmación “el derecho tiene género”. Esta distinción es fundamental para toda la bibliografía feminista, sexo es una distinción biológica dada por la naturaleza, el género es una cuestión cultural, desarrollada por los grupos sociales.⁶

En una primera fase de la teoría feminista se afirmaba: “el derecho es sexista”, aquí predominaba la lucha por la no discriminación, se busca la igualdad, la mismidad, el feminismo laboral. Propugna el reformismo legal para lograr la igualdad y el tratamiento igualitario. A finales de la década de los setenta se demostró el fracaso de esa tendencia ya que se había logrado la igualdad formal pero no la material, imposible por la diferenciación.

⁵ “Algunas reflexiones acerca del género del derecho.” www.memúltiple.com.ar/artículos/género.doc

⁶ Marta Lamas nos da otro concepto de género: “...se refiere a las áreas estructurales e ideológicas que comprenden relaciones entre los sexos. Conjunto de ideas, prescripciones y valoraciones sociales sobre lo masculino y lo femenino” en *Revista La Tarea*. www.latarea.com.mx/artícu8/lamas8.htm

De ahí que surge una segunda fase llamada precisamente así, de la diferenciación, en la cual el lema era “el derecho es masculino”. Los ideales de la neutralidad y objetividad son valores masculinos que han llegado a ser considerados como universales. Los legisladores, jueces, abogados, son en la mayoría varones. Se insiste, la imparcialidad, la neutralidad, la universalidad y la igualdad son masculinos. En esta etapa se busca aprehender las diferencias de género e incluso celebrar y reivindicar las cualidades femeninas. El ámbito público debe ser reconstruido por las mujeres teniendo en cuenta sus necesidades específicas. Se orienta hacia la protección de la mujer. Este feminismo de la diferencia intenta principalmente tres variantes: a) Corriente cultural, que pretende integrar la perspectiva feminista al sistema jurídico, lo cual se considera viable debido al gran número de jueces y abogadas que se han incorporado en las últimas décadas; b) Feminismo radical o de la denominación, que quiere suplantarlo el sistema jurídico por un sistema totalmente nuevo, basado en los valores femeninos desarrollando separadamente una justicia y una jurisprudencia feminista y c) luchar por cambiar no solo el sistema jurídico sino el patriarcado mismo. Toda la segunda fase, en sus tres variantes, se identifica con la afirmación del derecho como orden patriarcal.⁷

La última etapa del feminismo se ubica dentro del posmodernismo con una visión revisionista y reconstructiva afirmando que “el derecho tiene género”. Inmediatamente surge la duda si no es lo mismo este lema al anterior del “derecho es masculino”. Aclara la autora, quien obviamente es exponente de esta corriente, que no, ya que no puede generalizarse entre todos los hombres ni entre todas las mujeres, en cada grupo hay diferencias notables. Las primeras luchas feministas fueron hechas por mujeres de clase media, blancas, por lo cual no representaban a todas las mujeres de su tiempo.

Hay aquí una clara influencia –afirma la autora y se nota al leerlo– de Foucault, Lacan y sobre todo de Derridá y su concepto de *deconstrucción*. Afirman que el pensamiento liberal clásico se estructura en función de un modelo dicotómico, o sea que existen dualismos o pares opuestos: Hombre-mujer, racional-irracional, objetivo-subjetivo, activo-pasivo, pensamiento-sentimiento, razón-emoción, cultura-naturaleza, poder-sensibilidad, abstracto-contextual, universal-personalizado. Estos pares son masculinos los primeros y femeninos los segundos, estando jerarquizados de superior a inferior y correspondientes los unos a la esfera pública y los otros a la privada. En los tres estadios de la evolución feminista se rebaten uno o todos estos planteamientos. La primera etapa rechaza la afirmación de que las mujeres son inferiores a los hombres pero acepta la jerarquización de los binomios, lo racional será superior a lo irracional. La segunda etapa del feminismo, la de la diferenciación, rechaza la jerarquización de los términos del binomio, pero acepta la sexualización de los mismos a favor de una revalorización. En la última etapa se pretende romper con los binomios, afirmando que hay profundas diferencias al seno de cada uno de ellos por lo cual se rechaza tanto la sexualización como la jerarquización de los dualismos y se pretende romper con los roles tradicionalmente asignados. Se sostiene que el derecho no puede ser objetivo, racional, abstracto y universal porque los binomios no son polos opuestos ni pueden dividir el mundo en esferas separadas. La reconstrucción irá en el sentido de aceptar que derecho, igualdad,

⁷ Ferrajoli ubica a Tamar Pitch dentro de la corriente del feminismo de la diferencia. Prólogo cit. p. 13

racionalidad deben ser repensados develando las falsas certezas y admitiendo las complejas realidades de la vida.

2. La situación en México y Veracruz

Pittch, Spaventa y Emmenegger incluyen una actualizada bibliografía sobre el tema, desgraciadamente no fácilmente accesible en México. Se tocan, además de los tópicos reseñados, otros muchos de interés, como por ejemplo el análisis del contractualismo y las falacias que entraña. Por ello son de gran importancia para poder comprender mejor otros artículos de áreas jurídicas especializadas⁸ o las reformas legales en todos los ámbitos del derecho, efectuadas en los últimos tiempos en nuestro país, piénsese en el establecimiento de cuotas proporcionales para la mujer en la elección del poder legislativo o las reformas en el derecho civil del Distrito Federal para suprimir los requisitos de autorización del marido sobre la mujer en la contratación, la tipificación penal de la violencia familiar, etc., pero sobre todo para correlacionar las diferentes propuestas con la variante feminista de la que proceden: se busca la igualdad, o se propugna el reconocimiento de la diferencia. En el mismo sentido se ubica la reciente creación de Institutos de la Mujer.⁹ La última tendencia, al suprimir binomios corresponde con la visión contemporánea del derecho, no hay absolutos en la realidad ni en el derecho. La igualdad y la diferencia pueden coexistir. Es necesario analizar cada punto problemático, tanto a los sujetos como las circunstancias. Para ello resurge la necesidad de establecer y aplicar criterios de justicia.

Una ventaja más de la lectura de este material: comprender la posición individual ante el feminismo. No hay un feminismo, sino varios, podemos identificarnos con alguno de ellos o con ninguno debido a las circunstancias personales, pero indudablemente deben reconocerse los logros de esos grupos y adecuar cada etapa con la problemática específica, para así, reconociendo las enormes diferencias tanto de hombres como de mujeres se puedan detectar y superar las injusticias, o también criticar las diferentes posturas. Los documentos internacionales de derechos humanos de la mujer receptan los avances de la teoría feminista moderna y ahora sí podemos comprender la diferencia de pedir la no discriminación, la igualdad, la equidad o la paridad.

Tocará ahora analizar el derecho desde estos planteamientos y hacer la interpretación de las normas mas allá del texto. Nosotros pretendimos aplicar la *deconstrucción* en un primer enfoque sobre la redacción del Código Penal de Veracruz de 1980, no encontrando diferencias semánticas hacia la mujer y si intentos de protección en

⁸ Muy interesante el de “La mujer ante el derecho penal”. Elena Laurrari, en www.poderjudicial.go.cv/sala_tercera/revista/REVISTA%252011/larrau11.htm+mujer+derecho y un libro reciente *El voto de las mujeres*. Sara Lovera y Xoloxochtli Casas (comp.) México. Plaza y Janés, 2004, este último a propósito del 50º. Aniversario (2003) del voto de la mujer en México.

⁹ El Instituto Nacional de la Mujer de México se creó por ley publicada en Diario Oficial de 12 de enero de 2001, estableciéndose formalmente el 8 de marzo de ese mismo año. Desde 1998 habían surgido en algunos estados. Actualmente (2004) hay 15 institutos o consejos estatales: Baja California Sur, Colima, Distrito Federal, Durango, Estado de México, Guanajuato, Michoacán, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas. www.inmujeres.gob.

las últimas reformas,¹⁰ sin embargo, después del estudio de este material, pueden hacerse otros análisis. Por ejemplo, utilizando la vertiente crítica del feminismo cultural, observamos un aumento de mujeres dentro del personal de administración de justicia. Veamos: En el Poder Judicial de Veracruz hay 26 varones y 10 mujeres como magistradas y magistrados de las siete salas del Tribunal Superior, Sala Constitucional, Sala Electoral, Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tribunal de Conciliación y Arbitraje, lo que representa un 38.8% . Hay 58 jueces varones y 19 juezas, de primera instancia, lo que representa el 32.75%. En el ámbito municipal tenemos 125 varones y 75 mujeres con una proporción del 60%, el más alto de todos.¹¹ Restaría constatar si muchas de ellas mantienen o no prejuicios de género al aplicar el derecho.

Un análisis grueso del derecho mexicano y del veracruzano nos indicaría que no hay diferencias en la creación del derecho, sin embargo faltaría hacer un análisis detallado y minucioso en cada área para verificar tal afirmación, así como realizar estudios de campo, sociológicos y criminológicos. La ya mencionada concesión de cuotas electorales para el sector femenino en las asambleas legislativas o la existencia de normas laborales con igualdad de derechos indican también una equidad. Sin embargo es sabido por todos las preferencias en la contratación de hombres debido a la obligatoriedad de conceder permisos por embarazo y maternidad. En el ámbito civil el otorgamiento de pensiones alimenticias para la esposa e hijos es rápido y fácil, sin embargo se dan algunas notables injusticias hacia hombres y mujeres, resultando interesante la advertencia de los teóricos feministas posmodernos, ya no se puede generalizar ni establecer a priori un principio favorecedor a un sexo. Hoy mas que nunca resurge la necesidad de recurrir a los criterios de justicia.

3. Un caso histórico de discriminación de la mujer

Todavía en nuestros días la aplicación del derecho,¹² sobre todo del penal y del civil se muestra con graves fallas en la discriminación de la mujer, se cumple con la legalidad pero con notoria injusticia, dándose casos como los del siglo XIX. Y por ello transcribimos parte de una historia real, las vicisitudes de Laura Mantecón, esposa del General Manuel González, presidente de México en las postrimerías de ese siglo.¹³ Se casó en 1860 a los 15 años con el entonces teniente González, 12 años mayor. Según narración de ella, desde el principio del matrimonio él la maltrató provocándole dos abortos, no le daba recursos para vivir y la humillaba constantemente. El después General González tenía muchos afectos con mujeres de la vida alegre y también mantuvo relaciones serias con señoritas de buena familia, reconociendo a varios hijos con éstas últimas. En ocasiones llevaba al hogar

¹⁰ “La mujer en el código penal de Veracruz”. María del Pilar Espinosa Torres. *Boletín de Historia de las Instituciones Jurídicas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U. V. Academia de Historia de las Instituciones Jurídicas Mexicanas. Enero-junio 2002, no. 7, pp. 29-32.

¹¹ *Revista Jurídica Veracruzana*. H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, Llave, número 85, tomo LXIV, marzo-junio 2003, pp. 181-223.

¹² Larrauri, en el artículo citado divide el análisis del derecho penal en tres áreas: creación de las normas, aplicación del derecho o ejecución de las mismas. En 1997 se constituyeron las Comisiones de Equidad y Género dentro del Poder Legislativo federal y un poco después las estatales, mismas que han promovido muchas reformas a favor de la mujer.

¹³ *La suerte de la Consorte. Las esposas de los gobernantes de México: historia de un olvido y relato de un fracaso*. 2ª, ed. Sara Sefchovich. México. Océano, 2002, pp. 152-163. Todo este relato está tomado de este libro.

conyugal a la amante de turno, mandando a su esposa a otras casas en la capital o en otro estado con instrucciones de no regresar a la capital. En una ocasión la envió a Cuernavaca pero viéndose ella obligada a volver por no tener como subsistir, tuvo que irse a una casa vieja en el entonces barrio de Tacubaya, que ni siquiera tenía cocina. Durante los 4 años en que fue presidente, González vivió con otra mujer, aguantando todo su esposa porque así se estilaba. Muchos años persistió esta situación, pero por fin ella se decidió a solicitar el divorcio, algo inaudito en esa época. En su escrito de demanda se plasma la situación de la mujer mexicana de fin de siglo, cuando en el mundo ya estaba avanzada la era de la razón y de la modernidad. Entre las causas del divorcio enumera: abandono económico ante el cual debía pedir frecuentemente ayuda a sus familiares y amigos; obligación de presenciar actos vergonzosos de su marido con las sirvientas; adulterio probado y conocido por la sociedad y malos tratos verbales y físicos.

El general, como ya lo anotamos, la corría de la casa reiteradamente con motivo de llevar ahí a hermosas jóvenes con las que mantenía relaciones. Sin embargo, a ella la convencen de aceptar solo separarse para no afectar la carrera política de su esposo, además de que se le dijo que él estaba proscrito y tenía confiscados sus bienes. Así vive varios años mientras el general escalaba puestos políticos y era presidente. En 1885, Laura finalmente promueve el juicio de divorcio encontrándose que su esposo, al ser presidente había cambiado los bienes conyugales a nombre de incondicionales y había hecho modificaciones en 1884 al código civil del Distrito Federal de 1870. Éste fue el primer ordenamiento mexicano que admitió el divorcio, aunque sólo en casos extremos como eran el adulterio en las mujeres (no en los hombres), el alcoholismo, las enfermedades contagiosas, la demencia, la violencia física exacerbada, la prostitución o corrupción de la mujer y de los hijos y el abandono del domicilio común. En realidad sólo se suspendían algunas obligaciones civiles autorizando de hecho la separación de cuerpos. Ninguno de los cónyuges podía volver a contraer matrimonio mientras el otro estuviera vivo. Se protegía a la mujer señalándole alimentos, (habitación, comida y vestido), aseguramiento y la asistencia en caso de enfermedad. El marido debía mantenerse como administrador de los bienes del matrimonio sin causar perjuicios a la mujer.

Las reformas a ese Código establecían entre otras normas que “la mujer no puede sin licencia del marido, dada por escrito, comparecer en juicio”, igualmente se suprime la herencia forzosa a la esposa e hijos legítimos. Jacinto Pallares, reconocido jurista admite la paternidad del entonces Presidente en esas reformas a la legislación civil. En los tiempos de estos sucesos la situación de la esposa era la de ser sufrida y abnegada y tener que cargar la cruz del matrimonio hasta la muerte. Las leyes admitieron el divorcio en México, pero la sociedad (¿o los hombres?) no aceptó durante mucho tiempo la aplicación a favor de ellas.¹⁴ Las mujeres quedaban excluidas de la buena sociedad independientemente del desamparo económico. Sería interesante un estudio histórico jurídico sobre los casos de divorcio interpuestas en los tribunales mexicanos por las mujeres en las postrimerías del siglo XIX y principios del XX. En los casos en que la mujer se atrevía a solicitar el

¹⁴ En 1914 se promulgó la Ley de Divorcio, misma que reconoce la separación vincular, misma que pasó a la Ley de Relaciones Familiares de 1917 y luego al Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1928. Ignacio Galindo Garfías. *Derecho civil*. Primer curso. Parte General. Personas. Familia, 12ª, ed. Porrúa, 1992, pp. 58 y ss.

divorcio, era, dice Sefchovich debido más a los ultrajes e infamias como los recibidos por Laura Mantecón, que a los malos tratos, violencias y humillaciones, adulterios, borracheras del marido. Su esposo la corrió de la casa, le quitó a sus tres hijos, la dejó sin medios de manutención y la calumnió. En el fondo él tampoco aceptaba ser divorciado, lo cuál aun para los hombres era muy mal visto en esos tiempos.

Laura Mantecón se enfrentó, lógicamente a un juicio desigual. Contra un esposo poderoso que había sido militar, compadre de Porfirio Díaz, (quien lo dejó en el puesto de presidente de la República), gobernador de Guanajuato y rico para comprar la justicia. Por eso ella no pudo conseguir ningún abogado, ni el de pobres, tampoco quiso nadie atestiguar a su favor, ni su hermana, cuñado o amigos. Además se encontró con jueces totalmente parciales al General. Es indignante leer la transcripción del escrito del juez que resolvió en el asunto. Éste dictaminó que no procedía la petición de divorcio por ser el adulterio lícito en el varón, además de que si ella no estaba presente en la casa no se actualizaba esa causal. Indica que la mujer está obligada a vivir con su marido pero no a la inversa, finalizando: “por el bien de la pareja se establece que el señor tenga preeminencia para terminar así con las disputas”. Interpone ella apelación y redactando ella misma los escritos, solicita la separación, pero pide acceso a sus hijos y pensión alimenticia. Mientras se resuelve la segunda instancia busca trabajo, primero instala una escuela elemental, gracias a que ella era instruida, sabía leer, lo que pocas mujeres de su época, pero los maestros desertan ante el hostigamiento oficial; pone después una casa de huéspedes que debe cerrar también por las presiones. Finalmente se va del país y en Nueva York estudia homeopatía, vuelve a México sin poder ejercer ya que estaba impedida por ser mujer. Se hace costurera y abre una pequeña tienda. Todas sus actividades se consideran motivo para no resolver a su favor el divorcio “por avergonzar al marido, poniendo establecimientos y viajar sin su permiso al extranjero”. Le quitan así, techo, comida y familia. Ante la opinión pública dominante, según dos escritores citados por Sara Sefchovich, ella fue una mujer con trastornos mentales, desórdenes emocionales y deseos de venganza que provocó, fomentó y utilizó el escándalo público para acosar, desprestigiar y proporcionar elementos a los enemigos políticos del general. Si hubo montones de mujeres, hijos fuera del matrimonio, malos tratos, humillaciones y ofensas era lo natural y debía aguantarse y guardar silencio, dijeron.

Consideraciones finales

El caso narrado, ¿era?, ¿o es la situación de la mujer en México? Cuando menos en amplios sectores de la población la narración anterior es todavía, en los inicios del siglo XXI una cruda realidad. La relación conyugal es un complejo fenómeno. Siguiendo los lineamientos esbozados en este trabajo, la jurisprudencia feminista, en su variante de dogmática jurídica, nos indica tomar una institución y hacer confluir sobre ésta las diversas ramas del derecho. Pensemos en el matrimonio y los efectos sobre el hombre y la mujer por cuanto al nombre. Para él hombre no hay cambios. La mujer lo modifica por ley o costumbre, según los diferentes países, sustituyendo el paterno y materno, o sólo el segundo por el del esposo.¹⁵ En México, se suprime el materno añadiendo la preposición “de”, que implica lógicamente

¹⁵ En otros países, Alemania, por ejemplo, hay una norma legal que obliga a la mujer a adoptar el apellido del esposo. En Panamá se derogó hace pocos años una disposición similar. Mariblanca Statf Wilson. www.legalinfo-panamá.com

posesión del esposo, pero se ostenta con gran orgullo por la mujer, más cuando el nuevo apellido es reconocido socialmente. En México no hay disposición legal que imponga la obligación de modificar el nombre, incluso se indica en formatos oficiales (fiscales sobre todo) poner el nombre y apellidos de soltera. Se trata, sin embargo de una costumbre con gran fuerza y todo un trasfondo histórico e ideológico

Nuestra área de especialización es el derecho penal, pero el tópico de la mujer nos obligó a romper las fronteras entre las materias. Como lo indica Pitch, la literatura feminista es supradisciplinar. En este trabajo fue forzoso hacer referencias a la filosofía, a la historia, a la sociología, a la economía y respecto al derecho, nos movemos necesariamente en el derecho constitucional, en el civil, en el penal, en el laboral. Los estudios sobre la mujer, deberán responder a un pensamiento complejo, tal como somos los seres humanos, hombre y mujer. Se impone el análisis minucioso de la legislación mexicana para detectar injusticias e inequidades, pero también surge la necesidad de reflexionar y cuestionar las demandas femeninas, y no olvidar que el derecho no resuelve, ni puede hacerlo, todos los problemas.

Bibliografía

EMMENEGGER, Susan, “Perspectivas de género en derecho”.
www.unifigyr.ch/derechopenal/anuario/99-00

ESPINOSA TORRES, María del Pilar, “La mujer en el Código Penal de Veracruz”, en *Boletín de Historia de las Instituciones Jurídicas*. Jalapa, Ver., Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 7, enero-junio de 2002, pp. 29-32.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia.*, 12ª, ed. México, Porrúa, 1992.

INSTITUTO NACIONAL DE LA MUJER, www.inmujer.gob.mx

LAMAS, Marta, “La perspectiva de género. www.latarea.com.mx/articulo8/lamas8.htm

LARRAURI, Elena, “La mujer ante el derecho penal”
www.poderjudicial.gob.salatercera/revista

LOVERA, Sara y Xoloxochtli Casas. (Comp.) *El voto de las mujeres*, México, Plaza y Janés, 2004.

PITCH, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Prólogo de Luigi Ferrajoli, Epílogo de Miguel Carbonell, Madrid, Ed. Trotta, 2003.

REVISTA JURÍDICA VERACRUZANA. H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, Llave, número 85, tomo LXIV, marzo, junio de 2003.

SEFCHOVICH, Sara, *La suerte de la consorte. Las esposas de los gobernantes de México: historia de un olvido y relato de un fracaso*, 2ª, ed. México, Océano, 2002.

SPAVENTA, Verónica, “Algunas reflexiones acerca del género del derecho”.
www.memultiple.com.ar/articulos/género.doc

RESUMEN. Este trabajo transdisciplinario esboza los planteamientos básicos del pensamiento feminista, una revisión de algunas reformas legales en México y un relato histórico sobre la situación de la mujer, con la finalidad de poder acceder a la bibliografía jurídica especializada y contemporánea, así como realizar estudios aplicados sobre el tema.

Los vínculos conceptuales entre mujer, género y derecho son problemáticos en el mejor de los casos. Además es evidente que la literatura feminista actual carece de modelos conceptuales que se ajusten a los marcos teóricos y disciplinarios. Estos son los problemas que la autora trata en su búsqueda de áreas sensitivas de

discriminación contra las mujeres, lo mismo en la legislación federal que la local del Estado de Veracruz. La autora considera la discriminación legal en México como un campo abierto, maduro para la investigación interdisciplinaria. Este artículo es una invitación.

ABSTRAC: Conceptual links between woman, gender and the law are problematical at best moreover it is all too clear that current feminist literature is badly in need of conceptual models fitting theoretical frames and disciplines. These are the problems the author deals with in her search for sensitive spots of discrimination against women in both federal and local Veracruz state legislation. Legal discrimination in México is considered by the author as an open field, ripe for interdisciplinary research. This article is an invitation.

Comentarios al nuevo Código Penal de Veracruz

Ana Gamboa de Trejo *

RESUMEN

El diseño de la política criminal del Estado de Veracruz queda de manifiesto en la puesta en vigor del nuevo Código Penal. La innovación de algunas figuras jurídicas lo pone a tono con los problemas más visibles dentro del ámbito de la criminalidad. Se trata de un documento por un lado de avanzada cuando incluye el trabajo a favor de la comunidad, y por otro, no abandona la vieja idea del aumento de la sanción privativa de libertad, lo que lo hace un código penal confuso, desde el punto de vista político criminal.

Palabras claves: política criminal, prevención, corriente alternativa, ley tutelar, ley garantista.

ABSTRACT

The design of criminal politics in the state of Veracruz is now put in vigor in the new penal code of Veracruz. The innovation of some juridical figures, puts it in tone with the most visible problems in the criminal aspect. Facing different issues in the community is one of the most important goals of this document. It also takes into consideration the old idea of increasing the time spent in prison. This also makes this code confusing regarding the political/criminal point of view.

Key words: criminal politics, prevention, alternative current, tutelary law, warranty law

Siempre será alentador para cualquier ciudadano que los ordenamientos jurídicos se renueven. Esto implica la revisión minuciosa de la legislación, la contrastación de ideas y sobre todo la consulta directa a quienes serán los beneficiarios de la disposición jurídica.

La aprobación de una ley como es el caso de la nueva ley penal para el estado de Veracruz, implica una responsabilidad mayúscula para quienes están directamente involucrados en su creación, como es el caso de la actual Legislatura. La historia del derecho penal veracruzano nos ha dado la oportunidad de sopesar la importancia del legislador veracruzano. Ha sido pionero en el país del avance jurídico, principalmente dentro del rubro del derecho penal. Tan sólo habrá que recordar que fue Veracruz el primer estado en la República Mexicana de donde surgió la ley penal de 1835, y por qué no recordar el código penal de defensa social de 1944, ley aquella innovadora, vanguardista, tal y como debe ser el caso de un instrumento jurídico cuyo principal objetivo es prevenir el delito de manera general y de forma especial.

Así tenemos que entender que los grandes problemas sociales que aquejan a un país, estado o municipio, se trata de resolver a través de la puesta en marcha de políticas

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

integrales. En donde el quehacer jurídico tiene un papel importante, desde el momento en que el legislador crea el derecho, con la finalidad de preservar la paz pública.

Precisamente, es a través del Derecho Penal de donde se deriva la política criminal instrumentada por el Estado para prevenir una serie de conductas que dañan la sana convivencia. De esta preocupación, juegan un papel importante dos disciplinas, cuyos objetivos son: la Política Criminal y la Criminología que predicen e instrumentan cuáles deben de ser los documentos jurídicos de los cuales se pueden derivar los programas que irán dirigidos a los núcleos sociales en conflicto. Estas dos disciplinas auxiliares del Derecho Penal, alertan a través de sus propuestas, tanto a nivel general como especial, para contrarrestar no sólo la criminalidad como debe ser su finalidad, sino al mismo tiempo advertir, sobre las conductas que puedan dar paso a la descomposición en la organización social.

Todo este quehacer, necesariamente obliga a la revisión constante de los instrumentos jurídicos. Como es el caso de los Tratados Internacionales, Convenios, Leyes, Reglamentos y Programas que tienen que ver con la materia. Con el propósito de conocer sus alcances y objetivos. Dentro de este mismo rubro, la teoría no podemos hacerla a un lado. Los nuevos paradigmas indican el rumbo por donde debe caminar el derecho.

Sin embargo, es necesario destacar que los problemas producto de conductas antisociales, no los resuelve de manera aislada el Derecho Penal. Sino que deben ser resueltos a través de una política integral, en donde coincida la multidisciplinariedad. Con esta nueva visión del derecho es como se puede garantizar de alguna manera el bienestar social. Por ello, interesa saber e indagar jurídicamente cuáles son los instrumentos legales que responden a esta propuesta. Y al mismo tiempo a cierta reacción de la sociedad.

Hoy tenemos ante nosotros el nuevo código penal de Veracruz, el cual, tal y como pudimos apreciar, no abandona la vieja corriente positivista y mantiene el arcaico discurso peligrosista. Impregnado del ilusorio discurso emanado de la criminología clínica, cuyos resultados no se han podido concretar a pesar de los grandes esfuerzos realizados; por falta de continuidad, de personal especializado y de insistir en la falsa idea de la rehabilitación. En donde el reo y el menor delincuente se tornan enfermos sociales, cuyo padecimiento sigue siendo la peligrosidad. De la que hasta hoy, no se ha encontrado el antídoto adecuado. Dentro de esta propuesta nuestros legisladores han insistido desde 1948. Sin el éxito deseado.

En este código de nueva creación, se señalan puntos por demás importantes. Pero su esencia se torna confusa. Pues pareciera que estamos ante un documento cuya política criminal encaja dentro de una corriente alternativa cuando innova “el trabajo a favor a la comunidad”, como sanción que aligeraría la carga económica que representan los más de diez mil reos contenidos en los reclusorios veracruzanos. Sin embargo, esto, que es un cambio substancial, se percibe contradictorio cuando vemos que la pena máxima ahora es de cincuenta años. De lo que habría que imaginar cómo el legislador no pensó en que durante ese tiempo escapa totalmente la idea de la rehabilitación. El reo se acostumbra a la prisión. La contradicción está clara. Por un lado evita la prisión cuando propone alternativas a ese castigo y, por otro, aumenta la sanción veinte años más. De esta manera

se presente complicada la política penitenciaria. A no ser que se opte de una vez por todas por clasificar las prisiones. Tarea que sin duda corresponderá a otra instancia.

Vale la pena detenerse en la justicia de menores contemplada en el actual código penal. Son inimputables los menores de 16 años, edad sobre la que se legisló desde 1932, en el Estado. Sin embargo, hay que hacer un alto dentro de esta disposición. A escasos ocho días antes de que nos convocaran para dar nuestra opinión sobre esta ley, leíamos en uno de los principales diarios de la República Mexicana lo siguiente:

Senadores de todas las fuerzas avalan proyecto de sistema integral de la materia. Reformarán la justicia para adolescente.

Con el aval de todas las fuerzas políticas se presentó ayer ante el pleno del Senado un proyecto de reforma constitucional con la meta de establecer un sistema integral de justicia para adolescentes, que plantea la creación de tribunales, jueces y agentes especiales del Ministerio Público que habrá de atender los casos de quienes tienen de 12 a 18 años de edad, bajo un criterio de readaptación social y de respeto a sus derechos humanos.

Analizada y consensada desde hace más de un año, bajo la supervisión del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en México, la propuesta ‘en forma alguna pretende disminuir la edad penal’, sino establecer un sistema de procuración e impartición de justicia para los adolescentes, que se ajusten a las disposiciones internas y a los convenios internacionales que México ha firmado en materia de protección a menores ... Se hizo la propuesta de transformar los centros tutelares – que en la actualidad son verdaderas cárceles donde se forman criminales – en lugares especiales de detención ... La iniciativa incorpora de manera expresa en el texto constitucional el derecho de los adolescentes para que, en caso de alguna infracción penal, se observe la garantía del debido proceso, para evitar las sanciones arbitrarias o desproporcionadas que impidan la readaptación ... ¿Qué es lo que se pretende? Se busca establecer un sistema de responsabilidad juvenil de acuerdo con la doctrina de Naciones Unidas en la protección integral de la infancia ... Se destacó que se trata de un ‘paso fundamental’, producto de un trabajo legislativo a fondo, que viene a demostrar que bajar la edad penal, como lo proponían algunos no es la solución.¹

Lo anterior, sólo nos pone a pensar que habrá que dar marcha atrás y ser coherente con lo que al principio de este documento que hoy comentamos se dice:

Artículo 2º.- Las normas relativas a los derechos humanos, contenidas en las Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos y del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, respectivamente, así como en los Tratados Internacionales suscritos por el Depositario del Poder Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, regirán, en la aplicación de este código.

Este proyecto de reforma constitucional presentado por todos los partidos políticos que están representados en el Senado pugnan por una política criminal infantojuvenil garantista y no tutelar, como la que se mantiene en nuestro Estado, la cual no es clara en el respeto a los derechos humanos de los menores que delinquen, desde el momento en que la ley tutelar aboga por la indeterminación de las sanción.

¹ Andrea Becerril, “Reformarán la justicia para adolescentes”, *La Jornada*, 5 de noviembre 2003.

Habrá que señalar que la justicia de menores ha tenido un tránsito infortunado. Desde el momento en que se confunde lo que es impartir justicia con una actitud proteccionista o correccionalista por parte del Estado. La primera, - la proteccionista -, en donde los menores que delinqu an estaban bajo la filantropía de patronatos e instituciones religiosas; la segunda - la correccionalista-, es tomada por el Estado dando paso a la llamada doctrina de la situación irregular, con un acentuado sentido proteccionista y cuya intervención violenta los derechos de los niños y jóvenes.²

A partir de las deficiencias de ambos modelos surge la doctrina de la protección integral cuyas propuestas dan paso a las leyes de segunda generación, las cuales tienen como objetivo principal el respeto a las libertades de los niños y los jóvenes, proponiendo un verdadero garantismo. Este modelo, actualmente ha sido adoptado por varios países en Latinoamérica. Y muy pronto será adoptado en la República Mexicana. Propone un esquema diferente del modelo tutelar. Basa sus presupuestos atendiendo a los diversos tratados internacionales suscritos por México, como son: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Nueva Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985); las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1988) y la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por México en 1991).

En dichos instrumentos se reafirma, entre otros, los principios de que para que un menor pueda ser privado de su libertad, se requiere que mediante un procedimiento conforme a las normas se le compruebe la comisión de un acto expresamente prohibido por las leyes penales; asimismo, que en dicho procedimiento tendrá derecho a la defensa y a la impugnación de las resoluciones, y que en todo momento deberán salvaguardarse sus derechos, no podrá sufrir torturas, ni malos tratos y la medida de reclusión se adoptará sólo como último recurso.³

Lo anterior supone no una reforma sino una revolución en el derecho de menores. Creemos que la vieja excusa de la acelerada madurez de los jóvenes veracruzanos a consecuencia del clima, se diluye cuando habrá que razonar que sólo los consideramos “adultos y reflexivos para delinquir no así, para el ámbito electoral o político”⁴ en donde la edad es de dieciocho años. Estaremos atentos a estos cambios que por supuesto beneficiarán a un sector de la sociedad que requiere nuestra máxima atención.

Mantenemos la esperanza de que no tengan que pasar veintidós años para estar acorde con lo que demanda la sociedad del siglo XXI. Tal vez dentro de poco volvamos a comentar un código penal fundado en los postulados de la Nueva Defensa Social, cuyos propósitos son los siguientes:

- a) Es su pretensión permanente el examen crítico y continuo de las instituciones vigentes, buscando mejorar actualizar y humanizar la acción punitiva; b) Se vincula con todas las ramas del conocimiento humano que sean capaces de aportar mejoras a la comprensión y atención del

² Véase la Introducción hecha por Elena Azaola a la obra de Emilio García Méndez, *Infancia-Adolescencia*, editado por UNICEF y Fontamara, México. 1999, pp. 11-14.

³ Elena Azaola “Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores” en *Memoria del Coloquio multidisciplinario sobre menores*, UNAM, México 1986, p.25.

⁴ Fernando Tenorio Tagle, “Justicia, minoría de edad y derechos humanos”, *Iter Criminis*, No. 2, INACIPE, México, 1999, p.117.

fenómeno criminal; c) Sabe que en el diseño de una Política Criminológica adecuada, no es bastante sola la atención de la política penal, pues ninguna sociedad puede basar su enfrentamiento con el delito en el Código Penal; d) Su meta, a través de una Política criminológica adoptada, es la garantía absoluta y cabal de los Derechos Humanos, rechazando inmediatamente la tesis punitivo-represivas.⁵

O, tal vez hagamos un alto en el estudio de la tesis número diez de Claus Roxin desde su Proyecto Alternativo, en donde de manera definitiva asienta: “En los países escandinavos, donde la prevención especial llegó a dominar casi exclusivamente, hoy la consigna es abandonar la teoría del tratamiento. De América llegó el postulado de la *no intervención*, de no inmiscuirse en el desarrollo de la personalidad del delincuente”⁶

Finalmente es de esperarse que de este nuevo código penal que diseña la política criminal del Estado, surjan los programas que permitan más tarde ponerlo a prueba, sin que esto impida que se enmiende en donde haya que hacerlo. A todos nos interesa experimentar una política criminal inspirada en los derechos humanos, en donde se respeten los principios de seguridad jurídica, de proporcionalidad, de intrascendencia de la pena, de dignidad humana, de legalidad, de presunción de inocencia, de defensa, de revisión, de jerarquía de normas y de coherencia. Para estar en posibilidad de generar una cultura que garantice nuestra seguridad.

⁵ René González de la Vega, *Políticas públicas en materia de criminalidad*, Editorial Porrúa, México 2001, p. 196.

⁶ Claus Roxin, “Desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo”, *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1982, p. 5 y ss.

Bibliografía:

AZAOLA, Elena, “Posibilidad y límites de dos modelos de justicia para menores”, en *Memoria del Coloquio multidisciplinario sobre menores*, UNAM, México 1986.

BECERRIL, Andrea, “Reformarán la justicia para adolescentes”, *La Jornada*, 5 de noviembre de 2003.

GARCÍA Méndez, Emilio, *Infancia-Adolescencia*, editado por UNICEF y Fontamara, México, 1999.

GONZALEZ de la Vega, René, *Políticas públicas en materia de criminalidad*, Editorial Porrúa, México, 2001

ROXIN, Claus, “Desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo” *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1982.

TENORIO Tagle, Fernando, “Justicia, minoría de edad y derechos humanos”, *Iter Criminis*, No. 2, INACIPE, México, 1999.

Las garantías procesales de los intereses sociales, colectivos y difusos

María del Rosario Huerta Lara*

RESUMEN

En este trabajo se examinan algunos obstáculos procesales omnipresentes en el procedimiento jurisdiccional mexicano que impiden la tutela de intereses supraindividuales, sociales, colectivos y difusos que tienen como fuente derechos humanos de la segunda y tercera generación, en particular los reconocidos por la legislación nacional y vinculatoriamente, los tratados y el derecho público internacionales.

Palabras clave: intereses supraindividuales, sociales, colectivos, difusos.

ABSTRACT

In this essay the author examined the legal obstacles omnipresent in the jurisdictional mexican process, all those that hinder the tutelage of supraindividual, social, collective and diffuse interests wich have as source the second and third human rights generation, particulary those recognized by the national mexican legislation and the connecting treaties and international public law.

Key words: *supraindividual, social, collective, difusse interest.*

SUMARIO: Introducción. I. Derechos sociales y denegada justicia. II. Las garantías procesales de los derechos sociales. III. Economía y política de los derechos sociales. IV. La vía mexicana. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

En este trabajo se examinan algunos obstáculos procesales omnipresentes en el procedimiento jurisdiccional mexicano que impiden la tutela de intereses supraindividuales, sociales, colectivos y difusos¹ que tienen como fuente derechos humanos de la segunda y

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

¹ Para Sánchez Morón, estas figuras suponen “un intento de perfeccionamiento técnico, hasta ahora inconcluso”, dirigido a “la protección de ciertos intereses sociales que no encuentran acomodo dentro del marco individualista de las doctrinas del liberalismo jurídico”. M. Sánchez Morón; *La participación del ciudadano en la administración pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980. Para Gutiérrez de Cabiedes, “Es la denominación que comienza a utilizar la doctrina para referirse a estos nuevos intereses; unos, ciertamente de reciente creación, otros, simplemente contemplados desde una perspectiva distinta a la tradicional. Durante los años sesenta, muy especialmente en Italia, se desarrolla una inusitada atención hacia ellos, formándose un auténtico movimiento doctrinal a favor de su reconocimiento jurídico y su tutela, vinculado a fenómenos colaterales a éste, como son la participación social, el control social, el del acceso a la justicia y la efectividad de la tutela judicial, cobrando estos conceptos un significado, relevancia y virtualidad que desborda lo que estrictamente tiene el término en sí”. P. Gutiérrez de Cabiedes, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales, colectivos y difusos*, Aranzadi, Navarra, 1999, p 68.

tercera generación², en particular los reconocidos por la legislación nacional y vinculatoriamente, los tratados y el derecho público internacionales.

Se pretende averiguar si, y solo sí, los pueblos indios y las comunidades indígenas, la población, los grupos sociales, las clases sociales, la familia, los trabajadores, los campesinos, los artesanos, las mujeres, los niños y las niñas, los adultos mayores, los incapacitados, los pobladores, los avecindados, los consumidores y todas aquellas colectividades invocadas en el texto vigente de la Constitución de 1917³, en tanto portadores de intereses colectivos, o titulares de derechos objetivos, son también titulares de derechos subjetivos públicos, y poseen las suficientes garantías procesales para acceder a la jurisdicción del Estado. O bien, haya que construir un nuevo sistema de legitimaciones para esta clase de intereses que no tienen cabida en el sistema vigente.

A partir de un examen comparado del sistema jurídico nacional y sus vínculos con el derecho internacional público, en materia de intereses supraindividuales, es posible indicar o contraindicar algunas vías para la obtención de la tutela jurídica y la garantía procesal procedente para esta clase de intereses y derechos que se realizan en el ámbito de la jurisdicción estatal mexicana, como ya se legisló en el sistema procesal español y en Latinoamérica, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, etc. Significa que las colectividades, con independencia de la personalidad jurídica que ostenten, adopten o a falta de ella, sean consideradas por la ley, sujeto de derecho de las políticas públicas del Estado y, legitimadas para accionar jurisdiccionalmente ante los tribunales, y exigir el restablecimiento del orden jurídico violado, el reconocimiento o restitución del derecho, la reparación del daño y la sanción al responsable, cuando esto ocurra. Particularmente se indagan las formas de reconocimiento procesal en torno al interés legítimo y el interés colectivo, y el libre acceso a la función jurisdiccional.

En México, desde su origen la Constitución vigente ha experimentado diversas reformas en sus normas. Imbuido por la demanda de los grupos sociales o inspirados en el derecho internacional público se han reconocido nuevos derechos de la segunda y tercera generación que inevitablemente conllevan a plantear remedios jurídico-procesales para la protección de los intereses sociales de grupo.

Estos intereses han quedado plasmados en la línea de los derechos humanos llamados económicos, sociales y culturales, como meros principios programáticos que se

² Estos nuevos derechos simplemente se añaden a los existentes derechos civiles y políticos, se juxtaponen a los derechos sociales, culturales y económicos. Entre esta nueva generación de derechos se encuentran el derecho al medio ambiente, el derecho de los consumidores, el derecho al desarrollo, el derecho a la calidad de vida, la libertad informática, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad, el derecho a la paz, etc. Lucio Cabrera Acevedo, *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos*, Porrúa, México, 2000, p. 217.

³ De manera especial las podemos localizar en el Título primero, capítulo I, relativo a las garantías individuales en el que se incluyen algunos derechos sociales básicos (trabajo, salud, vivienda, educación, medio ambiente, igualdad de género, entre otros) y en su carácter de intereses públicos están dirigidos a la atención de ciertos sectores de la población, a la satisfacción de determinados intereses colectivos. Como puede verse, el texto constitucional se remite, además de los ya citados, a los comerciantes, los industriales, los sindicatos, los patrones, los ejidos, los bienes comunales, las cooperativas, las asociaciones religiosas, entre otras, pero de manera especial el artículo 25 constitucional que se refiere a los grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la Constitución.

interpretan de acuerdo al criterio político y subjetivo de las distintas administraciones rectoras de la vida pública nacional. Sin fijar los máximos y mínimos de su alcance y contenido, el sistema jurídico nacional ha omitido legislar directivas para su expansión y plena satisfacción. Para el Estado mexicano, sólo algunos, entre una amplia gama de intereses sociales y colectivos han sido reconocidos y seleccionados como intereses públicos. La legislación mexicana ha llegado a regular determinadas materias al ámbito del interés público, haciendo énfasis en la asunción de su gestión y defensa, en virtud de la obligación de los poderes públicos de procurar y defender cierta clase de intereses considerados socialmente relevantes. Pueden ser sectoriales o intereses de diversas entidades públicas o de carácter heterogéneo.

Señala Sánchez Morón que la fórmula del interés público ha operado “como cláusula general de legitimación de la acción de los poderes públicos y ha jugado un papel mistificador en cuanto que utilizada como expresión de un concepto de contenido sustancialista, ya fuese de origen positivo formalista o iusnaturalista”⁴

De modo que en México, hasta hace poco, fueron las administraciones públicas quienes asumieron, por lo menos en la legislación y el discurso público, la misión de representar cierta clase de intereses sectoriales como la familia, los campesinos, los trabajadores, los gremios, los industriales, los comerciantes, los consumidores y recientemente los contribuyentes al fisco y los pueblos indígenas, por observar en ellos una trascendencia pública. Así, puede decirse que entre los intereses sociales de relevancia mayor y generalizada, más que circunscrita a bienes específicos, el Estado selecciona algunos en forma de intereses públicos y se constituye en su gestor y garante. Pero como señalan los tratadistas, no todos los intereses sociales son seleccionados como intereses públicos, en cuanto no formalizados como tales, ya que “la formalización completa de los intereses sociales como públicos conduciría al Estado totalitario” o un régimen centralista de economía planificada en detrimento de los principios de libertad.⁵

I. Derechos sociales y denegada justicia

En la legislación mexicana, la tipificación y codificación de los derechos sociales como intereses públicos, cuya tutela corresponde a los poderes legislativo y ejecutivo, que bajo otras lecturas podría considerarse como una prerrogativa a favor de los temas sociales, contiene una limitación definitiva: soslaya la falta de legitimidad y capacidad procesales de sus portadores, los grupos y clases sociales aludidos en el texto constitucional, quienes no podrán hacer exigibles sus derechos colectivos materiales ante los tribunales establecidos. Tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo, en su carácter de ejecutor de las leyes dictadas por el primero en materia social, no están expuestos al control jurisdiccional como resultado de la acción de colectividades agraviadas. En criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estas acciones, declaradas improcedentes por los tribunales mexicanos, tienen como base la falta de legitimidad procesal, atribución exclusiva de algunos órganos

⁴M. Sánchez Morón, *op. cit.*

⁵ José Almagro Nosete, *Constitución y proceso*, Bosh, Barcelona, 1984.

del Ejecutivo, cuyo objeto es la tutela de alguna clase específica de intereses.⁶ Para el derecho procesal mexicano, sólo están legitimados para actuar judicialmente las personas físicas y morales de carácter privado o público; en algunos casos, los representantes legales de los individuos o las personas directamente agraviadas; excepcionalmente, cualquier miembro de un colectivo legalmente reconocido, por ejemplo en materia laboral y agraria. Los rígidos principios decimonónicos de los que es heredero el actual sistema procesal mexicano, han creado un verdadero embudo al derecho de acceso a la Jurisdicción. Al incapacitar procesalmente a los justiciables (grupos, colectividades, comunidades y particulares, portadores de intereses colectivos y difusos) para actuar ante los tribunales, el Estado incumple en su *deber jurídico* de ejercer el control de la legalidad sobre los actos legislativos y administrativos de la autoridad responsable de la política social.

El poder ejecutivo federal en México es el titular de la ejecución de las leyes que en materia social son dictadas por el legislativo. La concentración y centralización de numerosas y excesivas facultades, propias de un régimen presidencialista, hacen de éste, un ejercicio preponderante y discrecional en detrimento de los otros poderes públicos. De acuerdo a la ley mexicana es atribución del ejecutivo el gobierno de los intereses públicos y generales de la Nación. Sin embargo, esta actividad, eminentemente administrativa se sustrae del control jurisdiccional cuando se trata de colectividades que demandan el restablecimiento de algún derecho omitido, ergo, violado, con motivo de la falta o indebida aplicación de una política pública ordenada por la ley, lo que no ocurre con las llamadas garantías individuales. A falta de auténticas garantías procesales a favor de las expresiones colectivas de los gobernados, el ejecutivo posee amplias facultades para actuar discrecionalmente, toda vez que la ley no fija ni los mínimos ni los máximos que delimiten su actuación como proveedor de los servicios públicos y sociales. La reiterada violación u omisión a las leyes de materia social ha sido índice de una cultura antijurídica que opta por la arbitrariedad contra el derecho, hasta que la ley es reemplazada por facultades discrecionales dictadas por usos meta constitucionales o costumbres antijurídicas. Se trata de la ausencia de un auténtico estado de derecho y la presencia de una anormalidad democrática.

II. Las garantías procesales de los derechos sociales

En el orden jurídico mexicano, los derechos sociales están siempre referidos como derechos a prestaciones públicas positivas. Esta concepción, inaugural del constitucionalismo moderno, de la cual la Constitución mexicana de 1917 fue precursora del desarrollo de lo que posteriormente habría de resultar en la concepción renovada de un *Estado social de derecho*. Este valor, conferido a las normas fundamentales, ha sido adoptado en las Constituciones de más reciente promulgación. Pertenecen a este encuadre los derechos al trabajo, la salud, a un medio ambiente sano, la alimentación, la vivienda, la educación; a un salario justo, derecho a la subsistencia y a la seguridad social, el derecho al desarrollo sustentable, etc.

⁶ Es el caso de las Procuradurías Agraria, del Trabajo, del Consumidor, de Defensa del Menor y del Indígena, de Protección al Medio Ambiente, de Protección al contribuyente. En el mismo plano se pueden citar los organismos públicos de derechos humanos, el Ministerio Público, entre otros organismos del ámbito administrativo federal y estatal.

Otros autores, a decir de L. Ferrajoli,

... niegan la consistencia teórica de estas figuras y recomiendan su inclusión no en la categoría de los derechos sino en la de los servicios sociales, considerándolos por tanto como prestaciones asistenciales ofrecidas discrecionalmente por el sistema político por una exigencia sistémica de igualación e integración social, de legitimación política y de orden público. La razón de dicha propuesta se encontraría en la imposibilidad de formalizar y ritualizar las prestaciones públicas que estos derechos satisfacen, así como los procedimientos dirigidos a obtener su cumplimiento. Se trata, como se ha visto, de uno de los posibles resultados del uso de la teoría de los derechos en función legislativa: la existencia de derechos resulta en este caso negada en virtud de una definición implícita que los identifica con una determinada técnica de garantía idónea para procurar su satisfacción, y cuya falta, en vez de ser registrada como una laguna que el ordenamiento tiene el deber jurídico de llenar, se supone inevitable y se confunde con la ausencia de los derechos mismos.⁷

De este modo apologético razonó la doctrina jurídica oficial mexicana basada en los principios del constitucionalismo social, en torno a los llamados derechos sociales establecidos en la Constitución de 1917, al enmarcarlos en la categoría de intereses públicos o generales tutelados por los poderes legislativo y ejecutivo. No así, por los órganos jurisdiccionales del poder judicial, lo cual es causa de que no existan, en el ordenamiento legal nacional, formas de acceso a la justicia jurisdiccional ni garantías frente a las violaciones que derivan de la omisión de prestaciones sociales, comparables a las dispuestas por el juicio de Amparo que tutela los derechos fundamentales de libertad y de autonomía, que bajo la forma de expectativas negativas, imponen a los poderes públicos, mediante prohibiciones, el deber de no hacer. A la inversa, los derechos sociales imponen obligaciones, deberes de hacer. Su violación no se manifiesta, en la falta de validez de actos legislativos o administrativos que puedan ser anulados por vía jurisdiccional, sino en *omisiones* de la ley, lagunas en las disposiciones normativas que casi siempre consisten en carencias procesales para medidas coercitivas que no siempre son accionables.

La literatura jurídica mexicana ha sido poco rigurosa para discernir y aclarar el contenido confuso que se ha dado a las llamadas *garantías sociales* dentro de la Constitución. Se embrollan los valores asignados a los derechos sociales y a las garantías sociales, asimilando un concepto en el otro, atribuyéndoles un sentido material. No obstante, como señala Héctor Fix Zamudio, los llamados derechos sociales son normas de carácter sustantiva, mientras que las garantías sociales se refieren a un concepto del ámbito procesal, por lo que, en estricto derecho, sólo cabe hablar de derechos sociales que se garantizan a través de jurisdicciones específicas, resultando indispensable establecer normas instrumentales de carácter procesal, con el alcance y la eficacia necesarios, para la realización y satisfacción de estos derechos de naturaleza colectiva.

Para algunos constitucionalistas mexicanos, los llamados derechos sociales establecidos en la Constitución nacional los podemos localizar en cuatro conjuntos, a saber:

a) el régimen patrimonial, b) el régimen laboral, c) el régimen familiar y d) el régimen de la información. Asimismo, se ha reformado la Constitución para adicionarla el derecho al trabajo digno y socialmente útil; la protección de la salud, el derecho a una

⁷ L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

vivienda útil y a un ambiente sano y recientemente, el relativo a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.⁸

III. Economía y política de los Derechos Sociales

Desde el primer momento de su vigencia, la Constitución del 17 propuso una *economía social de mercado* como una expresión del *Estado social de derecho*. Si bien es cierto que las normas constitucionales no plantean originalmente con claridad este principio, como lo recoge y desarrolla la Constitución española de 1978, estos principios se encuentran implícitos y subyacentes en el articulado constitucional. Estas atribuciones, instituidas en los artículos constitucionales 27, 28, 123 y 131 en materia económica, confieren al poder público la rectoría del desarrollo en materia económica, respecto a la propiedad y la libre concurrencia, los monopolios, lo laboral y el comercio exterior. Las atribuciones en materia financiera asignadas a los poderes ejecutivo y legislativo se concentran y desarrollan en la ley de Ingresos, el presupuesto de egresos, y la cuenta anual. Estas facultades constituyen los instrumentos indispensables del Estado para su intervención en el campo económico. En tales actividades se incluye el gasto destinado a las prestaciones públicas. Le corresponde al Ejecutivo la preparación, presentación y buena parte de su ejecución, en tanto que al legislativo le corresponde su aprobación y control.

Estos derechos de *igualdad*, en contraposición a los de *libertad*, tienen un carácter económico que se traduce en un costo elevado, sobretudo cuando dependen de una compleja mediación política y burocrática de un Estado *clientelar*, regulado por la

⁸ Los derechos sociales de carácter patrimonial establecidos en el art. 27 Constitucional son 1) la propiedad de las tierras y aguas del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual tiene el derecho de constituir la propiedad privada, 2) el régimen de expropiación, 3) la propiedad privada está subordinada al interés social, 4) el régimen de concesiones administrativas, 5) prohibición de latifundios, 6) autorización de monopolios en determinados servicios públicos, 7) capacidades e incapacidades para adquirir el dominio de tierras y aguas, 8) el régimen comunal en la explotación de las tierras, aguas y bosques, 9) el régimen ejidal, 10) el régimen de la propiedad agrícola y ganadera.

Las garantías sociales del art. 28 constitucional son: 1) prohibición de monopolios y estancos, 2) prohibición de exención de impuestos, 3) declaración expresa de qué instituciones no son monopolios 4) prohibición a la concentración en una o pocas manos de los artículos de consumo necesario y que persiga el alza de precios, 5) prohibición de actos que eviten la libre concurrencia, 6) señalamiento de precios máximos a los artículos, materias o productos necesarios para la economía nacional o el consumo popular, 7) protección a los consumidores, 8) subsidio a actividades prioritarias.

Las garantías sociales del régimen social se dividen en derechos del trabajador al servicio de una empresa, y los derechos de los trabajadores al servicio de los poderes de la unión del gobierno del Distrito Federal.

Los derechos de los trabajadores de una empresa son: 1) jornada máxima de trabajo diurno y nocturno, 2) protección a la mujer y a los menores de 16 años, 3) prohibición de trabajo a menores de 14 años, 4) descanso hebdomadario, 5) protección especial a la mujer durante la gravidez, después de ella y al infante, 6) salario mínimo, 9) participación en las utilidades de la empresa, 10) pago de salario en moneda de curso legal y prohibición de las tiendas de raya, 11) salario doble por trabajo extraordinario, 12) derechos de servicios necesarios a la comunidad, 13) derecho de asociación, 14,) derecho de huelga, 15) resolución de conflictos mediante la conciliación y el arbitraje, 16) en casos de despidos, sin causa justificada, opción del trabajador a una indemnización o a que se cumpla el contrato, 17) establecimiento de una serie de condiciones nulas.

Las garantías sociales del régimen familiares son: 1) patrimonio de la familia (art. 123, A. XXVIII) y 2) sólo el trabajador responde de las deudas contraídas a favor de parientes y dependientes (art. 123, A XXIV).

La garantía social del régimen de la información se encuentra contenida en el art. 6 constitucional.

El derecho a la educación pública y gratuita lo establece el artículo 3ro. Constitucional. Jorge Carpizo, *La Constitución Mexicana de 1917*, UNAM, Porrúa, México, 2000.

discrecionalidad, la corrupción y la ineficacia. Faltos de adecuados mecanismos de garantía, los derechos sociales se han desarrollado sin ningún proyecto *garantista*, en medio de una caótica acumulación de leyes, aparatos y prácticas político-administrativas.

La falta de procedimientos, en el sistema mexicano, para la atención de demandas colectivas, sobre todo en el área jurisdiccional y el que los sujetos demandantes carezcan de vías procesales para allanar sus demandas, y opten por vías alternas al margen de la ley, hacen imposible la concepción de un estado de derecho. En México, la administración de los derechos sociales se concentra casi en forma exclusiva en el Ejecutivo, esto ha sido posible en virtud de la preponderancia que ejerce sobre el Legislativo y el Judicial, como lo refleja la misma Constitución Política al otorgar exceso de facultades al titular del Ejecutivo, en detrimento de los otros Poderes, no obstante, que la misma Ley General establece una clara división en sus funciones, como nota principal de la organización del Estado Mexicano.

Este fenómeno, conocido como Presidencialismo, cuya principal expresión es la máxima concentración de poder en el ámbito administrativo como en la esfera política, llevado a su mínima regulación y control por parte de los otros poderes públicos y de los ciudadanos. Consiste en la concentración de decisiones trascendentales de política interior y exterior; el poder de nombramiento para designar a la mayor parte de los funcionarios del Estado, lo cual se extiende en la capacidad para diseñar la política económica y monetaria, para determinar la utilización en materia social de los recursos patrimoniales y financieros públicos, para lo cual el poder ejecutivo aplica la mayor parte del porcentaje del presupuesto de los Estados y los poderes Legislativo y Judicial, conjuntamente.

La crisis de este modelo sugiere la *desburocratización* de las funciones del Estado social. Se requieren estrategias que no respondan a una lógica discrecional y selectiva, sino a la lógica universalista que caracteriza precisamente a los derechos fundamentales. Esta quiebra, en efecto, se presenta hoy como la más clamorosa prueba del valor a un mismo tiempo jurídico, económico y político de un principio de carácter general, según el cual un derecho social puede ser garantizado de manera mucho más completa, sencilla y eficaz desde el punto de vista jurídico, menos costosa en el plano económico, más distante de la discrecionalidad político-administrativa y, por tanto, más alejada de la selectividad y posible corrupción que ésta alimenta, cuando más reducida sea la intermediación burocrática necesaria para su satisfacción y, más aún, en caso de que llegara a ser eliminada por medio de una garantía igual para todos, *ex lege*, con independencia del grado de necesidad y de los complicados e ineficaces procedimientos para su determinación.⁹

Evidentemente las formas de garantía *ex lege* dirigidas a asegurar a todos un mínimo vital y, en particular, una renta mínima garantizada, precisan sistemas de recaudación fiscal tan progresivos que permitan recuperar su coste a expensas de los preceptores de rentas netamente superiores a éste. No obstante, por muy costosas que puedan ser tales garantías, el mínimo vital, la igualdad social mínima y la reducción de los costes burocráticos que comportarían parecen ser en todo caso preferible –tanto en el plano jurídico como en el económico y político administrativo– a los derechos generados por los enormes aparatos parasitarios que hoy administran la asistencia y la seguridad social. Por ello, el reconocimiento procesal de los intereses supraindividuales, colectivos y difusos como intereses legítimos, implica para el derecho mexicano vigente, la reforma de sus instituciones jurídicas y procesales.

⁹ Ferrajoli, *op. cit.*, p. 112.

IV. La vía mexicana

Estos derechos, incompleta, parcial y fragmentariamente reconocidos en México, escapan al control de la legalidad, toda vez su inaccionabilidad en vía judicial, debido a la negativa imperante en los sistemas de justicia tradicional, para conceder legitimidad procesal a quienes resulten portadores de intereses colectivos y difusos o titulares de derechos sociales.

Para una efectiva tutela jurisdiccional de este género de intereses, alguno de ellos reconocidos, en la legislación vigente, como derechos fundamentales garantizados por el Estado, son necesarios: a) la positivización de éstos nuevos derechos junto a los establecidos como fundamentales en la Constitución, y b) la apertura y actualización del sistema procesal mexicano, legitimando la acción para la defensa de intereses colectivos y difusos, afín con los fenómenos contemporáneos y el carácter universal de esta generación de derechos.

Dado el carácter individualista de las normas procesales vigentes, basadas en el clásico régimen de legitimación directa y personal, las colectividades domésticas perdieron, por lo que hace a la historia jurídica mexicana, el derecho a ser escuchadas y obtener una sentencia justa bajo *debido proceso*, por tribunales de plena jurisdicción,¹⁰ como ocurría en la Nueva España, con el llamado Amparo Colonial, invocado principalmente por las repúblicas de indios ante la Corona, la Corte, el Virrey o ante el juzgado de indios para la protección de sus derechos personales, pero principalmente colectivos. Más tarde, este instrumento precursor del Amparo contemporáneo, es reemplazado por el amparo de corte individualista, expresión de las leyes liberales del siglo XIX mexicano de la cual todavía – pese a los nuevos desarrollos legislativos y procesales – aún resulta heredera la constitución vigente de 1917. Esta omisión, resultado de no ejercitarse el derecho a la jurisdicción, vulnera formal y sustantivamente el estado de derecho y compromete la práctica jurídica y el ejercicio de gobierno del Estado mexicano.

Pero no siempre fue así, como explica Cabrera Acevedo, del periodo que va de:

... 1868 a 1882 el amparo fue practicado por un agraviado a nombre suyo y de un número indeterminado de personas. Por ejemplo, cuando dos o tres vecinos de un pueblo lo interponían a nombre de toda su comunidad, integrada por un número impreciso de personas, indígenas o mestizas. La sentencia tenía efectos generales sobre todos, o sea, erga omnes, con violación de la fórmula Otero. En la Primera Época del Semanario Judicial de la Federación aparecen muchos casos en que un

¹⁰ De acuerdo con Andrés Lira, “durante la primera década del S. XVI encontramos referencias al *amparo colonial*. Se trataba de una institución procesal que tenía como objeto, además de la protección de las personas, el derecho de las colectividades, especialmente las comunidades indígenas, tuteladas por el derecho indiano. A los indígenas se les dio personalidad jurídica para hacerlos destinatarios de la protección de dos maneras: 1ro. Individualmente, como personas físicas; y 2do. Colectivamente, a grupos determinados, como personas morales, que suelen ser las comunidades o pueblos de indios. Junto a estas dos maneras de determinar a las personas o entes destinatarios de la protección en el amparo colonial, había otra forma usual, llamada “genérica”, en tanto que sin referirse a determinado número de individuos o personas físicas, ni a un grupo determinado como persona moral, se refiere a individuos, sea cual sea su número, siempre y cuando quepan en la hipótesis planteada en la solución del caso concreto” Andrés Lira González, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.

individuo promovía no sólo la defensa de sus intereses, sino también los de una comunidad indígena o una población. El 5 de septiembre de 1988 la Corte amparó a una persona para que no fuera destruido el portal de una plazuela de Ciudad Guzmán, Jalisco. El amparo por incompetencia de origen declaraba la ilegitimidad de una autoridad con efectos generales y fue practicado en la década de 1870 a 1880.

En la segunda etapa, Vallarta imprimió al amparo un carácter individualista y la sentencia sólo protegió al agraviado. La fórmula Otero se consolidó. Durante el porfirismo se fortaleció el individualismo del amparo y esta situación no fue destruida por la constitución de 1917, ni por las leyes de amparo de 1919 y 1936, a pesar de que fueron creados derechos sociales. O sea, que esta segunda etapa cubre desde 1883, a todo el siglo XIX e incluso a la totalidad del siglo XX.¹¹

Conclusión

El mandamiento constitucional de protección a intereses supraindividuales, tiene su fuente en la Constitución de 1917, pionera en reconocer ciertas categorías de derechos sociales. En ella, los derechos colectivos están considerados como intereses públicos tutelados por el Estado, para lo cual se aplican dos principios que pueden considerarse como el fundamento constitucional de protección a los intereses difusos de las colectividades mexicanas. A saber, el principio de *igualdad* (art. 1 const.) y el *derecho al desarrollo de “los grupos y clases sociales”* cuya seguridad protege la Constitución y, la obligación correlativa del Estado-rector del desarrollo nacional, consistente en garantizar que sea integral y sustentable. (Art. 25, const. 1er párrafo). De manera que el derecho a la igualdad y al desarrollo, establecidos en la Constitución a favor de los grupos y clases sociales, constituye un pleno reconocimiento a los derechos que estos intereses colectivos originan, y en ello se funda su validez y alcance jurídico, que a mayor precisión, son distintos de los personales, cuyos titulares son miembros de una colectividad.

Empero, subsisten como individuos, con atribución para actuar no solamente en nombre propio sino también en la de todos los posibles afectados. Esta acción, derivada de una facultad personal, al trascender el interés propio, se proyecta en la generalidad de todos los posibles partícipes del interés colectivo. Por ello, elevar el interés supraindividual, social, colectivo y difuso a la categoría procesal del *interés legítimo*, requiere una reforma necesaria a las leyes procesales y sustantivas de las distintas materias del enjuiciamiento nacional. El derecho a la jurisdicción debe abrirse a legitimaciones grupales que permitan un modo complementario a las magramente previstas por la ley, una vía de acceso a la justicia.

Bajo esta perspectiva, el catálogo de derechos establecidos por la Constitución mexicana resulta altamente accionables para la promoción de intereses supraindividuales y se amplía mucho más si se relaciona, con la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, de acuerdo al art.133 constitucional, con los Tratados internacionales vigentes y la legislación de la materia de los estados de la República. Desde el plano constitucional, sería accionable el derecho positivo tutelar de los pueblos indígenas (art. 2do constitucional.) O cuando se tratara de alguna de las colectividades invocados en la ley general, con relación al derecho a la igualdad (art. 1 const.) al desarrollo integral y sustentable (art. 25 const.); la educación pública y gratuita (art. 3 const.), la igualdad de género (art. 4to.const.), la protección a la familia (art. 4to const.), los derechos reproductivos (art. 4to const.), el derecho a la salud (art. 4to const.), el derecho a un ambiente adecuado al

¹¹ L. Cabrera Acevedo, *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos*, 2000, Págs. 5 y 6.

desarrollo y bienestar (art. 4to const.), el derecho a la vivienda (art. 4to const.), los derechos de las niñas y niños (art. 4to const.), derecho a la información (art. 6to const.), expropiación de la propiedad por causa de utilidad pública e imposición a la propiedad privada las modalidades del interés público (art. 27 const.); Derecho de los consumidores (art. 28 const.); derecho a un trabajo digno y socialmente útil; y derecho al desarrollo social.

Todos estos preceptos se vinculan a la obligatoriedad del Estado mexicano de intervenir en la rectoría del desarrollo nacional que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de LOS GRUPOS Y CLASES SOCIALES cuya seguridad está a cargo de dicha Constitución (art. 25 const.)

Bibliografía

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Tomo I: números 1-11, , UNAM. México, 1992.
- ALENZA GARCÍA, J., F.. *Manual de derecho ambiental*, . Universidad Pública de Navarra, España, 2001.
- ALMAGRO NOSETE, J., “Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos” *Revista de Derecho Político* número 16, Madrid, Invierno 1982-1983.
- _____, *Constitución y proceso*, Bosch, Barcelona, 1984.
- ARAGÓN, M., *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Buenos Aires, 1995.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, J., *Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo 1812-1861*, UNAM, México, 1987.
- CABRERA ACEVEDO, L., *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos*, Porrúa, México, 2000.
- CARPIZO, J., *La Constitución Mexicana de 1917*, UNAM/Porrúa, México, 2000
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, UNAM/Porrúa, Tercera edición, México, 2001
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999
- FERRER MAC-GREGOR, E. (Coord.), “El acceso a la justicia de los intereses de grupo”, en *Derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, 2001.
- FIX ZAMUDIO, H., *Ensayos sobre el derecho de amparo*, segunda edición, Porrúa-UNAM, México, 1999.
- GARZA DE GRAUMAN, A. (Quinta época). *Semanario judicial de la federación*. Tomo CXVII (México).
- GONZÁLEZ PARÁS, J., N., “La reforma del estado en México y los cambios en su estructura administrativa. En el contencioso administrativo México-Francia”., *Memoria del seminario internacional 1999*, Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., México, 2001.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Navarra, España, 1999.

- LIRA GONZÁLEZ, A, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.
- OLIVA SANTOS DE LA, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*, Bosch, Barcelona, 1980.
- PALACIOS ALCOCER, M., *El régimen de garantías sociales en el constitucionalismo mexicano. Evolución y perspectivas contemporáneas*, UNAM, México, 1995.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, N., *Segundo curso de derecho administrativo*, Porrúa, México, 1998.
- SÁNCHEZ MORON, M, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Proyecto de ley de amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, SCJN, México, 2000.
- TENA RAMÍREZ, F., *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 1995
- TREVIÑO GARZA, A., J., *Tratado de derecho contencioso administrativo*, Porrúa, México, 1997
- ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile I*, Milano, 1955.

Acceso a la información y seguridad nacional en los Estados Unidos

Luz del Carmen Martí de Gidi*

RESUMEN

En este ensayo se plantea en qué consiste el derecho a saber de los ciudadanos de los Estados Unidos basado en la Ley de Acceso a la Información FOIA. En segundo lugar, cuáles son las excepciones contempladas de acuerdo a la ley. En tercer lugar se analizan las órdenes del Ejecutivo y el papel del Congreso y de la Suprema Corte en el tema de la seguridad nacional. La autora concluye que el Ejecutivo ha tenido el privilegio por muchos años de ocultar información invocando la seguridad nacional.

Palabras claves: acceso a la información en los Estados Unidos, seguridad nacional.

ABSTRACT

In this essay, it is shown what is the right to know of American citizens based on the FOIA Freedom of Information Act. Secondly, which are the exceptions contemplated according to the law. In third place the executive's orders and the Congress and the Supreme Court of the United States rol in national security will be analyzed. The author concludes that the Executive has had the privilege of hiding information invoking national security for many years.

Key Words: information access in the United States, national security.

SUMARIO: Introducción I. Antecedentes históricos. II. La Ley de Acceso a la Información FOIA. III. La información reservada como excepción al acceso a la información. IV. Las órdenes del Ejecutivo y la seguridad nacional. V. A manera de conclusión. Bibliografía.

Introducción

En este trabajo se pretende ofrecer un panorama de la situación que guarda en los Estados Unidos de América el derecho de acceso a la información pública a partir de la entrada en vigor de la *Freedom of Information Act* en 1966, en la cual se incluyen las diversas excepciones que afectan a esa libertad.

En especial, se pone el énfasis en el tema de la seguridad nacional como excepción que ha invocado el Ejecutivo y sus agencias para sustraer información o para proporcionarla en forma incompleta, al amparo de las diferentes órdenes ejecutivas que la mayoría de los presidentes de ese país han emitido, y que les ha caracterizado como relativamente dispuestos a proporcionar información, según su estilo personal de gobernar.

Se explica también el papel desempeñado por el Congreso y la Suprema Corte ante el protagonismo del Ejecutivo en temas relacionados con la seguridad nacional.

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

Los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 han propiciado que el Presidente Bush añadiera nuevas hipótesis para evitar que sean conocidos determinados archivos, al incluir el terrorismo transnacional y los asuntos relacionados con las armas de destrucción masiva entre los temas reservados por razones de seguridad nacional.

I. Antecedentes históricos

La búsqueda de un derecho “a saber” del público (*right to know*) en este país, remonta sus orígenes a los siglos XVII y XVIII en Inglaterra, donde tenía lugar una desalentadora lucha de la prensa por eliminar la prohibición existente de dar a conocer las acciones que tenían lugar en las Cámaras de los Lores y los Comunes, a causa de lo cual los periodistas británicos que se atrevían a violentarla eran objeto de severas sanciones que iban de las pecuniarias hasta el encarcelamiento, del cual solamente eran liberados si previamente juraban no cometer ese tipo de actividades que eran calificadas como radicales.

A las colonias americanas se trasladó el mismo problema; por una parte, principalmente encabezadas por la prensa, tenían lugar campañas para obtener el derecho a conocer las actividades gubernamentales y lograr una mayor participación política; por la otra, la resistencia de los gobiernos coloniales que mostraban a ese respecto la misma hostilidad que caracterizaba la actitud del Parlamento Inglés. En todo caso, el corolario de estas luchas fue tiempo más tarde, el reconocimiento de las libertades de expresión y prensa.

Paulatinamente, el reclamo por lograr que la prensa americana pudiera informar con libertad fue abriéndose camino en el gobierno de las colonias bajo diferentes formas y para el año de 1774 era formulada la llamada Declaración de Québec en la que se consideraba que la libertad de prensa era esencial para la difusión de los sentimientos liberales sobre la administración gubernamental y además un derecho natural, fundamento de la confianza sobre la libertad civil. Años más tarde, se consagró la libertad de expresión y de imprenta no en la versión original de la Constitución Americana de 1787, sino al serle incorporadas las primeras diez enmiendas, que quedaron definitivamente ratificadas el 15 de diciembre del año 1791.

Es precisamente la primera enmienda la que alude al tema, así, le prohíbe al Congreso expedir leyes en virtud de las cuales se adopte una religión con el carácter de oficial en el Estado, se prohíba practicar alguna religión libremente, se limite *la libertad de palabra o de imprenta*, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y pedir al gobierno la reparación de injusticias.

La libertad de expresión formuló su significado desde la libertad de la prensa, y esta libertad fue comúnmente entendida en las colonias en términos de la libertad alcanzada en Inglaterra con la abolición de la restricción previa, bajo la cual la Corona había otorgado licencia, a las imprentas e impresores, para publicar sin tener que solicitar autorización previa. Tan significativa como esta medida de libertad de prensa fue en su tiempo, ahora desde nuestra retrospectiva resultaba bastante limitada.

No restricción previa significó que un editor podía publicar libremente, pero que lo que publicaba podía aún ser castigable, punible, delictivo. Esta distinción entre libertad y libertinaje (definida como el abuso de libertad) fue hecho claro por William Blackstone, el famoso compilador de Derecho inglés quien tuvo una gran influencia en la América del siglo XVIII. Blackstone escribió que la libertad de prensa:

Consiste en no poner limitaciones previas sobre las publicaciones ni en la libertad de prensa por medio de la censura por asuntos criminales cuando éstos son publicados. Cada hombre libre tiene su indubitable derecho de colocar los sentimientos que él quiera o guste ante el público;

prohibir esto es destruir la libertad de la prensa, pero si lo que publica es indecente, impropio, nocivo, malévolo o ilegal, debe tomar las consecuencias de su propia temeridad.¹

La jurisprudencia blakstoniana de libertad frente a libertinaje sirvió de base a las políticas y práctica gubernamentales hacia la libertad de expresión y de prensa durante el siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX.

En la construcción de la Primera Enmienda, Madison jugó un rol intelectual clave. Hay diferencias entre Inglaterra y los Estados Unidos dijo, que la definición dada por Blackstone de la libertad de prensa resulta inapropiada para el segundo.

En Inglaterra, la legislatura es vista como omnipotente, explicó, pero en América es el pueblo y no el gobierno, quien posee la soberanía absoluta, y esto es, por lo tanto, necesario para asegurar los grandes y esenciales derechos del pueblo tanto contra los legisladores como contra las ambiciones del Ejecutivo. Esto está establecido en las Constituciones escritas que son supremas respecto de las leyes ordinarias – continuó- y la libertad de expresión y de prensa disfrutaban de la protección constitucional porque son cruciales para el ejercicio del derecho de autogobierno. Madison vio la libertad de expresión y de prensa nada menos que como una condición necesaria de los gobiernos republicanos, por lo que la crítica del gobierno nunca puede ser un crimen.²

Como puede advertirse no se está frente a un derecho de los gobernados de acceder a la información pública gubernamental, sino de las libertades clásicas de expresión y prensa. Es hasta mediados del siglo XX que nuevamente la prensa organizada, encabeza el reclamo al gobierno de los Estados Unidos para que fuera reconocido un derecho específico a la información pública, reformando la primera enmienda a que se ha hecho referencia, lo cual no llegó a obtenerse.

II. La Ley de Acceso a la Información FOIA

En lugar de una reforma constitucional, como respuesta a las demandas planteadas por la prensa organizada durante varias décadas,³ y en cuya aprobación jugó un papel determinante el congresista John Moss,⁴ se promulgó la Ley de Libertad de Información el 4 de julio de 1966, precisamente un día antes de que el proyecto de ley se perdiera a causa del veto presidencial por omisión o indirecto. El Presidente Johnson, aunque de manera renuente, promulgó la Ley de Libertad de Información *Freedom of Information Act* (FOIA por su siglas en inglés) que confiere a todos los ciudadanos derechos específicos de acceso a los documentos y archivos del gobierno.⁵

¹ Terry Eastland, editor, *Freedom of expression in the Supreme Court, The Defining cases*, Boston, Rowman, & Littlefield publishers, inc., 2000, p. XVIII.

² Terry Eastland, editor, *op. cit.*, p. XIX.

³ La Sociedad Norteamericana de Editores de Periódicos encargó a Harold Cross, abogado del *Herald Tribune* de Nueva York y profesor de la Universidad de Derecho en la Universidad de Columbia que hiciera un informe sobre políticas, procedimientos y prácticas de información federales, estatales y municipales, bajo el amparo de la *Administrative Procedure Act* de 1946. El informe fue titulado *The People's right to Know*, y fue publicado en 1953, tuvo una gran influencia y atribuyó el origen del secreto gubernamental al carácter ambiguo de la ley de procedimientos administrativos.

⁴ El congresista John Moss presidió en 1954 un Subcomité especial de información pública cuyo propósito era desafiar la política del secreto impulsada por el presidente Eisenhower. Para 1966, Moss ya había logrado el apoyo de diversos congresistas republicanos interesados en la fiscalización de los presidentes demócratas Kennedy y Johnson.

⁵ Los detalles de las acciones que desembocaron en la expedición de esa ley pueden ser consultados en: David M. O'Brien, *El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E. U. A. y la Primera Enmienda Constitucional*, publicgrafics, México, 1983, pp. 1-29.

La Ley de 1966 en opinión de los expertos fue deficiente, sobre todo porque no estableció plazos de cumplimiento, no contempló sanciones por incumplimiento, ni previó la revisión judicial independiente en caso de que el Estado se negara a proporcionar alguna información por motivos de seguridad nacional.

Luego de ocho años de obstrucción burocrática, y debido a los acontecimientos históricos de la administración Nixon, como fueron los bombardeos secretos en Camboya y el caso Watergate, que promovieron el activismo del Congreso de los Estados Unidos hacia un mayor acceso a la información y de control del Ejecutivo, se aprobaron una serie de enmiendas a la FOIA en el año de 1974, que contribuyeron a robustecerla. Entre ellas, podemos mencionar que se establecieron plazos de cumplimiento, y se autorizó explícitamente la revisión judicial de cualquier decisión gubernamental de negar el acceso a documentos por motivos de seguridad nacional. Aún cuando el presidente Ford trató de ejercer su veto a este proyecto de ley, el Congreso lo anuló y las enmiendas se incorporaron a la ley de acceso a la información.⁶

Completan el panorama de leyes que a partir de los años setenta promovieron la transparencia y el libre acceso a la información, el derecho a saber de los norteamericanos, la Ley de Privacidad (*Privacy Act*) de 1974, que obliga al gobierno a publicar listas completas de todos los sistemas de datos que incluyen información sobre particulares y garantiza el derecho de las personas a tener acceso a dicha información y la Ley del Gobierno a la Luz del Día (*Government in the Sunshine Act*) de 1976, que permite al público tener acceso a las deliberaciones de los miembros de las agencias federales, entre las más importantes.

Al amparo de la Ley de Libertad de Información, cualquier persona, sin importar su nacionalidad, puede buscar acceso a los registros de las diferentes dependencias que forman parte de la rama ejecutiva del Gobierno Federal de los Estados Unidos, entre las cuales quedan incluidos los departamentos, las empresas de dicho Poder Ejecutivo, las oficinas del presupuesto y la del Presidente aunque en ésta no quedan comprendidos los documentos que pertenecen a éste o a sus consejeros.

Como puede advertirse, la Ley no comprende a los poderes legislativo y judicial; tampoco a las agencias estatales por el hecho de que sean subvencionadas con recursos de la Administración, o a corporaciones privadas, salvo que sus documentos se encuentren registrados en alguna agencia federal, en cuyo caso sí pueden ser solicitados y deberán ser entregados.⁷

Antes de estudiar los mecanismos que deben seguirse para obtener información de las agencias gubernamentales, es preciso señalar que la ley que regula esta materia impone a las dependencias que hemos mencionado, dar cumplimiento a algunas obligaciones que caen dentro del concepto de transparencia; así, en sus primeras disposiciones establece que cada oficina dará a conocer de manera independiente y publicará en un Registro Federal para guía del público, cuál es su organización central y descentralizada, los procedimientos que deben seguirse para tramitar ante ellas los asuntos de su competencia, los formatos que haya elaborado y que deben ser llenados por los usuarios de sus servicios y los lugares en que pueden ser obtenidos; darán a

⁶ Bajo el amparo de la FOIA, se “generaron una enorme cantidad de solicitudes en cuanto la ley de 1975 entró en vigor, -más de 100, 000 solicitudes anualmente, cifra que ha aumentado cada año hasta alcanzar su volumen actual de más de dos millones de solicitudes anuales”, de acuerdo con Thomas S. Blanton, “La experiencia de Estados Unidos con respecto a la Ley de Libertad de Información: activismo del Congreso, liderazgo de los medios de comunicación y política burocrática”, en *Derecho comparado de la información*, número 2, julio-diciembre 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, p. 18.

⁷ Herbert N. Foester, *Freedom of Information and the right to know*, Westport, Greenwood Press, 1999, p. 123.

conocer también las disposiciones legales que las rigen, las políticas e interpretaciones que aplica la dependencia, poniendo a disposición del público los criterios que utiliza y las resoluciones judiciales que se hubieren dictado en relación a ellos.⁸

Para emplear adecuadamente la ley que se comenta, existen un número importante de publicaciones que sirven de guía, la mayor parte de las cuales fueron realizadas por las organizaciones no gubernamentales relacionadas con el derecho a la información; en todo caso, el propio Congreso de los Estados Unidos elaboró una Guía Ciudadana para ese mismo efecto. Además de la publicaciones realizadas, las ONG's proporcionan apoyo directo para que el público pueda requerir los registros en los que se encuentre interesado.

Es conveniente señalar que la ley que se estudia hace referencia a "*records*", significando con esa expresión al documento que se encuentra archivado en una determinada dependencia federal, no debiendo dársele la acepción de información en sentido amplio, ya que la agencia no puede ser requerida para investigar o analizar datos para el solicitante, sino exclusivamente a proporcionarle una reproducción del documento archivado o parte de él.

Para requerir información invocando la Ley, se presenta una solicitud por escrito que debe ser dirigida a la dependencia que debe proporcionar la información, la cual deberá tener un funcionario especialmente designado para atender esos requerimientos, ya que no existe una oficina expresamente creada para servir de intermediaria entre el solicitante y la oficina que maneja el archivo documental de que se trate. Así, el primer paso que debe dar la persona interesada es identificar a la dependencia que corresponda; para ese efecto se puede consultar el Manual del Gobierno de los Estados Unidos, que contiene una relación completa de las agencias gubernamentales incluyendo la dirección donde tiene sus instalaciones y las funciones principales que les corresponda realizar. En la solicitud se debe identificar el registro que se solicita o por lo menos una explicación clara de su contenido.

El solicitante de información normalmente queda sujeto al pago de derechos por el servicio que le sea prestado, que pueden ser de tres diferentes clases, en relación a los cuales tiene la opción de solicitar su disminución o ser dispensado de su pago. La Ley de Libertad de Información fue reformada en el año de 1986 en el capítulo relativo al pago de derechos, siendo las principales normas relacionadas con ese tema, las siguientes:

En primer lugar, se establece un derecho cuyo monto se determina solamente por el costo de obtención de la reproducción del documento que es expedido; puede ser cobrado igualmente el costo de búsqueda de los documentos solicitados, el cual será la cantidad equivalente al tiempo del personal empleado para realizarla; este importe puede ser reducido en la medida en que se delimite con precisión el ámbito de búsqueda; un tercer tipo de derecho, muy semejante al anterior, lo constituye el equivalente al tiempo utilizado en examinar el documento para establecer qué parte puede ser revelada. Solicitada la dispensa o disminución de los derechos a pagar por el servicio, de conformidad con la reforma, se toma en consideración para resolver la importancia que pueda tener para la administración el hecho de que sean conocidas las actividades gubernamentales a que aluden los documentos, así como el hecho de que la información que se solicita no genere un beneficio para el solicitante.

En relación a este punto, la ley establece tres categorías de peticionarios; una de ellas incluye a los representantes de los medios de información y a las instituciones científicas o educativas cuya finalidad de obtener la información sea la enseñanza o la

⁸ El primer apartado de la Ley denominado "Información pública, normas administrativas, opiniones, órdenes, registros y procedimientos", puede ser consultado en David M. O'Brien, *op. cit.* pp. 211 y ss.

investigación; la segunda comprende a todos aquellos solicitantes que persiguen un interés comercial, a los cuales se les aplican las tarifas ordinarias de reproducción o búsqueda, y la tercera, que generalmente se integra por usuarios que pretenden obtener registros de carácter personal.

En el apartado (6) (A) del texto original de la Ley se concedía a la dependencia (Agency) requerida un plazo de diez días hábiles para responder si accedía o no a obsequiar la solicitud que le había sido presentada; dicha disposición fue modificada, y a partir del 3 de octubre de 1997 el plazo que se concede a la autoridad es de veinte días hábiles. En caso de darse una respuesta favorable, la entrega de los documentos deberá realizarse “rápidamente”, sin que la Ley o la Guía elaborada por el Congreso establezcan el tiempo preciso para realizar la entrega.

En caso de ser denegada total o parcialmente la petición, notificarán al interesado las razones en que se apoya dicha determinación y al propio tiempo deben informarle del derecho que le asiste para apelar en contra de esa decisión ante el jefe de la dependencia, el cual cuenta con un plazo de veinte días hábiles para resolver. De persistir la negativa ya sea en todo o en parte, se deberá hacer saber al solicitante el derecho que le asiste de recurrir judicialmente esa resolución.

Los términos a que alude la Ley pueden, en casos excepcionales, ser ampliados hasta por diez días hábiles, debiendo la autoridad motivar dicha determinación; las causas a que expresamente alude la norma para extender los plazos pueden ser entre otras, la necesidad de buscar o reunir documentos que se encuentran en diferentes instalaciones de la dependencia, revisar un número elevado de archivos o consultar con otras agencias. En la reforma que se mencionó arriba, se incluyó la posibilidad de que el peticionario redujera el ámbito de búsqueda y en ese caso, acordar con la Agencia un diferente término para que le sea entregada la información. Transcurridos los plazos a que se ha hecho referencia o su ampliación, la Ley permite presumir al solicitante que su petición ha sido rechazada (negativa ficta) y por lo tanto se genera el derecho de acudir ante los tribunales judiciales.

En la guía para los ciudadanos elaborada por el Congreso de los Estados Unidos se aconseja a los solicitantes ser pacientes, ya que acudir a la vía judicial no implica necesariamente alcanzar el resultado con mayor prontitud.⁹

Una de las organizaciones no gubernamentales más importantes usuarias de la FOIA es la denominada Archivo de Seguridad Nacional y Ciudadanía Pública, creada en el año de 1985 por un grupo de periodistas e historiadores, que ha sido ganadora en el año 2000 del premio *George Polk* del periodismo estadounidense “...por su labor de lograr atravesar el velo del secreto gubernamental impuesto a conveniencia, (y) orientar a los periodistas en la búsqueda de la verdad...”¹⁰ Esta organización no lucrativa tiene establecida una biblioteca en la Universidad de Washington que contiene una importante cantidad de documentos desclasificados sobre asuntos internacionales y de seguridad, que ha obtenido a través de la Ley de Libertad de Información.

El actual presidente de la organización no gubernamental Archivo de Seguridad Nacional Thomas S. Blanton, explica que los tiempos legales no son puntualmente respetados:

En la práctica, sin embargo, la demora en la tramitación de una solicitud compleja con base en la FOIA (es decir, una solicitud que implica la búsqueda de varios documentos en los archivos, en lugar de un documento específico), oscila entre 13 días en la Administración de Veteranos (*Veterans Administration*) hasta 1,788 días (casi cinco años) en el Departamento de Energía (*Department of Energy*). Y tal duración representa el promedio del tiempo que tarda la

⁹ La Guía Ciudadana se puede consultar en www.house.gov/reform

¹⁰ Thomas S. Blanton, *op. cit.*, p. 3.

tramitación de una solicitud, ello significa que la mitad de las solicitudes dirigidas al Departamento de Energía han durado todavía mas tiempo.¹¹

En todo caso, de seguirse la vía judicial ante una negativa expresa o presumida por la no respuesta dentro los términos legales, el solicitante podrá presentar su demanda ante un Tribunal de Distrito (federal) que a su elección, según el apartado (4) (B) de la Ley puede ser el correspondiente a su domicilio personal; el que sea competente en el lugar donde tenga el principal asiento de sus negocios; el del lugar donde se encuentren los registros solicitados o ante alguno que se encuentre radicado en el Distrito de Columbia.

El tribunal elegido tiene plena jurisdicción para resolver sobre el asunto que se someta a su conocimiento, pudiendo condenar a la dependencia demandada al pago de los gastos que se hubieren originado para el demandante con motivo de la tramitación del juicio, incluidos los honorarios de los abogados contratados y someter al funcionario o empleado responsable de una negativa arbitraria o caprichosa a la Comisión del Servicio Civil para la aplicación de las sanciones que procedan.

III. La información reservada como excepción al acceso a la información

En la Ley de Libertad de Información se regulan nueve excepciones por virtud de las cuales puede ser rechazada una petición de acceso a registros o documentos públicos.

La primera de ellas permite retener la información contenida en documentos que han sido clasificados a través de una Orden Ejecutiva del Presidente de los Estados Unidos, lo cual puede ocurrir cuando se argumentan intereses relativos a la defensa nacional o a la política exterior.

Desde el inicio de vigencia de la FOIA en el año de 1966 a la fecha, se han emitido cinco órdenes presidenciales ejecutivas¹² en relación a esta excepción, estando en vigor la expedida por el presidente George W. Bush el 25 de marzo del año pasado, que a diferencia de las anteriores entró en vigor el mismo día de su expedición, excepción hecha del apartado 1.6 que establece la manera de identificar la clasificación original de los documentos, cuya vigencia inició 180 días después del 25 de marzo del 2003.

El presidente William Clinton, siguiendo la práctica de sus predecesores, el 17 de abril de 1995 expidió la Orden Ejecutiva 12,958, que se distingue de la anterior por ser considerablemente mas extensa, y en algunos casos más estricta, como por ejemplo, en lo que se refiere a la posibilidad de desclasificar documentos relativos a la seguridad nacional.

Así, la sección 3.4 de la Orden Ejecutiva del presidente Reagan establecía que la revisión obligatoria de la información para efectos de desclasificación, debería ser realizada cuando se formulara la solicitud correspondiente y se especificara con claridad su ubicación, exceptuando a la información clasificada que se hubiera generado por el

¹¹ *Ibidem*, p. 6

¹² El texto íntegro de ellas puede ser consultado en la página web del Registro Federal del Gobierno de los Estados Unidos: www.archives.gov/federal_register/executive_orders La primera de las órdenes mencionadas fue expedida por el presidente Richard Nixon el 8 de marzo de 1972 bajo el número 11,652 y fue revocada por la Orden Ejecutiva del presidente Jimmy Carter 12,065 de fecha 20 de junio de 1978. El 2 de abril de 1982, el presidente Ronald Reagan expidió su propia Orden Ejecutiva en materia de información relativa a seguridad nacional, a la cual correspondió el número 12,356, que a su vez revocó la inmediata anterior.

presidente, su staff, asesores, comités, comisiones y juntas nombradas por el titular del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, en la Orden Ejecutiva 12,958 se adicionan algunas excepciones para que sea procedente llevar a cabo la revisión de desclasificación; se agrega aquella información que la Agencia Central de Inteligencia (CIA por sus siglas en inglés), haya señalado como no revisable en cuanto a su condición de clasificada; de igual modo no sería procedente la revisión, si ésta se hubiera efectuado durante los dos años anteriores a la nueva solicitud, o si la resolución que se hubiere dictado en una revisión previa, se encontrara sometida a la decisión de los tribunales.

Por otra parte, la Orden Ejecutiva del Presidente Clinton estableció en la sección 3.5, relativa a la revisión sistemática de información clasificada, que aquellos documentos que era pertinente someter a dicha revisión, en ningún caso se prolongaría su carácter secreto por más de 25 años contados a partir de la fecha en que fueron clasificados de ese modo. De cualquier modo, a ese respecto Kate Doyle escribe:

“En la actualidad, más de una década después del fin de la Guerra Fría, gran parte de los documentos creados por las agencias del gobierno encargadas de las relaciones internacionales o seguridad nacional, son secretos...a pesar de una orden ejecutiva firmada por el presidente Clinton en 1995 que establece que las agencias deben hacer públicos sus documentos 25 años después de su creación.”¹³

La Orden Ejecutiva vigente constituye una verdadera reglamentación que establece un sistema uniforme para clasificar, salvaguardar y desclasificar la información relativa a la seguridad nacional, que en términos generales contiene las mismas secciones que la Orden revocada, salvo alguna diferencias de forma y muy pocas de fondo en virtud de acontecimientos recientes. Un ejemplo de las diferencias de carácter formal es que mientras en la Orden del presidente Clinton las secciones contenían la definición de los conceptos que se manejaban en cada una de ellas, la Orden vigente dejó para un capítulo final la definición de todos los términos que son empleados a lo largo de la Orden.

Al igual que en las órdenes precedentes, la actual establece que la información puede ser clasificada en tres diferentes niveles cuya denominación solamente podrá ser modificada por una disposición legislativa:

En primer lugar la considerada “*top secret*”, que es la información que de ser revelada podría causar un daño excepcionalmente grave a la seguridad nacional, el cual puede ser descrito por la autoridad que está facultada para llevar a cabo la clasificación original (Sec. 1.2 apartado (1)), sigue en orden decreciente la información considerada secreta “*secret*” que de ser divulgada sin autorización, razonablemente se esperaría que causara un daño serio a la seguridad de la nación (Sec. 1.2 apartado (2)), y por último, la información confidencial “*confidential*” que de darse a conocer acarrearía daño a la seguridad nacional (Sec. 1.2 apartado (3)).

En la Orden que nos ocupa fue suprimida la presunción existente en la anterior, en el sentido de que si existiera duda acerca del nivel adecuado de clasificación, la información debía ser ubicada en el nivel más bajo.

Una diferencia que puede afectar la materia misma regulada en la orden, sería la siguiente: se incluye un nuevo campo de aplicación que no aparece en las órdenes anteriores, al establecer que en el concepto de seguridad nacional queda comprendida la

¹³ DOYLE, Kate, “El acceso a la información en Estados Unidos. Balance y perspectivas”, en *El derecho de acceso a la información. Visiones desde México y la experiencia comparada*, VILLANUEVA, Ernesto y Issa LUNA PLA. Fundación Honrad Adenauer, Universidad Iberoamericana, México, 2001, p 9.

información relativa a la defensa en contra del terrorismo transnacional,¹⁴ lo cual es producto de los acontecimientos acaecidos el 11 de septiembre de 2001 en la ciudad de Nueva York. Otra diferencia respecto de la orden Ejecutiva del presidente Clinton consiste en haber aumentado el número de autoridades que pueden llevar a cabo la clasificación original de la información; en aquella, se encontraban el Presidente, los jefes y oficiales designados por el presidente en el Registro Federal, y los oficiales gubernamentales que tengan delegada esta capacidad. En la orden del presidente Bush se ha incluido al Vice-Presidente cuando realice tareas que son propias del Poder Ejecutivo.

Por lo que se refiere a la delegación de autoridad para llevar a efecto la clasificación de la información, se conserva la regla establecida con anterioridad en el sentido de que solamente las autoridades con facultades delegadas no pueden a su vez delegar autoridad, incluyendo ahora al Vice-Presidente entre los que sí pueden llevar a cabo la delegación. En las diferentes categorías de documentos susceptibles de clasificación se adiciona a la relación existente, los relativos al terrorismo internacional y a las armas de destrucción masiva.

La segunda excepción se refiere a las prácticas y reglas internas aplicadas por el personal de la dependencia. Según se ha establecido en las resoluciones judiciales, estos documentos son de tal manera triviales, que no despiertan un genuino interés público, o bien se trata de procedimientos internos que no generan ninguna actitud que se proyecte al exterior de la dependencia.

Tampoco pueden ser revelados los documentos que otras leyes restringen su divulgación, siempre y cuando la limitación sea categórica y no discrecional o establezca criterios precisos de retención o aluda a los materiales específicos que deben ser retenidos.

Una cuarta excepción se refiere a los documentos que contienen información confidencial referente a negocios o secretos comerciales. De igual modo no podrá ser entregada la información financiera o comercial que haya sido obtenida con el carácter de confidencial; así, una información detallada de las actividades de mercadeo (marketing) de una compañía privada, sus planes de trabajo, costos y beneficios en considerado información confidencial.

Las comunicaciones internas de la dependencia o la que se intercambia entre dependencias quedan también exceptuadas del derecho de acceso, y los tribunales han sostenido que esta limitación salvaguarda el proceso de formación y deliberación en la creación de las políticas públicas.

Los archivos personales, médicos y otros similares constituyen la sexta excepción regulada por la Ley, toda vez que proporcionarlos al público implica una clara invasión a la privacidad de los individuos; y se alude expresamente a individuos, ya que la interpretación judicial de esta limitación ha excluido a las corporaciones o sociedades que no tienen derechos de privacidad por lo que hace a esta excepción. En este punto es menester realizar un estudio comparativo entre la Ley de Libertad de Información y la Ley de Privacidad (*Privacy Act*) de 1974 que regula es misma materia.

Los archivos de indagación integrados con la finalidad de hacer cumplir la ley (*law enforcement*) quedan exceptuados en siete diferentes hipótesis: A) Cuando proporcionar la información interfiera en los procedimientos; B) Cuando con ello se prive a una persona de un juicio imparcial o una sentencia justa; C) Cuando ello implique una invasión a la vida privada; D) Cuando se esté protegiendo la identidad de fuentes de información confidenciales relacionadas con procedimientos criminales o

¹⁴ “...including information relating to defense against transnacional terrorism...”

asuntos de seguridad nacional; E) Cuando se trate de técnicas o procedimientos para la aplicación de la ley y esas acciones se pongan en riesgo y; F) Cuando se ponga en peligro la vida o seguridad física de alguna persona.

Quedan exceptuados de la obligación de proporcionar los registros y documentos relacionados con la revisión, operación o reportes preparados por la agencias relacionadas con la supervisión de instituciones financieras como la *Federal Deposit Insurance Corporation*, la *Federal Reserve* o similares.

Por último, no se proporcionarán documentos que contengan información geográfica, geofísica, geológica, mapas y ubicación de pozos, sin que se aclare en la ley a que tipo de pozos se refiere.

IV. Las órdenes del Ejecutivo y la seguridad nacional

La seguridad nacional en la política norteamericana adquiere relevancia en el constitucionalismo norteamericano posterior a la Segunda Guerra Mundial.¹⁵ Bajo el impulso del Presidente Roosevelt, las funciones constitucionales de comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas y las circunstancias del nuevo orden internacional, provocaron una militarización de la vida política, lo que propició una ampliación de la reserva y el secreto en la adopción de decisiones a costa de la publicidad y el control, que hasta ese momento se habían considerado como notas características del sistema constitucional norteamericano. En opinión de Miguel Revenga: “La libertad de expresión conoció nuevas formas de censura y la seguridad nacional se vio mediatizada en aras de un objetivo de carácter nacional que nunca alcanzó definición acabada.”¹⁶

Debido al papel que este país ha jugado en el ámbito internacional, y del objetivo que se han definido como defensores universales de la democracia (o al menos de su particular modo de concebirla) por muchos años prevaleció la supremacía presidencial en detrimento del Congreso, en lo que se refiere a las relaciones internacionales y el empleo de la fuerza:

Guiados por la separación de poderes, tanto el congreso como el poder judicial, reconocen la legitimidad de dicho privilegio del Ejecutivo, y por lo general han rechazado limitar tanto el espíritu como el alcance de las decisiones clasificatorias de aquél. En efecto, el Congreso ha incluido como excepción al derecho a la información en la Ley de Libertad de Información FOIA la información ‘clasificada adecuadamente’ y ha instruido a los tribunales involucrados en solicitudes de información a través de la FOIA de reconocer como legítimos los alegatos de parte del Ejecutivo sobre la clasificación. De manera similar el poder judicial ha señalado, de tiempo atrás, que ‘no tiene ni la aptitud, ni la capacidad, ni la responsabilidad’ para indagar en la administración de las relaciones exteriores a cargo del Ejecutivo.¹⁷

Aun antes de la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Supremo en el caso *U.S. v. Curtis-Wright Corp.*, en 1936, había sostenido el argumento de autoridad del Poder Ejecutivo: “En el ámbito exterior, con sus importantes, complicados, delicados y multifacéticos problemas, el presidente dispone por sí solo de la facultad de hablar o de

¹⁵ De acuerdo con la Constitución norteamericana, las atribuciones están distribuidas de la siguiente manera: según el artículo II, sección segunda, el Presidente de la República es el Jefe del Ejército y la Fuerza Naval, mientras que el Congreso es el depositario de la obligación de proveer a la defensa de la nación y tiene la competencia de declarar la guerra (de conformidad con el artículo I, sección octava, apartados 1 y 11).

¹⁶ Miguel Revenga Sánchez, *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 12.

¹⁷ K. T. Barlett, “Keeping secrets: Congress, the Courts and National Security Information, *Harvard Law Review*, volumen 103, número 4, febrero de 1990, p. 906.

escuchar como representante de la nación. A él le corresponde concluir tratados, con el consejo y la aquiescencia del Senado, pero a él sólo le compete negociar.”¹⁸ También destacó las mejores fuentes de información de que dispone el presidente en comparación con las del Congreso, por lo que respaldó la necesidad del secreto.

El otro caso relevante es *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer* de 1952, en el cual el juez Jackson en su voto definió los tres ámbitos jerarquizados de competencias del presidente:

- a) Cuando el presidente adopta decisiones siguiendo una autorización del Congreso, expresa o implícita, su autoridad se eleva al máximo, al abarcar la que posee por sí mismo más la que el Congreso le ha conferido.
- b) Cuando el presidente decide sin delegación del Congreso, tan sólo puede hacerlo invocando sus poderes independientes, aunque hay un ámbito entre dos luces (*zone of twilight*) en el que el presidente y el Congreso comparten una autoridad cuyo reparto no es del todo claro.
- c) Cuando el presidente toma medidas incompatibles con la voluntad del Congreso, expresa o presunta, su poder queda reducido a la mínima expresión, pues tan sólo puede ampararse en sus propias competencias constitucionales, una vez restadas aquellas otras sobre la misma materia de las que también dispone el Congreso.¹⁹

La Constitución norteamericana, por medio de un sistema de vigilancia recíproca interpoderees (*checks and balances*) postula una coparticipación equilibrada del presidente y del Congreso, con el poder judicial como árbitro y garante del equilibrio institucional. Sin embargo, de acuerdo con Revenga Sánchez:

Bajo la ‘Constitución de la seguridad nacional’, la supremacía del Presidente ha arrinconado la función legislativa del Congreso, que se ha revelado incapaz de definir en términos claros y omnicomprendivos los principios inspiradores de las decisiones en la materia. Al faltar tales principios, el Ejecutivo ha tenido las manos libres para gestionar la seguridad nacional bajo los mudables criterios que él mismo ha ido definiendo según las necesidades de cada momento.²⁰

En la *National Security Act* de 1947, se trató de dar un concepto que justificara la creación de numerosos organismos y reorganización de los ya existentes, basados en la defensa del territorio, la solidez de los recursos en materia de armamento, y la protección de los ciudadanos norteamericanos, dentro y fuera del país.

La utilización de órdenes del Ejecutivo (*executive orders*) para delimitar la información reservada, coincide con el inicio de la Segunda Guerra Mundial, cuando el Presidente Roosevelt estableció el secreto para las cuestiones militares.

La Orden Ejecutiva 10,290 de 24 de septiembre de 1951 expedida por el Presidente Truman, estableció las directrices sobre las que ha funcionado este sistema, al que cada uno de los titulares del Ejecutivo ha impreso su sello y ha adecuado a sus particulares circunstancias. La orden de Truman invocaba a “la necesidad de proteger la seguridad nacional de Estados Unidos [...] mediante la salvaguarda de información cuya distribución no autorizada pueda dañar, comprometer o amenazar de algún modo la seguridad de la Nación.”

Casi todos los presidentes emitieron órdenes sobre clasificación de la información. Las órdenes ejecutivas más duraderas han sido la de Eisenhower de 1953 y la de Reagan en 1982.

Las doctrinas de los presidentes Eisenhower, Kennedy y Johnson sobre seguridad nacional se basaron en una concepción estrictamente militarista, mientras que la doctrina Carter privilegió el acceso a los recursos energéticos como un componente

¹⁸ *Ibidem*, p. 50.

¹⁹ *Cit pos* Manuel Revenga, *op. cit.* p. 52.

²⁰ *Ibidem*, p. 55

vital de los intereses nacionales. Actualmente las incursiones de los Estados Unidos en el exterior han tenido otras motivaciones, introduciendo aspectos no militares, como pueden ser el narcotráfico en Panamá, el petróleo en el Golfo Pérsico, el terrorismo en Irak. En palabras del congresista John Moss, uno de los impulsores de la FOIA: “la seguridad nacional es un concepto tan mal definido que aún no he encontrado a nadie capaz de aclararme su significado.”²¹

A mediados de los cincuenta, se advirtió la preocupación por el secreto, y la manera en que éste se había apoderado de los esquemas del gobierno norteamericano, propiciado por la guerra de Vietman, lo que provocó una reacción del Congreso, presionado por la opinión pública, ya que la práctica había sido, hasta entonces, el secreto en el proceso de decisión interno, y el derecho a ocultar determinados datos al Congreso.

El funcionamiento del sistema político norteamericano en materia de información presenta un dualismo entre el Ejecutivo en turno y los medios de comunicación, en donde el primero trata de proteger el secreto del proceso de decisiones frente al cuestionamiento de los medios de comunicación, que en nombre del derecho del pueblo norteamericano a saber, desean hacer público todos y cada uno de los pasos de ese proceso.²²

Los temas de seguridad nacional han sido recurrentemente tratados con un alto grado de discrecionalidad por el Ejecutivo en turno. La Corte Suprema ha tenido en los últimos tiempos un papel importante en esta materia. Uno de los casos mas ejemplificativos fue el caso Watergate en 1972, en *United States v. Nixon* en que el Tribunal Supremo hizo alusión a lo que la doctrina constitucional ha llamado “el privilegio del Ejecutivo”, al sostener:

[...] ni la doctrina de la separación de poderes, ni la necesidad de confidencialidad de las comunicaciones de alto nivel, pueden fundamentar, sin más, una inmunidad o privilegio presidencial, absoluto e indiscriminado, y en cualquier circunstancia, frente a los procesos judiciales. La necesidad presidencial de que sus consejeros se pronuncien en completa confianza y objetividad exige la mayor deferencia por parte de los Tribunales. Sin embargo, cuando el privilegio se basa sólo en una reivindicación, abstracta e incorrecta, del interés público en la confidencialidad [...] se plantea un problema de conflicto con otros valores. En ausencia de la necesidad de proteger secretos diplomáticos, militares o relativos a la seguridad nacional en asuntos delicados, es difícil aceptar el argumento de que el interés en la confidencialidad [...] se va a ver afectado de modo significativo por el examen *in camera* de las comunicaciones presidenciales, llevado a cabo con toda la protección y garantías que el juez de distrito está obligado a dispensar.²³

La seguridad nacional ha servido de pretexto para un uso desmesurado de la técnica de los secretos oficiales. Miles de documentos han sido clasificados anualmente como secretos, una práctica que se produce anualmente desde la Segunda Guerra Mundial.

El sello clasificatorio en sus diversas categorías constituye una barrera al derecho a saber previsto como excepción en la FOIA, ya que en la práctica, sobre todo después de la guerra fría, ha caído en manos de la burocracia de las agencias gubernamentales, por lo que se advierte una carencia de sistematización para desclasificar documentos.

²¹ Cit pos Miguel Revenga Sánchez, *op. cit.*, p. 17.

²² Quizá uno de los ejemplos más emblemáticos fue la filtración a la prensa en 1971 de los llamados “Papeles del Pentágono”, un informe secreto en que se recogía la verdadera historia de la actuación norteamericana en el sudeste asiático.

²³ Cit pos Miguel Revenga Sánchez, *op. cit.*, p. 119.

Los últimos acontecimientos derivados del terrorismo en el 2001 han acrecentado la necesidad del secreto, y en ocasiones la opinión pública incluso ha respaldado o consentido cierta opacidad en la información reservada por el Ejecutivo y sus agencias, por razones de seguridad nacional.²⁴

Un balance general sobre la política del vecino país acerca del acceso a la información pública nos la proporciona un integrante del *Nacional Security Archives* al afirmar que aun actualmente las agencias pueden tomar decisiones unilaterales para *desaparecer* sus documentos permanentemente con poca preocupación del castigo por su destrucción, citando como ejemplos la destrucción en 1974 de los archivos de *Watergate* descubierta en 1993, la pretensión de la administración *Reagan* de borrar los archivos del escándalo “Irán-contras” entre otros casos similares.²⁵

V. A manera de conclusión

Los controles que la Constitución norteamericana establece a partir de la distribución de funciones en base a los *checks and balances*, por muchos años propiciaron la preponderancia del Ejecutivo de los Estados Unidos en la toma de decisiones en lo referente a la relaciones internacionales, al uso de la fuerza, y al recurso del secreto y la reserva en los temas de la seguridad nacional, que siendo en principio estrictamente militares, han devenido en estratégicos como es el caso de los recursos petroleros en relación con Afganistán, del narcotráfico respecto de Panamá o del terrorismo en Irak.

La falta de activismo del Congreso y la deferencia de la Corte Suprema hacia el privilegio del presidente con anterioridad a la guerra de Vietnam, fueron sacudidas por una opinión pública que desde los medios de comunicación, presionó por un derecho a saber (*right to know*) que el Congreso cristalizó en la FOIA.

La Corte Suprema ha variado su tendencia en la jurisprudencia y ha estudiado los casos en que está en juego la seguridad nacional, separándolos de aquéllos en que el Ejecutivo simplemente la ha invocado para mantener el secreto de manera discrecional, lo cual ha sido en mayor o menor medida resultado de la personalidad y circunstancias históricas de cada uno de los presidentes de los Estados Unidos.

²⁴ Pensemos en la información sobre el ataque terrorista a Nueva York, las armas químicas que justificaron la invasión a Irak, o la tortura de prisioneros en ese país.

²⁵ Kate Doyle, *op. cit.*, p. 23.

Bibliografía:

- BARLETT, K. T., "Keeping secrets: Congress, the Courts and National Security Information, *Harvard Law Review*, volumen 103, número 4, febrero de 1990
- BLANTON, Thomas S. "La experiencia de Estados Unidos con respecto a la Ley de Libertad de Información: activismo del Congreso, liderazgo de los medios de comunicación y política burocrática", en *Derecho comparado de la información*, número 2, julio-diciembre 20003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003.
- DOYLE, Kate "El acceso a la información en Estados Unidos. Balance y perspectivas", en *El derecho de acceso a la información. Visiones desde México y la experiencia comparada*", Ernesto Villanueva e Issa Luna Pla, Fundación Honrad Adenauer, Universidad Iberoamericana, México, 2001.
- EASTLAND, Terry editor, *Freedom of expression in the Supreme Court, The Defining cases*, Boston, Rowman, & Littlefield publishers, inc., 2000.
- FOESTER, Herbert N., *Freedom of Information and the right to know*, Westport, Greenwood Press, 1999.
- O'BRIEN, David M., *El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E. U. A. y la Primera Enmienda Constitucional*, Publigrafics, México, 1983.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1997.

La sucesión en el legado de crédito

Socorro Moncayo Rodríguez *

RESUMEN: El crédito siendo una entidad patrimonial es susceptible de transmisión mediante un acto de disposición *mortis causa*, operándose de éste modo una sucesión particular en el crédito, el cual, no obstante la sustitución del sujeto, permanece inalterado en sus elementos objetivos.

Palabras claves: Crédito, sucesión, legado.

ABSTRACT: *In this essay the author sustains that credit being a patrimonial entity is susceptible of transmission by means of an act of disposition mortis causa, operating a particular succession in the credit, which, despite the subject's substitution, remains unaltered in its objective elements.*

Key words: Credit, succession, legacy.

SUMARIO: 1. Diferentes acepciones del término legado. Problemática. 2. Concepto de sucesión. 3. Algunas hipótesis en las que el legado no da lugar a sucesión. 4. Legado de crédito, una hipótesis que comporta un cambio en la titularidad de la situación jurídica crediticia. 5. Conclusiones.

1. Diferentes acepciones del término legado. Problemática.

El término legado tiene varias acepciones, se emplea en diferentes sentidos para designar varias fases o aspectos del fenómeno sucesorio.

En un primer sentido el legado indica el acto de autonomía privada que determina la llamada del beneficiario, es decir, la declaración volitiva del testador, que tiene un valor negocial y que constituye su única forma de emisión en un testamento.¹

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

¹ Cfr. Giordano Mondello, "Legato" (diritto civile) en *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIII, Milano, 1973, p.

En un segundo sentido es considerado como título de adquisición de derechos patrimoniales, entendido como la fuente del derecho adquirido por parte del legatario.²

En fin en su tercer significado se identifica con un tipo o forma de sucesión *mortis causa* diferente a la universal que compete al heredero, definida como sucesión a título particular y caracterizada por el hecho que opera sobre específicas relaciones jurídicas patrimoniales, o bien sobre determinados bienes.³

De las dos primeras acepciones del término legado no surgen particulares cuestionamientos, mientras que la última acepción, que ve en el legado una sucesión a título particular, es bastante discutida en doctrina.⁴

En efecto los conceptos de legado y de sucesión a título particular no siempre coinciden, aún cuando en términos generales puede afirmarse que el legatario es un sucesor del *de cuius*.⁵

2. Concepto de sucesión.

Es necesario que, determinemos el concepto de sucesión. La doctrina dominante opina que la sucesión implica una permanencia, una continuidad de la relación jurídica, cuando hay mutación de sujetos⁶. Técnicamente por sucesión se entiende “el fenómeno por el cual un sujeto (sucesor) viene a asumir en una relación jurídicamente relevante la misma posición que precedentemente era ocupada por otro sujeto”⁷. La sucesión concebida de este modo, se extendería y abarcaría todas aquellas situaciones jurídicas - por tanto también los créditos- que son susceptibles de permanecer inmutadas en sus elementos objetivos, no obstante la mutación del sujeto que es el titular.

721; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. VI, p. 481 y ss.; Trabucchi, Legato (diritto civile) en *Novissimo digesto italiano*, Vol. IX, Torino, 1963, p. 608.

² Cfr. Messineo, *Manuale cit.*, p. 481; BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, p. 420.

³ Cfr. L. Araujo Valdivia, *Derecho de las cosas y derecho de las sucesiones*, México, Cajica, 1965, p. 479; R. Rojina Villegas, *Derecho Civil mexicano*, T. IV, México, Porrúa, 1976, p. 75; L., Aguilar Carvajal, *Segundo curso de derecho civil, bienes derechos reales y Sucesiones*, México, Porrúa, 1967, p. 319 y ss. Azzariti Martínez, *Successione per causa di morte e donazione*, Padova, 1979, p. 456; Gagni, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Vol. 11, Milano, 1952, p. 27.

⁴ Barassi, *Le successioni cit.*, p. 421; Gagni, *La successione cit.*, p. 36; Azzariti-Martínez, *Successione cit.*, p. 457; Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, p. 311; ID., *Delle successioni, parte generale*, Napoli, 1935, p. 19; Torrente, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1975, p. 957.

⁵ Cfr. Fundamentalmente Giordano Mondello, *Legato cit.*, p. 721; Azzariti-Martínez, *Successione cit.*, p. 457.

⁶ Cfr. Coviello, *Manuale cit.*, p. 313.

⁷ Nicolo, *Successioni nei diritti en Novissimo digesto italiano*, Vol, XVIII, Torino, 1971, p. 606.

Por tanto, presupuesto básico para la existencia de un fenómeno de sucesión en los derechos es la presencia de un acto de adquisición derivativa, entendiéndose por adquisición derivativa una relación de dependencia objetiva entre el derecho preexistente y el derecho adquirido, en el sentido de que entre uno y otro corra una relación de causalidad por la cual "el primero funcione como *condictio sine qua non* del segundo"⁸.

3. Algunas hipótesis en las que el legado no da lugar a la sucesión.

En materia de legado es posible la *sucesión* en aquellos casos en los cuales el legado se concreta a atribuir al beneficiario la titularidad de un bien o de algunos bienes determinados, que ya estaban bajo la titularidad del *de cuius*.

Sin embargo, si el testador dispone de alguna cosa que no era de su propiedad en el momento de su muerte, entonces tal disposición hace que surja a la vida la figura del legado, pero sin que se verifique en ella una sucesión a título particular.⁹

Estas hipótesis son varias y muy relevantes. Así entre estos legados con efectos obligatorios y que no dan lugar a una sucesión se encuentran por ejemplo, el legado con el cual el *de cuius* imponga a cargo de la persona gravada un *facere* o un *non facere* a favor de un tercero determinado; y el legado de cosa ajena, dentro de sus límites de validez.¹⁰

En tales hipótesis no encontramos el concepto técnico de sucesión dado que el derecho o es adquirido *ex novo*¹¹ o bien su adquisición no está sujeta a un nexo de derivación de la posición jurídica del *de cuius*.¹²

4. Legado de crédito, una hipótesis que comporta un cambio en la titularidad de la situación jurídica crediticia.

Ahora bien, por cuanto hace al legado de crédito, tema del que nos ocupamos particularmente, es necesario observar que el crédito es una entidad patrimonial susceptible de ser transmitida, ya sea mediante un acto *inter vivos* e igualmente puede transmitirse a través de una disposición

⁸ Nicolo, *Successione cit.*, p. 610; Coviello, *Manuale cit.*, p.311 y ss.

⁹ Cfr. Cicu, *Il testamento*, Milano, 1951, p. 231; Trabucchi, *Legato cit.*, p. 608.

¹⁰ Cfr. Azzariti Martínez, *Successioni cit.*, p. 457; Giordano Mondello, *Legado cit.*, p. 722.

¹¹ Una hipótesis en la que se atribuye un derecho que se constituye *ex novo* la tenemos cuando el legado tiene por objeto la constitución de un derecho real limitado (usufructo, habitación servidumbre).

¹² Coviello, *Diritto successorio cit.* p. 43; Gagni, *La successione cit.*, p. 36 y ss.; Messineo, *Manuale cit.*, p. 481; Giordano Mondello, *Legato cit.*, p. 722.

mortis causa. Es decir el testador puede legar los créditos existentes a su favor.¹³

Al respecto el artículo 1449 del código civil federal vigente establece: "El legado hecho a un tercero, de un crédito a favor del testador, sólo produce efectos en la parte del crédito que está insoluto al tiempo de abrirse la sucesión".

Basándose en este artículo Rojina Villegas define el legado de crédito de la siguiente manera: "Legado de crédito es aquel por el cual el testador deja al legatario lo que un tercero le debe a él".¹⁴

De manera que si el legado tiene por objeto un crédito que el testador tenga en contra de un tercero, se verifica una sucesión particular en el crédito por parte del legatario; es decir, el legatario viene a substituir al originario acreedor frente al deudor¹⁵, quedando el crédito tal cual era originariamente, pasando bajo la titularidad del legatario con todos sus accesorios, esto es los privilegios, las garantías reales y personales.

En otros términos, podemos decir, que en virtud del legado, el derecho de crédito, pasa inmediatamente, y de modo unitario, del testador al legatario, y este último adquiere, sin duda, un derecho hacia el deudor-obligado, para obtener el cumplimiento del crédito ya existente; y un derecho hacia la persona gravada, dirigido a obtener la *possessio* del crédito¹⁶. Esto se deduce del artículo 1450 del Código Civil. que establece que el heredero está obligado solamente a remitir al legatario los títulos del crédito objeto del legado que estaban bajo la titularidad del testador.¹⁷

Art. 1450 "En el caso del artículo anterior, el que debe cumplir el legado entregará al legatario el título del crédito y le cederá todas las acciones que en virtud de él corresponden al testador".

Por tanto, en la hipótesis que venimos manejando, en la cual objeto del legado es un crédito que el testador tiene contra un tercero, el legatario adquiere inmediatamente el derecho de crédito, y consecuentemente también adquiere una acción en contra del deudor¹⁸, como resulta de la última parte

¹³ Antonio de Ibarrola, *Cosas y sucesiones*, México, Porrúa, 1971, p. 806; Aguilar Carvajal, *op. cit.*, p. 328.

¹⁴ R. Rojina Villegas, *Op. cit.*, p. 97.

¹⁵ Giordano Mondello, *Legato cit.*, p. 793; Azzariti-Martínez, *Successione cit.*, p. 488; Barassi, *Le successioni cit.*, p. 431.

¹⁶ En este sentido Gagni, *I legati nel diritto civile italiano*, Vol. II, Padova, 1932, p. 15 y 250.

¹⁷ Azzariti-Martínez, *Successione cit.*, p. 489, "De modo que en el caso de inexigibilidad el heredero no está obligado al pago del valor del legado, sino solamente está obligado a consignar al legatario el título del crédito legado, con esta simple entrega; él queda totalmente liberado de la carga impuesta".

¹⁸ Cfr. Gagni, *I legati cit.*, p. 16, nota. 5 donde el autor sostiene que entre las consecuencias prácticas del

del artículo arriba mencionado.

Sin embargo para que el legado pueda producir efectos es necesario que tenga por objeto un crédito subsistente a la muerte del testador, ya que de otro modo se caería en la hipótesis de legado de cosa no existente en el patrimonio de la herencia con la consecuencia que el legado quedaría sin efectos.¹⁹

Por otro lado, con el crédito se entienden legados también los privilegios, las garantías reales y personales y los demás accesorios.

En efecto el art. 1452 dispone "Los legados de que hablan los artículos 1444 y 1449 comprenden los intereses que por el crédito o deuda se deban a la muerte del testador".

El legado de crédito comprende los intereses que por éste se deban a la muerte del testador, porque constituyen un accesorio del mismo y esto se basa en el elemental principio de derecho, según el cual "lo accesorio sigue la suerte de lo principal"²⁰.

Habiendo cumplido con lo dispuesto en el artículo 1450 que impone a la persona gravada la obligación de entregar al legatario el título del crédito y cederle las acciones que de él deriven, queda libre de la obligación de saneamiento y de cualquier otra responsabilidad, ya provenga ésta del mismo título, ya de la insolvencia del deudor o de sus fiadores, ya de otra causa, como se desprende del artículo 1451 del código civil.

Finalmente en el artículo 1453 del código civil se establece que el legado de crédito subsiste aunque el testador hubiese demandado al deudor, siempre y cuando éste no haya realizado el pago.

5. Conclusiones.

De estas consideraciones se deduce que en el legado hay una transmisión de la situación jurídica subjetiva que comporta una sucesión particular en el crédito, en virtud de este acto, un sujeto (testador) trasmite a otro (legatario) su crédito, realizándose de este modo el ingreso de un nuevo acreedor en el lugar del acreedor originario, operándose consecuentemente

inmediato traslado del crédito del testador al legatario, existe aquella de que el deudor no puede oponer en compensación contra el legatario, créditos que tuviera en contra del heredero.

¹⁹ Caramazza, *Delle successioni testamentaria* en *Commentario teórico practico al codice civile*, Novara, 1973, p. 399; Gagni, *La successione cit.*, p. 82; Giannatasio, *Delle successioni* en *Commentario del codice civile*, libro II, 2, Torino, 1962, p. 289; Barassi, *Le successioni cit.*, p. 432.

²⁰ Cfr. L. Araujo Valdivia, *Op. cit.*, p. 490; R. Rojina Villegas; *Op.cit.*, pp. 97-98; Antonio de Ibarrola, *Op. cit.* p. 806-807; Aguilar Carvajal, *Op. cit.*, p. 328.

una substitución en la titularidad del crédito.

Bibliografía

AGUILAR CARVAJAL, L., *Segundo curso de derecho civil, bienes derechos reales y Sucesiones*, México, Porrúa, 1967.

ARAUJO VALDIVIA, L., *Derecho de las cosas y derecho de las sucesiones*, México, Cajica, México, 1965.

AZZARITI-MARTINEZ, *Sucessione per causa di morte e donazio*, Padova, 1979.

BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947.

CARAMAZZA, *Della successione testamentaria en Commentario teórico pratico al codice civile*, Novara, 1973.

COVIELLO, *Delle successioni, parte generale*, Napoli, 1935.

_____, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924.

DE IBARROLA , Antonio, *Cosas y sucesiones*, México, Porrúa, 1971.

GAGNI, *I legati nel diritto civile italiano*, Vol. II, Padova, 1932.

_____, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Vol. 11, Milano, 1952.

GIANNATASIO, *Delle successioni en Commentario del codice civile*, libro II, 2, Torino, 1962.

GIORDANO-MONDELLO, “Legato (diritto civile)” en *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIII, Milano, 1973.

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. VI, Milano, 1950

NICOLO, “Successioni nei diritti” en *Novissimo digesto italiano*, Vol, XVIII, Torino,

1971.

ROJINA VILLEGAS, R., *Derecho Civil mexicano*, T. IV, México, Porrúa, 1976.

TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1975.

TRABUCCHI, “Legado (diritto civile)” en *Novíssimo digesto italiano*, Vol. IX, Torino, 1963.

Procedimiento Sumario en el nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave

José Lorenzo Álvarez Montero^{*}

RESUMEN

El presente ensayo aborda el juicio sumario como nueva institución incorporada al Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz. Intentando su conceptualización, precisar su origen y sus precedentes nacionales y extranjeros.

Palabras claves: juicio, proceso y procedimiento.

ABSTRACT:

The present essay includes the summary judgment as a new institution included in the criminal procedures justice code of the state. This work represents an effort in order to research this concept, looking for foreign and national precedents and genesis.

Key words: judgment, process and procedure.

SUMARIO: 1. La reforma a la legislación penal en el Estado de Veracruz; 2. Precisiones terminológicas; 3. Conceptualización de procedimiento sumario; 4. Principios del procedimiento sumario; 5. La reforma estructural del sistema de justicia penal mexicano y la oralidad; 6. Origen del procedimiento sumario; 7. El procedimiento sumario en el Código de Procedimientos Penales del Estado Veracruz; 8 Apertura del procedimiento sumario; 9. Precedentes del procedimiento sumario en México; 10. El procedimiento sumario en otras entidades de la República Mexicana; 10.1. Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán; 10.2. Código de Procedimientos en materia de Defensa Social del Estado de Puebla; 11. Procedimiento sumario en España; 12. Conclusión

1. La reforma a la legislación penal en el Estado de Veracruz

La recientemente aprobada legislación penal tuvo su origen e impulso en la consulta ciudadana convocada por el gobernador del Estado, Miguel Alemán Velasco, a través del

^{*}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.

plebiscito celebrado el 26 de agosto del año 2001, sobre la base de 5 preguntas de las cuales, por razón del tema, sólo nos ocupamos de la número uno, formulada en los siguientes términos:

1. ¿Considera usted que el Gobierno del Estado debe tomar medidas para hacer más eficiente y garantizar a los veracruzanos la prevención del delito, la impartición y administración de justicia, la revisión de penas y el respeto a sus derechos?

La respuesta ciudadana a la cuestión anterior, se observa en el cuadro siguiente:

RESPUESTAS	VOTOS	PORCENTAJE
SI	611574	89.96
NO	30428	4.48
NULOS	37825	5.56

Siendo abrumadoramente positiva la respuesta a la pregunta citada y teniendo en consideración, que la Ley de Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular da el carácter de obligatorio a los resultados del plebiscito, el gobernador, integró una comisión coordinada por el distinguido maestro Pericles Namorado Urrutia, Procurador General de Justicia del Estado para la revisión y reforma de la legislación penal¹.

Entregado el anteproyecto por la comisión el Gobernador, con fecha 3 de noviembre del año 2002, presentó al Congreso del Estado las iniciativas de nuevos Códigos Penal y de Procedimientos Penales.

Las iniciativas fueron turnadas a las comisiones legislativas correspondientes y posteriormente los dictámenes fueron aprobados por el Pleno del Congreso. La nueva legislación penal, sustantiva y adjetiva entró en vigor el 1 de enero del 2004.²

Entre las novedosas instituciones incorporadas al Código de Procedimientos Penales encontramos el procedimiento sumario, tema del presente ensayo y al que habremos de referirnos en adelante.

2. Precisiones terminológicas

En primer término deseo señalar que de acuerdo con Oscar J. E Rodríguez Garruchaga, la palabra proceso no ha sido siempre usada y no se encuentra en las fuentes

¹Decreto publicado en la Gaceta Oficial número 200 del viernes 5 de octubre del 2001.

² Publicado en el Alcance a la Gaceta Oficial número 223 de 7 de noviembre de 2003

romanas, ni en los clásicos ni en los bizantinos, sino que aparece en la Edad Media y en el derecho canónico especialmente, que lo introdujo con las voces *procedere*, *processus* y en la práctica forense se usan indistintamente las expresiones proceso, procedimiento y juicio como sinónimos o equivalentes.³

Por su parte, Carlos Cortés Figueroa indica: “El proceso que para los clásicos bastaba con entenderlo a través del vocablo ‘juicios’...”⁴, agregando más adelante que ... “entre los muchos renglones que requieren explicación se halla el consistente en la prolífera utilización del concepto de proceso, que si bien corresponde a un común denominador como tanto se ha insistido en párrafos precedentes, es muy frecuente que sea usado como sinónimo de ‘procedimiento’ o como sinónimo de ‘juicio’.”⁵

El Dr. Ignacio Medina Lima, afirma que tradicionalmente se ha llamado juicio sumario a lo que los procesalistas modernos denominan, con mejor técnica, proceso sumario.

El nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz utiliza como sinónimos las expresiones procedimiento sumario (artículos 280 y 281) y juicio sumario (artículos 282 y 286). Esta equivalencia es adoptada en el presente ensayo.

3. Conceptualización de Procedimiento Sumario

El Diccionario de la Lengua Española, describe el juicio sumario como aquél en el que se procede brevemente y se prescinde de algunas formalidades o trámites del juicio ordinario.⁶

Caravantes entiende por juicio sumario “el que no sigue el orden lento y solemne del juicio ordinario, sino trámites más breves, marcados para convenir así la naturaleza del negocio o la urgencia que el mismo reclama”⁷

El Dr. Ignacio Medina Lima afirma que: “ se aplica en general el adjetivo sumario a los juicios especiales, breves, predominantes orales, desprovistos de ciertas formalidades innecesarias.”⁸

En términos generales, puede admitirse que los juicios, procesos o procedimientos sumarios son aquellos que por la forma o estructura en que están reglados, o normados, son breves y acelerados los trámites respectivos, pudiendo ser orales, escritos o mixtos, con plazos reducidos para la demanda, el ofrecimiento y desahogo de pruebas, de alegaciones, sin términos extraordinarios, brevedad para el dictado de la sentencia, se reduce la

³ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XVII, Driskill, Buenos Aires, 1978, p. 481 y ss.

⁴ *En torno a la Teoría General del Proceso*, tercera edición, Cárdenas Editor, México, 1994, p. 75.

⁵ *Idem*, p. 220.

⁶ Vigésima primera edición, Madrid, 1996.

⁷ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XVII, Driskill, Buenos Aires, 1978, p. 484.

⁸ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa, México, 1998, p. 1870.

procedencia de recursos o se suprimen los mismos. Rigen los principios de economía concentración y celeridad procesal a fin de que sean substanciados sin dilación, pues recordemos que la justicia tardía, onerosa y larga no es justicia.

Esta clase de juicio o proceso es propio de los jueces de paz o de los municipales como es el caso del Estado de Veracruz, por conocer de negocios civiles y mercantiles de reducida cuantía o de la comisión de delitos que no tienen gran trascendencia social.

4. Principios del procedimiento sumario

Como podrá observarse, el procedimiento sumario incorporado al Código de Procedimientos Penales de la entidad, impulsa juicios breves con pleno respeto a las garantías individuales tanto de los inculpadados como de las víctimas del delito, cuyos principios rectores son de economía y concentración, entendidos éstos de la siguiente manera:

- A. Principios de economía procesal: La directriz que pugna porque el procedimiento se realice con el menor dispendio de tiempo, dinero y energías, contemplando trámites necesarios y razonables eliminando aquellos superfluos o innecesarios.
- B. Principios de concentración. Es la directriz que impulsa la aproximación de los actos procesales, aglutinando en breve tiempo su realización.

Tal vez sea necesario privilegiar la oralidad en los juicios sumarios, sin que ello implique excluir totalmente la escritura, sino solo hacerla preponderante en alguna medida y para ciertos actos procesales, ya que pretender introducir el juicio oral pleno requiere cuantiosos recursos económicos de los que carecemos, para acondicionar las instalaciones y modificar estructuras, así como tiempo para formar y capacitar a los sujetos procesales: jueces, ministerios públicos, abogados y en general servidores judiciales y auxiliares de la justicia.

Las características del juicio oral completan el sumario porque son, entre otras, la concentración de actuaciones, identidad entre el juez de instrucción y el juez de decisión, inmediatez del juzgador con las partes, inapelabilidad y sistema de apreciación probatorias del prudente arbitrio.

5. La reforma estructural del sistema de justicia penal mexicano y la oralidad

En la iniciativa de reforma constitucional presentada por el Ejecutivo de la Unión denominada Reforma estructural del Sistema de Justicia Penal Mexicano, se sostiene que:

El principio de oralidad consiste en el predominio de la palabra hablada, y se traduce en aportar elementos en el juicio de forma directa y oral, que son el fundamento de la sentencia, pero sin excluir los escritos dentro de los procesos, en virtud de que aquéllos tienen como función dar soporte material a las evidencias y en algunos casos, el anuncio de lo ofrecido en el juicio oral, al tiempo de documentar el proceso.

Una de las ventajas de los juicios orales radica en la inmediación; esto es, el juzgador y los sujetos procesales se encuentren presentes para contraponer sus pretensiones sobre la litis que anima el proceso, lo que implica que el juez está en posibilidad de analizar no solamente los dichos de los intervinientes en un juicio, sino además su desenvolvimiento psicológico en el mismo, lo que ayuda a conocer de manera más cercana la verdad histórica y no la formal, fin último de un proceso penal.

Lo anterior da lugar a la necesidad invariable que el juez esté presente en el desahogo de las pruebas, y él mismo emitirá la sentencia, independientemente de substanciarse el proceso, por regla general, en una sola audiencia, en salvaguarda del principio de concentración.⁹

Sin embargo, es necesario tener presente lo señalado por el Dr. Cipriano Gómez Lara, quien afirma:

*finalmente, no es inútil advertir que la oralidad tiene enemigos, ofrece riesgos y puede provocar malentendidos y posiciones exageradas. Todo esto debe ponderarse con actitudes serenas. No se trata de cambiar por cambiar; y tampoco se puede sostener que deben suprimirse partes o instituciones de la vieja legislación si éstas han funcionado satisfactoriamente. El afán conservador puede hacer menos brusco el cambio y el innovador debe tener como pauta fundamental remediar los males advertidos durante la vigencia del texto anterior. Nada más dañino que alterar por completo la estructura y redacción de un código, si sus fallas e inconvenientes subsisten o se agravan en el que venga a reemplazarlo.*¹⁰

6. Origen del procedimiento sumario

La necesidad o conveniencia de un proceso menos complejo, formal y solemne como el ordinario o común, para cuestiones que no reclaman o requieren esas características o la naturaleza o índole del litigio o la urgencia del negocio exige la supresión o abreviación de trámites, dio lugar al nacimiento del juicio sumario, es decir, resumido o compendiado, en Italia y España, pasando posteriormente a la Nueva España, como puede observarse con la lectura de la ley 1 del Título Octavo, De los pleytos y sentencias, del libro sexto de la Recopilación de Indias : “Que en caussas de veinte pessos abajo no se hagan proHesso”

“En las caussas de ueinte pessos abajo no se hagan procesos, ni los escriuanos reHiuan escriptos de los abogados de las partes y por lo que passare y se hiHiere en raHon de la dicha quantia, no lleue mas de medio pesso el escriuano de cada parte, so pena de boluer lo que mas lleuare para la nuestra Cámara.”¹¹

⁹ <http://seguridadyjusticia.presidencia.gob.mx/index.php?idseccion=105>

¹⁰ *Memoria del XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, UNAM, México, 1990, p. 311.

¹¹ Antonio de León Pinelo, *Recopilación de las Indias*, tomo II, Miguel Ángel Porrúa, México, 1992, p. 1631

La confección del juicio sumario puede hallarse en Bulas papales de Alejandro III (1159-1181), Inocencio III (1198-1216), Gregorio IX (1227-1241), Inocencio IV (1243-1254) y Clemente V (1305-1314), que ordenaron medidas de abreviación, aceleración procesal y exclusión de formalidades, a efecto de que se pudiera alcanzar la verdad por el Juez por medio de procedimientos simplificados¹².

Sin embargo, se considera a la Bula *Saepe Contingit* del Papa Clemente V, expedida en 1306, el origen concreto del juicio sumario.

Los principios que informaron dicho juicio fueron los siguientes:

Liberación de la *litis contestatio*; liberación de las apelaciones interlocutorias; liberación del orden legal de los actos impuestos en el *solemnis ordo judicarius*; abreviación de los plazos; autorización al juez para repeler actuaciones innecesarias y fallar cuando estimara suficientemente instruido el proceso y supresión de formalidades superfluas.”¹³

7. El procedimiento sumario en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz

En la exposición de motivos de la iniciativa de reformas al Código de Procedimientos Penales de la entidad el titular del Poder Ejecutivo, manifiesta: “Hasta ahora, en Veracruz sólo ha operado el procedimiento ordinario; en tanto que en otros Estados de la República se ha contado con otro de naturaleza sumaria, como es el caso de Baja California, Campeche, Guerrero, Chihuahua, Hidalgo, Morelos, Nuevo León, etc., con excelentes resultados, pues desemboca en la administración de una justicia más pronta y expedita.

De este modo, el procedimiento sumario que se propone en esta iniciativa deberá seguirse cuando: se trate de flagrante delito, exista confesión judicial o ratificación ante ésta de la rendida con las formalidades legales durante la investigación ministerial, no exceda de cinco años de prisión la pena máxima aplicable al delito imputado, o se trate de pena alternativa o no privativa de libertad. Asimismo, podrá seguirse tal procedimiento, cuando después de dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, ambas partes, inculpados y ofendido, manifiesten en el mismo acto o dentro de los tres días siguientes a la notificación, su conformidad con él y no tener más pruebas que ofrecer, salvo las necesarias para la individualización de las sanciones y el juez considere que no es necesario practicar otras diligencias”¹⁴.

¹² Daniel Olmedo, *Historia de la iglesia católica*, Porrúa, México. 1978.

¹³ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa, México, 1998, p.1872

¹⁴ Iniciativa del Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz.

El nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, publicado en la Gaceta Oficial número 223 del 7 de noviembre del 2003, con inicio de vigencia el 1 de enero del 2004, introduce el juicio sumario en los artículos del 279 al 286 que conforman el capítulo I, del título séptimo.

Así, el juicio o procedimiento sumario procede en dos hipótesis de acuerdo con el artículo 279 de la legislación citada:

Primera hipótesis: En caso de delitos cuya pena privativa de libertad no exceda de dos años sea o no alternativa. (artículos 279, fracción I)

En términos generales, esta hipótesis corresponde, de acuerdo a las reglas de competencia, al conocimiento de los juzgados municipales y por excepción a los juzgados menores y a los de primera instancia, de conformidad con el artículo 17 del Código de Procedimientos Penales.

Segunda hipótesis: En caso de delitos cuya pena privativa de libertad exceda de dos años sea o no alternativa y se de alguno de los siguientes supuestos:

1. Se trate de delito flagrante.
2. Exista confesión ante la autoridad judicial o ratificación ante ésta de la que rindió en la investigación ministerial, apoyada con otros medios prueba.
3. Que el término medio aritmético de la pena de prisión aplicable no exceda de 5 años (artículo 279, fracción II).

Esta hipótesis corresponde a los juzgados menores y a los de primera instancia de acuerdo con las reglas de competencia de los artículos 18 y 19 del Código de Procedimientos Penales de la entidad.

8. Apertura del procedimiento sumario

Sobre la apertura del procedimiento sumario, Oscar J. E. Rodríguez Gurrachaga plantea lo siguiente: "Cuestión interesante es la relativa a si hay que recurrir al juicio ordinario cuando de la ley resulta el propósito de que la cuestión se substancie rápidamente¹⁵.

En el caso planteado, Podetti afirma que es el juez quien debe señalar *ab initio* que se seguirá el procedimiento sumario.

El Código de Procedimientos Penales de la entidad dispone que el juez, al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, de oficio resolverá la apertura del procedimiento sumario pero para su prosecución es necesario la anuencia del inculcado, el cual podrá oponerse y optar por el ordinario dentro del plazo de los tres días siguientes al que se le notifique la incoación del sumario.

¹⁵ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XVII, Driskill, Buenos Aires, 1978, p. 486.

Acordada la apertura del procedimiento sumario se concederá para el ofrecimiento de pruebas un plazo común de cinco días, prorrogables hasta por cinco días más si el juez lo estima conveniente. Recibidas las pruebas o renunciado el plazo señalado, el Ministerio Público y la defensa formularon sus conclusiones en un término improrrogable de tres días para cada uno. Recibidas éstas, el juez citará para una audiencia que se verificará dentro de tres días. Cumplido el plazo, la sentencia se dictará dentro de un término de tres días.

Tratándose de delitos cuya pena privativa de libertad no exceda de dos años, sea o no alternativa, el juez procurará cerrar la instrucción en el plazo de quince días. En esta hipótesis el recurso de apelación solo procede contra el auto de plazo constitucional y contra sentencia definitiva.

En el supuesto de que la pena de prisión exceda de dos años, sea o no alternativa, el juez procurará cerrar la instrucción en el plazo de treinta días.

A pesar de que la expresión procurará, utilizada en ambos supuestos, significa que el juzgador deberá actuar en el sentido de agilizar el procedimiento o desahogar las diligencias en breve término, sin que esté prohibido realizar actuaciones fuera de los plazos señalados, considero necesario ampliar el plazo del primer supuesto a 30 días, igualándolo así con el segundo supuesto.

Sobre el razonamiento anterior, la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en sesión de cinco de marzo del dos mil tres, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente Juan N. Silva Meza, Juventino V. Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, estableció el siguiente criterio jurisprudencial:

PROCESO SUMARIO: SE RIGE POR EL ARTÍCULO 152 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, POR LO QUE EN ESTA VÍA, EL JUEZ PROCURARÁ CERRAR LA INSTRUCCIÓN DENTRO DE LOS PLAZOS ESTABLECIDOS EN DICHO PRECEPTO, SIN QUE PROCEDA QUE PREVIAMENTE LA DECLARE AGOTADA.

De la lectura de la exposición de motivos que dio origen a las reformas al artículo 152 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como de su propio texto, se desprende que el proceso sumario goza de una autonomía destacada; que el Juez tiene la obligación de seguir la vía sumaria en las hipótesis previstas en el citado numeral, la cual tiene como finalidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que el proceso se resuelva con mayor celeridad, concentración de actos y economía procesal, sin que esto implique menoscabo de las garantías de audiencia y defensa del procesado; que en el juicio sumario el Juez ‘procurará cerrar la instrucción’ en los plazos que establecen los incisos a) y b) del propio artículo 152, sin que sea obstáculo para ello el que tenga que ampliar el plazo cuando sea necesario practicar otras diligencias; que ‘una vez que el juzgador acuerde cerrar la instrucción, citará para la audiencia a que se refiere el artículo 307’ del código citado; y que ‘el inculpado podrá optar por el procedimiento ordinario’, el cual le otorga mayores plazos para su defensa, ‘dentro de los tres días siguientes al que se le notifique la instauración del juicio sumario’. Por tanto, en los procedimientos sumarios no procede declarar agotada la instrucción antes del cierre de ésta, en tanto que aquella institución jurídica es propia del procedimiento ordinario, que se rige por los diversos artículos 147 a 150 del propio código adjetivo; además, el hecho de que no se decrete agotada la instrucción en

aquellos procedimientos no significa que haya menoscabo de las defensas del procesado, pues aparte de que éste puede ofrecer pruebas antes de que se cierre la instrucción, el Juez no podrá cerrarla si éstas no se han desahogado o si tiene que practicar otro tipo de diligencias.¹⁶

9. Precedentes del Procedimiento Sumario en México

El antecedente de este procedimiento lo encontramos en el artículo 152 del Código Federal de Procedimientos penales que dispone que el proceso se tramitará en forma sumaria en los siguientes casos:

- a) En los casos de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, sea o no alternativa, o la aplicable no sea privativa de libertad, al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, de oficio resolverá la apertura del procedimiento sumario, en el cual se procurará cerrar la instrucción dentro de quince días. Una vez que el tribunal la declare cerrada, citará a la audiencia a que se refiere el artículo 307;
- b) Cuando la pena exceda de dos años de prisión sea o no alternativa, al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, el juez de oficio resolverá la apertura del procedimiento sumario en el cual se procurará cerrar la instrucción dentro del plazo de treinta días. cuando se esté en cualquiera de los siguientes casos:
 - I. Que se trate de delito flagrante;
 - II. Que exista confesión rendida precisamente ante la autoridad Judicial o ratificación, ante ésta, de la rendida ante el Ministerio Público; o
 - III. Que no exceda de cinco años el término medio aritmético de la pena de prisión aplicable, o que excediendo sea alternativa.

Una vez que el juzgador acuerde cerrar la instrucción, citará para la audiencia a que se refiere el artículo 307, la que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes;

- c) En cualquier caso en que se haya dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso y las partes manifiesten al notificarse de ese auto o dentro de los tres días siguientes a la notificación, que se conforman con él y que no tienen más pruebas que ofrecer salvo las conducentes sólo a la individualización de la pena o medida de seguridad y el juez no estime necesario practicar otras diligencias, citará a la audiencia a que se refiere el artículo 307.

El inculpado podrá optar por el procedimiento ordinario dentro de los tres días siguientes al que se le notifique la instauración del juicio sumario.

10. El procedimiento sumario en otras entidades de la República Mexicana

¹⁶ Contradicción de tesis [75/2002-PS](#). Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Tercer Circuito. 22 de noviembre de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: [Juventino V. Castro](#) y Castro. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Carlos Mena Adame.

El procedimiento sumario se encuentra regulado en otras entidades de la federación mexicana. A manera de ejemplo citaremos las legislaciones de Michoacán y Puebla.

10.1. Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán.

La citada legislación dispone en el capítulo V del Libro Segundo que el Procedimiento sumario se seguirá en los siguientes casos:

I. Que exista confesión rendida ante el Ministerio Público o ante la autoridad judicial con las formalidades de ley, y

II. Que no se trate de ninguno de los delitos señalados en el penúltimo párrafo del artículo 493 de este Código.

Sobre la apertura del procedimiento sumario se indica que al dictar la formal prisión o la sujeción a proceso, si el juez estima que se justifican las hipótesis contenidas en el numeral precedente, de oficio declarará abierto el procedimiento sumario y lo hará saber a las partes y al defensor por medio de la notificación personal de la resolución del término constitucional.

Sin embargo, en el auto de formal prisión necesariamente se revocará la declaración de apertura del procedimiento sumario, para seguir el ordinario cuando así lo soliciten el inculcado o su defensor, en este caso con ratificación del primero, dentro de los tres días siguientes de notificado el auto relativo, que incluirá la información del derecho aquí consignado.

Si no hay oposición para el seguimiento del juicio sumario, las partes y el defensor dispondrán de tres días comunes, contados desde el vencimiento del plazo aludido en el párrafo segundo del artículo anterior, para proponer pruebas que se desahogarán en la audiencia principal.

En el auto que resuelva sobre la admisión de pruebas se señalará fecha para la celebración de la audiencia, la cual se realizará dentro de los cinco días hábiles siguientes.

En la audiencia se seguirá el procedimiento de estilo y se llevará a cabo la recepción de pruebas; una vez terminada ésta, las partes y el defensor deberán formular verbalmente sus conclusiones, cuyos puntos esenciales se harán constar en el acta de audiencia. Sentencia. El juez podrá dictar sentencia en la misma audiencia o disponer de un término de tres días.

10.2. Código de Procedimientos en materia de Defensa Social del Estado de Puebla

En dicha legislación existen tres procedimientos breves y sumarios regulados en los artículos 235, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264 y 265 del Código de Procedimientos en materia de defensa social, que a continuación se indican:

Hipótesis de procedencia:

A. Procedimiento breve relativo a delitos que merecen sanción menor de seis meses de prisión

1. Si el delito que motive la averiguación previa merece como sanción, prisión que no exceda de seis meses.
2. Delitos que sólo se sancionen con multa
3. Delitos que sólo se sancionen con suspensión o
4. Delitos que sólo se sancionen con inhabilitación

B. Procedimiento sumario

1. Para delitos cuya pena máxima de prisión sea de cinco años

C. Para delitos que merezcan una pena de prisión mayor de cinco años, en los siguientes casos:

1. Cuando haya formal prisión del procesado
2. Que el procesado, el Ministerio Público y el defensor manifiesten que no tienen prueba alguna que rendir
3. Que el acusado lo solicite

Trámite del supuesto A

1. Recibida la consignación, si procede el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, la causa se debe instruir en un plazo de 30 días
2. En dicho plazo se recibirán las pruebas y se practicarán las diligencias necesarias que soliciten las partes
3. Concluido el termino probatorio, se citará a una audiencia, que se verificará dentro de tres días siguientes, y a la que deben concurrir necesariamente el Ministerio Público y el defensor
4. Si el defensor es voluntario y no concurre a la audiencia, deberá ser sustituido por uno de oficio
5. En la audiencia la Secretaría debe hacer una relación sucinta de las constancias procesales y leerá las que las partes soliciten
6. El Ministerio Público formulará en la misma audiencia sus conclusiones, y el defensor hará lo propio
7. Se concederá la palabra a las partes para sostener sus puntos de vista, pudiendo hablar, al último, el mismo acusado si hubiera ocurrido a la audiencia.
8. El Juez dictará la sentencia que corresponda en la misma audiencia

9. La sentencia que se pronuncia no admite recurso alguno
10. En este supuesto la identificación del acusado se hará sólo si la sentencia definitiva le impone pena privativa de la libertad.

Trámite del supuesto B

Una vez puesto a su disposición, el Juez informará al detenido que puede juzgarlo en juicio sumario o de acuerdo a los otros procedimientos señalados en el Código y le explicará cada uno de ellos:

1. El acusado decidirá el procedimiento que desee seguir;
2. Optado el procedimiento sumario, el Juez deberá tomarle la declaración preparatoria.
3. Inmediatamente después, se recibirán las pruebas que ofrezcan el Ministerio Público, el acusado y su defensor
4. Después de desahogadas las pruebas el Juez decretará la formal prisión, la sujeción a proceso, o la libertad por falta de elementos para procesar
5. En la misma audiencia se notificará a las partes el citado auto y
6. El Juez requerirá a éstas para que manifiesten si tienen alguna prueba que ofrecer;
7. Si las ofrecen se ordenará recibir las que procedan conforme a derecho
8. Al concluir la recepción de pruebas, o si no se hubiere ofrecido ninguna, se declarará cerrada la instrucción y se requerirá al Ministerio Público para que en el mismo acto formule conclusiones
9. Si las conclusiones del MP son no acusatorias se dará vista al Procurador General de Justicia para que en 24 horas manifieste lo que a su representación competa; si ratifica o no contesta en el término, se sobreseerá el procedimiento
10. Si las conclusiones son acusatorias se requerirá a la defensa y al acusado para que manifiesten lo que a su derecho convenga, y si no, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad, y acto seguido el Juez dictará sentencia
11. Sólo la sentencia definitiva, en este procedimiento, es apelable y no suspende la ejecución, salvo que el delito tenga una pena máxima superior a cinco años.

Todas las actuaciones serán seguidas unas de otras y el procedimiento debe terminarse en una sola audiencia.¹⁷

Trámite del supuesto C. El procedimiento sumario para los delitos que merezcan una pena de prisión mayor de cinco años procede:

1. Si se dictó auto de formal prisión;
2. Si el procesado o su defensor y el Ministerio Público no tienen pruebas que aportar y
3. Si lo solicita el acusado

¹⁷ *Axioma*, Revista Jurídica del Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Puebla, núm. 10, año 4, enero-marzo 2004, Puebla, 2004.

El juzgador podrá decretar de oficio el juicio sumario, en todos aquellos casos en que las partes no manifiesten tener oposición o impedimento alguno en un término de cinco días, que empezarán a contarse a partir del día siguiente de la notificación que de manera personal les haga de su conocimiento dicho proveído.

El proceso dejará de tramitarse como sumario, tan pronto manifieste el acusado no ser su voluntad seguir sometido a él y, en este caso, se continuará aplicando las disposiciones relativas al procedimiento común.

11. Procedimiento sumario en España

La legislación española regula dos hipótesis del procedimiento abreviado, disponiendo en una primera hipótesis que el procedimiento regulado se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien, en una segunda hipótesis a los delitos sancionados con penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración, como los delitos flagrantes, lesiones, coacciones, amenazas, violencia física o psíquica habitual, hurto, robo, o contra la seguridad en el tránsito o, finalmente, cuando se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.¹⁸

Sobre este procedimiento es necesario señalar que el sistema judicial de los juicios rápidos, permite juzgar ciertos delitos y faltas en un plazo que va entre los 12 y 22 días y en extremo, sumando sus plazos máximos, llega a mes y medio. Esta innovación del Derecho español ha permitido desahogar hasta un 60% de la carga de los juicios penales. Su implementación requirió la creación de 80 juzgados de lo Penal, la red tecnológica para conectarlos con los demás tribunales y la capacitación policíaca.

El procedimiento que se sigue es el siguiente:

1. El policía detiene a una persona y según su análisis legal determina si el infractor es remitido al juzgado de guardia o se le hace una citación para comparecer dentro de las 72 horas siguientes.

2. El juez de guardia, en un máximo de 72 horas, toma las declaraciones del detenido, de testigos, y oye a las apersonadas y al Fiscal. Realiza las diligencias urgentes. Si considera que las diligencias son suficientes, dicta auto para seguir con el procedimiento y preparan el juicio oral.

3. Abierto el juicio oral, el Fiscal formula su acusación y el acusado su defensa, o bien, solicita plazo para presentar su escrito de defensa (cinco días), o presenta su conformidad sobre los cargos. Si esto sucede, el juez dicta sentencia.

¹⁸ Ley de enjuiciamiento criminal, título III, artículo 779.

4. El juicio se realiza en un plazo máximo de 15 días. Si las partes no deciden recurrir se sentencia en el mismo acto del juicio. De otra manera el juez deberá dar su sentencia en un máximo de tres días desde la terminación de la vista.

Este procedimiento ha sido criticado duramente por la importante y decisiva participación de la policía para determinar la clase de delito y sus correspondientes efectos.

12. Conclusión

El procedimiento sumario incorporado al Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz fue un gran acierto de la Comisión redactora del proyecto respectivo, así como del Ejecutivo que lo aceptó y de los legisladores que aprobaron la iniciativa, pues indudablemente contribuirá al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución Federal en el sentido de que la impartición de justicia debe ser pronta, completa e imparcial.

Bibliografía:

Axioma, Revista Jurídica del Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Puebla, núm. 10, año 4, enero-marzo 2004, Puebla, 2004.

CORTÉS FIGUEROA, Carlos, *En torno a la Teoría General del Proceso*, tercera edición, Cárdenas Editor, México, 1994.

Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, Madrid, 1996.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa, México, 1998.

Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XVII, Driskill, Buenos Aires, 1978.

LEÓN PINELO, Antonio de *Recopilación de las Indias*, tomo II, Miguel Ángel Porrúa, México, 1992.

Memoria del XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal, UNAM, México, 1990.

OLMEDO, Daniel, *Historia de la iglesia católica*, Porrúa, México, 1978.

Las transiciones del Derecho: Entre el estado rector y promotor de la economía nacional.

Sara Luz Quiroz Ruiz*

RESUMEN: Desde hace veintitrés años, el cambio estructural en México se encuentra orientado a alcanzar un desarrollo endógeno y exógeno de la economía nacional, en cuyo fundamento jurídico convergen, las políticas públicas surgidas de acuerdos alcanzados multilateralmente y la normatividad proveniente de los subsistemas jurídicos, anglosajón y romanista, a fin de salvaguardar los principios de rectoría del estado, la libre concurrencia y la libertad de competencia, lo cual representa una fase de transición para el derecho.

Palabras claves: desarrollo económico, México e integración económica, juridicidad de competencia.

ABSTRACT: *Since twenty-three years, the structural change in Mexico finds itself oriented to achieve an endogenous and exogenous progress of national economy, in which juridical principle, public politics emerged from multilaterally reached agreements and the normativity coming from common and civil law subsystems converge, with the purpose of keeping the basics of government's economical direction, free concurrence and freedom of competence, all of which represents a transition phase for the law.*

Key words: *economical development, Mexico and economical integration.*

SUMARIO: 1. Marco de referencia 2. El principio de rectoría del estado 3. El proceso de globalización 4. El principio de libre concurrencia y libre competencia. 5. Reflexión final: nuevos contenidos de juridicidad. Bibliografía.

Introducción

Durante la realización del Congreso Virtual *Globalización y desigualdad económica* organizado por el grupo EUMED.NET de la Universidad de Málaga, en mayo del 2003,

* Candidata a Maestra en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Pue., México, Académica de Carrera del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de la Facultad de Derecho, en la Universidad Veracruzana, Campus Xalapa, en Xalapa, Veracruz, México.

Ramón Tamames presentó un estudio titulado *¿Sobrevivirá el capitalismo?: El gato de siete vidas, la caja de Pandora, y el Sistema de Economía Mixta y Bienestar (SEMYB)*, del cual surgió el interés por conocer en cuál de entre esas “vidas”, podría ubicarse la reforma constitucional mexicana realizada en 1983, de donde se han derivado diversas transiciones para el Derecho. Inquietud que propició visualizar, que la rectoría del estado ha conducido a México, a la integración económica global, a través del regionalismo manifiesto en los Tratados de Libre Comercio, estrategias que han repercutido en el sistema jurídico mexicano y en sus saberes, componente equilibrador entre el desarrollo endógeno y exógeno. Reflexión que a continuación se presenta, iniciando con un análisis retrospectivo del significado jurídico del principio de rectoría del Estado, para enseguida proyectarlo en el proceso de globalización y sus fases, centrando la atención a continuación, en el ejercicio pleno de los principios de libre concurrencia y libre competencia a través del Derecho de la Competencia.

1. Marco de referencia

El incesante crecimiento democrático origina la expresión de múltiples ideas que provocan, conflictos y controversias, además del reclamo constante de satisfactores y servicios por parte de los diversos actores en una sociedad, situación que comienza a disminuir la capacidad de respuesta efectiva del Estado, conforme a lo establecido en el texto del Constituyente de Querétaro, y en consecuencia, a deteriorarse su prestigio.

Tal era la crisis existente en México en 1982, escenario que reclamaba un cambio impostergable, apertura de espacios para posibilitar la interacción de la sociedad con el Estado, pues así podría aminorarse la experiencia económica disfuncional prevaleciente, con los reclamos de los gobernados; entonces se buscó, integrar lo que en voz de Carl Schmitt constituye la fuerza de la constitución real, es decir, el peso de los grupos de presión sobresalen a la fuerza reguladora de la constitución formal,¹ supuestos que fueron considerados en la tesis de la renovación moral de la sociedad.

En ese ambiente y por aquellos días, fueron creadas diversas instituciones y se le dio otra imagen a la Administración Pública y a los servidores públicos; fue visualizado un sistema en el que interactuaran el subsistema social, el político y el económico, marco integrador que sustentó la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, propuesta por Miguel De la Madrid Hurtado y promulgada por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 3 de febrero de 1983, cambio constitucional de donde emerge el llamado Capítulo Económico de la Constitución, constituido por los artículos 25, 26, 27, y 28. Reforma económica sobre la cual Salvador Valencia Carmona señala, que ya se había intentando en 1939 y en 1965, iniciativa ésta última presentada por el Partido Popular Socialista, a la cual se le reconoció un buen sentido y apropiada técnica, pues proponía un capítulo en la Constitución que se denominara “De la Economía Nacional”.

De tal trabajo legislativo surgieron los principios económicos siguientes: ***rectoría del estado, economía mixta, libre concurrencia y principios antimonopolios, planeación democrática y postulados del nuevo sistema bancario y financiero.***

¹ Diego Valadez, “La reforma Social de la Constitución”, en: *Nuevo Derecho Constitucional Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1983.

Su efecto innovador no se hizo esperar, pues dejando perfilado el mercado interior, jerarquizadas las necesidades y el grado de intervención del Estado en su satisfacción, expresada en la planeación de sus políticas públicas, se puntualizó la garantía económica de libre concurrencia y de libertad de competencia, con lo cual a su vez era reconocida a nivel constitucional, una parte importante de la sociedad, los consumidores.

La armonización de esas políticas económicas con la sistematización de la emergente normatividad jurídica, marca el inicio para que México participe en la economía mundial, por lo cual 1986 representa para nuestro país, el inicio hacia un desarrollo exógeno, con el ingreso al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por su siglas en inglés, hoy Organización Mundial de Comercio OMC); en el que se avanza tres años más tarde, cuando ocurre la recomposición de la economía mundial con el fin de la guerra fría y con ello, se propicia la integración económica, proceso asumido por México a través de tratados de libre comercio.

Así México llega a la última década del siglo pasado y con el nuevo orden económico mundial, con su política económica de flexibilidad y apertura a los mercados, para procurar del desarrollo endógeno de los años 80's el desarrollo exógeno, de un mercado interior a mercados zonales, garantizado por un marco integrado con los principios de libertad de comercio e industria, libertad de concurrencia, libertad de competencia y libertad de consumo; jurídicamente expresado en la promulgación de diversas leyes secundarias y en el surgimiento de instituciones, como:

- ❖ Autonomía del Banco de México,
- ❖ Promulgación de la Ley Federal de Competencia,
- ❖ Establecimiento de la Comisión Federal de Competencia Económica,
- ❖ Reprivatización de la banca,
- ❖ Se reforma la regulación de la materia de telecomunicaciones por satélite, de las áreas estratégicas, de explotación exclusiva de la nación, a las áreas prioritarias,
- ❖ Establecimiento de la Comisión Nacional Usuarios de los Servicios Financieros (CONDUSEF)
- ❖ La presencia de las Organizaciones no gubernamentales (ONG'S)

Reestructuración económica unida a la innovación tecnológica, aportan para el derecho, retos y desafíos atendidos con el surgimiento de nuevos contenidos de juridicidad, como podrá apreciarse en el contenido presentado enseguida.

2. El principio de rectoría del estado

Este principio contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, desde la reforma publicada por Decreto en el Diario Oficial de la Federación del 3 de febrero de 1983, cuyo vocablo “rectoría”, gramaticalmente lo define el diccionario de la Real Academia Española como derivado de la palabra rector, que significa: “el que rige o gobierna”. Persona a cuyo cargo está el gobierno y mando de una comunidad, hospital o colegio; relacionada con el verbo regir, el propio texto lo define como dirimir, gobernar o mandar. Guiar, llevar o conducir una cosa.

En la reforma resultante del trabajo legislativo señalado, es regulado el principio de la rectoría del estado, en el Artículo 25, puntualizándole de la manera siguiente: “...Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.”²

Según su exposición de motivos, la intención del legislador subyacente en la disposición transcrita, permite visualizar la posición integradora y programática del Estado, innovación altamente valorada, al mirar y reflexionar retrospectivamente hacia la década de los años sesenta, época en donde se da un desaprovechamiento del mayor auge y estabilidad del comercio internacional de la posguerra, que permitió a varios países transformar sus estructuras industriales; pero ahora, con tal adecuación, se consideró que podía asumirse el compromiso de definir una estrategia de desarrollo.

Por su parte Marcos Kaplan al colocarle en el escenario latinoamericano, le considera como el principio del ajuste al nuevo orden económico mundial emergente en esos países, caracterizado, “...por la interdependencia asimétrica, la concentración del poder mundial en dos superpotencias como polos de broques, y la nueva división mundial del trabajo”,³ **realidad global en la que el Estado acepta la rectoría a través de funciones interrelacionadas.**⁴

Eje protagónico que a través de las funciones de organización colectiva y de políticas socioeconómicas, dice Kaplan, la intervención rectora del Estado regula la disponibilidad y uso de recursos, según la matriz de necesidades reconocidas y jerarquizadas; incide en la producción y distribución de bienes, servicios, ingresos, entre clases y sectores, regiones y objetivos. El Estado regula o administra servicios públicos, infraestructuras, actividades de base y de avanzada. Aquél contribuye a la formación del ahorro: es productor, comprador y vendedor de bienes y de servicios; inversor de sí mismo, y agente de estímulo directo e indirecto para la inversión privada. A través del empleo burocrático, los servicios sociales y las transferencias, el Estado regula los niveles de ocupación e ingreso, la capacidad adquisitiva del mercado, las condiciones de competencia y monopolio. El Estado asume el financiamiento público de la producción privada, la socialización de riesgos y pérdidas de la gran empresa. A la inversa, está a cargo del Estado la protección de categorías mayoritarias (consumidores, usuarios, asalariados, pequeños y medianos empresarios, intelectuales, técnicos), su manejo y control, la reducción o canalización de conflictos, la contribución decisiva al logro y refuerzo del equilibrio del sistema. El Estado asume las tareas de pilotaje global de la

² Este principio en la doctrina del derecho constitucional se denomina: derecho constitucional económico, o Constitución Económica. Otras constituciones que le regulan, la Constitución Española de 1978, Carta Portuguesa de 1976 reformada en 1982, Panamá, Brasil, Ecuador, Perú, Panamá. Cfr. Héctor Fix Zamudio, “El Estado Social de Derecho y la Constitución Mexicana”, en: *La Constitución Mexicana. Rectoría del Estado y Economía Mixta*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Porrúa, Colec. Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 92, México, 1985. p.111 y ss.

³ Marcos Kaplan, “Rectoría del Estado y Desarrollo”, en: *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta*, Ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Colec. Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 92, México, 1985. p. 37 y ss.

⁴ Ibidem p. 44.

economía, de prevención y superación de la crisis, de promoción y crecimiento y la modernización, de desarrollo y planificación.⁵

Aspectos atendidos por la reforma en cita, donde aparecen jerarquizada la atención del Estado en la satisfacción de las necesidades, al distinguir entre las áreas estratégicas y las áreas prioritarias, cuya definición fue omitida, según han señalado algunos doctrinarios, sin embargo, al ser componentes de un cambio estructural, es pertinente solo aportar su concepto funcional, tal como ocurre cuando en el artículo 115 son enumerados los servicios públicos que atenderá el Municipio, consignando expresamente dos excepciones, el que pueda asociarse con otro u otros, u otorgar su consecución. O sea que se llega a establecer un inicio de corresponsabilidad.

Con la inclusión en la Constitución de este principio en estudio, constitucionalistas como Héctor Fix Zamudio y Jorge Carpizo han expresado, que el Estado redefine su naturaleza, al mismo tiempo que penetra a la sociedad, se coloca por encima de ella, propicia acabar con la distinción entre lo público y lo privado, para expandir al derecho administrativo y al derecho económico, se busca la integración para atenuar la heterogeneidad y conciliar los intereses públicos privados y sociales, a pesar de ocasionar con tal disposición la ruptura en la división y equilibrio de poderes.⁶

Por su parte, Miguel De La Madrid en su obra *Régimen económico en las Constituciones de los Estados*, destaca, que debe entenderse al Estado mexicano en ese contexto, como persona de derecho público, en sentido amplio, en sus funciones de administrar, legislar y juzgar, así como también en los ámbitos estatal, municipal y desde luego el federal, cuya función debe de orientarse además del aspecto económico a:

“a) que el desarrollo sea integral; ...que debe abarcar sus distintos aspectos, como la economía, la política, la sociedad, la cultura y referirse a los distintos grupos y regiones del país.

“b) que fortalezca la soberanía de la nación;...” en relación con la facultad de autodeterminarse, en términos de lo establecido por el artículo 39 y relacionándolo con el concepto de nacionalismo previsto por el artículo 3º.

“c) que fortalezca la democracia, respetando el principio de legalidad y apartarse de cualquier actitud arbitraria, hasta alcanzar y consolidar los cauces de democracia participativa

“d) Debe permitir el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la Constitución.

“e) debe fomentar el crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza”, o sea un concepto del desarrollo equilibrado.

Regulación complementada por el artículo 27 constitucional al disponer, que el Estado promoverá el desarrollo integral para generar empleo y garantizar a la población campesina su incorporación al desarrollo global del país, además, el artículo 73 Fracción XXIX inciso F, responsabiliza al Estado para que regule la inversión

⁵ Octavio Ianni, “Estado y planeamiento económico no Brasil (1930-1970)” en: *Rectoría del Estado y Desarrollo*, por Marcos Kaplan, en: *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta*, ob. cit., pp. 44-45.

⁶ Marcos Kaplan, “Rectoría del Estado y Desarrollo”, en: *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta*, ob. cit., p. 51.

extranjera transferencia de tecnología y la generación, difusión, aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional.

La conjunción de regulación jurídica y políticas económicas para el desarrollo, guiadas por **el principio de planeación democrática** es expresada, con fundamento en innovación legislativa constituida por la Ley Federal de Planeación, en el Plan Nacional de Desarrollo y sus Programas, para garantizar los valores de libertad, justicia y seguridad hacia la integración económica.

El propio Plan Nacional de Desarrollo de 1984-1988, señala en sus lineamientos generales, al mismo tiempo que defenderá la planta productiva y mantendrá el empleo, avanzará en el cambio estructural para lograr una integración eficiente con el exterior, reconociéndose en el Programa Nacional de Fomento Industrial y Comercio Exterior correspondiente, que el recto es la competencia internacional, en un entorno complejo e inestable; además puntualiza, a la industria electrónica como central en la evolución de la producción organizada de bienes y servicios, sobretodo en microcomputadoras, equipos de telecomunicaciones, de uso en los sectores de salud y educación, y los bienes de consumo electrónico. O sea, la estrategia es avanzar, del desarrollo endógeno al desarrollo exógeno, las dos caras de la globalización, como ha sido expresado por Aldo Ferrer.

2. El proceso de globalización

Desde el punto de vista gramatical, el vocablo globalización lo registra por primera vez el Diccionario Webster's, al comienzo de los años sesenta, sin particulares connotaciones espaciales, solo como sinónimo de totalización⁷, lo cual no podría ser de otra manera, porque tal denominación es manejada por los autores sajones y latinoamericanos, pues lo estudiosos franceses y belgas prefieren emplear el término de mundialización.

La globalización ha sido conceptualizada por múltiples autores⁸ y desde diferentes ópticas, aunque su origen sea económico, finalmente es la multinacionalización de las actividades internas, es el establecimiento de lazos e interrelaciones complejas, entre Estados, economías y sociedades, con identidades diferentes y que son vistos como subsistemas, es el surgimiento de redes, de toma de decisiones dentro de marcos jurídicos multinacionales.

⁷ Marcos Revelli, "La ideología de la globalización y su realidad", En: *Estado Constitucional y globalización*, por Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, Comp., Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p.139.

⁸ Cfr. Silvio Baró Herrera, "Globalización y relaciones internacionales", *Aportes, Revista de la Facultad de Economía*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Año II, No. 5, s.a.; Javier Martínez Peinado, "Globalización: elementos para el debate", en: *La globalización de la economía mundial. Principales dimensiones en el umbral del siglo XXI*, por Jaime Estay, Alicia Girón, Osvaldo Martínez, Comp. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Económicas, Centro de Investigaciones de la Economía Mundial, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y Miguel Porrúa, Colec. Jesús Silva Herzog, México, 1999; Sergio López Ayllón, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del Derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie:E, Núm. 86, México, 1997. p.50 yss.

Sobre este proceso han sido identificadas diversas fases, momentos y niveles, reconociéndose la primera fase 1945-1962, época donde surgen los enfrentamientos entre dos superpotencias, la soviética y la norteamericana; la segunda corresponde a un período que va de 1962 hasta mediados de la época de los ochenta, donde se configura el gradual desvanecimiento del duopolio referido y el debilitamiento del entonces llamado Tercer Mundo; la tercera fase y actual, se distingue por la coexistencia de una potencia unipolar en declinación relativa con otras aspirantes a la hegemonía y la tendencia quizás de una tri, penta o multipolaridad.⁹

Por su parte Marco Revelli desprende los procesos en que se manifiesta la globalización, para comprender sus mecanismos; lo cual origina distinguir:

- ❖ **La globalización comercial**, visualiza la unificación a escala mundial de las mercancías, en relación a la reducción de barreras proteccionistas levantadas por los Estados nacionales en defensa de sus mercados; o bien, a la homologación cultural que ha generalizado estilos de vida y patrones de consumo. Entonces, en los años 80's se hablaba de la aldea global.
- ❖ **La globalización productiva**, aludiendo no solo al mercado sino además a la empresa, transformación que por primera vez hace Kenichi Ohmae en 1990, culminación de la empresa a su dimensión transnacional.¹⁰

Puede observarse, en los momentos que los autores ponderan en el estudio de este proceso, que permanentemente existe la aptitud y flexibilidad del sistema económico, político y social, para incorporar nuevos actores, posibilidad para desencadenar procesos de acumulación de capital, tecnología y capacidad organizativa de los recursos, lo que posibilita una cosmovisión para revalorizar la propia identidad y su inserción mundial. Visión y acción en que se desarrolla México en la década de los años 90's como será estudiado a continuación.

3. El principio de libre concurrencia y libre competencia

Definitivamente desde la última década del siglo pasado, aquellas bases surgidas de la reforma constitucional del 83 para la integración económica, tienen significativos avances, pues las políticas públicas contenidas en los Planes Nacionales de Desarrollo 1994-2000 y 2001-2006 y sus programas, dan claro ejemplo de ello reafirmando, al ser México parte de la Organización y Cooperación para el Desarrollo Económico, estar en la Organización Mundial de Comercio y con la firma de Tratados de Libre Comercio a lo largo del Continente Americano, con el Continente Europeo y Asia.

Por integración, gramaticalmente se entiende, como formar las partes de un todo, complementar las partes de un todo, según el Diccionario de la Real Academia; en cambio Iliana Di Givani Battista le considera, como un status jurídico, en el cual los Estados entregan algunas prerrogativas soberanas, con la finalidad reconstituir un área dentro de la cual puedan circular libremente y recibir el mismo tratamiento las personas, los bienes, los servicios y los capitales mediante la armonización de las políticas correspondientes y bajo una hégira supranacional.¹¹ Jurídicamente tal proceso es el

⁹ Marcos Kaplan, *Ciencia, Estado y Derecho en la Tercera Revolución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Petróleos Mexicanos, México, 1993. pp.16-17.

¹⁰ Marco Revelli, "La ideología de la globalización y su realidad", *ob. cit.* p. 139 y ss.

¹¹ Filiberto Pacheco Martínez, *Derecho de la Integración Económica. Implicaciones jurídicas en México*, 2ªed., Ed. Porrúa, 2002. p. 30.

conjunto de medidas destinadas a suprimir las discriminaciones entre unidades económicas pertenecientes a diferentes países; considerada como una situación, la integración designa la ausencia de toda forma de discriminación entre económicas nacionales.¹²

Apertura y flexibilidad que precisan a través de su regulación jurídica, asegurar el derecho de agentes económicos para acceder a un mercado, respetando las reglas establecidas, que armonizan su comportamiento dentro de tal escenario, previenen o sancionan conductas que causen daño a sus intereses, cuyo impacto alcanza a la economía nacional e internacional y por ende en la sociedad, por ello se afirma que indirectamente también estas normas jurídicas protegen al sector débil pero que también se constituye como agente económico, pues impulsa el posicionamiento de la empresa: el consumidor; interactuar del núcleo a la periferia, o inter subsistemas, posibilitado por las innovaciones tecnológicas; conjunto reordenamientos y disposiciones jurídicas que dan nacimiento a un saber del derecho denominado Derecho de la Competencia.¹³

Ante la urgencia de mantener en equilibrio, los intereses particulares manejados por los agentes económicos y el bienestar público de la sociedad, desde el inicio de la década de los años 90's, son promulgadas como legislación de competencia: Ley de Comercio Exterior y su Reglamento, Ley Federal de Competencia y su Reglamento, Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia, Nueva Ley Federal de Protección al Consumidor, Ley de Inversión Extranjera y su reglamento, Ley de Derechos de Autor, Ley Federal de Propiedad Industrial, los Capítulos sobre Prácticas desleales de Comercio Internacional y Mecanismos alternativos de solución de controversias, contenidos en los Tratados de Libre Comercio signados por México con sus socios comerciales, además del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre la aplicación de sus leyes de competencia y el Acuerdo entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos con el gobierno de Canadá sobre la aplicación de sus leyes de competencia, que data de abril del 2003.

Según el principio de planeación democrática, la política de competencia económica es amplia y profundamente expresada, hasta el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006, donde se conceptualiza como "...un instrumento de acción gubernamental que promueve la mejor utilización de los recursos y contribuye a elevar la eficiencia de los mercados mexicanos. Facilita la inserción de la actividad productiva nacional en el comercio internacional, además de incidir favorablemente en precios al consumidor y maximizar la producción y el empleo, razón por la cual ha sido elemento importante en el proceso de modernización y apertura comercial iniciado en los noventa."¹⁴ Debido a su interacción con otras entidades del Estado, se vincula con los siguientes programas que del mismo derivan:

¹² *Nuevo Diccionario de Derecho Mexicano*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, T. I-O, México, 2000. p. 2098

¹³ Cfr. Jorge Witker y Angélica Varela, *Derecho de la Competencia económica en México*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Colec. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 157, México, 2003.

¹⁴ Cfr. *Programa Nacional de Competencia Económica 2001-2006*, Diario Oficial de la Federación, junio 9 del 2003.

- ❖ Desarrollo en las regiones Sur-Sureste, Centro-país, Centro-Occidente, Noreste, Noroeste, así como los programas Puebla-Panamá, Frontera Norte y Frontera Sur.
- ❖ Del Programa de Desarrollo Empresarial.
- ❖ Programa de Comercio Exterior y Promoción de la Inversión.
- ❖ Programa de Desarrollo Informático.
- ❖ Programa Anual de Normalización .
- ❖ Programa de Anual de Mejora Regulatoria.

De la sistematización y armonización en materia de competencia económica, surgen dos importantes instituciones: La Comisión Federal de Competencia (CFC) y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros (CONDUSEF). La relevancia de la primera estriba en su misión: mantener el orden el comportamiento de los agentes económicos en el escenario del mercado, previniendo y sancionando conductas atentatorias de la libre concurrencia y la libre competencia; la mención de la segunda: por ser el sector más globalizado, como lo demuestra su estadística de atención a usuarios correspondientes al periodo enero - febrero de 2004, cuya cifra global fue de 51290, así como la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL).

La Comisión Federal de Competencia (CFC) es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, creado en 1993 con el objeto de aplicar la Ley Federal de Competencia Económica, tiene autonomía técnica y operativa en el desempeño de sus funciones y para dictar sus resoluciones, su estructura fortalece la imparcialidad de sus decisiones y su independencia respecto de presiones políticas.¹⁵

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (**CONDUSEF**) es un Organismo Público Descentralizado, cuyo objeto es promover, asesorar, **proteger y defender** los derechos e intereses de las personas que utilizan o contratan un producto o servicio financiero ofrecido por las Instituciones Financieras debidamente autorizadas que operen dentro de la República Mexicana, así como crear y fomentar entre los usuarios una cultura adecuada respecto de las operaciones y servicios financieros¹⁶

La Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL), es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, con autonomía técnica y operativa, cuyas funciones tienen el propósito de regular y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones.¹⁷

4. Reflexión final: nuevos contenidos de juridicidad

Como lo ha expresado Sergio López Ayllón, si la economía cambia y se globaliza, también el derecho debe hacerlo,¹⁸ tal confluencia lleva a visualizar al sistema jurídico a

¹⁵ Cfr. *Programa Nacional de Competencia Económica 2001-2006*, Diario Oficial de la Federación, junio 9 del 2003; ww-cfc.gob.mx

¹⁶ www.condusef.gob.mx

¹⁷ Jorge Witker y Angélica Varela, *Derecho de la Competencia económica en México*, ob.cit. p. 99

¹⁸ Sergio López Ayllón, "El impacto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en los Sistemas Jurídicos del Continente Americano", en: *El futuro del libre comercio en el Continente Americano: Análisis y Perspectivas* por Sergio López Ayllón, Editor, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, pp. 215-216

través de marcos regulatorios, consecuencia de la armonización y para constituir su sistematización; teniendo presente que armonización, es una consulta mutua sobre cuestiones importantes de política económica; por su parte la sistematización alude a un cierto modo de organizar y adecuar un conjunto de normas jurídicas relacionadas con un tema específico, perspectiva que aquí y ahora llevan a surgir lo identificado como nuevos contenidos de juridicidad, para equilibrar los intereses particulares frente al interés general.

Los contenidos jurídicos así emergentes, plantean problemas derivados de la interacción entre los subsistemas que conforman el sistema económico mundial, en donde encontramos a su vez, los subsistemas jurídicos anglosajón y romanista, encuentro de culturas jurídicas manifiestas en los Acuerdos económicos Multilaterales o Trilaterales, como experimenta México al haber multiplicado sus socios comerciales a lo largo del Continente Americano, el Continente Europeo y Asia.

Escenario cuya complejidad crece y profundiza, ante el desarrollo tecnológico privilegiado por el alcance de la informática, al desafiar el tiempo y el espacio, a través de la Telématica, logro que contribuye a constituir nuevos contenidos de juridicidad desterritorializados, como por ejemplo el Derecho de Protección al Ambiente, el Derecho de la Propiedad Intelectual, el Derecho Financiero y Bursátil e indudablemente el Derecho de la Competencia, el Derecho Informático y el Derecho del Consumo.

El número de acciones de atención brindadas por esta Comisión Nacional durante el primer bimestre de 2004 presentó un incremento del 36% con respecto al mismo periodo de 2003. Por acción de atención destacan los crecimientos de las defensorías legales con el 122%, las asistencias con el 38% y las reclamaciones con el 11%, mientras que las solicitudes de defensoría legal disminuyeron un 6 %.

Bibliografía.

a) Impresa

CRONTERAS MENDEZ, Marco Antonio, *Globalización, Derecho de la Integración y Tratado de Libre Comercio*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1996.

DE LA MADRID HURTADO, Miguel, “Régimen económico en las Constituciones de los Estados”, En: *Problemas actuales del Derecho Constitucional en Homenaje a Jorge Carpizo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Colec. Serie G: Estudios Doctrinales, No. 161.

KAPLAN, Marcos, *Ciencia, Estado y Derecho en la Tercera Revolución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Petróleos Mexicanos, México, 1993

MALPICA DE LA MADRID, Luis, “La modernización del sistema jurídico mexicano y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, En: *Un Homenaje al Dr. César Sepúlveda*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Colec., Estudios Jurídicos, 1995.

REVELLI, Marcos, “La ideología de la globalización y su realidad”, En: *Estado Constitucional y globalización*, por Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, Comp., Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Estado Constitucional y Globalización*, Ed. Porrúa, México, 2001.

WITKER, Jorge y Angélica Varela, *Derecho de la Competencia económica en México*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Colec. Serie Doctrina Jurídica, Núm, 157, México, 2003.

b) En línea.

www.condusef.gob.mx

Universalismo vs relativismo en el derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres

Ana Lilia Ulloa Cuellar*

RESUMEN

Se trata de un trabajo sobre la temática *género y derechos humanos* centrado en el derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres. Contiene tres apartados de los cuales destaca el referente al relativismo cultural. En éste se defiende la tesis de que la defensa de los derechos humanos de las mujeres nos compromete con una ética racional capaz de juzgar entre aquellas prácticas que son moralmente aceptables y aquellas que no lo son.

Palabras claves: derechos humanos, relativismo cultural, género.

ABSTRACT

In this article, it is analyzed, on one hand, the dilemma of the universal and general aspects of human rights, and the recognition of individuality, diversity and multiculturalism, on the other. Since its core is precisely gender and human rights, the discussion is focused on the international legislation on women's human rights. Following Wittgenstein's methodology, the author concludes that such a dilemma is only aparent and that we are just dealing with a pseudo problem. It should be stressed that in this text, cultural relativism is an important issue, being the thesis discussed as follows: the defense of women's human rights demands from us a rational ethics able to determine between those practices that are morally approved and those wich are not.

Key words: human rights, women's human rights, cultural relativism

SUMARIO: Introducción. 1. La perspectiva de género como paradigma epistémico. 2. La Universalidad de los Derechos Humanos y el Relativismo Cultural. 3. El enfoque de *las capacidades* y *la vida activa*.

Introducción

Sin duda es un hecho que en los últimos años del siglo que acaba de terminar, y en los que ahora estamos transitando, varios organismos estatales y no estatales han venido desplegando múltiples esfuerzos para defender los derechos humanos de las mujeres y en

* Doctora en Filosofía e Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

este proceso se ha visto como los instrumentos existentes de los sistemas jurídicos nacionales son deficientes para proteger los derechos fundamentales de las mujeres.

Por ello, se ha dado la iniciativa global del reconocimiento de los derechos de las mujeres a inicios de 1993 a través de varias movilizaciones de las que destaca, la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de Naciones Unidas celebrada en Viena en 1993, asimismo, la necesidad del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres.

En nuestro continente para la defensa de los derechos humanos de las mujeres contamos, entre otros instrumentos, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) la cual designa a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Organismos de control del cumplimiento de sus obligaciones de los estados parte. Sin embargo, los beneficios de este Sistema Interamericano de Protección de los Derechos humanos se harán realidad cuando de hecho se dé un uso asiduo y creativo por todos los miembros de los estados parte y este mismo uso contribuya a la vez al perfeccionamiento de sus procesos.

Como sabido es, la plataforma de acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer ratificó la universalidad de los derechos humanos de las mujeres y enfatizó la responsabilidad primordial de los gobiernos en la promoción y protección de esos derechos.

De manera que el tema de la protección internacional de los derechos humanos de las mujeres constituye un compromiso para toda la sociedad civil y en especial para todos los y las universitarias. La implementación de mesas de trabajo, seminarios, diplomados especializados en género sin duda contribuyen a la democratización real de nuestros ámbitos educativos y consolidan el avance de las conquistas de la mujer y sus derechos.

El derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres implica, entre otras cosas, la defensa de la dignidad humana con un enfoque integral de género. Pero se hace necesario reclamar mecanismos más eficientes para la implementación de los pactos y las convenciones internacionales.

Sin duda la carta magna de los DDHH de las mujeres es la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, CEDAW por sus siglas en inglés. La CEDAW es uno de los grandes instrumentos de derechos humanos y aborda específicamente los derechos de la mitad de la población. El reconocimiento y ratificación de la CEDAW y su protocolo facultativo por parte de México implica entre otras cosas que el país debe generar los mecanismos que posibiliten la realización de esos derechos. De esta forma los derechos humanos de las mujeres pueden ser hoy justiciables y/o exigibles de diferentes maneras. Con esto se abre también un proceso de relectura, desde el género, de los grandes instrumentos del sistema de Naciones Unidas. A la vez que empiezan a surgir instrumentos internacionales que ya nacen con una perspectiva de equidad de género como es el caso del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. Este instrumento incluye desde el inicio como crímenes de lesa humanidad y de guerra a los embarazos forzados y las violaciones sexuales masivas, entre otros.

Con la internacionalización de los derechos humanos de la mujer se señala explícitamente el carácter universal que tienen estos derechos. Pero esta universalidad choca en principio con las propuestas también actuales y democráticas de tolerancia y del reconocimiento de la diversidad y del multiculturalismo, tesis que llegan a desembocar en un relativismo cultural. Se nos plantea entonces el dilema “universalismo y derechos humanos o pluralismo y entonces relativismo.”

Sin embargo esto que pudiera ser una contradicción realmente es como diría Wittgenstein sólo un pseudo problema. Examinar este aparente dilema y ver cómo se puede disolver es el objetivo de este trabajo.

1. La perspectiva de género como paradigma epistémico

Lo primero por señalar es que la perspectiva de género es un paradigma epistémico y metodológico de corte cualitativo a través del cual se presenta una visión equitativa de hombres y mujeres, una visión equitativa de las relaciones y convivencias sociales del mundo en general, de la ciencia y de la forma de hacer ciencia. Veamos esto último.

Ante la propuesta nomológica-deductiva o llamada tradicionalmente positivismo, la cual concibe al conocimiento y a la investigación científica como una serie de pasos de los cuales destacan la observación y la experimentación para obtener leyes que después integradas en teorías van a predecir y explicar fenómenos educativos, se conforma un nuevo paradigma. Este nuevo paradigma intenta superar las deficiencias de la generalidad, el problema de la inducción, así como la posición neutral de la ciencia a través de un nuevo enfoque cualitativo para la investigación científica.

Se trata de un enfoque que se centra en el reconocimiento de la subjetividad de los seres humanos, de su naturaleza social, política e histórica de estos seres humanos, en el carácter no neutral de la ciencia y en la construcción social del conocimiento. A partir de aquí se empiezan a construir diversas metodologías que tratan, ya no de generalizar o predecir la conducta humana sino de entender, comprender, e interpretar el fenómeno humano. Dentro de la variedad de metodologías de corte cualitativo destacan: el enfoque fenomenológico, el lingüístico, el hermenéutico de Gadamer, el crítico de Habermas y por supuesto la perspectiva de género.

Esta perspectiva de género como un paradigma cualitativo tiene entre otros objetivos: enfrentar, denunciar y superar los sesgos sexistas explícitos e implícitos en las políticas públicas, develar al género como una construcción social del sexo; una construcción dada a través de lo que la cultura permite y prohíbe a mujeres y hombres en función de su sexo biológico. A través de esta perspectiva se entiende como el género es una forma primaria de relaciones significativas de poder.

De los descubrimientos de la antropología cultural, uno muy importante fue que las descripciones etnográficas obligaron a los eurocéntricos occidentales –tanto a los científicos como a los filósofos o

a la gente corriente- a cuestionarse ese supuesto básico de nuestra cultura que consiste en asumir que la especie humana está dividida en dos géneros: masculino y femenino. La observación de otras culturas hizo necesario admitir que no solo esto no ocurre siempre, puesto que se descubrieron sociedades con más de dos géneros, sino también que la seguridad con que en Occidente se da por supuesto que los géneros son dos encubre, en realidad, un punto de fricción y un nudo de problemas que nuestra cultura no tiene resueltos. Esta tensión se refleja, por ejemplo, en el hecho de que es muy importante la información sobre el género cuando se conoce a una persona; pero, en caso de duda, raras veces se seguiría el camino más corto para resolverla, que sería el preguntarle directamente a la víctima a cuál de ellos pertenece.

Las descripciones etnográficas demostraron, asimismo, que la diversidad de contenidos de lo femenino y de lo masculino es enorme en las distintas culturas y épocas. Este descubrimiento contribuyó a deconstruir el supuesto carácter natural del género.¹

En cuanto a las categorías analíticas más relevantes de la perspectiva de género figuran: la propia categoría de género, la de poder, un concepto de teoría política, la categoría de empoderamiento y la de deconstrucción, entre otras.

Se ha dicho que uno de los avances de la perspectiva de género es concebir los derechos de la mujer como derechos humanos así como el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres. Otro más es el reconocimiento de que lo privado es también público.

Ahora bien, si los derechos de las mujeres son derechos humanos estos tienen que compartir las generalidades de los derechos humanos las cuales son, entre otras: su inalienabilidad y su universalidad.

2. La Universalidad de los Derechos Humanos y el Relativismo Cultural

Los derechos humanos no son renunciables. Esto implica que ni siquiera el propio titular puede renunciar a esos derechos. En cuanto a la universalidad, tenemos que los derechos humanos de las mujeres son universales ya que como dirían los teóricos de la teoría de conjuntos, abarcan a todo el universo del discurso de las mujeres. Otro aspecto de esta universalidad es la imparcialidad. Los derechos humanos son imparciales en el sentido de que son derechos respecto a todas y cada una de las mujeres sin distinción.

Ahora bien, ¿cómo podemos aceptar la universalidad de los derechos humanos de las mujeres y a su vez el relativismo cultural y con esto la defensa de la diversidad cultural?

Podemos aceptar que es legítimamente válido una serie de casos donde por ejemplo, las integrantes de una cultura, basadas en su tradición y en el juicio racional de estas mujeres, aceptan continuar con su tradición de, por ejemplo, seguir vistiéndose de blanco y/o con una falda larga hasta el tobillo.

¹ María Milagros, *Nombrar el mundo en femenino*, ICARIA, Barcelona, octubre 1994, p.156-157.

Pero ¿Qué pasa cuando el caso tiene que ver ya no con el color del vestido o las medidas tradicionales de la ropa de una cultura sino con una serie de ritos o tradiciones que atentan contra la dignidad de las mujeres? ¿qué pasa si la tradición de determinada comunidad es considerar a las mujeres como objeto sexual? ¿tendríamos que ser tolerantes también aquí y aceptar la diversidad cultural? o en el mismo caso, aparentemente simple del vestido ¿qué pasa cuando esos usos y costumbres no son aceptadas por algunas mujeres de esa comunidad? ¿estas tendrían que hacer a un lado su derecho individual; y decidir a favor del derecho colectivo? ¿y en general, tendremos que sacrificar los derechos colectivos a favor de derechos individuales o viceversa? obviamente que la respuesta es no y que el problema surge por la formulación incoherente de este supuesto dilema. Veamos esto.

La segunda parte del dilema sólo se establece porque se dá un brinco inferencial incorrecto. Del hecho de que una persona o grupo de personas defiendan unos valores cualesquiera se infiere que estos son moralmente valiosos. Argumentación que a su vez nos conduce al error de inferir valores de hechos.

La defensa de los derechos humanos de las mujeres nos compromete con una ética racional capaz de juzgar entre aquellas prácticas que son moralmente aceptables y aquellas que no lo son.

De manera que no se trata realmente de elegir entre derechos individuales o derechos colectivos. Los derechos colectivos son derechos humanos si y solamente si estos remiten a comunidades que no contienen prácticas de violación de derechos individuales. Pues no olvidemos que la auténtica tolerancia tiene un límite; a saber: el coto vedado de los derechos humanos y la racionalidad del juicio y del consenso.

Otra manera de evitar la disyuntiva “Derechos Individuales o Colectivos” es a través de propuestas o programas como las de Ronald Dworkin o Luis Villoro. Para este último filósofo mexicano la disyuntiva se disuelve al garantizar las “libertades de realización” es decir, a través de un modelo igualitario que

...acepta como base inviolable de cada [ciudadana y] ciudadano los derechos humanos individuales, pretende, así mismo, que la igualdad que se proponga el estado borre las desigualdades reales producto de condiciones sociales, económicas y políticas diferentes de los distintos grupos o clases de ciudadanos y que, por lo tanto, vaya más allá de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, hacia una situación en la que se favorezca la igualdad de condiciones para lograr la libertad de realización.²

Se trata de un proyecto de estado igualitario que reconoce las diferentes opiniones y valores pero que tiene un valor común para todos los ciudadanos y ciudadanas: la Equidad

² Luis Villoro, *De la libertad a la comunidad*, Editorial Ariel, Mexico, 2001, p.110.

La equidad es el signo de la justicia social, puesto que consiste en dar un trato semejante a todos de manera que puedan realizar por igual su propio plan de vida; es, por lo tanto, un fin del estado, el cual, en este modelo igualitario, no puede admitir las desigualdades que impidan la equidad, por el contrario, debe promover la supresión al máximo de las desigualdades y, al mismo tiempo, rectificar aquellas que crea la competencia entre los miembros y grupos de la asociación. Así pues, al estado neutral se opone un estado con un propósito específico: equidad para que todos los ciudadanos [y ciudadanas] tengan la libertad de realizar sus propias elecciones en condiciones igualitarias; equidad en el disfrute de los mismos derechos sociales.³

En cuanto a la tolerancia Villoro afirma que:

Todos debemos tolerar la diversidad de opiniones, [pero que el fin de un modelo igualitario es] disminuir en lo posible las desigualdades [y es por ello que se hace necesario] crear una situación de equidad [...] Para remediar las desigualdades y establecer la equidad es menester que sobre la tolerancia se implante la cooperación la cual implica la acción en común para lograr la equidad y debe ser promovida e impulsada por el Estado.⁴

3. El enfoque de las *capacidades* y la *vita activa*

Concentrándonos nuevamente en la perspectiva de género y en particular en su metodología veremos ahora que se trata de una metodología con carácter holístico. Así por ejemplo, la mutilación en las mujeres o el rechazo en el trabajo de las mujeres embarazadas, no son casos aislados. De la misma forma en que las normas jurídicas de inequidad de género de nuestro sistema jurídico responde a una visión patriarcal que permea a lo largo y ancho del sistema, estos casos remiten a esa visión inmersa en una serie de costumbres, tradiciones, jurisprudencia y políticas que someten y denigran a la mujer.

Algunas autoras como Silvina Álvarez consideran que el principio de daño puede ser de ayuda para dilucidar cuáles son las prácticas que cercenan la autonomía de la mujer. Pero esto está bien siempre y cuando no olvidemos que el daño puede ser tanto físico como psicológico. Con esta distinción en mente, estamos de acuerdo en que allí donde haya una intromisión en la esfera de libertad de la mujer se hace necesario intervenir para revertir esa situación.

Otras autoras como Martha Nussbaum afirman que:

...El pensamiento político y económico internacional debe ser feminista, atento, entre otras cosas, a los problemas especiales que enfrentan las mujeres a causa de su sexo en más o menos todas las naciones del mundo, problemas sin cuya comprensión no pueden enfrentarse correctamente los temas de la pobreza y del desarrollo. Un enfoque del desarrollo internacional debe evaluarse de acuerdo a su capacidad de reconocer estos problemas y de presentar propuestas a para su solución.⁵

Para Nussbaum el dilema entre Universalismo vs relativismo cultural queda superado con un enfoque de las *capacidades* a través del cual se desarrolla una forma de

³ Luis Villoro, *op. cit.*, p.112.

⁴ *Idem*, pp.112-113.

⁵ Martha Nussbaum, *Las mujeres y el desarrollo humano*, Herder, México, 2000, pp. 31-32.

universalismo que tiene sensibilidad para el pluralismo y para la diferencia cultural. Este enfoque nos habilita, continúa la autora, para responder las objeciones más fuertes que se aducen en contra de los universales transculturales. Además, “...Muchas formas de relativismo moral, especialmente las que derivan de la antropología cultural de una época pasada, utilizan una noción de cultura que carece de realismo. Estas formas se imaginan homogeneidad donde realmente hay diversidad, consenso o sumisión donde realmente existe oposición. [...] el relativismo se subvierte así mismo, porque al pedir que nos remitamos a normas locales, nos pide que nos remitamos a normas, que en la mayoría de los casos, son fuertemente no-relativas.”⁶

La propuesta del enfoque de las capacidades de Nussbaum está en íntima relación con la discusión internacional de los derechos humanos:

...al definir los derechos en términos de las capacidades combinadas ponemos en claro que un pueblo en el país P no tiene realmente el derecho a la participación política solo por que se hable de ello en los papeles: tendrá realmente este derecho solamente si existe medidas efectivas para ser que la gente sea verdaderamente capaz de desarrollar el ejercicio político. En muchas naciones; las mujeres tienen un derecho nominal de participación política sin tener ese derecho en el sentido de la capacidad: por ejemplo, pueden ser amenazadas con violencia si dejan su casa. En pocas palabras pensar en términos de capacidad brinda un patrón de medición para pensar qué significa garantizarle a alguien un derecho.⁷

El enfoque de las capacidades de Nussbaum se centra en las habilidades del pensamiento crítico y creativo de las mujeres. Establece relaciones entre la diversidad de capacidades y específicos principios políticos con el propósito principal del establecimiento de la justicia entre los sexos. Recoge y sistematiza un sin número de ideas que las mujeres están deconstruyendo en las diversas partes del mundo cuando preguntan cómo pueden mejorar su vida y como debería actuar en tal sentido el Estado. Se trata de un enfoque que enfatiza la importancia de una reflexión filosófica activa; caracterizada por la continua deliberación pública en lugar de la habitual lucha de gritos o bien en la inactiva contemplación trascendental. Como se deja ver, la de Nussbaum es una visión filosófica que va de la mano con *la vida activa de Hannah Arendt*: “Sólo cuando la *vita activa* perdió su punto de referencia en la *vita contemplativa* pudo convertirse en vida activa en el pleno sentido de la palabra; y sólo debido a que esta vida permaneció ligada a la vida como su único punto de referencia pudo la vida como tal, el metabolismo laboral del hombre con la naturaleza, hacerse activa y desplegar toda su fertilidad.”⁸

Y en el mismo contexto de *la condición humana* Arendt continúa diciéndonos:

... La acción se ha convertido además en una experiencia para unos pocos privilegiados, y estos pocos que aun saben lo que significa actuar tal vez sean menos que los artistas he incluso su

⁶ Martha Nussbaum, *op.cit.*, pp.85-86.

⁷ Ibidem, p.145.

⁸ Hannah Arendt, *La condición humana*, Editorial Seix Barral, S.A., Barcelona, 1978, p. 417.

experiencia más rara que la genuina experiencia de amor por el mundo [...] La capacidad para la acción, al menos en el sentido de liberación de procesos, sigue en nosotros, [...] el pensamiento –que, siguiendo la tradición premoderna y moderna hemos omitido de nuestra reconsideración de la *vita activa*- todavía es posible, y sin duda real, siempre que los hombres [y mujeres] vivan bajo condiciones de libertad política.⁹

Para terminar, retomo uno de los puntos que toqué al inicio de esta exposición. Es necesario, insisto, que la sociedad civil se entere de los nuevos mecanismos internacionales para la defensa de los derechos humanos de las mujeres y una manera de que esto se logre es en primer lugar, vía la preparación de nosotras las universitarias, superando resistencias, comprometiéndose con la distribución social del conocimiento y logrando que cada día los profesionistas y en especial los y las abogadas se especialicen en estos campos. Pues como ha señalado Patricia Galeana:

La educación (...) ha significado para nosotras una revaloración como seres humanos, como individuos con la necesidad de crecer mediante el conocimiento, y también con el derecho de participar en el desarrollo de la sociedad. Sin embargo, ahora también enfrentamos el reto de rebasar una aparente actitud de condescendencia social para quienes estudiamos una profesión, para ocupar con plenitud los espacios de ejercicio profesional en consideración a nuestra capacidad y no circunscritas a nuestra condición femenina.¹⁰

Es cierto que todavía falta mucho en materia de Derecho Internacional de Derechos Humanos de las mujeres. Pero también es un hecho que ya en este 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos da entrada al caso Martí del Campo sobre tortura y violación de derechos humanos por parte de las autoridades mexicanas hecho sin precedentes, y con el cual se dará inicio a la efectividad en nuestro territorio, de estos organismos internacionales. La tarea no es fácil pero como universitarios y universitarias podemos y debemos hacerla.

⁹ Hannah Arendt, *op. cit.*, p.422-423

¹⁰ Patricia Galeana, *La mujer del México de la transición*, UNAM, México, 1994, p.63.

Bibliografía:

- ARENDT, Hannah, *La condición humana*, Editorial Seix Barral, Barcelona, 1978.
- BARTRA, Eli (Comp), *Debates en torno a una metodología feminista*. Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México, 1998.
- GALEANA, Patricia, *La mujer del México de la transición*, UNAM, México, 1994.
- JENKINS, Margarita (comp.), *Estudios básicos de derechos humanos*, Vol. IX, Fundación Ford, Costa Rica, 1999.
- LAMAS, Martha, *Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género*, XIII Congreso Internacional de Ciencias Antropológicas y etnológicas, México, agosto, 1993.
- MARTÍNEZ CORONA, Beatriz, *Género, Empoderamiento y Sustentabilidad*, Jiménez Editores, México, 2000.
- Memoria del I Curso Taller sobre Sistemas de Protección Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres*, Instituto Interamericano de derechos humanos, Costa Rica, 1997.
- Memoria del I Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de derechos humanos, Costa Rica, 1999.
- MIES, María, “¿Investigación sobre las mujeres o investigación feminista? El debate en torno a la ciencia y la metodología feministas”, en *Debates en torno a una metodología feminista*, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México, 1998.
- NUSSBAUM, Martha C., *Las mujeres y el desarrollo humano*, Herder, México, 2002.
- PICADO S, Sonia, CANEADO TRINDADE, Antonio y CUÉLLAR, Roberto (comps.), *Estudios básicos de derechos humanos*, Vol. V, Fundación Ford, Costa Rica, 1996.
- VILLORO, Luis, *De la libertad a la comunidad*, editorial Ariel, México, 2001.

Reseñas

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *Génesis y desarrollo de la cultura jurídica mexicana*, Ed. Porrúa, México, 2001, XXIII p., 988 p.

Sara Luz Quiroz Ruiz*

Es indiscutible que en México, el derecho enfrenta un proceso de transición desde hace un poco más de dos décadas, debido al proceso de globalización económica y a la revolución científica y tecnológica, de donde a su vez se originan flujos de información que se expanden y multiplican desafiando el tiempo y la distancia; escenario que despierta el interés por conocer qué ha sucedido en nuestro país durante el desarrollo del proceso de enseñanza aprendizaje del derecho, desde el siglo XVI al siglo XX.

Tal inquietud, asumiendo una posición holista e incluyente, significa hablar de cultura jurídica, o sea adoptar un punto de observación específico, entre otros tantos posibles, como ahora lo hace el autor sobre los estudios del derecho.

Con esa orientación Rafael Sánchez Vázquez en este texto, vincula tradición con innovación, lo cual -en voz del autor- representa la cosmovisión del humanismo y la flexibilidad disciplinaria en que transita el derecho.

Así, *Génesis y desarrollo de la cultura jurídica mexicana*, contiene a través de siete capítulos, ilustrados con cuatro Apéndices lo siguiente: inicialmente, Breves notas históricas sobre la educación jurídica en la época Precolombina, para continuar con: La cultura jurídica en la Nueva España, Síntesis sobre la Real y Pontificia Universidad de México, Facultad de Cánones y de Leyes en la Real y Pontificia Universidad de México, Descripción y análisis de la producción científica de las Facultades de Cánones y Leyes de la Real y Pontificia Universidad de México. (Tesis de Licenciatura y de Doctorado –Siglo XVI, XVII y XVIII), Esbozo sobre los estudios de derecho en México durante los Siglos XIX y XX y por último el capítulo titulado Datos estadísticos sobre los estudios de derecho en la República Mexicana. El primero de los apéndices presenta, el Esbozo histórico acerca del Diario Oficial de la Federación en México, seguido por Algunas consideraciones sobre el Semanario Judicial de la Federación, así como el de Evolución histórica del artículo 95 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por último trata El Instituto de la Judicatura Federal: La Escuela Judicial.

Héctor Fix Zamudio al ocuparse de presentar esta obra, resalta su originalidad y por tanto su calidad así: “...la educación jurídica precolonial, que ha sido escasamente examinada en México, ya no resulta sencillo su estudio debido a la gran cantidad de culturas de los pueblos indígenas que habitaban nuestro país a la llegada de los españoles, mismos que impusieron el derecho europeo, en particular el del Reino de Castilla, ...” .

El autor por su parte, cuando dialoga con sus lectores por medio del Preámbulo, manifiesta su interés por, “...proporcionar a los estudiosos de la ciencia

* Candidata a Maestra en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Pue., México, Académica de Carrera del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de la Facultad de Derecho, en la Universidad Veracruzana, Campus Xalapa, en Xalapa, Veracruz, México.

Jurídica una cosmovisión integral y holista del cómo se genera y evoluciona la cultura jurídica mexicana,...” y señala que tales resultados poseen un alcance histórico-descriptivo.

Durante su lectura puede apreciarse, que Rafael Sánchez Vázquez viene desarrollando una línea de investigación, iniciada al concluir los estudios de Licenciatura en Derecho y avanzada en el trabajo de grado para recibir el Grado de Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; ejercicio que se ha fortalecido con su desempeño docente en diversas generaciones de estudios de posgrado que en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla lleva a cabo; por tanto este texto significa una reflexión final con la que este Investigador Nacional se suma al interés mostrado desde varios años atrás, por Héctor Fix Zamudio, Jorge Witker Velásquez, y más recientemente Miguel Carbonell, entre otros, en la parte de su obra dedicada a la docencia jurídica.

Las fuentes del conocimiento jurídico manejadas en *Génesis y desarrollo de la cultura jurídica mexicana*, insertan acervos y personal adscrito a las instituciones siguientes: Archivo General de la Nación, Biblioteca Nacional de México, Biblioteca Central de la Universidad Nacional Autónoma de México, Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Acervo Jurídico de la Biblioteca José María La Fragua de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla BUAP, Fondo Jurídico de la Biblioteca Palafoxiana del Estado de Puebla, México, Acervo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, México y el Centro Nacional de Información del Diario Oficial de la Federación, México; colecciones algunas de ellas que constituyen archivos, en la perspectiva histórica, sumamente valiosos y de acceso limitado desde la óptica de la Biblioteconomía, con lo cual también se constata la acusiocidad de la indagación cuyos resultados se comentan.

Para cumplir su propósito histórico-descriptivo, en un sector del Capítulo V de la obra en comento, el autor analiza y describe la producción científica de las Facultades de Cánones y de Leyes de la Real y Pontificia Universidad de México, por medio de las tesis de licenciatura y doctorado aprobadas en tales instituciones durante los siglos XVI, XVII y XVIII, de las cuales incluye fotografías de las portadas de aquellos trabajos que consideró más importantes, entre las que menciona, el trabajo de licenciatura del gran dramaturgo novohispano Juan Ruiz de Alarcón.

Otra temática estudiada por Rafael Sánchez Vázquez se refiere a la enseñanza del derecho con un enfoque a la región sur sureste de la República mexicana, pues alude a la Facultad de Cánones y Leyes de la Real y Pontificia Universidad de México, la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y de la Universidad Veracruzana.

Sobre la metodología para la enseñanza de Cánones y Leyes, “En los Estatutos de la Universidad elaborados por el oidor, Pedro Farfán en 1580 junto con señalarse las cátedra de Cánones y Leyes se indicaban las lecturas que en cada una de ellas abrían de efectuar el catedrático...Para leer Cánones, de que es catedrático de Prima, sube a la cátedra el Doctor Morones, a quien tanto debe la Jurisprudencia. Sus discípulos, que son muchos, le oyen con gusto por su claridad...De las diez a las once, y en la misma cátedra, el Doctor Arévalo Sedeño explica y declara los Decretos Pontificios con tal exactitud y perfección, que los más doctos en Derecho nada encuentran digno de censura, sino mucho que admirar, como si fueran palabras de un oráculo.”

Tal enseñanza tradicional, que a decir de Francisco Larroyo no es otra cosa que transmitir, por parte del maestro, conocimientos, y el aprender, paralelamente, la recepción por parte del alumno de esos conocimientos no fue exclusiva de esa Casa de Estudios, también fue asumida por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, antiguo Colegio Carolino, en cuya Escuela de Derecho y Ciencias Sociales llevó al Consejo Técnico en 1965, a prohibir dictar apuntes en las cátedras, recomendando impartirlas oralmente a base de conferencias y proporcionando a los alumnos las bibliografías necesarias para el repaso de las lecciones.

De tal manera, los resultados del análisis llevado a cabo por el autor de los archivos históricos, sobre las cátedras jurídicas, sus catedráticos y las fuentes de información utilizadas, son presentados ahora de manera integrada, según puede constatarse a través del aparato crítico de la obra, ilustran el desarrollo de algunas entidades académicas de una región del territorio nacional, además de la aportación resaltada por Héctor Fix Zamudio, consistente en que, lo concerniente a los siglos XVII y XVIII, no se conocía de manera suficiente.

El autor, durante toda su exposición no distrae su atención de los criterios cualitativos que en el proceso de enseñanza aprendizaje deben considerarse, conduciéndolo para concluir su obra, con la reflexión sobre la recepción de la cultura jurídica en el desarrollo de competencias académicas a través de los estudios de Licenciatura, Maestría y Doctorado en Derecho, así como de la profesionalización de la docencia jurídica, apoyándose en estadísticas elaboradas por la Asociación Nacional de Universidad e Instituciones de Enseñanza Superior, ANUIES.

Rafael Sánchez Vázquez concluye *Génesis y desarrollo de la cultura jurídica mexicana*, reflexionando sobre la profesionalización de la carrera judicial federal, a través del Instituto de Judicatura Federal, consecuencia de la reforma constitucional al artículo 100 párrafo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se regula “La Ley establecerá las bases para la formación y actualización de funcionarios, así como para el desarrollo de la carrera judicial, la cual se regirá por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.”, disposición desarrollada en el Título Sexto Capítulo II Sección Tercera de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación del 26 de mayo de 1995.

Sin duda alguna, este trabajo de Rafael Sánchez Vázquez, constituye una fuente de consulta obligatoria para los estudiosos de la docencia jurídica en México, así como también aporta al quien le interese atender un ámbito de la Historia de México.