

Letras Jurídicas

Letras Jurídicas

Año 2 N°. 5
ENERO-JUNIO 2002

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Esta publicación es financiada por el Personal Académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana y aportaciones externas.

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

Formación: Oscar Pérez Abrego

Letras Jurídicas es una publicación semestral del Colegio de Investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Editora responsable: Luz del Carmen Martí Capitanachi. Número de Certificado de Reserva otorgado por el Instituto Nacional de Derecho de Autor: 04 2001 071709225800 102. Número de Certificado de Licitud de Título: 11726. Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8287. ISSN 1665–1529. Domicilio de la publicación: Galeana y 7 de noviembre. C. P. 91000 Xalapa, Veracruz. Imprenta: Ediciones e Impresiones Paspártú, Julián Carrillo No. 12 Colonia Centro, Xalapa, Ver. Distribuidor: Elia Mendoza Téllez, Galeana y 7 de Noviembre, Xalapa, Veracruz.

LETRAS JURÍDICAS

LUZ DEL CARMEN MARTÍ CAPITANACHI
DIRECTORA

CONSEJO EDITORIAL

Rafael Bustos Gisbert (España)
José Luis Cascajo Castro (España)
Ángela Figueruelo Burrieza (España)
Regina María Pérez Marcos (España)
Salvador Valencia Carmona (México)
Jorge Witker Velázquez (México)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)

CONSEJO ASESOR

Roberto Bravo Garzón
María del Pilar Espinosa Torres
Marta S. Moreno Luce
Arnaldo Platas Martínez
Eduardo Trejo Rodríguez
Ana Lilia Ulloa Cuellar

CONTENIDO

Presentación.....	9
-------------------	---

INVITADOS

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Función de los Operadores Públicos Ángela Figueruelo Burrieza	15
El Trabajo Subordinado: ¿Libertad Parcial? Josefa Montalvo Romero.....	31

ARTICULOS

El constitucionalismo moderno como redescubrimiento de los principios y valores Judith Aguirre Montero.....	49
Del centralismo al federalismo judicial mexicano José Lorenzo Álvarez Montero	63
El poder punitivo en el sistema penal mexicano (una propuesta para su análisis Rebeca Elizabet Contreras López	89
Comentarios a la reforma constitucional en materia de derechos indígenas, publicada el 14 de agosto del 2001 en el Diario Oficial de la Federación, México. María del Rosario Huerta Lara	105

Un ensayo transdisciplinario acerca del Derecho a la información Luz del Carmen Martí de Gidi	121
La obligación moral de respetar la vida privada Martha Silvia Moreno Luce	139
Análisis de las resoluciones de la Comisión federal de Competencia (CFC) sobre concentraciones Sara Luz Quiroz Ruiz	157
El análisis filosófico en la comprensión de textos jurídicos. Ana Lilia Ulloa Cuéllar	191

RESEÑA BIBLIOGRAFICA

WITKER, Jorge, HERNÁNDEZ, Laura, <i>Régimen jurídico del comercio exterior de México</i> Arturo Oropeza García	205
WITKER VELASQUEZ, Jorge, <i>Derecho de la competencia (Canadá, Chile, Estados Unidos y México)</i> . Sara Luz Quiroz Ruiz	209
DAHL, Robert, <i>How democratic is the American Constitution</i> , Yale University Press, New Haven and London, 2001 Arnaldo Platas Martínez	215

PRESENTACIÓN

En este número de la Revista Letras Jurídicas el lector encontrará una temática variada que aborda algunos de los problemas con que se enfrenta nuestra disciplina en los albores del presente siglo.

Nuestra querida doctora Ángela Figueruelo Burrieza, integrante del Consejo Editorial, nos envía desde Salamanca una colaboración sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la función de los Operadores Públicos, por demás interesante y actualizada, lectura obligada dado que el tema de los derechos humanos es uno de los grandes déficits en nuestros países.

Por su parte, nuestra siguiente invitada la doctora Josefa Montalvo Romero, aborda un tema de derecho laboral, El trabajo subordinado ¿Libertad parcial? poniendo énfasis en los cambios experimentados en esa materia propiciados por la evolución de las nuevas tecnologías y el creciente auge del teletrabajo, sobretodo en las naciones desarrolladas.

Dentro de la sección de artículos, los autores tocan tres temas del constitucionalismo: la maestra Judith Aguirre Moreno trata sobre la importancia de los principios y valores en el constitucionalismo moderno, el doctor José L. Álvarez Montero nos presenta un estudio sobre la evolución del centralismo al federalismo judicial mexicano, hasta llegar a la situación que prevalece actualmente dentro del poder judicial de nuestro país, y por último, un tema por demás interesante, los comentarios que la licenciada María del Rosario Huerta Lara realiza a la reforma constitucional en materia de derechos indígenas efectuada en México en agosto del año pasado.

En derecho penal, la doctora Rebeca Elizabeth Contreras López trata sobre el poder punitivo en el sistema penal mexicano, haciendo una propuesta para su análisis, mientras que la licenciada Sara Luz Quiroz Ruiz se ocupa en su artículo de un tema interesante y actual: el análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia sobre concentraciones.

La doctora Ana Lilia Ulloa Cuéllar, directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas nos presenta en esta ocasión un artículo producto de su vasta experiencia en la enseñanza de la Filosofía del Derecho: El análisis filosófico en la comprensión de textos jurídicos.

La maestra Martha S. Moreno Luce colabora con una conferencia sobre la obligación moral de respetar la vida privada, sobretodo en el caso de los personajes públicos, y de cómo es necesario armonizar este derecho con el derecho a la información.

Completa la sección de artículos la propuesta que presento acerca del abordaje del derecho a la información desde una perspectiva transdisciplinaria.

En la sección de Reseñas Bibliográficas se presentan tres propuestas, dos de ellas corresponden a libros de nuestro estimado integrante del Consejo Editorial, el destacado autor de metodología jurídica, derecho económico y de la Competencia, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor del Doctorado en Derecho Público que ofrece esta Institución, Doctor Jorge Witker Velásquez.

El primero de ellos *Régimen Jurídico del comercio exterior de México*, es reseñado por el doctor Arturo Oropeza García, profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, y *Derecho de la Competencia (Canadá, Chile, Estados Unidos y México)*, es reseñado por la licenciada Sara Luz Quiroz Ruiz.

El maestro Arnaldo Platas Martínez, por su parte, nos presenta la propuesta de un autor que puede considerarse clásico de ciencia política, Robert Dahl, *How Democratic is the American Constitution*.

Aprovecho para agradecer a los árbitros que dictaminaron los trabajos de este número, por su desinteresado apoyo, y a mis compañeros investigadores, que con su aportación económica hacen posible este esfuerzo editorial.

Espero, como siempre, que el material presentado sea del interés de los lectores.

Xalapa, Ver. a 28 de junio de 2002.

LUZ DEL CARMEN MARTÍ CAPITANACHI
DIRECTORA.

INVITADOS

La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y la función de los operadores públicos

Angela Figueruelo Burrieza*

- I -

La protección de los derechos fundamentales constituye un elemento esencial de cualquier ordenamiento jurídico y las cuestiones que afectan al régimen de esa protección adquieren una gran importancia no sólo jurídica sino también política. Por todo ello, en el seno de la Unión Europea comenzó a discutirse la posibilidad de adoptar un catálogo propio de derechos en la década de los años setenta, a raíz de la jurisprudencia comunitaria sobre el tema y de la rebelión de los Tribunales Constitucionales. Se trataba de paliar el tópico "déficit democrático" de las Comunidades Europeas obteniendo una mayor seguridad en la protección de los derechos fundamentales y con ello además se otorgaría una mayor legitimidad a la actuación comunitaria.

Todos los intentos realizados con dicho objetivo fracasaron incluso con el Tratado de Amsterdam, que modificó el Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 1992 y que fue adoptado por los Estados miembros el 2 de octubre de 1997, entrando en vigor el 1 de mayo de 1999. Este Tratado rechazó la posibilidad de incluir un catálogo de derechos y así en el momento de su entrada en vigor los derechos fundamentales y

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

La carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y la función de los operadores públicos

su protección seguían dependiendo del régimen pretoriano utilizado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, el cual aplica en sus actuaciones los principios generales del derecho a partir de los textos internacionales en materia de derechos humanos y las tradiciones constitucionales comunes de los países miembros (en la actualidad está positivada esta actuación en el art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea).

Debido a que el problema seguía sin resolver el Consejo Europeo de Colonia de 3 y 4 de junio de 1999 tomó la decisión de elaborar una Carta de Derechos Fundamentales que llenase el vacío que de forma reiterada se subrayaba en el seno de la Comunidad Europea y que permitiese dar un paso hacia adelante en el proceso político de construcción europea. La elaboración de la Carta siguió un procedimiento novedoso marcado por el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999. La tarea se encomendó a un órgano autodenominado CONVENCIÓN, amplio y heterogéneo que desarrolló un método de trabajo complejo (a caballo entre el procedimiento intergubernamental y el procedimiento parlamentario), con votaciones meramente indicativas, tratando de encontrar el consenso a través de soluciones de compromiso. En cierto modo, pero sin serlo, este órgano ha funcionado como si se tratase de una "asamblea constituyente".

El proyecto de Carta, finalizados los trabajos de la Convención, fue considerado en la Cumbre de Niza de 7 de diciembre de 2000. Allí los Presidentes del Consejo, del Parlamento Europeo y de la Comisión realizaron una Proclamación conjunta de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Aunque, ninguna autoridad competente cuestionó el contenido de la Carta, los 15 Estados miembros permanecieron divididos en torno al tema de la naturaleza jurídica de la Carta. No le fue concedido valor jurídico vinculante, a pesar de haber sido proclamada

solemnemente, debido a la fuerte oposición de países como Dinamarca, Reino Unido y Suecia. Razón que explica el que no haya sido incorporada en el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001 que modifica el Tratado de la UE y el Tratado de la CE. Se trata, pues, de un texto político, como lo fue la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sin valor jurídico, al menos de momento. Nos encontramos con una Carta de Derechos que la Convención elaboró con el ánimo de que tuviese un valor jurídico vinculante y que fuese integrada en el Tratado de la Unión Europea. Consta de un Preámbulo y de 54 artículos agrupados en VII Capítulos donde se recogen derechos de libertad y de igualdad, derechos de ciudadanía europea y derechos económicos y sociales.

Desde la perspectiva del derecho de la Unión el discurso se centra en conocer cual es la eficacia de la Carta a pesar de no haber sido dotada de fuerza jurídica vinculante. Y es que, cuesta creer que un documento proclamado solemnemente y que ha sido elaborado recurriendo a la técnica jurídica (con enunciados prescriptivos formulados en artículos, con la utilización de formas verbales imperativas) no asuma "de facto" cierta relevancia jurídica constituyendo, o sea considerada cuando menos, una fuente interpretativa para reforzar conclusiones de los operadores públicos que también pueden ser alcanzadas partiendo de otras bases. Puede servirnos de ejemplo el caso de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948 que, privada explícitamente de eficacia jurídica, ha constituido en la experiencia jurídica un referente retórico de indudable importancia.

Es, además, cierto que la Carta no crea ninguna competencia ni objetivo nuevos para la Comunidad ni para la Unión Europea, ni tampoco modifica las competencias y objetivos definidos por los Tratados. Por ello, desde la

La carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y la función de los operadores públicos

perspectiva del derecho interno residual, extraño todavía al derecho de la Unión, la proclamación de la Carta no debe acarrear consecuencias relevantes (art. 51 que regula el ámbito de aplicación y que excluye la posibilidad de que la enunciación de los derechos impliquen nuevas competencias en beneficio de la Comunidad y de la Unión). Tampoco (art. 53) puede la Carta limitar, ni ser interpretada como limitadora de los derechos reconocidos por otros ordenamientos, entre los que se citan las Constituciones de los Estados miembros.

Es, precisamente, el carácter "reconocedor" de la Carta el que la sitúa a medio camino entre lo "compilatorio" y lo "innovador" porque en la misma han confluído el Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950, la Carta Social Europea de 1961, la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, varias Directivas de la Comunidad Europea y otros principios especificados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Por todo ello, como sucede con los textos únicos compilatorios, los artículos concretos de la Carta, en el texto elaborado por el Secretariado de la Convención que estableció el texto definitivo, indican las fuentes originarias utilizadas para su redacción. Pero, sucede, que los enunciados normativos de la Carta no son idénticos a los hallados en las fuentes originarias, pues ha habido innovaciones en el texto, ya que, en la Carta, los preceptos son más sintéticos. Por todo ello no puede ser éste el camino de la aplicación inmediata de la Carta (como reconocedora de lo dispuesto en una fuente jurídica vigente) porque, o se aplica la Carta y no se aplican las viejas fuentes, o aplicamos éstas y en ese caso la apelación a la Carta no sólo es inútil sino también inexacta.

El valor jurídico de la Carta, reclamado por voces autorizadas de la doctrina comunitaria y de la instituciones de la Unión Europea, se hubiera obtenido, simplemente, con una

revisión del art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea para añadir una referencia a la Carta como expresión máxima de los Derechos Fundamentales que la Unión europea se compromete a respetar. A pesar de la sencillez de este mecanismo no se alcanzó el consenso necesario para convertir la Carta en un instrumento jurídico vinculante y el estadio actual de la misma, como declaración política programática, ha hecho que en otra ocasión hayamos escrito que desde la Teoría Democrática del Poder Constituyente, el momento de la libertad, en la Unión Europea del Tratado de Niza, aún no se ha producido.

Ha sido la Declaración de Laeken, sobre el futuro de la Unión Europea, adoptada el 15 de diciembre de 2001, la que nos ha obligado a volver sobre el tema.

- II -

En el momento en que la Unión Europea se enfrenta a una ampliación sin precedentes con la adhesión de 10 nuevos Estados miembros, el Consejo Europeo de Laeken ha designado una Convención encargada de dar respuestas de naturaleza constitucional a las cuestiones más relevantes sobre el futuro de la Unión Europea. De cara a la Conferencia Intergubernamental a celebrar en el 2004 en la Declaración de Laeken se han señalado como objeto del debate de naturaleza constitucional cuatro temas principales: 1) El reparto y definición de las competencias de la Unión Europea; 2) la simplificación de los instrumentos de la Unión, con especial referencia al esclarecimiento de la tipología de los actos de las instituciones y a una mayor democracia y eficiencia en la organización de las instituciones; 3) la preparación del camino hacia una Constitución para los ciudadanos europeos que obligará a simplificar y reorganizar los Tratados fundacionales, y 4) la

La carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y la
función de los operadores públicos

adopción de un texto constitucional que incorpore -previa solución del problema de su naturaleza jurídica- la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Aunque en el pasado han existido proyectos que han tenido por objeto la idea de una Constitución Europea (por ejemplo, los proyectos Spinelli de 1984 y Herman de 1994) lo novedoso que aporta la Declaración de Laeken es que el nuevo proyecto constitucional será el resultado de un proceso iniciado de forma oficial por los gobiernos de los Estados miembros. Hasta el momento presente los Tratados básicos que han creado las Comunidades y la Unión Europea han sido considerados por parte de la doctrina jurídica y por el Tribunal de Justicia como "la carta constitucional de una Comunidad de Derecho". Esto quiere decir que funcionalmente han desempeñado, sin serlo jurídicamente, el papel de una Constitución: son la norma suprema en la jerarquía normativa del sistema, el fundamento de las competencias de la Comunidad, establecen los principios fundamentales del ordenamiento y son la base de un sistema jurídico que corresponde a las exigencias de un Estado de Derecho. Pero, desde la más estricta lógica jurídica no dejan de ser Tratados Internacionales que sólo pueden ser modificados con el consentimiento de los Estados miembros y cuya legitimidad democrática no es directa sino que, está mediatizada a través de dichos Estados miembros. Así las cosas ¿podemos pensar que el debate que ahora se abre puede ir más allá de la situación existente?. Debemos ser realistas: a corto o medio plazo sólo es posible pensar en otro Tratado Internacional que se acompañe del calificativo de "Constitución". La indefinición formal del modelo de la organización supranacional que es la Unión Europea impide que desde el Derecho Constitucional y desde la Teoría democrática del poder constituyente podamos admitir la posibilidad de una auténtica Constitución.

Si apreciamos novedades y avances en la voluntad de los Estados miembros de llegar a elaborar un Tratado-constitución dotado de un contenido material y de ciertos elementos simbólicos que permitan a los juristas y a la ciudadanía europea entender que se reconocen aspectos que lo aproximan a una Constitución normativa. Entre los elementos a destacar está la posible incorporación al futuro texto constitucional de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. También es novedoso el método de trabajo adoptado que ya fue ensayado para la elaboración de la precitada Carta. Se descarta el método intergubernamental de la conferencia diplomática y se nombra una CONVENCIÓN compuesta por los representantes de los Gobiernos, de los Parlamentos Nacionales, del Parlamento Europeo y de la Comisión. En esa Convención tendrán presencia también los actuales 10 Estados candidatos a la adhesión. El éxito del método en la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales ha influido en el momento actual y aunque no se equipara al modelo de unas Cortes Constituyentes, si garantiza un mayor grado de transparencia y de legitimidad democrática, que no es poco.

El resultado de los trabajos de la Convención que ha comenzado su andadura en marzo de 2002 puede ser decisivo para el futuro de la Unión Europea. Fue la Declaración SCHUMAN, de 9 de mayo de 1950 la que dijo: "Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho". Esto ha sucedido así hasta el presente, puede que las cosas cambien de cara al futuro pues, superado el método de integración funcional, podemos avanzar hacia una Europa con contenidos políticos que logren una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos (Preámbulos de los Tratados vigentes). Esperemos el resultado final, hacia el 2004,

La carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y la función de los operadores públicos

de este debate con aspectos constitucionales y tengamos presente que el primer paso en el apasionante asunto de la elaboración de una Constitución Europea ya fue dado cuando, a lo largo del año 2000, se elaboró en Bruselas y se proclamó en Niza la Carta Europea de los Derechos Fundamentales que permitió unificar el concepto de derechos de los ciudadanos europeos a partir de la diversidad de las Constituciones existentes, sin obligar a ningún país miembros de la Unión Europea a rectificar inmediatamente sus propias Constituciones. La experiencia demuestra, y eso no se puede olvidar, que la consolidación de la Unión Europea como espacio único no va a ser un paseo triunfal.

- III -

El silencio originario de los Tratados en el tema de los Derechos Fundamentales ha sido subsanado, en parte, por la actuación pretoriana del Tribunal de Justicia y por otros textos comunitarios: La Declaración de Copenhague de 1978 sobre la Democracia, el Preámbulo del Acta Unica Europea de 1986, el Art. 6 del TUE modificado a raíz del Tratado de Amsterdam de 1998... La Carta de los Derechos Fundamentales ha sido un paso más en el intento de superar el tan comentado déficit democrático. Pero, a pesar del debate (que sigue abierto) que duró más de un año, sobre la naturaleza jurídica de la Carta, la atribución a la misma de eficacia jurídica inmediata no fue considerada un tema crucial llegando a condicionar, incluso su proclamación. De momento, a este documento, sólo se le quiere conceder un alcance "reconocedor" de los derechos preexistentes. Pero con ellos, en el fondo, se le atribuye a los mismos un "plusvalor" que le viene dado por su propia estructura y conformación. Pues, mientras el derecho anterior a la Carta y, que ésta "compila", puede ser considerado como una

especie de "higher common law" la Carta viene a representar un verdadero y propio "Bill of Rights". Esto sucede porque, gracias a la Carta, los Derechos Fundamentales se clarifican y su conocimiento es más fácil tanto para aquellos que son fruto de elaboración jurisprudencial como para los que se encuentran diseminados en los reglamentos y en las directivas. Por ello, en la intención de sus autores, la carta debía servir para preparar el camino hacia una futura Constitución Europea (y, en ello estamos). Además la Carta, que no puede eliminar el déficit democrático de la Comunidad, ya que éste depende de la forma en que se toman las decisiones en las instituciones comunitarias, al menos puede disminuirlo porque las autoridades comunitarias con la proclamación de la Carta han limitado sus poderes al reconocer que se encuentran vinculados a la misma, aunque, es evidente que el grado de vinculatoriedad no es comparable al que se desprende de una Constitución normativa.

Debemos dejar claro de antemano que, tanto si la Carta llega a tener fuerza vinculante como si esto no sucede, hay una nota esencial a la misma que siempre permanecerá inmutable: el carácter de norma contenedora de principios que han sido positivados. Por ello se trata de una codificación de principios generales del derecho comunitario cuyo respeto debe considerarse un derecho fundamental de los ciudadanos de la Unión. Este carácter se desprende de gran parte del articulado de la Carta y parece que poco puede añadirle la incorporación a los Tratados pues, aún en el caso de su incorporación seguirían siendo fórmulas genéricas, principios positivados como derechos, pero sin un perfil concreto de protección al cual referirse. Ahora bien, si la incorporación a los Tratados de la Carta no cambiaría la perspectiva anterior sí apreciaríamos consecuencias para la naturaleza jurídica de los derechos contenidos en la Carta.

La carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y la función de los operadores públicos

Las dificultades mayores que acarrea la ausencia de incorporación a los Tratados de la Carta están en las dificultades de actuación del legislador comunitario de cara al desarrollo de los derechos que en el citado documento se reconocen. Actualmente el legislador no puede ser considerado como un peligro potencial para los derechos que consagran las Constituciones. Es imprescindible la colaboración entre constituyente y legislador ordinario para conseguir la plenitud de los derechos. Y en este sentido la Carta viene a desempeñar una función constitucional de prefiguración de los derechos y de un deficiente, en este caso, establecimiento de medios de garantía. Estos derechos prefigurados en la Carta deben ser configurados por el legislador y de no ser así se quebrará el equilibrio entre la Constitución, el legislador y la jurisdicción, obligando a los órganos jurisdiccionales a recurrir como posibles parámetros de control de sus actuaciones a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Así las cosas, la no incorporación de la Carta a los Tratados impide que el legislador comunitario afronte la regulación de los derechos que en ella se contemplan respetando una serie de principios y garantías estructurales, logrando con ello dificultar la consolidación dogmática en el derecho comunitario de esta categoría normativa que se inició en el TUE con el tema de la ciudadanía de la Unión.

Otro asunto de especial relevancia en el momento presente es el que afecta al efecto vinculante de la Carta, aún cuando no ha sido incorporada a los Tratados. Si la función principal de la Carta es dotar a la Unión de un catálogo preciso de los principios generales del derecho comunitario de los que hasta ahora se ha servido la jurisprudencia del TJCE, el respeto por parte de los operadores públicos no debe depender de su incorporación formal a los Tratados. Pueden servirnos de ejemplo la actuación del Defensor del Pueblo Europeo

solicitando a las instituciones comunitarias informes detallados sobre su política de reclutamiento de personal en relación con una posible discriminación por razón de edad (art. 14 CDFUE). La Comisión está considerando la Carta y sus derechos en las propuestas de normas comunitarias que se han elaborado a partir de su proclamación (por ejemplo en la propuesta de directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración) o en sus informes en relación con la política exterior de la Unión en relación con la exigencia de respeto de la democracia y de los Derechos Humanos.

Estos ejemplos nos ilustran acerca del seguimiento que de la Carta hacen las instituciones comunitarias en el desarrollo de sus funciones. Pero, para poder calificar esa vinculación como una obligación jurídica no basta con que en la práctica se de ese aspecto sino que, es imprescindible que existan instrumentos para obligar a su cumplimiento cuando las instituciones lo han desatendido o ignorado. Sin duda la posibilidad de que la Carta llegue a considerarse un texto vinculante (por lo menos hasta el 2004) depende, en gran medida, de la actuación del Tribunal de Justicia de la Comunidad, con sede en Luxemburgo.

- IV -

Que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un "referente retórico" de indudable importancia lo prueba la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, del Tribunal Constitucional Español, donde, en el Fundamento Jurídico nº 8 (obiter dicta) en relación con la tutela informática se ha apelado al art. 8 de la CDFUE aunque en esa fecha no había sido proclamada y aún menos publicada en el BOE (esto se hizo con fecha 18 de diciembre de 2000). En el

La carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y la función de los operadores públicos

mismo sentido y, sobre el mismo tema, también el Voto Particular del Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera formulado en la Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre.

Si observamos los pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo a lo largo de poco más de un año, que es el tiempo transcurrido desde que la Carta fue proclamada, podemos encontrar ejemplos esclarecedores. El carácter reconocedor de la Carta de lo dispuesto en normas jurídicas vigentes ha permitido a los Abogados Generales del Tribunal de Justicia en diversas opiniones, manifestadas en sus Conclusiones, reconocer la eficacia inmediata de la Carta a pesar del parecer contrario de los Estados miembros. Vemos, pues, como el abogado general, señor TIZZANO, en el asunto 173/99 para postular que el derecho a vacaciones anuales retribuidas de los trabajadores debía considerarse un derecho fundamental del ordenamiento comunitario, citó el Preámbulo de la Carta para justificar que su art. 31.2, donde se recoge tal derecho, era buena prueba de su naturaleza como tal. A pesar de ello la Sala Sexta del Alto Tribunal cuando dictó Sentencia basó sus Fundamentos Jurídicos en la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los Trabajadores de 1989.

En el mismo sentido el abogado general Sr. JACOBS en las Conclusiones del asunto 270/99 fundamenta sus argumentaciones en el art. 41.1 de la CDFUE que establece el derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten los asuntos que se le planteen de forma imparcial, equitativamente y dentro de un plazo razonable. Siguiendo una línea semejante y, como en el caso anterior, aludiendo a que la Carta no es obligatoria jurídicamente, el Abogado General Sr. MISCHO, en los asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00 basa sus conclusiones sobre el derecho de propiedad en el art. 17 de la mencionada Carta. Las conclusiones de la Abogada General

Sra. STIX-HACKL en el asunto C-224/00 aluden al derecho a una buena administración y a ser oído que se consagra en el art. 41 de la CDFUE. Y, el derecho a la dignidad humana reconocido en el art. 1 del mismo texto sirve de base a las Conclusiones del Abogado general Sr. JACOBS en el asunto C-377/98. También el Sr. LEGER, abogado general, en el asunto C-353/99 P mantiene que el principio de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión adquiere Carta de naturaleza de derecho fundamental tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y del reconocimiento del mismo en el art. 42 de la CDFUE, donde se precisa su contenido y su estatuto.

Y, para finalizar con los ejemplos, con fecha 30 de enero de 2002 el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas -Sala Segunda ampliada- ha pronunciado sentencia en el asunto T-54/99. En los fundamentos jurídicos de esta sentencia se cita el art. 41.1 de la CDFUE proclamada el 7 de diciembre de 2000 en NIZA que confirma que toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. También se alega el art. 47 de la CDFUE que establece que toda persona cuyos derechos garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva por un Tribunal.

En conclusión: Al haberse formulado la Carta con la técnica de los principios, la amplitud de juicio que dicha técnica comporta permitirá al TJCE decidir los casos que le sean planteados, efectuando juicios de valor que forzosamente deben prescindir de los enunciados en la norma-parámetro. Esta técnica interpretativa desplegará un efecto conformador del sistema de valores en el que se funda todo el orden institucional europeo, incluso con efectos indirectos para los Estados miembros. Y, el hecho de que en algunos artículos de la

La carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y la función de los operadores públicos

Carta no se hayan previsto límites al derecho proclamado no debe ser un motivo de crítica pues, podría constituir el pretexto para la obligada concreción de límites lógicos por parte del TJCE. Sírvanos de referente la experiencia jurisprudencial del Tribunal Supremo de los USA en relación con la I Enmienda.

Pero, hay un tiempo para la unificación y un tiempo de las garantías (A. PACE). Este tiempo en la doctrina que subyace a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tal y como ha sido formulada, debe venir después.

Bibliografía

- ALONSO GARCIA, R., "La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea* 209, 2000
- ALSTON-WEILER, *The European Union and Human Rights: Final Project Report on an Agenda for the Year 2000*, Florence European University Institute, 1998.
- ANZON, A., "La Costituzione europea come problema", en *Rivista italiana di diritto comparato*, 2000
- APOSTOLI, A., *La Carta dei diritti dell' Unione europea. Il faticoso avvio di un percorso non ancora concluso*, Brescia, 2000.
- BALAGUER, F., "Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional", *Nuove frontiere dei diritti fondamentali*, Torino Giapichelli, 2000.
- BALDASARRE, A., "Il referendum "costituzionale", en *Quaderni costituzionali*, 1994.
- BARBERA, A., "¿Existe una "costituzione europea"?" en *Quaderni Costituzionali*, 1991
- CALVANO, R., "Verso un sistema di garanzie costituzionali por l'UE? La giustizia costituzionale comunitaria dopo il Trattato di Nizza", en *Giurisprudenza costituzionale*, 2001.
- DIEZ-PICAZO, L.M., "Glosas a la nueva Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea" en *La Carta dei diritti fondamentali dell' Unione europea*, Génova, 2001
- DOGLIANI, M., "Revisione dei trattati o proceso costituente?" en *Questione giustizia*, n° 2, 2000.
- FERRARA, G., "Il diritti politici nell'ordinamento europeo" en *Rassegna parlamentare*, 1999.

HÄBERLE, P. "¿Existe un espacio público europeo?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 3, 1998.

MANZELLA, A., "Un catálogo dei diritti" *Il Mulino*, Bologna, 2001.

MARTIN RETORTILLO, PIZZORUSSO, ROSETTO, "Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea: Ha llegado el momento de actuar". *Comisión Europea*, Bruselas, 1999

PACE, Alessandro, "¿Para qué sirve la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea? Notas preliminares", en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 7, UNED, Madrid, 2001.

RODOTA, S., "Ma l'Europa già applica la nuova Carta dei diritti" *La Repubblica*, Diario de 3 de enero de 2001.

RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C., "¿Una Constitución para Europa?" *Diario El País*, 1 de marzo de 2002.

RODRIGUEZ, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.

RODRIGUEZ, Angel, "Sobre la naturaleza jurídica de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista de Derecho Político*, nº 51, UNED, 2001.

SIERVO, U. de, "I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani, (a propósito della Carta dei diritti fondamentali)" en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001.

SOLE TURA, J., "Europa y su Constitución", *Diario El País*, 16 de marzo de 2002.

El Trabajo Subordinado: ¿Libertad Parcial?

Josefa Montalvo Romero*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Principios Generales. 3. Contrato vs Estatuto. 4. La subordinación. 5. El Teletrabajo. 6. Reflexión final.

La subordinación por medio de la cual se había definido el trabajo asalariado, no ha dejado de diluirse y no ofrece hoy un criterio jurídico propio para abarcar las diversas situaciones de trabajo. A medida que el trabajo dependiente se ha extendido en la sociedad, ha englobado actividades cuyo ejercicio requiere una cierta libertad en el trabajo.

Introducción.

La idea de este tema surge de lecturas realizadas a la doctrina francesa y su peculiar forma de entender el derecho del trabajo.

Se parte básicamente de un cuestionamiento: ¿Puede fundarse en la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de una relación jerárquica como el vínculo de subordinación?.

* Doctora en Derecho Público e Investigadora de la Universidad Veracruzana.

El Trabajo Subordinado: ¿Libertad Parcial?

Es importante preguntarse de dónde extrae el derecho del trabajo su legitimidad cuestión que preocupa a raíz de los proyectos de desregulación de los años ochentas.

Como consecuencia del avance científico y técnico, nuevas figuras surgen en el derecho del trabajo que obligan al jurista a definir las relaciones que éstas mantienen con la ley, tratando de situar respectivamente las normas de organización del trabajo que se apoyan en la autoridad de la ciencia y de la tecnología y las reglas del derecho, que se apoyan en la autoridad de la ley.

“La libertad de trabajo no se ha utilizado como principio jurídico susceptible de limitar la subordinación o de conferir al trabajador un derecho con relación al objeto de su trabajo. Y se ha invocado menos aún para hacer un sitio al trabajo desarrollado fuera de esta relación de cambio”.¹

El progreso técnico y la organización del trabajo, llevan a conceder a los trabajadores parte de iniciativas y de responsabilidad en el cumplimiento de un gran número de funciones. La ejecución del contrato no se identifica ya enteramente con el cumplimiento del trabajo, sino que incluye una parte creciente de formación, que se hace inevitable para adaptar a los trabajadores al cambio de los conocimientos necesarios para realizar el cumplimiento.

En la actualidad nos enfrentamos a una individualización cada vez más grande de su condición jurídica, habida cuenta de la descentralización de las fuentes del derecho (desarrollo de la negociación de empresa respecto de la organización del tiempo de trabajo) y de la nueva vitalidad del contrato individual.

¹Alain Supiot., *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, 1996, p.291.

Principios Generales.

Cuando quedó en el olvido la idea de que el trabajo era una misión degradante, el trabajo del hombre generó, con la promulgación de un ordenamiento jurídico, la dignificación del quehacer productivo.

Así el derecho del trabajo cobra fuerza no sólo por la presencia cualitativa y cuantitativa del trabajo productivo, sino por la conciencia insoslayable de atender a la supervivencia y reivindicaciones de los hombres que trabajan.²

Esta disciplina se encuentra inspirada y fundamentada en todo un conjunto de principios que soportan su sistema de conocimientos y que la justifican y caracterizan, todo, con la finalidad de conciliar el progreso económico con la justicia social, ya que "progreso económico sin justicia social es simple desarrollo, pero también justicia social sin progreso económico es una simple y vulgar demagogia".³

Por otra parte, no existe homogeneidad entre los expertos en materia laboral para determinar los principios formativos de la disciplina. Sin embargo, coincidimos con José Manuel Lastra⁴ en los siguientes:

a) *Dignificación del Trabajo del Hombre.*

Supone la obligación del patrón de procurar tanto la integridad como el respeto a la persona del trabajador.

² Héctor Santos Azuela., "Modernidad y principios de Derecho del Trabajo", en *Jurídica Jalisciense*, México 1997, No. 3, Año 7, sep-dic., p.37.

³ Baltasar Cavazos Flores., *El Derecho del Trabajo Mexicano a principios del Milenio*, Trillas, México, 2000, p.17.

⁴ Cfr. "Promover el cambio y preservar valores: ¿Un gran reto?", *Laboral*, México, 1995, No.37, Año IV, p.37.

El Trabajo Subordinado: ¿Libertad Parcial?

B) *Libertad e Igualdad.*

Se complementa con el anterior y los encontramos en el artículo 3 de la Ley Federal del Trabajo, protegiendo la dignidad del trabajo, el respeto a la persona y a las libertades del trabajador. Se afirma que el trabajo no es artículo de comercio y se protege la salud del trabajador. Incluye, además, el derecho a la capacitación y adiestramiento.

c) *Libertad de Trabajo.*

Este es uno de los principios formativos del Derecho del Trabajo, ya que, para regular las relaciones laborales, primero tuvo que existir la potestad de los hombres para dedicarse a la profesión, industria, actividad o comercio de su preferencia, si es que los mismos son lícitos. Este principio se encuentra consignado en casi todas las constituciones del mundo.

d) *Libertad Sindical.*

En conexión con el anterior se encuentra el principio de libertad sindical, del que deriva el derecho del trabajador para organizarse en sindicatos, así como aquel que corresponde a las propias asociaciones sindicales para crear o incorporarse a las federaciones o confederaciones que mejor convengan a sus intereses.

e) *La irrenunciabilidad de los derechos.*

f) *Principio de la norma más favorable: in dubio pro operario.*

g) *Principio de equidad y buena fe.*

h) *Principio de justicia social*

i) *Principio de estabilidad.*

Se traduce en el derecho del trabajador a permanecer en el puesto de trabajo mientras subsiste la materia objeto del mismo.

J) Igual salario para igual trabajo.

Este principio es fundamental en nuestra disciplina, ya que se refiere a la retribución de los asalariados y forma parte de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Junto a estos principios -enunciativos y no limitativos- del Derecho del Trabajo, la doctrina vanguardista incluye el principio de la progresión racional, en virtud del cual se crea un ordenamiento tutelar que limite y dé salida a las exigencias económicas que generan la miseria y la marginación de los obreros, procurando sistemas normativos idóneos y justos para resolver las necesidades esenciales del trabajador.⁵

Contrato vs Estatuto.

Las discusiones respecto de este binomio las podemos fundamentar en dos culturas de mucha tradición: la romanista y la germánica.

En términos generales la cultura romanista analiza la relación de trabajo como una operación de intercambio entre sujetos formalmente iguales, es decir, sitúa esta relación en la órbita del derecho de obligaciones. "Esta caracterización jurídica de la relación de trabajo correspondía perfectamente al pensamiento económico liberal, tal y como se edificó a partir del siglo XVIII; pensamiento que construyó la idea de mercado, apoyada en el principio del libre cambio entre individuos formalmente iguales".⁶

Dentro de los contratos consensuales contemplados por el derecho romano existe la *locatio-conductio* (arrendamiento) por el que a cambio de una merced o remuneración, un sujeto se obliga a procurar a otro el uso o disfrute de una cosa -*locatio*

⁵ Héctor Santos Azuela., op. cit. p.218.

⁶ Idem, p.32.

El Trabajo Subordinado: ¿Libertad Parcial?

conductio rei-, o a prestarle determinados servicios - *locatio conductio operarum-*, o a realizar una obra -*locatio conductio operis*.⁷

Los romanos consideraban las *operae* (actividad laboral) de un individuo como una cosa corporal -como consecuencia de la distinción entre libres y esclavos- y que traía del trabajo servil la principal fuente de energía para la producción industrial y agrícola.

El *paterfamilias* disponía de las actividades de sus hijos y esclavos tanto para utilizarlas él mismo, o para ponerlas a disposición de terceros arrendando sus servicios. Caso contrario era el del hombre libre *sui iuris* que se obligaba voluntariamente a poner su propia actividad de trabajo a disposición de otros.⁸

Por su parte, la cultura jurídica germanista concibe, en su versión más radical, un repudio total al contrato en el análisis jurídico de la relación de trabajo.

Para el derecho germánico esta última se define como una relación comunitaria, producto de la integración del trabajador en la comunidad de trabajo. La pertenencia de hecho a la empresa es la verdadera fuente de la relación jurídica de trabajo, donde el trabajador asalariado se encuentra en una posición estatutaria, y no contractual, que le confiere derechos y obligaciones de acuerdo a su función en el seno de la comunidad. Es así que se concibe a la relación laboral como una situación de pertenencia personal a una comunidad ubicándola en la órbita del estatuto de las personas y donde se restituye a la relación entre personas el puesto primero que le correspondía en el análisis jurídico preindustrial de la relación de trabajo.

⁷Juan Iglesias., *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Undécima ed., Ed. Ariel, Barcelona, p. 1993.

⁸ Armando Torrent, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1995, p.464.

En el Derecho del Trabajo se ha venido realizando la sustitución de contratos de trabajo por contratos civiles, donde aparece una amplia gama de actividades profesionales que tienen la característica de subordinación pero que en la práctica adquieren un régimen de autonomía; como colaboradores, agentes de comercio etc., que pueden ubicarse dentro del contrato de trabajo o al margen de éste, según el régimen jurídico adoptado por las partes.

Aquí lo importante es deslindar el ámbito de las relaciones que por su naturaleza pueden regirse por la autonomía de la voluntad de las partes, inherente al Derecho Civil, de aquéllas que corresponden al Derecho del Trabajo y que se rigen por el principio de irrenunciabilidad de derechos.

Finalmente, cabe señalar que el contrato ha servido de marco a la definición jurídica de la relación de trabajo, pero que el mantenimiento del marco contractual no ha sido posible sino mediante la absorción, por parte del contrato, de un estatuto del trabajador asalariado, estatuto que se halla definido por la ley, la jurisprudencia, el contrato colectivo o los usos.

La subordinación.

En todas las legislaciones donde se ha desarrollado el Derecho del Trabajo, siempre la relación laboral ha tenido la forma de una persona que sirve a otra configurándose la sumisión de la voluntad.

El Derecho del Trabajo se ha desarrollado con la tensión entre la idea de contrato, que postula la autonomía de las partes, y la idea de subordinación, que excluye esa autonomía.

Alain Supiot establece que esta tensión ha llevado a construir sobre el terreno colectivo la autonomía que no podía edificarse en el terreno individual, y a hacer así jurídicamente

El Trabajo Subordinado: ¿Libertad Parcial?

compatibles la subordinación y la libertad. La subordinación individual y la libertad colectiva constituyen, pues, las dos caras de una misma moneda; los cambios que afectan a una, como la debilitación de lo colectivo, o la alteración de la subordinación, no pueden dejar de incidir en la otra.⁹

Cabanellas define la subordinación laboral como “el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que proviene de la potestad del patrón o empresario para dirigir la actividad de la otra parte, en orden al mayor rendimiento de la producción y al mejor beneficio de la empresa”.¹⁰

Aquí es importante preguntarse: ¿Cuándo existe vínculo de dependencia o subordinación?

La dependencia o subordinación se materializa a través de diversas manifestaciones concretas como por ejemplo:

- que se exija al trabajador la concurrencia obligada al trabajo
- el cumplimiento de un horario
- que el trabajador se encuentre bajo vigilancia en el desempeño de sus funciones
- que exista la obligación de seguir las instrucciones impartidas por el patrón, etc.

La relación de trabajo debe ubicarse como una relación de jerarquía y no propiamente de desigualdad entre las partes. Mientras la desigualdad designa, de manera general, el producto de una comparación objetiva entre situaciones de hecho eventualmente independientes una de otra, la jerarquía designa siempre un vínculo de derecho.

⁹ Idem, p.134.

¹⁰ *Contrato de Trabajo*, Omeba, p.239.

En este contexto si hablamos de una desigualdad entre trabajador y patrón, se trataría de una relación de desigualdad que crea el derecho y no una situación que ignora o combate.

Esto explica el principio jurídico de desigualdad en que se funda la subordinación de la relación laboral.

Sin embargo, esta desigualdad no afecta la validez del sistema jurídico que reconoce su igualdad formal, su igualdad frente al derecho.

Lo cierto es que la relación o contrato de trabajo crea una jerarquía entre iguales. La clave de esta construcción jurídica es la autonomía de la voluntad de los que se ubican en este supuesto de subordinación de manera libre.

El objeto de esta subordinación se traduce en una renuncia -por parte del trabajador asalariado- a su voluntad autónoma, pues la somete a la de la otra parte, lo que implica una gran indeterminación de las obligaciones que debe cumplir durante la relación de trabajo. Queda claro que mientras mayor sea la indeterminación de las funciones y obligaciones del trabajador, mayor será el poder de dirección que el patrón tenga sobre el mismo.

Este poder de dirección se ve claramente limitado por la calificación profesional (competencia profesional), pues el patrón no puede desconocerla ya que determina el tipo de trabajo que se puede desempeñar por el trabajador; sin olvidar que el puesto de trabajo al que se encuentra realmente adscrito el trabajador juega también un papel determinante.

Por otra parte, el principio de subordinación, conjugado con el de libre rescindibilidad del contrato de trabajo por cualquiera de sus partes, impone que el trabajador acate las órdenes y decisiones en materia disciplinaria como de servicio; a menos que considerando que existe un incumplimiento

El Trabajo Subordinado: ¿Libertad Parcial?

contractual por exceso, funde en ello una acción declarativa de rescisión y reclame la indemnización por despido.

Finalmente y siguiendo a Alain Supiot,¹¹ es preciso aclarar que en materia civil la voluntad se compromete, en el derecho del trabajo se somete. El compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega. Esta contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad conduce a que el trabajador se analice en la empresa como sujeto y como objeto del contrato o relación.

El teletrabajo.

En la actualidad ha dejado de operar la concepción de las relaciones de trabajo de "modelo fordista". El sustento fundamental de este modelo era el empleo "típico" de duración indefinida, que garantizaba al trabajador una vida segura a cambio de su situación de dependencia.

Esta idea se ha ido diluyendo debido a la triple influencia de la elevación del nivel de calificación profesional (y de la autonomía profesional consiguiente, que aumenta al margen de la subordinación contractual), de la presión creciente de la competencia en unos mercados más abiertos y de la aceleración de los progresos técnicos (sobre todo en materia de información y de comunicación) por ello han surgido otros modelos de organización del trabajo.¹²

Entre los trabajadores realmente subordinados y los empresarios realmente independientes está apareciendo una tercera categoría: la de unos trabajadores que son jurídicamente independientes o autónomos, pero económicamente dependientes.

¹¹ Idem, p.147.

¹² *Revista Internacional del Trabajo*, 1999/1, p.35.

Una modalidad de esta categoría lo representa el teletrabajo que puede definirse como el trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicarse con ellos por medio de las nuevas tecnologías.¹³

Normalmente se tiende a equiparar el teletrabajo con el trabajo a domicilio. Nuestra Ley Federal del Trabajo define en sus artículos del 311 al 330 al trabajo a domicilio como aquél que se ejecuta habitualmente para el patrón, en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por él, sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo; desprendiéndose de la habitualidad en la prestación del servicio, que se ha venido laborando conforme a las instrucciones del patrón, para configurar el trabajo a domicilio con carácter subordinado.¹⁴

La diferencia con el teletrabajo se basa en que éste, es un conjunto completamente distinto de calificaciones profesionales, modos de organización y enlace con la sede del empleador. Puede tener varias modalidades, pero la más común es el trabajo electrónico a domicilio, aunque se puede dar el trabajo de centros satélites, centros vecinales o trabajo móvil.¹⁵

¹³ Vittorio Wirth y Linda De Martino, *Revista Internacional del Trabajo*, OIT 1990/4, p.469.

¹⁴ Juan B. Climent Beltrán, *La Modernidad Laboral*, Ed. Esfinge, México, 2000, p.43.

¹⁵ Los centros satélites son unidades separadas de la empresa pero en constante comunicación con la misma; los centros vecinales proporcionan instalaciones informáticas compartidas con otros usuarios y pertenecen a diversas empresas; y el trabajo móvil es para los profesionales que tienen que viajar pero mantienen comunicación constante con la empresa.

El Trabajo Subordinado: ¿Libertad Parcial?

Podemos identificar tres elementos comunes para cualquier modalidad del teletrabajo -que se encuentra en plena evolución y definición- la organización, la implantación y la tecnología.

Consideramos que lo más importante del teletrabajo radica en la condición jurídica de los teletrabajadores. Parece ser que no hay una postura clara que nos indique la normatividad aplicable a estos casos de prestación de servicios; pues en muchas ocasiones lo sitúan en el trabajo a domicilio, pero la dificultad consiste en distinguir el teletrabajo independiente y el que tiene carácter subordinado.

Reflexión final

El auge de la precarización contractual en las relaciones de trabajo nos pone en evidencia una vez más, el divorcio creciente entre el orden de los principios y el orden de las realidades.

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

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

No debemos perder de vista que hemos dejado atrás la concepción de las relaciones de trabajo de modelo fordista. Hoy podemos observar que han surgido otros modelos de organización del trabajo.

Estos nuevos modelos de la organización del trabajo son muy variados y se caracterizan por una pluralidad de modos de producción, los cuales inciden en las diversas variantes de la realización del trabajo; donde podemos ubicar el trabajo por cuenta propia, la subcontratación o la utilización de mano de obra del exterior, que pueden ser formas de eludir la responsabilidad patronal frente al trabajador.

En el afán de otorgar una mayor protección en la relación de trabajo han surgido una diversidad de contratos que remuneren el trabajo. Entre los trabajadores realmente subordinados y los empresarios realmente independientes está apareciendo una tercera categoría: la de unos trabajadores que son jurídicamente independientes o autónomos, pero económicamente dependientes.

Bajo esta perspectiva la idea fundamental sería la de ampliar las fronteras del Derecho Laboral a la contratación del trabajo de los independientes o autónomos.

En Europa esta idea se concretiza con la propuesta de formar un derecho común del trabajo, sin perjuicio de que algunas de sus ramas se adapten a las diversas situaciones (trabajo subordinado tradicional, trabajo cuasi-subordinado, es decir, económicamente dependiente, etc.).

De esto puede desprenderse que ese derecho sin fronteras del trabajo abarcaría en forma enunciativa y no limitativa:

- a) El trabajo subordinado tradicional
- b) El trabajo eventual o por tiempo determinado

El Trabajo Subordinado: ¿Libertad Parcial?

- c) El trabajo cuasi-subordinado, esto es, jurídicamente independiente, pero económicamente dependiente
- d) La subcontratación.

Una de las funciones históricas del Derecho Laboral ha consistido en cimentar las bases de la cohesión social, lo cual dejará de ser posible si no se amolda a la evolución de los modos de organización del trabajo de la sociedad actual y se limita a regir los que le dieron vida.

Bibliografía

CAVAZOS FLORES, Baltasar, *El Derecho del Trabajo Mexicano a principios del Milenio*, Ed. Trillas, México, 2000.

CLIMENT BELTRÁN, Juan B, *La Modernidad Laboral*, Ed. Esfinge, México, 2000.

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano Historia e instituciones*, Undécima ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1993.

LASTRA LASTRA, José Manuel, "Promover el cambio y preservar valores: ¿Un gran reto?", *Laboral*, México, 1995, No. 37, Año IV.

SANTOS AZUELA, Héctor, "Modernidad y principios de Derecho del Trabajo", en *Jurídica Jalisciense*, México, 1997, No. 3, Año 7, sep-dic.

SUPIOT, Alain, *Crítica del Derecho de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, 1996.

TORRENT, Armando, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1995.

WIRTH, Vittorio y DE MARTINO Linda, *Revista Internacional del Trabajo*, OIT 1990/4.

ARTÍCULOS

El Constitucionalismo moderno como redescubrimiento de los principios y valores

Judith Aguirre Moreno*

SUMARIO: Introducción. 1. El Derecho constitucional moderno. 2. El Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana. 3. La Constitución Mexicana de 1824. 4. Período centralista 5. La Constitución de 1857. 6. La Constitución de 1917. 7. Conclusiones.

Los principios y los valores fueron una gran aportación al constitucionalismo de otros tiempos pero mas adelante fueron ignorados, sin embargo, actualmente tanto filósofos del derecho como constitucionalistas los remontan con una perspectiva renovadora; siendo ahora la Constitución el fundamento supremo del sistema jurídico y político debido a que es en ella donde se encuentran los principios y valores que guiarán no solo a los poderes públicos en su actuación, sino también a las fuerzas sociales, económicas y políticas.

Introducción.

En el presente trabajo se pretende mostrar la existencia de los principios y los valores en las distintas Constituciones que México ha tenido y su ausencia en los textos con régimen dictatorial, caracterizados por la falta de interés en realizar los

*Técnico académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

El Constitucionalismo moderno como redescubrimiento de los principios y valores

valores y principios que pudieran representar un beneficio al país.

La intención es que conociendo los antecedentes, nuestro constitucionalismo se actualice y cumpla con las funciones que tiene para que a través de él podamos redescubrir estos principios y valores, y busquemos que se conviertan en el parámetro dentro del cual se desarrolle política, económica y socialmente nuestro Estado.

1. El Derecho Constitucional moderno.

El derecho constitucional es una de las ramas del derecho que mas ha evolucionado, y para el constitucionalismo moderno ya no tienen el mismo significado los términos Constitución, Estado ni el de Estado de Derecho. Los cambios son infinitos y son la consecuencia lógica de la evolución misma de los pueblos y, sin duda la realidad histórica del siglo XVIII en que nacen el constitucionalismo, las constituciones escritas y el Estado de Derecho tienen poco que ver con nuestra realidad del siglo XXI, y si bien conservamos sus elementos esenciales como la existencia misma de las Constituciones conteniendo división de poderes y protegiendo los derechos fundamentales, supuestos básicos del Estado de Derecho, sin embargo, es innegable que el constitucionalismo clásico que buscaba consolidar la soberanía nacional en franca lucha con el absolutismo de la época, el juez autómatas y la constitución vista únicamente como las bases para organizar a un Estado prácticamente han desaparecido, ¿y qué podríamos decir de la Soberanía? "estandarte político" del régimen que gobernó a México durante mas de 70 años, la Soberanía hoy se entiende de una manera completamente distinta y sin esa confusión o fusión de ésta con la identidad nacional, no podríamos encontrar un ejemplo mas claro de esta transformación casi total que el de la Unión Europea.

Como parte de esa transformación, el Derecho Constitucional moderno vuelve los ojos a algo que siempre estuvo en el contenido de las constituciones, o por lo menos en la mayoría de ellas: los principios y los valores, lo cual ha transformado por completo al Derecho Constitucional, a la forma de entender a las Constituciones y al Estado mismo, ya que ahora la jerarquía mas alta de la Constitución ya no se limita a ser "la ley suprema" de la que se desprenden todas las demás leyes que integran el sistema jurídico de determinado pueblo, sino que lo que le da hoy la importancia y aún superioridad es el hecho de que en ella se encuentran contenidos los principios y valores que servirán de guía a los poderes Ejecutivo, Legislativo y al Judicial para desarrollar todas sus actividades buscando consolidar un verdadero Estado, social y democrático de Derecho.

En primer término iremos a las fuentes históricas¹ para mostrar los principios y valores contenidos en ellas:

2. Constitución de Apatzingán de 1814

Antecedentes.

La lucha por la Independencia fue llevada a cabo por grandes idealistas que no sólo pelearon en el campo de batalla, sino que también lo hicieron plasmando sus pensamientos y sus deseos para el México independiente en diversos documentos.

Principalmente encontramos a Don Miguel Hidalgo y Costilla, iniciador de la Independencia mexicana, y quien pese a no contar con experiencia política, llegó a vislumbrar unos poderes públicos que con la dulzura de

¹ Todas las Constituciones, excepto la actual de 1917, han sido consultadas en: Feliciano Calzada Padrón, *Derecho Constitucional*, Ed. Harla, México, 1998, p. 430 y s.s.

El Constitucionalismo moderno como redescubrimiento de los principios y valores

los pobres; nos tratarán como hermanos; desterrarán la pobreza, moderando la devastación del reino y la extracción de su dinero, fomentarán las artes; se avivará la industria; haremos uso libre de las riquísimas producciones de nuestros feraces países; y a vuelta de pocos años disfrutarán sus habitantes de todas las delicias que el Soberano Autor de la Naturaleza ha derramado sobre este basto continente.²

En segundo término y con gran importancia también, encontramos a José María Morelos y Pavón quien a través de sus "Sentimientos de la Nación" expresó lo que consideró que ese país emergente necesitaba, en este documento se plasman varios derechos fundamentales como la protección de la propiedad, la inviolabilidad del domicilio, la igualdad ante la ley, etc. y como principios establece que las leyes que emanen del Congreso "deben ser tales que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia y de tal suerte aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres alejando la ignorancia, la rapiña y el hurto." (Artículo 12). En este punto se resume el pensamiento y el ideal por el que luchó Morelos.

El Decreto Constitucional o Constitución de Apatzingán.

El fruto de esos esfuerzos fue el Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814 el cual fue el primer intento del México independiente de darse una Constitución, y aunque no estuvo en vigor, en gran parte por lo convulsionado que se encontraba el naciente país tras la guerra y porque ni la sociedad ni el gobierno tenían claro aún el rumbo que querían darle al país, sin embargo, la Constitución de Apatzingán

² INEHRM. *Nuestra Constitución. Historia del pueblo mexicano* Cuaderno Núm. 2, México, 1990, p. 10

(como es conocida) sentó las bases del constitucionalismo mexicano y de sus instituciones.

En su preámbulo establece que esta Constitución "reintegrando a la nación misma en el goce de sus augustos imprescriptibles derechos, la conduzca a la gloria de la independencia y afiance sólidamente la prosperidad de los ciudadanos, (el supremo congreso) decreta la siguiente forma de gobierno, sancionando ante todas las cosas los principios tan sencillos como luminosos en que puede solamente cimentarse una constitución justa y saludable."

En sus artículos 4, 8, 18 y 208 se hace mención a distintas cuestiones que llevarán a conseguir y mantener la felicidad del pueblo; objetivo principal que deben tratar de conseguir los poderes públicos. Para ello, por ejemplo, se deja la posibilidad abierta de que "como el gobierno no se instituye por honra o interés particular de ninguna familia, de ningún hombre ni clase de hombres, sino para la protección y seguridad general de todos los ciudadanos, unidos voluntariamente en sociedad, ésta tiene derecho incontestable a establecer el gobierno que más le convenga, alterarlo, modificarlo y abolirlo totalmente cuando su felicidad así lo requiera". Y en el artículo 24 se explica el término felicidad, diciendo que ésta consiste en el pleno goce de la libertad, igualdad y seguridad. Esta última es considerada como una garantía social y el artículo 27 condiciona su existencia a los límites que fije la ley a los poderes públicos y a la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Por otra parte, se destaca en los artículos 41 y 52, el patriotismo como una virtud indispensable en los ciudadanos y en los legisladores (a través de quienes el pueblo ejerce su soberanía según los artículos 2 y 5), para que realicen sus diferentes labores de la mejor forma posible.

El Constitucionalismo moderno como redescubrimiento de los principios y valores

En materia económica y social se pide al congreso “favorecer todos los ramos de la industria, facilitando los medios de adelantarla, y cuidar con singular esmero de la ilustración de los pueblos” (Artículo 117)

A los integrantes del gobierno se les pide en los artículos 155 y 165, que desempeñen su labor con celo y fidelidad para alcanzar el bien y la prosperidad del pueblo. También deben hacer uso de los recursos que las leyes les proporcionen para salvaguardar la libertad, igualdad y seguridad de los ciudadanos del país.

3. Constitución Federal de los Estados-Unidos Mexicanos de 4 de octubre de 1824.

La Constitución de 1824, que fue la primera en tener vigor, surge tras el breve período monárquico que tuvo México con el Imperio de Agustín de Iturbide, por lo que los Constituyentes buscaron reafirmar: la independencia de México, establecer un régimen que rompiera por completo con el centralismo de la Colonia y con las instituciones Monárquicas. Así, su importancia es precisamente “el haber dotado a nuestro país de las bases políticas fundamentales como el sistema federal, el régimen republicano y la división de poderes, principios que, con algunas interrupciones, continúan siendo esenciales dentro de la actual organización de nuestro país.”³

El Congreso Constituyente de 1824 plasmó en el preámbulo de dicha Constitución como objetivos el “promover su prosperidad y gloria” así como preservar su libertad e independencia.

³ INEHRM, *Nuestra Constitución. Historia de la libertad y soberanía del pueblo mexicano*. Cuaderno no. 2, México, 1990, p.44

En el artículo 49, que se refiere a los decretos y leyes que emanen del Congreso se señala que éstos deben promover la prosperidad general, la ilustración del pueblo, velar por la paz y la igualdad, tanto de derechos como de obligaciones ante la ley.

Al ejecutivo se le da como atribución en el artículo 110 fracción tercera, "poner en ejecución las leyes y decretos dirigidos a conservar la integridad de la federación, y a sostener su independencia en lo exterior, y su unión y libertad en lo interior".

4. Período centralista.

Tiene particular importancia para este estudio el hecho de que durante el período centralista, pero también de dictadura, y de una de las mas destructivas dictaduras que este país ha tenido, no encontremos ningún valor, ni ningún principio ni en la Constitución de 1836 ni en la de 1843. Lo que nos demuestra que sin voluntad para que exista un Estado de Derecho, un Estado social, y mucho menos una democracia, no habrá el menor interés, ni siquiera formal, de fijarse esas metas a seguir por quienes detentan el poder, para alcanzar el desarrollo y el bienestar de su pueblo.

Si bien Antonio López de Santa Anna no permaneció en la presidencia durante todo este período, es innegable que sí hacía uso del poder a través de quienes quedaban a cargo del Ejecutivo mientras él ejercía como militar en numerosas batallas.

Constitución de las siete leyes de 1836 de 6 de diciembre.

El 23 de octubre de 1835 se publicaron las Bases para la elaboración de la nueva Constitución, la que finalmente estaría

El Constitucionalismo moderno como redescubrimiento de los principios y valores

integrada por siete leyes que abordaban cada una un tema distinto y que acababa con el sistema federal que existía hasta el momento. En la segunda ley constitucional se crea el Supremo Poder Conservador, órgano que tenía facultades para intervenir en las funciones de los tres poderes.

Bases de organización política de la República mexicana del 13 de junio de 1843.

“Las Bases orgánicas de 1843 (202 artículos y XI títulos), reiteraron la independencia de la nación y la organización en República centralista, conservaron la división territorial establecida en 1836, dejando a una ley secundaria precisar el número y los límites de los departamentos, suprimió al Supremo Poder Conservador, y declaró que el país profesaba y protegía la religión católica”⁴. Las Bases orgánicas duraron poco en vigor, ya que en 1847 se publica el Acta Constitutiva y de Reformas mediante la cual México vuelve a adoptar el sistema federal.

5. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, otorgada el 5 de febrero de 1857.

La Constitución de 1857 es indudablemente la más controvertida que hemos tenido, pero tal vez se deba al gran avance que ésta significaba para un país que tal vez no se encontraba en el momento histórico adecuado para recibirla y ponerla en práctica.

En ella encontramos que se retoman los principios y valores como la orientación para la correcta actuación de los

⁴ Citado por: Emilio O. Rabasa, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, 2ª ed., Ed. UNAM, México, 1994, p.51

poderes públicos; así encontramos por ejemplo que en el artículo 1 se expresa lo siguiente “el pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales” (término empleado por primera vez). En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.

6. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Esta Constitución ha sufrido tantos cambios (reformas) como nuestro propio país y hoy ambos tienen poco que ver con lo que fueron a principios del siglo pasado. Ya no existe ni el México que emergía de una Revolución, ni la Constitución que nace básicamente como una reforma a la de 1857 y que sin embargo consideramos “nueva” porque proviene precisamente de ese proceso revolucionario y porque tuvo una importantísima aportación: los derechos sociales.

A lo largo de casi un siglo, la Constitución ha tratado de adaptarse a los cambios sociales, políticos y aún culturales del país; mientras que el pueblo mexicano también ha pasado por muy distintas etapas, encontrándose ahora en un momento de transición que no sabemos si nos llevará a un cambio más drástico en nuestra Constitución o inclusive, a la creación de una nueva que se adapte plenamente a las condiciones y necesidades actuales del país.

Sin embargo, es importante destacar que durante la serie de reformas que ha tenido la Constitución de 1917, ha ido incorporando una serie de principios y valores que no tenía cuando se creó, creemos que eso se debe a la madurez política que el país ha ido alcanzando.

El Constitucionalismo moderno como redescubrimiento de los principios y valores

El artículo 2 implica el reconocimiento de México como una nación pluricultural “sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización, y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas”. Por lo cual los poderes públicos deben reconocerlos, protegerlos y buscar su pleno desarrollo, buscando siempre mantener la unidad nacional.

En el artículo 3, que se refiere a la educación, menciona que ésta debe alentar el patriotismo, la solidaridad en el ámbito internacional, la independencia y la igualdad del pueblo mexicano buscando a la vez el mejor desarrollo de las capacidades humanas. También establece otra serie de características sobre el criterio que se ha seguir, cuyo cumplimiento deben asegurar las autoridades correspondientes, en la impartición de la educación:

- a) Será democrática, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo;
- b) Será nacional, en cuanto -sin hostilidades ni exclusivismos- atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura; y
- c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del

interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos;

Respecto a la seguridad pública, como función de todos los niveles de gobierno: municipio, estados, federación y el Distrito Federal, el artículo 21 expresa que las autoridades se regirán por la honradez, el profesionalismo, la eficiencia y la legalidad en su desempeño.

En cuanto a la rectoría del Estado en diversas áreas económicas encontramos lo siguiente:

Tratándose del desarrollo nacional, el artículo 25 señala las metas a seguir, que serán: "garantizar que éste sea integral y sustentable, 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 ésta Constitución." Y en el siguiente párrafo de este mismo artículo 25 se especifica que "el Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución." Y también debe, al ejercer su rectoría económica, proteger la Soberanía y seguridad de la Nación al conducir las áreas estratégicas. (Artículo 28 párrafo cuarto).

Continuando con el desarrollo nacional, en el artículo 26 constitucional se expresa primordialmente que la planeación que haga el Estado debe ser democrática buscando también la equidad en el desarrollo de la economía "para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación."

El Constitucionalismo moderno como redescubrimiento de los principios y valores

En materia política el artículo 40 nos dice que “es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en su régimen interior: pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental”.

Por su parte el artículo 41 de esta Constitución, se refiere a la función estatal de organizar las elecciones federales y dice que el Estado la ejercerá basado en la certeza, la objetividad, la imparcialidad, la legalidad y la independencia.

Respecto a la política exterior, que queda en manos del Ejecutivo, con la participación del Senado cuando se trate de tratados internacionales, el artículo 89 fracción X expresa que ésta será encaminada bajo los siguientes principios: la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza, la autodeterminación de los pueblos, la no intervención, la cooperación para el desarrollo y por último la lucha por la paz y la seguridad internacionales.

7. Conclusiones.

Después de comprobar que los principios y valores han estado ahí desde el origen de nuestra vida constitucional que va aparejada con nuestra existencia como Nación independiente, debemos buscar los mecanismos para que, si ya la doctrina volvió a ponerlos en el sitio que siempre debieron tener, entonces ahora toca a los poderes públicos mirar hacia ellos para tratar de alcanzarlos, o aún ir mas allá buscando los mecanismos para hacerlos realmente efectivos, ya que en nuestra opinión son el único medio, como se dijo antes, para que los Estados sean verdaderos Estado sociales y democráticos de derecho con todo lo que ello implica.

Ya que si consideramos como González Uribe “que los valores tanto morales, religiosos, políticos, estéticos, lógicos y económicos no son mas que una relación necesaria y esencial que existe entre la tendencia natural de un sujeto o un ente y su perfección, por lo que si bien el Estado no es un valor en sí mismo, sí debe tender a realizar un valor; ya sea éste un valor político, jurídico y económico”⁵ entonces podemos concluir que mediante ellos podremos conseguir que el Estado nos permita participar tanto en la vida política, social, cultural y llegado el momento, hasta en las decisiones económicas, respetando nuestros derechos fundamentales, la división de poderes y la legalidad, considerando a la ley como producto de la voluntad de la mayoría y por último que se diseñen los canales adecuados para que los ciudadanos podamos participar en la vida del Estado y en la toma de decisiones, a través de instituciones que en nuestro país tienen que democratizarse para cumplir con esta función, como los sindicatos, los grupos empresariales, los partidos políticos y los diversos grupos de interés.

⁵ María de la Luz González González en *Valores del estado en el pensamiento político*, 2.ed., Ed. McGraw Hill, México, 2001, p.10.

Bibliografía.

CALZADA PADRÓN, Feliciano, *Derecho constitucional*, Ed. Harla, México, 1998.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, María de la Luz, *Valores del estado en el pensamiento político*, 2.ed., McGraw Hill, México, 2001

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE LA REVOLUCIÓN MEXICANA. Serie Nuestra Constitución. *Historia de la libertad y soberanía del pueblo mexicano*, Cuaderno no.2, México, 1990.

RABASA, Emilio O., *Historia de la Constituciones mexicanas*, 2ª. ed., UNAM, México, 1994.

Del centralismo al federalismo judicial mexicano

José Lorenzo Álvarez Montero*

SUMARIO: I.- El Estado Federal; II. Fundamentos Constitucionales del Estado Federal Mexicano; III. Del Centralismo al Federalismo Judicial; IV. La Corte y el Centralismo Judicial; V. Cruzada contra el Centralismo Judicial; VI. Por un Renovado Federalismo Judicial; VII. Conclusiones y Propuestas; VIII. Reflexión Final.

El presente artículo aborda el problema del centralismo judicial mexicano impuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de los Juzgados de Distrito y de los Tribunales Colegiados de Circuito, que desconoce la autonomía estatal e impide el cumplimiento del principio de la prontitud de justicia en nuestro país proponiéndose un nuevo paradigma judicial fundado en nuestro régimen federal cuyos cimientos se encuentran en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

* Licenciatura en Derecho con Especialidad en Derecho Fiscal y Constitucional, Diplomado en Enseñanza Superior y Diplomado en El Estado Contemporáneo y su reconstrucción institucional, Maestría en Educación con Especialidad en Metodología de la Enseñanza Superior, Doctor en Filosofía con Especialidad en Educación.

I. El Estado federal

La adopción del sistema federal en países como Estados Unidos, Suiza, Alemania, Canadá, Austria, Argentina, Brasil, Venezuela y México, entre otros, ha dado lugar a diferentes teorías sobre el mismo. Así, la de la doble soberanía (cosoberanía); la que niega la realidad jurídica del Estado Federal; la que sólo admite como único Estado, al Estado Federal; la que afirma que la federación es la única soberana y no los estados miembros; la de las tres entidades estatales y la que considera al Estado federal como forma descentralizada.¹

De este modo, la génesis del Estado Federal, así como su naturaleza jurídica, han despertado los más enconados debates en el mundo de las ideas. Montesquieu (1748), Alexander Hamilton, James Madison, John Jay (1788), John Calhoun (1828), Michel Mouskheli(1832), Alexis de Toqueville(1834), George Waitz (1862), Max Von Seydel (1872), George Meller (1872), Constantin Frantz (1876), Georges Jellinek (1882), Otto Von Gierke(1883), M. Le Fur (1896), Paul Laband(1901), Berthélemy (1901), Fritz Feliner (1918), León Duguit (1921), Hans Kelsen (1925), Maurice Hauriou (1927), Carl Schmitt(1934), Merkl (1936), Carl J. Friedrich (1946), Alfred Verdross (1962), Ulrich Scheuner (1962), además de Alberto Haenel, Brie, Carré de Malberg, E. Borel, M. Mirkine-Guetzevitch, Julius Hastscheck, Ph. Zorn, Rosin, Gidel, Joseph Hausmann, Marcel De La Bigne de Vlleneuve, H. Nawiasky, Pierre Joseph Prondhox, Hermann Heller, Joseph Kunz, entre muchos otros, han intentado desentrañar tan arduo problema.²

¹ M. Mouskheli, *Teoría Jurídica Federal*, editora Nacional, México, 1981, p.215

² Una relación importante de las teorías sostenidas por los autores citados puede leerse en M. Mouskheli, *Teoría Jurídica Federal*, editora Nacional, México, 1981, p. 132 y ss.; José Guzmán Rodríguez, *El federalismo en la modernización y fortalecimiento de los gobiernos municipales*, Instituto de Administración Pública del Estado de Querétaro, 1995, p. 25 y ss. Manuel García Pelayo; *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 215 y ss; Porfirio Marquet Guerrero, *La Estructura Constitucional del Estado Federal*, UNAM, 1975.

Jacinto Faya Viesca afirma que "El federalismo parte de valores eminentes sociológicos: el pleno reconocimiento a los distintos grupos sociales, y una firme creencia en que estos grupos, es posible organizarlos en formaciones más amplias, pudiendo obtenerse una superior coordinación y expansión en todos los órdenes.³ Juan Ferrando Badia, por su parte, sostiene que el federalismo tiende a conferir el máximo de autonomía al interior del Estado, a las comunidades locales, departamentos, regiones, provincias, municipios, etc..⁴ Agregando que lo básico de la federación es la autonomía y la participación.⁵

Manuel García Pelayo considera que el Estado Federal responde a varias necesidades, entre las que encontramos: a) Organizar políticamente grandes espacios bajo el supuesto de relaciones de paridad; b) Integración de unidades autónomas en una unidad superior.⁶

Es necesario tener presente que el régimen federal se estableció como una reacción contra el sistema centralista y el colonialismo, y se puede afirmar que el Estado federal es el resultado de un pacto jurídico político de entidades autónomas que generan y administran sus propios recursos sin depender unas de las demás coincidiendo en cierta medida en idioma, religión, cultura y costumbres.

Considero que la Federación como forma de Estado se fundamenta en ciertos supuestos y valores. Entre los primeros señalamos: a) La vigencia de una norma suprema que represente el orden total o Estado Federal, que sirva de última referencia y fundamente la validez de la legislación derivada; b) La vigencia de dos órdenes jurídicos parciales

³ Jacinto Faya Viesca, *El Federalismo Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1998, p.3

⁴ Juan Ferrando Badia, *El Estado Unitario; El Federal y el Estado Regional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, p.74.

⁵ Idem, p.77 y ss.

⁶ ob. cit., p. 216 y ss.

Del centralismo al federalismo judicial mexicano

jerárquicamente iguales: el orden central, llamado comúnmente federal; y los órdenes de las entidades federativas. Sujetos ambos al orden jurídico total, fundamento del Estado Federal; c) La existencia de entidades políticas autónomas cuyo fundamento se encuentre en la norma suprema del orden total, y d) Poderes públicos propios de la federación (como orden parcial) y de los estados con áreas competenciales propias y exclusivas.

Entre los valores o principios que le dan vida a la forma de Estado que nos ocupa, se encuentran:

a) La autonomía como característica propia de las entidades federativas, que se manifiesta en la atribución de elaborar su legislación, comenzando por su propia constitución local, en cuyo texto se establece la organización, funcionamiento y atribuciones de sus poderes públicos y los derechos de los gobernados; b) Participación de las entidades federativas en la formación de la voluntad general, que se manifiesta en su necesaria intervención en las reformas a la Constitución Federal y en la elaboración de la legislación de la misma categoría.

La autonomía de las entidades federativas debe quedar garantizada en la Constitución con la facultad de las entidades a participar en la formulación de la voluntad general, expresada normalmente por medio de la elaboración y reformas a la norma suprema que es precisamente la Constitución Federal, así como en la legislación general que adquiere de esta manera, el carácter de pacto fundamental y proyecto de vida individual y social de un pueblo convertido en nación.

De este modo, el Estado Federal constituye un todo que además del fundamento jurídico-político, tiene un profundo sentido moral, que se manifiesta en impulsar un proceso

democrático basado en la participación libre de sus miembros, para la configuración de una sociedad creativa y la consolidación de una férrea voluntad de cooperación para el logro del bienestar general.

El Estado Federal tiene como fundamento jurídico-político la Constitución general del país. En ella se establece el reparto de competencias entre los órdenes parciales y se previene el proceso para reformar el Estado Federal, que lo es la Constitución.

Uno de los problemas fundamentales que causa confusión general, desde nuestro punto de vista, consiste en que el Estado Federal carece de órganos propios y para los casos específicos en que actúa, se vale de los órganos centrales, en la mayoría de los casos, o amalgama órganos centrales y locales para perfeccionar sus actos.

La preponderancia de la participación de los órganos centrales en el perfeccionamiento de los actos del Estado Federal causa confusión, cuyo resultado final ha sido la identificación de dichos órganos con los del Estado Federal.

Sin embargo, si estudiamos cuidadosamente los actos en que se manifiesta el Estado Federal encontramos leves sombras de la distinción entre unos y otros. El caso más peculiar es el de las reformas constitucionales. Afirmé anteriormente que la Constitución general es el fundamento jurídico-político del Estado Federal. Las reformas a la Constitución implican reformas a dicho estado. Pero las reformas constitucionales no las pueden realizar los órganos centrales por sí solos, para que se den, requieren de la participación de las entidades federativas. En otras palabras, el órgano facultado para reformar la constitución debe ser un órgano del Estado Federal, pero como éste carece de órganos propios, integra uno con los poderes legislativos central y locales para que la reforma puede realizarse.

Lo afirmado puede comprobarse con la lectura de las Constituciones de Estados Unidos (art.5), Suiza (art.123), Alemania (art.79), México (art. 135) y Venezuela (art. 245), entre otras.

Lo mismo puede afirmarse de las celebraciones de tratados donde el ejecutivo del poder central requiere de la participación de un órgano legislativo que teórica o doctrinalmente representa a las entidades federativas, como lo es el Senado, para que los citados tratados puedan perfeccionarse.

II. Fundamentos constitucionales del Estado federal mexicano

Los anteriores elementos teóricos y los principios constitucionales señalados muestran claramente la riqueza y multiformidad del Estado Federal. En consecuencia, los principios doctrinarios deben adecuarse a las experiencias históricas y las expectativas de cada nación.

Para aproximarnos al principal problema planteado en el presente ensayo, debe recordarse en primer lugar que el Estado federal mexicano nació por exigencia y condición de las provincias, como se demuestra clara y contundentemente con la expedición del Decreto de 12 de junio de 1823 del Soberano Congreso Primer Constituyente en el que se asegura a las provincias la República Federal,⁷ que fue ratificada en el Acta Constitutiva de la Federación y explicitada en la Constitución Federal de 1824. Así, el artículo 31 de la primera disponía que "La Constitución General y esta Acta garantizan a los Estados de la Federación la forma de Gobierno adoptada en la presente Ley y cada Estado queda también comprometido a sostener a toda costa la unión federal".

⁷ Andrés Serra Rojas, *Trayectoria del Estado Federal Mexicano*, décima edición, Editorial Porrúa, México, 1991, p. 223 y ss.

Este origen fue intencionalmente abandonado para construir durante la segunda mitad del siglo XIX y todo el siglo XX, el federalismo más centralizado, propuesto por Fray Servando Teresa de Mier en su célebre discurso de la profecía sobre el Federalismo.⁸

Los principales fundamentos jurídicos del federalismo mexicano se encuentran en los artículos 39, 40, 41 y 124 de la Constitución Federal y cuyas raíces provienen de la Constitución de 1824 reiteradas en el Acta de Reformas de 1847 y en la Constitución de 1857.

El primero de los preceptos citados de manera contundente prescribe que la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. Éste, en ejercicio de su soberanía, decide, en el segundo artículo mencionado, constituirse en una república federal compuesta de Estados Libres y Soberanos, en todo lo concerniente a su régimen interior y, en la tercera disposición indicada, el pueblo ejerce su soberanía por medio tanto de los poderes de la unión como por los de los Estados, es decir, que los poderes de la Unión y los poderes de los Estados ejercen la soberanía popular, cada uno de ellos dentro de su esfera competencial y de acuerdo con las constituciones federal y de los Estados.

Finalmente, la regla o principio de distribución de competencias nos remite al artículo 124 que dispone que las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución Federal a los funcionarios de esa categoría, se entienden reservadas a los Estados, o sea, que la cláusula constitucional de reparto de atribuciones, manda que en la Constitución estén expresas y limitadas las atribuciones de los funcionarios federales, lo que marca dos parámetros para la

⁸ Vito Alessio Robles, *El Pensamiento del Padre Mier*, Secretaría de Educación Pública, México, 1944, p. 16 y ss.

interpretación de nuestra Carta Magna en este escenario, lo expreso y lo limitado, es decir, toda interpretación sobre las facultades federales debe ser literal o gramatical y toda interpretación por sus resultados debe ser restringida. Por el contrario, toda interpretación sobre las atribuciones de los poderes de los estados debe ser, por sus resultados, ampliada o expansiva fundada en facultades tácitas.

Sobre este complejo y arduo problema que es connatural o propio de los estados federales, debe recordarse que histórica y constitucionalmente existen tres grandes sistemas de distribución de competencias entre los órdenes central comúnmente llamado federal y las órdenes de las entidades federativas.

El sistema americano, que concede al orden central un conjunto de atribuciones expresamente señaladas en el texto de la Constitución Federal y todas las no mencionadas se reservan a los Estados. Se entiende que los poderes centrales tienen unas cuantas facultades que fundamentalmente comprenden las que desbordan el ámbito geográfico de los Estados.

El sistema canadiense, que concede a las entidades federativas atribuciones expresamente señaladas en la Constitución y las no mencionadas se reservan a los poderes centrales. En este sistema el orden central tiene más atribuciones que los órdenes locales y,

El sistema mixto, en donde la Constitución federal expresamente establece las atribuciones de ambos órdenes sin que ninguno pueda legalmente desbordar las facultades señaladas.

Como anteriormente se expuso, en México el artículo 124 constitucional dispone que "Las facultades expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados", lo que significa que

adoptamos el sistema americano y por lo tanto, originalmente correspondió al órgano constituyente y ahora al reformador de la Constitución, también llamado Constituyente Permanente y no al Congreso de la Unión, hacer el reparto de competencias entre los órdenes parciales (central y locales) y en su caso, modificarlo expresamente.

Sin embargo, si tomamos como ejemplo la materia de salud, encontramos una explicación al procedimiento de desnaturalización de la regla establecida en el citado artículo 124 que contrasta con el sistema federal.

La materia de salud fue originalmente y hasta principios del siglo XX una atribución de los Estados. Así se desprende de la lectura de las Constituciones de 1824, 1836, 1843 y 1857. Fue hasta la reforma de 1908 en que se inició el proceso de centralización de esta materia que finalmente se consolidó con la reforma constitucional del 3 de febrero de 1983. De esta reforma se desprendieron otras modificaciones a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, al Código Sanitario, a la Ley del Seguro Social y a la del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado.

Corolario de todo lo anterior, es la vigente Ley General de Salud y otras disposiciones que hacen una distribución de competencias entre el gobierno central y los gobiernos de las entidades federativas, violando así el sistema federal de distribuciones de competencias establecido en el ya multicitado artículo 124 constitucional.

Habiéndose consagrado en nuestro constitucionalismo el sistema americano, debe tenerse presente que la interpretación de los preceptos de la Constitución Federal sobre facultades del orden federal y los órdenes locales deben respetar el principio integrado de la federación mexicana

construido sobre "Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior." Y el régimen interior, republicano, democrático y representativo se construye y consolida por medio del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de las atribuciones de los poderes públicos locales. La vida interior de los estados se regula por las leyes que expiden los Congresos locales, por la ejecución de las mismas, realizadas por los gobernadores y, por la solución hasta su última instancia, de las controversias que se susciten por la aplicación de la legislación local, por parte de los tribunales estatales.

Esta es la fórmula en que se sustenta el régimen federal mexicano, conforme a los preceptos citados que lo configuran y le dan vida y que extienden sus raíces al nacimiento único del Estado en 1824.

Las consideraciones anteriores tienen su fundamento en el proceso de formación del federalismo mexicano.

III. Del centralismo al federalismo judicial.

En esta materia encontramos en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 una disposición que sirve de fundamento al presente punto y el que hoy proponemos como solución al asfixiante centralismo judicial. Se trata del artículo 160 que señalaba:

"El Poder Judicial de cada Estado se ejercerá por los tribunales que establezca o designe la Constitución; y todas las causas civiles o criminales que pertenezcan al conocimiento de estos tribunales, serán fenecidas en ellos hasta su última instancia y ejecución de la última sentencia".

Efectivamente, en el citado artículo 160 se reconocía un valor político del Estado federal, la autonomía de cada Estado

para resolver en definitiva los asuntos controvertidos en aplicación de su propia legislación sin ulterior recurso o juicio que lastimara, disminuyera o afectara la autonomía estatal.

Bajo la vigencia de esta Constitución, la Suprema Corte de Justicia recibió el reclamo de dos magistrados de Oaxaca que habían sido separados de su encargo en virtud de una ley expedida por el Congreso Local. La Corte consultó al Congreso y éste, en forma contundente, resolvió: "que no está comprendido dentro de las facultades de la Corte el conocimiento de demandas que promuevan contra las legislaturas de los Estados por las leyes que éstas dictaren".⁹

Como puede observarse el Estado federal mexicano nació vinculado en el respeto a la autonomía de los Estados.

Fueron las constituciones centralistas de 1836 y 1843 las que sometieron a revisión política y judicial las leyes, actos y sentencias de los Estados cuando éstas eran contrarias a la constitución. Así, la fracción XI del artículo 12 de la Quinta Ley Constitucional de 1836 dispuso que la Corte conocería del recurso de nulidad que se interponga contra las sentencias dadas en última instancia por los Tribunales Superiores de los Departamentos. En similar sentido lo dispuso la fracción XII del artículo 118 de la Constitución de (bases orgánicas) 1843.

Ambos casos respondían a la propia naturaleza del Estado unitario donde los órganos superiores eran los centrales, y en ámbito judicial lo era la Suprema Corte. Situación diferente era de esperarse en el sistema federal, sin embargo no fue así.

Cuando se superó el régimen centralista, el proyecto de Acta de Reformas estableció: "los Estados que componen la Unión Mexicana han recobrado la independencia y soberanía

⁹ Antonio Carrillo Flores, *La Suprema Corte de Justicia y el Pensamiento jurídico*; p. 327.

que para su administración interior se reservaron en la Constitución” y en el artículo 21 del Acta se dispuso que “los poderes de la unión derivan todos de la Constitución y se limitan sólo al ejercicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa restricción”.

El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, incorporó el espíritu y letra de la Constitución de 1824 al prescribir en el artículo 101 “todos los negocios que comiencen en los juzgados inferiores de un Estado, terminarán dentro de él en todas las instancias ...” Por su parte, la Constitución de 1857 no otorgó facultades al Poder Judicial Federal para revisar las resoluciones de los tribunales locales.

Los resabios centralistas aparecieron en el régimen federal en 1868 a través del proyecto de la segunda ley de amparo y en donde se consignó la procedencia del amparo contra las sentencias que causen ejecutoria dictadas por los juzgadores locales.

Efectivamente el artículo 8 del citado precepto disponía: No es admisible el recurso de amparo contra las sentencias de los tribunales de la federación. Tampoco lo es en contra de las sentencias interlocutorias y definitivas de los jueces y tribunales de los Estados, que no causen ejecutoria; en consecuencia, sólo se dará entrada al recurso, después de pronunciada la sentencia definitiva que cause ejecutoria”. La discusión del precepto se inició en la sesión del Congreso de 28 de diciembre de 1868 y culminó en la del 9 de enero de 1869. Durante los debates se escucharon los argumentos defensores del federalismo judicial por voz de los diputados, Jesús Ríos y Valles diputado por Durango y Francisco Beaz, diputado por Jalisco:

Jesús Ríos y Valles replicó a la Comisión:

Señor: el artículo que se discute entraña gravísimas cuestiones, cuestiones nuevas que la asamblea tendrá que resolver, quizá por primera vez. En este artículo, la comisión concede el recurso de amparo contra todas las sentencias ejecutoriadas de los tribunales de los estados. Señor, ya no habrá ejecutorias en los Estados, las leyes de su administración de justicia interior, quedarán violadas, la soberanía del Estado mengua, y los pleitos, los litigios que lastiman tanto las fortunas de los ciudadanos, y que turban la paz de las familias, el bienestar de la sociedad, encuentra un laberinto donde perderse, un nuevo caos donde sumergirse. ¿Qué disposición ha podido obligar a las ilustres comisiones a conceder estos recursos contra las sentencias ejecutorias de los Estados? Dicen señor, que las palabras terminantes de la fracción 1ª del artículo 101 de la Constitución. Nos dicen, señor, que las palabras: por leyes o actos de cualquier autoridad, del expresado artículo 101, los obliga de una manera indispensable a conceder amparo contra la sentencia ejecutoria de los tribunales de los Estados. Yo, seguro, me propongo demostrar que... la Constitución no nos obliga a conceder amparo contra las ejecutorias judiciales.[...] Las palabras por Leyes o actos de cualquier autoridad, de la fracción 1ª del artículo 101 no son extensivas a las sentencias o autos de los tribunales, porque la palabra actos, se aplica propiamente sólo a los actos administrativos y no a los autos o sentencias de los tribunales que tienen esa propia denominación, porque los legisladores constituyentes así lo entendieron: esta fue la inteligencia que dieron a esa palabra, porque no aparece absolutamente que pretendieran hacerlas

extensivas a los autos o sentencias. Este fue el espíritu del artículo 101, y al espíritu o filosofía de la ley debemos atenernos antes que a su letra, cuando se trata de interpretarla [...]

Señor, a mi juicio la soberanía de los Estados en esta parte, la más importante, no existiría; y la soberanía de los estados es uno de los dogmas de nuestra Constitución, es una de las primeras bases sobre que descansa el pacto fundamental, ella se respira en lo general de la Constitución ella es el espíritu que la anima; y en tal virtud no pudieron, tampoco pretendieron los legisladores constituyentes, destruirla o mutilarla, trayendo a los tribunales federales las sentencias ejecutorias de los Estados, para que pudieran ser nulificadas por ellos.¹⁰

Con los argumentos señalados, a los que se sumaron los de Beaz y Dondé, la comisión modificó el contenido del artículo 8, el cual fue aprobado por 64 votos a favor contra 44, en los siguientes términos: "No es admisible el recurso de amparo en negocios judiciales".¹¹

IV. La Corte y el centralismo judicial

Desafortunadamente, a unos cuantos meses de haber entrado en vigor la citada ley, la Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucional el citado artículo 8, iniciándose así el terrible proceso de centralización judicial que convirtió a la Corte y ahora a los tribunales Colegiados de Circuito en árbitros del sistema jurídico mexicano, echándose a cuestras un trabajo que hasta ahora no ha podido cumplir a pesar de las

¹⁰José Barragán Barragán, *Proceso de Discusión de la Ley de Amparo de 1869*, UNAM, México, 1980, pp. 181-183.

¹¹Idem, p. 272.

múltiples reformas practicadas para combatir el rezago judicial y el desmesurado crecimiento de la organización judicial federal.

Me refiero a la resolución de la Corte dictada el 29 de abril de 1869 sobre el recurso interpuesto por el Lic. Miguel Vega contra el auto de desechamiento de la demanda de amparo que dictó, con fundamento en el artículo 8 de la ley de la materia, el juez de Distrito de Culiacán, Sinaloa, ya que se trataba de una resolución del Tribunal Superior de Justicia de ese Estado por la que se suspendía en el ejercicio de su profesión de abogado al citado Lic. Vega. La Corte revocó primero el auto del juez que desechaba la demanda y el 20 de julio concedió el amparo y protección de la justicia federal al citado licenciado.¹²

El Centralismo sentado por la Corte se fortaleció con la expedición de las legislaciones de 1882, 1897 y 1908.

Correspondió a la Suprema Corte, cabeza de uno de los poderes centrales, el judicial, iniciar el proceso de centralización anhelado por Mier.

Actualmente, el Poder Judicial de la Federación en México se deposita en una Suprema Corte de Justicia, en el Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en juzgados de Distrito.

Por sus atribuciones, la Suprema Corte es a la vez cabeza de uno de los tres poderes centrales, llamados federales y a la vez, órgano judicial del Estado Federal.

Esta dualidad vulnera el principio federalista que dispone que "el grado de obligación y obediencia a las leyes no debe decidirse y fijarse por la parte que tiene la obligación y

¹²Héctor Fix Zamudio, *"La Suprema Corte de Justicia y el Juicio de Amparo"*, *La Suprema Corte de Justicia y el Pensamiento Jurídico*, Poder Judicial de la Federación, México, 1985, p. 117 y ss.

debe la obediencia, sino por un tribunal que derive su autoridad de ambas partes", como son los casos de las controversias constitucionales contemplados en los incisos a) y b) de la fracción I y fracción III del artículo 105 y las fracciones II y III del artículo 103, así como la fracción III del artículo 104 de la Constitución Federal donde un poder de la federación resuelve una controversia que se suscita entre la federación y una entidad federativa.

Para que este problema se resuelva es necesario que la Suprema Corte sea tribunal exclusivo del Estado Federal, es decir, que no pertenezca a uno de los dos órdenes parciales que integra dicho estado, lo que trae aparejado una reforma al artículo 94 constitucional, así como modificar el procedimiento para integrar la Suprema Corte.

Por otro lado, los órganos judiciales que integran el Poder Judicial de la Federación, como orden parcial, deben conocer y resolver exclusivamente las controversias que se susciten por la aplicación de la legislación federal, quedando excluida la facultad de revisar las resoluciones definitivas de los órganos jurisdiccionales de los estados, atribución que quedaría reservada exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional, cuando se tratara de violaciones directas y expresas a la Constitución Federal.

De esta manera, cada orden, parcial del Estado Federal atendería lo relativo a los conflictos derivados de su propia legislación, sin invadir la otra esfera.

Cada orden parcial en el ramo judicial estaría integrado por un Supremo Tribunal y otros tribunales y juzgados con competencia exclusiva y excluyente y para la revisión de las resoluciones consideradas inconstitucionales de ambos órdenes parciales, federal y local, la Suprema Corte sería el único órgano facultado.

En base a lo expuesto, se propone que el Estado Federal manifieste su voluntad por medio de órganos genuinamente mixtos, integrados tanto por autoridades centrales como autoridades de las entidades federativas.

V. Cruzada contra el centralismo judicial.

Los esfuerzos para contener el centralismo judicial no han dejado de manifestarse desde 1917 a la fecha (2002).

En 1992 en el proyecto de reformas al artículo 14 constitucional presentado en la Cámara de Diputados por el subsecretario de Gobernación Valenzuela, insistía en la necesidad de acabar con el centralismo judicial al señalar en una parte de la exposición de motivos: "tratándose de la justicia local, a ella corresponde decir la última palabra en cuanto a la aplicación de las leyes estatales en las sentencias que pongan fin a los pleitos"¹³ Estas y otras múltiples propuestas en el mismo sentido no han encontrado cause favorable en el Congreso Federal hasta hoy.

En el mes de noviembre de 1994, en la ciudad de Querétaro, el XVIII Congreso Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados aprobó por unanimidad una declaración que propone descentralizar el control de la legalidad y la competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito y Juzgados de Distrito, que ahora tienen en materia común, a los poderes judiciales de los Estados y la creación de los Juzgados locales de amparo, entre otras importantes propuestas.¹⁴

¹³ Antonio Carrillo Flores, op. Cit., p. 335

¹⁴ Propuestas de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, *Revista Jurídica Veracruzana*, Cuadernos de Federalismo Judicial, diciembre 9 de 1994, p. 42.

En el Foro de análisis y consulta sobre la iniciativa de reforma del sistema de justicia, celebrado en esta ciudad de Xalapa el 10 de diciembre de 1994, expresé, entre otras cosas y refiriéndome al aspecto que hoy nos ocupa, que dicha iniciativa, saludable en varios aspectos, resultaba limitada ya que propiamente se olvidaba la justicia local, por lo que en el punto dos del manifiesto, que junto con siete abogados más firmé, insistí en la necesidad de fortalecer el federalismo judicial considerando la Declaración de Querétaro.¹⁵

Deseo mencionar la importante ponencia presentada en 1995 por el Lic. Julio Patiño Rodríguez, entonces Presidente del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave y Presidente de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia del Estado, en la ciudad de Guadalajara, Jal. en donde insistía en las propuestas centrales de la Declaración de Querétaro.¹⁶

Razonando la historia de la procedencia del juicio de amparo y su consolidación, tal y como actualmente se encuentra regulada, tanto en la Constitución como en la Ley de Amparo, resulta absurdo que bajo un régimen federal, la Corte haya restablecido un centralismo judicial que no soñaron los autores de las siete leyes de 1836 ni los de las Bases Orgánicas Santanistas de 1843.

VI. Por un renovado federalismo judicial

Debemos recordar, que el estado federal, sobre una igualdad sociológica nacional, implica la existencia de dos

¹⁵ Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos; Foro de Análisis y Consulta sobre la Iniciativa de la Reforma del Sistema Judicial, presentada por el Presidente de la República al Congreso de la Unión, *Revista Jurídica Veracruzana*, Cuadernos de Federalismo Judicial, diciembre 12 de 1994.

¹⁶ El Universal, Sábado 8 de abril de 1995, pp. 4-5.

niveles de autoridad de igual jerarquía, dos estructuras políticas completas, la de la federación y la de los estados integrantes, sin que una esté sometida a la otra, dotados de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, con facultades propias y exclusivas. Así, cada nivel de poder político supone la capacidad de autogobernarse, reconocida en la Constitución Federal a través del reparto de competencias de acuerdo a la cláusula de reserva.

Consecuencia de lo anterior, es la conformación de un sistema jurídico nacional integrado por la Constitución Federal que funda y es base de los ordenes jurídicos parciales: de la federación y de los estados. La expedición de la legislación federal compete al Congreso de la Unión en tanto que la legislación local a las legislaturas o Congresos de cada uno de los estados. Por lo que hace a la ejecución, aquella compete al Presidente de la República y ésta, a los gobernadores de los Estados. Bajo esta lógica, propia del Estado federal, las controversias que surjan por aplicación del orden jurídico federal compete única y exclusivamente a los órganos que integran el Poder Judicial Federal y, las controversias que se susciten por aplicación de las legislaciones locales son competencia única y exclusiva de los órganos que integren el Poder Judicial de las entidades federativas.

Los conflictos que pudieran suscitarse entre las autoridades federales y las estatales, por múltiples motivos, así como la violación directa y expresa a la Constitución Federal deben resolverse por un órgano jurisdiccional del estado federal que en nuestro caso lo es la Suprema Corte de Justicia de la Nación y no otro u otros tribunales o juzgados.

Sin embargo, en México se da el fenómeno llamado por Karl Loewestein "erosión del federalismo", pues a pesar de estar integrado formalmente en una federación, se han venido

introduciendo en el texto constitucional reformas de dimensiones centralizadoras que establecen a favor de los poderes federales importantes áreas de decisión y competencias, que vulneran el estado federal al arrebatarles o desconocerles a los estados, su capacidad para expedir su legislación, para organizar su administración y gobierno y para resolver en definitiva los conflictos por violaciones a su orden jurídico local.¹⁷

Así, las autoridades federales se han arrogado la facultad de determinar las bases para el desarrollo de la legislación estatal, han conformado un conjunto de facultades concurrentes, que dan preminencia a los órganos centrales, se han reservado la función de dirección política y de decisión final y han centralizado la administración de justicia. De esta manera, se han anulado las atribuciones de los Estados a tal grado que no hay propiamente acto de autoridad estatal que no pueda ser impugnado ante los órganos jurisdiccionales federales, juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados de Circuito, dándose la observación de Daniel E. Herrendorf, en el sentido de que "lo curioso de estos casos es que no existe un palmario abuso de poder, sino que, por el contrario, los distintos detentadores del poder fundamentan estas decisiones en la propia constitución."¹⁸

Este último aspecto provoca un sobredimensionamiento de la justicia federal y una devaluación de la justicia local, reduciendo peligrosamente el espacio autonómico de los Estados y propiciando prácticas judiciales terroristas al ordenar notificaciones, emplazamientos, informes, remisión de documentos y

¹⁷ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, 2da ed. Editorial Ariel, Barcelona, 1982, p. 312.

¹⁸ Daniel E. Herrendorf, *El Poder de los Jueces*, Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, 1991, p. 155.

cualquier actuación o constancias que consideren necesarias, sujetándolas a términos improrrogables con amenaza de sanciones, injustificadas por el desconocimiento de la geografía de los Estados, de los medios de comunicación, de las situaciones climatológicas y de la carencia absoluta de recursos económicos para el traslado de personal, el fotocopiado de expedientes, entre otras graves carencias que tienen los poderes judiciales de los estados.

Todas estas prácticas judiciales federales conducen al sometimiento de la justicia local y en el fondo, a la pérdida y desconocimiento de la soberanía estatal, ignorando la independencia y autonomía política y jurídica de los poderes estatales y federales.

No en vano la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados reitera en la declaración "Abraham González" del 2001 lo reclamado en las Declaraciones formuladas en los Congresos Nacionales celebrados en Acapulco 2000 y Mérida (1999) en el sentido de que: 1.- "Es indispensable la elaboración de un anteproyecto de iniciativa de reformas al articulado de la Constitución Federal concerniente a lo que en la doctrina se denomina "federalismo judicial": que los tribunales de las entidades diriman hasta sus últimas consecuencias las controversias que surjan con motivo de la aplicación de leyes locales; y "jurisdicción concurrente": que los órganos jurisdiccionales federales sean una opción real, no sólo formal, para el justiciable que pretenda que se dé trámite a una controversia mercantil."; 2.- Son preocupantes los planteamientos que contiene el anteproyecto de la nueva Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de nuestra Carta Magna, concernientes a los siguientes temas:

A.- El cumplimiento y ejecución de las sentencias de amparo; específicamente, en relación a los breves plazos que se

Del centralismo al federalismo judicial mexicano

señalan al efecto y a las gravísimas sanciones que se prevén para aquellos tribunales locales que no cumplimenten esas resoluciones de manera oportuna. Aprobar tal anteproyecto, equivaldría a legitimar una situación que, al menos en cuanto a los citados temas, a nuestro parecer colocará a los Poderes Judiciales de los Estados en una precaria posición respecto de los órganos del Poder Judicial de la Federación, en franco menoscabo de la impartición de justicia local, toda vez que no considera las cargas de trabajo ni la insuficiencia de recursos humanos que padecemos y que impedirán atender cabalmente las precitadas determinaciones. Y,

B.- El establecimiento del denominado "Amparo Directo Adhesivo", ya que, consideramos, dicho instituto trastoca los principios del amparo contenidos en el artículo 107 Constitucional. Esto, porque el permitir que el litigante que obtuvo sentencia favorable recurra al juicio de garantías, contraviene el principio legal de acuerdo al cual únicamente el que ha resentido una agravio personal y directo, puede solicitar el amparo y protección de la justicia federal.

Antes de concluir, debemos recordar que la Comisión de los Derechos Humanos de la ONU cuestionó el 8 de abril del presente año las últimas reformas emprendidas al sistema judicial mexicano, al que consideró lastrado por la corrupción generalizada y sin independencia.

Efectivamente, al presentar en Ginebra su informe durante la LVIII sesión, la Comisión por conducto del relator especial sobre la independencia de magistrados y abogados Dato Param Coomaraswamy, destacó que la corrupción en la justicia mexicana afecta a entre un 50 y un 70 por ciento del total de jueces federales. Asimismo, destacó el hecho que desde su creación en 1994 el Consejo de la Judicatura nunca ha sancionado a un juez federal por corrupción.

También cuestionó, el relator, la disparidad que existe en la calidad de la impartición de justicia en los Tribunales Federales y en los estatales, en los cuales faltan recursos y prevalece la desorganización en el aparato jurídico debido a la falta de profesionalismo entre los abogados.

VII. Conclusiones y propuestas

Con fundamento en lo expuesto se concluye que:

I. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 reconoció y respetó la autonomía de los Estados;

II. Fueron las Constituciones Centralistas de 1836 y 1843 las que propiamente iniciaron el proceso de centralización de la justicia local;

III. La ejecutoria de la Corte del 29 de abril de 1869 reinició el proceso de centralización de la justicia local, bajo el régimen federal;

IV. A pesar de la consagración del multicitado proceso, jamás se ha dejado de hacer esfuerzos por denunciar este proceso, que deforma el federalismo judicial y,

V. Es impostergable renovar el esquema federal para que dentro del marco constitucional y legal se construya un nuevo federalismo mexicano, una de cuyas vertientes principales es el federalismo judicial.

Atendiendo a las anteriores conclusiones se propone:

1. Renovar el pacto federal adicionando el artículo 124 constitucional con un párrafo segundo, en los siguientes términos: ninguna ley expedida por el Congreso de la Unión podrá ampliar las atribuciones de las autoridades federales y,

2. Sustituir el modelo centralizador de impartición de justicia por uno que responda al federalismo judicial adicionando el artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con un cuarto párrafo que disponga: Las controversias sobre la aplicación de la legislación civil, penal y administrativa de los estados serán resueltas hasta su última instancia por los tribunales de los propios estados.

Consecuencia de lo anterior, derogar toda referencia a la intervención de la justicia federal en la estatal con excepción de las violaciones directas y expresas a la Constitución Federal por parte de las resoluciones de los tribunales locales, que serían conocidas y resueltas exclusivamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional del Estado Federal.

VIII. Reflexión final

Deseo concluir el presente ensayo con los profundos argumentos del Diputado por Campeche Rafael Dondé expuestos en la célebre sesión del 29 de diciembre de 1868, en la que se debatió y estableció el auténtico federalismo judicial y cuyo texto íntegro suscribo: "No creo encontrar en la constitución federal el principio de que sólo hay aptitud en los tribunales federales para prestar defensa a los ciudadanos oprimidos. Al contrario, confía el cumplimiento de este deber a todos los que existen en la república, sea cual fuere el rango que tengan. Todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorgan la presente constitución, dice en su artículo 1º, y en el 126 ordena a los jueces de los Estados que se arreglen a dicha constitución, a las leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

Los tribunales locales, al par de los federales, tienen también competencia para aplicar las prevenciones constitucionales y hacer efectivas las garantías individuales. No son los segundos los únicos capaces de juzgar en virtud de las leyes generales, sino también los primeros; y una vez que el pacto federal les confiere la atribución de decidir los casos que versen sobre garantías, aplicando los artículos relativos de la constitución, deben hacerlo de una manera tan segura, como lo haga a su vez el poder judicial federal. Si contra Aquellos ha de ser preciso implorar protección a un tribunal extraño, ¿a quién le pediremos contra el acto abusivo de éste?." ¹⁹

¹⁹ José Barragán Barragán, op. cit., p. 205.

Bibliografía

ALESSIO ROBLES, Vito, *El pensamiento del Padre Mier*, Secretaría de Educación Pública, México, 1994.

BADIA, Juan Fernando, *El estado Unitario, El federal y el Estado Regional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978.

BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *Proceso de Discusión de la Ley de Amparo de 1869*, UNAM, México, 1980.

CARRILLO FLORES, Antonio, *La suprema Corte de Justicia y el Pensamiento Jurídico*, Poder Judicial de la Federación, México, 1985.

FAYA BIESCA, Jacinto, *El Federalismo Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1998.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *La suprema Corte de Justicia y el Juicio de Amparo, La suprema Corte de justicia y el Pensamiento Jurídico*, Poder Judicial de la Federación, México, 1985.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Ed. Alianza, Madrid, 2000.

GUZMÁN RODRÍGUEZ, José, *El Federalismo en la Modernización y Fortalecimiento de lo Gobiernos Municipales*, Instituto de Administración Pública del Estado de Querétaro, 1995.

HERRENDORF, Daniel E., *El poder de los Jueces*, Universidad Veracruzana, Xalapa Veracruz, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, 2da ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1982.

MARQUET GUERRERO, Porfirio, *La Estructura Constitucional del Estado Federal*, UNAM, México, 1975.

MOUSKHELI. M., *Teoría Jurídica Federal*, editora Nacional, México, 1981.

El poder punitivo en el sistema penal mexicano (una propuesta para su análisis)

Rebeca Elizabeth Contreras López*

En este artículo se plantean algunas variables que es importante considerar para el análisis del sistema penal mexicano que ha demostrado, cada vez más, su ineficacia para hacer frente a la criminalidad y el hecho de que la corrupción se ha convertido en un elemento estructural del sistema. Es interesante la referencia a la conformación de la opinión pública, como una variable más que está presente en este estado de cosas.

El poder punitivo del Estado se refiere al ejercicio exclusivo, que tiene el Estado, para ejercer la violencia legítima en beneficio de los integrantes de la propia comunidad. Se trata de un monopolio instituido políticamente y legitimado en la Constitución, que debe sustentarse en una política criminal integral, pero que, fundamentalmente, cuente con la capacidad material, técnica y humana para llevarse a cabo; puesto que es irresponsable (y lo ha sido durante mucho tiempo) legislar en el papel, sin siquiera tener los elementos mínimos para llevar a cabo lo estipulado legalmente. Y no podemos dejar de lado el ejemplo del sistema penitenciario mexicano que hace poco

*Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Investigadora nacional, nivel I.

El poder punitivo en el sistema penal mexicano (una propuesta para su análisis)

vivió uno de sus peores momentos, con la fuga de uno de los narcotraficantes más peligrosos: "El Chapo" Guzmán, de uno de los penales de máxima seguridad con que cuenta nuestro país.¹

Hay que precisar que el ejercicio punitivo que corresponde exclusivamente al Estado, ha motivado la organización de un sistema penal que no se refiere sólo a la parte legal, sino a otros elementos que formal o informalmente inciden en él. Así que, para abordar el análisis del sistema penal mexicano es necesario repasar las variables que se articulan en torno al mismo, así tenemos: Por un lado, el sistema legal formalmente establecido: Constituciones federal y estatales, legislación penal federal y estatal, leyes especiales, leyes orgánicas, reglamentos y, en ocasiones, circulares. b). Un aparato burocrático que se encarga de la aplicación de esas normas penales en los diferentes ámbitos de gobierno, tanto a nivel preventivo, como represivo. c). La política económica y social instaurada por el Estado que, de alguna manera (o de muchas) incide en la procuración e impartición de justicia y en la prevención del delito. d). Los compromisos internacionales que el Estado mexicano asume y la imagen internacional que desea mostrar.

Otras variables que, sin duda, son independientes a la configuración del propio poder punitivo, son: a). La criminalidad en sus diferentes manifestaciones, desde la callejera y no organizada, hasta la organizada, pasando por la de cuello blanco. b). La percepción pública sobre la seguridad, el crimen y la actuación de la autoridad; aquí estamos hablando

¹ Diario Reforma, año 8, núm. 2597, Lunes 22 de enero del 2001, sección A. En titular de primera plana se señala: "Reconocen incapacidad ante crimen organizado" y el subsecretario de seguridad pública nacional afirma "Lo que ha sucedido en Jalisco evidencia la capacidad de corrupción, dígame corrosión estructural de las instituciones nacionales por parte del crimen organizado, particularmente el

de la sociedad civil pero, respecto a un tema concreto que es el delito y los niveles de inseguridad que esa sociedad percibe, en donde resulta sustancial la participación de los medios de comunicación. c). La situación económica y social que vive la sociedad mexicana y que constituye un factor fundamental, en diversos sentidos, para la incidencia de conductas criminales.

Todas estas variables nos muestran un fenómeno complejo y difícil de analizar, por tal razón se tratará de reducir estas variables a aquellas que parecen fundamentales para un primer acercamiento que nos permita sistematizar esta perspectiva. La selección de variables responde a una visión particular que requiere discusiones subsecuentes para su análisis.

Así, en un esquema general podemos sistematizar, a grandes rasgos, al sistema penal mexicano, de la siguiente forma:

Sistema penal

I. VARIABLES DEPENDIENTES:

- a). Legislación penal en todos sus ámbitos: Constitucional, sustantiva, procesal, ejecutiva, etc.
- b). Procuración e impartición de justicia, incluida la ejecución de las penas. Y que tiene que ver con dos aspectos sustanciales de la política criminal: prevención-represión.
- c). Proyecto de Estado que se instaura a través de las políticas públicas en el tema del combate a la

narcotráfico". En este ejemplo se hacen evidentes tres elementos fundamentales: la ineficacia o incapacidad de las instituciones, la corrupción y la influencia de los medios de comunicación en la presentación de estas noticias que, indefectiblemente, recaen en la formación de una opinión pública.

El poder punitivo en el sistema penal mexicano (una propuesta para su análisis)

delincuencia y la seguridad pública, en dos ámbitos sustanciales: el nacional y el internacional.

II. Variables independientes:

1. La criminalidad, que va desde la ocasional o circunstancial, hasta la organizada e internacional.
2. Opinión pública medios de comunicación que conforman una percepción social de la seguridad o inseguridad, así como de la eficacia, o ineficacia, del sistema penal.
- 3 La situación real en materia económica y social que vive nuestro país y que se constituye, entre otras cosas, como factor criminógeno² pero, a la vez, representa la falta de infraestructura y capacitación para el ejercicio del ius puniendi.

Es importante señalar que este artículo es una parte de una investigación que se ha desarrollado para tratar de entender la situación actual del sistema penal mexicano, de ahí que ahora únicamente se presentarán a grandes trazos las inquietudes fundamentales. Sólo nos detendremos en algunos aspectos que llaman mi atención y que me permiten conocer ámbitos sustanciales de la problemática que encierra este análisis.

Ahora bien, existen fenómenos que permean ambos grupos de variables, el más significativo es al que llamamos corrupción que significa el desvío de los cauces que cada ámbito de variables debe seguir. Por ejemplo, el funcionario judicial que no cumple con su deber porque tiene un interés personal en la causa que ha de resolver; el comunicador que manipula la información para aumentar su rating; el

² Es decir, como aquellos factores que pueden considerarse la causa para que una persona, o un grupo de personas, opten por la realización de actividades ilícitas.

gobernante que firma acuerdos multinacionales para preservar las inversiones de su familia y protegidos; el policía que, amañado con ladrones de autos, deja de vigilar durante cierta hora del día. En fin, que son innumerables los casos que se viven cotidianamente. Es indudable que la seguridad pública se configura "...como el conjunto de políticas y acciones coherentes y articuladas, que tienden a garantizar la paz pública a través de la prevención y represión de los delitos y contra el orden público, mediante el sistema de control penal y el de policía administrativa..."³; de ahí que la actuación legal y honesta de la autoridad sea un requisito indispensable para avanzar en el ámbito de la seguridad.

Es importante señalar que se separan las variables del sistema penal (en el que se ejerce el poder punitivo) de estos fenómenos, porque se pretende lograr un marco metodológico para realizar el análisis de dicho sistema penal y los fenómenos que aquí se mencionan (corrupción y percepción de la seguridad pública) son de tal magnitud que requieren un análisis independiente que, posteriormente se articule con el del sistema penal.

Uno de los puntos que me parece fundamental y que tiene una influencia notable, desde mi perspectiva, en esta interrelación de variables es el de la seguridad, o inseguridad pública, dependiendo del lado que se mire; ya que para la autoridad es la seguridad pública como el objetivo que se pretende lograr, mientras que para el ciudadano es la inseguridad pública que vive, día a día, en su entorno más

³ Gabriel Regino. "Globalización, neoliberalismo y control social ¿Hacia dónde se dirige el Derecho Penal en México?", *Criminalia*, Porrúa, año LXV, No. 1, ene-abr 1999, México, p.119.

El poder punitivo en el sistema penal mexicano (una propuesta para su análisis)

cercano.⁴ Razón por la cual se incluye, como variable independiente, la opinión pública y los medios de comunicación.

En México, entre 1980 y 1997, el número de delincuentes sentenciados y presuntos delincuentes aumentó en 125 por ciento. En 1980 hubo 64 mil delincuentes sentenciados y en 1997, 142 mil. En cifras de 1998, INEGI reportó que del total de delitos cometidos por delincuentes sentenciados, 84% fueron del fuero común y 16% del federal. En los primeros encontramos: robo 33%, lesiones 19%, daños 9%, homicidios 5%, otros 34%; en relación a los segundos, tenemos: Ley de armas 42% y en materia de narcóticos 34%, otros 24%.⁵

Durante los últimos doce años el sistema penal mexicano, entró en una prolongada crisis cuyo resultado más visible es el desprestigio y la falta de credibilidad en todas las instituciones encargadas de aplicar la ley. La quiebra de los órganos responsables de procurar, impartir y administrar justicia fue completa, su descrédito se extendió a todos los niveles técnicos y administrativos. Puede afirmarse, sin temor al error, que la corrupción se transformó en un elemento estructural, esto es, en un componente definitorio de la conducta de los cuerpos de seguridad (preventivos, investigadores y persecutorios y del Ministerio Público, de la judicatura (desde la primera instancia hasta la Suprema Corte de Justicia, pasando, desde luego, por la

⁴ En la ciudad de México son denunciados setecientos delitos al día y se estima que las cifras oficiales sólo registran tres de cada diez ilícitos cometidos, por lo que se presume que en realidad ocurren dos mil ciento sesenta y nueve hechos delictivos diarios aproximadamente. (*Reforma*, "La sombra del miedo", 20 de octubre de 1997, p. 3B).

⁵ *Este país*, "Delincuencia en México ¿una amenaza creciente?", núm. 110, mayo 2000, México, p.p. 68-69.

segunda instancia) y del régimen penitenciario...⁶

Recordemos, como afirma García Cordero, que a través de su historia el sistema penal mexicano ha evidenciado su incapacidad para prevenir el delito, combatir la delincuencia, garantizar la seguridad pública y proteger los bienes jurídicos que la Constitución mexicana otorga, ya que:

...de 1992 a nuestros días, la descomposición del sistema penal mexicano alcanzó un nivel sin precedentes, cifras históricas y extremos temerarios. No olvidemos, en este contexto, que la recuperación de la seguridad pública fue una oferta de todos los candidatos en la última campaña electoral federal. Zedillo no ha cumplido, tampoco los gobernadores del PAN ni el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, electo democráticamente por primera vez en nuestra historia en 1997. Durante los últimos cuatro años los robos y asaltos, los secuestros, la extorsión y los delitos contra la salud, las violaciones aisladas y tumultuarias, los fraudes inmobiliarios y los abusos de autoridad hicieron de calles, barrios, ciudades, aeropuertos y carreteras un escenario abierto a la delincuencia que ha transformado a la sociedad en un organismo indefenso ante el crimen y ante las autoridades.⁷

Al analizar el crecimiento del crimen por sexenio se observa que en las administraciones de Echeverría, López Portillo y de la Madrid existía un crecimiento de la criminalidad, de alguna manera estable, que correspondía a las tasas de movilidad demográfica.

...No obstante, como todos sabemos, fue Miguel de la

⁶ Fernando García Cordero. "La crisis del sistema penal mexicano", *Criminalia*, Porrúa, año LXV, No. 1, ene-abr 1999, México, p. 79.

⁷ García Cordero, ob. cit. p. 81.

**El poder punitivo en el sistema penal mexicano
(una propuesta para su análisis)**

Madrid quien introdujo las bases del modelo de desarrollo neoliberal. El Estado mexicano modificó su conducta ante los centros financieros internacionales, perdió capacidad de negociación y sentó las premisas para reprivatizar la banca y, eventualmente, dismantelar el sector público de la economía, principal fuente de recursos del Estado para gasto y obras sociales, crecimiento de la infraestructura de comunicaciones, energía, vivienda, educación y salud y pago del servicio de la deuda externa. También los primeros cuatro años del régimen de Carlos Salinas presentaron un comportamiento más o menos estable, sin embargo, durante los dos últimos años el incremento de la delincuencia se disparó bruscamente.⁸

En esos dos años la delincuencia se elevó en 50 puntos porcentuales. Y para el régimen de Zedillo el ritmo de crecimiento del crimen y la incapacidad del gobierno para detenerlo tuvo una expresión alarmante, pues en los cuatro primeros años el crecimiento fue de 60 puntos porcentuales respecto al nivel alcanzado en 1994 con Salinas.⁹

La crisis del sistema penal mexicano, el incremento del crimen con modalidades extremas de ferocidad y violencia, la corrupción y el deterioro de la seguridad pública constituyen rasgos negativos de nuestra sociedad que no van a desaparecer por un milagro electoral; son más bien, hechos estructurales y persistentes que reclaman no sólo una política criminal científica y vigorosa, sino también cambios sustantivos en el proyecto nacional.¹⁰

⁸ García Cordero, ob. cit. p. 94.

⁹ García Cordero, ob. cit. p. 94.

¹⁰ García Cordero, ob. cit. Editorial, p. XVII.

Cambios que no únicamente se pueden manejar a nivel legislativo, ya que debemos hacer notar que en este ámbito, México ha tenido notables avances, al menos en la intención de disminuir el crimen y combatir la corrupción. En la legislación penal (1983-2000)¹¹ queda de manifiesto que la tendencia inicial a la descriminalización y la disminución de sanciones, tuvo una regresión a partir del período de Salinas, ya que, por ejemplo, al distinguir entre delitos graves y no graves (22 de julio de 1994) se incrementaron sanciones y se pusieron mayores trabas para la obtención de la libertad caucional, se establecen, además, nuevos tipos penales. Ya con Zedillo, aparece la Ley Federal contra la delincuencia organizada¹² que, evidentemente, busca enfrentar de una manera más eficaz este fenómeno y que, sin embargo, ha sido criticada como arbitraria y violatoria de garantías, pues con ella se abrió la posibilidad de intervenir comunicaciones, de realizar arraigos, o llevar a cabo detenciones urgentes por parte del Ministerio Público.¹³ Pese a todo,

En los últimos quince años México ha sufrido una negativa transformación en materia de seguridad pública y de procuración e impartición de justicia. Se ha trascendido de una delincuencia simple, de tipo convencional, a una delincuencia organizada, violenta, dotada de los equipos, armamentos y sistemas de comunicación más modernos y sofisticados y dedicada a la comisión de los delitos más graves, tales como el narcotráfico, el asalto, el secuestro y el robo con violencia, tanto en la vía pública como en los domicilios

¹¹ Cfr. La investigación, elaborada por la Mtra. Ma. del Pilar Espinosa Torres. (fotocopias)

¹² Diario Oficial de la Federación del 7 de noviembre de 1996.

¹³ Cfr. Sergio García Ramírez. "La reforma procesal penal en la Constitución: ¿Derecho democrático o Derecho autoritario", *Criminalia*, año LXIV, No. 3, Sep-dic 1998, Porrúa, México, p. 90 y sig.

El poder punitivo en el sistema penal mexicano (una propuesta para su análisis)

y en negocios pequeños. Por otra parte, la delincuencia convencional se ha acrecentado en algunos rubros(...) A este panorama se agrega el temor y la desconfianza de la sociedad en las instituciones que tienen a su cargo la procuración e impartición de justicia. Temor y desconfianza fundados, porque en estas instituciones, además de la mala preparación del personal y de la lentitud de los procedimientos, reina la corrupción, el abuso de poder, las prácticas de extorsión y hasta de tortura y, por si esto fuere poco, como consecuencia de estos vicios se ha caído en una situación de impunidad generalizada...¹⁴

Por razón de espacio, únicamente haremos referencia a una de las variables que se han planteado y que se refiere a que las sociedades actuales no son homogéneas, son diversas y extremadamente complejas, de ahí que la opinión pública o la percepción social no tienen un mismo contenido. Incluso, las actuales investigaciones empíricas parecen demostrar que:

...el tipo de legitimación que obtiene el sistema de Derecho penal por medio de las valoraciones y de las actitudes de la opinión pública no es ni total ni homogénea con respecto a los diversos grupos sociales. Y que dicha legitimación dista mucho de ser un consenso válido basado en el conocimiento real de la actuación efectiva del sistema y en su valoración racional.¹⁵

En relación a la opinión pública, Sartori, se pregunta ¿cómo nace y como se forma una opinión pública? Al respecto, señala que la opinión pública "es el conjunto de opiniones que

¹⁴ Olga Islas de González Mariscal. "Justicia penal", *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXVI, No. 2, Mayo-Ago 2000, Porrúa, México, p. 113.

¹⁵ Antonio García-Pablos de Molina, *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Espasa Calpe, Madrid, p. 689.

se encuentran en el público o en los públicos".¹⁶ Y establece diversas premisas: 1. Se trata de opiniones endógenas, ya que se atribuyen al público como sujeto principal, son opiniones generalizadas, no individuales. 2. Además son opiniones que se refieren a la *res publica*, a la cosa pública y sus argumentos son de carácter público: intereses generales, problemas colectivos, bien común. 3. Por otra parte, se trata de una *doxa*, no es saber y ciencia (*epistème*), sino simplemente un parecer, una opinión subjetiva, que no requiere prueba. 4. Se trata, también, de convicciones frágiles y variables, no son creencias (convicciones profundas y fuertemente introyectadas).¹⁷

Al respecto Jesús Martín-Barbero, nos advierte que la opinión pública,

...es entendida originariamente como la acción que se oponía a la práctica del secreto, propia del Estado absolutista, y el principio de la crítica como derecho del público a debatir las decisiones políticas, esto es el "debate ciudadano" como espacio de articulación entre la sociedad civil y la sociedad política, entre conflicto y consenso. Pero en una sociedad descentrada como la actual en la que ni el Estado ni la Iglesia pueden ya vertebrarla y estructuralmente mediada por la presencia de un entorno tecnológico productor de un flujo incesante de discursos e imágenes, lo público es cada día más identificado con lo escenificado en los medios, y el público con sus audiencias. La opinión pública que los medios fabrican con sus sondeos y encuestas tiene así cada vez menos de debate y de crítica ciudadanos y más de simulacro: sondeada, la sociedad civil pierde su heterogeneidad y su espesor conflictivo

¹⁶ Giovanni Sartori. *El homo videns (la sociedad teledirigida)*, Taurus, Madrid, 1998, p. 69.

¹⁷ Sartori, ob. cit. p.p. 69-70.

El poder punitivo en el sistema penal mexicano
(una propuesta para su análisis)

para reducirse a una existencia estadística...¹⁸

Por su parte, Sartori afirma que una democracia representativa no es un gobierno del saber, en el sentido de la *episteme*, sino simplemente un gobierno de la opinión, es suficiente con que el público tenga opiniones suyas. Pero, ¡atención! ese es el problema ¿cómo se constituye una opinión pública autónoma que sea verdaderamente del público? Ya que, la televisión dirige el rumbo de esa opinión pública, por lo que pregunta y cómo lo pregunta, por el sentido que da a sus encuestas, porque saca de contexto las opiniones del público, así: "...la videocracia está fabricando una opinión sólidamente hetero-dirigida que aparentemente refuerza, pero que en sustancia vacía, la democracia como gobierno de opinión. Porque la televisión se exhibe como portavoz de una opinión pública que en realidad es el eco de regreso de la propia voz".¹⁹ Además, en términos generales, los sondeos de opinión son: débiles, volátiles, inventados (por parte de los mismos encuestados) y, son un reflejo de lo que sostienen los medios de comunicación.

Por tanto, en relación a la influencia de los medios de comunicación y la opinión pública en el sistema jurídico mexicano debemos reflexionar sobre la legislación simbólica que nos conduce al establecimiento de preceptos penales para aparentar que se está haciendo algo en contra de la criminalidad, aunque sus efectos no sean los esperados. Ello se hace evidente cuando, por ejemplo, se aumentan indiscriminadamente las penas, aunque ello no redunde en una disminución del crimen o en una prevención efectiva. O cuando se alude a penas ejemplares, como la pena de muerte, sin que existan razones científicas o, siquiera estadísticas, que

¹⁸Jesús Martín-Barbero. "Transformaciones comunicativas y tecnológicas de lo público", *Metapolítica*, vol. 5, enero/marzo 2001, México, p. 46.

¹⁹Sartori, G. ob. cit. p. 72.

permitan suponer que con ello disminuirá la incidencia del crimen.

Respecto a la legislación simbólica Roxin señala que se trata de preceptos penales que no despliegan efectos protectores concretos, es decir, aunque se trata de leyes previsiblemente ineficaces se pretende dar la impresión de que se hace algo para combatir acciones y situaciones indeseables. Pese a ello y dado que "todas las leyes penales tienen un impacto simbólico más o menos grande por deber operar sobre la formación de la conciencia de la población, los elementos "simbólicos" de la legislación no son inadmisibles de modo general..."²⁰

Baratta, por su parte, argumenta que la pérdida de equilibrio entre funciones simbólicas y funciones instrumentales en el sistema de justicia criminal significa que dichas funciones simbólicas son cada vez más independientes de la naturaleza real de los conflictos y de los problemas en relación a los cuales son producidos. Cuando ciertos conflictos y problemas alcanzan un determinado grado de interés y de alarma social en el público, es la oportunidad para establecer una acción política dirigida, antes que a funciones instrumentales específicas, a una función general: la obtención de consenso buscado por los políticos en la llamada opinión pública. Así que, ante lo débil que puede ser la formación de esa opinión pública,²¹ además de la influencia que sobre ella se puede ejercer, resulta extremadamente peligroso que la decisión política se fundamente en esos procesos emocionales y subjetivos, aunque provengan de la población.

²⁰ Claus Roxin, *Derecho penal* (parte general), T. I, 2ª ed, Civitas, Madrid, 1997, p. 59.

²¹ Alessandro Baratta, "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico", *Revista Mexicana de Justicia*, No. 3, Vol. VIII, jul-sep 1990, México, p. 47.

El poder punitivo en el sistema penal mexicano (una propuesta para su análisis)

Sin embargo, la crisis del sistema penal mexicano no es extraña si consideramos que el propio Estado ha sufrido transformaciones importantes que lo sitúan en una transición y que nos impide, aún, configurar una imagen del mismo. Lo cierto es que las cosas van cambiando y que esa evolución se hace cada vez más evidente en los espacios cotidianos de nuestra realidad. No olvidemos que,

Hasta hace relativamente pocos años, el Estado había jugado el papel central de la vida nacional, articulando en él todas las potestades (jurídicas y extrajurídicas) y el ejercicio incuestionable del poder. El Estado, sujeto a los ritos de su propia religión, cumplía y ocupaba los espacios simbólicos más importantes y desplazaba otras fuerzas, constituyéndose como poseedor único de la verdad. Esto le daba una dimensión casi sagrada y lo hacía invulnerable al juicio ciudadano. Esto ha cambiado. El Estado se ha convertido, poco a poco, en un actor que deja espacio a la sociedad y a la acción de los ciudadanos...²²

Actualmente, entran en crisis los Estados-nacionales, por el reordenamiento de las relaciones espacio temporales, en donde ese Estado se integra a un sistema mayor y más complejo que le impone un nuevo orden; en este contexto el individuo se difumina ante la pluralidad. Pese a ello, sin duda, el Estado nacional seguirá existiendo en un ambiente global, complejo, en el que interactúan espacios universales, nacionales y regionales, que ponen en evidencia la incapacidad del Derecho para enfrentar este orden de cosas. Ello puede significar un tránsito hacia una ciencia jurídica global, más organizada y más racional, que ahora se percibe con temor e incertidumbre.

²²Sergio López Ayllón, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México: la encrucijada entre la tradición y la modernidad..* UNAM, IIJ, México, 1997, p. 271.

Bibliografía

Libros:

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Espasa Calpe, Madrid, 1988.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México: la encrucijada entre la tradición y modernidad*, UNAM, IJ, 1997.

ROXIN, Claus, *Derecho penal (parte general)*, T. I, trs. Luzón Peña, Díaz y García, Remesal, 2ª. Ed, Civitas, Madrid, 1997.

SARTORI, Giovanni, *El homo videns (la sociedad teledirigida)*, Taurus, Madrid, 1998.

Revistas:

BARATTA, Alessandro, "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico", *Revista Mexicana de Justicia*, No. 3, Vol. VIII, jul-sep 1990, México, p. p. 19 a 50

GARCÍA CORDERO, Fernando, Editorial, *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Porrúa, año LXVI, No. 2, mayo-ago, México, 2000.

_____. "La crisis del sistema penal mexicano", *Criminalia*, Porrúa, año LXV, No. 1, ene-abr 1999, México, p.p. 79-113.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "La reforma procesal penal en la Constitución: ¿Derecho democrático o Derecho autoritario", *Criminalia*, año LXIV, No. 3, Sep-dic 1998, Porrúa, México, p.p. 85 a 96.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. "Justicia penal", *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXVI, No. 2, Mayo.Ago 2000, Porrúa, México, p.p.113 a 121.

MARTÍN-BARBERO, Jesús, "Transformaciones comunicativas y tecnológicas de lo público", *Metapolítica*, vol. 5, enero/marzo 2001, México, p.p. 46 a 55.

REGINO, Gabriel, "Globalización, neoliberalismo y control social ¿Hacia dónde se dirige el Derecho Penal en México?", *Criminalia*, Porrúa, año LXV, No. 1, ene-abr 1999, México, p.p. 114-120.

Periódicos:

Este país, "Delincuencia en México ¿una amenaza creciente?", núm. 110, mayo 2000, México, p.p. 68-69.

Reforma, "La sombra del miedo", 20 de octubre de 1997, p. 3B.

Reforma, año 8, núm. 2597, Lunes 22 de enero del 2001, sección A.

Legislación:

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 7 de noviembre de 1996.

Comentarios a la reforma constitucional en materia de derechos indígenas, publicada el 14 de agosto del 2001 en el Diario Oficial de la Federación, México.

María del Rosario Huerta Lara*

SUMARIO: Introducción. Pueblos y comunidades indígenas. El apartado A y la autonomía *quasi*-municipal. Los "derechos sociales" del apartado B. Conclusión: hacia un juicio de garantías sociales. Bibliografía.

En el presente trabajo la autora aporta su punto de vista en torno a la reforma constitucional en materia indígena del año 2001, en México, considerando la conveniencia de un juicio de garantías sociales

Introducción

Antes que nada habría que exponer un aspecto destacadísimo de la reforma constitucional, y se refiere a la naturaleza misma de sus normas. Esto es, lo relativo al supuesto carácter innovador, en el sentido de que *introducen o suprimen elementos que no existían en la Constitución*, pero que al tamiz de la razón jurídica y del examen de sus efectos jurídicos

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

Comentarios a la reforma constitucional en materia de derechos indígenas, publicada el 14 de agosto del 2001 en el Diario Oficial de la Federación, México.

reales veremos la reforma reducida a las mismas objeciones que suscitaba el derogado 4to. Constitucional en lo relacionado a la falta de pleno reconocimiento de la personalidad jurídica y a la admisión de derechos de autonomía de los pueblos indígenas.¹

Desde otro punto de vista, basado en las normas materiales de la Constitución y su fuerza vinculante, la reforma trata de aquellas normas de las llamadas *mandatos al legislador*, por ser disposiciones que requieren de la intervención del poder legislativo para su pleno ejercicio. Si así *no* ocurre, plantean la problemática de *inconstitucionalidad por omisión*, la cual opera cuando los tribunales dictan sentencias normativas y desplazan al legislador.² Para apreciar este tipo de inconstitucionalidad hay que examinar si la *obligación de hacer* que impone la Constitución al legislador tiene una exigencia

¹ Este ensayo lo redacté a uno mes de publicarse en el Diario Oficial de la Federación el texto de la reforma constitucional en materia de derechos indígenas. Casi de inmediato y de un modo inédito la reforma entró por el camino de controversias constitucionales. Ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, autoridades municipales y estatales, en especial de aquellos Estados con población indígena de alta densidad, comparecieron a impugnar dicha ley por considerar ilegal el procedimiento y el resultado del trabajo legislativo que la originó. Además de señalar enormes desacuerdos en lo que hace al fondo de la reforma, en la falta de contenidos y atributos que se consideraban superados por la discusión y el debate nacional de los últimos 20 años tanto en México, como en el ámbito de los acuerdos y tratados internacionales entre los Estados y las instituciones de derecho internacional público. Entre tanto, le corresponde al poder judicial, en un ejercicio de equilibrio de poderes, de pesos y contrapesos, resolver sobre la constitucionalidad de los actos del legislativo y el ejecutivo cuando tenga a bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictar la sentencia correspondiente que abra de ser acatada por los poderes públicos que ahí controvierten, lo cual es solo admisible, cuando existe un verdadero Estado de Derecho. Veremos.

² Como lo han indicado algunos constitucionalistas, Fix Zamundio y Valencia Carmona, la inconstitucionalidad surge porque se hace algo que la ley fundamental prohíbe, pero puede suceder que la inconstitucionalidad surja porque no se hace lo que la norma primaria indica, o sea, existe omisión para cumplirla; dicha omisión puede provenir tanto del legislador como de la autoridad administrativa, para ésta

inmediata, está condicionada o se deja a la oportunidad y discreción propias del criterio del órgano que tiene el deber respectivo.³ Así parece ocurrir con las fracciones del apartado A y B del artículo 2 reformado, las cuales son básicamente mandatos al legislador y a las leyes secundarias.

Hecho por demás sorprendente fue la inclusión de normas del tipo *mandatos al legislador*, en virtud de que persistía la tendencia entre los debatientes en todo el proceso de discusión, desde las reformas de 1992 al 4to. Constitucional, hasta el proyecto de ley, basado en el anteproyecto de la comisión legislativa COCOPA, pasando por los llamados acuerdos de San Andrés, que consistía en reconocer en el plano constitucional a los pueblos indios, investidos de personalidad y capacidad jurídicas, lo cual inexplicablemente no ocurrió en dicho procedimiento de reforma constitucional.

No obstante lo anterior, la reforma a la vista, tiene tal apariencia, como si se tratara de una ley de carácter municipal, en particular los derechos de autonomía del apartado A, los cuales bien pudieron integrarse en su matriz natural, en el artículo 115 constitucional, relativo a la institución municipal, para lo cual hubiera sido imperativo resolver y establecer el régimen de competencias y jurisdicciones que debe prevalecer entre autoridades municipales y las derivadas del régimen de

última se tienen recursos pertinentes, no así para la omisión que proviene del legislativo, vacío que se pretende cubrir a través de la inconstitucionalidad por omisión. La cual puede ser absoluta, es la ausencia total de desarrollo de la norma constitucional y ésta surge cuando el encargo del legislador se atiende de manera parcial, a la hipótesis del olvido por la ley de ciertas personas o grupos se le denomina exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio. Héctor Fix, Zamudio y Salvador Valencia C., *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, Editorial Porrúa, México 1999.

³ Respecto a la inconstitucionalidad por omisión, véanse: José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998; varios autores *inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá 1997.

usos y costumbres en el ámbito municipal y su trascendencia en los municipios asociados previstos en la ley; para lo cual, también hubiera sido necesario pasar revista a la actual configuración que establecen las relaciones entre municipio-estado-federación, de manera de hacerlas más distributivas que permitan mayor solvencia económica al municipio y, sobre todo, que se amplíe su horizonte de autonomía, otorgándole facultades para administrarse y gobernarse plenamente; de modo que bajo un nuevo reordenamiento y un nuevo ejercicio democrático de autonomía municipal sea posible edificar en el orden jurídico municipal, las bases constitucionales de la autonomía indígena establecida por el orden jurídico nacional, lo cual sería posible, siempre y cuando se considerara dicha autonomía en el mismo plano constitucional de los municipios, para lo cual se podría considerar la figura del *municipio indígena*, como una de las formas que adopta el municipio mexicano, cosa que por supuesto no sucede ni se propone solución para ello.

El concepto de autonomía que el Estado garantiza a través de esta reforma, se refiere a la libertad que se otorga a los pueblos y comunidades indígenas en la forma de derechos de hacer: "decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural." Siempre y cuando éstos se produzcan en el ámbito de sus municipios. Por parte del Estado, implica la obligación negativa de dejar hacer, de abstenerse de no intervenir, de dejar en libertad, lo cual sugiere que cualquiera que sea la forma que adopte la autonomía, ésta solo podrá realizarse entre estos extremos, la libertad, resultante de la abstención del Estado de intervenir su vida interna y el no poder trascender el orden constitucional en que está inscrita. Empero, hemos de considerar que esta reforma no es derogatoria de otra legislación, ni muchos menos del orden jurídico, ni mucho menos refiere muy a pesar de la

pretendida autonomía-que los pueblos, comunidades o individuos indígenas se sustraigan del orden jurídico nacional, esto es, de la jurisdicción del Estado mexicano. Por lo que tampoco es posible considerar, que con motivo de la reforma, los municipios dejen de existir, los distritos judiciales y sus tribunales, o se suspendan las leyes locales para ser reemplazadas por el régimen de usos y costumbres. El ámbito de jurisdicción y competencia de las leyes nacionales y locales no se modifica con motivo de la vigencia de la reforma constitucional, ni tiende a crecer con motivo de la autonomía indígena, en virtud de que ésta no forma parte orgánica de algún nivel de gobierno. No es la autonomía que puede gozar un órgano del Estado, es la autonomía que el Estado le confiere a un sector de la sociedad que al no ser parte orgánica del Estado sus actos no tienen más consecuencias jurídicas que el de los particulares, que son muy distintos de los actos oficiales y los efectos jurídicos que tienen los mandatos de autoridad. Esto nos permite establecer con cierta precisión su primera consecuencia, que consiste en no producir efectos jurídicos al orden nacional, simplemente la reforma admite reconocer la autonomía, en tanto en su actuar no trasciendan el régimen interno de las comunidades, es decir, mientras sus actos no surtan efectos jurídicos al orden nacional y se reduzcan a su régimen interior, serán respetados por el Estado. Nada más. Como sea, el examen de la reforma debe considerar la legislación interna que tiene sus precedentes en las constituciones de las entidades federativas que han reconocido y declarado a pueblos o comunidades indígenas, como es el caso notorio de la Constitución de Oaxaca y su Ley reglamentaria en materia de derechos indígenas. Entre este extremo y el Derechos Internacional Público, en materia de tratados internacionales celebrados y ratificados por el Estado mexicano, v. gr. el denominado Convenio 169 suscrito con la

Organización Internacional del Trabajo para poblaciones indígenas y tribales es posible valorar la trascendencia de las normas, el alcance de las mismas, los efectos reales, los límites de la reforma constitucional.

Pueblos y comunidades indígenas

Este examen tiene como materia el artículo 2do. Apartados A y B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, objeto de la reforma constitucional en materia de derechos indígenas, publicada el 14 de agosto del 2001 en el Diario Oficial de la Federación. Respecto al artículo 1ro, me reservo algún pronunciamiento en virtud de tratarse de una norma genérica encaminada a tutelar la igualdad contra la discriminación de origen étnico y otros diversos, empero, este precepto pareciera contradecir el espíritu de la reforma misma, al no haber obtenido en el plano constitucional, sus derechos plenos. Por lo que hace a los arts. 18 y 115 incorporo sus comentarios al estudio del art. 2 en sus apartados A y B.

Para tales efectos voy a considerar diversas clases de derechos que son incorporados a la Constitución por efectos de la reforma y que podemos indicar al tenor del orden de las normas, esto es:

a) los enunciados del proemio del artículo 2, el cual contiene una grave contradicción al señalar que la Nación es única y equívocamente por querer afirmar la unicidad de la nación, enunciando seguidamente su indivisibilidad, lo cual es francamente contradictorio con los artículos 49 que establece la división del poder supremo Poder de la Federación en ejecutivo, legislativo y judicial; asimismo, el art. 42 que se refiere a las partes que comprenden el territorio nacional; el art. 43, que se refiere a los estados como partes integrantes de la Federación y, finalmente el art. 115 que define al municipio como base de la división territorial y de la organización política

y administrativa de los estados. Y,

b) las contenidas en los apartados A y B del citado artículo 2do. Constitucional: el primero se refiere al otorgamiento del *derecho de Autonomía en el ámbito municipal*, y la del apartado B, al otorgamiento de derechos de carácter social, en la forma de prestaciones positivas por parte del Estado en el nivel federal, estatal y municipal a los pueblos indios, en el ámbito de aquéllas comunidades indígenas que adquieran el carácter de *entidades de interés público*.

Como consecuencia de la reforma tiene ahora dos clases de derechos: los de *Autonomía* del apartado A- que son de clara naturaleza municipal y para los cuales no se dispone de garantía procesal alguna que los haga accionable desde el punto de vista de los intereses de las comunidades indígenas; y por otra parte, una declarativa de derechos de carácter social del apartado B que bajo el concepto de obligaciones del Estado para las comunidades indígenas incluye la de establecer partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones.

Como se infiere de su lectura podemos distinguir tres sujetos de la reforma, por una parte el Estado, en sus niveles municipal, estatal y federal y, por otra, los *pueblos indígenas* y las *comunidades indígenas*, en donde los últimos podrán ser reconocidos como *entidades de interés público*, pero ambos mantendrán su falta de personalidad jurídica. Nada de ello dice la reforma, lo más cercano es el mandato al legislador, al que ordena "El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas" (...) "como entidades de interés público", siendo este el resultado de aplicar una norma de eficacia limitada, de aquéllas que requieren de actos legislativos posteriores para que puedan surtir sus efectos esenciales, su aplicación es indirecta, mediata y reducida, de principios programáticos,

estableciendo algunos principios generales para ser cumplidos por algunos órganos estatales a su discreción.

Una lectura jurídica de esta indefinición fundamental derivado de la falta de personalidad jurídica del sujeto de derecho de la reforma, nos lleva a la falta de capacidad procesal para accionar los nuevos derechos asignados, que resulta de reconocer el carácter de entidades de interés público, lo cual solamente coloca al Estado en el deber de atender a dichas comunidades, pero éstas, a falta de personalidad y capacidad jurídica, no podrán exigir al Estado, en vía judicial, el cumplimiento de esa obligación. Es precisamente aquí, el punto del escollo, donde no concuerdan la estipulación de los derechos con la asignación directa de derechos subjetivos, lo cual será posible una vez que sea reconocida en el plano constitucional la personalidad jurídica del sujeto a quien está dirigido la reforma. A partir de aquí, de esta omisión, pierde sentido y eficacia toda la reforma, en virtud de que carece de destinatario, dejando la solución de este problema a las constituciones y leyes de los estados, como sea, el resultado es que en el plano constitucional se mantiene la postura de negar capacidad procesal a los pueblos como comunidades indígenas.

El apartado A y la autonomía *quasi*-municipal

Este apartado plantea varios problemas, a saber:

El primero se refiere al primer enunciado que establece "esta Constitución reconoce y garantiza el derecho a los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía..." bajo lo cual los pueblos y comunidades indígenas seguirán desprovistas de capacidad procesal, toda vez que ni aún bajo esa propuesta de autonomía le es reconocida alguna personalidad jurídica.

El segundo, es el municipio el ámbito de aplicación de la norma, entonces se trata de una reforma de carácter municipal que se vincula directamente con el artículo 115 constitucional que provee el marco jurídico del municipio en México. Todos los contenidos de la 1ra. a las VII fracciones encuadran en el citado 115, son concordantes y vinculatorios.

Y, el tercero, a las constituciones, leyes y autoridades de las entidades federativas, a quienes está dirigido este apartado A, para su legislación y aplicación.

No obstante lo anterior, para el legislador no hubo impedimento en reconocerle derechos de *libre determinación*, y como *consecuencia* de éste, también son sujeto de derecho de *autonomía en el ámbito Municipal*, siempre y cuando así lo reconozcan las autoridades inferiores y las leyes secundarias de las entidades federativas. Todo ello ocurre porque las normas constitucionales difieren en las leyes secundarias dicho reconocimiento, de acuerdo con el 4to. Párrafo de la norma:

“Las Constituciones y las leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos (de Autonomía) en los municipios con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas”

El último párrafo del apartado A del artículo es más preciso:

“La constitución y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público”⁴

⁴El interés público, como concepto genérico, se concreta y especifica cuando la administración pública actúa en el campo de sus potestades, de manera que toda actuación administrativa tiene un fin, como uno de sus elementos objetivos que

Los "*derechos sociales*" del Apartado B

Para el análisis de las fracciones del apartado B se debe cotejar con los llamados derechos sociales previamente contenidos en la Constitución, con lo cual es fácil identificar una duplicidad de obligaciones que al final no tiene otro efecto que el de destacar la desigualdad entre sus titulares, a quienes va dirigido. Es indudable que los sistemas jurídicos no han elaborado mecanismos de tutela jurídica constitucionales frente a las violaciones de derechos sociales, colectivos y difusos que derivan de la omisión de prestaciones por parte del Estado a los titulares de tales derechos, es decir, no se han establecido verdaderas formas de garantía comparables con la eficacia y sencillez a las previstas para los demás derechos fundamentales, tanto de libertad como autonomía. A diferencia de estos últimos, que asumen la forma de expectativas negativas frente a las que corresponde el deber de los poderes públicos de no hacer (o prohibiciones), *los derechos sociales imponen deberes de hacer (u obligaciones)* Violación que no se manifiesta, por tanto, como el caso de los de libertad, en la falta de validez de actos-legislativos, administrativos o judiciales que pueden ser anulados en vía jurisdiccional-, sino en lagunas de disposiciones y/o carencias en las prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables.

En México, la legislación establece muy puntualmente el fundamento de la acción procesal a partir de aquellos *actos* que resulten violatorios de garantías individuales, pero no se refiere a las lagunas legales, ni a las omisiones de la autoridad respecto a la violación de derechos sociales, dejando sin garantía a sus titulares, contraviniendo así el principio de igualdad jurídica que debiera normar la relación entre acreedores y deudores de derechos sociales, lo cual no sucede

supone la concreción del interés público o general, *Diccionario Jurídico Espasa*, Fundación Tomás Moro, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1998.

con las garantías individuales que sí son objeto de tutela mediante el juicio de amparo. Sin embargo los derechos sociales que representan obligaciones del Estado para la sociedad, su violación no es otra cosa que actos omisivos de dejar hacer, de incumplir, es precisamente, este tipo de actos negativos, los que no se consideran objeto de la tutela del juicio de amparo mexicano refiriéndose exclusivamente aquellas leyes o actos positivos que impliquen violación de garantías, además individuales.

Dos aspectos del sistema jurídico mexicano son fundamentales en esta discusión: El primero se relaciona con el carácter estrechamente individualista que imbuje al juicio de Amparo, para el cual es imposible la tutela de los derechos humanos de segunda y tercera generación. Y la segunda, se refiere a la garantía procesal de dichos derechos, esto es, a su inclusión en la jurisdicción constitucional. La ampliación de esta figura (fórmula Otero) que opera exclusivamente en la esfera de los particulares y las personas morales, debe incluir, en la jurisdicción constitucional, junto a los derechos fundamentales, la tutela de los derechos sociales culturales, económicos y políticos consagrados en el catálogo de derechos *solamente* como programa de la Constitución mexicana. El Estado mexicano debe garantizar estos derechos, en su carácter de prestaciones públicas positiva.

La legislación mexicana reconoce como materias eminentemente sociales al derecho laboral y agrario. Los sindicatos, los ejidos y los bienes comunales son titulares de derechos colectivos -no individuales-, son sujetos de la garantía de amparo, situación que no ocurre con el resto de derechos sociales, los cuales pese a estar plenamente reconocidos en el derecho material objetivo carecen de toda garantía procesal para su realización. Al efecto, se trata precisamente de que estos derechos establecidos constitucionalmente, en coherencia

a los tratados internacionales vigentes en la materia, deben sujetarse a la jurisdicción constitucional mediante el juicio de amparo o juicio de garantías sociales, mientras esto no ocurra se mantendrá nuestra legislación en el ámbito de lo declarativo y programático. Es imperativo el otorgamiento de auténticas garantías constitucionales a los derechos indígenas proclamados.

Considero que así como el Estado debe comprometerse con una reforma profunda en todos los órdenes de la vida pública, el movimiento reivindicatorio indígena debe insistir en el otorgamiento de verdaderas garantías constitucionales a su pliego de derechos. Debe pasar de la lucha por el reconocimiento de estos derechos, a luchar por el establecimiento de verdaderas garantías procesales para su accionar jurídico

Hasta ahora las propuestas del movimiento indígena y la respuesta del Estado han orbitado exclusivamente en la esfera programática, estas normas como lo indica el adjetivo, se limitan a la enunciación y a la proposición de un programa, y por ende son incompletas, por requerir en todo caso de una norma ulterior que las reglamente y le permita funcionar plenamente. Si no se trasciende dicho estado el programa indígena será siempre una cuestión de aplicación diferida y nunca tendrá el primer plano ni la supremacía de las normas constitucionales. En otro supuesto, de establecerse los derechos indígenas como un simple programa y no se produzca el desarrollo de la norma constitucional, caeremos en aquello que los constitucionalistas denominan exclusión arbitraria o discriminación de beneficio. Por supuesto para apreciar este tipo de inconstitucionalidad, se debe examinar si la obligación de hacer que impone la Constitución al legislador tiene una exigencia inmediata, está condicionada o se deja a la oportunidad y discreción propias del criterio del órgano que tiene el deber respectivo.

La tendencia dominante en México consiste en considerar como sujetos activos de la acción de amparo a las personas jurídicas privadas, entendiendo como tales a sólo aquellas sociedades y asociaciones legalmente constituidas que resulten afectadas en sus garantías individuales, por un acto de autoridad. Esta tendencia debe ser superada conforme a la nueva ola de derechos humanos (de la tercera generación)⁵ y a las nuevas tendencias del procesalismo científico relativo al acceso de la justicia de los denominados intereses de grupo o supraindividuales (colectivos y difusos) de tal forma que nadie es titular de dichos intereses y al mismo tiempo todos los miembros de un grupo o de una categoría determinada son titulares. Así sucede, por ejemplo, por lesiones o ataques al medio ambiente, a los consumidores de un determinado producto, al patrimonio artístico o cultural, y a las minorías étnicas y nacionales.

La doctrina contemporánea distingue los intereses colectivos de los intereses difusos. Así se han elaborado distintas teorías, basadas en criterios organizativos, corporativos, vínculo jurídico de unión, etc. En general, los miembros del conglomerado que tienen un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en cambio, los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables. La legislación brasileña prevé la distinción entre *intereses difusos* e *intereses colectivos*. El art. 81 del Código de Defensa del Consumidor (1990) establece:

La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente o a

⁵ Además de los existentes derechos civiles y políticos, y de los derechos culturales, sociales y económicos, en las últimas décadas se han venido consolidando esta nueva generación de derechos, entre los que se encuentran el derecho a la calidad de vida, la libertad informática, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho a la propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad, el derecho a la paz, etc.

título colectivo. La defensa colectiva será ejercida cuando se trate de: I.-Intereses o derechos difusos, así entendida para los efectos de este Código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hechos. II.-Intereses o derechos colectivos, así entendidos para los efectos de este Código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categorías o clases de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base. III.-Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los derivados de origen común.

Algunas Constituciones latinoamericanas consagran estos intereses de grupo como la citada de Brasil, 1988 (art. 5, fracc. LXIII), Colombia, 1991 (arts. 78-82), Paraguay, 1992, (art.38). Debe destacarse también el esfuerzo de los procesalistas latinoamericanos al contemplar estos intereses en los artss. 153 y 194 del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para América Latina redactado por los procesalistas uruguayos Enrique Vescovi y Adolfo Gelsi Bidart.⁶ Y por supuesto, en México a través de los arts. 27 y 123 en materia agraria y laboral.

Conclusión: hacia un juicio de garantías sociales

En México a diferencia de Brasil y España todavía subsiste el carácter individualista del juicio de amparo, toda vez que su procedencia se constriñe a la violación de garantías individuales. Esto significa que la institución no es concordante con las normas fundamentales que establecen los derechos sociales. En la concepción de la Constitución de 1917 se dispuso que los derechos sociales, son derechos conferidos por el

⁶ Eduardo Ferrer Mac Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España*, Ed. Porrúa, México, 2000.

Estado para tutelar a la sociedad mexicana: a la mujer, a sus campesinos, a los pueblos indígenas, a sus trabajadores, a los artesanos, los grupos religiosos, así como a las clases sociales en desventaja social. Esta clase de derechos se encuentra formulados en los arts. 1, 2, 3, 4, 5, 27, 28, 123 y 130 de la Constitución, mas no se establecieron garantías procesales en el ámbito constitucional para su protección, como sí ocurrió con los derechos fundamentales de carácter individual. Parafraseando a Trueba Urbina, uno de los autores mexicanos que sustentan la idea de un juicio de garantías para proteger los derechos sociales y colectivos en México, quien ha señalado cómo a través de la práctica del amparo individualista se protegen los derechos sociales en el sistema legal mexicano, lo cual es paradójico y absurdo; es menospreciar la autonomía constitucional de las garantías sociales. Por lo anterior, es menester poner en correspondencia el art. 103, fracción 1, de la Constitución, con los derechos sociales que ella misma consigna; es necesario establecer la procedencia del amparo no sólo por violación de garantías individuales sino también de garantías sociales. Esto implica necesariamente la socialización del juicio constitucional, su transformación en una institución político y social, como debe ser, para evitar su anquilosamiento.

Bibliografía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Porrúa, México, 2000.

Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 2001, México, 2001.

Diccionario jurídico Espasa, Fundación Tomás Moro, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998.

FERRER MAC GREGOR, EDUARDO, *La acción constitucional de amparo en México y España*, Ed. Porrúa, México, 2000.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Ed. Porrúa, México, 1999.

Un ensayo transdisciplinario acerca del derecho a la información

Luz del Carmen Martí de Gidi*

En el presente ensayo la autora hace una propuesta de estudio transdisciplinario del derecho a la información, con un método complejo, desde sus interrelaciones con la Historia, la Ciencia Política, la Sociología, la Economía, la Psicología, las Ciencias de la Comunicación, la Ética y la Literatura.

El paradigma de la complejidad y los métodos transdisciplinarios.

De acuerdo a la nueva racionalidad propuesta por Sergio Vilar,** se ha operado un cambio paradigmático en la metodología científica. El paradigma de simplicidad, reduccionista y cuantitativo, se sustituye por el paradigma de complejidad que supone renunciar a hacer parcelas especializadas del conocimiento, para dar lugar a un pensamiento multidimensional, generalista y polivalente, en el que se recupere la subjetividad por encima de los conceptos estrictamente objetivos, se abandonen los conocimientos rígidos y cerrados, a fin de elaborar conocimientos flexibles y

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

** La nueva racionalidad. Comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona, editorial Kairós, 1997.

abiertos, donde la imaginación y creatividad del ser humano, asuma un papel preponderante e insumiso a las reglas estrictas de sistemas dominados por cánones demasiado rígidos.

La complejidad responde en todo caso a la naturaleza misma y modo de ser del Ser Humano al que es imposible reducir a una definición, así como al mundo en el cual se desenvuelve, ya que no observarlo o reconocerlo así, implica su fragmentación y su dispersión, cuando lo que puede conducir a su entendimiento es precisamente su enfoque holístico y no parcializado.

Este enfoque constituye por sí mismo un reto de enormes proporciones, que no puede ser abordado a partir de los principios postulados por los análisis exclusivamente disciplinarios, que resultan insuficientes para lograr su comprensión, sino aspirar a conjuntar los conocimientos alcanzados por cada una de la multitud de disciplinas existentes, y mediante su confrontación y complementación generar una nueva visión del hombre y la realidad en que se desenvuelve.

Esta nueva manera de estudiar la realidad, o mejor dicho la diversidad de realidades, es denominada transdisciplinaria, y rebasa a la disciplinariedad tradicional, a la multidisciplinariedad, a la interdisciplinariedad, sin ser antagónica respecto de ellas sino complementaria. De ese modo, la transdisciplinariedad no busca el dominio de muchas disciplinas, sino su apertura y sus implicaciones recíprocas.

La transdisciplinariedad requiere desenvolverse en torno a una serie de principios y conceptos clave que facilitan su construcción, entre los que destacan por su naturaleza misma el de la globalidad o de no fragmentación que se compadece con la realidad compleja, en donde el todo es algo más que la suma de cada una de las partes que lo integran, al

igual que esas partes resultan incomprensibles de no ser relacionadas con el todo. Otro de los principios que deben ser observados, es el que la comprensión de un sistema complejo solamente es posible si se le ubica en su contexto temporal, habida cuenta de que ha tenido un origen, un desenvolvimiento, y tendrá sin duda un futuro. Tampoco puede perderse de vista, que en ese desenvolvimiento se habrán de identificar procesos de carácter irreversible, al igual que la posibilidad de establecer las condiciones para su contraria, esto es, propiciar su reversión. Sin embargo, esta posibilidad no permite asumir que ese proceso de desenvolvimiento es predecible; por el contrario, la incertidumbre predomina en tanto no es factible predecir ese futuro.

El principio de complementariedad, persigue la creación de conocimientos puente entre las diversas disciplinas; el de autopoïesis y auto organización contemplan la posibilidad de que dentro de la sociedad, se actualicen una multiplicidad de modos de organización que se dan a sí mismos los componentes de ella, en virtud de los fenómenos de orden y desorden existentes. Resulta también necesario tener presentes las simetrías, asimetrías y disimetrías, que se encuentran en la realidad compleja.

El paradigma de la complejidad, y los métodos transdisciplinarios que contribuyen a comprenderla, constituyen una alternativa para introducir al Derecho a esta nueva posibilidad de cambio paradigmático, que supere el modelo simplista y reduccionista que hasta ahora ha tenido nuestra disciplina.

El Derecho es un fenómeno complejo al que es posible aplicar métodos transdisciplinarios.

El Derecho en cuanto a su estructura es una realidad compleja, que incluye normas, es decir, enunciados que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidas; que están revestidas de validez, a partir de que son establecidas por procedimientos y órganos adecuados, y que deben ser generalmente eficaces; y de principios que establecen objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos entre muchos otros.

Tiene como función la de ser un sistema de control social, dirigiendo y guiando las conductas de los miembros de la sociedad, supervisando el funcionamiento de las otras instituciones sociales, y resolviendo los conflictos, frente a los cuales el Derecho cumple funciones de orden, aseguramiento de la paz, la garantía de los derechos y libertades, mediante la vigilancia y represión de las conductas desviadas.

Aceptando que la sociedad actual es una sociedad en transformación, el Derecho de las sociedades modernas es también un Derecho en transformación, para adecuarse, dirigir e introducir los cambios en las normas cuando así lo requieran, para lograr su debida eficacia.

El Derecho además, debe aspirar a realizar el valor justicia, tanto en el sentido de valor supremo, como en el más actualizado de valor social, que se relaciona con el criterio que se puede utilizar para valorar un sistema jurídico, al lado de otros valores a que debe aspirar, como la libertad, la igualdad, etc.

Si sostengo que el Derecho es un fenómeno complejo es porque se enfrenta a una multiplicidad de hechos de naturaleza diferente, entre los que puedo mencionar las relaciones interhumanas, sociales y afectivas; la necesidad de resolución

a problemas cotidianos, diferencias étnicas, problemas de conducta, choques entre diversas aspiraciones, desarrollos científicos, nuevas tecnologías, deseos humanos, coexistencia de diferentes creencias religiosas y convicciones, minorías desprotegidas, globalización, diferencias ideológicas, minorías nacionales, estructuras políticas estatales diferentes, prevención de conductas, problemas transculturales y desigualdades socioeconómicas, entre otros, a los cuales debe aportar alternativas de solución no sólo presente, sino futura, buscando armonizar los diferentes criterios de valores a que esa sociedad aspira.

Este planteamiento exige estudiar el Derecho y la producción del mismo desde diversas disciplinas: por ejemplo, la antropología, ya que conforme a la naturaleza humana, el hombre posee voluntad y conciencia para encarar la problemática que la vida social le plantea, y está dotado de imaginación para afrontar los problemas con los cuales tropieza, siendo además capaz de preocuparse por su futuro, ya sea en forma individual, por medio de la autopoiesis, autocreación de su entorno individual o mediante la auto-organización, que lo lleve a disfrutar de las mejores condiciones en su convivencia social, o bien el alcance de conceptos como el etnodesarrollo que persigue incorporar un tratamiento de libertad a los grupos étnicos que se identifican dentro de los estados nacionales, ello sin perseguir la ruptura y unidad que les dan ese carácter; esto, por encima o por lo menos más allá de conceptos como el integracionismo cultural, la asimilación y en casos extremos el etnocidio.

Los fenómenos y factores biológicos, por su parte, influyen en la realidad jurídica, ya que ninguna ordenación jurídica puede olvidar los hechos básicos de la vida biológica, como el nacimiento, la muerte y las necesidades de la existencia física.

Si aplicamos el principio de la dinámica histórica global al Derecho, podemos mencionar cuatro hechos biológicos que han ejercido una influencia en la configuración del Derecho: la diferencia de sexos, (pensemos en el matrimonio que sólo puede contraerse entre personas de diferente sexo, o que sólo a la mujer se concede la protección laboral del embarazo, la desigualdad al menos histórica de la participación de la mujer en la política, por ejemplo), la reproducción (pensemos en la problemática planteada de unas décadas a la fecha por las fertilizaciones in vitro, la reproducción asistida, o el genoma humano y su aplicación en la clonación de seres vivos y en particular del propio ser humano), la diferencia de edades (diferencias en la capacidad de los menores, patria potestad, derecho a alimentos, protección de las personas de la tercera edad, en la protección laboral a una jornada de trabajo reducida de los menores, etc.) y la herencia de ciertos caracteres físicos y mentales (que han determinado derechos a favor de la descendencia, actualmente se podrían probar con la ayuda del ADN).

Además de los ya mencionados, el condicionamiento físico y biológico ha obligado al legislador a incorporar en el desenvolvimiento histórico, una serie de derechos para satisfacer las necesidades humanas de alimentación, vivienda y vestido, por lo menos en un nivel aceptable.

Por su parte la Economía, en no pocos ejemplos como es el caso del marxismo ha determinado el desenvolvimiento del Derecho, así como el capitalismo y su concepción liberal de la economía influyen en las condiciones de las sociedades a quienes el derecho se aplica. En el momento actual, la globalidad en materia económica ha determinado la firma de una serie de compromisos jurídicos a los Estados-Nación que repercuten sobre su derecho interno y que los obligan a replantear conceptos tales como soberanía y ciudadanía, que

fundamentaban en gran medida su existencia. No puede dejar de citarse el auge que en la actualidad, ha tenido el enfoque económico neoliberal, que ha dado lugar a asimetrías y disimetrías entre los hombres, propiciando desigualdades económicas en un gran número de personas, que las ha llevado a niveles de pobreza extrema que ningún orden jurídico es aconsejable que ignore. Esta complejidad jurídico económica exige la apertura de nuestra disciplina hacia planteamientos que comprendan estos fenómenos propiciando su estudio transdisciplinario, que lo mismo estudia la economía desde la óptica del derecho, (derecho económico) que al derecho desde la óptica de la economía, (en el caso del llamado análisis económico del Derecho). Los autores que desarrollan el análisis económico del Derecho sostienen que tanto la Economía como el Derecho son sistemas de distribución social de recursos y ambos obedecen a la misma lógica, del Derecho Privado en el que se desenvuelven, que es la que funciona en el mercado: la maximización de la riqueza. El derecho económico que surge en forma interdisciplinaria entre derecho y economía, tiene más como campo de acción las normas económicas que rigen hacia el interior del Estado, las transacciones de carácter comercial, la libre competencia, la protección de los consumidores, la publicidad comercial, más que cuestiones de carácter macroeconómico.

La Ciencia Política adquiere dimensiones de imprescindible en el campo del Derecho; así, hacia el interior de una sociedad determinada debe desarrollar los principios que identifican al Estado autoritario, al Estado teocrático, al Estado socialista o al Estado democrático, ya que en cada uno de ellos las relaciones entre la autoridad y los gobernados son sustancialmente diferentes y requieren por lo tanto de una estructura normativa también específica; tal vez como ejemplo valga la pena mencionar que en el Estado democrático liberal

nos encontraremos instituciones jurídicas como las que regulan, a través de procesos electorales, la renovación periódica de las autoridades gubernamentales, que no encontraremos en un Estado teocrático o autoritario.

Del mismo modo, nos da cuenta de los órdenes, pero también de los desórdenes que en el desenvolvimiento histórico han propiciado los cambios sociales; en multitud de ejemplos, a causa de acciones que involucran la violencia, como pueden ser la guerra misma, que dan lugar a modificaciones irreversibles en la geopolítica y por supuesto en el Derecho; ejemplo de tales consecuencias pueden ser los tratados y convenios internacionales que se han signado después de las dos conflagraciones de carácter mundial. Sin embargo, no necesariamente mediante movimientos violentos se generan cambios e influencias en el ámbito del Derecho, sino a veces producto de transiciones consensuadas, que han hecho posible democratizar regímenes políticos desde ordenamientos constitucionales progresivos, como los que se han dado en las últimas décadas algunos países latinoamericanos. De igual manera, la aparición de los lobbies, o grupos de presión, así como las organizaciones no gubernamentales, las minorías étnicas y sexuales, minorías religiosas, los discapacitados, los grupos ecologistas, presionan al Derecho para ser incluidos dentro de una organización que contemple sus derechos. La reaparición de actitudes intransigentes y racistas, xenófobas, en el Viejo Continente y en Estados Unidos, exigen encarar los problemas con enfoques transdisciplinarios, para provocar la reversibilidad de estas tendencias que tanto daño han causado, si no, recordemos el holocausto.

Finalmente, podría mencionar la Historia del Derecho, la Sociología Jurídica, la Lógica Jurídica, la Informática Jurídica y la Filosofía del Derecho, como ejemplos de disciplinas que se

han construido de manera interdisciplinaria, y que constituyen un primer peldaño de acercamiento con el Derecho, ya que, como sostienen Edgar Morin, Nicolescu y Vilar, la interdisciplinariedad y transdisciplinariedad se refieren a relaciones de cooperación, intercambio y complementariedad entre diferentes disciplinas.

Si bien es cierto que la cooperación interdisciplinaria es más que frecuente en el campo del Derecho, lo cual resulta evidente de los párrafos anteriores, y que se ha llegado al punto de que esa interdisciplinariedad ha generado nuevas disciplinas, la transdisciplinariedad parece ser una tarea aún pendiente de construir, habida cuenta de que no surge de relaciones lineales entre una disciplina y otra, sino que supone la colaboración conjunta o colectiva de todas las áreas del conocimiento, incluso de la literatura, la novela y la poesía, en torno al Derecho y mediante relaciones que podría calificar de multirecíprocas, abandonando el reduccionismo y el simplismo que ha caracterizado hasta ahora a nuestra disciplina, y propiciando una actitud receptiva, abierta, y tolerante.

El Derecho a la Información y la transdisciplinariedad.

Una vez que se ha aceptado que el Derecho es un fenómeno complejo, al que es posible estudiar por medio de métodos transdisciplinarios, la pregunta siguiente es si el Derecho a la Información, como una rama del mismo, debe abordarse desde un esquema reduccionista, legalista, como el que ha predominado hasta ahora, o si es posible, adaptarlo hacia estos nuevos paradigmas de complejidad y su comprensión mediante métodos transdisciplinarios.

El derecho a la información, que estudia el derecho fundamental que tienen todas las personas a buscar, recibir y difundir información dentro de un Estado de Derecho, entendiendo éste como aquél en que predomina el imperio de la ley, entendida ésta como la voluntad popular, en donde existe una división de poderes, legalidad de la administración y garantía de los derechos fundamentales, se enriquecería si se plantean diferentes enfoques inter y transdisciplinarios.

En efecto, el tema del Derecho a la Información es complejo, ya que comprende, el derecho de los ciudadanos a tener acceso a la información pública, y a que sólo en casos de excepción y previstos por la ley se califique como reservada ésta; así como otros temas relacionados con este derecho humano en particular cuyo desenvolvimiento está tan desfasado en nuestro país en relación a una serie de países democráticos europeos y americanos, como serían el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar; el de la protección de datos personales que consten en archivos públicos o privados; el derivado de las nuevas tecnologías, del uso del internet; de la propiedad de los medios de comunicación, impresos, audiovisuales, televisión por cable; de la cláusula de conciencia y el secreto de los comunicadores; de los contenidos en los horarios de programación de la televisión, lo relativo a la protección de los menores y adolescentes en cuanto a contenidos obscenos o pornográficos; la publicidad; el secreto en cuanto a marcas y patentes, etc.

Por la naturaleza del tema considero que es posible abordarlo desde perspectivas o realidades distintas, tomando en cuenta diferentes enfoques, en relación con el Derecho, la Historia, la Ciencia Política, la Sociología, la Economía, la Psicología, las Ciencias de la Comunicación, la Literatura, y la Ética.

La aproximación histórica al Derecho a la Información, que se asume como un instrumento jurídico liberador del ciudadano frente al poder público, resulta esencial para su cabal comprensión, ya que ni ha estado siempre, ni a partir de su aparición en los ordenamientos constitucionales y legales, se le encuentra reconocido con carácter universal; y si bien esta última afirmación pertenece a los campos de la Sociología y de la Ciencia Política, la primera, que lo ubica en el tiempo, queda comprendida en el terreno de la Historia.

En efecto, creo que la historicidad de los derechos humanos se explica en función de las respuestas que de manera sucesiva dan las personas y las colectividades, en tanto gobernados, frente a diversas realidades sociopolíticas, o bien respecto de los desarrollos tecnológicos. Así, por ejemplo, se ubica en primer lugar la libertad de opinión o libertad ideológica, en un primer desarrollo histórico en el siglo XVIII como un derecho subjetivo público frente al Estado, posteriormente surge la libertad de expresión, durante el siglo XIX difícilmente se podía concebir algo más complejo que la llamada libertad de imprenta para escribir y publicar escritos, sin mas limitaciones que la salvaguarda de los derechos de los demás, en tanto que, los medios de comunicación no alcanzaban aún el desarrollo del que fue testigo la segunda mitad del siglo XX, en los cuales surge como tal el derecho a la Información, al ser incluido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Del mismo modo, frente a un Estado caracterizado por el dejar hacer, dejar pasar, como el que surge de la Revolución Francesa, cuya ingerencia en la vida social e individual no tenía, ni con mucho, las proporciones que tiene ahora y que se traducen en un poder regulatorio omnipresente, o bien sin el extenso bagaje de atribuciones y responsabilidades que ahora le permiten intervenir casi en cualquier cuestión relacionada

con la vida en sociedad (educación, salud, justicia, seguridad, economía, ecología), no era factible que se considerara siquiera el derecho a obtener información veraz de parte del poder público.

Así, resulta necesario estudiar el derecho en cuestión, en función del desenvolvimiento de la sociedad y del Estado.

El enfoque sociológico aportaría elementos para contextualizar este derecho de acuerdo a la cultura, costumbres, creencias, idiosincrasia de los seres humanos, ya que los factores culturales juegan un papel muy importante en cuanto al manejo de la información, ya que como sabemos, de una cultura a otra varían los parámetros para medir las modas, los contenidos, lo que a los habitantes de Inglaterra tal vez les parezca algo normal, puede parecer indecente o escandaloso en nuestro país, así como varían las preferencias del público respecto a programas por ejemplo, como telenovelas, talk shows, programas de concurso, documentales, programas científicos, o culturales, y una cuestión que me parece muy importante, es que los miembros de la sociedad se involucren, como de hecho ha ocurrido ya en algunos países, para formar consejos ciudadanos que supervisan los contenidos de las publicaciones impresas y de las programaciones de televisión, para coadyuvar con el Estado a vigilar que dichas publicaciones y programaciones no generen informaciones deformantes hacia la niñez y juventud.

La legislación de los países muchas veces se desfasa de la correcta reglamentación de los medios electrónicos y de las nuevas tecnologías, ya que a veces intervienen factores muy diversos como en el caso del internet, que tiene su matriz en los Estados Unidos, y en los casos de pornografía o contenidos obscenos, poco o nada puede hacerse, si no es poner un filtro a nuestra computadora, o vigilar personalmente a nuestros

adolescentes o niños, no así los lugares públicos en donde se rentan las computadoras.

En cada país, la sociedad juega un papel muy importante, o debería jugarlo, en cuanto a la forma en que se educa o transmite a nuestros pequeños nuestras tradiciones, nuestra cultura, porque el espacio que dejamos libre lo ocupan, en esta era de la información los procesos transculturales.

La Economía es parte de la realidad compleja del Derecho a la Información ya que los detentadores de los medios de comunicación impresos o audiovisuales, poseen poderes económicos que incluso han podido colocar a la cabeza de Estados a sus dueños, como en el caso de Italia, por lo cual suelen tener un peso muy importante, tanto en el manejo de la información, como en el estricto aspecto económico, ya que por lo general cuentan con grandes intereses económicos y financieros, no en balde se les ha incluido como nuevos poderes emergentes en los Estados.

La Psicología permitiría estudiar el impacto que sobre los seres humanos, en este caso la audiencia, tienen los medios de comunicación en cuanto a la difusión de informaciones o desinformaciones, en relación a las preferencias hacia determinados tipos de contenidos que en un afán de rating seducen a varias parejas próximas a casarse a permanecer varios días en una isla, siendo observados por los televidentes, para que resistan la prueba, y decidan al regreso si se casan o no(EU); el caso del "hermano mayor"(España) o el *big brother* de nuestro país inspirado en Orwell, en que una cámara escondida sigue el desenvolvimiento de la vida de unas personas, siendo observada también por los demás a cambio de dinero; o la promoción de concursos en los que el participante es ridiculizado frente a la mayor audiencia.

Si queremos vencer realmente el paradigma de la simplicidad, y abrir nuestra mente al paradigma de la complejidad, quizá lo aconsejable sea permanecer menos tiempo frente al televisor, más cerca de los medios impresos, de las revistas, y sobre todo de los libros, que nos hagan desarrollar las inteligencias múltiples a que se refiere Gardner, y no abandonarnos al impulso de una falsa distracción.

Resulta paradójico que sea en las Facultades de Ciencias de la Comunicación donde se imparta la materia de Derecho a la Información, ya que en nuestras Facultades de Derecho no está incluida, al menos no en las universidades públicas. De cualquier manera los profesionales de la Comunicación y los juristas han tenido de unos años para acá una cooperación interdisciplinaria, insuficiente si se quiere, pero dentro del contexto de atraso que lleva nuestro país en relación a esta materia, deben destacarse esfuerzos de académicos y dueños de medios de comunicación. Entre los temas compartidos sobresalen la publicidad y el comportamiento de la opinión pública.

Tal vez la obra literaria que más fielmente describió nuestra era comunicativa, y la complejidad de los problemas a que nos enfrentamos, es *Homo Videns*, de Giovanni Sartori, en la que el autor nos describe frente al televisor, un poco infantilizados, si le creemos en que algunas de las noticias importantes del día no son tales, sino las que ha captado la cámara x en el lugar x, por cuestiones de mercadotecnia. Otro ejemplo lo constituyen algunos guiones cinematográficos que nos presentan, como en *Wag the Dog*, una guerra ficticia en los medios para resolver una crisis presidencial en los Estados Unidos.

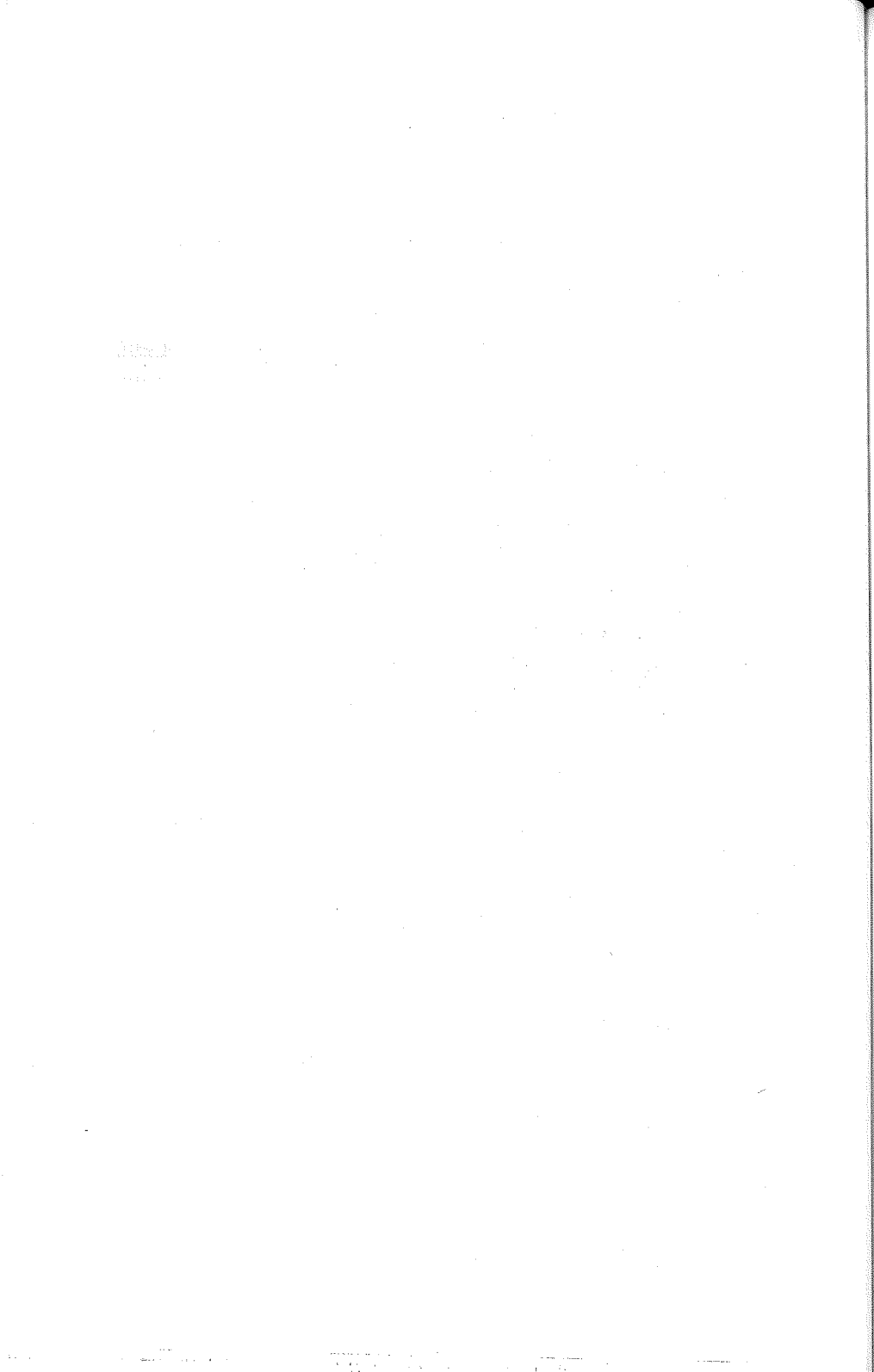
El derecho a la información se entrelaza de muy diversas maneras con la Ética, ya que como sostienen algunos Filósofos del Derecho, éste no es solamente una estructura

descriptiva de conductas y hechos, sino que debe tener un contenido ético mínimo.

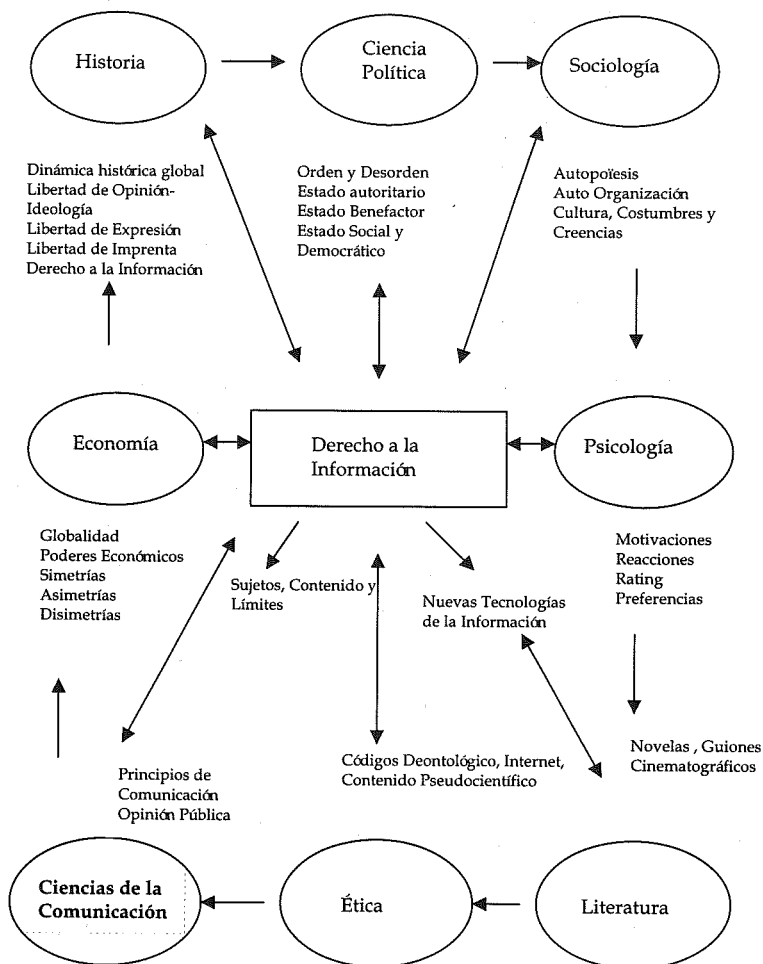
La Ética colabora con el Derecho en la elaboración de los Códigos deontológicos de los periodistas, cuya conducta debe regir, y en la elaboración de los contenidos de los medios impresos y audiovisuales.

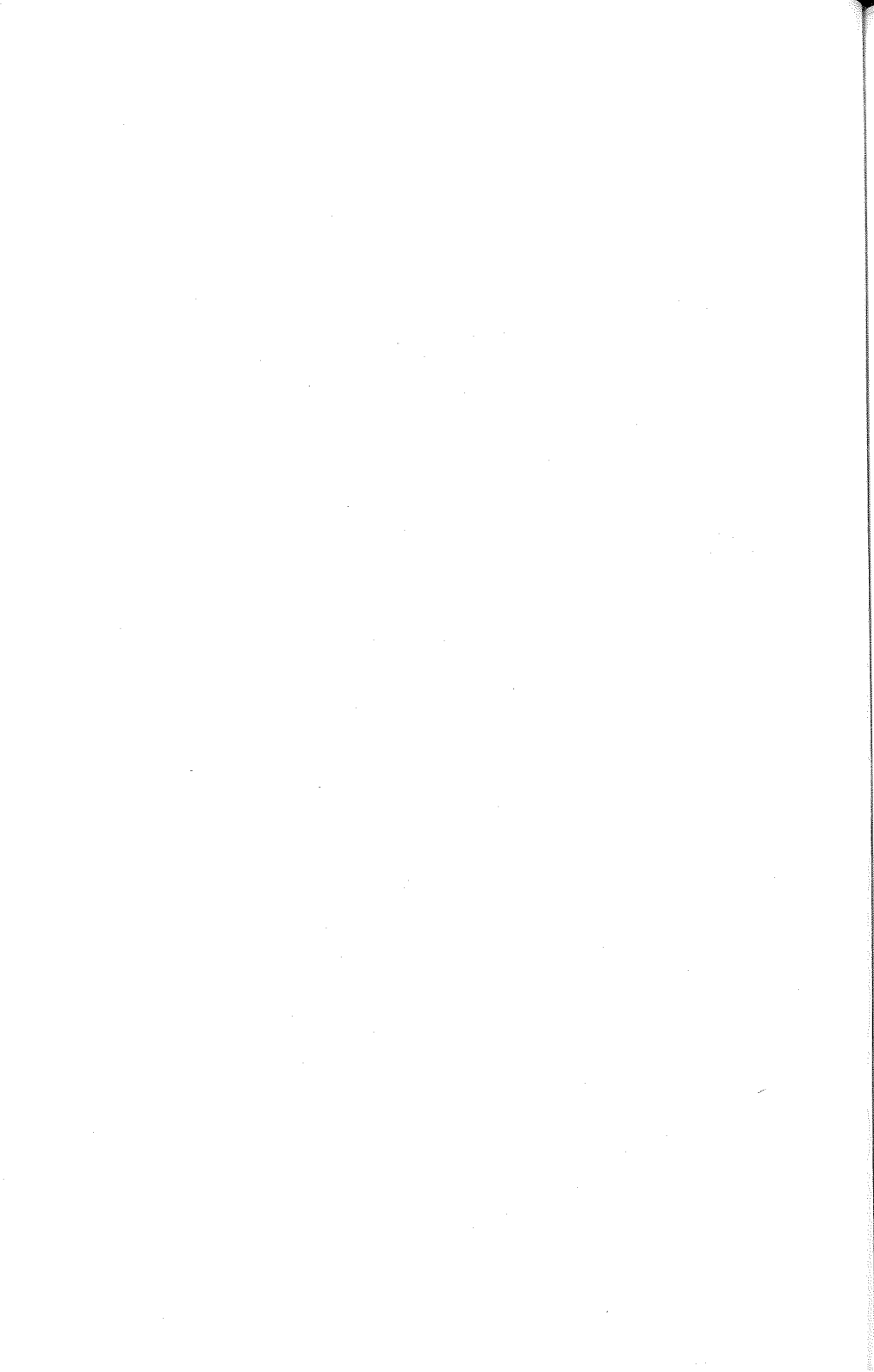
Por último, en lo que respecta a la conducta de los funcionarios y empleados de los tres niveles de gobierno que poseen información de interés para el ciudadano, el Derecho y la Ética tienen un largo camino por recorrer, ya que no hay una cultura jurídica de la publicidad de los actos del gobierno en nuestro país.

Estas reflexiones me permiten proponer abordar el derecho a la información con un enfoque transdisciplinario, dada su complejidad.



MAPA CONCEPTUAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN UN PARADIGMA COMPLEJO





La obligación moral de respetar la vida privada*

Marta Silvia Moreno Luce**

La relación entre la política y la moral ha sido tema de grandes controversias que se resumen en dos posturas irreconciliables, una, sostiene que la política y la moral son dos ámbitos de la cultura que se excluyen mutuamente y la otra, que considera a ambas íntimamente relacionadas de tal forma que la política solo está legitimada si está fundamentada en la moral. Ubicándome en la segunda, me voy a referir a algunos aspectos sobre las relaciones entre la moral y la actividad política, por una parte y los derechos al honor, a la intimidad y a la vida privada que como seres humanos tienen quienes la realizan.

¿La moral es una exigencia de nuestra propia conciencia en todas las actividades de nuestra vida, tanto la privada como la pública? ¿La política debe estar fundamentada en la moral al igual que el derecho?

El primer punto de mi tema es el de las conexiones y distinciones entre la moral y la política que ha sido y es objeto de continua reflexión entre los filósofos de la moral, la política y el derecho. También es habitual la apelación a la moral por

* Conferencia en el seminario de Ética Jurídica el día 3 de septiembre del 2001.

** Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

parte de los políticos, los medios de información y los ciudadanos en general, cuando se trata de evaluar los programas, actitudes y prácticas políticas. De manera que quien ejerce la actividad pública llamada política, tiene que responder de sus acciones desde el punto de vista de la moral, no obstante, no todos los filósofos piensan igual, así, para el Maestro José Luis Aranguren, "la política está reñida con la ética, en virtud de que el político en aras de la eficacia tiene, algunas veces, que ensuciarse las manos, la política es una profesión un poco sucia, pero alguien tiene que ejercerla." ¹

Este problema, de las manos sucias ha sido difundido a través de la literatura por el mas popular de los filósofos existencialistas, Jean Paul Sartre, quien describe en su obra teatral que tiene precisamente el nombre de "*Las manos sucias*" cómo un líder revolucionario confiesa tener las manos sucias hasta el codo, por acciones realizadas en beneficio de la clase trabajadora, no en beneficio propio. El problema planteado por Sartre, se refiere a que en ocasiones, el político infringe los principios morales en nombre del interés público, y esto es parte esencial de la política misma.

A través de la historia como vía de ejemplo, podemos analizar la actuación, de los reyes y de los príncipes quienes abiertamente transgredían la moral convencional por razones de Estado. En los tiempos actuales, los políticos, como todos lo sabemos, también rompen las reglas de la moral cuando mienten para proteger la seguridad nacional, o falsean datos sobre la verdadera situación económica de su país, o cuando disponen ordenar la destrucción y la muerte de miles de personas civiles en respuesta a una ofensiva nuclear o terrorista, o mas grave aún es el caso de un grupo en el poder que encubre a alguien capaz de desestabilizar al mundo y

¹ Eusebio Fernández, *Estudios de Ética Jurídica*, Ed. Debate, Madrid, 1990, p. 125.

ocasionar daños enormes a personas inocentes por medio de actos de terrorismo.

Este problema planteado desde el punto de vista de la moral no es sencillo, no podemos conformarnos con señalar simplemente las manos sucias de los políticos, acusándolos de actuar en contra de la moral, sin tomar en cuenta los cambios producidos en la toma de decisiones de los gobernantes, con el advenimiento de la democracia, en la que ahora muchas veces, actúan con el consentimiento de los ciudadanos, o presionados por ellos, por los grupos de interés, los partidos políticos o en algunos casos de acuerdo a las decisiones bilaterales o multilaterales con otros países, lo cual de todas maneras, no los exonera de su responsabilidad moral. Podemos preguntarnos ¿Qué relación existe entre la moral y la política en una sociedad democrática? De qué manera se relacionan los imperativos de desarrollo en un contexto ético del sistema democrático? La trascendencia de estos temas nunca fue tan importante como ahora. Una de las características mas positivas de los tiempos recientes ha sido la intensificación de la preocupación por los padrones éticos que deben ser la referencia indispensable en la vida política y en el funcionamiento de las instituciones democráticas.

La democracia comprende el compromiso con la moral y los valores que la orientan y que permiten la promoción, el respeto y la garantía de los derechos humanos a través de la actuación del gobernante de acuerdo a la moral pública.

De esta forma los funcionarios públicos se enfrentan al dilema resultante del conflicto entre dos clases de moral: una que concierne plenamente a su vida privada y otra a la vida política. Es decir, a veces tienen que tomar decisiones que contrarían a sus principios morales como personas privadas. Maquiavelo señalaba claramente que la moral pública no sólo

es diferente de la moral ordinaria sino que muchas veces, la reemplaza por completo.

Tenemos ante nosotros un problema o mejor dicho un dilema moral, ¿hasta que punto está justificado violar las normas de la moral pública o social en aras del bienestar de todos? Cuando el político está plenamente convencido que está actuando bien, que sus decisiones, en conciencia son buenas, de acuerdo a la moral. Ahora bien esto es factible entre las doctrinas éticas más estrictas, como la Kantiana, en la cual la definición de la conciencia moral aparece de manera escalofriante, según la acertada expresión de Javier Muguerza, "Todo hombre tiene conciencia moral y se siente observado, amenazado y sometido a un respeto (respeto unido al temor) por un juez interior; y esa autoridad que vela por él y por las leyes, no es algo producido arbitrariamente por él mismo, sino inherente a su ser. Cuando pretende huir de ella, le sigue como su sombra. Puede sin duda, aturdirse y adormecerse con placeres y distracciones, mas no puede evitar volver en sí y despertar de cuando en cuando tan pronto como percibe su terrible voz."²

En este punto no hay concesiones, tanto los particulares como los profesionistas y los políticos, nos enfrentamos a nuestra conciencia, en algún momento de nuestra vida. De lo anterior deducimos que ningún acto, que sea contrario a las normas morales puede justificarse, por ninguna razón de Estado, o por considerarse que se está logrando el bienestar de un grupo con actos, que aunque transgredan a la moral, en último término benefician a la sociedad, porque el implacable tribunal de su conciencia le pedirá cuentas alguna vez.

Distinto es el caso de algunos funcionarios públicos que

²Javier Muguerza, "El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal" en *Derecho y Moral*, Rodolfo Vázquez compilador, Ed. Gedisa, 1998, p. 183.

realizan actos inmorales en los que el móvil es la codicia, el deseo de poder o lealtad a su familia y amigos, en estos casos indudablemente se están violando las normas morales.

Otro dilema diferente es el de la responsabilidad moral de las múltiples manos, relatado por Denis Thompsom, quien afirma: " El retrato que preside las discusiones sobre los dilemas morales que padecen los funcionarios públicos representa a una figura solitaria, torturándose a solas cuando toma decisiones morales y actuando en soledad cuando las pone en práctica. Pero a este cuadro le falta una dimensión política fundamental y en consecuencia oscurece un problema importante de la ética política: el de las múltiples manos"³

Es decir, en una decisión política, intervienen muchas personas, por lo que no es posible, identificar plenamente a los moralmente responsables de las consecuencias. "Si bien puede determinarse la inmoralidad de una política, es imposible encontrar a alguien que la haya elaborado por sí solo"⁴

La democracia desde el punto de vista de la moral enfrenta dos problemas: el de las manos sucias, en el que los ciudadanos desconocen el contenido de ciertas políticas perseguidas por los gobiernos. Y el de las múltiples manos que obstaculizan la atribución de responsabilidades, así, cuando los ciudadanos buscan a quien pedir cuentas de una acción, les es imposible descubrir a un funcionario que sea el único responsable.

Es necesario en este punto, distinguir la moral personal de la moral social, porque las fronteras entre ambas no son muy claras. Al respecto el maestro Eusebio Fernández sostiene una

³ Denis F. Thompsom, *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999, p. 65.

⁴ *Ibidem*, p. 103

La obligación moral de respetar la vida privada

tesis en el sentido de que la moral es originaria y materialmente social, pero al mismo tiempo es fundamentalmente personal o autónoma. Que la moral es originariamente social quiere decir que la raíz de la que se nutren los contenidos de la moral es la sociedad y que por tanto, el aprendizaje de los valores y de las normas morales es un ejemplo más del aprendizaje de los valores y normas socioculturales.

La moral se considera como social porque gran parte de sus valores y normas van dirigidas al comportamiento del hombre en sociedad, es decir, es doblemente social porque no sólo su origen sino su contenido de valores y normas son sociales. La moral dirigida al comportamiento estrictamente personal es la moral privada, mientras que la moral dirigida al comportamiento del hombre en relación con otros hombres es la moral pública, esto equivale a la distinción que generalmente hacemos entre vida pública y vida privada.

Es innegable que la moral, a pesar de su origen social es fundamentalmente personal y autónoma. Al individuo no se le impone la norma, sino que ésta incide en su conciencia moral, la cual realiza un examen de la misma, ya sea para aceptarla o rechazarla. La conciencia moral implica la absoluta libertad y autonomía. Es únicamente el hombre en la manifestación plena de su individualidad el que acepta o rechaza los valores morales establecidos y actúa de acuerdo o en contra de ellos.

Para el citado filósofo español José Luis Aranguren la ética considerada en sí misma, es primariamente personal. Es cada hombre, en cada momento de su vida, quien tiene que proyectar y decidir lo que va a hacer. Tiene que elegir entre varias posibilidades, el único mérito de la conducta moral estriba en la elección absolutamente libre y personal entre la opción de hacer el bien o actuar en su contra.

Volviendo al tema de la actividad pública en general y

específicamente la política, podemos afirmar que su relación con la moral es íntima, no puede sustraerse a ella bajo ningún supuesto, es decir, nos inclinamos por la tesis de que no hay ninguna acción humana exenta de las obligaciones morales, pues de lo contrario atentariamos contra la esencia misma del hombre al bifurcarlo, porque resultaría uno que cumpla con los dictados de la moral en su vida privada e infrinja las normas morales sociales en su actuación pública, o bien otro que no cumpla con los preceptos morales privados y en cambio los respete en su actividad pública, también es posible que alguien no acate ninguna de las dos. Lo ideal sería el cumplimiento de las normas morales en los dos ámbitos.

Ahora bien, así como se le exige en su actuación tanto personal como política, el acatamiento a la moral privada y la moralidad social, el hombre público, tiene el derecho a que se respete su vida privada, su honor, dignidad e intimidad, que sólo le pertenecen a él, pudiendo haber comentarios desfavorables, opiniones en contra y críticas exclusivamente en lo relacionado al desempeño de su cargo público.

Fernando Savater, uno de los mas reconocidos y populares filósofos contemporáneos, en su obra *Política para Amador* sostiene acertadamente con su lenguaje particular: "Solo dos restricciones imagino al derecho a la libertad de expresión, característico por excelencia de la democracia (los griegos le llamaban parresía, el hablar franco y sin cortapizas): primero, la abierta incitación al crimen, a la persecución contra las personas o contra sus medios lícitos de vida; segundo, la protección de la intimidad personal de cada ciudadano. Hasta el mas público de los individuos tiene derecho a una esfera privada. Y el derecho a la información no justifica vocear las intimidades de nadie, porque no de todo tienen derecho a estar informados."⁵

⁵ Fernando Savater, *Política para Amador*, Ed. Ariel, España, 1937, 13ª Ed. p. 215.

La obligación moral de respetar la vida privada

“La intimidad como noción filosófica alude a un presupuesto fundamental del hombre en cuanto persona; como construcción jurídica, se proyecta en la estructuración de un derecho subjetivo a la intimidad, o al menos, confiriendo los resortes coactivos del derecho para la protección y la defensa de ese decisivo bien personal”⁶

La idea de intimidad aparece primero en la filosofía con San Agustín, quien redescubre la intimidad del hombre a solas consigo mismo, la cual le permite una relación directa con Dios. Por el contrario en la ciencia jurídica esta preocupación es tardía, nace cuando se declara como uno de los Derechos Humanos en el artículo quinto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre y en el artículo 12 de la Declaración Universal de los derechos del hombre, ambas de 1948, posteriormente se refuerzan sus medios de protección cuando se van reconociendo como derechos fundamentales en las Constituciones de cada país. La intimidad, es una condición esencial de la persona y participa de la misma naturaleza de otros derechos que también la conforman y constituyen el sustento de su dignidad como la vida, la integridad física, el honor, la honra, la reputación y la libertad.

“Hasta fines del siglo XIX la personalidad no se concebía como objeto susceptible de derechos, actualmente, éstos se consideran como irrenunciables e inalienables por su carácter esencial y existencial, en el sentido de que una persona sin derecho a la vida, al honor o a la vida privada deja de ser persona para convertirse en esclavo, por lo mismo, son imprescriptibles, porque han de durar toda la vida de la persona.”⁷

⁶ Matilde M. Zavala de González, *Derecho a la intimidad*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 17.

⁷ Lluís de Carreras Serra, *Régimen Jurídico de la Información*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1996, p. 83.

Cuando los individuos adquieren la conciencia de su derecho a la intimidad, todos la reclaman para sí mismos de una manera más exigente que la que les conceden a los funcionarios públicos. Así, es usual que éstos vean al descubierto en determinado momento, sus finanzas, sus historias clínicas, sus hábitos con respecto a las bebidas, a las drogas, a su comportamiento sexual y a su vida familiar

En general, la vida privada de los funcionarios está mas expuesta que la de los ciudadanos comunes, sin embargo, la reserva o confidencialidad exigida por los funcionarios en algunos asuntos gubernamentales, no debe tratarse como una cuestión de intimidad o como parte de la vida privada. Éstos tienen derecho a la reserva sobre ciertas cuestiones de Estado, pero las razones para ocultarlas al público o a otros colegas se relacionan con la naturaleza propia de la actividad política y la eficacia institucional y no con el derecho a la intimidad de los propios funcionarios.

La vida privada consiste en aquellas actividades que se pueden conocer u observar o en las que se puede intervenir sólo con el consentimiento de la persona, las dimensiones de la esfera privada son relativas, pero a pesar de eso, los ciudadanos tienen derecho a controlar la información acerca de sí mismos.

El respeto por la intimidad de cada uno tiene sentido únicamente dentro de una teoría que suponga la prioridad de la vida privada sobre las exigencias de la vida pública. "La vida privada de un funcionario público no debería divulgarse a menos que ello fuera relevante para sus deberes oficiales. La intimidad que sacrifica un funcionario no sólo depende de la naturaleza del cargo y de la naturaleza de sus presuntas actividades, sino también de la relación de ambas."⁸ En este punto hay que recalcar que el gobernante tiene mas

⁸ *Idem.*

La obligación moral de respetar la vida privada

responsabilidad moral en cuanto al comportamiento en su vida privada que el ciudadano común, porque precisamente por ser una figura pública, su responsabilidad moral es mayor porque puede ser tomado como ejemplo y porque además, es el representante de una nación, en él, debe haber coincidencia en las dos esferas, esa es la gran responsabilidad moral que deben asumir quienes se dedican a la actividad política.

Cuando hablamos de funcionarios, la forma como fueron nombrados no tiene gran importancia, si el funcionario es representante electo, una persona designada políticamente o un funcionario de carrera, una vez en el ejercicio de su cargo esas diferencias desaparecen y tienen el mismo derecho al honor y a la intimidad.

"El derecho a la privacidad o a la intimidad es uno de los contenidos del derecho a la dignidad, también se le considera como un derecho independiente, aunque derivado del anterior."⁹

Existen muchas definiciones de este derecho, podemos mencionar la que lo considera como la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las que pueden asumir muy diversos signos. "El reconocimiento de este derecho presupone las condiciones mínimas indispensables para que el hombre pueda desarrollar su individualidad, su inteligencia y su libertad, sin embargo, la intimidad personal y familiar, es uno de los derechos mas atacados, desde todos los ángulos, por los particulares, los periodistas y en general todos los medios de difusión."¹⁰

⁹ Lluís de Carreras, op. cit., p. 109.

¹⁰ Miguel Angel Ekmekdjian, *Derecho a la información*, Ed Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 72.

Es pertinente hacer una precisión terminológica para diferenciar la intimidad y la vida privada, pues generalmente se utilizan indistintamente. "El concepto de vida privada es muy amplio y genérico, engloba a todo aquello que no es o no queremos que sea de general conocimiento. Dentro de ello, existe un núcleo que protegemos con más celo, con mayor fuerza porque lo entendemos como esencial en la configuración de nuestra persona, es esto último lo que denominamos intimidad."¹¹ Cada uno de nosotros consideramos nuestra vida privada o nuestra intimidad con grado, rangos y caracteres diferentes, lo que para una persona puede ser objeto de la reserva mas extrema, es o puede ser para otro un orgullo que se conozca, pero indudablemente es derecho de cada quien, decidirlo y todos los demás tenemos la obligación moral de respetarlo.

Cuando nos referimos al hombre común y a la figura pública, es comúnmente aceptado que el ámbito de la intimidad es distinto en el hombre común que en el que tiene una vida pública más desarrollada, como es el caso de los políticos, en los cuales la esfera de privacidad es mas reducida lo que ocasiona en éstos últimos una menor protección jurídica de sus derechos.

Es pertinente, creemos, afirma el maestro Lucrecio Rebollo Delgado, establecer una diferencia mas acentuada entre persona pública y privada, aunque ambas gozan de los mismos derechos a la dignidad, al honor, a su propia imagen y a la intimidad, la persona privada tiene una protección más amplia comparándola con el respeto a la intimidad de las personas públicas, es decir, el sujeto público tiene restringido su ámbito de vida privada, por tres causas:

¹¹Ibidem. P.74

La obligación moral de respetar la vida privada

1.-Es una consecuencia negativa o positiva, implícita en el concepto de personaje público o con relevancia social.

2.- Existe en la mayoría de los casos una pretensión, una voluntariedad de salir del anonimato,

3.- Por último, existe la pretensión legítima del ciudadano de conocer ámbitos de las actuaciones de la persona que tiene esa relevancia social o en su caso política.

“La reducción del ámbito de lo privado de la persona pública, no tiene una configuración ilimitada. De esta forma la línea divisoria se encuentra en que las renunciadas a la vida privada han de estar directamente relacionadas con la actividad o el cargo que le da relevancia social, pero no puede ir más allá”¹²

De la misma forma, el político, tiene como meta realizar cierta actividad pública relacionada con el bien común, o con los valores democráticos, o simplemente por la búsqueda del progreso de su país o del suyo propio, en este sentido podríamos decir que elige ser un personaje público por propia voluntad, lo cual no implica de ninguna manera la renuncia total a su vida privada, sólo supone, en cierta medida la aceptación en todo caso de una esfera más restringida, así, la Sentencia No. 107/88 del Tribunal Constitucional Español en su fundamento jurídico número 2º establece que las personas públicas “tienen mas debilitado su protección al honor que las personas privadas y están obligadas a soportar que sus derechos subjetivos de la personalidad, resulten afectados” en el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 197/91 del citado Tribunal, aunque ambas decisiones están referidas al derecho al honor, la misma justificación se hace en relación a la intimidad”¹³

¹² Lucrecio Rebollo Delgado, *El derecho fundamental a la intimidad*, Ed. Dykinson, S.L. Iusfinder, Madrid, 2000, p. 136.

¹³ *Ibidem*, p. 137.

El Tribunal Constitucional daba preferencia con esas decisiones al derecho a la información en detrimento del honor, la intimidad y la propia imagen, pero posteriormente cambió su criterio estableciendo respecto al derecho a la información y el derecho a la intimidad que "la eficacia justificadora de esas libertades pierde su razón de ser en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público y cuya difusión y enjuiciamiento público son innecesarios."¹⁴

No existe positivizado el derecho al honor, no existe tampoco una definición del mismo en los ordenamientos jurídicos. Se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, teóricamente se considera entre los conceptos jurídicos indeterminados. La definición del derecho al honor es extrajurídica, como concepto se asocia al de buena reputación, la cual como la fama y aún la honra, consisten en la opinión positiva que las gentes tienen de una persona. Existe también el anverso en los conceptos de deshonor, deshonra o difamación. El denominador común de todos los ataques e intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena.

La doctrina y las decisiones de los tribunales están de acuerdo, cuando se plantean cuestiones sobre el honor de los políticos, refiriéndose al caso de personas que ostentan un cargo de autoridad pública, o que poseen relieve político, "conviniendo en que, ciertamente por esa razón, se hallan sometidas a la crítica en un Estado Democrático, lo cual no significa en modo alguno, que en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor."¹⁵

¹⁴ Citado por Lucrecio Rebollo Delgado, op. cit. p. 136.

¹⁵ Rebollo Delgado, op. cit. P. 128

La obligación moral de respetar la vida privada

De modo que si una persona en el cumplimiento de sus funciones recibe expresiones insultantes o injuriosas, realizadas en el ejercicio de la libertad de expresión, son atentatorias de su honorabilidad. El mismo Tribunal insiste en que un juez está obligado a ponderar, y analizar debidamente cada caso por ejemplo el de un artículo periodístico en el que se criticaba a un alcalde, estableciendo en su resolución: "En esa obligada ponderación, el juez penal debió valorar, desde luego, el contenido mismo del artículo periodístico, la mayor o menor intensidad de sus frases, su tono humorístico, el hecho de afectar el honor del denunciante no en su faceta íntima o privada, sino en cuanto derivara sólo de su gestión pública como titular de un cargo representativo, y la intención de la crítica política en cuanto formadora de la opinión pública, así como también la existencia o inexistencia del *animus injuriandi*." ¹⁶

"El derecho al honor prevalece sobre la libertad de expresión cuando se ejerce abusivamente el derecho; cuando la información veraz de ideas y opiniones son innecesarias o sin vinculación con la información de relevancia pública" ¹⁷

"El derecho a la honra no prohíbe la intromisión misma en la vida de la persona que se encuentra sancionada por el derecho al respeto de la vida privada, de la persona y su familia, sino la posterior violación del buen nombre de la persona o su familia como consecuencia de la divulgación de aspectos de la vida privada de las personas que por su naturaleza afectan su reputación. En una perspectiva positiva, el derecho a la honra implica la posibilidad real que debe hacerse accesible a todos los individuos de construir su prestigio en el medio social"

¹⁶ Ibidem. p. 128

¹⁷ Humberto Nogueira Alcalá, "El derecho a la información", en *Derecho a la información y Derechos Humanos*, UNAM, p. 71.

“La honra corresponde al conjunto de cualidades éticas que permiten que la persona merezca y reciba la consideración de las demás, lo que se vincula con el sentido objetivo del honor”¹⁸

La libertad de información ejercida previa comprobación responsable de la verosimilitud de lo informado y en asuntos de interés público, no sólo ampara críticas más o menos inofensivas e indiferentes, sino también aquellas otras que pueden molestar, inquietar o disgustar el ánimo de la persona a la que se dirigen, siendo mas amplios los límites permisibles de la crítica, cuando ésta se refiere a las personas que por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones, que si se tratase de particulares sin proyección política.

Los grandes conflictos en que se ven involucrados los derechos a la intimidad, al honor y a la propia dignidad, provienen del abuso del ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información, porque son derechos que se contraponen siendo ambos de gran jerarquía y con partidarios a veces irreconciliables, como son los ciudadanos que exigen su derecho a ser informados y los medios de comunicación a informar, así como a opinar sobre todos aquellos asuntos que a su juicio son importantes o de interés general. Por otro lado está el derecho de todos a que se respeten la intimidad, el honor, la imagen, el hogar, las relaciones afectivas, etc. Este conflicto se plantea mas acentuado en aquellos individuos que tienen una vida pública superior al término medio, los políticos en nuestro caso, ya que para la opinión pública, muchos de los aspectos de la vida de estas personas son importantes como no lo serían en un hombre común.

¹⁸ Idem.

La obligación moral de respetar la vida privada

"Queda claro a cualquier observador que son derechos, los aquí citados, llamados a colisionar de forma cotidiana. A nadie se nos escapa tampoco que son derechos de difícil delimitación, tanto práctica como jurídica,"¹⁹ por esa razón, en estos casos es más sensato apelar a la conducta moral para el logro de su respeto.

"El principio de intimidad uniforme está subordinado a la demostración de que la vida privada tiene valor para los funcionarios por las mismas razones o por razones tan sólidas como lo tiene para los ciudadanos. La intimidad tiene su fundamento en la libertad, asegurando a los individuos que pueden comprometerse en ciertas actividades, libres de toda observación, intromisión o amenazas inhibitorias. Los funcionarios públicos quedan mas expuestos cuando se viola su vida privada, de modo que en realidad necesitan mayor protección que los ciudadanos comunes. La intimidad respalda asimismo la equidad e igualdad de oportunidades, garantizando que las actividades irrelevantes al cumplimiento de los deberes públicos no incidan en la posibilidad que tiene un individuo de obtener un cargo en el gobierno."²⁰

De qué nos protege el derecho al honor y a la intimidad tanto a los ciudadanos en general como a los políticos? de noticias falsas, de opiniones injuriosas y de los abusos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión, en virtud de que este derecho desde luego no es absoluto como han pretendido considerarlo algunas veces. Todos tenemos el derecho de que la información sobre nosotros sea verdadera y con nuestro consentimiento, lo cual, es evidente que difícilmente se cumple.

¹⁹ Lucrecio Rebollo, op, cit. p. 137.

²⁰ Ignacio Verdugo Gómez de la Torre, *Honor y libertad de expresión*, Ed. Tecnos., Madrid, 1987, p. 57.

Es importante resaltar las dificultades fácticas que existen para la protección de derechos cuyos conceptos son abstractos como el honor, la dignidad y la intimidad. "El honor está constituido por las relaciones de reconocimiento entre los distintos miembros de la comunidad que emanan de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad. Estas relaciones actúan como presupuestos de la participación del individuo en el sistema social y precisamente, parte de su contenido será consecuencia directa de su participación en el sistema."

Consideramos que se ha avanzado jurídicamente en cuanto a la tutela como derechos humanos y como derechos fundamentales de la libertad de expresión y del derecho a la información, sin embargo, a pesar de estar también tutelados los derechos al honor a la vida privada y a la intimidad, estos últimos se violan frecuentemente, a causa, entre otras muchas, de las cuantiosas fortunas amasadas a costa de perseguir a los personajes famosos y a los funcionarios públicos, por lo que no se ha respetado el equilibrio que debe existir entre derechos que se contraponen. Al contrario, tenemos un desequilibrio, un desbalance a favor de la libertad de expresión y del derecho a la información, a causa de que los particulares se interesan mucho más por la vida privada de un presidente o del príncipe heredero, que por sus programas de gobierno y sus propuestas políticas. En general, se interpreta la actuación pública de un funcionario a través de actos personales que no tienen nada que ver con la función que les corresponde desempeñar.

Nuestra propuesta concreta es en el sentido de volver los ojos hacia la moral, el derecho a consecuencia del predominio del positivismo se ha desligado de su fundamento moral, pero es necesario que en temas tan delicados, como el que tratamos en esta charla, la moral sea el fundamento real del derecho, de manera que todos estemos convencidos de la

La obligación moral de respetar la vida privada

obligación jurídica y del deber moral de respetar el honor, la vida privada y la intimidad de los demás, sin hacer distinciones entre personas famosas y simples mortales, porque no puede haber democracia sin educación y la educación en materia política es fundamental, de manera que los medios de comunicación y los ciudadanos debemos interesarnos mas por las decisiones políticas, los programas de gobierno y su cumplimiento, que por cuestiones triviales como la vestimenta, las costumbres sexuales o la actitud ante las drogas de los funcionarios públicos, o como en algunos países europeos que se preocupan más por la vida privada de la realeza, que por su preparación para asumir la corona, lo cual de alguna manera se comprende, por la poca relevancia que tienen en la vida política de su país. Pero entre nosotros, cualquiera que ostente un cargo político debe estar mas comprometido con la moral tanto en su vida privada como en la pública, ya que siempre se encuentran a la vista de todo el público y por tanto, su compromiso moral debe ser mayor, debiéndose reflejar la deontología política en todos los actos de su función pública.

Ninguna medida legal tendrá eficacia contra la corrupción y la búsqueda de la transparencia de la que tanto se habla en el mundo contemporáneo, si no se fomentan desde los hogares, en las escuelas y universidades, la transmisión y la práctica de los valores morales.

Análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFCE) sobre concentraciones.

Sara Luz Quiroz Ruiz*

SUMARIO:1.Concepto de concentración. 2. Modalidades de las concentraciones en el Derecho de la Competencia. 3. Marco regulatorio aplicable en la revisión de concentraciones. 4. Los procedimientos en la revisión de las concentraciones. 4.1 El procedimiento aplicable en la práctica de una consulta. 5. Metodología de las resoluciones de la CFCE sobre concentraciones. 6. El recurso de reconsideración. 7. Dos aplicaciones del método para determinar el índice de concentración. Conclusiones. Anexos. Bibliografía.

Preservar el equilibrio entre los intereses públicos y los privados en el mercado nacional, ha sido la misión de la Comisión Federal de Competencia, cuya experiencia acumulada durante nueve años de funcionamiento, ha originado que el Pleno establezca criterios de interpretación, lo cual ha fortalecido el marco regulatorio aplicable en el examen de las concentraciones.

Introducción.

En el proceso de globalización económica, sobresale la multiplicación de los conglomerados, denominación con que

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

**Análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFCE)
sobre concentraciones.**

también son conocidas las concentraciones, cuyo propósito de fortalecer y ampliar su posición en el mercado, amerita ser controlado por el Estado para impedir que afecte o pueda afectar al mercado mexicano, lo cual constituye la misión de la Comisión Federal de Competencia Económica, expresada a través de las instituciones consistentes en las resoluciones emitidas por el Pleno de dicho organismo, cuyo estudio se realizará desde que fue fundada la Comisión, o sea a partir de junio de 1993, hasta el año 2001.

Durante ese período, las funciones del citado colegiado han sido reguladas por dos Reglamentos Interiores; en los cuales, el principio de transparencia aplicado a la divulgación de sus resoluciones, ha recibido un tratamiento diferente, pues de acuerdo al artículo 15 del publicado en el Diario Oficial de la Federación del 12 de octubre de 1993: las resoluciones del Pleno o sus extractos, **podrían** ser publicados, en el informe de la Comisión o en periódicos o publicaciones especializadas; en cambio el vigente, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 28 de agosto de 1998, en su artículo 17 dispone: respecto de aquellas resoluciones que hayan quedado firmes o sus extractos, **podrán** incluirse en el informe de la Comisión y **deberán** publicarse en la Gaceta de la Comisión y en el Diario Oficial de la Federación; disposición que deja completamente clara la obligación de difundir tales resoluciones, lo que en el reglamento abrogado se dejaba a la interpretación, según puede apreciarse en la omisión que recae sobre la divulgación de las actuaciones comprendidas en los primeros cinco años de existencia de la Comisión, pues únicamente fue descrita y concentrada en los informes y sus correspondientes cifras en los anexos, donde aparece organizada por año de funcionamiento, optándose hacerlo por año calendario hasta 1997, cambio que originó la existencia un informe semestral, correspondiente al 2º semestre de 1996. Ante tal

situación, la información difundida por la propia Comisión y manejada para realizar el análisis de las resoluciones correspondientes a los últimos cuatro años de funcionamiento, fue localizada con notorias diferencias en los siguientes medios: los informes anuales de la Comisión Federal de Competencia, la Gaceta que edita de manera impresa y a través de su página web.

Dicha información revela, que el mayor dinamismo registrado en materia de concentraciones, desde la fundación de la Comisión, fue en el año de 1996, cuando la desincorporación de empresas públicas acaparó el interés de los empresarios, lo que a su vez generó una transformación de los mercados nacionales; operatividad que durante esos primeros cinco años impactó los mercados del sector industrial, el de telecomunicaciones y el financiero; en 1994 dentro del sector telecomunicaciones en todos su mercados destacan las operaciones consistentes en; establecimiento de alianzas estratégicas entre empresas mexicanas y extranjeras, en el área de telefonía celular y radio comunicación móvil especializada de flotillas, la integración de servicios de telefonía local y televisión restringida; la reestructuración del sector financiero con la participación de la banca nacional y extranjera, así como el mercado de productos farmacéuticos, con las fusiones y adquisiciones de empresas farmacéuticas internacionales con efectos en México a través de sus subsidiarias en 1994. Las resoluciones en materia de concentraciones emitidas durante 1994-1995, fueron impugnadas fundamentándose en cuestiones de forma, refiriéndose a los de fondo, a una supuesta inconstitucionalidad de la Comisión. Resultando confirmadas la mayoría de las resoluciones dictadas por la Comisión Federal de Competencia Económica. Para el 2º. semestre de 1996, se destaca, que el mercado financiero se interesa en el de telecomunicaciones.

Análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFCE) sobre concentraciones.

Todos estos primeros cinco años, las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia en materia de concentraciones, fueron fundamentadas en la Ley de la materia y en la legislación sectorial correspondiente, según se infiere de los criterios de interpretación insertados en el informe de actividades de 1997, por lo cual puede afirmarse, que el funcionamiento de sus primeros años era sustentado en un marco regulatorio débil.

A partir de que se inicia el 29 de agosto de 1998 la vigencia del Segundo Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia, las fuentes de información disponibles aportan: extractos de resolución completos en la Gaceta, órgano de difusión oficial, su localización inmediata, en la página web del organismo, recopilación de información que se complementa con la lectura del informe anual de actividades.

1. Concepto de concentración.

Respecto de estas operaciones mercantiles se ha dicho que solo pueden conceptualizarse, pues resulta imposible identificarlas observándolas fuera del escenario del mercado, ya que nacen a partir de un acuerdo de asamblea de accionistas, sobre crecimiento, consolidación y preservación de mercados, precediéndoles en algunos casos, otro acuerdo trascendental para la empresa, la escisión ; lo cual es indicativo de que serán desarrolladas conductas en las relaciones económicas, las cuales para ser objetivamente observables y diferenciables, merecen una nomenclatura. Por ello han sido definidas en la teoría, reservando para la legislación su conceptualización, como ocurre: en la ley General de Sociedades Mercantiles, en cuyo Capítulo IX las alude, disponiendo que les son aplicables las disposiciones relativas a las Sociedades Mercantiles

constituidas conforme al Derecho Mercantil, así también en la Ley Federal de Competencia Económica, donde a través del Capítulo III, precisa en el artículo 16 primer párrafo, la naturaleza y alcances de la asociación o agrupación de sociedades mercantiles, en sus modalidades de adquisición o fusión propiamente dicha; ocupándose en el segundo párrafo, de las conductas que pueden asumir los agentes económicos, con las que se originan desequilibrios al mercado, deteriorando su eficiencia, al disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, respecto de bienes y servicios, iguales, similares o sustancialmente relacionados.

Hablar de inserciones u omisiones de definiciones en la ley Federal de Competencia Económica ha motivado impugnaciones, desahogadas en juicios de amparo, en los cuales existe un voto mayoritario, reconociendo que la ausencia de definiciones formales no implica una infracción al principio de seguridad jurídica, en virtud de que el contexto de la ley las clarifica, reconociendo además, que dentro del estudio de la competencia, continuamente se emplean vocablos originados en distintas disciplinas;¹ criterio en que considero confirmada la transdisciplinariedad característica del Derecho de la Competencia, cuya metodología cualitativa guía a centrar el objeto de estudio y analizar su contexto formado por las conductas asumidas por personas.

2. Modalidades de las concentraciones en el Derecho de la Competencia.

La política de competencia centrada en la preocupación

¹ Cfr. Javier Aguilar Álvarez de Alba, *La libre competencia en los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Comisión Federal de Competencia Económica, Colec. Documentos, s.a. p.12; *Estudios sobre competencia económica. La experiencia 1993-1996*. Informe de la CFCE 95-96; *La libre competencia*. México, Ed. Oxford, Colec. Textos Universitarios, 2001. p.120 y ss.

Análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFCE) sobre concentraciones.

por prevenir y combatir las prácticas monopólicas, coloca en su óptica de observación, la ponderación de las concentraciones de empresas, pues su tamaño per se, regulado por el Derecho Societario, no implica que promuevan o faciliten la comisión de prácticas monopólicas. Por ello, las resoluciones sobre concentraciones, son dictadas manteniendo un constante paralelismo entre el Derecho Mercantil y el Derecho de la Competencia, pues si bien el Derecho Mercantil y el Derecho Societario conceptúan la agrupación o asociación de empresas; al Derecho de la Competencia le corresponde ocuparse de las conductas asumidas con esa operación en el escenario del mercado nacional, con lo cual la ley se coloca en circunstancias similares a las legislaciones de otros países, permitiéndole celebrar Acuerdos de coordinación en la materia, como el Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre la aplicación de sus leyes de competencia, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de enero del 2001.

A las modalidades generadoras de concentraciones contenidas en el Derecho Societario, la fusión y la adquisición, el Derecho de la Competencia agrega la denominada diversificación, para referirse a concentraciones formuladas por agentes económicos que participan en mercados relevantes distintos, no relacionados en las cadenas de producción o distribución.

Esta última categoría es considerada por la Comisión como la más compleja y por tanto su análisis no es sencillo; anotando que en atención a su objeto presenta, las modalidades siguientes:

- **Extensión del mercado geográfico:** aquéllas realizadas entre productores de bienes o servicios similares o sustitutos, que participan en mercados geográficos distintos.

- **Extensión por línea de productos:** efectuadas entre empresas pertenecientes al mismo giro, cuyos bienes o servicios no son sustituibles entre sí.
- **Diversificaciones puras;** las llevadas a cabo por agentes económicos dedicados a actividades sin relación alguna entre ellos.
- **Las reestructuraciones corporativas,** no implican cambios en la estructura de los mercados, ni en la dimensión de los grupos empresariales, pues las concentraciones se constituyen entre empresas pertenecientes a un mismo grupo de interés, cuyos efectos impactan exclusivamente hacia el mismo grupo de interés económico.

Otros tipos de concentración atendiendo a su origen son, unas surgidas en conglomerados internacionales que se asocian con agentes económicos mexicanos, otras son planteadas por sociedades mexicanas con extranjeras, sin dejar de atender al tipo de mercado de que se trate, o sea; según se trate de mercados diferentes, iguales o similares mercados, en donde buscan posicionarse.

También puede distinguirse entre concentraciones horizontales y verticales: aquellas son transacciones planteadas por competidores entre sí, que operan en el mismo nivel de las cadenas de producción o distribución; las concentraciones verticales, son las notificadas por empresas ubicadas en diferentes niveles de esas cadenas.²

3. Marco regulatorio aplicable en la revisión de concentraciones.

En las resoluciones que se estudian, se observa un marco regulatorio integrado por legislación nacional e

² www.cfc.gob.mx/concentraciones.

**Análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFCE)
sobre concentraciones.**

internacional. Del ámbito internacional son citados: los Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio, el Acuerdo de Cooperación y Desarrollo Económico, aludiendo al espacio zonal, mencionan el ámbito del Tratado de Libre Comercio celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de los Estados Unidos de América del Norte y el Gobierno de Canadá. Además de encontrarse vigente el Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre la aplicación de sus leyes de competencia, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de enero del 2001, donde se promueve la homologación en la técnica de aplicación de la legislación de competencia. Refiriéndose al ámbito nacional citan: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Federal de Competencia Económica, Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia Económica, debido a la naturaleza de la función que lleva a cabo el referido Colegiado administrativo, de mantener el equilibrio entre los intereses públicos y los privados, para beneficiar las preferencias del consumidor; subyaciendo en todas esas actuaciones, lo dispuesto por el Código de Comercio, la Ley de Sociedades Mercantiles, Ley de Inversión Extranjera, Ley de Comercio Exterior; sin separarse de la óptica del Programa de Política Industrial y Comercio Exterior, normatividad cuya interpretación sistemática en el procedimiento, lleva durante la etapa de instrucción, a la coordinación con la Secretaría de Economía según lo dispuesto por el Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia y de la propia Secretaría, contemplado por el Acuerdo desregulatorio de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (ahora Secretaría de Economía) y su Sector Coordinado, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 28 de junio de 1996, así como por los Criterios emanados de la

Resolución del Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica para calcular los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de julio de 1998; además de los criterios emanados del Pleno de la Comisión y de la legislación sectorial aplicable a cada mercado.

4. Los procedimientos en la revisión de las concentraciones.

La política de competencia hacia la que se encuentra orientada la Ley Federal de Competencia Económica, incluye acciones preventivas y otras correctivas, las cuales son aplicables en las funciones de la Comisión en materia de concentraciones.

Con carácter preventivo, son recibidas en la Oficialía de Partes, **consultas y notificaciones; y con carácter correctivo las investigaciones de oficio y denuncias**, sobre concentraciones realizadas por los agentes económicos.

La consulta, es el medio por el cual, un agente económico puede aclarar dudas sobre cuestiones en materia de competencia económica y libre concurrencia, desahogo de procedimiento y también en torno a la interpretación de la ley. Deberá versar sobre situaciones reales y concretas, según criterio de interpretación establecido por la Comisión Federal de Competencia Económica.

Practica una investigación de oficio por omisión de notificar concentraciones o por concentraciones prohibidas, al tener noticias de la concentración por la información difundida, divulgación que según dispone el artículo 16 del Código de Comercio, puede ser formal, la que se tiene

Análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFCE) sobre concentraciones.

obligación de participar al Registro Público de Comercio, o la comercial, manejada a través de los medios de comunicación para sostener su calidad, pero ambas con el propósito de proporcionar seguridad jurídica a terceras personas que se relacionen con la empresa. Su finalidad es, recabar información suficiente para determinar la presunta responsabilidad de uno o varios agentes económicos.

Las denuncias tienen el propósito, de poner en conocimiento de la Comisión Federal de Competencia Económica, la existencia de concentraciones prohibidas, para sanear el funcionamiento del mercado nacional.

4.1 El procedimiento aplicable en la práctica de una consulta.

El agente económico presenta en la Oficialía de Partes de la Comisión, el expediente completo del proyecto de concentración, conteniendo los documentos que demuestren la naturaleza de la operación, sus estados financieros y el propósito de la transacción, lo cual permite a la Dirección General de Concentraciones, realizar el estudio del referido expediente, para lo cual podrá apoyarse en el Director Adjunto de Concentraciones y en los de Fusiones y Concentraciones, y de Análisis y de Autorización de concentraciones, a fin de que el Secretario Ejecutivo del Organismo emita el oficio de autorización correspondiente.

4.2 Consideraciones en torno al procedimiento para desahogar la notificación, investigación o denuncia de concentraciones.

La operación de fusión, adquisición o cualquier otra que implique el control de una empresa por otra, deberá ser

notificada a la Comisión, pues la ley se refiere a agentes económicos en general, pero atendiendo los umbrales establecidos por el artículo 20 de la Ley Federal de Competencia Económica, de conformidad con el procedimiento establecido por el mencionado ordenamiento y su Reglamento, cuyo desahogo representa un procedimiento estrictamente administrativo.³

El procedimiento se inicia al dictarse el acuerdo que admite una notificación, investigación o denuncia, el cual únicamente acepta su viabilidad, sin prejuzgar el fondo del asunto; siendo en la resolución donde se determina si la acción estuvo fundada conforme a derecho corresponda o no. O bien, dicho acuerdo puede desechar las denuncias, cuyos hechos no se adecuen a la hipótesis establecida por la ley; lo cual requiere de una cuidada interpretación, porque la autoridad no va a actuar discrecionalmente.

La obligación de notificar las concentraciones también se encuentra contenida en las legislaciones de Canadá, Estados Unidos, Japón, Australia, Nueva Zelandia y en casi todos los países de la Unión Europea, y con el mismo propósito, tanto de crear seguridad jurídica, como de evitar antes de que se consume la concentración, los efectos anticompetitivos, pues una vez autorizada, la Comisión no podrá objetarla, a menos que en su propuesta se haya manejado información falsa.

Para examinar las concentraciones propuestas o investigadas, la Comisión evalúa la estructura de un mercado, a fin de aquilatar el grado de participación de las diversas empresas que en ese mercado operan, o sea, analiza el mercado relevante y después el poder sustancial en el mercado relevante.

³ Cfr. Anexo 1

**Análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFCE)
sobre concentraciones.**

A fin de realizar la evaluación de la estructura de un mercado, la política de competencia internacional aplica el denominado índice Herfindahl; la política de la Comisión Federal expresada a través del Acuerdo de Pleno publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de julio de 1998, determinó complementar tal método con el denominado índice de dominancia.

Pascual García Alba Iduñate, Comisionado del citado organismo, ha manifestado que teóricamente es insuficiente preferir alguno, reconociendo el manejo internacional del índice Herfindahl, pero al mismo tiempo señala que se eleva con toda concentración, en cambio el de dominancia aplicado en México, asegura que las fusiones de empresas pequeñas no lo elevan, sólo con aquellas relativamente grandes.⁴

Dicho análisis tiene como propósito, aquilatar el grado de concentración de la participación de las diversas empresas que en ese mercado operan; para lo cual toma en consideración, el cálculo de concentración, a partir de la participación de cada una de las empresas o agentes económicos, ya determinado el mercado relevante.

Según el resolutivo Primero del Acuerdo de pleno citado, las participaciones de mercado se determinarán tomando en consideración indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva, además de otros factores que estime la Comisión, centrando preferentemente su análisis, en el valor monetario de las ventas totales del mercado relevante, aunque también pueden utilizarse otros indicadores, en términos de volumen o peso; método que se expresa en la siguiente fórmula:

⁴ Cfr. Pascual García Alba Iduñate, *El índice de dominancia y el análisis de competencia de las líneas aéreas*, en: Ramiro Tovar Landa, *Lecturas en regulación económica y política de competencia*. México, ITAM, Miguel Ángel Porrúa, 2000. pp. 141-165.

$$q_i = (Q_i / Q) \times 100$$

q_i = participación del agente económico en su mercado respectivo, que se calculará en términos porcentuales.

En el resolutivo segundo del referido Acuerdo de Pleno describe el método que la Comisión para determinar tanto el tamaño del agente económico reflejado en su participación en el mercado, como de su tamaño relativo de unos agentes con otros, refiriéndose primero al índice Herfindahl.

Su cálculo se obtiene, sumando el cuadrado de las participaciones de cada una de las empresas en el mercado. El valor de este índice varía entre cero y uno (o entre 0 y 10,000 si las participaciones se miden en porcentajes).

Con relación al índice mencionado, García Alba Iduñate refiere que, es un promedio ponderado de las participaciones de las empresas en el mercado, donde los ponderadores son las mismas participaciones; por tanto, en una situación de competencia perfecta y donde las empresas son todas del mismo tamaño, el mencionado índice tiene relación directa con las pérdidas de eficiencia económica, o bien sesgar el análisis al modificarse con cualquier concentración entre empresas.⁵

En dicho índice, valor mínimo corresponde a un mercado altamente atomizado, donde cada agente económico tiene un tamaño poco significativo; por el contrario el valor máximo, corresponde a una situación de monopolio puro, o sea, un solo agente detenta el cien por ciento del mercado.

Respecto del índice de dominancia, conserva las características del índice Herfindahl (H), permitiendo que ante ciertas condiciones, el valor calculado del índice de

⁵ Pascual García Alba Iduñate, "Fundamentos económicos de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia", en: Informe de Competencia Económica. Segundo Semestre de 1996. México, Comisión Federal de Competencia Económica, 1997, p. 126.

**Análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFCE)
sobre concentraciones.**

concentración disminuya, cuando la operación se lleva a cabo entre empresas relativamente pequeñas.

El procedimiento para calcularlo está contenido en el Resolutivo Segundo del tantas veces citado Acuerdo de Pleno y consiste en, una aplicación del doble del índice Herfindahl, o sea, primero se calcula el índice H con las participaciones de las empresas en la producción o en la oferta total del mercado, luego se calcula la contribución h_i (índice $h \times 2$), luego se vuelve a calcular dicho índice, pero ahora utilizando las contribuciones h_i al H original, en lugar de las participaciones q_i en el mercado, resultando el índice de dominancia, el cual es un promedio de un indicador h_i de qué tan grande es cada una de las empresas en relación con las demás empresas en el mercado. Lo cual es congruente con el artículo 13 de la Ley Federal de Competencia Económica, cuando señala en la fracción I que se tome en cuenta la participación de ese agente en el mercado y la relación con que guarda con las demás empresas en el mercado.⁶

Pascual García Alba Iduñate ha identificado como propiedades generales del índice de dominancia ID, que el autor maneja en las demostraciones técnicas como P y así lo incluye a continuación, las siguientes:

“Propiedad 1. El índice P nunca es menor que el Herfindahl; ambos dan valor sólo si las participaciones de las empresas en el mercado son iguales.

“Propiedad 2. Cualquier transferencia hacia la empresa mayor aumenta siempre el valor de P.

En consecuencia, P siempre aumenta cuando la mayor de las empresas adquiere a cualquier otra. Asimismo, cualquier transferencia de la empresa más grande hacia otra reduce P.

⁶ Pascual García Alba Iduñate, ob.cit. p. 128.

"Propiedad 3. Si la empresa mayor controla más de la mitad del mercado, el índice P será siempre mayor que el correspondiente a un mercado con dos competidores iguales (duopolio simétrico)

"Propiedad 4. Si la fusión de dos empresas resulta en una participación mayor que la que resultaría de la fusión de cualquiera otras dos empresas, dicha fusión aumenta P. De esta propiedad se deriva que P aumenta ante toda fusión de dos empresas que lleve a una participación superior a la mitad del mercado.

"Propiedad 5. Si la participación conjunta de dos empresas distintas de la mayor es de más de la mitad del mercado, entonces P es menor que $\frac{1}{2}$, el valor correspondiente a un duopolio simétrico.

"Propiedad 6. El valor de P disminuye ante cualquier fusión que no implique a la empresa mayor, si la participación de esta última en el mercado es mayor que $\frac{1}{2}$.

"Propiedad 7. Si la fusión de dos empresas aumenta P, lo mismo sucede si en vez de esa fusión se efectúa otra entre dos empresas de mayor tamaño.

"Propiedad 8. Si la fusión de dos empresas disminuye P, lo mismo sucede en vez de esa fusión se efectúa otra entre dos empresas de menor tamaño."⁷

El propio autor reconoce en 1996, que este método viene aplicándose en la función de la Comisión, de lo cual me parece comprender, el interés por incrementar la eficiencia en la aplicación de la ley, buscando tratar equitativamente a los agentes económicos, para que si la conducta asumida con la concentración va a causar un desequilibrio, la ley buscará que el agente económico ubicado en esa situación sea compensado.

⁷ Pascual García Alba Iduñate, ob.cit. Pp.146-147

Análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFCE) sobre concentraciones.

Ese elemento de compensación es apreciablemente notorio en las resoluciones que sobre concentraciones son emitidas en la Unión Europea, en donde considero subyacente una situación óptima, por no haber otra situación posible en la que al menos una persona esté mejor y ninguna esté peor que en esa; que realmente no es mas que la manifestación de una preferencia para la que no se da ningún rechazo.

La investigación de oficio por omisión de notificación de concentraciones se realiza cuando, por cualquier medio la Comisión toma conocimiento de posibles contravenciones a la Ley, como ya fue expresado, **iniciándose el procedimiento por un acuerdo emitido por el Secretario Ejecutivo de la Comisión**, requiriendo al agente económico de información y documentación soporte, para determinar si se actualizan o no las hipótesis que originan la existencia de la obligación de notificar la concentración a la Comisión Federal de Competencia Económica, contenidas en los umbrales establecidos por el Artículo 20 de la Ley Federal de Competencia Económica; **son elementos para evaluar dicha conducta asumida por omisión: los indicios de intencionalidad**, consistente en la omisión de notificación a la Comisión; sin llegar a estudiar los **elementos de: concepto de daño y el de antecedentes de los infractores**, por tratarse de una conducta que abarcó sólo la omisión de notificación, cuya gravedad radica, en el haber impedido la intervención del Estado a través de la actuación del organismo, a fin de mantener un mercado nacional eficiente. La resolución emitida en esta modalidad es de no objetada, sancionando la omisión administrativamente, con el pago de una multa, condicionando al agente económico sancionado, para que en cierto tiempo pruebe haber cumplido la sanción, pues de no hacerlo se le considerará como reincidente y se agravará la sanción.

5. Metodología de las resoluciones de la CFCE sobre concentraciones.

Las resoluciones dictadas por la Comisión Federal de Competencia Económica en el período 1998-2001, **son integradas por tres apartados: el de antecedentes, consideraciones de derecho y resuelve.**

En los **antecedentes**, se hace una relación sucinta de la(s) conducta(s) asumida(s) por el agente económico en conocimiento de la Comisión, con un alcance meramente descriptivo.

En las **consideraciones de derecho**, además de la descripción, se realiza un análisis a partir de la Ley Federal de Competencia Económica y su Reglamento, aplicando una metodología cualitativa al valorar el mercado relevante y el poder sustancial en el mercado relevante, haciendo converger componentes de otras disciplinas a fin de estar en condiciones de dimensionar las preferencias manifiestas en la decisión de la asamblea de accionistas de llevar a cabo la operación en estudio, que sin duda busca eficientar su infraestructura aprovechando su ventaja competitiva y comparativa, para crecer, consolidar y preservar mercado.

En los argumentos formulados respecto de la operación, comienzan por referir la misión que tiene la Comisión, para justificar así su intervención; enseguida es descrita la pretensión del agente económico con la operación en estudio, lo que lleva a la autoridad a encuadrar dicha conducta a la hipótesis contenida en la Ley y el Reglamento, manteniéndose en todo momento la función del reglamento, de pormenorizar el contenido de la ley.

Precisamente cuando es analizada la ventaja competitiva y comparativa de la operación; comienza a ponderarse el concepto de mercado relevante y poder

Análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFCE) sobre concentraciones.

sustancial dentro del mercado relevante, ampliándose entonces el marco regulatorio, hasta los criterios de interpretación acordados por el Pleno de la Comisión, los cuales han surgido de la actividad transdisciplinaria que en la indagación se realiza, pues los conceptos jurídicos se traslapan con conceptos económicos, de política industrial, como lo refleja el índice Herfindahl y el índice de dominancia; adicionalmente son valorados si el presunto responsable tiene capacidad para fijar los precios en forma unilateral o restringir considerablemente el abasto de los bienes o servicios en cuestión, sin que los competidores puedan contrarrestar dicho poder, sin descuidar los acuerdos de homologación que en política de competencia se tienen pactados con otros países, analizándose por separado lo relativo, a las autorizaciones gubernamentales y la ponderación sobre su representación en costos para las preferencias de los consumidores, concluyendo con la calificación que se determina a la conducta estudiada.

Para establecer la sanción administrativa son analizados los aspectos siguientes: la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, participación del infractor en los mercados y el tamaño del mercado afectado, duración de la conducta, antecedentes del infractor y capacidad económica del mismo.

En la tercera parte son localizados los puntos resolutivos, mismos que originan las distintas **clases de resoluciones**:

- No objetada.
- No objetada y condicionada.
- Objetada con multa.
- Afirmativa ficta.

No objetada: La propuesta de notificación es procedente.

No objetada y condicionada: se acepta la operación notificada y las condiciones establecidas para evitar efectos anticompetitivos han sido: preventivas, como la obligación de notificar, condiciones contractuales, cuando implican supresiones de cláusulas de exclusividad o el establecimiento de compromisos que faciliten la entrada de competidores, impiden su discriminación o garantizan la independencia comercial y condiciones estructurales, que implican la desincorporación de activos.

No objetada con multa; se autoriza sancionándole administrativamente por extemporaneidad.

Objetada; solo cuando no es posible establecer medidas de protección a la competencia o tiene fines monopólicos claros la propuesta; se sanciona administrativamente la conducta analizada y se dictamina la desconcentración, o sea, restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de la operación.

Afirmativa ficta. Bajo esta figura es regulado el silencio de la autoridad, entendiendo que al finalizar el plazo estipulado por la Ley la Comisión no ha emitido dictamen sobre la operación, ésta ya no podrá ser objetada.

En el análisis de las resoluciones correspondientes al período señalado, se encontró aplicada dicha figura, ante el empate de los votos del Pleno y encontrándose excusado el Presidente, quien tiene voto de calidad.⁸

6. El recurso de reconsideración.

Este recurso tiene el propósito de: revocar, modificar o confirmar la resolución reclamada, de existir elementos

⁸ Cfr. Anexo 4, se presenta el flujo de resoluciones del período revisado.

**Análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFCE)
sobre concentraciones.**

originalmente no expuestos, ni contemplados en la resolución o bien elementos de prueba supervenientes. Únicamente pretenden revisar la actuación de la autoridad, no volver a investigar el caso, solo si se aplicó o no la ley correspondiente o si se dejó de aplicar.

Con relación a este recurso, la Corte ha manifestado su procedencia, solo contra resoluciones culminatorias del procedimiento administrativo de investigación de prácticas monopólicas o concentraciones, aunque la Ley Federal de Competencia en el artículo 39 lo establece sin especificar qué tipo de resoluciones se refiere, lo cual se infiere de la interpretación sistemática de los artículos 33,35y el propio numeral 39, ya que dicha resolución define, cierra o da certeza a la situación jurídica constituida por la serie de actos desarrollados por la administración en la indagatoria.⁹

El flujo de resoluciones recurridas vía recurso de reconsideración o en instancia de amparo, puede apreciarse en el Anexo 5.

7. Dos aplicaciones del método para determinar el índice de concentración.

Los casos que serán analizados pertenecen a mercados distintos y tienen un grado de complejidad diferente; esto es, al mercado de servicios financieros y bancarios y al mercado del producto tequila.

⁹ Amparo en revisión 643/99.-Warner BROS (México).-15 de mayo de 2000. Unanimidad de diez votos. Tesis aislada aprobada el 11 de julio del 2000.Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, Agosto del 2000. p.106.

**EXPEDIENTE CNT 58-98 ASUNTO:
BANCOMER/BANCA PROMEX. MÉXICO, GACETA DE
COMPETENCIA ECONÓMICA, AÑO 3, NO.6, ENERO-
ABRIL, 2000.**

Los agentes económicos proponen una concentración, notificada en tiempo y forma, cuyo examen abarcó los siguientes aspectos:

El mercado relevante, son los servicios de intermediación que ofrecen las instituciones financieras nacionales y filiales de bancos extranjeros en México a ahorradores y agentes que demandan recursos crediticios; los cuales son ofrecidos por varias instituciones de su tipo de servicios y otras instituciones bancarias que participan en este mercado. La dimensión geográfica se define a nivel nacional. Con lo cual Bancomer amplía su captación de recursos del público en los estados de Campeche, Colima, Jalisco, Michoacán y Tabasco, entre otros.

Para evaluar la participación de mercado de los agentes, se tomaron como indicadores: el número de sucursales, los flujos de captación y crédito; lo cual arrojó que la adquisición de Promex por parte de Bancomer, implicaría que este último registre un ligero incremento en su participación de mercado, sin soslayar la existencia de otras empresas de gran tamaño como Banamex, Serfin, Bital, entre otras. Existe asimetría en las empresas.

Como resultado de la transacción, los índices de dominancia y de Herfindahl cambian marginalmente: el índice de dominancia tomando como base la captación antes de la concentración era de 2,312 y después de 2,644, el mismo índice en crédito pasa de 2,235 a 2,503. El índice de Herfindahl, con base en captación aumentó de 1,199 a 1,346 y el mismo índice, con base en crédito cambia de 1,183 a 1,293. Se encuentra por debajo de 2,000 punto del índice Herfindahl, por lo tanto tiene

**Análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFCE)
sobre concentraciones.**

pocas probabilidades de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia.

Por lo tanto la concentración propuesta no fue ni objetada ni condicionada.

**EXPEDIENTE CNT-85-99 ASUNTO: ROMO
H E R M A N A S / T E Q U I L A
HERRADURA/COMERCIALIZADORA
HERRADURA/DESTILADOS DE
AGAVE/CORPORACIÓN DE SERVICIOS HERRADURA.
MÉXICO, GACETA DE COMPETENCIA ECONÓMICA,
AÑO 3, NO.6, ENERO-ABRIL, 2000.**

Los agentes económicos participantes en la operación, originaron la vinculación de Herradura y Cuervo, de las cuales la citada en segundo término, es una de las mayores productoras del país: **o sea, en la operación se presenta la asimetría de empresas.**

Al analizar su participación en otros mercados competidores de tequilas, en las estimaciones se les ubicó de acuerdo a su promedio de ventas, en el mercado de precios promedio y en el de precios altos; **atender al volumen de ventas (qi) es condición para aplicar el índice Herfindahl.**

En el rango de precios medios el (H) se ubica en 2 o 24 y el (ID o P) en 2728; la operación produce un incremento a 2,909 puntos(H) y a 4,755 puntos.

(ID o P).

Ocurriendo algo similar en el caso de los tequilas de precios altos, antes de la operación, el H es de 1883 puntos y el ID o P es de 5,219; la operación incrementa H a 2,198 y el ID a 6,019 puntos. Los cuales superior a los umbrales establecidos por el Acuerdo de Pleno publicado en el DOF: H inferior a 2,000

puntos o que se incremente en menos de 75 puntos, y el ID o P inferior a 2,500 puntos o que disminuya.

Concretamente la operación arroja riesgos contra el proceso de competencia y libre concurrencia.

La concentración proporciona dos canales para alcanzar la posición de dominancia: la capacidad para vender grandes volúmenes de producto asociados a marcas reconocidas en el mercado de tequila y la disponibilidad del agave en la zona “de origen”.

Al analizar la participación de los agentes en el mercado en relación con la de otros agentes económicos; dicha operación permitiría a los agentes económicos que se concentran participar con una proporción de mercado superior al resto de los competidores; lo cual les daba una fuerza mayor de distribución y fortalecer las barreras de entrada o expansión a otros agentes.

El vínculo que se establece entre Cuervo y Herradura, afecta el proceso de libre competencia en detrimento del consumidor; pues aprovecharían su ventaja competitiva para negociar ante grandes mayoristas u otros comercializadores, y así realizar ventas atadas, pues tienen una canasta de marcas,¹⁰ que pueden repercutir en los precios o el abasto al consumidor; repercusión en las preferencias del consumidor. Llama la atención que tanto en la ley como en esta resolución, los términos consumidor y cliente son manejados indistintamente, cuestión inapropiada, pues precisamente en esta evaluación

¹⁰ Son más de 500 marcas entre las que destacan: promovidas por Cuervo: José Cuervo Especial, José Cuervo Tradicional, Gran Centenario, Reserva Antigua, 1800; Herradura maneja: Herradura Blanco, Herradura Añejo, Herradura Reposado, Jimador; Sauza maneja: Sauza Conmemorativo, Sauza Hornitos, Sauza Tres Generaciones, Galardón, la cual a su vez está vinculada con Allied Domecq, que es resultante de la asociación entre las empresas inglesas Guinness y Grand Metropolitan

**Análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFCE)
sobre concentraciones.**

del poder sustancial lo que es altamente apreciado para el agente económico es el cliente, o sea, aquél consumidor cuya capacidad patrimonial le permite asumir en reiteradas ocasiones una conducta para satisfacer su preferencia, lo que naturalmente va a repercutir en el volumen global de las ventas, componente manejado por este índice.

Además la principal socia de Romo Hermanas tiene lazos familiares con principales Accionistas de Cuervo, situación que genera considerar la existencia de un interés común entre Herradura y Cuervo y por tanto una concentración de mercado.

Por tanto, Romo Hermanas se hace acreedora a una sanción administrativa, por omitir la notificación oportuna e impedir la actuación de la Comisión.

Para determinar el monto de la multa, son analizados los elementos del artículo 36 de la Ley considerando: gravedad de la infracción, operación que reviste una particular gravedad, porque el efecto de la concentración en comento, puede disminuir, dañar e impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o substancialmente relacionados.

Además existe daño causado, indicios de intencionalidad, participación del infractor en los mercados y tamaño de mercado afectado, duración de la práctica o concentración, antecedentes del infractor, capacidad económica del infractor.

Resultado: impugnada la concentración, ordenándose a los agentes económicos involucrados, regresar las cosas al estado que guardaban antes de acordada la operación, decretando archivar el expediente de denuncia como asunto concluido.

Conclusiones

La Ley Federal de Competencia Económica es una ley marco, que requiere para su funcionamiento al examinar las concentraciones, de un marco regulatorio conformado por diversos ordenamientos y criterios emitidos por la Comisión Federal de Competencia, los cuales permiten contextualizar las conductas asumidas por los agentes económicos, conformando su concepto.

El criterio de interpretación más importante para examinar las concentraciones, es el aplicado para medir el índice de concentración en el mercado, conformado por el índice Herfindalh y el índice de dominio, manejado por la Comisión con antelación a su publicación en el Diario Oficial de la Federación el 24 de julio de 1998.

Otro criterio de interpretación se refiere a las reestructuraciones operativas o administrativas de las empresas del mismo grupo de interés, identificadas como diversificaciones, cuya finalidad es entendida como una asignación más eficiente de los recursos, disminución de gastos y costos de operación y administración; por lo tanto no impactará negativamente al mercado nacional.

También se ha interpretado que, al existir un visible número de participantes y amplia variedad de bienes o servicios sustitutos, la concentración se entiende como el fortalecimiento del posicionamiento de la empresa en un mercado, donde existen otros competidores de mayor tamaño, pudiendo así incrementar la fluidez a la interconexión en el mercado, sin que con ello se pretenda desequilibrarlo.

Y sobre la determinación del inicio del plazo de 45 días naturales para que la Comisión resuelva las concentraciones complejas donde hubiera requerido información adicional.

Análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFCE) sobre concentraciones.

Las resoluciones analizadas pueden verse como un sistema de restricciones y recompensas, que interactúan con las conductas asumidas por los agentes económicos, al realizar la interpretación sistemática del marco regulatorio aplicable, a través del concepto de mercado relevante y evaluar el poder sustancial consagrados en la legislación marco, hasta realizar la medición a través del criterio de interpretación constituido y emitido por el Pleno de la Comisión.

Resoluciones donde la observación de los bienes y servicios es multidimensional, lo cual sin duda nos revela, un enfoque pragmático orientado a mantener un mercado nacional eficiente.

Bibliografía

AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier, *La libre competencia en los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ed. Comisión Federal de Competencia Económica, Colec. Documentos, México, s.a.

-----*Estudios sobre competencia económica. La experiencia 1993-1996*, Informe de la CFCE 95-96, México.

-----*La libre competencia*, Ed. Oxford, Colec. Textos Universitarios, México, 2001.

Gaceta de Competencia Económica, Ed. Comisión Federal de Competencia Económica, Año 1, No.1, México, 1998.

Gaceta de Competencia Económica, Ed. Comisión Federal de Competencia Económica, Año 1, No. 2, México, 1998.

Gaceta de Competencia Económica, Ed. Comisión Federal de Competencia Económica, Año 2 No. 3, enero-abril, México, 1999.

Gaceta de Competencia Económica, Ed. Comisión Federal de Competencia Económica, Año 2 No. 4, mayo-agosto, México, 1999.

Gaceta de Competencia Económica, Ed. Comisión Federal de Competencia Económica, Año 2, No.5, septiembre-diciembre, México, 1999.

Gaceta de Competencia Económica, Ed. Comisión Federal de Competencia Económica, Año 3, No.7, mayo-agosto, México, 2000.

**Análisis de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia (CFCE)
sobre concentraciones.**

Gaceta de Competencia Económica, Ed. Comisión Federal de Competencia Económica, Año3, No. 8, septiembre-diciembre, México, 2000.

Informe anual 1994-1995, Ed. Comisión Federal de Competencia Económica, México.

Informe anual de competencia económica 1995-1996, Ed. Comisión Federal de Competencia Económica, México.

Informe de competencia económica. Segundo semestre de 1996, Ed. Comisión Federal de Competencia Económica, México, julio, 1997.

Informe de competencia económica 1998, Ed. Comisión Federal de Competencia Económica, México.

Informe de competencia económica 1999, Ed. Comisión Federal de Competencia Económica, México.

GARCÍA ALBA IDUÑATE, Pascual, *El índice de dominancia y el análisis de competencia de las líneas aéreas*, En: Ramiro Tovar Landa, *Lecturas en regulación económica y política de competencia*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, ITAM, México, 2000.

GARCÍA ALBA IDUÑATE, Pascual, *"Fundamentos económicos de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia"*, En: *Informe de Competencia Económica. Segundo Semestre de 1996*, Comisión Federal de Competencia Económica, México, 1997.

Glosario de economía industrial y Derecho de la Competencia, Ed. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 1995.

Resolución por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que

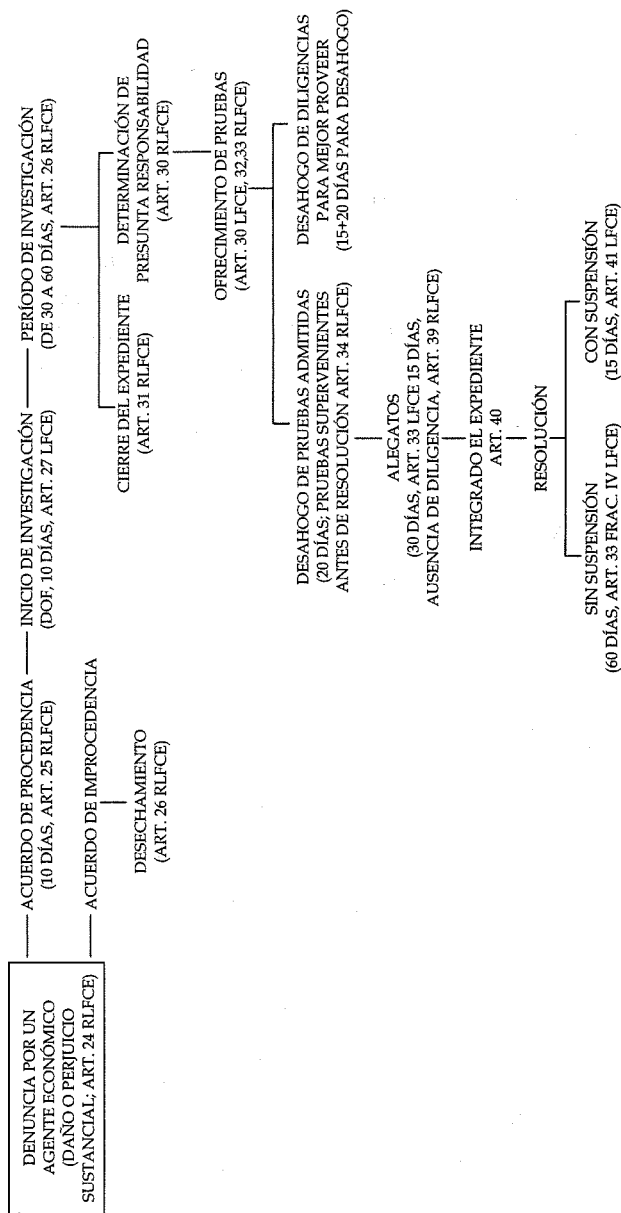
exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación, DOF, julio 24, México, 1998.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época., Tomo XII, Agosto del 2000.

WITKER VELÁZQUEZ, Jorge, *Derecho de la Competencia. Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fondo de Cultura Económica, Chile, 2000.

[Www.cfc.gob.mx/concentraciones](http://www.cfc.gob.mx/concentraciones).

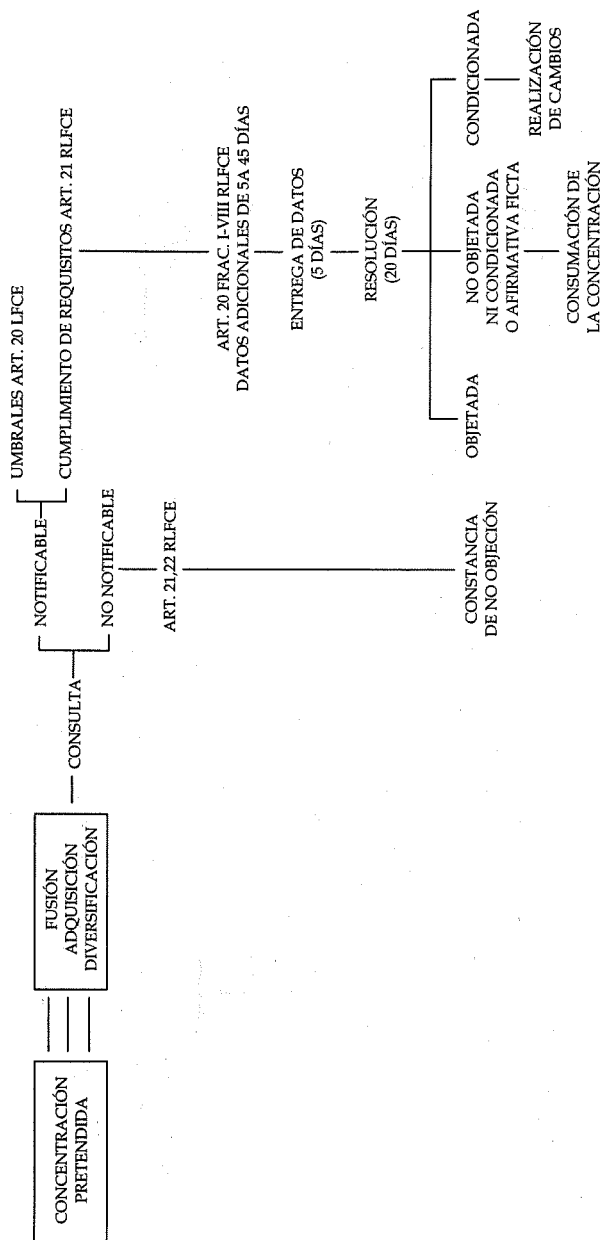
PROCEDIMIENTO APLICABLE POR LA CFCE PARA EXAMINAR CONCENTRACIONES



FUENTES DE INFORMACIÓN: LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA
 REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

ANEXO 1

PROCESO PARA LA REVISIÓN DE CONCENTRACIONES POR LA CFCE



FUENTES DE INFORMACIÓN: LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA
 REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

ANEXO 2

OPERACIONES DE CONCENTRACIONES REGISTRADAS ANTE LA CFCE

PERÍODO	93-94	94-95	95-96	96-97 ^{cm}	97	98	99	2000	2001	SUBTOTALES
MODALIDAD										
NOTIFICADAS	54	81	102	75	186 [♦]	176 [*] 171	218 [*]	195 [*]	106 [♦]	999
INVESTIGADAS (PRESUNTAS OMISIONES EN LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR)	15	8	11	9	30	176	1 [*]	2	27 [♦]	111
DENUNCIADAS (POR UN AGENTE ECONÓMICO)	0		2	2	1		0	2	32 [♦]	39
SUBTOTALES	69	89	115	86	208	189 [*] 174	219	199	165	

FUENTES DE INFORMACIÓN: INFORMES DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA (CFCE)

* GACETA EDITADA POR LA CFCE

♦ WWW.CFCE.GOB.MX

RESOLUCIONES DE LA CFCE SOBRE LAS CONCENTRACIONES

PERÍODO	93-94	94-95	95-96	96-97 ^{25ml}	97	98	99	2000	2001	SUBTOTALES
MODALIDAD										
NO OBJETADA	71	71	86	62	178 [♦]	102 [*]	213 [*]	166	138 [♦]	1086
NO OBJETADA Y CONDICIONADA	6	3	10	3	3	10 [*]	6 ⁶ / 2 ²	18 [*]	5 [♦]	63
NO OBJETADA CON MULTA	0	1			4 [♦]	0 [*]		0	21 [♦]	26
OBJETADA	0	1	0	0	2 [♦]	1 [*]	3	1	1 [♦]	9
Afirmativa ficta	0	1	0	0	0	1 [*]	0	0 [*]	0 [♦]	2
Otras (desechadas, desistimiento)	3	7	2	3	4	1 [*]	1 [*]	0 [*]	0 [♦]	
EN PROCESO	12	30	54	49						
SUBTOTAL	80	85	98	68	191	115	219	185	165	
TOTAL										1186

FUENTES DE INFORMACIÓN: INFORMES DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA (CFCE)

* GACETA EDITADA POR LA CFCE

♦ WWW.CFCE.GOB.MX

ANEXO 4

RESOLUCIONES DE LA CFCE SOBRE LAS CONCENTRACIONES RECURRIDAS

PERÍODO		93-94	94-95	95-96	96-97 ^{sem}	97	98	99	2000	2001	SUBTOTALES
INSTANCIA		2	6	8	5	9	9	14			53
	CONTRA RESOLUCIONES										
	RECURSO DE RECONSTRUCCIÓN	0	0	3	1	1	0	3	14*	26 [♦]	48
	CONTRA PROCEDIMIENTO										
	SUBTOTALES	2	6	11	6	10	9	17	14	26	
	SUBTOTAL										101
AMPARO											
	SUBTOTAL			2				4			6
TOTAL											208

FUENTES DE INFORMACIÓN: INFORMES DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA (CFCE)

* GACETA EDITADA POR LA CFCE

♦ WWW.CFCE.GOB.MX

ANEXO 5

El análisis filosófico en la comprensión de textos jurídicos

Ana Lilia Ulloa Cuéllar*

En esta ocasión voy a comentar mi experiencia sobre la aplicación e importancia del análisis para la comprensión de textos en la enseñanza de la filosofía del derecho.

No voy a partir de una definición rigurosa de análisis, sólo voy a entender en términos generales al análisis como aquella actividad teórica-práctica que se caracteriza, entre otras cosas, por dividir, pero que toma en cuenta siempre la relación básica gramática-lógica, que a su vez nos remite a categorías fundamentales como la cohesión y la coherencia y que tiene como objetivos principales la claridad, la obtención de ideas claras y distintas, la comprensión de significados, así como la crítica política.

La aplicación del análisis inicia desde el momento en que el grupo elige el problema jurídico por analizar, así como el texto o los textos especializados que lo abordan.

El análisis se lleva a cabo a través de tres fases un tanto distinguibles, pero no del todo separables: la fase lingüística, la fase lógica y la fase crítica y aquí debo aclarar que por crítica entiendo lo que señala la escuela sociológica del derecho, es decir, el análisis político-social.

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas

El análisis filosófico en la comprensión de textos jurídicos

La técnica a seguir para la fase lingüística, que a veces prefiero llamar fase gramatical, es aproximadamente la siguiente:

1. Realizo un primer corte del texto consistente en la elección de un apartado fundamental. La dimensión de la parte seleccionada siempre varía de acuerdo a diversos factores, como son el nivel de los estudiantes, la densidad y/o complejidad del texto, las problemáticas que contempla etcétera. Así, el apartado seleccionado puede ser desde un capítulo, un apartado de un capítulo o bien una parte fundamental de un apartado de un capítulo.
2. Una vez seleccionado la parte del texto que se va a trabajar, el siguiente paso es enumerar con números romanos los párrafos y con números arábigos los renglones. El objetivo de esto último es que el estudiante y todo el grupo, pueda con rapidez moverse a lo largo del texto. Que todos y cada uno de los alumnos estén ubicados en el espacio que se está analizando y discutiendo y, sobre todo, que puedan tener presente la o las oraciones que posteriormente como proposiciones se estarán contrastando o analizando, discutiendo o precisando el tipo de relación que media en ellas, etcétera.
3. Un tercer momento de esta fase gramatical es detectar las oraciones, y de éstas, localizar los sujetos, los predicados, así como estar pendiente de que el estudiante entienda con exactitud si las oraciones en cuestión afirman o niegan lo que se dice.

Este paso es fundamental, la detección de tales elementos implica no sólo que el alumno identifique cuál es el sujeto de la oración, sino que entienda el significado de tal

elemento y lo mismo con el predicado. En cuanto a si se afirma o se niega la tesis, esta fase es crucial, por lo tanto, el maestro debe de tener la capacidad lógica-didáctica que le permita ser explícito y reiterativo sobre una determinada tesis: si el autor la está aceptando o no la está aceptando. En muchas ocasiones el alumno entiende:

1. de quien es una tesis.
2. que dice la tesis.
3. Pero el estudiante puede erróneamente aprender que "dicha tesis no la acepta tal autor" cuando justo es lo contrario: El alumno puede aprender que x tesis es negada por x autor, cuando la realidad es que tal tesis sí la está aceptando el autor.

A grandes rasgos, éstos serían los pasos del análisis lingüístico. De aquí pasamos a un análisis lógico, análisis que no es del todo puro, porque generalmente se mezclan cuestiones epistémicas y ontológicas, pero lo anterior es una muestra de que, como dice Dewey, la realidad, y en este caso la realidad jurídica, no es una realidad formal, sino también material.

Los pasos mínimos en esta fase son los siguientes:

1. Se localiza el o los argumentos.
2. Se encuentra la tesis que sostiene el autor.
3. Se localizan las razones que el autor presenta para su tesis.
4. Se analiza si hay afirmaciones implícitas relevantes.
5. Se ve si hay contradicciones.
6. Se ve si hay coherencia y cohesión, etcétera.
7. Se explican las categorías analíticas fundamentales.

8. Se señalan y se analizan las proposiciones ontológicas-jurídicas que subyacen a cada tesis jurídica.
9. Se explican y se conectan conocimientos que no están presentes en el texto pero que son necesarios para que el alumno comprenda y valore los enunciados jurídicos más significativos que la obra contiene. Como se deja ver, estos tres últimos puntos son decisivos para que se dé un aprendizaje significativo por parte de los alumnos.

Respecto a las relaciones entre proposiciones, subtemas, temas y el tópico fundamental, y en relación a la didáctica, como ya lo he señalado en otros trabajos, el maestro debe ir de arriba hacia abajo y de abajo hacia arriba. De izquierda a derecha y de derecha a izquierda y no es hasta entonces cuando el maestro puede arrojar la escalera wittgensteiniana.

Hay por supuesto otros pasos más que realizamos en esta fase del análisis lógico, pero que por razones de espacio no los trataremos aquí.

Veamos ahora la tercera fase: El análisis ético-político del texto.

Esta fase contiene dos momentos. Un primer momento, que no siempre es posible realizarlo por diversas razones, consiste en analizar las condiciones sociales o políticas que orillan al autor para sostener determinada tesis jurídica y un segundo momento que siempre lo he practicado con mis grupos de trabajo y ha sido exitoso, el cual consiste en discutir las implicaciones sociales y políticas que soportan la tesis del autor que se está trabajando.

Por ejemplo, sostener la tesis de Hart acerca de la textura abierta del lenguaje jurídico y, por ende, la entrada de cierta discrecionalidad jurídica, implica consecuencias ético-

pragmáticas relevantes. Dworkin diría, por ejemplo, que la postura de Hart atenta contra la certeza del derecho y, por consiguiente, contra los derechos humanos.

Por su parte, sostener la tesis de Dworkin sobre la certeza en el derecho que expone en su ya clásica obra *Los derechos en serio* y que continúa construyéndola en *El Imperio de la Justicia*, la cual afirma que derecho no es sólo un conjunto de normas jurídicas, entraña, así lo han señalado algunos autores, un estado de derecho demasiado ideal y utópico. Pero, al respecto, Dworkin señala que nunca ha caracterizado a sus principios como entes inmutables, universales y ahistóricos, por el contrario, su propuesta es constructivista; recupera el proceso y, por tanto, los elementos dinámicos del fenómeno jurídico. Además, tampoco considera que el sistema jurídico sea perfecto, completo, preciso, fijado de antemano y de una vez por todas. No obstante, para él, los jueces deben actuar como si el derecho fuera de tal forma y las partes tienen derecho a exigirlo así.

Respecto al asunto de las implicaciones políticas que presenta explícita o implícitamente cualquier texto jurídico serio, he considerado que lo más apropiado es trabajarlo bajo el paradigma que establece relaciones necesarias entre derecho y política, y así lo he llevado a cabo en mi práctica docente.

Al igual que Josep M. Vilajosana, considero que la identidad del orden jurídico es una función de la identidad del régimen político, función que a su vez requiere de recuperar el aspecto material de las identidades.¹

Los cambios de orden jurídico dependen del contexto político. A su vez, los cambios de contexto político no dependen del procedimiento, sino del contenido [...] la

¹ Cfr. Josep M. Vilajosana, *El significado político del derecho*, Fontamara, México, 1ª edición, 1997, p. 13.

conexión entre orden jurídico y régimen político puede fundamentarse en el hecho de que parece difícil pensar que cambia el orden jurídico sin que cambie el régimen político y viceversa.²

Y tomar en cuenta el aspecto material no tiene necesariamente aplicaciones ontológicas y esencialistas, a lo que remite necesariamente es a las relaciones internas entre derecho y política. El carácter formal de la ciencia jurídica es necesario, pero no suficiente, de una u otra forma se requiere siempre las valoraciones y éstas remiten directa o indirectamente a cuestiones materiales.

Por ello, el análisis filosófico de los textos jurídicos estudia también la ausencia o presencia de criterios no formales en las tesis jurídicas. Sobre lo antes mencionado trabajo con los estudiantes, el hecho de que el criterio material en el conocimiento jurídico se da si:

1. Esta basado en hechos empíricos.
2. Se considera más relevante el contenido de las normas que el procedimiento de creación.
3. Es un criterio dependiente en el sentido de que el momento del comienzo y de la desaparición de un orden jurídico es a partir no sólo de criterios jurídicos, sino también de consideraciones sociales y políticas.

Así las cosas, el análisis filosófico trabaja tanto los conflictos sintácticos-semánticos como con los conflictos socio-políticos.

Esto último nos lleva a sostener que el análisis en la enseñanza de la filosofía del derecho debe hacer uso tanto de la lógica formal como de una teoría de la argumentación, de hecho, como lo he señalado en otros trabajos, ambas lógicas conforman el campo de estudio de la lógica jurídica.

² *Ibid.*, p. 136.

Por otra parte, debido a que el análisis en la enseñanza de la filosofía del derecho es parte del proceso de la enseñanza en general, la enseñanza del análisis es también un proceso social que depende de aptitudes, valores e intereses sociales y no sólo de cuestiones epistémicas y de habilidades.

El aula no se encuentra aislada de las actitudes, valores e intereses sociales de la mayoría en la comunidad. Los profesores y alumnos llevan éstos consigo dentro del aula. La educación en el ámbito de las ciencias por sí misma trata de enseñar ciertos valores, y dichos valores no siempre coinciden con los de los alumnos o con su punto de vista acerca de sus propios intereses.³

Aquí la actitud del profesor es fundamental y por lo tanto, debe exponer los puntos de vista más significativos, señalar el que él elige y por qué, pero, sobre todo, abrir el espacio para escuchar el punto de vista del alumno y corregirlo sólo en lo que es pertinente corregirlo (cuestiones sintácticas y semánticas, de información errónea).

Todos los aspectos que conforman el proceso del análisis que hemos presentado se dan a través del diálogo en el aula, pero hay que tener presente lo que a continuación expresa Lemke:

la ciencia dentro del diálogo no es una cuestión de vocabulario. El lenguaje del aula no es tan sólo una lista de términos técnicos, ni siquiera una letanía de definiciones. Es el uso de términos relacionados unos con otros en una amplia variedad de contextos. Los alumnos tienen que aprender a *combinar los significados* de los diferentes términos según las formas aceptadas de hablar científicamente. Deben de hablar, escribir, y razonar en frases, oraciones y párrafos del lenguaje

³ Jay L. Lemke, *Aprender a hablar ciencia*, Paidós, Madrid, 1997, p. 13.

científico [...] aparte del uso gramatical correcto de las palabras se necesita aprender la 'semántica' [y la pragmática] de las palabras: cómo se acomodan sus significados en diferentes contextos. Las definiciones intentan transmitir el sentido del significado de las palabras, pero para hablar y entender, para leer y escribir, es necesario encontrar el significado de frases, oraciones, [y párrafos] completos no de palabras aisladas. Cuando las palabras se combinan, el significado del todo es mayor que la suma de las partes por separado. Para entender el significado del todo, es necesario, conocer algo más que el significado de cada palabra es decir, la relaciones de significado entre las diferentes palabras.⁴

Cuando aprendemos a unir palabras, relacionar significativamente oraciones en un párrafo, establecer implicaciones entre párrafos, formular preguntas, generalizar, dar razones, etc, es cuando aprendemos la temática de hablar científicamente.

En cuanto al diálogo en el análisis de los textos jurídicos, éste es fructífero cuando ambos, diálogo y texto, mantienen el mismo patrón temático, dando lugar a una serie de relaciones recíprocas que trae como resultado un aprendizaje significativo.

Es importante señalar que las tres fases del análisis para la enseñanza de la filosofía del derecho que he presentado aquí, comparte un último paso fundamental, el cual es la síntesis, proceso que no se reduce a un simple ensamblaje físico de piezas, se trata de un procedimiento que a continuación se describe: "[la síntesis] tiene lugar cuando captamos la relación de los hechos con la conclusión o de un principio con los hechos

⁴ *Ibid.*, p. 28.

[un proceso que] uno lo seleccionado con algún otro significado para aumentar la importancia de ambos”⁵.

Igualmente cabe destacar que el análisis tampoco es una suerte de desarticulación de piezas. Análisis y síntesis son categorías que se encuentran relacionadas en forma dialéctica y que dentro de la enseñanza y en particular de la didáctica deben adquirir un lugar privilegiado siempre y cuando no sean concebidas por separado.

El análisis conduce a la síntesis, mientras que la síntesis perfecciona el análisis [...] esta íntima interacción entre el énfasis selectivo y la interpretación a través del contexto se da siempre que [el pensamiento reflexivo tiene lugar] de ahí que tratar de oponer mutuamente el análisis y la síntesis sea [algo erróneo]. Siempre que evaluamos al mismo tiempo seleccionamos y destacamos una cualidad o rasgo particulares y relacionamos entre sí las cosas que, desde un punto de vista intelectual, previamente habíamos separado.⁶

De la misma forma que el análisis y la síntesis no se pueden separar, asimismo, dentro de los objetivos de la educación se debe de considerar lo siguiente:

[...] Sólo hemos de retener la idea de que, en lo que se refiere a los objetivos de la educación, entre los principios abstractos de la lógica y las cualidades morales del carácter no puede abrirse abismo alguno. Por el contrario, es necesario fundirlos en una unidad.⁷

Para finalizar, quiero señalar que esta propuesta metodológica sobre la aplicación del análisis filosófico para la comprensión de textos jurídicos conlleva, a lo largo y ancho de

⁵ Dewey, John, *Cómo pensamos*, Paidós, Madrid, p. 118.

⁶ *Ibid.*, pp. 119-120.

⁷ *Ibid.*, p. 45.

las actividades aquí expuestas, el objetivo principal, éste es el desarrollar un pensamiento reflexivo en el sentido en que John Dewey lo ha caracterizado en su obra *Cómo pensamos*. Al respecto este teórico afirma que es la educación quien debe ocuparse del desarrollo del pensamiento reflexivo, proceso que define de la siguiente manera:

“[...] el tipo de pensamiento que consiste en el examen activo, persistente y cuidadoso de toda creencia o supuesta forma de conocimiento a la luz de los fundamentos que las sostiene y a las conclusiones a las que tienden”.⁸

⁸ *Ibid.*, p. 25.

Bibliografía

ALCHOURRÓN Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia*, Editorial Ariel, Barcelona, 1993.

DEWEY, John, *Cómo pensamos*, Paidós, Madrid, 1989.

_____, *Democracia y educación*, Ediciones Morata, Madrid, 1995.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Planeta-Agostini, Barcelona, 1993

KLUG, Ulrich, *Lógica jurídica*, Editorial Temis, Colombia, 1990.

LEMKE, Jay L, *Aprender a hablar ciencia*, Paidós, Madrid, 1997.

PASSMORE, John, *La filosofía de la enseñanza*, FCE, México, 1983.

ULLOA CUÉLLAR, Ana Lilia, *Lógica y gramática en la enseñanza del derecho y las finanzas públicas*, Editora de Gobierno del Estado de Veracruz-Llave, México, 2001.

VILAJOSANA, Josep M, *El significado político del derecho*, Fontamara, México, 1997.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

WITKER, Jorge, HERNÁNDEZ, Laura, *Régimen jurídico del comercio exterior de México*, segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2002.635 páginas.

Arturo Oropeza García*

La segunda edición de este volumen constituye un aporte innegable a los estudios jurídicos nacionales, especialmente para los programas de licenciatura y doctorado en vigor. Se trata de un compendio analítico y sistemático de toda la legislación interna y externa que regula los intercambios de bienes y servicios. Obra ceñera que tiene su origen en los setentas, cuando Witker en coautoría con Pérez Nieto, publican la primera edición bajo el patrocinio del Banco Nacional de Comercio Exterior.

Ahora, la coautoría corresponde a Laura Hernández Ramírez, fundadora de la cátedra en la Facultad de Derecho y Coordinadora del Seminario de Comercio Exterior de la propia Facultad.

Ambos distinguidos catedráticos de la UNAM, conocedores de los problemas e implicaciones del comercio internacional, así como de la inserción de México en éste, presentan su obra, proporcionando un panorama general del marco jurídico del comercio exterior de México, que por la escasa literatura existente sobre el tema, independientemente de la riqueza de su contenido, la convierte en un volumen

*Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

indispensable, que todo operador y maestro del comercio exterior debe leer.

No obstante, de abocarse al desarrollo curricular de la cátedra del mismo nombre, impartida en la Facultad de Derecho de la UNAM, su contenido estructurado en nueve capítulos y tres anexos, permite a los especialistas del comercio exterior aplicar dispositivos normativos a casos concretos surgidos de relaciones mercantiles y empresariales reales.

Los autores reconocen como punto de partida, que una vía efectiva que tienen los países para incursionar en el fenómeno globalizador, son los intercambios comerciales de bienes y servicios. De ahí que el comercio exterior se transforme en una vertiente básica de las políticas públicas contemporáneas. Por tal razón, México desde la década de los ochenta se ha insertado en el esquema multilateral de comercio establecido por el GATT-OMC, convirtiéndose actualmente en una de las naciones que mantiene relaciones comerciales con diversos países y bloques regionales del mundo. Situación que lo obligó a modificar sus regulaciones comerciales.

Así, el presente libro en sus nueve capítulos, analiza los diversos instrumentos legales que México aplica en sus relaciones comerciales con el resto del mundo.

Su primer capítulo está orientado a describir y comentar los conceptos esenciales del comercio internacional, así como el estudio de los principales bloques regionales como el Mercosur, Unión Europea, etc.

El capítulo segundo, aborda el ámbito multilateral del comercio, pues analiza el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio, transformado a partir de la Ronda Uruguay en la Organización Mundial de Comercio, culminando un proceso institucional que reemplaza las técnicas diplomáticas de comercio por técnicas jurídicas e institucionales.

Por su parte, el capítulo tercero describe y estudia el conjunto de acuerdos multilaterales que administra la Organización Mundial de Comercio, suscritos por México desde 1994. De los cuales, algunos tienen sus antecedentes en los códigos de conducta existentes bajo el marco del GATT de 1947.

El capítulo cuarto, comprende la regulación comercial de los servicios, los cuales emergen como nuevos objetos del comercio internacional, replanteando teorías económicas y del comercio internacional, incluso el propio proceso de globalización, manifestando la necesidad de crear regulaciones internacionales que impactan los ámbitos nacionales, tales como el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios; el Free Trade Agreement entre Canadá y Estados Unidos y el TLCAN.

Acto seguido, el capítulo quinto, se concreta al examen de los diversos tratados comerciales que México ha suscrito hasta la fecha, con fundamento en el artículo XXIV del GATT, prestando mayor atención al Tratado de libre comercio de América del Norte (TLCAN), debido a lo que implicó la celebración de dicho Tratado para México y que coloca a Estados Unidos como el principal importador de productos mexicanos, ya que como sabemos más del 85% de nuestras exportaciones se concentran en éste país vecino.

El capítulo sexto, inscrito en el ámbito nacional compendia y analiza las fuentes jurídicas internas, desde el marco constitucional, hasta la legislaciones secundarias correspondiente, verbi gracia la Ley de comercio exterior, la Ley aduanera y sus respectivos reglamentos. Capítulo que destaca por seleccionar la información relevante de cada regulación respecto al comercio exterior.

A su vez, el capítulo séptimo describe los instrumentos regulatorios aplicables a las importaciones y exportaciones,

destacando los programas de fomento al comercio exterior vigentes (PROSEC, ALTEX, FEMEX etc.). De igual forma realiza un estudio sobre el sector maquilador en México, de gran utilidad, ya que nos permite comprender el porqué de los problemas a los cuales se enfrenta actualmente.

El capítulo octavo, examina los organismos de control y apoyo al comercio exterior, cuyo conocimiento es indispensable para el actuar práctico de los operadores comerciales, ya que nos muestra el proceso desregulador y de apertura que se han reflejado con nitidez en al ámbito de las funciones estatales.

Finalmente, el capítulo noveno, esta destinado al análisis del sistema nacional de defensa contra las prácticas desleales del comercio internacional, sector fundamental para la protección de la planta productiva nacional de cara a la globalización.

Es de esperar que esta nueva edición pronto a agotarse sea un incentivo para que los miembros del Colegio de Profesores de la materia profundicen y complementen tópicos diversos que los autores por razones de espacio sólo reseñan y describen.

Por tanto, para los abogados litigantes, consultores corporativos, y demás operadores de comercio exterior, este volumen editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, contiene información jurídica útil, teórica y práctica para comprender los problemas que a diario experimentan las empresas y productores mexicanos en el universo de la interdependencia y la globalización.

WITKER VELÁSQUEZ, Jorge, *Derecho de la competencia. (Canadá, Chile, Estados Unidos y México)*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Fondo de Cultura Económica de Chile, Colec. Obras de Política y Derecho, Chile, 2000. 344p.

Sara Luz Quiroz Ruiz

Esta publicación es la obra más reciente que Jorge Witker ha producido en su línea de generación y aplicación del conocimiento sobre Derecho de la Competencia, lograda por su perfil como connotado investigador e innovador pedagógico, el cual también le hizo merecedor del Premio Universidad Nacional 2000 en el área de Investigación en Ciencias Sociales por la Universidad Nacional Autónoma de México, el mismo que ha revelado en sus más de cincuenta libros y publicaciones a través de más de treinta revistas especializadas y de divulgación; incesante labor que orientada hacia su línea de investigación, generó la fundación de la cátedra de Derecho de la Competencia en el Doctorado en Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y a la que ahora complementa con este texto de referencia obligatoria para aquellos estudiosos que se inician en la investigación del Derecho de la Competencia.

En México, el interés por estudiar la competencia en la perspectiva jurídica es reciente, se remonta a la segunda parte de la década de los ochenta, desde que nuestro país participa en

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

la globalización de la economía, cambio del cual el autor desde entonces se ha venido ocupando y ahora aquí lo analiza, de manera integral; llevando su observación hasta las normas que regulan el comercio internacional, las relaciones que del mismo derivan y sin soslayar la función incluyente que en dicho ámbito corresponde al Derecho, lo cual arroja: un estudio de Derecho Comparado que muestra la armonización de las reglas y procedimientos, destinados a asegurar la libre competencia y en consecuencia proteger y multiplicar el cliente, pero ante todo, proteger al consumidor.

Luis Maira al ocuparse de presentarla destaca, que surge en los inicios del Siglo XXI, cuando se origina una "transnacionalización del derecho que une a los campos del medio ambiente, los derechos humanos o la extensión de la propiedad intelectual", apuntando que su análisis privilegia el estudio comparativo de reglas y procedimientos emanados de dos visiones del derecho: el Common Law y la tradición Románica y europeo-occidental, tarea en la que se conjuga la solvencia académica de Jorge Witker con su experiencia como estudioso temprano del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, además del manejo de las normas jurídicas canadienses y norteamericanas. Posición que le lleva a impulsar el establecimiento de un Derecho de la Competencia a nivel general y particularmente en nuestro hemisferio.

Me parece que el desarrollo del estudio en comento, surge de la visualización hecha por Witker en torno a que, la liberalización comercial ha estimulado los flujos de comercio internacional, permitiendo la competencia entre empresas e inversionistas extranjeros con los locales; consecuentemente, deberá asegurarse que en el mercado no afloren limitaciones "privadas", cuestión que convendrá tenerse presente en los acuerdos regionales que estimulan el intercambio comercial; reflexión analizada a través de una metodología

interdisciplinaria, como lo anticipa el autor, a partir de la cual son distinguidas tres vertientes: lo que el autor califica como premisas jurídicas mínimas, el apartado procedimental y la prospectiva de los acuerdos regionales emanados de las reuniones Cumbre de las Américas.

Así el cúmulo de información concentrada en este libro provenientes de experiencias profesionales y lecturas, se encuentra conformando seis capítulos: Derecho de la Competencia, Prácticas Anticompetitivas, capítulos que contienen las llamadas premisas jurídicas mínimas; seguido del titulado Las Prácticas Restrictivas en el Derecho Comparado Americano; Las Prácticas Desleales de Comercio Internacional en el Derecho Comparado Americano; Comparación de la regulación sobre Prácticas Desleales y Prácticas Restrictivas; para por último presenta el Panorama del Derecho de la Competencia en el Área de Libre Comercio Americana (ALCA).

El contenido epistemológico de los dos primeros capítulos, abarca el conceptote Derecho de la Competencia, precisando las cuatro etapas de su evolución; apartado en donde la profundidad del estudio lleva a Jorge Witker a referir conductas anticompetitivas asumidas por mercaderes como los Fugger en Alemania, los Médicis en Italia, rescate histórico apropiado para resaltar el carácter pragmático de la disciplina; así también son señaladas como sus fuentes mediatas, al Derecho Económico y al Análisis Económico del Derecho, dado que aquél contribuye con normas de orden público económico y este último se encarga de valorar su eficiencia; exposición anunciada por el autor cuando cita al inicio del texto lo dicho por Germa Bel refiriéndose a: "la privatización y la desregulación no garantizan, por sí solas, que los beneficios de la liberalización se extiendan al conjunto de empresas y consumidores. La cuestión central en este aspecto es la competencia. ..."

Otra aportación significativa la constituye el análisis articulado de las prácticas anticompetitivas, esto es, trata al mismo tiempo las prácticas restrictivas y las prácticas desleales, tanto en nuestro derecho interno como en las legislaciones de Canadá Chile, Estados Unidos y México, apartado donde hace notar, que ambas prácticas inscritas entre los impulsores de la globalización, pueden concretarse en actos competitivos que restringen la competencia o bien en aquellos que la eliminan; atendiendo para cerrar este capítulo, las políticas de competencia concretadas en los Acuerdos marco de la Organización Mundial de Comercio y en otras disposiciones.

La reflexión que consideré como soporte del estudio, se hace más visible desde el cuarto capítulo del texto, al ocuparse de: establecer el marco regulatorio multilateral, regional e interno, puntualizar su alcance vinculatorio, desplegar el catálogo de prácticas anticompetitivas contempladas por Canadá, Chile, Estados Unidos y México, así como al detenerse en su regulación procedimental y desde luego, al tratar la comparación entre cuatro esquemas de regulación pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes, sin perder de vista, que cada sistema regulatorio debe ser capaz de responder a la realidad que pretende regular.

Dicho enfoque funcional y pragmático lo aplica Jorge Witker también para distinguir en materia de prácticas restrictivas, que Canadá y Estados Unidos cuentan con una autoridad encargada de emitir la resolución del daño, en tanto otra estudia el dumping o la subvención; mientras, Chile y México cuentan con una sola autoridad y aún, cuando son sistemas mucho más sencillos que el norteamericano, este es más funcional y operativo; con igual enfoque resalta el avance conceptual de la legislación canadiense, a pesar de lo cual, la de mayor impacto a nivel mundial es la de Estados Unidos, pues se ha desarrollado a un nivel de especialización impresionante; aportación cuya trascendencia radica en procurar

herramientas que podrían resultar de gran utilidad cuando sea inminente la necesidad de contar con disposiciones legales que regulen, con más profundidad, las relaciones comerciales entre los países.

Después de presentar sus argumentos sobre las actuaciones de las autoridades de Canadá, Chile y Estados Unidos, Witker enfoca su comparación al ámbito de la regulación procedimental y situándose en México, precisa sobre las actuaciones de la autoridad en la materia, refiriéndose a la Comisión Federal de Competencia, la necesidad sobre que el mencionado Colegiado "...sea una verdadera Comisión que actúe a través del Poder Judicial para hacer efectivas las resoluciones que se desprendan de sus investigaciones y conclusiones, o de plano convertirse en un Tribunal formalmente especializado, con jurisdicción para actuar respecto a todas las prácticas anticompetitivas"; puntualización que constituye una fuente de múltiples investigaciones, sobre todo si se tiene presente que al resguardar la libre competencia, se protege al consumidor y se fomenta el cliente, ahora cuando parece una tendencia marcada, tener al mercado como la forma predominante en las relaciones económicas.

Un pronunciamiento de agenda pendiente es natural en un innovador pedagógico como Jorge Witker, que en la parte de su obra dedicada a la Docencia Jurídica se identifica con la tendencia de propiciar e impulsar la creatividad del estudiante y como tampoco olvida que en la investigación nunca queda dicho todo, pone fin a su libro con la siguiente inquietud: ¿No podría iniciarse el proceso negociador con un acuerdo plurilateral recompetencia a nivel de ALCA?

Estos resultados de investigación comentados, nos dice el autor que son parte de su desempeño en la red de investigación conformada con sus colegas de la Fiscalía Nacional Económica de Chile, de la Facultad de Derecho de

Ottawa, Canadá y de las Universidad de Arizona y Houston; así como también incluye el producto de la maduración temprana en la investigación de los doctorandos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, además de haber contado con la colaboración de académicos y profesionales identificados con la escuela del Derecho Económico iniciada e impulsada por el autor en México, desde la segunda parte de la década de los setenta; dedicación que le permite a Jorge Witker hacer notar, que si bien en la historia de la vida nacional se localizan disposiciones antimonopolios anteriores a la firmadle Tratado de Libre Comercio de América del Norte; aún las currículas formativas de la Escuelas y Facultades de Derecho no incluyen ni la legislación antimonopólica y tampoco las regulaciones antiprácticas desleales de comercio internacional.

Panorama que revela la pertinencia con que el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica de Chile, unieron sus esfuerzos para editar este libro cuyo contenido teórico y práctico resulta sumamente valioso: para abogados litigantes y consultores corporativos, que diariamente interactúan en el universo inter-firmas y globalización contemporáneas; así como también es útil, parad el lector interesado en las relaciones comerciales del mundo globalizado y en la manera en que pueden ser resueltas las controversias que de las mismas pudieran derivar.

DAHL, Robert, *How democratic is the American Constitution*, Yale University Press, New Haven and London, 2001.

Arnaldo Platas Martínez*

Una de las profundas discusiones en el ámbito de los temas políticos se está dando en cuanto a la calidad de la democracia. Los países que en una u otra época han asumido las instituciones que contiene la democracia ahora se encuentran insertos en una discusión mucho más fina concerniente a las diversas vías de perfeccionar cada uno de los ámbitos de la vida cotidiana en la democracia, la cual jamás puede reducirse a un espacio meramente electoral. Podría decirse que se trata de una cuestión de vida, pero jamás en el sentido de plantear una consolidación de la vida democrática en función del esquema electoral y este es el telón de fondo que sirve a Dahl para hablar no exactamente para sugerir cambios en la constitución, sino básicamente en la manera de pensar en la constitución. Y creo que este punto resulta de mucho interés en el marco constitucional en que se mueven las democracias en nuestros días. La visión que propone resulta muy importante desde dos perspectivas, que el mismo autor asume. La primera de ellas en cuanto al carácter histórico de la misma; en ese sentido el cuestionamiento deriva entre la forma de concepción de mundo que asumen los llamados padres de la constitución y la nueva conformación social.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.V.

How democratic is the American Constitution

La propia dinámica social en la actualidad está exigiendo una participación diversa de los sujetos, que no fue visualizada hace más de 200 años, hablando de la constitución norteamericana.

Uno de los puntos que conviene llamar la atención en el libro que ahora comentamos es el relativo a una distinción de carácter analítico, y que además impacta en todo el sistema jurídico de los países que se encuentran en el ámbito del llamado constitucionalismo moderno; y la distinción radica en diferenciar entre "Lo constitucional" y el "Sistema Constitucional", siendo el primero la causa del segundo. Bajo esta distinción no solamente es posible comparar los diversos esquemas constitucionales que aparecen en el mundo moderno, sino además establecer diversos mecanismos de cruce de las propias instituciones que se encuentran incrustadas en el ámbito del sistema constitucional, así estamos frente a instituciones.

La otra perspectiva se encuentra en la condición de los valores que se van construyendo a lo largo de esas dos centurias antes mencionadas, en los cuales no solamente la visión, sino también la concepción sobre libertad e igualdad han variado, no únicamente en cuanto a terminología, como el propio autor lo reconoce, sino también en cuanto a contenidos desde la concepción de los padres fundadores hasta los conceptos contenidos en la interpretación de la misma.

Para muchos quizá la lectura sea exclusiva para quienes se encuentran insertos en la realidad norteamericana y en el sistema político-jurídico como el anglosajón; sin embargo, si bien es cierto que el libro en cuestión se refiere a cuestiones muy puntuales de tal experiencia, las conclusiones son muy importantes para cualquier régimen que deba entrar en la reforma de calidad de las instituciones democráticas. Lo

anterior implica la revisión de los límites al sol de la constitución, sus estructuras la interrelación de los poderes, no únicamente en cuanto a la concepción horizontal, sino sobretudo en los esquemas verticales, el papel democrático de la Suprema Corte de Justicia y de manera muy importante la relevancia de los cambios constitucionales en el mundo moderno, donde día a día se pone a prueba nuestra racionalidad.

De profunda raíz norteamericana, como la visión bicameral, a la fortaleza del sistema judicial norteamericano, quien habrá de tener nuevamente un papel preponderante después de los acontecimientos del 11 de septiembre del año en que se publicó el libro.

Una mención por separado merece la crisis que sufrió el sistema electoral norteamericano de 2000, el propio autor reconoce los problemas del marco electoral, que quien ganó no obtuvo mayor cantidad de votos que quien perdió las mencionadas elecciones; lo cual fue ampliamente reconocido por la sociedad, la cual se dividió en dos grandes apartados al respecto del tema.

Una de las preguntas que todavía subsisten a lo largo de toda la polémica se encuentra centrada en la subsistencia del colegio electoral en los tiempos actuales.

La recomendación es por demás ociosa, la misma no solamente permite entender la dinámica institucionalizada en la que nos vemos envueltos de manera cotidiana, sino adicionalmente nos permite asomarnos a un mundo que se ha llamado perfecto, en medio de la constitución de la perfectibilidad.

Esta revista se terminó de imprimir y encuadernar en los talleres de *Ediciones e Impresiones Paspartú*, Julián Carrillo No. 12 Col. Centro, Xalapa, Ver., en el mes de junio de 2002, en su composición tipográfica se usaron tipos *Book Antiqua*, de 8, 10, 11, 12 y 14 puntos. El tiraje fue de 500 ejemplares más sobrantes para reposición.