

Impacto en el cambio de paradigma jurídico en México.
Ensayos conjuntos de directores y alumnos. Primera Generación del Doctorado en Derecho

Impacto en el cambio de paradigma jurídico en México

Ensayos conjuntos de directores y alumnos.
Primera Generación del Doctorado en Derecho

Ángel Guillermo Ruiz Moreno
(Coordinador)



Universidad de Guadalajara

CUCSH
Centro Universitario de
Ciencias Sociales y Humanidades



Impacto en el cambio de paradigma jurídico en México

Ensayos conjuntos de directores y alumnos.
Primera Generación del Doctorado en Derecho

Impacto en el cambio de paradigma jurídico en México

Ensayos conjuntos de directores y alumnos.
Primera Generación del Doctorado en Derecho

Ángel Guillermo Ruiz Moreno
(Coordinador)

Universidad de Guadalajara
2014

UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA

Mtro. Itzcóatl Tonatiuh Bravo Padilla ■ *Rector General*

Dr. Miguel Ángel Navarro Navarro ■ *Vicerrector Ejecutivo*

Lic. José Alfredo Peña Ramos ■ *Secretario General*

CENTRO UNIVERSITARIO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES

Dr. Héctor Raúl Solís Gadea ■ *Rector*

Dra. María Guadalupe Moreno González ■ *Secretaria Académica*

Mtra. Karla Alejandrina Planter Pérez ■ *Secretaria Administrativa*

Mtro. José Alejandro Fuerte ■ *Coordinador de Posgrados*

Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno ■ *Coordinador del Programa del Doctorado en Derecho*

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno, Dra. Irma Leticia Leal Moya, Dra. María Guadalupe Moreno González, Dra. Raquel Gutiérrez Nájera, Dr. Adrián Joaquín Miranda Camarena, Dr. José de Jesús Becerra Ramírez, Dr. Luis Antonio Corona Nakamura

Primera edición, 2014

D.R. © Universidad de Guadalajara

Centro Universitario

de Ciencias Sociales y Humanidades

Guanajuato 1045, Col. Alcalde Barranquitas

C.P. 44260

Guadalajara, Jalisco, México

ISBN 978-607-742-114-6

Impreso y hecho en México

Printed and made in Mexico

Índice

Prólogo	
<i>María Guadalupe Moreno González</i>	11
Presentación	
<i>Ángel Guillermo Ruiz Moreno</i>	13
Análisis de los conceptos de democracia, gobernabilidad y gobernaza interrelacionados en México	
<i>Dalilha Barba Quezada</i>	21
La epistemología jurídica: un acercamiento	
<i>Enriqueta Benítez López</i>	35
La seguridad social y el estado de derecho	
<i>Nancy Ivette Buenrostro Torres</i>	53
Las candidaturas independientes en México	
<i>Ernesto Gerardo Castellanos Silva</i>	73
La improcedencia del juicio de amparo contra el laudo emitido en la CONDUSEF	
<i>Roberto Corona Vera</i>	89
Derecho alimentario en México. Análisis y propuestas	
<i>Agustín Fco. de la A. Gallardo Rincón</i>	101

¿Qué es la rendición de cuentas? <i>Israel García Iñiguez</i>	125
Juicios orales mercantiles. Libre valoración de la prueba <i>Ricardo Guevara Jiménez</i>	143
El sistema de capitalización individual en la Seguridad Social mexicana <i>Erik Eduardo López Martínez</i>	155
El juez ordinario frente a la jurisprudencia internacional <i>Ismael Luna González</i>	169
La privatización de las cárceles en México <i>Marina Manríquez Jiménez</i>	183
Desaparición forzada de personas: competencia y jurisdicción de la corte penal internacional <i>Raúl Martínez Camacho</i>	201
Problemáticas del gobierno y la administración pública municipal <i>César Mosqueda Terán</i>	217
El constitucionalismo de la representación democrática <i>Martín Eduardo Pérez Cázares</i>	231
El tráfico de armas durante la guerra fría <i>David Eduardo Quiñones Soto</i>	247
El derecho a la agroalimentación y el derecho agrario <i>José Alfredo Ramírez Signoret</i>	259

Los Derechos Humanos y los derechos sociales: Un desafío jurídico en México <i>Ángel Edoardo Ruiz Buenrostro</i>	273
Sinopsis de las audiencias básicas del sistema penal acusatorio en México <i>Lorenzo Sánchez Bravo</i>	289
Justificación y funcionalismo del procedimiento administrativo en legislaciones de protección al consumidor <i>Mónica Catherine Tellitud Vázquez</i>	305
Control interno del gobierno, función de un órgano constitucional ciudadano <i>Rafael Vargas Aceves</i>	321
La argumentación judicial electoral interpretativa. El caso Zapopan <i>Hilda Villanueva Lomeli</i>	333
Responsabilidad de México en el caso González ante la Corte Interamericana de derechos humanos <i>Francisco Javier Villegas Lugo</i>	351

Prólogo

El contenido de este libro colectivo se encuentra suficientemente expuesto en la introducción. Por ello, las líneas que conforman este prólogo se enfocan en demostrar al lector los aportes que en materia de investigación jurídica encierra esta obra. A tal efecto, me parece oportuno destacar que los trabajos de investigación que la conforman, sin riesgo a equivocarme, tienen como objetivo principal la construcción de nuevo conocimiento que contribuya a responder a los cambios de gran calado que se están suscitado en nuestro país y en el extranjero, los cuales ejercen presión en la organización y funcionamiento del Estado mexicano.

Quienes lean sus páginas se darán cuenta que dicho objetivo se cumple ampliamente, pues en su interior están presentes interesantes propuestas que buscan abonar a la modernización de la justicia en México desde un enfoque crítico. Algunos de los aspectos que son abordados son: la seguridad social, la democracia, el anhelo de justicia, la rendición de cuentas, el sistema de pensiones, el carcelario, la desaparición forzada de personas, la lucha contra la corrupción, el tráfico de armas, entre otros.

Lo anterior me permite confirmar que el derecho es una construcción social que apela a la complejidad. Y que por tanto, el universo jurídico es de tal magnitud que es prácticamente imposible conocerlo e investigarlo cabalmente, máxime si no son tomadas en cuenta las aportaciones de otras disciplinas a la investigación del derecho, por ejemplo: la filosofía, la sociología, la historia, la economía, entre otras. Me queda claro que la interdisciplinariedad juega un papel destacado en el conjunto de los trabajos que dan cuerpo al libro.

El trabajo va más allá de un abordaje general es, a mi parecer, una explicación cabal de la necesidad de fomentar la investigación a partir de la formación de investigadores juristas de alto nivel que dominen diferentes teorías y que hagan uso de las técnicas y metodologías de la investigación del derecho.

Por lo anteriormente dicho, no repararé en la obvia calidad de la obra en cuanto al abordaje teórico-metodológico seleccionado por cada uno de los autores. Asimismo, no puedo dejar de expresar la satisfacción de conocer a fondo el cómo se gestó y vio la luz el presente libro. Y la importancia del mismo en la difusión de la investigación del derecho en Jalisco.

Así pues, las páginas de esta interesante obra ofrecen al lector una explicación del grado de complejidad que encierra la investigación jurídica, ya que el científico del derecho no solamente está obligado a sistematizar la información obtenida a partir de su incursión a los archivos, sino que necesariamente debe identificar las virtudes y defectos de un sistema jurídico determinado para poder proponer soluciones viables para subsanarlos. Las propuestas de los autores van en ese sentido.

Por último, vale la pena destacar que nuestros autores al revelar con gran destreza e interés el dinamismo de la investigación del derecho abren la posibilidad para que nuevas generaciones de investigadores y expertos juristas se interesen por la forma novedosa en que son abordados los diferentes temas. En definitiva, el presente libro se convierte en un referente obligado para los estudiosos del derecho y para otros científicos sociales poseedores de un espíritu crítico.

Dra. María Guadalupe Moreno González

Presentación

La Benemérita Universidad de Guadalajara, a través del tiempo, ha creado paulatinamente diversos posgrados, entre ellos especialidades, maestrías y doctorados; en el área jurídica cuenta ya, desde hace casi dos décadas de operación ininterrumpida, con una Maestría en Derecho que ha fructificado con más de un millar de Maestros, con diversas orientaciones especializantes.

Urgía entonces a nuestra *alma mater* contar con un programa doctoral que atendiera esta sensible demanda y es así como nace el Doctorado en Derecho, el cual iniciara sus cursos en el ciclo escolar 2012-B teniendo el mismo una duración de ocho semestres y eligiéndose como forma de trabajo la investigación jurídica, tarea trascendente que debía acometerse ante el radical cambio de paradigma que se dio en nuestro país desde mediados del mismo año, tras reformarse el artículo 1º de nuestra Constitución federal.

Así las cosas, presento ahora al lector este segundo libro colectivo que produce este programa doctoral, sin dejar de señalar que en el primero se publicaron los protocolos de investigación aprobados de cada estudiante.

Bajo esta tónica, por acuerdo de la Junta Académica, quien funge de nuevo como consejo editorial dado que todos sus integrantes son miembros del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del CONACYT, los alumnos del Doctorado en Derecho han elaborado para su publicación, contando con la asesoría de sus respectivos directores de tesis, los veintidós ensayos que integran el presente libro colectivo.

La temática de cada uno está en conexión con las investigaciones relativas a sus tesis doctorales y por su contenido se advierte la importancia y trascendencia de ellas, en modo tal que los alumnos de la primera generación de este programa doctoral de tan reciente creación, así como sus directores, se solidarizan en la responsabilidad de las ideas expresadas en ellos.

Su proyecto de investigación trabajado, en todos los casos, fue libremente seleccionado como tema de tesis de grado por los propios alumnos, teniendo en cuenta la pertinencia, actualidad, trascendencia y calidad de las investigaciones a desarrollar, pensando y trabajando en ellos como orgullosos egresados que son de esta Casa de Estudios pública, haciéndole honor a su lema: “Piensa y Trabaja”.

En los párrafos que siguen, en estricto orden alfabético de apellidos de los autores y sintetizado de sus propios resúmenes, al presentar este segundo libro haré, por razones de espacio, una muy breve reseña de su contenido.

La Mtra. Dalilha Barba Quezada, bajo la guía del Dr. José Pablo Martínez Gil; con la línea de investigación filosófica y bajo el título: *Análisis de los conceptos de democracia, gobernabilidad y gobernaza interrelacionados en México*; entrega el ensayo en el que se adentra en el estudio del *... constante proceso para solucionar problemas colectivos y necesidades de la sociedad, reflejo de evaluaciones de administraciones con nuevas votaciones electorales*.

La Mtra. Enriqueta Benítez López, con el apoyo del Dr. José María Nava Preciado; con la línea de investigación filosófica y bajo el título: *La epistemología jurídica: un acercamiento*; en sus palabras nos dice: *tiene por objeto aproximarse a los principales problemas que la epistemología comparte con otras disciplinas, especialmente con la epistemología jurídica*.

La Mtra. Nancy Ivette Buenrostro Torres, asesorada por el suscrito Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno; con la línea de investigación de derecho laboral y bajo el título: *La seguridad social y el Estado de Derecho*; la autora nos interesa en el tema: *Entre los derechos humanos, en varias legislaciones internacionales que México ha ratificado se encuentran los referentes a la seguridad social... Es deber inherente al estado y corresponde a él la introducción de políticas públicas que lo hagan efectivo*.

El Mtro. Ernesto Gerardo Castellanos Silva, con la asistencia de la Dra. Leticia Leal Moya; con la línea de investigación de derecho constitucional y bajo el título: *Las candidaturas independientes en México*; nos dice entresacado de su ensayo: *Se realiza un análisis comparado de los derechos, obligaciones y prohibiciones de las candidaturas independiente de España y Chile... ..y se concluye con propuestas para la normatividad electoral referente a las candidaturas independientes en México*.

El Mtro. Roberto Corona Vera, bajo la supervisión del Dr. Gelacio Juan Ramón Gutiérrez Ocegüera; con la línea de investigación de derecho corporativo y bajo el título: *La improcedencia del juicio de amparo contra el laudo emitido en la CON-DUSEF*; habla de los medios alternativos como el arbitraje y la mediación según el autor, deben gozar de protección jurídica: *El anhelo colectivo de la sociedad, de te-*

ner una justicia pronta, eficaz, imparcial y con un menor costo... ...por ello el juicio de amparo que prevé el numeral 78 de la Ley de Protección y Defensa de Usuarios de Servicios Financieros, debe ser declarado improcedente.

El Mtro. Agustín Francisco de la Asunción Gallardo Rincón, respaldado por la Dra. Silvia Patricia López González; con la línea de investigación de derecho corporativo, *Derecho alimentario en México. Análisis y propuestas*; al autor le preocupa el derrotero que ha tomado la economía en perjuicio de grandes grupos marginados es un ‘yo acuso’ y en sus palabras invoca: *con ello se cumpla la obligación constitucional que tiene el gobierno federal con los mexicanos de escasos recursos, como acreedores del derecho alimentario como son millones de pobres...*

El Mtro. Israel García Iñiguez, orientado por el Dr. José de Jesús Covarrubias Dueñas; con la línea de investigación de derecho constitucional y bajo el título: *¿Qué es la rendición de cuentas? Accountability*; el autor justamente preocupado por el despilfarro de más de tres funcionarios nos dice: *...debido a la corrupción e impunidad que se percibe en nuestro país, la rendición de cuentas debe recobrar su naturaleza de derecho de la sociedad para que podamos imponer sanciones a quienes hayan violado sus deberes públicos.*

El Mtro. Ricardo Guevara Jiménez, con las indicaciones del Dr. José Vázquez Vítela; con la línea de investigación de derecho constitucional. Ensayo titulado: *Juicios orales mercantiles. Libre valoración de la prueba*; expresa el gran cambio que implica transformar los procesos judiciales que preocupa y ocupa al autor, en sus palabras: *El proceso de oralidad mercantil carece de un método de justipreciación de pruebas idóneo. La libre valoración responde al calado de ese procedimiento sumarísimo, por su funcionalidad en el sistema adversarial en materia penal y ser éste su antecedente directo.*

El Mtro. Erik Eduardo López Martínez, dirigido por la Dra. Dolores del Carmen Chinas Salazar; con la línea de investigación de derecho laboral, titula su ensayo: *El sistema de capitalización individual en la seguridad social mexicana*; en él habla del gran fracaso del sistema mencionado en el título, para los países que ya lo han abandonado, provoca una grave preocupación social ya que: *en México el financiamiento del sistema pensionario carece de un sustento constitucional y de bases técnicas, debido principalmente a que no fueron calculadas de manera adecuada las tasas de reemplazo, lo que representa mayores costos para el estado y menor dinero en las pensiones de los asegurados.*

El Mtro. Ismael Luna González, bajo la conducción del Dr. José de Jesús Becerra Ramírez; con la línea de investigación en derecho constitucional y con la denomina-

ción: *El juez ordinario frente a jurisprudencia internacional*, efectúa una esmerada investigación que refleja la preocupación del autor; en sus palabras: *...la protección a los derechos fundamentales en nuestro país es de gran importancia para salvaguardar la dignidad del ser humano, de igual manera se expande dicha práctica a todos los operadores jurídicos en una interpretación constitucional...*

La Mtra. Marina Manríquez Jiménez, con la guía de la Dra. Angélica Ocegüera Ávalos; con la línea de investigación en derecho constitucional. *La privatización de las cárceles en México*; la autora sintetiza así su ensayo: *El presente trabajo trata los antecedentes generales de la privatización de las cárceles. Plantea la definición de cárcel y sus tipos. Revisa en particular la privatización carcelaria en Estados Unidos, México y el marco jurídico nacional e internacional de los derechos de las personas privadas de la libertad, entre ellos, el de la reinserción social.*

El Mtro. Raúl Martínez Camacho, encauzado por la Dra. Claudia Verónica Gómez Varela; con la línea de investigación filosófica y bajo el título de: *Desaparición forzada de personas: competencia y jurisdicción de la corte penal internacional*. Tema de gran trascendencia y que el autor condensa en las palabras que siguen: *Este trabajo versa sobre algunos de los principales conceptos que rodean la definición de Desaparición Forzada de Personas, dentro de la clasificación que tiene la Corte Penal Internacional en los delitos de lesa humanidad.*

El Mtro. César Alejandro Mosqueda Terán, con la asesoría del Dr. José Zócimo Orozco Orozco; con la línea de investigación de filosofía, ensayo titulado: *Problemáticas del gobierno y la administración pública municipal*. En palabras del investigador: *El municipio debe ser gobernado por ayuntamiento, como cuerpo colegiado y administrado por el presidente municipal... ...en la práctica el ejercicio de gobernar y administrar es ejercido únicamente por el presidente municipal.*

El Dr. Martín Eduardo Pérez Cázares, respaldado por el Dr. Marco Antonio Godínez Enríquez, con la línea de investigación de derecho constitucional y bajo el título: *La constitucionalidad de la representación democrática*; como estudioso incansable que es, siendo miembro del SNI, va por su segundo doctorado, ahora en investigación, y concreta su objeto de estudios de la siguiente manera: *Entre la Constitución y la sociedad deben de existir una interrelación tan estrecha que debe de adecuarse la primera a la segunda,mediante un proceso de adecuación que nunca acaba, en la evolución de la sociedad, estableciéndose una acción social, basada en la conducta humana y en un proyecto preconcebido, que nos lleve a una normatividad constitucional que simbolice la esencia misma de un Estado que mantenga viva a su población, que se sienta verdaderamente representada en sus intereses vitales.*

El Mtro. David Eduardo Quiñónez Soto, dirigido por la Dra. Raquel Gutiérrez Nájera, con la línea de investigación penal; presenta el ensayo: *El tráfico de armas durante la guerra fría*; y esquematiza su tema así: *El tráfico ilegal de armas en el mundo tiene su origen en el siglo XX, particularmente en la guerra fría que fue un factor detonante para la existencia de las mismas, debido a la sobreproducción durante ese periodo y posterior tráfico de millones de armas ilegales en el mundo.*

El Mtro. José Alfredo Ramírez Signoret, con la asistencia del Dr. Jorge Chaires Zaragoza; con la línea de investigación de derecho corporativo, denomina su ensayo: *El derecho a la agroalimentación y su relación con el derecho agrario*; en él advierte la necesidad de actualizar este punto tan importante en el desarrollo del país de la siguiente manera: *En este texto se propone la necesidad renovar al Derecho Agrario Mexicano, influido por el derecho internacional, los derechos humanos y la solidaridad, en relación con el problema de inseguridad alimentaria, en el ámbito de los derechos sociales.*

El Mtro. Ángel Edoardo Ruiz Buenrostro, conducido por el Dr. Fernando Aréchi-ga González; con la línea de investigación de derecho laboral intitula su interesante artículo: *Los derechos humanos y los derechos sociales del trabajo y la seguridad social: un desafío jurídico en México*. En el que la reflexión del sustentante repercute vivamente en el entorno social y lo compila así: *Tanto el Derecho de la Seguridad Social, como el del Trabajo, tienen limitaciones en cuanto a su aplicación y alcance como derechos humanos. Ambos no alcanzan a ser considerados todavía como “típicos” derechos humanos, pese a la enorme variedad de pactos y tratados firmados por México en esta materia que así lo establecen...*

El Mtro. Lorenzo Sánchez Bravo, con la supervisión del Dr. Arturo Villarreal Palos; con la línea de investigación de derecho penal; titula su ensayo: *Sinopsis de las audiencias troncales o básicas del sistema penal acusatorio en México*. El autor expone el extracto de su tema: *...se pretende analizar las diversas etapas del procedimiento penal acusatorio desde su óptica de aplicación práctica y legal partiendo de la reforma constitucional del sistema penal en México del 18 de junio de 2008 y la publicación del Código Nacional de Procedimientos Penales del 5 de marzo del 2014...*

La Mtra. Mónica Catherine Tellitud Vázquez, encauzada por el Dr. Hans Jurado Parres; con la línea de investigación en derecho corporativo, designa a su ensayo: *Justificación y Funcionamiento del Procedimiento Administrativo en Legislaciones del Protección al Consumidor*; ella abrevia el contenido y trascendencia del mismo con las siguientes palabras: *...se toma en cuenta establecer y/o fomentar una serie de criterios para evaluar el estudio de la relación de consumo entre proveedores y*

consumidores en función de la legislación de protección al consumidor en México y otras partes del mundo.

El Mtro. Rafael Vargas Aceves, ayudado por el Dr. Adrián Joaquín Miranda Camarena; con la línea de investigación de derecho constitucional; titula a su ensayo: *Control interno del gobierno, función de un órgano constitucional ciudadano*; sintetizado el mismo como: *Un órgano de control ciudadano que represente a la sociedad en general, sin sujeción a ningún interés partidista o algún grupo en particular; elevar éste a nivel constitucional le podrá otorgar patrimonio propio, personalidad jurídica, independencia, autonomía y con facultades soberanas.*

La Mtra. Hilda Villanueva Lomelí, bajo la orientación del Dr. Luis Antonio Corona Nakamura, con la línea de investigación de derecho constitucional y bajo el título: *La argumentación judicial electoral interpretativa. El caso Zapopan*; reduce en estos términos el tema de estudio: *Se exponen algunos de los tipos de argumentos y sistemas de interpretación usados en la sentencia mediante la cual se resuelven los juicios para la protección de los derechos político electorales del ciudadano...*

El Mtro. Francisco Javier Villegas Lugo, apoyado por el Dr. Rogelio Barba Álvarez, con la línea de investigación de derecho penal. *Responsabilidad de México en el caso González ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; el autor señala en su ensayo que: *Éste es uno de los tantos casos que han sucedido en Ciudad Juárez, Chihuahua, México, a los cuales, el Estado mexicano, ha hecho caso omiso a las denuncias por desaparición de mujeres en esa entidad Federativa, por lo que los afectados se vieron en la necesidad de acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para ser escuchados.*

Finalmente, no me resta sino agradecer a todas la Autoridades de la Benemérita Universidad de Guadalajara, la confianza en mí depositada y sus apoyos brindados para el Doctorado en Derecho que me honro en coordinar.

Mi gratitud expresa al Rector del CUCSH, Dr. Héctor Raúl Solís Gadea, un académico que entiende de la importancia de que los alumnos publiquen porque constituye un paso fundamental para excelencia universitaria saber comunicar las ideas.

Debo también dejar constancia escrita aquí del invaluable apoyo y seguimiento a este programa doctoral, brindado por el Mtro. José Alejandro Fuerte, Coordinador de Posgrado del CUCSH; así como a la valiosísima ayuda que, como correctora de estilo, ha brindado la Mtra. María Luisa Chumacero Alarcón, Directora de la *Revista Jurídica Jalisciense*.

Agradezco desde luego a mis queridos compañeros de la Junta Académica del Doctorado en Derecho, quienes me han brindado toda su confianza y colaboración

desde el inicio de este programa doctoral, formando además todos ellos el Consejo Editorial del presente libro. Sencillamente no puedo omitir sus nombres: Dras. Irma Leticia Leal Moya, María Guadalupe Moreno González y Raquel Gutiérrez Nájera; así como Dres. Adrián Joaquín Miranda Camarena, José de Jesús Becerra Ramírez y Luis Corona Nakamura.

Hago extensivo mi sentimiento de gratitud y reconocimiento a los destacados profesores que fungen como miembros del Núcleo Académico Básico de este programa doctoral, y quienes, en su carácter de directores de tesis, al dirigir los ensayos de los alumnos, son también coautores de los ensayos publicados.

Y finalmente agradezco la participación proactiva de los alumnos del Doctorado en Derecho, razón de ser de este programa doctoral que auguro pronto habrá de ingresar al Padrón Nacional de Posgrados de Calidad del CONACYT, convirtiéndose como un referente a seguir no sólo en el occidente del país, sino a nivel nacional. Después de todo, tanto esfuerzo desplegado por tantos quienes han hecho posible este Doctorado en Derecho, más temprano que tarde debe rendir buenos frutos. Así sea.

Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno
Coordinador del Doctorado en Derecho
de la Benemérita Universidad de Guadalajara

Análisis de los conceptos de democracia, gobernabilidad y gobernanza interrelacionados en México

Dalilha Barba Quezada¹
José Pablo Martínez Gil²

RESUMEN: Importante resulta distinguir que: democracia es forma de gobierno, soberanía popular a través de manifestaciones, elecciones periódicas y participación ciudadana; gobernabilidad [habilidad de gobernar] es un estado de equilibrio, propiedad o cualidad que indica el grado de gobierno que se practica. Ambas combinan legitimidad, eficacia y estabilidad en el ejercicio del poder político. Gobernanza [gobierno de calidad] es el proceso para solucionar problemas colectivos y necesidades de la sociedad, reflejo de evaluaciones de administraciones con nuevas votaciones electorales.

PALABRAS CLAVE: Democracia, gobernabilidad (habilidad), gobernanza (calidad).

ABSTRACT: Important is distinguish which form of government is democracy, popular sovereignty through demonstrations, periodic elections and citizen participation; governance [ability to rule] is an equilibrium state, property or quality that indicates the level of government that is practiced. Both combine legitimacy, efficiency and stability in the exercise of political power. Governance [quality government] is the process to solve collective problems and needs of society, reflecting assessments administrations with new electoral choices.

KEY WORDS: Democracy, Governance (ability), governance (quality)

SUMARIO: Introducción ■ La popular democracia ■ Axioma de gobernabilidad ■ Acción conocida como gobernanza ■ Conclusiones y propuestas.

¹ Maestra en Derecho.

² Doctor en Derecho. Director de Tesis y asesor en el presente ensayo.

Es necesario que el poder soberano sea ejercido por una persona o unos pocos en beneficio de la mayoría.

Aristóteles (384-322 a.C.)³

Introducción

Trascendental resulta conocer la diferencia conceptual y práctica entre el sistema de gobierno como medio o fin, así como la acción gubernamental de instituciones en el proceso de solución de conflictos y necesidades de la sociedad, con el enfoque de una mejor comprensión para su ejercicio. Existe una confusión entre las definiciones o significado de gobernabilidad y gobernanza, ya que el segundo de los términos es de reciente aparición como tal. A través de este artículo que forma parte de una investigación mayor titulada: *Aproximaciones a los conceptos de democracia y gobernabilidad en México siglo XXI*, demostraremos las diferencias claras entre democracia, gobernabilidad y gobernanza. Durante casi dos décadas grandes investigadores en apoyo con el otrora Instituto Federal Electoral, realizaron innumerables textos analizando y promoviendo la cultura democrática en nuestro país, para alcanzar su objetivo principal de fortalecer la democracia y llegar a la gobernabilidad, empero luego de que un grupo elegido toma las riendas del poder ¿qué pasa con eso?, ¿cómo es su ejercicio con relación a una mayoría que la convalidó para que desempeñara dicho encargo? Basados en los resultados de las elecciones de gobernantes podemos definir si es que determinadas fórmulas realizaron o no un buen papel.

El ejercicio de gobernar conlleva una gran responsabilidad, al ser un selecto grupo emanado del mismo pueblo, en tratándose de países democráticos como México, requerimos distinguir de manera clara qué es la democracia, la gobernabilidad y como nueva actividad la gobernanza en beneficio de la mayoría. *Grosso modo* estaremos en aptitud de dirimir entre los términos planteados luego de conocer a profundidad cada una de las descripciones y características de ellos, como resultado de ordenamientos legales, definiciones y opiniones de conocedores del tema, resultados oficiales, cotejo de literatura, análisis comparativo actual de los grados de gobernabilidad que vivimos. Por lo tanto es un asunto moderno, notable y significativo.

¿Cómo controlamos que nadie abuse del poder? ...evitando que se forme una casta de inamovibles especialistas en mandar, bajo la que todos los demás tengamos que

³ El orden político democrático, Instituto Federal Electoral, Apuntes de Cultura Democrática 2, Dirección Ejecutiva de Capacitación Electoral y Educación Cívica, México, 2003, p. 11.

*ser resignados en obedecer*⁴... Así opina Savater, filósofo español, experto en ética. Con esta sencilla sugerencia comenzamos a examinar los conceptos que nos ocupan.

La popular democracia

Es sabido que la democracia es una forma de gobierno, un modo de organizar el poder político en el que lo decisivo es que el pueblo no es sólo el objeto de gobierno – lo que hay que gobernar – sino también el sujeto que gobierna, el gobierno de pocos.⁵ Aunque se ejecute la potestad de regir por integrantes ciudadanos, se restringe a un grupo limitado que llega a convertirse una oligarquía controlada. La soberanía popular es la fuente de la representación política a través de los gobernantes, quienes a su vez dependen de la voluntad de los gobernados, en México se ejercita la democracia a partir de la independencia de la dominación española, con altibajos en su desarrollo empero vigente y aceptable.

...La democracia es un sistema de vida, articulado a los principios de desarrollo armónico de las facultades del ser humano, amor a la patria, conciencia de solidaridad internacional, independencia, justicia, orientación nacionalista y contribución a la mejor convivencia humana...⁶

Debiera ser una forma de existir en concordia entre los mexicanos, este estilo mantendría la igualdad y el respeto a los derechos fundamentales de los habitantes y estabilidad social. Duverger asienta que la democracia es *Gobierno del pueblo por el pueblo* que... *todo gobierno es oligárquico, ya que implica necesariamente el dominio de un pequeño número sobre la mayoría*. Rousseau opina que *...jamás ha existido verdadera democracia ...va contra el orden natural, que el mayor número gobierne y que el menor número sea gobernado...⁷* considera al gobierno

⁴ *Idem*, p. 24.

⁵ SALAZAR, Luis y WOLDENBERG, José: “Principios y valores de la democracia”, *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, Ed. Instituto Federal Electoral, México, 2008.

⁶ COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús: *Derecho Constitucional Electoral*, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 44-45.

⁷ DUVERGER, Maurice: *Los partidos políticos*, traducción de Julieta Campos y Enrique González Pedero. 1ª ed. español 1957, 20ª reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, Colección Política y Derecho, México, 2006, pp. 442, 449-450.

como un mal necesario... todo régimen supone una disciplina impuesta desde fuera; la ‘disciplina interior’... es producto de la educación [la vocación democrática en la mayoría de los casos no se tiene por parte de la población en general, aunque es muy buena la propuesta de Covarrubias], que presume una primera regla externa; y siempre es muy limitada. Gobierno y sujeción son inseparables... *la sujeción es exterior al sujeto. Un pueblo no se sujeta: es sujetado... lo gobiernan... los que someten y los sometidos... medio de justificar la obediencia...*⁸ Para obtener algún beneficio es requisito pagar un precio, en este caso se sacrifica voluntad a cambio de seguridad.

Para una mejor comprensión de los conceptos que se mencionan consideremos algunas definiciones de pueblo:

*...– podría ser – todo el mundo, gran parte indeterminada, un gran número, clase baja, entidad indivisible, totalidad orgánica, principio de mayoría absoluta o mayoría limitada. El pueblo se define por la fuerza de su vaguedad connotativa. Hablar del pueblo también es referirse a la población, a la ciudadanía, a la gente, especialmente en el caso que nos ocupa a los electores...*⁹

La democracia es considerada como un sistema político a través de un ... *Poder popular; sistema o régimen político donde el pueblo es el que manda...*¹⁰ Una parte elegida de entre el mismo pueblo organiza y dirige al resto de la población, ésta aprovecha el sistema institucional preexistente para autorregularse, y su función gira en torno a la cooperación de la ciudadanía en el nombramiento de representantes para el ejercicio de los poderes [por tiempo determinado]... es la búsqueda histórica de la inclusión del universalismo plural y un conjunto de reglas fundamentales que establecen quien está autorizado a tomar decisiones, bajo qué procedimientos y en qué condiciones, parafraseando en este caso a Norberto Bobbio. Toda vez que resulta completamente actual esta aseveración, una vez que elegimos a los representantes populares, éstos se apoyan en el sistema y todo el esquema previamente establecido para el desarrollo de sus encargos que son [afortunadamente en la mayoría de los

8 *Idem*, p. 446.

9 SARTORI, Giovanni: “Teoría de la Democracia”, 1. *El Debate Contemporáneo*, Ed. Rei, Argentina, 1990, p. 43.

10 SARTORI, Giovanni: *¿Qué es la democracia?* Nueva edición revisada, Ed. Taurus, México, 2011, p. 27.

casos] limitados, lo que permite que de una forma determinada arriben al ejercicio del poder distintas corrientes o representaciones sectoriales de la población.

La sucesión democrática se realiza por medio de una alternancia pacífica del poder público, ejercitado de forma no violenta [en la mayoría de los casos] en tanto que resulta del procedimiento de contar todas las boletas electorales y determinar que la mayoría se emitieron a favor de algún candidato que participó en dicho proceso.

Así lo define Karl Popper: la democracia es el régimen en el que es posible desecharse pacíficamente a los gobernantes.¹¹ Por eso se llama democracia, aunque sea un pequeño grupo o élite la que ejerce el poder, lo hará por tiempo limitado y dejará el nombramiento cuando su periodo para el que fue electo haya concluido. Sin embargo mientras están en pleno ejercicio de sus mandatos, se puede ‘evaluar’ su desempeño, analizaremos la manera en que estas élites oligárquicas actúan con el poder que les ha sido conferido. Hay resultados y evidencias de si es que las promesas [generalmente en campañas políticas] de mejoras por las que llegaron a sus puestos por los que compitieron, fueron satisfechas y suficientes para sus electores. Si es que la mayoría del pueblo que los colocó gracias a su voto, los recomendaría para otro periodo en respuesta a sus resultados.

México ejerce la democracia y vive un presidencialismo exitoso, por décadas un solo partido pudo controlar las esferas de poder, hasta que vino la alternancia en el año 2000. Actualmente la distribución del poder está más democratizada por las diversas opiniones políticas y la transición refuerza la gobernabilidad. Una vez que se han elegido a los gobernantes emanados del pueblo, impera analizar cómo es que ejercen el poder público en público y determinar el grado de gobernabilidad correlacionado con los niveles de satisfacción a los ciudadanos que los colocaron de forma masiva en ese sitio.

Axioma de gobernabilidad

El gobierno es la expresión institucional de la autoridad del Estado, su función consiste en la elaboración, ejecución y sanción de normas jurídicas a través de órganos legítimamente constituidos bajo un sistema democrático.¹² Es una forma clara de

¹¹ BOVERO, Michelangelo: *Democracia, alternancia, elecciones*. Colección “Temas de la democracia”, Conferencias Magistrales 11, Ed. Instituto Federal Electoral, México, 2000, p.16.

¹² HURTADO, Javier: *Gobiernos y democracia*, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, Ed. Instituto Federal Electoral, México, 2007, p. 9.

manifestación del ejercicio de dirigir a una sociedad debidamente organizada. La parte elegida o élite preferente es la que asume el papel de gobernante y se inviste de potestad para mantener el orden en bien de la mayoría. La división de esta soberanía se da en tres órdenes de gobierno que son ejecutivo, legislativo y judicial.

El régimen presidencial que opera en México está sujeto al sistema electoral o de partidos, como causa-efecto de los cambios en el sistema social, un gobierno democrático tiene que ser sensible a los cambios y a las demandas de la sociedad. Después de más de 70 años en el poder, el Partido Revolucionario Institucional ya no fue la mejor opción para los mexicanos, debido a que en las elecciones federales del año 2000 el pueblo optó por la alternancia y durante dos periodos (de 6 años cada uno) le brindó la oportunidad al Partido Acción Nacional, y no quedando satisfechos, regresaron al anterior. Así es como se vive la democracia, por lapsos de tiempo pre-determinados y en base a resultados retoman y pierden su poder los grupos representativos o las élites oligárquicas que gustan de dirigir o gobernar a su pueblo.

Según la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Título Segundo, Capítulo I, De la soberanía nacional y de la forma de gobierno en su Artículo 39.- dice: ...“La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”¹³...Si la ciudadanía percibe que sus mejoras se ven limitadas o mermadas por las administraciones vigentes, cobrará con voto de castigo para los funcionarios o fracciones políticas que considera dañinas y discurrirá otra mejor oferta para satisfacer sus necesidades de dirección.

El rumbo de la gobernabilidad de forma tradicional como la conocemos en México, permanece a pesar de la alternancia en el poder en todos los ámbitos y esferas de gobierno o en la Presidencia de la República –particularmente–, debido a su estructura constitucional que marca la pauta para el beneficio del pueblo y garantizar sus derechos. La gobernabilidad es la cualidad propia de una comunidad política en la que sus instituciones de gobierno actúan eficazmente dentro de un espacio de un modo considerado legítimo por la ciudadanía –toda vez que se ajusta a los lineamientos constitucionales y respeta el procedimiento electoral– que permite el ejercicio de la voluntad política del poder mediante la obediencia del pueblo. Ésta tiene dos variables: eficacia y legitimidad. Debe ser brindar buenos efectos en su ejercicio ya que fue elegida con la aceptación de los resultados electorales.

¹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por su parte la eficacia es el cumplimiento de los objetivos de gobierno. El plan de desarrollo que se ejecuta de acuerdo al organigrama gubernamental y que la estructura lo facilita, ya que es elaborado de acuerdo a las necesidades básicas imperantes de la ciudadanía y para el mejor funcionamiento del país en general. Así también la legitimidad se da en la aceptación de los ciudadanos a la dominación del gobierno. Tras las elecciones electorales es notorio que los ‘nuevos’ dirigentes se tornarán en el poder para dirigir y conservar [en su caso restablecer] el orden en beneficio de las mayorías, por tanto existe una sumisión expresa –o tácita– al régimen que opera.

Al analizar etimológicamente la palabra gobernabilidad, se observa que deriva de la acción de gobernar más el sufijo ‘*bilidad*’ lo que indica sobre todo una cualidad, en este caso del verbo de gobernar que caracteriza la acción. La gobernabilidad en primer término es una condición que posee lo que puede ser gobernado, aplicado al asunto que nos ocupa, es de referirse al propio pueblo.

El pueblo mexicano consciente de la necesidad de tener un gobierno, participa de manera regular en el proceso democrático para elegir a sus dirigentes políticos, ya que según datos oficiales del otrora Instituto Federal Electoral en la pasada elección del 1 de julio de 2012 acudimos a votar el 63.34 % de los empadronados o inscritos en la lista nominal,¹⁴ las dos terceras partes aproximadamente de los ciudadanos con prerrogativa de votar.

Existen otros factores explicativos de la gobernabilidad para diferentes análisis.¹⁵ Estos son agrupados en cuatro apartados, de acuerdo con su carácter de variables independientes:

- 1) legitimidad y eficacia del sistema político en regímenes democráticos;
- 2) situaciones de crisis de los sistemas políticos;
- 3) el problema del déficit entendido desde distintas corrientes intelectuales;
- 4) los problemas de gobernación propios de los países en vías de desarrollo.

El concepto de gobernabilidad queda enmarcado exclusivamente en el ámbito gubernamental, y que su logro depende fundamentalmente de la capacidad efectiva del gobierno para mantener la legitimidad y promover el desarrollo socioeconómico, de un modo simultáneo ya que supera los problemas específicos de la propia acción

¹⁴ http://www.diputados.gob.mx/documentos/consejeros_2013/ensayo/21.pdf

¹⁵ ALCÁNTARA Sáinz, Manuel: *De la Gobernabilidad*, publicado el 04 de noviembre de 2009, en sitio <http://hdl.handle.net/10366/72197>, consultado el 06 de abril de 2014.

de gobierno. También es una capacidad social,¹⁶ como un atributo colectivo de toda la sociedad para dotarse de un sistema de gobierno que empuje los objetivos del desarrollo humano. Que es gobernable cuando está estructurado socio - políticamente de manera estratégica y se interrelacionan para tomar decisiones colectivas y resolver conflictos conforme a un sistema de reglas y de procedimientos institucionales.

Originalmente gobernabilidad refería a la transición a la democracia y a ella misma como gobernante para avanzar y consolidarse al mejorar su desempeño económico, social y democrático,¹⁷ como una práctica política. Hacer que la democracia sea gobernable: asegurar mayorías parlamentarias a los Presidentes, construir consensos y coaliciones, fortalecer el sistema electoral y de partidos políticos, asegurar la suficiencia financiera del Estado, reordenar sus relaciones con los poderes descentralizados, reformar la política y el ejército, introducir la nueva gestión pública, fortalecer el poder judicial y el estado de derecho, garantizar los derechos humanos, prevenir y gestionar conflictos y desastres, proveer bienes públicos...en su dimensión social, medioambiental, educativa, urbana, entre otros.

Una de las variables de la gobernabilidad son los cambios socioeconómicos, el debilitamiento de la confianza general en las instituciones y los liderazgos políticos, se registra una desvinculación entre la ciudadanía respecto de la vida política en la que se establecen tres variables dependientes que son la información disponible por los ciudadanos, los criterios de evaluación de los ciudadanos y el desempeño de las instituciones democráticas. En ocasiones hay discrepancias en el asentimiento del ejercicio de dirección, veamos algunos aspectos claves para alcanzar una comprensión sistemática de los problemas de la gobernabilidad democrática:

- a) Delimitación del concepto,
- b) Formación del modelo analítico para su estudio,
- c) Esclarecimiento de las relaciones entre el ejercicio del gobierno democrático y el logro de los niveles de gobernabilidad, y
- d) Condiciones para su adecuado ejercicio.¹⁸

¹⁶ PRATS, Joan, (Director del IIG): *Gobernabilidad para el desarrollo humano*. Marco conceptual y analítico. joan.prats@iigov.org <http://www.hegoa.ehu.es/dossierra/gobernanza/3-Prats2001.pdf>

¹⁷ Revista Instituciones y Desarrollo, Gobernabilidad: *las razones de un uso creciente*. <http://www.iigov.org/revista/re10/>

¹⁸ CAMOU, Antonio: *Gobernabilidad y democracia*, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, Ed. Instituto Federal Electoral, México, 2007, p. 12.

El concepto de gobernabilidad en el sentido de un equilibrio dinámico entre el nivel de las demandas sociales y la capacidad de respuesta gubernamental, como son las tradiciones de *razón de Estado*, *buen gobierno* y *estabilidad política*. El logro de una adecuada gobernabilidad depende de una serie de acuerdos básicos entre las élites dirigentes, los grupos sociales estratégicos y una mayoría ciudadana cuando esos acuerdos se estabilizan y toman carácter de institucional, previsible y generalmente aceptado, una conformación de un modelo o paradigma de gobernabilidad.

Según Juan Rial gobernabilidad es la capacidad de las instituciones y movimientos de avanzar hacia objetivos definidos de acuerdo con su propia actividad con coherencia las energías de sus integrantes para proseguir esas metas previamente definidas.¹⁹ Propiedad específica de los gobiernos y los actores sociopolíticos relevantes. Ahora al dilucidar lo expresado por Ángel Flisfish refiere que gobernabilidad es la calidad del desempeño gubernamental a través del tiempo considerando las dimensiones de la oportunidad, la efectividad, la aceptación social y la coherencia de sus decisiones.²⁰

A manera de interpretación de Xabier Arbós y de Salvador Giner quienes consideran que la gobernabilidad es la cualidad propia de una comunidad política según la que sus instituciones de gobierno actúan eficazmente dentro de espacio de un modo considerado legítimo por la ciudadanía, que permite así el libre ejercicio de la voluntad política del poder ejecutivo mediante la obediencia cívica del pueblo.²¹

Una vez explicado el concepto y acción de la gobernabilidad, analicemos los grados de en los que se puede clasificar

... (conceptos límite)²²

a) Gobernabilidad ideal: equilibrio puntual entre demandas sociales y respuestas gubernamentales, una sociedad sin conflictos o absolutamente neutralizados...

Es probable que en los países de primer mundo o desarrollados disfruten de estas cualidades, en la que se vean satisfechas las necesidades de los gobernados respecto de la habilidad de contestación por parte de quienes ejercen el poder y sirven a su propio pueblo.

¹⁹ *Idem*, p. 16

²⁰ *Idem*.

²¹ *Idem*, p. 17.

²² *Idem*, p. 27.

b) ...Gobernabilidad normal: situación donde las discrepancias o diferencias entre las demandas y respuestas se encuentran en un equilibrio dinámico, varían dentro de los márgenes tolerados y esperables para los miembros de la comunidad política. Diferencias aceptadas e integradas al marco de la relación de gobierno vigente en una sociedad...²³

Es el caso de los Estados que muestran aparente estabilidad los que encajan en esta descripción, subsiste en ellos el estado de derecho y gozan de paz social, además de que se desarrollan con aparente progresividad en beneficio de todos, con la implementación de programas gubernamentales que permiten el acercamiento de las autoridades con la ciudadanía y ello facilita que sean escuchadas y satisfechos los requerimientos de apoyo para la población y resueltas en las medidas de las posibilidades las exigencias por parte de quienes han de proveerlas.

c) ...Déficit de gobernabilidad: desequilibrio entre el nivel de las demandas sociales y la capacidad de respuesta gubernamental que es percibido como inaceptable por los actores políticamente organizados, también llamadas anomalías...²⁴

Al tenerse noticias de conflictos sociales en determinado país, estamos en aptitud de encasillarlo en esta categoría. Esta situación se define como el incremento de la violencia e incluso hablamos de una privatización de la seguridad pública y privada desde varios flancos, existe corrupción e ineficiencia por parte de los cuerpos policíacos y las propias instituciones encargadas de brindar tranquilidad y estabilidad a los gobernados, propiciando con ello la organización de grupos de autodefensas que operan en la clandestinidad.

d) ...Crisis de gobernabilidad: situación de proliferación de anomalías, conjunción de desequilibrios inesperados o intolerables entre demandas sociales y respuestas gubernamentales...²⁵

Aquí se está pisando la delgada línea del caos, ya que la población amenaza con manifestaciones que se llegan a tornar violentas. Se percibe nula o poca presencia

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

del Estado en la organización política de la ciudadanía y las instituciones que debiera encabezar, existe un control difuso sobre la territorialidad y la abundan las fuerzas – en algunos casos armadas – que pretenden controlar el poder o legitimar de algún modo la autoridad.

e) ...Ingovernabilidad: virtual disolución de la relación de gobierno que une a los miembros de una comunidad política...²⁶

En este caso hemos observado que ha habido intervención de la comunidad internacional [con o sin autoridad] para restablecer el orden. Lía necesariamente la ineficiencia del gobierno en su responsabilidad de resolver conflictos - ya no tanto las necesidades básicas - que sus gobernados pudiesen estar demandando; llegar a este punto fue consecuencia de un mal ejercicio de gestión por parte de los gobernantes y nulo diálogo con los sectores políticos y sociales del país en comento.

De acuerdo con estas definiciones en México vivimos entre una “governabilidad normal y en déficit de gobernabilidad” dadas las circunstancias ocurridas en algunos estados de la República en que la ciudadanía ha tenido que proclamarse en los llamados grupos de “autodefensas” (casos Michoacán, Tamaulipas y Guerrero) ya que conjuntos delictivos pretenden tomar el control y desequilibran el orden social. O concediendo el beneficio de la duda a estos colectivos tal vez sí se protejan de un mal gobierno y una pésima protección que resguarde la seguridad pública.

Acción conocida como gobernanza

Según la Real Academia Española gobernanza significa el arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía. Así mismo la acción y efecto de gobernar o gobernarse.²⁷ Governabilidad y gobernanza son dos enfoques conceptuales y prácticos que se relacionan ambos con la acción del gobierno, hacen referencia al problema de la capacidad gubernativa o directiva del gobierno y buscan su solución, no obstante tienen un diverso planteamiento del problema y ofrecen una desigual respuesta, aunque los dos apuntes sean complementarios.

²⁶ *Idem.*

²⁷ <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=governanza>

*...La gobernanza integra la dirección de la gobernabilidad como una de sus condiciones de orientación. Ambos conceptos tienen como foco cognoscitivo y práctico al gobierno, a su actividad directiva, no al Estado ni a su constitución política, ni tampoco a la estructura del sistema social o económico. Por ende, representan un problema y objeto de conocimiento limitado, no obstante su alta relevancia teórica y práctica por referirse al agente de la conducción social...*²⁸

La orientación de la gobernanza es postgubernamental. Focaliza la necesidad o conveniencia de *un nuevo proceso directivo de la sociedad* más que a la reproducción del proceso directivo estructurado por la acción del gobierno, una nueva relación entre poder y pueblo.

*...La gobernanza incluye a la gobernabilidad, en tanto requiere la acción de un gobierno competente y enérgico, para que haya dirección exitosa. Expresa el cambio de proceso, modo o patrón de gobierno: el paso de un centro a un sistema de gobierno, en el que se requieren y activan los recursos del poder público, como un nuevo estilo de gobernación...*²⁹

El concepto de gobernanza y su interrelación con las instituciones empezó a popularizarse tras una publicación del Banco Mundial en 1987 que la identificaba con el desarrollo institucional con el proceso de incrementar la habilidad de las instituciones para hacer un uso efectivo de los recursos financieros y humanos disponibles. Identificaba la gestión pública con la administración pública en este caso sería *accountability*³⁰ que tiene como finalidad un mejor gobierno a través de la rendición de cuentas y la transparencia gubernamental.

²⁸ *Gobernabilidad y Gobernanza*, Publicado en la Revista del CLAD Reforma y Democracia, No. 39, Caracas, Oct. 2007.

²⁹ https://www.u-cursos.cl/ingenieria/2010/1/IN73H/1/material_docente/previsualizar?id_material=288871

³⁰ Es un concepto asociado a la rendición de cuentas, que se utiliza como sinónimo de responsabilidad, de dar cuenta, responder por, dar cumplimiento, básicamente a nivel de gestión pública. En rigor no existe un consenso sobre qué es la rendición de cuentas o *accountability*: es aún un concepto en construcción. http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/rendicion-de-cuentas-accountability

Gobernanza es el proceso mediante el que se da la solución de problemas colectivos y se enfrentan las necesidades de la sociedad a través del gobierno, reestructurando las instituciones y los mercados, cambiando algunos grupos de poder para alcanzar objetivos y estrategias comunes.³¹

Conclusiones y propuestas

A modo de cierre ya con la descripción e interrelación con los conceptos antes mencionados, se concluye que:

- a) La democracia es una forma de gobierno,
- b) La gobernabilidad es un estado de equilibrio,
- c) Una propiedad o una cualidad que indica el grado de gobierno que se ejerce en una sociedad.

Ambas (democracia y gobernabilidad) combinan legitimidad, eficacia y estabilidad en el ejercicio del poder político –.

Por su parte la palabra de reciente acepción a nuestro sistema, deducimos que

- d) La gobernanza tiende a fortificar el buen o mejor gobierno.

El vínculo entre democracia, gobernabilidad y gobernanza

- e) Radica en el principio de la soberanía popular,
- f) Sus manifestaciones concretas,
- g) Satisfacción de las necesidades del pueblo,
- h) Las elecciones periódicas y
- i) La participación ciudadana.

Como propuestas sería conveniente que:

Primera. La democracia y la gobernabilidad se influyan provechosamente para propiciar gobiernos democráticos a la vez que legítimos, eficientes y responsables en

³¹ https://www.u-cursos.cl/ingenieria/2010/1/IN73H/1/material_docente/previsualizar?id_material=288871

favor del pueblo para satisfacer sus necesidades básicas, a través de organismos de interrelación directa para mejorar progresivamente en la acción del gobierno.

Segunda. Queda abierta la invitación a ejercitar la democracia de forma óptima, con educación para fortalecer la decisión de mejores representantes políticos que llegarán a ser los gobernantes y fomentamos la cultura de la rendición de cuentas, la transparencia en el ejercicio del poder, la ciudadanía con más confianza se acercará a sus autoridades para exponer sus necesidades y el gobierno de forma práctica estará en aptitud de resolver o proponer una solución dichos requerimientos, lo anterior en armonía y en beneficio de todos los mexicanos.

Tercera. Los resultados de la democracia, la gobernabilidad y la gobernanza están a la vista de todos y cada uno de los ciudadanos ya que están al alcance en cada uno de los ámbitos de gobernación.

La epistemología jurídica: un acercamiento

Enriqueta Benítez López¹
José María Nava Preciado²

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto aproximarse a los principales problemas que la epistemología comparte con otras disciplinas, especialmente con la epistemología jurídica. Expresado fundamentalmente partir de la perspectiva de Karl Popper en tanto que describe dos problemas sustanciales: de fundamentación y de validez, exponiendo principalmente el segundo de ellos en el cual se puede identificar cuáles son las principales tareas de la epistemología como disciplina jurídica.

PALABRAS CLAVE: Ontología, epistemología, epistemología jurídica, fundamentación y validez.

ABSTRACT: This article aims to approach the epistemology main problems shared with other disciplines, especially the legal epistemology. Mainly expressed from Karl Popper perspective, and describes as two substantial problems: rationale and validity, mainly exposing the second one that can identify what are the main tasks of epistemology as legal discipline.

KEYWORDS: Ontology, epistemology, legal epistemology, justification and validity.

SUMARIO: Introducción ■ ¿Qué es la epistemología jurídica? ■ ¿Cuáles son los problemas de la epistemología? ■ ¿Por qué es importante acercarnos a la epistemología? ■ Finalmente, ¿qué podemos entender por epistemología jurídica? ■ Glosario.

¹ Maestra en Filosofía.

² Doctor en Educación, Maestro en Filosofía, Especialista en Ética y Epistemología. Director de Tesis y asesor en el presente ensayo.

*Pero el objeto de mi pregunta, Teetetes,
no es saber cuáles son los objetos de las ciencias,
porque no nos proponemos contarlas,
sino conocer lo que es la ciencia en sí misma.
Platón –Sócrates en el Teetetes–³*

No existe consenso acerca de qué es la filosofía, algunos señalan que es el estudio de las cosas por sus causas últimas, otros dicen simplemente que es la búsqueda de la sabiduría o del saber (αναζήτησις, σοφία) Por nuestra parte, queremos limitarnos a decir junto con Kant, que *no se puede enseñar filosofía sino que sólo se puede enseñar a filosofar*. Consideramos que la filosofía es una honesta actividad que busca respuestas a las preguntas que asaltan al hombre ante la perplejidad que experimenta en su observación del mundo; creemos al igual que Wittgenstein, que de lo que no podemos hablar, es mejor callar si aspiramos a la comprensión de las cosas en la medida que nuestra racionalidad nos lo permite.

Aristóteles en su *Metafísica* nos habla del “asombro” (admirarse: θαυμάζειν)⁴ como aquel estado en el cual caemos al sentirnos sobrecogidos por una experiencia del mundo que nos rebasa, a esa experiencia se la ha llamado admiración o asombro. Ese asombro es posible porque *todos los hombres desean por naturaleza saber*.⁵

Esa necesidad de saber aparece cuando tomamos conciencia de nuestro estar en el mundo y dado que nos coloca en una posición, queremos saber de qué se trata ésta para sentirnos seguros o de lo contrario nos sentimos en riesgo y nos asaltan reacciones como el miedo y la inseguridad. Podríamos decir que una consecuencia casi inmediata se traduce en la necesidad de entender aquello que nos produjo ese incómodo estado y la urgencia saber dónde quedamos parados ante este descalabro que nos produjo el asombro. Así, *conocer* deviene actividad-búsqueda para llegar a comprender (saber) acerca de la naturaleza de las cosas que al cumplirse, nos devuelven la seguridad perdida. *Conocer y saber*⁶ lo que las cosas son, se constituye como la tarea apremiante de nuestra condición; de ello sin embargo no se sigue (insistimos

³ Platón: *Teetetes*, Editorial Gredos, Madrid, España, p. 8.

⁴ Cfr. Aristóteles: *Metafísica*, I, 2, 982b., Editorial Gredos, Madrid, España, 2000.

⁵ *Idem*.

⁶ El significado de ambos conceptos no se abordan en el presente artículo debido a que su análisis se encuentra al interior y un tema más amplio. La diferencia entre ellos, aquí la referimos únicamente como diferencia de grado.

en ello) que *conocer y saber* lo que las cosas son nos llegue de forma inmediata o por el mero hecho de nuestra búsqueda por más sincera o urgente que pueda ser; por el contrario, nos pone frente al inicio de un recorrido complejo de tareas que generalmente nos dejan exhaustos.

¿Por qué ocurre esto? Porque tener una respuesta (independientemente de su verdad o falsedad) nos hará sentir seguros y por lo tanto, confiados y cómodos en este mundo que habitamos. Pero sentirnos seguros frente a lo que recién nos hemos explicado, no es suficiente porque no significa que hemos llegado verdaderamente a saber mucho acerca de lo que nos interesa.

Esta urgencia de querer saber ha tenido diversos resultados a lo largo de la historia del mundo. De inicio, la humanidad se empezó a construir historias que le explicaron a través de un discurso fantástico (mitos) cómo es el mundo, lo que hay en él y cómo llegó a aparecer en nuestra vida cotidiana.

Si bien los mitos cumplieron una función importante en el pasado, hoy no podemos echar mano de ellos con el fin que tuvieron en un principio; en un momento determinado, éstos permitieron en nuestra inquietud, hacer preguntas importantes como aquéllas que hicieron suponer a los primeros hombres diversas posibilidades como respuesta abriendo la puerta a la especulación que sirvió a modo de ensayo y error de la aspirada corrección de nuestros pensamientos. Recordemos que fue una diosa quien mostró a Parménides el camino por el cual debía transitar, fue ella quien le dijo que sólo se puede indagar por el camino del *ser* y que del *no ser* ni siquiera podemos hablar.⁷ Figurémonos que a lo largo de las reflexiones humanas nacieron muchas especulaciones, sus sospechas generaron preguntas como éstas: ¿Qué tal si la versión del mundo fuera distinta y qué pasaría si no fuera cierto que X creó el cielo y Y la tierra; o que Z los creó a ambos? Pensar desde de otra perspectiva y buscar una explicación sobre el mundo se constituyó en una de las primeras tareas cuyas respuestas fueron aparentemente tan sencillas como ingenuas, sin estar de acuerdo con este juicio, lo que no podemos negar es que fueron muy importantes dado que gracias a ellas aprendimos a cuestionar lo que nos había sido dado. Es más o menos así que la actividad filosófica aparece como una necesaria actividad humana en la que su condición fundamental es cuestionarse permanentemente acerca de lo que hay en el mundo y acerca del origen mismo de eso que creemos, existe. Otra tarea importante fue desde el inicio, la creación de herramientas que auxiliaron a la especulación y con ello garantizaron por lo menos un camino más seguro por el cual se

⁷ Cfr. “El Poema Ontológico de Parménides”. En *Presocráticos*, Ed. Gredos, Barcelona, 1990.

podiera transitar. La filosofía es la reflexión de los problemas fundamentales que nos dejan perplejos debido a que cada una de sus respuestas genera a su vez otros cuestionamientos; la filosofía, fue especificando su saco de problemas hasta identificarlos en lo que hoy conocemos como disciplinas filosóficas.⁸

Históricamente, para ser honestos, dar cuenta de cuál haya sido nuestra primera respuesta sobre el mundo es caer en una posición sin salida, lo cierto es, parafraseando a Aristóteles, que cuando aparecimos en este mundo, aparecimos ya con un paquete de relatos que intentaron (e intentan) ser respuestas. Pero, ¿Cuáles de ellas son verdaderas y cuáles no? Y más complejo aún, ¿Cómo sé que son unas verdaderas y otras no?

Conocer el origen de las cosas y qué son éstas es la tarea humana por definición. Este quehacer nos ha costado toda la vida, porque es una tarea interminable y que se encuentra en permanente revisión. Esta revisión forma parte de la reflexión filosófica que se encamina a indagar qué significa conocer las cosas y cuáles son las condiciones de validez que legitiman que lo que se sostiene sobre la naturaleza de las cosas es verdadero. Este tipo de problemas se encuentran localizados en lo que llamamos epistemología a la que más adelante intentaremos definir con más claridad.

Un discurso que nos habla acerca de las cosas en cuanto a su naturaleza, o lo que una cosa es, nunca es definitivo. Predicar una característica de algo, nos demanda a su vez demostrar que esa característica que se ha puesto en ella es legítima, es decir, que está “debidamente” asignada. Pero si pensamos qué significa “legítima”, “debidamente” nos daremos cuenta que estas palabras dependen a su vez de un discurso del cual provienen por lo menos:

1. Condiciones bajo las cuales decir “legítimo” tiene sentido.
2. Que al enunciar “debidamente” implicamos la existencia de reglas y de un método.
3. Qué los métodos son caminos trazados, no definitivos.

El matrimonio por ejemplo, visto a la luz de la ontología jurídica y desde una perspectiva aristotélica, demandará un análisis a partir de sus categorías desde las cuales se le puede comprender en cuanto *a su naturaleza*; así, el matrimonio será identificado por su esencia y accidentes, así como por sus categorías (unidad, tiempo, cualidad, cantidad, relación; etc.), o bien, visto desde una perspectiva heideggeriana

⁸ Las más significativas son: ontología, metafísica, epistemología, ética, estética y lógica, (por seguir la clasificación tradicional)

desde una estructura óntico entitativa que a través de las estructuras del *ser-ahí* se le pueda conocer. Estas estructuras a diferencia de las primeras, son categorías de la *acción*.⁹ Así, el matrimonio puede identificarse como un ente con su esencia y accidentes o bien como un ente cuyo ser se explica a través de las estructuras de acción que le dan su razón de ser. Ambos discursos tienen como primera responsabilidad ser coherentes y la coherencia aparece cuando su sentido y sus reglas a las que se somete el análisis del objeto son acordes al sistema que pretende explicarlo.

Por otro lado, la epistemología da cuenta de la construcción y validez del discurso que le da su significado, le será relevante así, cómo es el matrimonio y qué discurso le da forma, si ese discurso es congruente y válido (de ahí que pueda entenderse el matrimonio como institución social y como institución jurídica etc.) asimismo, da cuenta de los métodos bajo los cuales su validez es reclamada. ¿Qué le da validez a un discurso? es una pregunta que pertenece a este dominio.

Decimos así que la ontología y epistemología en tanto que disciplinas filosóficas, se constituyen en una herramienta básica de toda disciplina debido a que hacen posible justificar y legitimar sus objetos particulares.

La epistemología es una disciplina que tiene entre sus problemas fundamentales indagar acerca de las condiciones y posibilidad del conocimiento. Se exige a sí misma, dar cuenta de los métodos bajo los cuales los objetos del mundo pueden ser explicados. Cuando encontramos una disciplina que estudia objetos en particular, la filosofía cuando aparece ante ella, cuestiona lo siguiente:

- a)Cuál es la naturaleza de los objetos que trata.
- b)Cuál es la forma bajo la cual conoce y da cuenta de esos objetos.
- c)Cómo son los métodos que validan ese saber sobre sus objetos.

El cuestionamiento a) es de naturaleza ontológica mientras que b) y c) son de naturaleza epistemológica. De esto se sigue que cada disciplina particular tendrá un ámbito de reflexión sobre estas preguntas que son también llamadas meta-teóricas dando origen al estudio filosófico de su disciplina, tal es el caso de la filosofía del

⁹ La diferencia entre estas perspectivas es compleja, bástenos señalar que una deferencia irreconciliable es que mientras que en la primera se conocen a las cosas partiendo del presupuesto bajo cual el mundo es objetivo y externo, es decir, está fuera del sujeto; en la otra, el objeto es algo cuyo significado y ser se encuentra comprendido en las estructuras que el *ser-ahí* construye y que se identifican principalmente como actividad.

lenguaje, la epistemología de las ciencias sociales, la ontología y epistemología jurídicas etc.

Las disciplinas particulares construyen un discurso que nos habla de la forma particular de tratar a sus objetos y que tradicionalmente se ha identificado como el objeto material y el objeto formal de las mismas.¹⁰

Estos discursos están dotados de un lenguaje especial, que explican a su vez la naturaleza y uso de las herramientas con las que estudian sus objetos. El lenguaje especializado de cada disciplina crea sus propios compromisos al respetar un uso específico de sus enunciaciones, un uso particular de los nombres que describen tanto objetos como procedimientos etc., de manera que con ello construyen sus proposiciones que van desde las proposiciones primeras o protocolares hasta las llamadas científicas y particulares entre otras cosas.

Los discursos de las disciplinas particulares al formular sus proposiciones y juicios los someten a su vez a una constante revisión. Es importante señalar que no se trata de un capricho, cada predicado que se adjudica a un objeto (por objeto entiéndase cosa material, acontecimiento o cualquiera otro tipo de fenómeno), requiere estar respaldado por un discurso que le da coherencia y un método que le otorga validez.

Tomando como ejemplo un ejercicio de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM¹¹ podemos advertir que cuestionamientos procedentes de todas las disciplinas que tengan la naturaleza inquisidora sobre la validez, corresponden a los asuntos de la epistemología. Las preguntas del ejercicio fueron las siguientes:

¿Qué discursos le dan coherencia a los predicados que yo adjudico?

Por ejemplo la moral o la religión me permiten respaldar un predicado de la forma:

X es bueno, X es justo, X es pecado.

¹⁰ Esta distinción es muy conocida, tomada de la tradición aristotélica y que, a pesar de no ser observada ya por todas las ciencias, en algunas continúa, sobre todo aquellas en las que sus objetos de estudio son objetos sociales.

¹¹ Ejemplo tomado de la Universidad Nacional Autónoma de México: Taller de investigación documental Facultad de Ciencias Políticas y Sociales Grupo 9016 SUA Ramírez Segovia Jorge. <http://es.scribd.com/doc/89569387/Cuales-son-las-caracteristicas-de-la-epistemologia>

Si no hubiera moral, o religión, estos predicados carecerían de sentido. (Sería tanto como decir X es peristipico¹² –si no hay un discurso que me diga cuándo puedo usar tal predicado)

Pero los discursos que me legitiman para usar sus predicados tienen distintas naturalezas, nos interesa a aquí buscar un discurso verdadero.¹³

El ejercicio propuesto por los integrantes del taller, independientemente de toda la compleja discusión que de ahí se pueda suscitar, por lo menos nos coloca en la necesidad de dar respuesta a las siguientes preguntas:

1. ¿Qué discurso me habla de la verdad? Tomando en cuenta que aquí *verdad* tiene un significado meramente lógico.
2. ¿Bajo qué condiciones podemos decir que X es verdadero o falso? Pregunta que necesariamente supone reglas a las que se someten los objetos para alcanzar su condición veritativa.
3. ¿Debo de conocer antes a X para saber si es falso o verdadero? De ahí la exigencia de dar cuenta de la naturaleza de las cosas, es decir saber *qué son* y *cómo son* para saber cómo es que *son posibles*.

Cuando puedo decir que conozco a X., implica técnicamente que por lo menos refiere a los límites y alcances de la posibilidad y legitimidad del saber.

Si realizáramos un ejercicio con la forma de las preguntas anteriores aplicado a un objeto jurídico podríamos observar más fácilmente a las disciplinas filosóficas que nos dotan de herramientas para pensar mejor esta disciplina. Existen preguntas fundamentales en el derecho cuya respuesta tiene como consecuencia grandes cambios e incluso que llegan a trastocar nuestra vida cotidiana. Cuestionar un fundamento o la validez de una institución puede ocasionar una modificación importante o hasta su desaparición. Bástenos recordar cómo el derecho a la información se convirtió en un derecho fundamental y cómo el amparo modificó algunos de sus principios que antes

¹² Cabe señalar que “peristipico” es una palabra inventada. Este tipo de términos creados arbitrariamente tienen como finalidad especialmente en los ejercicios de lógica o del lenguaje, la mención de algo que significa simplemente nada, los integrantes del taller posiblemente la inventaron de acuerdo con el estilo que solía usar Russell, Quine y Wittgenstein en sus ejercicios.

¹³ *Idem.*

habían sido emblemáticos como es el caso de la cláusula Otero que ha desaparecido de nuestra tradición.

Esto nos coloca en una posición en la que dirigir nuestra mirada al derecho implica preguntarnos las mismas cuestiones e intentar responder desde nuestra disciplina.

¿Qué es la epistemología jurídica?

Se ha definido en varios sentidos a esta disciplina, antes de proponer una definición, nuestro propósito es acercarnos a la preocupación que mantiene Luigi Ferrajoli al identificarla a partir de sus elementos y problemas más importantes y que según nuestro particular punto de vista su preocupación coincide con lo que aquí hemos mencionado. De inicio nos dice lo siguiente:

En particular, comparto tanto la idea clásicamente racionalista, en la que insiste Villa, de la unidad sustancial de la ciencia y, por tanto, de la aplicabilidad también a las disciplinas jurídicas de la epistemología del conocimiento científico en general como la idea, más nueva y fecunda, del inevitable condicionamiento de la Ciencia y también de la metaciencia -tanto Jurídica como no jurídica- por parte de las “background theories” o “imágenes de trasfondo”, presupuestas aunque en absoluto trascendentales, que tanto el epistemólogo como el científico tienen de su respectivo objeto de investigación.¹⁴

¿En qué se traduce lo anterior? En las exigencias que según Villa y Ferrajoli deben satisfacer como condiciones de toda disciplina que pretenda alcanzar un estatuto metateórico, y que además sienten las bases para su científicidad. Además nos dice lo siguiente:

En el caso de la meta-ciencia jurídica el trasfondo es obviamente la ciencia jurídica: de una forma u otra, cuando reflexionamos acerca del método, o de los fundamentos, o de los criterios de control de la formación y de la utilización de

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi: *Epistemología jurídica y Garantismo*. Ed. Fontamara, 2004, p. 76 (a su vez, cuya fuente de consulta del autor al cual hace alusión es la siguiente: Vittorio Villa: *La formazione dei concelli e delle teorie nella scienza giuridica*. Ponencia presentada en el seminario de Siena, p. 11 del texto ciclostilado.

los conceptos y de las teorías jurídicas, no podemos prescindir del prejuicio de nuestra propia Imagen de la ciencia jurídica 'tal como es' o 'tal como debe ser'.¹⁵

En consecuencia, cada uno de los elementos por él mencionados serían las bases sólidas que toda disciplina de naturaleza metateórica en el ámbito del derecho debe de cumplir además por lo menos las siguientes condiciones según el Dr. Vittorio Villa y por adhesión, Luigi Ferrajoli:

I. “Las teorías son unidades estructurales”. Cuyas partes no se “mantienen unidas sólo por relaciones de carácter lógico (como por la *received view*), sino” que forman “más bien una constelación de asunciones de origen y naturaleza diversos (metafísicos, metodológicos, lógicos, teóricos, observacionales), [...] cuya relación con la realidad no es reducible a una relación de correspondencia con hechos “no interpretados”;

II. “Las teorías son entidades históricas” dotadas de “dimensión diacrónica” además de “sincrónica”, que no admiten como única forma la de la axiomatización;

III. “Las teorías guían la praxis científica” en el sentido de que “no se puede captar su Significado [...] sin tener en cuenta las “aplicaciones empíricas realizadas con éxito” y las “Soluciones ejemplares de problemas” a las que ellas mismas dan vida”;

IV. “Las teorías son sistemas Holísticos”, cuyo “control empírico” no puede “depender de formas “instantáneas” de verificación o de falsación” sino que se realiza especialmente sobre la base de “otros criterios de segundo orden (coherencia, simplicidad, poder explicativo, fecundidad, éxito pragmático)” y “en último término [del] consenso de la comunidad científica” - que indican más bien ausencia de condiciones, es decir, niegan que sean necesarios en un discurso Jurídico los dos requisitos sostenidos por la tradición neo-positivista: el carácter exclusivamente lógico de las relaciones existentes entre las diversas tesis de una teoría científica y la verificación o falsación empírica como banco de pruebas y criterio de control decisivo de su bondad, fundamentación o aceptabilidad.¹⁶

Coincidimos con Ferrajoli, en cuanto que opina que los criterios epistémicos que propone Villa, son muy importantes pero sin embargo, no obstante la amplia

¹⁵ *Idem*, p. 77.

¹⁶ *Idem*, p. 77 (las comillas son del autor)

aceptación que éstos han tenido, nuestro autor no se encuentra de acuerdo con ellos, no en virtud de su enunciación sino por el hecho de que las exigencias señaladas se pretendan presentar como una forma de definición de ciencia. Aquí nos detenemos y antes de señalar la específica preocupación de Ferrajoli, consideramos importante observar lo siguiente:

Primero, que los criterios inicialmente dados (propuestos como tesis según Villa y Ferrajoli), para nosotros son eso: *criterios*, condiciones bajo las que se puede identificar una disciplina que se diga metateórica y estos criterios en sentido estricto, no pertenecen al ámbito de la epistemología propiamente; **Segundo**, *a priori*, nos parece que hay una notoria confusión entre los que es la sociología del conocimiento y lo que es la epistemología. Ferrajoli se limita a señalar su preocupación en este punto:

...en efecto, una definición, aun aproximada, requiere que se establezcan, no propiamente las condiciones suficientes, al menos las condiciones necesarias (algunas, si no todas) para el correcto empleo del término definido. Me parece, en cambio, que Villa se ha preocupado exclusivamente de liberalizar el uso del concepto de ciencia.¹⁷

Pero nos parece que tanto Ferrajoli como Villa han confundido los dos tipos de exigencias al interior del problema y lamentablemente a lo largo de su obra, no nos da una respuesta para diferenciarlas e identificarlas por separado. Nosotros intentaremos tan solo un sencillo cercamiento sobre la preocupación que compartimos con Ferrajoli y que al menos tangencialmente nos vincula con el criterio IV de Villa.

¿Cuáles son los problemas de la epistemología?

Consideramos que para saber en qué consiste la tarea de naturaleza epistémica de una disciplina es importante que comparta con la epistemología sus problemas y que incipientemente señaláramos al inicio, pero además, es importante identificar sus rasgos más relevantes y saber si éstos pueden verse reflejados en disciplinas particulares como el derecho y de ser así, bajo qué forma éstos criterios epistemológicos aparecen. Así como en su momento Villa se preocupó por señalarlos, consideramos que si pretendemos satisfacer determinados criterios como condiciones de toda disciplina que pretenda alcanzar un estatuto metateórico, éstos deber ser originados a partir de los

¹⁷ *Idem.*

problemas fundamentales de la epistemología y adecuarlos a las disciplina particular que tendrá como propósito responder a la problemática desde su particular ámbito.

Entonces, ¿cuáles podemos considerar como los principales problemas fundamentales de la epistemología?

Tradicionalmente se dice que los principales problemas que plantea la epistemología giran en torno a la posibilidad del conocimiento, su validez y los criterios de verdad bajo los cuales predica el significado de los objetos. Asimismo, se dice que la epistemología *estudia la relación entre el sujeto y el objeto y todos los problemas que esa relación plantea*.¹⁸

Uno de los filósofos estudiosos de la epistemología, Karl Popper, aborda los problemas fundamentales de tal disciplina, desarrollando la tesis de que estos problemas como hoy los tendemos a identificar, realmente provienen de Hume y Kant y que ambos sintetizaron los problemas partiendo de dos problemáticas básicas:

- a) Problemas de fundamentación y
- b) Problemas referidos a la validez del conocimiento.

Existen otros filósofos provenientes del positivismo lógico como es el caso de Moritz Schlick (1882-1916), quien inclusive propone una serie de condiciones específicas para determinar si algo es conocimiento o no.¹⁹ Nosotros en el presente artículo pretendemos exclusivamente proponer un criterio problemático cuya búsqueda generará un ejercicio que por su propio desarrollo devenga una actividad propiamente epistémica.

Al primero de estos, el problema de la inducción, lo llamó el problema *humeano*,²⁰ y es el referido a la validez o fundamentación de los enunciados llamados universales de las ciencias empíricas debido a que éste señala *Nosotros sólo podemos observar sólo determinados acontecimientos y de ellos únicamente un número determinado*²¹

¹⁸ Esta referencia se puede encontrar en cualquier diccionario. Esta expresión es altamente conocida y de dominio común entre los filósofos.

¹⁹ Cfr. AYER, Schlick, *et al*: *El Positivismo Lógico*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1990. En especial el artículo dedicado al lenguaje fiscalista (El fiscalismo es una corriente del empirismo lógico cuyo auge es alcanzado en el siglo XX).

²⁰ Derivado de la filosofía de David Hume.

²¹ POPPER, R. Karl: *Dos problemas fundamentales de la epistemología*, Ed. Tecnos, Madrid, España 1998, p. 11

asimismo, este punto de partida da origen a cierto tipo de preguntas como: *¿Con qué derecho formula la ciencia enunciados universales?, ¿Qué se quiere decir con enunciados de este tipo?* En ese mismo sentido, Popper señala: *En otras palabras ¿pueden ser válidos universalmente los enunciados empíricos en que se basa la experiencia? (O de manera provisional también: ¿se puede saber más de lo que se sabe?)*²² Popper sin embargo, se acerca a Kant al aceptar que un juicio sintético *a priori* y la inducción están vinculados necesariamente, aunque ello implique conceder un punto a favor del racionalismo sin embargo, hará notar que del problema de la inducción se sigue uno que él considera más importante y de suyo filosófico.

*... el problema de la inducción surge a raíz del problema de la demarcación cuando se intenta hacer del "método inductivo" un criterio de demarcación, cuando se pretende que es la aplicación del procedimiento inductivo lo que caracteriza a las ciencias empíricas. De esta manera el problema de la demarcación se convierte no sólo en el único problema fundamental, que subyace al problema de la inducción sino, tal y como lo vio Wittgenstein, en el único problema fundamental de la epistemología en general. En una auténtica teoría del conocimiento que va directa a su objetivo, tendrá que hablarse del problema de la demarcación pero no será necesario que aparezcan ni el problema de la inducción ni siquiera la noción de "inducción": pues en un sentido epistemológico no hay inducción.*²³

Tendríamos con ello, la primera responsabilidad de la epistemología jurídica, que es responder lo siguiente: Cómo explica la naturaleza y el carácter inductivo de la racionalidad aplicada al derecho. Aún más, cómo explica la posibilidad de la inducción en el derecho.

En cuanto a la segunda dificultad, que se traduce en el problema de la demarcación que, de acuerdo con Popper nos refiere a la filosofía kantiana expresada en la *Crítica de Razón Pura* y que se refiere a la pregunta formulada por Kant acerca de los límites del conocimiento y por otro lado, nos refiere a Wittgenstein con el problema del lenguaje.

Además, es importante porque de ella se sigue el problema que involucra a las *ciencias de las leyes de la libertad* -como Kant las llama- (o ciencias sociales) y que se encuentra directamente relacionado con el problema del significado para

²² *Idem.*

²³ *Idem*, p. 417.

la praxis científica de las llamadas ciencias sociales que por extensión incluyen al derecho. Sin embargo, Popper sostiene que se encuentra más específicamente unido al problema wittgensteniano referido al concepto de *sentido* del positivismo lógico que se describe de la siguiente manera: *todo enunciado auténtico describe un estado de cosas y en esto radica su sentido*.²⁴ Así, nos insiste en que:

*Quizás sería posible encontrar un criterio de demarcación más apropiado, que hiciera justicia por completo a las leyes naturales (es decir, que no excluyera las leyes naturales del ámbito de la ciencia), sin que cambiara por ello el concepto de sentido en cuanto tal. En este caso el “sentido” no constituiría la frontera entre ciencia empírica y metafísica, y las leyes, consideradas parte de la ciencia, seguirían siendo ‘pseudoenunciados sin sentido’. Según esta interpretación, la noción de sentido no lograría resolver el problema de la demarcación, pero cumpliría, no obstante, una importante función metodológica, a saber: haría desaparecer el problema de la inducción, ya que no cabe preguntarse por el valor veritativo de meros pseudoenunciados.*²⁵

Con ello, la segunda problemática de naturaleza epistemológica sería que la epistemología jurídica tendría que dar respuesta desde su particular quehacer a la dificultad de la demarcación, es decir, ¿cómo lo resuelve?

Reiteramos que, si tomamos en cuenta por lo menos estos dos problemas considerados fundamentales, las disciplinas particulares tendrían una tarea fundamental de naturaleza epistémica al tratar de responder a esas preguntas desde su quehacer específico, es decir, estarían haciendo epistemología de su disciplina.

Consideramos, al igual que Ferrajoli, que los criterios dados por Villa, no obstante su importancia, el problema puede ser reformulado para identificar qué problemas pertenecen a qué disciplina e identificar el propósito de cada una de ellas.

No obstante, somos conscientes de que la tarea de la epistemología también involucra la proverbial relación sujeto y al objeto. Pero aclarados los dos primeros problemas, fuera de esta relación paradigmática no hay una realidad que conocer, de ahí el problema de la demarcación y de sentido. El saber filosófico no aspira a conocer las cosas superficialmente, sino que pretende entender sus fundamentos que le darán la base para la construcción de sentido de sus objetos construyendo así un discurso

²⁴ Cfr. WITTGENSTEIN, Ludwig: *Tractatus*, Alianza Editorial, Madrid, España, 1990.

²⁵ POPPER, *op cit.*, pp. 373-374.

coherente el cual sin tener pretensiones de constituirse en verdad absoluta, pretende como mínimo llegar a esta meta en donde los objetos sean explicados racionalmente según las reglas y métodos propuestos por las disciplinas.

Ahora bien, ¿Cuáles son esos métodos? Éste, podríamos decir es un tercer problema de la epistemología cuya explicación demanda un trabajo más amplio y que aquí no es posible abordar debido a que el estudio de los métodos tanto de la epistemología como de las disciplinas en particular demandan como mínimo la aclaración de los conceptos tales como el orden, la sistematicidad, las reglas, coherencia y consistencia entre otros problemas.

Sin embargo brevemente consideramos importante señalar que todo método debe reunir por lo menos los siguientes requisitos de acuerdo con el positivismo lógico.

- i. Debe tener como fin una estructura que le permita construir lo que por lo menos las disciplinas particulares llaman conocimiento objetivo;
- ii. Debe contener como mínimo una estructura axiomática o protocolar de la cual se deduzcan sus principios;
- iii. Explicación de sus teoremas y principios;
- iv. Identificación de sus conceptos y categorías.

La aproximación científica a estos elementos es compleja y normalmente se efectúa a través de una permanente revisión de los mismos, esta revisión involucra a su vez otras disciplinas como la lógica, la axiomática y la argumentación que le dotan de herramientas para alcanzar la solidez y coherencia en su funcionamiento estructural.²⁶

Como cada disciplina es compleja, la función del método, especialmente los pertenecientes a las llamadas ciencias sociales es identificar y delimitar su objeto, donde los fenómenos de estudio e investigación no se pueden repetir controlada y artificialmente como puede ser a través de un experimento (como sabemos ocurre en las llamadas ciencias duras), sino que debido a su grado de complejidad se deben llevar a cabo de distinta forma a través del estudio del comportamiento de hechos históricos, de los procesos de creación de sus objetos etc., sólo así, el investigador se percatará de la amplia envergadura del problema, pero lejos de declararse incom-

²⁶ La fenomenología y la hermenéutica son dos de los más importantes métodos de la filosofía que a su vez son aplicados a las disciplinas particulares como es el caso del derecho. Cabe mencionar que ambas son consideradas no sólo como métodos sino como filosofías.

petente para comprenderle, dará cuenta de lo que puede significar un estudio organizado y ordenado con base en lineamientos que se derivan desde sus fundamentos hasta las reglas específicas que rigen sus objetos particulares, logrando con ello dar consistencia y claridad a sus ideas.

¿Por qué es importante acercarnos a la epistemología?

Esta pregunta de naturaleza retórica, pretende llamar la atención sobre la permanente revisión de los problemas en los que se encuentran subsumidas las disciplinas. Si estamos convencidos de que los fundamentos de ellas así como de la importancia de sus métodos. Podemos coincidir en que por lo menos en el caso de las ciencias sociales y muy particularmente en el derecho, estas disciplinas, necesitan fundamentos, una base estructural y posteriormente una base empírica, y que gracias a la distinción de cada uno, esto hará posible que a través del esfuerzo, se pueda dar respuesta en primer lugar a sus problemas internos y en consecuencia avanzar en la comprensión, conocimiento y dominio de sus objetos.

Recordemos que los métodos de las disciplinas tienen como una de sus principales misiones obtener nuevos conocimientos con base en estudios previos. Asimismo, funcionan como medio de apoyo para el desarrollo de nuevas teorías y mecanismos que nos ayuden a entender mejor y con mucha más capacidad el conocimiento de los nuevos objetos; así, el acto de pensar nuestra propia disciplina debe descansar y apoyarse en bases sólidas con las que pueda nutrirse, apropiarse y entre sus consecuencias, fortalecer a su propia disciplina volviéndola sólida y consistente.

En resumen, podemos decir que los problemas fundamentales de la epistemología son a su vez el soporte y referente para ésta y para otras disciplinas las cuales tienen como principal tarea, cuidar que los objetos de sus disciplinas se encuentren debidamente justificados y legitimados a través de la claridad que proviene de sus fundamentos y de la solidez y consistencia de sus métodos. Por ello, el saber meta-teórico se exige como mínimo:

1. Identificación precisa de sus problemas fundamentales.
2. Un posicionamiento frente al problema de la demarcación.
3. La identificación precisa de sus métodos.
4. Claridad en la determinación de sus conceptos y categorías. (Dado que deben ser congruentes entre sí)

Tomemos en cuenta que en las ciencias, ninguna teoría se encuentra acabada y debemos tener claro que en ella, los conceptos deben estar fundamentados, ya que a lo largo de la historia y del tiempo los conceptos cambian y tienen usos sociales determinados. La historia, la sociología y el derecho tienen como constante la necesidad de la verificación y reconstrucción de sus conceptos a partir del análisis de sus objetos que los dotan de sentido, de ahí la permanente revisión de sus métodos.

Cuando Popper expuso en qué consisten los problemas fundamentales de la epistemología, también estaba consciente de que por más plausibles que fueran los esfuerzos de los filósofos por aportar métodos importantes, como el caso de la fundamentación propuesta por Kant, (método trascendental).

Nos dice la doctora Chapa que, ... *trata del análisis del conocimiento científico como un hecho objetivo, es decir, como la búsqueda de regularidades, la formulación de leyes y su sometimiento a contrastación sistemáticamente.*²⁷ Aun así y los esfuerzos de Wittgenstein por vindicar el lenguaje y aportar claridad al pensamiento, no es posible sustituir el método trascendental. Le parece que pocas veces se ha aplicado este método de forma consecuente y que la propuesta de Wittgenstein de analizar el lenguaje, por muy interesante que resulte para algunos, no puede sustituir al método trascendental y está fuera de lugar porque, entre otras cosas, no da cuenta del proceder real de las ciencias. Lo triste de esto, es que actualmente parece que desde las disciplinas sociales ambas reflexiones están condenadas al olvido.

Finalmente, ¿qué podemos entender por epistemología jurídica?

Nos dice Ferralóji: *Uno de los principales objetivos de una teoría del derecho es suministrar las herramientas conceptuales necesarias para distinguir entre enunciados jurídicos verdaderos y falsos.*²⁸

Entonces, para que pueda dotar de herramientas como lo dice nuestro autor, es condición necesaria que previamente éste, se haya protegido con una sólida fundamentación. Prueba de ello nos la ofrece el propio Ferralóji en su obra *Principia iuris* en la que describe ampliamente la configuración de la ‘Teoría del Derecho’²⁹ al dar cuenta de sus métodos, sus objetos, su estructura lógica y su axiomática entre otros sustanciales temas.

²⁷ CHAPA, Luz: *Popper, el círculo de Viena y Wittgenstein*. Ed. ITAM, México, 2013, p. 249.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi: *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Ed. Fontamara, México, 2004, p. 7.

²⁹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi: *Principia Iuris*, Ed. Trotta, Madrid, España, 2011.

Antes de aventurarnos en proponer una definición de lo que significa la epistemología jurídica, debemos recordar que la epistemología forma parte de la filosofía; así, la epistemología jurídica (o del derecho) forma parte de la filosofía del derecho que a su vez, es un complejo constituido por otras disciplinas filosófico-jurídicas como la ontología jurídica, la lógica aplicada al derecho, la filosofía del derecho propiamente dicha y la axiología jurídica entre otras.

Es por todo lo que aquí hemos dicho que por lo menos podemos concebir a la epistemología jurídica como una disciplina filosófica aplicada al ámbito del derecho, que entre sus problemas fundamentales se encuentran el problema de la inducción como fundamento del saber universal y el problema de la demarcación como fundamento del significado aplicados a los entes del derecho; que además la necesidad de dotar de herramientas metodológicas consistentes, claras y perfectamente delimitadas para que sus objetos se encuentren debidamente legitimados y validados por la estructura que los sostienen.

Teniendo lo anterior como mínimo, podemos garantizar entre otras cosas la delimitación de otros problemas de origen filosófico pero que corresponden a otras disciplinas como la axiomática, la ontología jurídica, la lógica y la ética aplicados a las disciplinas jurídicas. Lograr claridad sobre los problemas y qué campos del saber se encargan de ellos, evitará que nos perdamos en la búsqueda del eterno *saber cómo son las cosas*, asimismo evitará que nos detengamos en pseudoproblemas tanto por errores del lenguaje, como confusiones en la naturaleza de los objetos con que tratamos.

Inexcusablemente si nuestra sencilla observación acerca de la epistemología y la epistemología jurídica causa alguna inquietud, podemos decir que hemos logrado al incomodar al lector, poner en él una nueva tarea que es la de buscar una mejor respuesta a los problemas que estas disciplinas filosóficas plantean. El asombro y la perplejidad quedan entonces justificadas.

Glosario

Accidentes: En Aristóteles (*symbebekós*), en general, todas las determinaciones que se predicán de una cosa y no forman parte de la esencia de ésta.

Categoría: En Aristóteles significa formas o maneras en que una cosa se dice y, por extensión, modos o clases de ser, es decir, los diez géneros o divisiones en los que se pueden clasificar las manifestaciones del ser (sustancia, cualidad, cantidad, relación, tiempo, lugar, situación, acción, pasión, hábito).

Ente: Es la sustantivación del participio presente del verbo *sum* (*ens*) Significa lo que es o existe. Se trata de la noción más extensa, ya que puede aplicarse a cualquier cosa: cualquier cosa es, en efecto, “algo que es”.

Esencia: Esencia (*tí esti, tó tí eínai*): lo que una cosa realmente es y la determina en su ser; lo que cada cosa es por sí. Lo específico de algo. Conjunto de propiedades o notas permanentes que definen un ser. En cuanto éste puede ser sólo en potencia se opone a existencia.

Óntico: Relativo al ente.

Ontología: Estudio de lo ‘ente en cuanto ente’, o de lo que es en cuanto que es. Parte de la filosofía que se centra en el conocimiento de la substancia (lo que las cosas, en definitiva, son)³⁰

³⁰ http://www.cossio.net/contenidos/Principal/Departamentos/filosofia/Diccio_Filo.pdf

La seguridad social y el estado de derecho

Nancy Ivette Buenrostro Torres¹
Ángel Guillermo Ruiz Moreno²

RESUMEN: Entre los derechos humanos, en varias legislaciones internacionales que México ha ratificado se encuentran los referentes a la seguridad social, pero ésta a menudo es mal entendida. Se impone la obligación al estado de garantizar las necesidades más básicas de los seres humanos, y dar dignidad a su existencia. Es deber inherente al estado y corresponde a él la introducción de políticas públicas que lo hagan efectivo.

PALABRAS CLAVE: Derecho fundamental, Seguridad Social, Estado de Derecho, Constitución, derecho exigible.

ABSTRACT: Among the human rights recognized in various international laws that Mexico has ratified are those related to social security, but it is often misunderstood. Obligation to the state to ensure the most basic needs of human beings, and give dignity to their existence is imposed. Inherent duty to the State, and corresponds to the introduction of public policies that make it effective.

KEYWORDS: Fundamental right, Social Security, Rule of Law, Mexican Constitution, Enforceable right.

SUMARIO: La Seguridad Social como un derecho fundamental ■ El Derecho de la Seguridad Social en la Constitución ■ La interpretación conforme y el principio pro persona ■ El estado de derecho y el derecho fundamental a la seguridad social ■ Conclusiones.

¹ Maestra en Derecho de la Seguridad Social.

² Doctor en Derecho. Director de Tesis y asesor en el presente ensayo.

*Veo pronto la destrucción en el Estado... donde la ley es súbdita
y no tiene autoridad; en cambio donde la ley es patrona de los
magistrados y estos son sus siervos yo veo la salvación y toda
clase de bienes que los dioses dan a los Estados.*

Platón

La seguridad social como un derecho fundamental

La Seguridad Social es una disciplina compleja definir y de entender, al ser un híbrido integrado por las más diversas disciplinas científicas, como lo son: historia, economía, matemática actuarial, medicina, sociología, demografía, financiera, y, desde luego, la ciencia jurídica al introducirse en ella a fin de volverle servicio público por una parte y, por la otra, derecho irrenunciable e inalienable del individuo exigible al estado incluso por vía jurisdiccional.

Todas esas ramas del saber se complementan para lograr un fin que integra la denominada 'Seguridad Social' y de allí su enorme complejidad, toda vez que su análisis científico no puede quedar única y exclusivamente al cargo de cada disciplina que le nutre e informa de manera permanente.

Queda pues bastante claro la dificultad que entraña su estudio e investigación, incluso desde el enfoque jurídico por más que, en lo previsto por el legislador federal, en el artículo 2º de la Ley del Seguro Social, se establezca lo siguiente:

La seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado.³

De la norma pre transcrita podemos estar ciertos del aspecto teleológico de dicha legislación, esto es, de las finalidades perseguidas así como de los mecanismos previstos para lograr sus objetivos, que no son otros que proteger a la persona productiva, sea empleado subordinado u otro grupo social protegido, en su patrimonio más vital como lo es la salud, su bienestar físico y los servicios sociales que reparen o

³ *Ley del Seguro Social*. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92.pdf> Consulta: 18-IV-2014.

atemperen sus necesidades ya sea por el paso de tiempo u ocurra alguna contingencia socio-vital que impida la obtención de ingresos al asegurado para el sostenimiento ya de él, ya de su núcleo familiar dependiente económico; así las cosas, dicho en palabras llanas, le dota de los elementos necesarios para cubrir sus necesidades más básicas.

Esta necesidad humana junto a la creación de políticas sociales de protección individual, conducen a la seguridad social colectiva propia de un Estado de Bienestar, partiendo siempre de la premisa básica de la necesidad de todo ser humano: ser y estar asegurados.

Así, el sistema proteccionista alcanzado atiende al instinto de conservación natural del ser humano, puesto que todos experimentamos esa necesidad de sabernos protegidos; a fin de cuentas nadie tiene la posibilidad de saber si en algún momento estaremos sujetos a una eventualidad de las que inevitablemente se presentan en el devenir cotidiano, como lo podría ser, a manera de ejemplo, un accidente que en un segundo cambie nuestro estado físico o mental y por ende transforme nuestra existencia, generando con ello una disminución en nuestra capacidad de, por medios propios, procurar nuestra subsistencia y la del núcleo familiar que depende de nosotros.

Es por ello que el hombre, entendió que no puede predecir los eventos que se le presenten en la vida al ser frágil por naturaleza y el mundo un lugar riesgoso; consecuentemente, comprendió que esta incertidumbre de saberse expuesto a eventos ajenos a su voluntad le propiciaba una necesidad: la de sentirse seguro sabiéndose protegido por el estado y la sociedad entera.

Ello justifica la concepción de la seguridad social como un derecho humano, prerrogativa que no sólo se limita a la protección de los bienes más elementales del individuo –como lo es su salud en todos los ámbitos– sino que en ella se sientan las bases para que alcance su plena realización; por lo tanto podría decirse que la seguridad social dignifica a la persona.

Precisamente esto nos hace entender, como consecuencia lógica, el por qué la seguridad social está considerada como un derecho humano establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, y prevista nada menos que en dos de sus preceptos. Los artículos 22 y 25 de dicha Declaración Universal establecen lo siguiente.

Artículo 22. Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la

satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 25. Todos tenemos derecho a un nivel de vida adecuado, que asegure a nosotros y a nuestra familia, la salud, el bienestar y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Tenemos, asimismo, derecho a seguro en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de nuestros medios de subsistencia por circunstancias ajenas a nuestra voluntad.

Tanto la madre que va a tener un hijo, como su hijo, deben recibir cuidado y asistencia. Todos los niños tienen los mismos derechos, esté o no casada la madre.⁴

De tal suerte entonces que podemos afirmar con absoluta certeza que la seguridad social es pues un derecho fundamental, tanto de la concepción más literal de tales preceptos con fuerza vinculante, hasta la interpretación más subjetiva posible de ellos, toda vez que su finalidad en sí misma cumple a cabalidad con el “por qué” y “para qué” de un derecho que es ya concebido en todo el planeta como fundamental, sobre todo siguiendo el razonamiento del jurista español Gregorio Peces-Barba Martínez quien, en lo que más importa destacar ahora, aduce al respecto que si se analiza el derecho a través de la pretensión moral que lo justifica, en relación con la realidad social, podremos comprender el por qué se le considera como fundamental, pues bajo tal tesitura debe concluirse que la seguridad social cumple a plenitud con los tres elementos básicos, a saber:

1) Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, es decir la dignidad humana, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan los conceptos como solidaridad y seguridad jurídica.

2) Un subsistema dentro del sistema jurídico —el Derecho de los derechos fundamentales—, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial, y, por supuesto, que se pueda atribuir como un derecho subjetivo.

⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, en <http://www.un.org/es/documents/udhr/> †
Consulta: 21-IV-2014.

3) *Y en tercer lugar, los derechos fundamentales son una realidad social, es decir, actuante en la vida social y por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad.*⁵

Estos tres componentes nos permiten comprender que los derechos fundamentales no son sólo un valor moral convertido en norma; su razón de ser tiene planteamientos filosóficos, sociales y jurídicos más profundos, y ello nos conduce a concluir que la seguridad social es sin duda, más que un mero derecho, en esencia una pretensión moral justificada pues busca nivelar las desigualdades naturales de los seres humanos partiendo de un trato jurídicamente diferenciado para lograr dignificar la vida del desprotegido o débil, mientras que su contenido es generalizable ya que es posible atribuirlo a todos los destinatarios pues finalmente protege a un grupo social predeterminado.

Ahora bien, esta justificable *moralidad* aducida, cruza la línea de lo subjetivo y se transforma en algo fáctico al constatar en la cruda realidad que la necesidad de las clases sociales débiles –por llamarles de alguna manera– es visible, tangible y medible, dado que se vive en la vida real una tremenda desigualdad propiciada generalmente por las riquezas de los individuos; este valor digamos que “pecuniario” de las personas, permite a ciertos grupos sociales la satisfacción de sus necesidades básicas, en tanto que otros no tienen la posibilidad de cubrir esas necesidades elementales ni siquiera en los estándares mínimos, lo cual genera finalmente un resultado lógico: la no dignificación de la persona humana. De allí entonces la justificación del derecho fundamental de acceso al servicio público de la seguridad social.⁶

⁵ PECES-BARBA Martínez, Gregorio: *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid España, 2004, p. 44.

⁶ En el tema de los derechos fundamentales como una realidad social, Peces-Barba Martínez, señala que estos factores reales extrajurídicos también pueden favorecer o dificultar la efectividad de los derechos fundamentales, situación que consideramos actualmente sucede con el derecho de la seguridad social, al encontrarse condicionado a la idea tradicional de trabajo, ello ha impedido el acceso a un derecho fundamental de personas que se encuentran “empleadas” pero no precisamente son trabajadores, es por ello que resulta importante tener en cuenta la importante tarea de *deslaborizar* la seguridad social.

El derecho de la Seguridad Social en la Constitución

Siguiendo pues las aleccionadoras ideas del propio Peces-Barba, a quien hemos citado antes por la fuerza argumental de su pensamiento, coincidimos en la idea de que los derechos fundamentales deberían estar contenidos en un subsistema jurídico que forme parte integrante de un sistema jurídico integral, esto es, que la pretensión moral que dio origen al ordenamiento jurídico se encuentre técnicamente materializada en normas reglamentarias que permitan a sus destinatarios hacerlos efectivos a través de las obligaciones jurídicas.

Esta positivización de la seguridad social se materializó de manera general en nuestro sistema jurídico mexicano, fecundándose en el artículo 123, Apartado “A”, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al redactar el constituyente permanente que:

Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guarderías y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.⁷

Así pues coincidimos en la idea de que la creación de la norma jurídica sólo resulta ser el paso último para lograr su cometido y es un elemento inseparable para la existencia de un derecho fundamental; ello a razón de que, no serviría de mucho para nuestra sociedad que el reconocimiento de un derecho humano no rebasara la frontera que justifica su razón de ser en un valor ético o moral, pues es necesario legitimarlo en sus prescripciones, las presunciones y sus directrices.

De modo tal que el derecho constitucional mexicano a la seguridad social, nos confirma que es de utilidad pública la expedición de una legislación que fije las bases para la obtención de diversas prestaciones sociales médicas y económicas que debe proveer el seguro social como instrumento básico del servicio público de la seguridad social. Esta conceptualización de “utilidad pública” deja de manifiesto que el propio constituyente concibió a la seguridad social entendido como un manto protector, como un servicio público: *...común a un importante sector de la pobla-*

⁷ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Texto vigente.

*ción, y es considerado por el poder público, de primordial importancia protegerlo o proporcionarlo.*⁸

Ello cobra sentido si tenemos en cuenta las finalidades de la seguridad social, como es lograr la justicia social que busca igualar las diferencias que existen entre las personas, a partir de un trato jurídicamente diferenciado, identificando esta necesidad de nivelación social en un sector determinado como lo es la clase trabajadora de nuestro país; qué mas argumento para que el Constituyente Originario de 1917 –y luego el Constituyente Permanente, al corregir dos veces el texto del precepto pre transcrito que es la base legal fundadora del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), primer organismo público descentralizado del país– acertadamente legitimara que la seguridad social es de primordial importancia para proteger de manera puntual y obligatoria a los seres productivos y a sus respectivas familias, de una serie de contingencias socio-vitales previstas en normas legales taxativas que establecieron las prestaciones en dinero o en especie a que tuvieran legítimo derecho en caso necesario, pudiendo las mismas ser exigidas al estado incluso en la vía administrativa y/o jurisdiccional.

No obstante a lo anterior, cabe apuntar que la materialización jurídica de un reclamo social revolucionario como lo es el reconocimiento de los derechos sociales en nuestra Constitución Política mexicana, se mira bastante subjetiva e imprecisa si tenemos en cuenta que es el único precepto que a nivel de nuestra carta magna habla acerca del derecho de acceso a la seguridad social, ya que del mismo se advierte sólo la necesidad primordial de que se expida una ley en la que se contengan los seguros de invalidez, vejez, vida, de enfermedades y accidentes, y demás prestaciones sociales –vivienda, educación y servicios de guarderías incluidas– en tanto que esté dirigido a la protección y al bienestar de los trabajadores ordinarios y su núcleo familiar inmediato.

Dicha obligación constitucional estaría cubierta entonces con la simple tarea del legislador federal de crear un seguro social -en este caso en concreto el IMSS- en tanto que la normatividad aplicable contenga el respectivo capitulado de cada uno de los seguros previstos, aunado a los sujetos obligados a su financiamiento tripartito, los derechohabientes del mismo y, desde luego, los requisitos a satisfacer para tener acceso a dichas prestaciones. Empero, todo lo que implica la seguridad social queda a nivel teórico pues podría decirse que el estado cumple su encomienda y obligación

⁸ MARTÍNEZ Morales, Rafael I: *Derecho Administrativo*, 3º y 4º cursos, Ed. Oxford, México, 2000, p. 42.

constitucional al expedir la Ley del Seguro Social u otras afines en materia de seguridad social para el empleo burocrático o bien para las fuerzas armadas mexicanas que tradicionalmente no se mezclan con los seguros del trabajo ordinario.

Desde esta perspectiva de la literalidad de nuestra Constitución Federal, podremos en estricto sentido concluir que el Derecho a la Seguridad Social del que tanto hablamos, es desde la concepción nacional mexicana:

*...el conjunto de normas legales y disposiciones reglamentarias que a través de entes públicos ex profeso creados para ello por el Estado, se propone proteger a los sujetos previstos por el legislador en contra de contingencias sociales previamente establecida en Ley...*⁹

Prestaciones éstas que pueden ser en dinero o especie, de tal modo que la seguridad social se materializa con una serie de servicios *...que coadyuvan a satisfacer necesidades básicas de salud y de bienestar social, así como económicas para alcanzar una existencia más digna y más justa...*¹⁰

Consideramos que ésta puede ser una definición acertada para definir la seguridad social de nuestro país, porque claramente se conceptualiza lo que en realidad *es*, por sobre lo que *pretende ser* o lo que *debería de ser* dicho servicio público tan poco analizado en México desde la óptica jurídica. Como se diría coloquialmente: “esto es lo que hay” escrito en nuestra carta magna, quien define así a la seguridad social al considerar que la única obligación del estado mexicano, delineado a través de su poder legislativo, consiste en elaborar una serie de disposiciones legales dirigidas esencialmente a la protección de contingencias preestablecidas que afectan a personas señaladas sólo en el texto legal.

Claro está que dicha protección tiene una finalidad que intenta digamos satisfacer las necesidades básicas de salud, económicas, de bienestar y lograr con ello una existencia más digna... aunque termina por quedarse en una limitada serie de contingencias socio-vitales sin ir más allá de lo estrictamente necesario, esto es, sin llegar a intentar una verdadera seguridad social. Un ejemplo nos será muy útil: la Ley del Seguro Social establece un seguro de enfermedades, pero no estructura en realidad un seguro de salud, lo cual es muy distinto. Aquí la gran interrogante es si en verdad

⁹ RUIZ Moreno, Ángel Guillermo: *Nuevo Derecho de la Seguridad Social* 14^a ed., Ed. Porrúa, México, 2013, p. 53.

¹⁰ *Idem.*

todo esto propende a la existencia de un genuino Estado de Derecho en México.

Intrínsecamente, la Ley del Seguro Social, como normativa reglamentaria del artículo 123, Apartado “A”, fracción XXIX, conserva medularmente la esencia del **para que** de la seguridad social al sustentarse en la dignificación de las personas, pero no deja de ser sólo eso: una ley federal que puede ser modificable a capricho en todo tiempo, pues bastará que se presente un proyecto de reforma, que éste pase por la aprobación bicameral de diputados y senadores del Congreso de la Unión, para que se modifique el texto y sentido de dicha legislación al antojo de los intereses políticos del gobernante en turno.¹¹

Por ello consideramos que la seguridad social en sí misma, así como su finalidad junto a sus prestaciones básicas para alcanzar el objetivo de dignificar a la persona humana, deberían de encontrarse correctamente establecidas en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que impregne cualquier legislación reglamentaria presente o futura, y pueda ser sometida a un control de constitucionalidad que impida el manipuleo político discrecional del tema.¹²

Después de todo, a partir del 11 de junio de 2011 entró en vigor en todo el país el decreto de reforma y adición al artículo 1° de nuestra Constitución Política mexicana, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10 del mismo mes y año, que cambió de raíz el paradigma jurídico nacional radicalmente en materia de derechos humanos, de manera tal que los derechos fundamentales contenidos en diversos tratados internacionales cobraron a partir de entonces una particular fuerza al convertirse en parte del entramado jurídico normativo del país; inclusive, con base al nuevo texto alcanzaron de pronto una mayor jerarquía que las propias legislaciones reglamentarias de nuestra Constitución Política nacional, cambio que se generó a partir de la adición hecha a los tres primeros párrafos del artículo 1° que quedaron de la siguiente manera:

¹¹ Al momento de escribir este artículo, están pendientes de aprobar en el Congreso de la Unión temas polémicos respecto a la pretensión de alcanzar una extensión de cobertura con la prometida “Seguridad Social Universal”, en especial tres cuestionadas reformas: a) la del seguro de desempleo; b) la pensión universal para los adultos mayores; y, c) la cobertura universal de salud.

¹² Véase la propuesta de una verdadera reforma al basamento de nuestra seguridad social mexicana, en el libro de Ángel Guillermo Ruiz Moreno, intitulado: *Seguridad Social obligatoria para trabajadores migrantes e informales*, Ed. Porrúa, México, 2011, pp. 421-424.

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

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.¹³

De esta reforma estructural acometida, se observa un radical cambio de nuestro sistema jurídico nacional e incluso de sus paradigmas; entonces, si la seguridad social en nuestra carta fundamental se encuentra deficientemente definida o establecida, de suyo no lo está en los precitados artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, quedando entonces obligado el estado mexicano, como el único garante primario y final del sistema nacional de seguridad social (así en la práctica intervengan entes privados en la prestación de este servicio público), al pleno e irrestricto respeto y cumplimiento al derecho fundamental de brindar los medios necesarios para una vida digna a todo individuo que habite en el país, derecho inalienable e irrenunciable que es reconocido en los tratados internacionales signados por México y que forman parte del entramado jurídico nacional con base a dicho artículo 1° Constitucional.

Así, ante la convergencia de dos instrumentos normativos en el tema de derechos fundamentales –uno nacional y otro supra nacional, que por si fuera poco es vinculante para el estado mexicano–, debemos necesariamente ampliar lo que entendemos por *Derecho fundamental a la Seguridad Social*, ya que de lo contrario resultaría ingenuo seguir conservando la condición o alcances jurídicos que lo conformaban hasta antes de la citada reforma Constitucional. Y naturalmente, para poder homo-

¹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Jurídico Noble Impresor, Puebla, febrero de 2014.

logar el texto de ambos ordenamientos, bastará que atendamos a la responsabilidad directa que tiene el propio *operador jurídico*¹⁴ de interpretar la norma.

La interpretación conforme y el principio pro persona

Cuando se reformó el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se introdujo al sistema jurídico la figura de la *interpretación conforme*, al señalarse que las normas referentes a Derechos humanos se interpretaran siempre conforme a la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, conducta ciertamente compleja y que para una mejor comprensión será pertinente, antes que nada, determinar qué es la interpretación y cuál es el camino para lograrla.

Se le llama interpretar a la *actividad de asignar sentido o significado a textos jurídicos*.¹⁵ Esta actividad se traduce en los significados textuales que tiene por ejemplo los párrafos de una Constitución, oración que transmite un mensaje y que para explicar cómo debe de entenderse, hay que recurrir en primera instancia al sentido habitual de las palabras que se utilizaron para la formulación de la norma.

Una vez atribuido un significado, podría decirse que a través de la *interpretación* la norma transmite un mensaje; como el punto toral de la tarea interpretativa es precisamente darle un argumento de validez y aplicación a ese mensaje que transmite la norma, es por ello que consideramos imperioso citar a lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conjuntamente con la Comisión de Derechos Humanos y la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha dicho sobre la interpretación, al señalar, *grosso modo*, que existen tres criterios que son particularmente importantes en la práctica de interpretar Tratados Internacionales, a saber: **el texto; el contexto; y el objeto y fin**.¹⁶

¹⁴ Convendría explicar aquí que el concepto de *operador jurídico* se aplica a toda persona dotada de facultades legales, jurisdiccionales o administrativas, que tiene la posibilidad de afectar la esfera de los derechos humanos de un tercero.

¹⁵ RODRÍGUEZ, Gabriela; PUPO, Alberto; GAMA, Raymundo; y CERDIO, Jorge. *Interpretación Conforme*. Editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la OACNUDH y la CDHDF, México, 2013, p. 13. http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Metodolog%C3%ADa%20Interpretaci%C3%B3n%20Conforme.pdf
Consulta: 26-IV-2014.

¹⁶ *Idem*, p. 15.

Veamos enseguida dichas características y en qué consisten:

- **El texto**, supone hacer uso del significado consuetudinario de las palabras siguiendo la práctica jurídica, así como también se consideran las reglas del lenguaje en el que está escrito, suponiendo en este último caso que existen un indicativo que es la ubicación geográfica en las cuales se tienen costumbres lingüísticas; para generar un grado de certeza será entonces necesario interpretar a que se refieren ciertas palabras tomando el cuenta el lugar donde fueron escritas, lo mismo sucede con las palabras jurídicas, habrá que identificar la disciplina jurídica del cuerpo legal en el que se anotan.

Se dirá entonces que: *comprender un texto cuando detectamos el mensaje que expresa como resultado de emplear las reglas del lenguaje en el que está escrito y las convenciones y costumbres lingüística detrás de las palabras*,¹⁷ es una **interpretación en sentido amplio**; y, por interpretación de sentido estricto se puede entender que: *cuando después de emplear los sentidos habituales que tienen las palabras no es posible detectar el sentido que expresa el texto —ya sea porque hay más de una posibilidad o porque el texto es impreciso u oscuro—, se debe elegir o decidir, cuál es el sentido que se le quiere dar al texto*.¹⁸ Este acto de decidir el sentido del texto es digamos que la interpretación en sentido estricto.

- **El contexto**, es el conjunto de vocablos que construyen una oración, y éstas a su vez componen un cuerpo legal; este aspecto es peculiar en el derecho, ya que las leyes están organizadas en temáticas, las cuales son el contexto de la fórmula normativa a interpretar. Esto representa todo lo que rodea a la disposición normativa, el por qué de su existencia.
- **Objeto y fin**, son nada menos que: *las leyes, decretos, tratados y las normas jurídicas, de forma más amplia son utilizados como medios para alcanzar ciertos propósitos*,¹⁹ ya que estos dispositivos de naturaleza jurídica son generalmente actos intencionales; es por ello que en muchos se encuentra sin dificultad el objetivo de dicha norma jurídica o tratado convenido, el que nos sirve para determinar finalmente el alcance de las palabras utilizadas en su formulación.

¹⁷ *Idem*, p. 16.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Idem*, p. 18.

De lo anteriormente planteado podemos llegar a la idea de que a partir de la formulación de una norma (es decir: el texto que la compone), habrá que otorgarle un significado a estas palabras en conjunto para posteriormente poderlo interpretar, ya sea en sentido estricto –con el simple significado de las palabras– o bien en sentido amplio –cuando del texto que lo forma se adviertan más de un significado– lo que acarrearía la decisión del intérprete por uno de los resultados posibles. Esto genera *una interpretación textual*, empero, si a ésta le sumamos la idea de usar las relaciones en el texto para vincular los sentidos entre las partes tendríamos *una interpretación contextual*. Por último, al disponer del objeto y fin de las palabras tomando en cuenta el cuerpo legal en la que se encuentra ubicada, el resultado sería una norma donde se interpreta su texto, y esta es ya una *regla general de interpretación*.²⁰

Ahora bien, una vez entendido la forma en que el operador jurídico debe interpretar la norma, será indispensable adentrarnos en el término ***interpretación conforme*** entendida como *la técnica por medio de la cual se realiza esta operación de ajuste entre normas con una dirección específica*.²¹

Para esta interpretación debe existir incompatibilidad entre normas, partiendo del sentido que le asignemos a cada una, pues por lo general en estos casos de discrepancia se atiende a la jerarquía o la especialidad del precepto, esto es, una especie de “dirección de ajuste” donde, por ejemplo, la norma inferior habrá de ajustarse a la superior; sin embargo, en el caso de los derechos humanos, esta dirección de ajuste no es viable, porque la interpretación debe estar regida por el principio *pro persona*.

Esta coexistencia de derechos fundamentales contenidos ya sea en el instrumento Constitucional o en el Tratado internacional, ha provocado la creación de un *bloque de constitucionalidad de normas de derechos humanos*, este bloque lo constituye una serie de derechos de los que es titular una persona con independencia del instrumento jurídico en el que se encuentre establecidos, ya que este bloque constitucional: *implica atribuir jerarquía constitucional de normas legales que no forman parte material del texto constitucional*.²²

²⁰ Artículo 31 de la *Regla general de interpretación*. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Viena, 1969. https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf Consulta: 21-IV-2014.

²¹ RODRÍGUEZ, *et al*, *op cit.*, p. 26.

²² MEDELLÍN Urquiaga, Ximena: *Principio pro persona*. Editada por: SCJN, OACNUDH, CDHDF, México, p. 51, 2013. http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos_Principio%20pro%20persona.pdf Consulta 11-III-2014.

Esta atribución no implica el que los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, tengan precisamente la jerarquía constitucional, sino que contrario a ello, se indica que todos los derechos fundamentales que se encuentren reconocidos en diversos documentos jurídicos, formarán este “bloque” constitucional, lo que de suyo no implica que un ordenamiento legal tenga que sobreponerse a otro, sino más bien se da cuenta de que estamos ante una especie de fuente de derechos fundamentales que puede provenir de diversos orígenes.

Gonzalo Sánchez de Tagle explica que:

*...el bloque de constitucionalidad que se crea por virtud del artículo primero constitucional está conformado por los derechos humanos que están contenidos o expresados normativamente en la propia Constitución, en los tratados internacionales y en la jurisprudencia correspondiente. Implica, en sí un nuevo sistema constitucional de derechos humanos que incorpora un nuevo referente de principios y valores que serán directriz fundamental en el ejercicio del poder de parte de las autoridades y en el respeto y garantía de los derechos humanos.*²³

Tendremos entonces que comprender que ya se inició un cambio en la cultura constitucional, al asumirse que coexisten normas de derechos catalogados como fundamentales, inherente a la persona e independientes del marco jurídico regional al que esté sometido, y que a la par tienen el rango de constitucional aun cuando estén fuera de la supremacía jurídica nacional; de modo tal que se deberá atender siempre a la interpretación bajo la tutela del *Principio pro persona*, el que deberá de orientar al intérprete, obligándolo a preferir aquella alternativa de interpretación que sea más favorable y protectora para la persona humana, ya que de lo contrario sería engañosa la multicitada reforma al artículo 1º constitucional de nuestra carta magna, si se pretendiera abstraer del ordenamiento jurídico los conceptos referidos en estos capítulos, a saber: *interpretación conforme* y *principio pro persona*, para analizarlos de manera aislada, puesto que el estado a través de todas sus autoridades tiene el deber de observarlas en conjunto por encontrarse simultáneamente contempladas en el sistema jurídico nacional.

²³ SÁNCHEZ de Tagle, Gonzalo: *La reforma humanista “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Mexicana ¿se vulnera la supremacía constitucional?”*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 2011, p. 220.

Por lo tanto, el párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución Política mexicana incluyó dos figuras jurídicas que bien podría condensar, al detectarse una práctica de interpretación que brinde siempre los mejores beneficios a la persona bajo el contexto de su dignidad y la satisfacción de sus necesidades básicas, de modo tal que esta reforma en realidad: *contempla tres momentos: el primero se refiere al objeto, es decir, las normas de derechos humanos; el segundo es el medio, que consiste en la interpretación conforme; y el tercero es la finalidad, que comprende el principio pro persona.*²⁴

El estado de derecho y el derecho fundamental a la seguridad social

Como se ha dicho a lo largo del presente artículo, la reforma constitucional del estado mexicano representó un importante cambio en el tradicional concepto que se tenía de los tratados internacionales, los derechos fundamentales, la interpretación y demás principios técnicamente nuevos para la sociedad mexicana, no sólo en materia de la seguridad social sino de suyo respecto de todo derecho humano.

Se convirtieron pues en una especie de directrices fundamentales en el ejercicio propio del estado, ya que sus autoridades disponen del poder inmediato para respetar, garantizar y en su caso reparar estos derechos fundamentales.

Es por ello que, además del sistema jurídico, la organización y atribuciones del poder que le son propios al estado tienen la complicada aunque loable tarea de reforzar, a través de sus políticas públicas, la garantía de los derechos humanos, extendiéndola a todo individuo que habite nuestro país sin distinción, y sabiendo que no hay derechos fundamentales mejores que otros, ya que todos en conjunto buscan el mismo fin y que la falta de uno de ellos fragmenta y menoscaba su cometido fundamental que es asegurar la dignidad de las personas.

Sobre este tema, Naciones Unidas, a través de su Asamblea General en su sexagésimo tercer periodo de sesiones, reafirmó que: *los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia están vinculados entre sí, se refuerzan mutuamente, y forman parte de los principios fundamentales, universales e indivisibles de las Naciones Unidas.*²⁵

De ahí que parezca ahora indispensable abordar y comprender en gran medida la tarea del gobierno, siguiendo las ideas del filósofo y padre del *liberalismo*, John

²⁴ *Idem*, p. 223.

²⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, sexagésimo tercer periodo de sesiones, 15 de Enero de 2009. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/63/128>, Consulta: 22 – IV- 2014.

Locke, al postular que la única función legítima de un gobierno es la protección de los derechos naturales. Por un lado se sabe que el derecho nace a partir de la voluntad de los ciudadanos, y la razón de ser de estas normas jurídicas es el de orientar y garantizar el ejercicio de las libertades y derechos fundamentales que les son propios; y, del otro lado, tenemos al gobierno, que se conceptualiza como el mandatario de estos ciudadanos, cuyo poder se encuentra limitado por los derechos naturales que residen en todas y cada una de las personas que le dieron su origen, de modo tal que las normas que limitan al estado tienen como finalidad jurídica garantizar el ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. No obstante dicho análisis, al estudiar el pensamiento de John Locke, Jesús Rodríguez Zepeda señala que:

...en este sentido, la legalidad carece de legitimidad y vigilancia ciudadanas. El mero respeto a la ley lo único que enuncia es una relación de dominio; lo que la doctrina de Locke agrega es la justificación racional de ese dominio. Con esta interpretación, John Locke establecía la doctrina política llamada 'liberalismo', centrada en las nociones inseparables de derechos individuales irrenunciables y gobierno mandatario y limitado.²⁶

Podría decirse entonces que la tarea del gobierno de salvaguardar las libertades y derechos fundamentales de sus gobernados, quienes a su vez lo legitiman para ejercer un poder con el fin de lograr su cometido, es la consecuencia natural de órdenes jurídicos y políticos que fecundan un *Estado de Derecho*, entendido desde la perspectiva de Norberto Bobbio como:

...la tecnificación del Derecho Público era la consecuencia natural de la concepción del Estado como Estado de Derecho, como Estado concebido principalmente como órgano de producción jurídica y, en su conjunto, como ordenamiento jurídico.²⁷

Esta garantía de protección de derechos propios, a través de instrumentos jurídicos que permitan su exigibilidad y oponibilidad, incluso ante el poder gubernamental,

²⁶ RODRÍGUEZ Zepeda, Jesús: *Estado de Derecho y Democracia*, 2ª ed., Ed. IFE, México, 2001, p. 28.

²⁷ BOBBIO, Norberto: *Estado, Gobierno y Sociedad*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 72.

mental, es pues un Estado de Derecho. Este principio de Estado de Derecho juega un papel protagónico en el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas; así lo estableció la Carta de las Naciones Unidas al establecer que:

Para las Naciones Unidas, el concepto de «Estado de derecho» ocupa un lugar central en el cometido de la Organización. Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos.²⁸

Atendiendo a esta ideas, se arriba a la conclusión de que para estar precisamente sujetos al principio y la compleja idea del Estado de Derecho, será indispensable que el respeto a los derechos humanos se materialice en la función de todos y cada uno de los servidores públicos que tienen la facultad de traspasar la esfera de derechos de los gobernados, a partir de una simple decisión administrativa —*de facto* o escrita— y hasta las decisiones jurisdiccionales.

En el entendido de que las normas tienen como fin legítimo el respeto a los derechos fundamentales, de modo que la idea del filósofo Emmanuel Kant quien consolidó la idea racional del *Estado de Derecho*, resulta más que atinada para los fines del presente estudio, al afirmar que:

Si un Estado sólo puede ser la unión de hombres libres bajo normas jurídicas, estamos ya ante el elemento esencial del Estado de derecho: la juridización de la política. Cuando la política es regida por normas jurídicas generales y abstractas, tenemos como consecuencia la protección de los derechos individuales por medio de un poder político coactivo y la actuación del gobierno limitada por los derechos de los ciudadanos. La figura máxima que garantiza esos derechos es la Constitución, concebida como ley fundamental cuyos principios velan por la libertad de los ciudadanos.²⁹

²⁸ Organización de Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616> Consulta 22-IV-2014.

²⁹ RODRÍGUEZ Zepeda, *op. cit.*, p. 34.

Así las cosas, bajo la tesitura de la reforma al artículo 1° Constitucional, queda de manifiesto la obligación que tienen todos y cada uno de los Poderes de la Unión para generar las políticas públicas que permitan en México el desarrollo e implementación de los derechos fundamentales bajo los principios de progresividad e indivisibilidad.

Conclusiones

Se presentó en el sistema jurídico constitucional mexicano la convergencia de más de un derecho fundamental, en el que se prevé desde luego la seguridad social; esta coexistencia de derechos básicos y elementales, irrenunciables e inalienables, se vio originada por la reforma al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al determinar que el estado es el principal garante de los derechos humanos fundamentales que son reconocidos a todos los individuos, plasmados ya en la propia Constitución o bien en los tratados internacionales signados por México.

Lo que de entrada no pareció tan complejo, ya que al exigir su cumplimiento o aplicación bajo la regla de la **interpretación conforme y principio pro persona**, se generó un tipo de certeza jurídica que permitía entender que prevalecería en cualquier caso el derecho que traiga mejores y mayores beneficios para la persona, con independencia del origen del prealudido derecho.

De modo tal que estamos ante la figura de una **Constitución abierta** en la que se incluyeron los derechos humanos reconocidos en diversos tratados internacionales entendidos como normas materialmente constitucionales, y respecto de las cuales el estado adquiere el título de garante, bajo una coexistencia de principios jurídicos que direccionaran su actuar.

Este trascendente cambio de paradigma jurídico constitucional, inevitablemente afecta la esfera en la que se desarrolla el llamado Estado de Derecho en una organización social como la nuestra, puesto que las directrices en la que debe encaminar su acción de poder legítimo ha cambiado radicalmente; ya no podemos mantenernos en la idea de tan solo respetar a la norma suprema de todo país, porque estaríamos ante una relación de dominio, pues se necesita la acción política para garantizar los derechos humanos que son, en razón de su propia naturaleza intrínseca, irrenunciables, inalienables e inextinguibles.

Para que esta acción política sea factible en un Estado de Derecho como el nuestro, se necesita que la figura máxima que delimita las atribuciones y obligaciones

del propio gobierno —esto es, la propia Constitución Política— establezca y delimite la seguridad social como lo que es: un derecho fundamental. Para que con ello podamos exigir, bajo el amparo del Estado de Derecho, la implementación de políticas públicas de largo alcance que permitan lograr materialmente el cumplimiento del derecho fundamental de acceso pleno a la protección del servicio público de la seguridad social.

Es por ello que se propone la inserción en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de un apartado especial para la seguridad social, anotando en éste, el fin legítimo que lo orienta, y todas y cada una de las prestaciones que proporciona para dignificar a la persona, anotándose por último las políticas públicas a que estará obligado el estado a generar y poner en práctica con el fin de realmente procurar el acceso a la seguridad social, pues la seguridad social es —*que nadie lo dude y menos aún nuestras autoridades, cualquiera que sea la ideología que permea en el gobernante en turno—, un deber insoslayable del estado.*³⁰

³⁰ RUIZ Moreno, *op cit.*, p. 204.

Las candidaturas independientes en México

Ernesto Gerardo Castellanos Silva¹
Leticia Leal Moya²

RESUMEN: El presente artículo versa sobre el nacimiento y los antecedentes del derecho al voto pasivo de los ciudadanos, es decir las candidaturas independientes. Se realiza un análisis comparado de los derechos, obligaciones y prohibiciones de las candidaturas independientes en España y Chile, se señala el caso del primer Presidente Municipal Ciudadano en el Estado de Zacatecas electo en julio de 2012 y se concluye con propuestas para la normatividad electoral referente a las candidaturas independientes en México.

PALABRAS CLAVE: Candidaturas independientes, derechos humanos, voto pasivo, democracia.

ABSTRACT: This paper is about the birth and history of the right of citizens to stand as independent candidates. The work includes a comparative analysis of the rights, obligations and prohibitions of independent candidates in Spain and Chile, as well as the case of the first independent candidate elected as City Mayor in the State of Zacatecas, in July, 2012. Finally, this article concludes with some proposals for electoral regulations concerning the independent candidates in Mexico.

KEYWORDS: Independent nominations, human rights, passive vote, democracy.

SUMARIO. Introducción ■ Antecedentes ■ Primer candidato independiente electo caso Zacatecas ■ Análisis de las candidaturas independientes en Chile y España ■ Propuestas legales para las candidaturas independientes ■ Conclusiones.

¹ Maestro en Derecho.

² Doctora en Derecho en la Universidad de Wisconsin-Madison, EUA. Directora de Tesis y asesora en el presente ensayo.

Introducción

Las candidaturas ciudadanas en México han sido tema de debate y de la agenda política-electoral desde hace algunos años. Esta situación ha provocado una lucha incesante de la sociedad para que se les permita participar activamente en las decisiones de poder, representar a la ciudadanía y lograr ser candidatos a un puesto de elección popular sin necesidad de formar parte de algún partido político.

La calidad de la democracia en México se ha visto distorsionada por la crisis de representación en la que vivimos y ha surgido en gran parte por la corrupción que existe entre los actores políticos, por lo que es un logro de la sociedad que regresen las representaciones ciudadanas en los órganos de gobierno, a la luz de las recientes reformas constitucionales.

Antes de iniciar mencionando el origen y los antecedentes de las candidaturas independientes, es importante mencionar algunas definiciones del concepto de *candidato*. La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TRIFE) señala que candidato: “Es la persona propuesta y registrada por un partido político ante la autoridad administrativa electoral, para competir por un cargo de elección popular.”³

Vázquez⁴ define al candidato independiente como aquel postulante a algún cargo de elección popular y que no pertenece a un partido político.

Por último el concepto de candidatura electoral que señala Dieter Nohlen en su diccionario de ciencia política establece que: *Es la candidatura de personas y partidos, parte imprescindible de las elecciones a asambleas representativas. Abarca las ofertas políticas diferenciadas sobre las que han de inclinarse los electores.*⁵

De las definiciones anteriores podemos concluir que un candidato es aquella persona que tiene el derecho constitucional de ser votado en una contienda electoral, contando o sin contar con el aval de un partido político, presentar sus propuestas políticas y ser electo por medio del sufragio, Dieter Nohlen lo describe a la perfección distinguiendo las candidaturas de las personas y de los partidos políticos.

³ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Consulta: 08-IV-2014. <http://www.trife.gob.mx/glossary/3/letterc>

⁴ VÁZQUEZ, Beatriz: *Panorama General de las Candidaturas Independientes*. Consulta: 14-IV-2014. http://contorno.org.mx/contorno/resources/media/pdf/BVG_Candidaturas_Independientes_Junio_09.pdf

⁵ NOHLEN, Dieter: *Diccionario de Ciencia Política*, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 129.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se encuentra contempladas las candidaturas ciudadanas, por lo que el nombre correcto jurídicamente de estas candidaturas es el de *independientes*.

Antecedentes

Es necesario conocer los antecedentes históricos de las candidaturas independientes, que se remontan al siglo XIX, cuando no existían los partidos políticos sino que eran los candidatos independientes quienes participaban en los procesos electorales. Una de las primeras referencias sobre candidaturas independientes se encuentra el 1 de noviembre de 1865 con la expedición de la Ley Electoral de Ayuntamientos⁶ que señalaba en su artículo segundo:

Todo ciudadano mexicano que tenga más de veinticinco años de edad, que sepa leer y escribir, que esté vecindado en la municipalidad y pague por contribuciones directas una suma que exceda de veinte pesos al año, pueda ser votado para componer el Ayuntamiento.

En esta ley no menciona candidaturas ciudadanas o independientes, pero sí señala que cualquier ciudadano cumpliendo ciertos requisitos se le permitirá participar en la integración de los Ayuntamientos.

Posteriormente en la Ley Electoral⁷ del año 1911 ya se mencionaba a los candidatos independientes, otorgándoles derechos y ya existía una distinción entre los candidatos que cuentan con el apoyo de un partido y de los que no lo tenían.

Otro de los antecedentes es la “Ley Electoral para la formación del Congreso Constituyente”⁸ del 20 de septiembre de 1916 la cual otorga diversos derechos y facultades a los candidatos independientes y los nombra en varios numerales como “***candidato independiente de todo partido político***”.

La Ley Electoral⁹ de 1917 seguía contemplando el concepto de candidato independiente y respetando sus derechos que fueron adquiridos en la ley electoral anterior.

⁶ COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús: *Enciclopedia Jurídico Electoral de México*, T I, Ed. Agrupación Política Nacional México Líder Nacional, México, 2003, p. 239.

⁷ *Idem*, p. 262.

⁸ *Idem*, p. 272.

⁹ *Idem*, p. 295.

En la “Ley para la Elección de Poderes Federales”¹⁰ de 1918 se mencionaba que los **candidatos no dependiente de partidos políticos** tendrían los mismos derechos conferidos a los partidos políticos cumpliendo ciertos requisitos, como estar apoyados por cincuenta ciudadanos del distrito al que pertenecen y tener un programa político al que debían dar publicidad. Es en esta Ley Electoral que por primera vez se contemplan requisitos que los candidatos independientes debían cumplir para poder tener los mismos derechos que los partidos políticos.

Desde el siglo XVIII la legislación contemplaba las candidaturas independientes otorgándoseles los mismos derechos que a los partidos políticos, pero no es sino hasta el año 1946 en la Ley Electoral Federal donde se dejan de mencionar a los candidatos independientes y en su artículo 60 establecía que **solamente los partidos políticos podrán registrar candidatos**; es a partir de esta ley que los candidatos independientes pierden sus derechos adquiridos y son “absorbidos” por los candidatos de los partidos políticos.

Debido a esta restricción de los derechos humanos y políticos es que muchos ciudadanos comenzaron a solicitar sus registros como candidatos independientes en diferentes estados de la república mexicana y en todos ellos los órganos administrativos y jurisdiccionales negaron el registro de las candidaturas.

El caso más nombrado a nivel nacional y que fue el inicio para el surgimiento de las candidaturas independientes de manera constitucional, fue el de Jorge Castañeda Gutman quien en el mes de marzo del 2004 solicitó su registro como candidato independiente ante la Dirección de Prerrogativas a Partidos Políticos del Instituto Federal electoral (IFE)¹¹ el cual le fue negado argumentado que la postulación de candidatos al cargo de Presidente de la República correspondía solamente a los partidos políticos.

Ante la respuesta del IFE, recurrió a diferentes instancias jurisdiccionales donde intervino la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviendo la improcedencia de su juicio de amparo por lo que acudió a instancias internacionales, entre ellas la Corte Interamericana de Derechos Humanos, invocando lo señalado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 25¹² y en el Pacto de

¹⁰ *Idem*, p. 302.

¹¹ Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24-III-2014. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/9/pim/pim29.pdf>

¹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Oficina del Alto Comisionado de las

San José, Costa Rica en el artículo 23,¹³ donde se establece que todos los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos y de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas y fue por esta razón que el 6 de agosto del 2008 dicha Corte resolvió que el Estado Mexicano debía ajustar su legislación y sus normas para garantizar a los ciudadanos el derecho a ser electo.¹⁴

En consecuencia de esa resolución, el 9 de agosto de 2012, se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF)¹⁵ el dictamen de reforma y adición de diversas disposiciones en materia política de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), entre ellos el artículo 35, fracción II donde eliminaba la exclusividad de los partidos políticos para registrar candidatos y le da el derecho a los ciudadanos para que de manera independiente soliciten su registro.

Sin embargo, en la mencionada reforma los legisladores omitieron modificar el artículo 116 constitucional en virtud del cual se establecía el derecho exclusivo para solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular a los partidos políticos, existiendo una antinomia entre lo dispuesto en el artículo 116, fracción IV, inciso e), y el artículo 35, fracción II, de la CPEUM; y no es sino hasta el 27 de diciembre del 2013 que se publicó en el DOF¹⁶ la reforma al artículo 116 donde se le deroga el derecho exclusivo a los partidos políticos de registrar a los candidatos a cargos de elección popular.

Las reformas son una ampliación a los derechos fundamentales del hombre, reconociéndose el derecho político-electoral de ser registrado como candidato de manera independiente en los procesos electorales federales o locales sin necesidad de contar con el aval de algún partido político, las autoridades electorales en México

Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 25-III-2014. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

¹³ Pacto de San José, Costa Rica. Corte. Departamento de Derecho Internacional. OEA. 25-III-2014. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 6 de agosto de 2008. 24-III-2014. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf

¹⁵ Diario Oficial de la Federación. Poder Ejecutivo, Secretaría de Gobernación. Primera Sección. 09-VIII-2012.

¹⁶ Diario Oficial de la Federación. Poder Ejecutivo, Secretaría de Gobernación. Primera Sección. 27-XII-2013.

tienen la obligación de garantizarlos, respetarlos y protegerlos de conformidad con lo establecido en la Constitución.

Este derecho político-electoral es universal e inalienable, es decir que es un derecho pro-persona que está sobre cualquier otro derecho y que todo ciudadano mexicano que cumpla los requisitos constitucionales tiene el derecho de registrarse como candidato independiente a los puestos de elección popular.

Las reformas aprobadas por el Congreso de la Unión son necesarias debido a que existe un descontento y desacreditación hacia la clase política, al respecto menciona Carlos M. Vilas que los políticos *Hacen que una hoja en blanco sea el mejor curriculum político*,¹⁷ por lo que fue necesaria la participación en la política de otros actores como lo son los candidatos independientes, lo que permitirá una válvula de escape a la presión y a la inconformidad de la sociedad en contra de las instituciones y de sus políticos que ven a los ciudadanos como votos y no como parte de una sociedad.

Primer candidato independiente electo. Caso Zacatecas

A principio del 2013 el Congreso del Estado de Zacatecas atendiendo la reforma del artículo 35 párrafo II, reformó su Constitución y su Ley Electoral para el proceso electoral del 2013, permitiendo las candidaturas independientes para renovar el Poder Legislativo y los 58 ayuntamientos. Los ciudadanos que quisieran registrarse como candidatos debían de contar con una relación de apoyo ciudadano, para el cargo de Diputados de mayoría relativa debían contar con el 15% del padrón electoral y para Presidentes Municipales el apoyo debería de ser del 15%, 10%, 8% y 5% del padrón electoral del municipio correspondiente.

Se registraron nueve aspirantes independientes para ocupar el cargo de Presidentes Municipales en diferentes municipios de la entidad, entre ellos se registró Raúl de Luna Tovar para contender a la Presidencia Municipal de General Enrique Estrada presentado 989 firmas de apoyo, de las cuales solo se requerían 745.¹⁸

El día 10 de julio del 2013 se realizaron los cómputos de la votación de los distritos y de los municipios, y resultó que el candidato independiente del municipio de

¹⁷ DUTRÉNIT, Silvia y VALDÉS, Leonardo: *El fin de siglo y los partidos políticos en América Latina. Entre la democracia y el neoliberalismo: los caudillos electorales de la posmodernidad*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1994, p. 338.

¹⁸ Instituto Electoral del Estado de Zacatecas, *Manual de Candidaturas Independientes*, Zacatecas, 2013.

General Enrique Estrada obtuvo el triunfo con 1,377 votos seguidos del candidato de la alianza PRD-PAN con 1,110 votos. En los otros ocho municipios los candidatos independientes, aunque no lograron el triunfo, sí obtuvieron mayor votación que los partidos de Movimiento Ciudadano, Partido Nueva Alianza, Partido del Trabajo y Partido Verde Ecologista de México y en dos de ellos quedaron arriba del Partido Acción Nacional y del Partido de la Revolución Democrática.

Después de 1946 Zacatecas es el primer estado que permite legalmente el registro de las candidaturas independientes y es el primero en tener un candidato independiente electo, las candidaturas independientes en los otros municipios obtuvieron una gran aceptación por parte de la ciudadanía y se puede observar en la votación que obtuvieron, lo que comprueba que el otorgar el derecho a los ciudadanos para registrarse como candidatos resulta una buena práctica que abona a nuestra democracia; ahora falta lograr la aprobación de una reglamentación electoral adecuada, donde se les permita participar a las autoridades electorales, a las organizaciones civiles y en general a todos los ciudadanos interesados.

Análisis comparado de las candidaturas independientes en Chile y España

Se realiza un análisis de la regulación normativa sobre derechos y obligaciones que tienen las candidaturas independientes en Chile y en España, lo cual nos permitirá conocer que a pesar de ser dos países ubicados en distintas latitudes, los ciudadanos tienen el derecho político electoral de participar en elecciones constitucionales de forma independiente y sin pertenecer a algún partido político.

Inicio con Chile donde las candidaturas independientes tienen su fundamento en el artículo 18 de su Constitución Política, que establece:¹⁹

Habrá un sistema electoral público. Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, regulará la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por esta Constitución y garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como

¹⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 11-IV-2014. <http://www.leychile.cl/Navegar?id-Norma=242302>

en su participación en los señalados procesos. Dicha ley establecerá también un sistema de financiamiento, transparencia, límite y control del gasto electoral.

Este fundamento permite a los ciudadanos de Chile tener los mismos derechos con los que cuentan los candidatos de los partidos políticos permitiéndoseles participar en los procesos electorales como candidatos independientes.

Chile cuenta con ocho leyes en materia electoral pero las que se analizarán para efectos del presente trabajo son dos, la primera de ellas: la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios²⁰ la cual es identificada como la LEY-18700, publicada el 06 de mayo de 1988 y la segunda: la Ley sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral²¹ conocida como la LEY-19884, publicada el 05 de agosto del 2003. Estas leyes son revisadas para poder hacer un análisis referente a las obligaciones y derechos que tienen los candidatos independientes en Chile y se transcribe lo conducente:

LEY-18700: Los artículos que regulan la presentación de candidaturas son:

Art. 3. Los candidatos deberán de presentar una declaración jurada²² en la cual se comprometen a cumplir con los requisitos constitucionales y legales para ser candidato y deberá ser apoyado por lo menos por cinco de los ciudadanos que patrocinen una candidatura independiente.

Art. 4. Los candidatos independientes no podrán haber estado afiliados a un partido político dentro de los nueve meses anteriores al vencimiento del plazo para presentar las declaraciones de Candidaturas.

Art. 8. Los candidatos independientes podrán ser patrocinados por ciudadanos los cuales deberán de tener la condición de ciudadanos independientes, el patrocinio de las candidaturas independientes deberán suscribirse ante notario.

Art. 11. Debe de existir una nómina de patrocinadores donde se señale el nombre del candidato y el acto electoral de que se trate.

Respecto de las candidaturas independientes a diputados y senadores se establece:

²⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 11-IV-2014. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30082&idParte=0>

²¹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Ley 19884, 14-IV-2014. <http://www.electoral.cl/upload/docs/19884%20sobre%20control%20del%20gasto%20electoral.pdf>

²² En México las declaraciones juradas se refieren a las solicitudes de registro de candidaturas.

Art. 10. Las candidaturas independientes a Diputados o Senadores requerirán del patrocinio de un número de ciudadanos igual o superior al 0,5 por ciento de los que hubieren sufragado en el distrito electoral o en la circunscripción senatorial, según se trate de candidaturas a Diputados o Senadores, respectivamente en la anterior elección periódica de Diputados.

Para las candidaturas a Presidente de la República, señala:

Art. 13. El patrocinio de las candidaturas independientes a Presidente de la República deberá suscribirse ante cualquier notario por un número de ciudadanos, habilitados para ejercer el derecho a sufragio, no inferior al 0,5 por ciento de los que hubieren sufragado en la anterior elección periódica de Diputados.

Ahora bien, la inscripción de Candidaturas requiere que en las cédulas²³ deberá aparecer el nombre del candidato y su símbolo.

Las reglas que rigen la propaganda electoral y publicidad indican que:

Art. 31. Se le otorga al conjunto de los candidatos independientes tiempo gratuito en televisión equivalente al del partido político que hubiere obtenido menos sufragios en la última elección el cual se distribuirá entre ellos por partes iguales.

Art. 32. Los candidatos independientes tienen la obligación de retirar toda propaganda política dentro de los tres días siguientes a la elección o plebiscito.

Art. 33. Los candidatos independientes tienen el derecho de tener hasta un máximo de cinco oficinas de propaganda en cada comuna.²⁴

Art. 157. Los partidos políticos y los candidatos independientes informarán sus actividades.

Art. 158. Los candidatos independientes podrán designar un apoderado²⁵ con derecho a voz pero sin voto, para que asista a las actuaciones de las juntas electorales, mesas receptoras, colegios escrutadores y de las oficinas electorales la ubicación de sus sedes ante la respectiva junta electoral.

²³ El equivalente de las cédulas, en México, son las boletas electorales.

²⁴ Su significado es municipio. Real Academia Española. 11-IV-2014. <http://lema.rae.es/drae/?val=comuna>

²⁵ Los apoderados en México se refieren a los representantes ante las autoridades electorales administrativas.

LEY-19884. Esta ley regula el financiamiento y gastos electorales que deberán cumplir los candidatos independientes.

Art. 4. Contemplan límites de gastos para los diferentes tipos de puestos de elección popular.

Art. 5bis. Se sanciona al candidato o partido político que exceda el límite de los gastos electorales.

Art. 8. Tienen derecho los candidatos independientes o los partidos políticos a recibir financiamiento privado.

Art. 9. Se establecen límites para la aportación de financiamiento privado.

Art. 13. Durante la campaña electoral el Estado financiará y reembolsará los gastos electorales en que incurran los candidatos y los partidos.

Art. 14. Tratándose de candidatos independientes, se prorrateará entre todos ellos un monto similar al que le corresponda al partido que hubiere obtenido en esa elección el menor número de votos.

Art. 30. Todo candidato deberá nombrar un administrador electoral, el que actuará como mandatario respecto de las funciones de control de los ingresos y gastos electorales.

España. El fundamento constitucional que permite que los ciudadanos participen como candidatos independientes lo encontramos en el artículo 23 que establece:

Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las leyes.

Este derecho se encuentra en la Constitución Española de 1978²⁶ que reconoce el derecho a cualquier ciudadano para que pueda participar en las elecciones para ser electo para algún cargo público y establece que debe ser en igualdad de condiciones con los otros candidatos y el Estado debe regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el

²⁶ Constitución Española 1978, 14-IV-2014 http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/EBB-3AFF7-C7EF-4009-A15E-E7D75FB3C8F5/232644/Constitucion_es1.pdf

cumplimiento de los deberes constitucionales de acuerdo a su artículo 149 constitucional. Por lo que, el único requisito de un ciudadano español de poder participar en las elecciones es que cuente con sus derechos políticos.

Antes de iniciar con el análisis de sus leyes secundarias en materia electoral es importante mencionar que de acuerdo con la Ley Orgánica del Régimen General Electoral un ciudadano puede participar en una elección teniendo que contar un mínimo de firmas y ser apoyados por una agrupación de electores que está formada por un conjunto de ciudadanos que se asocian temporalmente con el único fin de presentar una candidatura a unas determinadas elecciones. Lo anterior, resulta similar al caso de Chile, donde los ciudadanos que quieren postularse como candidatos independientes tienen que recabar el apoyo de electores.

La ley que contiene el marco normativo electoral y las candidaturas independientes es la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen General Electoral de 19 de junio de 1985²⁷, la cual será analizada en lo que se refiere a las candidaturas independientes.

De conformidad con el derecho de sufragio pasivo, el artículo 6 de la Ley antes mencionada señala que todos los españoles mayores de edad podrán ser elegibles.

Sobre los Órganos de Administración Electoral se establece que en todos los órganos electorales y en las mesas electorales las agrupaciones de electores pueden tener representación.

Para el acceso al censo electoral²⁸, el artículo 41 señala que los representantes de cada candidatura pueden obtener copia del censo del distrito correspondiente.

El registro de candidatos de candidatos debe seguir los lineamientos siguientes:

Art. 44. Pueden presentar candidatos o listas de candidatos para senador, diputados y municipales, agrupaciones de electores que reúnan los requisitos de ley y no pueden registrar a más de un candidato para la misma elección.

Art. 46. El escrito de presentación de una candidatura debe señalar la denominación, siglas y símbolo de la agrupación de elector y el nombre del candidato al que apoyan. Debe acompañar los documentos que acrediten el número de firmas exigido para su participación en las elecciones.

Ningún elector puede otorgar su apoyo a más de un candidato.

²⁷ Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio. 11-IV-2014. http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_005_1985.pdf

²⁸ El censo electoral en México se refiere al Padrón Electoral que realiza el Registro Federal Electoral.

Art. 187. Dependiendo el número de habitantes de cada municipio es el número de firmas de apoyo que debe de contar un candidato de una agrupación de electores.

Los recursos contra la proclamación de candidaturas y candidatos, de conformidad con lo establecido en el artículo 49, se les otorga a los representantes de los candidatos medios jurídicos para impugnar la negativa de un registro.

Para las Campañas electorales, señala el artículo 55, que tienen derecho a que los ayuntamientos les otorguen espacios gratuitos para la colocación de su propaganda.

Respecto al acceso a los medios de comunicación establece:

Art. 58. Tienen derecho a contratar la inserción de publicidad en la prensa, en emisoras de radio y en cualquier otro medio de difusión privado.

Art. 60. Tienen derecho durante las campañas a espacios gratuitos de propaganda en las emisoras de televisión y de radio de titularidad pública y contarán con 10 minutos de emisión con el requisito de que las agrupaciones de electores hayan registrado un porcentaje dependiente el cargo por el que compitan.

Se otorga un Derecho de rectificación²⁹ a las agrupaciones de electores o sus candidatos tendrán el derecho de rectificar cualquier noticia que consideren inexacta y cuya divulgación pueda causales un perjuicio, de conformidad con el artículo 68.

Por su parte en la Jornada Electoral, tienen el derecho a que se les expida gratuitamente certificación del acta de la sesión de la mesa electoral, según reza el artículo 99.

Para los Gastos y subvenciones electorales, se indica que:

Art. 121. Toda candidatura debe tener un administrador electoral responsable de sus ingresos y gastos y de su contabilidad.

Art. 127. El Estado debe financiar los gastos de las agrupaciones de electores.

Están permitidas las aportaciones privadas que no excedan de más de un millón de pesetas.

Y respecto del control de la contabilidad electoral, el artículo 133 indica que están obligadas las agrupaciones de electores que recibieron financiamiento el presentar una contabilidad detallada y documentada de sus respectivos ingresos y gastos electorales.

²⁹ En México se refiere al derecho de réplica.

Del análisis anterior podemos observar que en ambos países está permitido que los ciudadanos puedan competir en cargos de elección popular siempre y cuando cuenten con el apoyo de un sector de la sociedad, se menciona que este tipo de candidaturas tienen los mismos derechos que tienen los candidatos de los partidos políticos en lo que se refiere al acceso a los medios de comunicación y al financiamiento.

Es necesario que los países que permiten las candidaturas independientes o ciudadanas tengan los mismos derechos con los candidatos de los partidos políticos para que existan procesos electorales igualitarios.

Propuestas legales para las candidaturas independientes

La legislación de las candidaturas independientes debe permitir el derecho de ser candidato independiente por un puesto de elección popular, sin que se violen los principios rectores de la materia electoral: certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, máxima publicidad y objetividad.

Es necesario que exista una igualdad de derechos, prerrogativas y obligaciones de los partidos políticos y de las y los candidatos independientes para que pueda existir una competencia realmente democrática. Como lo menciona Giovanni Sartori, la igualdad jurídica-política es darle a cada cual los mismos derechos legales y políticos.³⁰

Las propuestas que se mencionan a continuación se agrupan de acuerdo a diferentes rubros del proceso electoral.

Registro de candidatos: Los ciudadanos deberán de presentar ante la autoridad administrativa electoral el aviso de intención de registrarse como candidatos independientes, cumpliendo los requisitos de elegibilidad. La relación de apoyo por parte de los ciudadanos para un candidato independiente debe de contar únicamente con nombre, datos de la credencial de elector, domicilio y firma. El porcentaje de firmas de apoyo para un candidato independiente debe ser el suficiente que permita promover el acceso en condiciones de competitividad que incentiven la participación ciudadana.

Calidad de los candidatos independientes: Los candidatos independientes no deben ser ex candidatos o candidatos de un partido político, porque esto desvirtuaría la figura de la participación ciudadana en los candidatos independientes sin embargo un ex militante de un partido político podría contender como candidato

³⁰ SARTORI, Giovanni: *Elementos de Teoría Política*, Alianza Editorial, Madrid España, 1999, p. 103.

independiente porque no permitirle su registro violentaría su derecho de participar en asuntos públicos.

Cuota de género: Las fórmulas para los diferentes cargos de elección popular integradas por candidatos independientes deben respetar los mismos criterios que para los partidos políticos.

Obligaciones: Se requiere que en las legislaciones se establezcan cuáles son las obligaciones y sanciones de las y los candidatos independientes, porque se puede dar el caso de que una o un candidato independiente contienda en un proceso electoral, reciba prerrogativas de financiamiento y la votación no le sea favorable y desaparezca sin cumplir con la comprobación de gastos por lo que es necesario regular que las y los candidatos independientes respondan a obligaciones futuras y se les otorgue personalidad jurídica.

Prerrogativas a los partidos políticos y fiscalización a los gastos de campaña: Los candidatos independientes deben de tener los mismos derechos de acceso a radio y televisión que los partidos políticos, debiendo tener la misma cantidad de promocionales que los que se le otorga al partido político que obtuvo menos promocionales. Esta prerrogativa no sólo debe ser en los tiempos oficiales que otorga el Instituto Nacional Electoral (INE) sino también debe existir una igualdad y criterios equilibrados por parte de las empresas de los medios de comunicación en el tratamiento de los noticieros y entrevistas.

Con respecto a la prerrogativa de financiamiento que otorga el estado, es necesario que se legisle de forma igualitaria para que no exista una clara ventaja de los candidatos de los partidos políticos y las y los candidatos independientes, es decir se otorgue de forma igualitaria la misma cantidad que se le entrega a los partidos políticos en lo que corresponde al 30% para las campañas políticas, dependiendo al cargo popular por el que compitan.

Deben de tener el derecho de poder recibir aportaciones por parte de sus simpatizantes como los tienen los candidatos o candidatas de los partidos políticos sin que exceda el monto de los topes de campaña para la elección correspondiente, pero es necesario reformar la ley hacendaria haciendo un apartado especial a las aportaciones que podrían recibir las o los candidatos independientes por que es obligación de toda persona física presentar declaraciones ante hacienda reportando sus ingresos y sería el caso de que tendrían que reportar recursos de los simpatizantes y no de los candidatos independientes, lo que podría en un futuro ser un problema fiscal.

En lo que tiene que ver a la fiscalización, los candidatos independientes deberán de nombrar a un encargado del manejo de los recursos privados y públicos, los cuales

se deben de transparentar así como los gastos generados en el proceso electoral. En caso de no cumplir con la normatividad de la fiscalización se deberán de imponer las mismas sanciones que a la de las y los candidatos de los partidos políticos.

Topes de precampaña y campaña: Los topes de precampaña y campaña deben ser los mismos que los de los partidos políticos.

Debates: Los candidatos independientes deberán de tener el derecho de poder participar en los debates que organicen las autoridades electorales o los medios de comunicación.

Representación: Los candidatos independientes deberán de tener el derecho de nombrar representante ante el Consejo Electoral respectivo y representante ante las mesas directivas de casilla y representante general para el día de la jornada electoral.

Boleta electoral: Debe aparecer en la boleta electoral el nombre, logotipo y colores que presentó la o el candidato independiente al momento de su registro.

Conclusiones

Uno de los objetivos de los principios electorales es que los actores políticos tengan la certeza de que existe un marco normativo transparente y objetivo, y que las elecciones se realizarán bajo el principio de igualdad de condiciones para que puedan existir unas elecciones competidas entre los candidatos de los partidos políticos y los candidatos independientes.

El introducir las candidaturas independientes a nuestro sistema político electoral es un gran avance en nuestra cultura democrática porque en la actualidad nuestro sistema de partidos está desacreditado debido a que ya no responde a las necesidades de la sociedad y los ciudadanos no comparten las ideas de los partidos políticos y de sus representantes.

La encuesta a los ciudadanos realizada por la empresa Mitofsky³¹ en agosto del 2012, señala que los ciudadanos no creen en las instituciones de México, y le otorga la mejor calificación de 7.8% a las universidades y las peores a los senadores y partidos políticos con el 6% y a los diputados el 5.9%, lo que pone en evidencia el hecho de que la sociedad no confía en los actores políticos.

Existe un gran descontento hacia ellos y hacia las instituciones por las diferentes formas de actuar, cabe mencionar algunos ejemplos al respecto:

³¹ México: confianza en instituciones, Consulta Mitofsky, 14-IV-2014. en: http://consulta.mx/web/images/MexicoOpina/2012/20120830_NA_Confianza_Instituciones.pdf

1. Llegan a los puestos de elección popular candidatos sin conocimientos ni experiencia en la función pública;
2. Los candidatos no cumplen sus plataformas políticas;
3. Mal manejo de las cuentas públicas de los diferentes órganos de gobierno;
4. Inflación, corrupción y enriquecimiento ilícitos de funcionarios públicos;
5. Creación de leyes a conveniencia de los actores políticos;
6. Falta de transparencia y rendición de cuentas;
7. Políticas sociales descuidadas por intereses partidistas.

En conclusión, los vínculos de representación de los partidos con la sociedad son inexistentes, todas estas razones nos permiten observar la situación del por qué el desencanto hacia los actores políticos y las instituciones públicas.

Los partidos políticos en México han quedado en deuda con la sociedad y ahora les corresponde a los candidatos ser una real representación de la ciudadanía donde sus intereses vuelvan a ser escuchados, renazca el vínculo gobierno-sociedad, y desaparezcan los intereses personales sobre los intereses colectivos para poder formar y fortalecer una verdadera y legítima calidad democrática.

La improcedencia del juicio de amparo contra el laudo emitido en la CONDUSEF

Roberto Corona Vera¹
Gelacio Juan Ramón Gutiérrez Ocegüera²

RESUMEN: El anhelo colectivo de la sociedad, de tener una justicia pronta, eficaz, imparcial y con un menor costo que impulse la sana convivencia y la armonía de está, se pueden cumplir con el correcto ejercicio de los Medios Alternos de Solución de Controversias, destacando de entre ellos al Arbitraje, mismo que debemos garantizar que contra su resolución no puedan interponerse medios ordinarios o extraordinarios de defensa, que atenten contra su naturaleza, pues dicha figura jurídica los contempla debidamente, por ello el Juicio de Amparo que prevé el numeral 78 de la Ley de Protección y Defensa de Usuarios de Servicios Financieros, debe ser declarado improcedente.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, árbitro, juicio de amparo.

ABSTRACT: The collective desire of society to have a swift, efficient, impartial, low cost system of justice which promotes healthy interaction and harmony among members of society can be accomplished through the proper use of Alternative Means of Conflict Resolution, the most well-known is Arbitration. We must guarantee that neither ordinary nor extraordinary resources of defense may impede or overturn the resolution achieved during the arbitration process as these means of defense are already contemplated within this process and go against its nature. This is the reason that the Protection Order (Juicio de Amparo) foreseen in numeral 78 of the Law of Protection and Defense of Users of Financial Services should be deemed inadmissible.

KEYWORDS: Arbitration, arbitrator, juicio de amparo.

¹ Maestro en Derecho

² Doctor en Derecho. Director de Tesis y asesor en el presente ensayo.

SUMARIO: Introducción ■ El arbitraje ■ Naturaleza y Conceptos del Juicio de Amparo ■ Conclusiones.

En general, los hombres juzgan más por los ojos que por la inteligencia, pues todos pueden ver, pero pocos comprenden lo que ven.

Nicolás Maquiavelo

Introducción

El presente artículo tiene íntima relación y es parte de un proyecto de investigación mayor, como lo es mi trabajo de tesis doctoral que estoy elaborando para obtener el grado de Doctor en Derecho por parte de la Universidad de Guadalajara; Tesis que lleva por Título *Los medios alternativos de solución de controversias en materia mercantil en Jalisco*, por lo que al estar investigando sobre la implementación y práctica de dichos medios alternos de solución de conflictos en el Estado de Jalisco, advertí que la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, contempla la posibilidad de que los usuarios de servicios financieros y la entidades que los prestan, puedan solucionar sus diferencias a través del medio alterno denominado Arbitraje, sin embargo al consultar las estadísticas que proporciona la CONDUSEF, se advierte el casi nulo sometimiento de los usuarios y de las Instituciones financieras al Arbitraje por decisiones propias de las partes, más sin embargo de la simple lectura que se dé a dicha Ley, en lo que toca al artículo 78, se puede afirmar que el Arbitraje que contempla dicha ley no debiera ser recurrido por el medio extraordinario de defensa que en este supuesto es el Juicio de Amparo, ya que el árbitro en este tipo de solución de controversias no tiene el carácter de Autoridad tal y como lo ha dejado precisado nuestro más alto Tribunal de Justicia en diversas Tesis Jurisprudenciales que en capítulo de conclusiones se citarán, problema este que crea en los usuarios de servicios financieros el desánimo por someterse a un arbitraje que de entrada no les da certeza que resolverán sus problemas de manera pronta y económica.

Por ello es necesario dejar en claro que el arbitraje propuesto por la ley de referencia debe ser redefinido o simplemente se le debe hacer sabedor al usuario de servicios financieros cuando suscriba una cláusula arbitral o decida someterse al arbitraje de la CONDUSEF, de las deficiencias de ésta Institución Jurídica y que no es en realidad un método alternativo de solución de controversias puesto que en el mis-

mo se encuentra la disposición normativa de que contra el Laudo o resolución opera el Juicio de Amparo; porque con dicho medio extraordinario de defensa quedarían violentados los principios rectores que dan vida al arbitraje como lo son la prontitud y la buena fe de que debe gozar el árbitro.

Ahora bien, el objeto de estudio de este artículo será el de precisar los elementos del arbitraje como un método alternativo de solución de controversias y demostrar cuál es la naturaleza de éste y como no es viable que pueda ser recurrido a través de ningún medio ordinario o extraordinario de defensa pues atenta contra su naturaleza de prontitud y de buena fe de que debe gozar el árbitro en la resolución del problema que le plantean las partes que han decidido resolver sus controversias bajo este tipo de figura jurídica.

Como se desprende de la exposición de motivos, el grupo parlamentario quienes propusieron la iniciativa de ley que da vida a la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros y de la cual surge a la vida jurídica la CONDUSEF, argumentaron que debido a la clara tendencia que existe actualmente en el hecho de que los particulares tiendan a querer solucionar en los órganos jurisdiccionales los conflictos surgidos entre las entidades financieras y el público usuario de sus servicios, sin que previamente debiera agotarse la etapa conciliatoria y sin que se regule de manera puntual el mecanismo de informar, orientar, y proteger los derechos e intereses de los usuarios de los servicios que prestan los intermediarios financieros, procurando la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre los usuarios y dichos intermediarios financieros; y fue en consecuencia de ello que la iniciativa de creación de la referida ley, se hizo con el propósito de preservar el interés colectivo, el orden público y de interés social; ya que social y económicamente se encontraban desprotegidos los usuarios de servicios financieros en relación con las entidades financieras; pues además se advertía que era notorio que los usuarios carecieran de certeza y seguridad jurídica respecto de los servicios que recibían y reciben, no sólo por la falta de información objetiva y simplificada sobre las condiciones de los servicios financieros, sino también por la falta de medidas coercitivas que propicien la equidad en las relaciones entre los usuarios y las entidades financieras; lo cual hizo notar al Congreso de la Unión la necesidad de establecer una normatividad uniforme para los procedimientos de conciliación y arbitraje para cualquier conflicto que surja con motivo de la prestación de éstos servicios; lo cual significaba constituir una instancia distinta a la jurisdiccional que de manera obligatoria y vinculativa para las partes concurriera a la solución de los conflictos mencionados y con ello otorgar protección y seguridad jurídica al público usuario.

Tal y como lo aseveró el Grupo Parlamentario impulsor de la creación de la ley de Protección y Defensa al usuario de servicios financieros; la iniciativa de dicha legislación se dio con motivo de la notoria falta de información relacionada con los productos financieros que ofrecen los integrantes del sector, sobre todo en cuanto a los riesgos que éstos conllevan; riesgos incrementados en virtud de la inestabilidad económica mundial que repercute en el mercado nacional. Falta, además, de difusión por parte de un órgano imparcial, de los diversos productos que ofrecen las entidades integrantes del sistema financiero, así como de sus características, beneficios y riesgos; por lo cual la propuesta de crear un órgano imparcial que no se tratara simplemente de incrementar el aparato burocrático sino que hiciera uso de recursos presupuestales, humanos y materiales que se dedicaran a la supervisión y a la atención del público usuario de servicios financieros con facultades de supervisión, de conciliación, de información y de vigilancia entre otros, para informar y resolver controversias que tuviera el público usuario con dichas entidades financieras; para lo cual era menester otorgar las facultades y atribuciones que a continuación se describen:

- A) Promover y proteger los derechos e intereses de los usuarios de Servicios que prestan los intermediarios Financieros.
- B) Procurar la equidad y seguridad jurídica de las relaciones entre los usuarios y las entidades financieras.
- C) Aplicar las medidas necesarias para propiciar la seguridad y equidad jurídica entre los usuarios y los intermediarios Financieros.
- D) Fungir como ventanilla única para la recepción de quejas.
- E) Propiciar información a los usuarios relacionados con los servicios y productos que ofrecen las entidades financieras, así como elaborar programas de difusión de los derechos de los usuarios.
- F) Informar al público sobre aquellas entidades que mantienen niveles óptimos de atención, así como sobre aquellas que tienen los niveles más altos de quejas.
- G) Fungir como árbitro o conciliador en la solución de dichas irregularidades.
- H) Fungir como árbitro o conciliador en la solución de dichas irregularidades.
- I) Estar facultado para actuar ante todos los intermediarios financieros.
- J) Orientar al sector financiero sobre la necesidad de los usuarios.
- K) Coadyuvar con otras autoridades en materia financiera, para lograr una relación equitativa entre las entidades financieras y su público usuario así como un sano desarrollo del sector financiero.

- L) Difundir a través de los medios de comunicación, los análisis de los diversos productos que ofrecen los intermediarios financieros. De igual forma, se pretende proporcionar a los usuarios de los servicios financieros, información completa y veraz sobre los distintos elementos que rigen la relación contractual usuario-intermediario.

Dada la serie de atribuciones antes vertidas a la CONDUSEF; es claro que se brinda la oportunidad de que éste organismo descentralizado de la administración Pública Federal pueda, en beneficio de los Usuarios de Servicios Financieros, ser un pilar en la defensa de sus derechos; así como evitar carga laboral innecesaria a los órganos de impartición de justicia; para lo cual es necesario conocer de manera estadística los logros y beneficios que en el renglón económico ha cumplido dicha entidad descentralizada; para conocer la justificación o no, desde el aspecto económico de la constitución de la CONDUSEF y si ha cumplido o no con el objetivo social para la cual fue creada, lo que se puede apreciar en el informe que da la CONDUSEF en su página electrónica www.condusef.gob.mx

Si partimos de la premisa que constituye el concepto de Política que es, el arte del buen gobernar; entonces podremos comprender la necesidad de la creación de una ley y de una institución como la CONDUSEF; pues es necesario que el público usuario de los servicios financieros cuenten con toda la información y respaldo que les garantice certeza en las operaciones que realicen.

Para ello fue necesario crear una ley que les garantizará a los usuarios de Servicios Financieros, protección y respaldo; por ello en un grupo integrante del partido Revolucionario Institucional, encabezados por el Diputado Federal Ignacio García de la Cadena, así como diez miembros más de ese grupo parlamentario, decidieron con apego a las facultades que para ello les otorga la fracción II del Artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentar al Pleno del Congreso de la Unión una iniciativa de Ley a la que denominaron Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, misma que fue sometida a su aprobación y votación y en Boletín número 1147 de 12 de Diciembre del 1998, el H. Congreso de Unión en Boletín de prensa que donde hace del conocimiento a la Ciudadanía la aprobación de la misma, aprobación que fue realizada por unanimidad de votos.

Expuesta la problemática que se contempla en el artículo 78 de la Ley de Protección y Defensa al Usuarios de Servicios Financieros, es pertinente conocer la naturaleza y fin del medio alternativo de solución de controversias denominado:

El arbitraje

El arbitraje es método por el cual las partes acuerdan someter su controversia a un tercero físico o a un tribunal constituido para tal efecto, aplicando a su vez las normas que las partes especifiquen y con la obligación de aceptar al final el laudo o resolución como arreglo definitivo.³

Los ordenamientos que hoy constituyen las bases necesarias para el desarrollo y la práctica del arbitraje comercial privado son:

a) El Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, reformado en 1993 con el fin de adoptar la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional; b) La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York de 1958) ratificada por México en 1971; c) La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá de 1975), ratificada por México en 1978.

Arbitraje en Otras Leyes

• Ley de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF)

Sistemas de resolución de controversias

Autocompositivos: 1. Negociación (Directo) 2. Conciliación (Indirecto) 3.- Mediación (Indirecto)

Heterocompositivos: 1. Proceso Judicial. 2. Arbitraje.

Los métodos existentes dentro del derecho internacional contemporáneo pueden clasificarse en diplomáticos, adjudicativos y los de instituciones internacionales.

Diplomáticos. Buscan la solución a través de un acuerdo entre las partes: negociación, buenos oficios, investigación, mediación y conciliación.

Adjudicativos. Buscan la solución mediante la intervención de un tercero. Arbitraje y solución judicial

Instituciones internacionales. Son diplomáticos o adjudicativos con algunas características propias.

Otra clasificación de los métodos de solución de controversias se hace atendiendo a su naturaleza pudiendo ser: políticos y jurídicos.

Políticos. Negociación, buenos oficios, mediación y conciliación.

Jurídicos. Arbitraje y decisión judicial.

³ MONTAIGER, Gabriel, GUINCHARD, Serge, VARINARD, André y VINCENT, Jean: *La Justice et ses Institutions*, 4a ed., Dalloz, Paris, 1996, p.36.

Conclusión

Los métodos más utilizados para solucionar controversias fuera de las cortes de acuerdo con su formalidad, son: La consulta, la negociación, los buenos oficios, la investigación, la mediación, la conciliación, y el arbitraje.

Fuentes jurídicas del arbitraje privado en México. Los Tratados y convenciones, especialmente la convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales, aseguran virtualmente la ejecución simple y expedita de los acuerdos de arbitraje y laudos alrededor de todo el mundo”

Concepto jurídico de acuerdo arbitral. Acuerdo por el que las partes deciden someter, una o todas las controversias, presentes o futuras, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, a una o varias personas a efecto de que sean resueltas, en amigable composición o de estricto derecho, dicho acuerdo puede adoptar la forma de una cláusula compromisoria, o de un acuerdo independiente.

Efectos del acuerdo arbitral. Efectos de negocios: Disuade a las partes a propiciar o mantener conflictos y fomenta el ánimo transaccional entre las partes.

Efectos jurídicos: Impide a los órganos judiciales conocer las controversias arbitrales y Adquiere presunción de validez y autonomía respecto de la relación jurídica principal.

Ventajas del arbitraje: 1. El arbitraje puede ser iniciado rápidamente, el procedimiento es relativamente corto y la decisión se presenta de manera rápida; 2. Las reglas procesales son flexibles y más directas que las establecidas para un procedimiento judicial; 3. Las partes seleccionan a los árbitros; 4. Confidencialidad; 5. Generalmente el árbitro es experto en la materia; 6. El laudo generalmente es cumplido voluntariamente; 7. Económico; 8. Menor grado de enfrentamiento entre las partes en el proceso; 9. Las partes se enfrentan en un territorio muchas veces neutral;

Cuestiones a considerar al organizar el procedimiento arbitral. 1. Reglamento de arbitraje; 2. Idioma de las actuaciones (Traducción documentos, interprete, costo); 3. Lugar del arbitraje; 4. Servicios administrativos que el tribunal puede necesitar para desempeñar sus funciones; 5. Provisión inicial de fondos para sufragar las costas (Cuota de registro, cuota administrativa); 6. Confidencialidad de la información relativa al arbitraje; posible acuerdo al respecto; 7. Comunicación de escritos entre las partes y los árbitros; 8. Telefax y otros medios electrónicos de enviar documentos; 9. Disposiciones para el intercambio de escritos; 10. Aspectos prácticos

relativos a los escritos y elementos de prueba; 11. Posibilidad de negociar una solución amigable y efectos de esa negociación sobre el calendario del procedimiento; 12. Prueba Documental (Plazos, conformidad con fotocopias, juego conjunto); 13. Pruebas materiales distintas de los documentos; 14. Testigos; 15. Peritos y prueba pericial; 16. Vistas; 17. Arbitraje multilateral; 18. Posibles requisitos en materia de archivo o comunicación de los laudos arbitrales.

Fases procedimiento arbitral: postulatoria; constitutiva; probatoria; conclusiva (alegatos)

Ley aplicable al acuerdo arbitral: Código de Comercio y Convención de Nueva York. La eligen las partes o el tribunal

Ley aplicable al fondo del asunto: Los árbitros tomarán en cuenta la ley que se empleó para elaborar el contrato.

Nulidad del laudo arbitral: Acuerdo arbitral inválido conforme al derecho elegido por las partes. Omisión de notificación a una parte sobre la designación de un árbitro. Incapacidad de alguna de las partes. Privación a una parte de su oportunidad para hacer valer sus derechos. El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo arbitral. El laudo contiene decisiones que exceden al acuerdo de arbitraje. Procedimiento arbitral no ajustado al acuerdo de las partes o a la ley. El laudo es contrario al orden público. El laudo no es aún obligatorio para las partes. El laudo fue anulado o suspendido judicialmente.

Diferencia entre una Cláusula Arbitral y un Compromiso Arbitral.

La **cláusula arbitral**. Es la que se celebra antes de que surja la Controversia y casi siempre, como parte del contrato. El **compromiso arbitral**. Es el que se celebra una vez que ya han surgido las diferencias entre las partes.

Recursos existentes. Existen únicamente tres recursos aplicables a los laudos: Nulidad, reconocimiento y ejecución.

Naturaleza y conceptos jurídicos del juicio de amparo

Qué es el juicio amparo. Derecho público subjetivo que tiene toda persona como gobernado de acudir ante los tribunales de la Federación cuando considere que una ley o acto de cualquier autoridad del Estado en las hipótesis que contempla el Art. 103 de la Constitución Federal, viola sus garantías individuales, con el objeto de que se le restituya en el goce y disfrute de las mismas.

Es una institución constitucional, y nuestro artículo 103 constitucional consagra limitativamente los casos en que se puede ejercitar, y que son dos, contenidos en tres

fracciones, a saber: a) Cuando se violen por las autoridades estatales las garantías individuales (fracción I) y b) Cuando en perjuicio de una persona se altere el régimen fedatario de distribución de competencias, produciéndose invasión de soberanías entre las autoridades federativas y locales (fracción II y III)⁴

La fracción I del artículo 103 constitucional (*idem.*, del artículo primero de la ley de amparo) dice: “Los tribunales de la Federación resolverían toda controversia que se suscite (o el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite) por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales.”

Pese a la consagración limitada de su procedencia constitucional, el juicio de amparo protege no sólo toda constitución, sino el orden normativo secundario en general, a través de la garantía de legalidad consagrado en los artículos 14 y 16 de nuestra ley suprema.

Siendo el elemento “autoridad” uno de los conceptos centrales y básicos de la procedencia del juicio de amparo, es evidente que éste no prospera *contra actos de particulares*, es decir, de sujetos físicos o morales que no sean autoridades, desde el punto de vista de la connotación jurídica que tiene esta idea.

La improcedencia del juicio constitucional contra actos no autoritarios ha sido establecida en la jurisprudencia de la Suprema Corte, en el sentido de que “No pueden ser objeto de juicio de garantías, los actos de particulares, ya que éste se ha instituido para combatir los de las autoridades, que se estimen violatorios de la Constitución”. (Apéndice al Tomo CXVIII, Tesis 36, que corresponde a la tesis 13 publicada en la Compilación de 1917-1965, Materia General. *Idem.*, tesis 13 del Apéndice 1975.)

Además, nuestro máximo Tribunal ha reputado improcedente el juicio del amparo contra las resoluciones de los árbitros, equiparando éstos a funcionarios públicos cuya actividad queda predeterminada por los particulares al concertar el compromiso respectivo y circunscrita a la decisión del conflicto especial planteado.

Por tanto, el laudo arbitral, en sí mismo considerado, no es un acto de autoridad propiamente dicho, según el criterio sustentado por la Corte, mientras el Juez que corresponda no le otorgue el *exequatur*, o sea, mientras no se ejecute judicialmente.⁵

La Ley de Amparo en el Artículo 1º lo define de la siguiente manera:

⁴ BURGOA, Ignacio: *El Juicio de Amparo*. Ed. Porrúa, México, 1992, p. 185.

⁵ Barra Mexicana, Colegio de Abogados: www.emagister.com.mx/barra_mexicana_colegio_abogados_c-centrodetalles-24669.htm Consulta: 30-IX-2003

El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y

III Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente ley.

Es un juicio constitucional y autónomo, que se inicia por la acción que ejercita cualquier persona ante los tribunales de la Federación contra toda ley o acto de autoridad (acto reclamado), en las hipótesis previstas en el artículo 103 constitucional y que se considere violatorio de las garantías individuales, su objeto es la declaración de inconstitucionalidad de dicho acto o ley invalidándose o nulificándose en relación con el agravio y restituyéndolo en el pleno goce de sus garantías individuales.

Elementos del amparo: a. Es un juicio constitucional. b. Se lleva ante tribunales federales. c. Es autónomo, es único en su procedimiento, con reglas específicas. d. Promovido por el agraviado. e. Se promueve contra una ley o actos de autoridad (acto reclamado). f. Presentado y tramitado ante el poder judicial federal. g. El objeto de la promoción será el de invalidar, modificar o revocar la ley acto de autoridad que le afecte y se le restituye al quejoso en la garantía individual que le ha sido violada.⁶

Analogía y principales diferencias entre los procedimientos comunes y el procedimiento arbitral.

Procedimiento común o litigio: No-consensual. No se elige su utilización. Juez/ Abogado. Siempre un Juez en 1a instancia. El Juez en pocas ocasiones tiene cono-

⁶ CHAVEZ Castillo, Raúl: *Juicio de Amparo*, Ed. Harla, México, 1994, p. 12.

cimientos y experiencia técnica. No se pagan honorarios al Juez. Las reglas de la prueba se aplican. El procedimiento es estricto. Audiencias son Públicas. Se puede apelar. Más largo y relativamente costoso. Obligatorio y cumplimentado la mayoría de las ocasiones por ejecución.

Procedimiento arbitral o arbitraje. Consensual. Se elige su utilización. Árbitro no necesariamente es abogado. Uno o tres árbitros. El árbitro puede tener experiencia y conocimientos técnicos. Pagas honorarios al árbitro. Las partes establecen las reglas de la prueba. Procedimiento más flexible. Audiencias en Privado. Nulidad en pocos casos. Obligatorio casi en todo el mundo y cumplimentado la mayoría de las ocasiones voluntariamente.

El procedimiento arbitral en la CONDUSEF. Del procedimiento de arbitraje, en amigable composición y en estricto derecho de la CONDUSEF. En el convenio que fundamente el juicio arbitral en amigable composición, las partes facultarán a la Comisión Nacional a resolver en conciencia, a verdad sabida y buena fe guardada, la controversia planteada, y se fijaran de manera específica, de común acuerdo y previa opinión de la comisión nacional, las situaciones y puntos motivo de controversia, estableciéndose las etapas, formalidades o términos a que se sujetará el arbitraje.

En el convenio que fundamente el juicio arbitral en estricto derecho, las partes facultarán a la Comisión Nacional a resolver la controversia planteada con estricto apego a las disposiciones legales aplicables, y determinaran las etapas, formalidades y términos a que se sujetará el arbitraje, con arreglo a lo que dispone la misma Ley.

Conclusiones

Denotado pues, los antecedentes tanto del Arbitraje como del Juicio de Amparo, así como su devenir histórico hasta la fecha, al igual que el marco regulatorio de cada una de estas Incitaciones Jurídicas y su naturaleza, estoy en condiciones de concluir que:

Primero. El arbitraje es una Institución Jurídica consensual; es decir es elegida por las partes para solucionar un problema futuro o presente:

Segundo. El Juicio de garantías es un medio de extraordinario de defensa consagrado por nuestra Carta Magna, por violaciones a los derechos humanos reconocidos y las garantías Individuales del gobernado entre otros supuestos que la propia constitución política de los Estados Unidos Mexicanos contempla.

Tercero. Como la propia Ley de Amparo en su artículo 1 último párrafo, establece que el Juicio de Amparo protege a las personas frente a normas generales,

actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares solo cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por nuestra Norma Máxima, así como por los tratados internacionales de los que México es parte; entonces es claro, que si la naturaleza del Árbitro como ya se dejó plasmado en el capítulo 2 de este artículo, es meramente particular y no es un órgano jurisdiccional ni autoridad administrativa, nos encontramos en el supuesto de que es un particular que no encuadra en el supuesto primero del artículo 1 de la Ley de Amparo, con la salvedad antes citada, lo que denota en la improcedencia de este Juicio de Garantías que prevé la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

Cuarto. De igual forma se ha dejado plasmado en las Tesis Jurisprudenciales que nuestro más alto Tribunal de Justicia de la Nación ha emitido donde considera la improcedencia del Juicio de Garantías contra las resoluciones emitidas por un Árbitro, por considerarlo una institución particular y no una autoridad para efectos de Amparo, entonces improcedente resulta que la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros en su artículo 78, permita la interposición del Juicio de Amparo contra las resoluciones que pongan fin a los incidentes de ejecución, corrobora lo anterior la siguiente Tesis bajo el rubro:

Laudo arbitral. Su homologación por autoridad judicial ordinaria y el análisis de ésta en el amparo, no permite el estudio de su sentido en cuanto al fondo. Tesis XV 1º 50 C, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO, XVI, Agosto 2002, Pág. 1317.

Quinto. Demostrado el hecho de que el Árbitro no puede ser considerado como Autoridad, dado que es la persona a la cual las partes sometieron de manera voluntaria sus controversias, y que atendiendo la naturaleza propia del arbitraje que ya han quedado debidamente señaladas, no queda más que establecer que ante la improcedencia de dicho Juicio de Amparo contra las resoluciones emitidas por el Árbitro en los ámbitos de su jurisdicción de que habla la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, lo que el suscrito propone es la reforma a dicha ley para los efectos de que atendiendo los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las Tesis que ha emitido, dicho medio extraordinario de defensa sólo opere en ejecución del laudo ante Órgano Jurisdiccional.

Derecho alimentario en México. Análisis y propuestas

Agustín Fco. de la A. Gallardo Rincón¹
Silvia Patricia López González²

RESUMEN: México padece de pobreza e inseguridad alimentaria, que amenaza su desarrollo social sustentable, requiere imponer excepciones al neoliberalismo, adoptado por nuestro gobierno en base a la globalización y al libre comercio, re-direccionando los apoyos económicos que actualmente otorga al campo, en una estrategia que sea realmente efectiva, que nos lleve a la autosuficiencia alimentaria y con ello se cumpla la obligación constitucional que tiene el gobierno federal con los mexicanos de escasos recursos, como acreedores del derecho alimentario como son millones de pobres, que han sido el saldo oprobioso de nuestra transformación al adoptar una política económica neoliberal a partir de los años ochenta.

PALABRAS CLAVE: Neoliberalismo, *commodities*, pobreza, producción agrícola, inseguridad alimentaria.

ABSTRACT: Mexico suffers from poverty and food insecurity that threatens their sustainable social development, it requires impose exceptions to neoliberalism, adopted by our government on the basis of globalization and free trade, redirecting financial support to the agropecuary sector, on a truly effective strategy, that leads to food self-sufficiency and therefore the fulfillment of the constitutional obligation of the federal government with the poorest of Mexicans, as creditors of the nourishment laws, as millions of poor people who have been the opprobrious balance our transformation by the adoption of a neoliberal economic policy on the eighties.

KEY WORDS: Neo-liberalism, commodities, poverty, agricultural production, food security.

¹ Maestro en Derecho

² Doctora en Derecho. Directora de Tesis y asesora en el presente ensayo.

SUMARIO: Introducción ■ El grave problema de la inseguridad alimentaria ■ Subvenciones y subsidios a productos del campo ■ Consideraciones finales.

Introducción

El presente artículo es parte de una investigación que será tesis doctoral sobre la viabilidad de un Mercado de *Commodities* Agropecuarios en México y la propuesta de una reforma legislativa específica federal y que tienda a lograr una seguridad alimentaria permanente en nuestro país.

El Derecho Humano a la alimentación en nuestro país está consagrado en el artículo 4º de nuestra carta magna, que en lo conducente expresa lo siguiente: “... toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará”. Por otra parte existe un término que engloba nuestro sentir, se trata del “derecho alimentario de seguridad social”, que podríamos definir como el conjunto de normas constitucionales y reglamentarias que tienen como finalidad mejorar la salud nutricional de los habitantes de México, logrando aprovechar los recursos agropecuarios de manera equilibrada, equitativa para un desarrollo social sustentable, el fortalecimiento de la producción agropecuaria, de alimentos básicos de contenido nutricional, abasteciendo el comercio interno de estos productos a precios accesibles, defendiendo los intereses nacionales frente a la dependencia de proveedores internacionales; al mismo tiempo salvaguardando los derechos fundamentales de los mexicanos con respaldo en los artículos 25, 26, 27, 28, 73 y 123 que garantizan la intervención del estado mexicano como rector de nuestra economía, que señalan:³

Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional, para garantizar que esta 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 esta Constitución...

Artículo 26. El Estado organizara un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y democratización política, social y cultural de la nación.

³ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Vigente.

Artículo 27. Se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para la actividad productiva. ... La ley, con respeto a la voluntad de los ejidatarios y comuneros para adoptar las condiciones que más les convengan en el aprovechamiento de sus recursos productivos, regulará el ejercicio de los derechos de los comuneros sobre la tierra y de cada ejidatario sobre su parcela. Asimismo establecerá los procedimientos para los cuales, ejidatarios y comuneros podrán asociarse entre sí, con el Estado o con terceros y otorgar el uso de sus tierras...

Artículo 28. Las leyes fijaran bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses...

Artículo 73. El Congreso Federal tendrá la facultad de:...XXIX.- Expedir leyes en materia de seguridad nacional, estableciendo los requisitos y límites a las investigaciones correspondientes.

Artículo 123. Las autoridades del orden federal, estatal, del distrito federal y municipal, a fin de propiciar el fortalecimiento del sistema de seguridad social,...de las familias y sus dependientes, instrumentaran sistemas complementarios de seguridad social.

Sin embargo actualmente se vive una inseguridad alimentaria que está generada por la insuficiente producción agrícola de México para satisfacer las necesidades nutricionales de la población en todos sus niveles y por la pobreza de millones de mexicanos, que los imposibilita para comprar y consumir una dieta básica de proteína, vitamina y calorías diarias que haga viable su existencia en su vida familiar y de trabajo, con salud física y mental.

Ha venido generando un alto riesgo para el desarrollo sustentable del país, por los efectos devastadores en la población, como es la incapacidad física para el trabajo de los mexicanos adultos, la enfermedad, y las limitaciones que esto provoca para el desarrollo físico y mental de los niños y jóvenes en edad escolar, las madres embarazadas o en proceso de lactancia y en los ancianos cuya falta de una alimentación adecuada, acelera los procesos de envejecimiento y muerte.

En el devenir de la historia de México, hemos estado en condiciones mucho mejores que ahora en el aspecto alimentario, ya que éramos autosuficientes por lo general en producción de algunos alimentos básicos como caña de azúcar, maíz, frijol, chile, jitomate, frutas, verduras, hortalizas y productos del mar, desde los sistemas de producción controlada en la época de la colonia, en la que prevaleció una economía consuntiva (Se producía lo que se requería para el consumo básico), dejando la importación desde España para productos suntuosos o de lujo, aun en la vida independiente la riqueza de nuestras tierras, la variedad de climas propicios, los apoyos gubernamentales y las grandes extensiones de tierra cultivable en pocas manos de terratenientes en la época del “Porfiriato”, producían excedentes para la exportación, la mano de obra del campesino en las haciendas de México, generaba la suficiente producción agropecuaria para la alimentación básica de todos los mexicanos, dicho en otras palabras, la población mexicana era pobre pero comía, tenía el sustento básico alimenticio para subsistir hasta edades avanzadas.

Después de la Revolución de 1910 con el reparto agrario a partir del gobierno de Álvaro Obregón y después en forma masiva a partir de la Reforma Agraria en 1938 con el gobierno de Lázaro Cárdenas, el ejido y la pequeña propiedad atendían la demanda de alimentos satisfactoriamente, con los apoyos gubernamentales y teníamos pobreza en el campo, pero había alimentos básicos.

De acuerdo a los datos de Camberos Castro quien señala lo siguiente:

En el periodo de 1950-1990 hay varios momentos que señalan cambios importantes en la producción de granos básicos en México: 1950 marco el principio de la Revolución Verde (Hewitt, 1978 y Reynolds, 1970) en el que se triplico la producción; en 1967 se llegó al estado estacionario de la Revolución Verde, posteriormente se presentó la crisis agrícola (Esteva, 1980); en un tercer momento, en 1980, se reactiva el campo con el Sistema Alimentario Mexicano (SAM) (Oficinas de asesores de la Presidencia, 1980). Finalmente México ingreso al Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) (Aspe 1993: 137), por lo que empezó una nueva era de relaciones comerciales de México con el exterior y una nueva forma de concebir la soberanía alimentaria. Estos momentos reflejaron cambios en la producción de granos básicos.⁴

⁴ CAMBEROS Castro, Mario: Artículo, “La seguridad alimentaria de México en el año 2030”, Ed. Revista *Ciencia Ergo Sum*, Universidad Autónoma del Estado de México, Número Especial 3, Dic. 1999, p. 17.

Los problemas de insuficiencia en la producción agrícola que han generado la inseguridad alimentaria de México, han surgido en la época reciente que es un proceso que se inicia hace 30 años del México urbano, debido entre otras causas al excesivo repartimiento de la tierra de 1930 a 1975 llamado el parvifundio; al aumento de la población; a la emigración intensiva del campo a las ciudades y de ser un país agrícola hasta los años 50s nos fuimos transformando en un país de producción industrial que marca la época del crecimiento de las ciudades en el país y la emigración acelerada del campesino a las zonas urbanas, para incorporarse al trabajo de las fábricas y los beneficios del desarrollo, la politización del ejido y su incapacidad para tecnificarse y la incapacidad del gobierno mexicano para organizar la producción del campo, aun apoyando al ejidatario con créditos gubernamentales y en los procesos técnicos de la producción y de la comercialización hasta llegar al mercado del consumidor final, el ejidatario ha sido presa de intermediarios, especuladores que recibían y lo hacen todavía, la mayor utilidad, pagando precios de oportunidad a los ejidatarios o medieros o pequeños productores con propiedad privada, hasta que el Gobierno Federal se posicionó como controlador de los principales alimentos, fijando precios de garantía de la canasta básica a través de Diconsa y Conasupo como fueron: Leche en polvo, maíz, trigo, frijoles, arroz, garbanzo, soya, cebada y otros granos que pueden ser almacenados, en silos en tiempos suficientes para no considéralos perecederos, como se hacían en las “alhóndigas” de la época colonial que garantizaban el abasto a precios accesibles a la población de escasos recursos.

El neoliberalismo adoptado en el gobierno de Carlos Salinas en (1986-92) con la firma del Tratado de Libre Comercio y la reforma al artículo 27 constitucional, que permitieron la apertura del mercado nacional a las importaciones y exportaciones con los principales socios comerciales y luego con el mundo por medio de 22 Tratados de Libre Comercio celebrados por México con diversos países.

Así mismo se inició desde la reforma constitucional un proceso de transformación de la propiedad ejidal en propiedad privada, haciendo a los ejidatarios dueños de sus tierras; la venta de las Sociedades Nacionales de Crédito (SNC), antes banca privada expropiada, adquirida por la banca internacional y el capital extranjero que hasta la fecha no apoya con créditos a los ejidos; la desaparición de Diconsa, Tiendas Conasupo, Banjidal, Fertimex y otros apoyos directos, como los precios de garantía en la compra de productos del campo que tenía el productor agrícola; la sensible disminución de recursos “Fira” como fondo de redescuento del Gobierno Federal para el apoyo de la producción agropecuaria, en la crianza de ganado, la compra de semilla y sistemas de riego, almacenamiento, transporte, tractores con accesorios para la siembra como

apeos de labranza y cosecha para los pequeños propietarios, aunado al parvifundio que con la reforma constitucional tiene la posibilidad de dar en garantía sus pequeñas parcelas ejidales, transformadas en propiedad privada, pero que no ha sido tomada en cuenta para determinar la viabilidad de los créditos por los bancos comerciales, ahora en poder de extranjeros y la falta de capacidad de organizar al ejido y al pequeño propietario en cooperativas de producción y de consumo, el campo se ha desarticulado en una inercia lenta pero constante de desmantelamiento acelerada por la falta de mano de obra de campesinos que han emigrado dejando las tierras abandonadas. Con excepción de los pocos exportadores de productos agrícolas localizados como asociaciones de productores (Propietarios, no ejidatarios), especializados en pocos cultivos en la parte sur, media y norte del país, como es el café, azúcar, ajo, brócoli, hortalizas, mango, aguacate, copra etc.; ha generado la crisis de la producción agrícola.

La situación actual es de insuficiencia de la oferta para atender la demanda del mercado creciente de productos agropecuarios y la necesidad del gobierno mexicano de importar alimentos y carne (res, puerco y pollo) que utiliza más bien para el control de precios en el mercado nacional, abriendo las fronteras a los grandes productores internacionales, entre ellos a las empresas transnacionales a precios del mercado internacional, fijados por el “Mercado de *commodities* agropecuarios de Chicago EUA” y de esfuerzos infructuosos del gobierno federal para hacer producir al campo en base a “regalar” dinero a los propietarios de tierras según el número de hectáreas y pequeños productores con Programas como “Procampo” que no incentivan la producción.

No existen precios de garantía para el productor (Ni nacionales ni regionales) y si en cambio existen riesgos como el de perder cosechas por malas condiciones del clima y escasa o muy abundante lluvia generada por el cambio climático y sobre todo precios impredecibles y muy variables de sus productos en los mercados nacionales (El mercado de cada ciudad tiene sus propios precios), lo cual desincentiva la producción, ya que además en cualquier momento y sin previo aviso, puede llegar al mercado productos importados que desploman los precios de productos nacionales, (a pesar del supuesto control de importación con medidas no arancelarias como pudieran ser las fitosanitarias) a lo anterior se suma la incapacidad técnica y económica de transformar los productos primarios en semiprocesados para hacerlos no perecederos con la opción de buscar mejores precios de compra, por lo que están dominados por la inmediatez de su venta.

Es un hecho que el estado mexicano por efectos del neoliberalismo económico se ha hecho débil e intencionalmente incapaz para resolver el problema de la insuficiencia alimentaria de México, a pesar de las disposiciones constitucionales que

lo obligan a ser rector de nuestra economía en beneficio de los mexicanos, lo que representa la pérdida de la autosuficiencia alimentaria que lo hace dependiente de los proveedores internacionales de alimentos básicos y con ello se transforma en un ataque a la soberanía del estado mexicano, que se encuentra a merced de las decisiones de venta de los proveedores que pudieran condicionar sus suministros de alimentos a determinadas decisiones del mismo, muy diversas a los alimentos, en las que el gobierno se verá forzado a acceder a lo que le pidan para obtener alimentos, cuya falta desestabilizaría al gobierno que entraría en una crisis de ingobernabilidad, a ello le llamo la “Pérdida de soberanía alimentaria” y pérdida de soberanía en general.

La interdependencia internacional impuesta por el neoliberalismo debe de tener límites y éstos son la independencia económica y política de los países, sostenida por la autosuficiencia en áreas estratégicas de la economía que le permita a un gobierno no débil, sino más bien fuerte, que vigile y atienda los intereses de los pobres producidos por el sistema económico neoliberal y modere al gran capital y a la extrema pobreza, lo que no está sucediendo eficazmente en México, por ello el tema de la insuficiencia alimentaria se ha convertido en un problema de “seguridad nacional” sin que ello esté previsto como tal, en la “Ley de Seguridad Nacional”.

Las principales Leyes que integran el derecho alimentario mexicano, son:

1. La Ley General de Salud. Regula la actividad de la Secretaría de Salud, para supervisar la elaboración y expendio de alimentos y bebidas determinando los productos a los que puede atribuirse propiedades nutritivas o los que pueden ser riesgosos para la salud.

2. Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Se refiere a los recursos naturales como patrimonio común de la sociedad y de su equilibrio depende la vida y las posibilidades productivas del país. La erradicación de la pobreza es necesaria para el desarrollo sustentable. El control y la prevención de la contaminación ambiental, el adecuado aprovechamiento de los elementos naturales y el mejoramiento del entorno natural en los asentamientos humanos, son elementos fundamentales para elevar la calidad de vida de la población.

3. La Ley Federal de Protección al Consumidor. Establece los principios básicos en las relaciones de consumo como es la protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos.

4. Ley de Variedades Vegetales. Da facultades a la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Rural para fijar las bases y procedimientos para la protección de los derechos de los obtenedores de variedades vegetales.

5. Ley de Sanidad Vegetal. Faculta a la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Rural para fijar las bases del diagnóstico, la prevención, control y erradicación de las enfermedades y plagas de animales y vegetales.

6. Ley Federal de Metrología y Normalización. Establece la obligatoriedad de la medición en transacciones comerciales e indica el contenido neto en los productos envasados promoviendo a través de la Secretaría de Economía la productividad y la calidad de los bienes y servicios entre otros los provenientes del campo mexicano.

7. La Ley del Instituto Nacional de Nutrición. El objeto de dicha Institución el de coadyuvar al funcionamiento y consolidación del sistema nacional de salud en el área de las disciplinas biomédicas vinculadas con problemas nacionales de salud y las relacionadas con la nutrición humana.

8. La Ley de Desarrollo Rural. Que señala normas económicas para el campo y traza estrategias administrativas estableciendo políticas adecuadas de precios.

9. Plan Nacional de Desarrollo. Acorde con los planes estatales de desarrollo, en los que se lleva a cabo la planeación económica anual regional y nacional, en base a la disponibilidad de recursos presupuestarios.

El plan y las leyes con sus contenidos antes mencionados, tienen sus correspondientes reglamentos que las hacen operativas

En una perspectiva del ámbito internacional el Derecho Alimentario Internacional, lo podríamos definir como un derecho individual y colectivo que lo ejercen los ciudadanos del planeta tierra y lo deben cumplir los gobiernos de cada país, propiciando las condiciones de abasto de alimentos básicos naturales, que produce la agricultura que a su vez es la base de productos agroindustriales que deben ser accesibles a la gran mayoría de la población de escasos recursos económicos, siendo ello de tal importancia a nivel de cada país que alcanza como ya se dijo el rango de un asunto de seguridad nacional. La normatividad internacional de este Derecho está contenida, en las siguientes Organismos, Conferencias, Reuniones Cumbre de países, y Declaraciones Internacionales, como son:

1. La Carta de las Naciones Unidas. Que reafirma los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad de la persona humana con igualdad de género, cuyos miembros se han declarado resueltos a promover el progreso social y elevar el nivel de vida, dentro de un concepto más amplio de libertad, proclama en su artículo 25 “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure así mismo y a su familia, la salud el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

2. La décimo tercera Conferencia Mundial de Alimentación de la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación). En 1974 proclamó que “todos los hombres, mujeres y niños tienen el derecho inalienable a no padecer hambre, mal nutrición a fin de poder desarrollarse plenamente y conservar sus facultades físicas y mentales” dicha conferencia se fijó como objetivo el de erradicar el hambre, la inseguridad alimentaria y la mal nutrición en el plazo de un decenio -objetivo no alcanzado- sin embargo los países miembros destinaron respaldos financieros con plazos largos e intereses bajos para el apoyo del campo por parte de la banca oficial de dichos países que otorgaron créditos a los productores del campo que acabaron como en México por ser condonados.

3. La Cumbre Mundial de la Alimentación de 1996. Se avocó como respuesta a la persistencia de la desnutrición generalizada y la creciente preocupación por la incapacidad de la agricultura para cubrir las necesidades de alimentos que se tradujo en aumentos de precios de los productos que integran la canasta básica entre otros maíz, trigo, frijol, arroz, soya y garbanzo que escasearon por periodos prolongados por lo que se crearon compromisos para apoyar la producción con recursos públicos de cada país y se tomaron acuerdos de apoyos recíprocos entre los países integrantes de dicha cumbre mundial, llegando a las conclusiones siguientes:

Asegurar que las políticas de comercio alimentario y agrícola contribuyan a fomentar la seguridad alimentaria para todos a través de un sistema de comercio mundial orientado al abasto de los mercados, incentivando la producción con beneficios fiscales y con ello atender las necesidades transitorias y urgentes de alimentos que vivían en esa época crítica de manera que fomentara la recuperación, la rehabilitación, el desarrollo y la capacidad para satisfacer las necesidades futuras.

Promover la asignación de inversiones públicas y privadas en los sistemas alimentarios, agrícolas, pesqueros, forestales sostenibles y el desarrollo rural. Ésta fue otra forma de apoyar la producción agrícola de los países tanto desarrollados como en vías de desarrollo que participaron en la cumbre, tendientes todos sus acuerdos a garantizar el abasto y autosuficiencia alimentaria de los países participantes, logrando precios accesibles a sus poblaciones, y cumpliendo con la obligación alimentaria a cargo de sus respectivos gobiernos.

4. La Declaración de Roma sobre Seguridad Alimentaria. En su texto expresa:

“...nosotros jefes de estado y de gobierno o nosotros representantes de nuestros países, reunidos reafirmamos en derecho de toda persona a tener acceso a alimentos sanos y nutritivos, en consonancia con el derecho a una alimentación

apropiada y con el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre. Prometemos consagrar nuestra voluntad política y nuestra dedicación común y racional a conseguir la seguridad alimentaria para todos y a realizar un esfuerzo constante para erradicar el hambre de todos los países, con el objeto inmediato de reducir el número de personas desnutridas a la mitad de su nivel actual, no más tarde del año 2015.

...consideramos intolerable que más de 800 millones de personas en el mundo y en particular en los países en vías de desarrollo, no dispongan de alimentos suficientes para satisfacer sus necesidades nutricionales básicas. Esta situación es inaceptable, los factores que obstaculizan el acceso a ellos y la continua insuficiencia de los ingresos familiares y nacionales para adquirirlos así como la inestabilidad de la oferta y la demanda, las catástrofes nacionales provocadas por el calentamiento global del planeta, y los factores humanos de la especulación, han impedido satisfacer las necesidades alimentarias básicas. Los problemas del hambre y la inseguridad alimentaria tienen dimensiones mundiales, es probable que persistan e incluso se agraven dramáticamente en algunas regiones del planeta si no se adoptan con urgencias acciones decididas y concertadas que sean solidarias a nivel mundial, en situación agravada por el incremento de la población y la tensión a la que están sometidos los recursos naturales”.⁵

El grave problema de la inseguridad alimentaria

Debido a que el hambre puede ser un fenómeno colectivo provocado por la escasez de alimentos, la incapacidad de adquirirlos por sus altos precios o por su inexistencia los que siendo inaccesibles a la mayoría pueden generar un problema social multiplicador de otros problemas como son:

Delincuencia, robo, saqueo, vandalismo, inseguridad pública, lesiones y crimen organizado generados por la hambruna, como se ha visto en países como Haití después de un terremoto o como el alza en el precio de los productos básicos, como en la época de alta inflación en Chile en el gobierno de Salvador Allende, las turbas incontrolables se apoderan de las calles y saquean comercios para obtener alimentos y dar de comer a sus familiares hambrientos, situación descontrolada que de persistir genera otros problemas, como enfermedades epidémicas que tienen que ser atendidas de urgencia por los gobiernos como problema de salud pública.

⁵ PACHECO Martínez, J. Marisela: *Derecho Alimentario Mexicano*, 2ª Ed. Porrúa, 2013, p.114.

Todo ello desestabiliza a cualquier gobierno porque rebasa su capacidad de solución inmediata y permanente, por ello los gobiernos son derrocados generando anarquía e ingobernabilidad colapsando el “Estado de Derecho” y entrando a un “Estado fallido”, por ello el simple incremento de los precios de la canasta básica además de crear un malestar extremo en la población la violenta y enardece en contra de sus gobernantes al grado de tomar presidencias municipales, como fue el caso del “Movimiento Zapatista” chiapaneco y las turbas son capaces de linchar públicamente a los que consideran los causantes de la carestía de alimentos y toman los alimentos de donde se encuentren generando destrucción, violencia y violación al Estado de Derecho, por todo ello es de considerarse que la hambruna es un problema de “Seguridad Nacional” identificada ya desde los tiempos de la Roma clásica cuando afirmaban sus emperadores que la forma de controlar a un pueblo era darles: “pan y circo”.

Como lo cita Camberos Castro, la inseguridad alimentaria, la ha definido la ONU (Organización de Naciones Unidas) por medio de la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación), como el fenómeno social que se da cuando las personas en una comunidad no tienen acceso físico, social y económico a suficientes alimentos nutritivos para satisfacer en forma permanente sus necesidades de hambre, a fin de llevar una vida activa y sana. Siendo este fenómeno lo más común en los países con crisis prolongadas tipificadas por la FAO con las siguientes características:

a). Duración de la crisis promedio de treinta años, como los casos de Sudán, Afganistán, Somalia y el Sudan, que están en crisis alimentaria desde la década de 1980; b). El conflicto interno que puede ser armado de opositores al gobierno o no necesariamente, ya que pueden ser producto de fenómenos naturales catastróficos como el terremoto de Haití en 2004; c). La gobernanza o administración pública deficientes. Esto puede ser simplemente la falta de capacidad para hacer frente al problema de abasto, pero también puede ser el reflejo de voluntad política de los gobernantes en gobiernos dictatoriales o plutocráticos; d). Sistemas ineficaces y pobreza en la mayoría de la población; así como e). El fracaso de las Instituciones democráticas y de asistencia social.⁶

Si se analizan los datos históricos de las políticas alimentarias del gobierno mexicano en diferentes épocas como políticas públicas a través de la época moderna

⁶ CAMBEROS Castro, Mario: “Los países en crisis prolongada, qué son y por qué merecen atención especial”, Ed. Revista: *Ciencia Ergo Sum*, Universidad Autónoma del Estado de México, 2007.

y contemporánea, se han aplicado por éste para incentivar la producción agrícola. Observamos como hecho notable que han sido consistentes, porque siempre ha existido desde la reforma agraria los programas y las estrategias con aplicación de recursos federales para lograr la autosuficiencia alimentaria del país, aunado al cierre de fronteras para productos agrícolas que pudieran ser competitivos en el mercado nacional, protegiendo así a nuestros productores y los precios de garantía quedaban fijados por el gobierno federal a través de empresas paraestatales como Conasupo y Diconsa, todo ello fue antes de las reformas del artículo 27 constitucional (en el gobierno de Carlos Salinas de Gortari), que marcó el inicio de una tendencia constante para extinguir al ejido y acabar con la reforma agraria en México.

Lo anterior acompañado por la adopción de un sistema económico neoliberal de libre mercado aplicado al campo mexicano, en la que sólo tiene viabilidad la producción agrícola tecnificada con sistemas de riego, semilla mejorada, fertilizantes (cuyos ingredientes como la urea son de importación y por consiguiente de alto costo) y apoyo a la comercialización de cosechas para el mercado nacional e internacional, que acabó con el parvifundio improductivo, y que si bien estas políticas públicas no eran muy exitosas, mantenían cierta eficacia en la producción de granos frutas y verduras que constituyen la canasta básica de la dieta del mexicano, lográndose en ese tiempo en forma sostenida producir lo necesario para satisfacer la demanda nacional de maíz, trigo, frijol, jitomate, frutas, cebolla, chile, arroz y aguacate, sin tener que importarlos y en volúmenes suficientes para abastecer a la industria transformadora de perecederos a no perecederos (con valor agregado o semi-industrializados), que en esa presentación se encuentran en la mesa de todos los mexicanos.

En 1973 tuvimos un programa denominado: “De Inversiones Públicas para el Desarrollo Rural”. En 1980 se aplicó el “Sistema Alimentario Mexicano”. En 1997 nació el “Programa de Educación Salud y Alimentación”. En 1998 se creó el “Programa Progresá” que fue lo más exitoso en su tiempo porque contaba con 30 millones de mexicanos con abasto social vía Liconsa, con 4.2 millones de niños con leche subsidiada, 1.3 millones de familias que equivalen a más de 7 millones de personas que recibían subsidio a la tortilla, con una derrama importante de indirectos a más de 15 millones de mexicanos, con presupuesto anual de 10 mil millones de pesos aplicados a través de Distribuidora e Impulsora Comercial Conasupo SA de CV (Diconsa), que aplicaba el beneficio a través de 23 mil tiendas de abasto de productos básicos a más de 30.7 millones de personas.

A partir del año 2000 operó el programa de “Cobertura de Precios de Productos Agropecuarios” como órgano desconcentrado de la Secretaría de Agricultura y

Ganadería Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, que manejaba un presupuesto federal del orden de 78 millones de pesos anuales para promover la utilización de instrumentos financieros del mercado de futuros creado con el objeto de dar certidumbre al ingreso de los productores agrícolas, por movimientos adversos en los precios de venta de sus productos, así como difundir una cultura financiera y bursátil en el campo, que permitiera una comercialización más eficiente y proporcionar mayor certidumbre sobre las variaciones de precios en los mercados internacionales, al celebrar contratos de futuros siendo elegibles para participar por convocatoria los productores nacionales de maíz, trigo, sorgo, soya, cártamo, algodón y arroz con participación individual o en cooperativas o asociados en cadenas productivas.

Ahora sólo tenemos apoyos en programas especiales y temporales direccionados a determinados productos del campo con recursos limitados del gobierno federal y un programa general denominado “Procampo” que reparte pequeñas cantidades de dinero a los que acrediten ser propietarios de terrenos agrícolas agrupados en una lista nacional que no incentivan la producción ni tampoco son suficientes para invertir en infraestructura como sistemas de riego, sólo es un paliativo para las necesidades que pudieran tener los pequeños propietarios y ejidatarios que tienen en su mayoría improductivas sus tierras lo cual no significa la solución en ninguna medida de los problemas de producción del campo.

En la época de neoliberalismo que vivimos hemos tenido éxito en las exportaciones y específicamente en las de productos agrícolas como son las hortalizas producidas en las zonas del río Yaqui en el estado de Sonora, en alguna producción selectiva del bajo que proviene de agricultura tecnificada, así como los productores de mango, limón y aguacate del estado de Michoacán, el café chiapaneco y algunos otros productos del campo que en forma selectiva se cosechan en zonas privilegiadas de producción de invernadero o con sistemas de riego, la mayor parte de ellos productores privados o asociados con ejidos resaltando el fracaso de la producción agrícola ejidal, con algunas excepciones como pudiera ser la producción de manzana en el estado de Chihuahua y las sociedades exitosas entre ejidatarios y particulares en la producción de papa en el estado de Coahuila y parte de Nuevo León, los naranjeros de Montemorelos Nuevo León, la producción de trigo en Tamaulipas y la del Estado de Colima y buena parte de la producción de Tecomán Colima que es calidad de exportación, sin embargo este éxito relativo en la exportación de productos agrícolas mexicanos ha sido no significativa para atender el mercado nacional en forma suficiente, ni para abastecer la demanda y estabilizar los precios de dichos productos en México (ya que toda esa producción es de exportación), en cambio nos damos cuenta

que nuestro campo está abandonado y los ejidatarios han migrado a las ciudades o como trabajadores del campo del vecino país del norte, por lo que de no lograrse políticas alimentarias eficientes, acordes a las necesidades de abasto del país, seguirá afectada la producción de alimentos básicos y con ello seguirán siendo insuficientes los ingresos *per cápita* en las zonas rurales del país, ya que el deterioro sensible de los ingresos de los campesinos sigue provocando una gran cantidad de pobres en el medio rural, que están siendo sostenidos económicamente por las remesas en dólares que envían sus familiares que trabajan más allá de la frontera, dejando al libre juego de la oferta y la demanda los precios de los productos básicos y la alimentación de los mexicanos en manos de empresas transnacionales extranjeras con los precios que fija el mercado de commodities de Chicago EUA, que nos venden lo que consumimos en nuestras mesas comercializados por cadenas comerciales como *Walmart* y que en su mayor parte son productos transgénicos.

Analizando los efectos del neoliberalismo y la globalización en el campo mexicano podemos afirmar que es un fenómeno económico mundial que nació como una estrategia de dominación de los países desarrollados sobre el resto del mundo, liderados por el poder hegemónico de los Estados Unidos de América y se implantó en sus principios y reglas con el “Consenso de Washington” divulgado por Mr. Freeman, en su tiempo (1985) Secretario del Tesoro de los Estados Unidos de América e impuesto por el condicionamiento que se hace al otorgamiento de los “créditos para el desarrollo” del Banco Mundial y apoyo a los países con los Derechos Especiales de Giro del Fondo Monetario Internacional.

El neoliberalismo proclamó la desregulación económica política y social como dogma, subordinó al Estado Nacional a los intereses del mercado, desmanteló las instituciones y desincorporó las empresas del estado que eran estratégicas en las economías cerradas, que garantizaban la rectoría del estado en la economía bajo el principio de que debe prevalecer el libre juego de la oferta y la demanda internacional, abriendo los mercados a las empresas transnacionales a través del libre comercio y la comercialización de todo tipo de productos, incluyendo las materias primas y productos del campo entre bloques internacionales organizados mediante tratados de libre comercio, uniones o asociaciones de países que se otorgan concesiones recíprocas de apoyos comerciales preferenciales que se conocían como “La cláusula de Nación más favorecida” en la terminología de los Tratados Internacionales bilaterales o multilaterales.

México adoptó la economía neoliberal, se sumó a la globalización y pasó de ser un país cerrado y proteccionista de su mercado y de sus productores a ser un país

totalmente abierto hacia el mundo con 22 tratados de libre comercio, suscritos con diversos países y la Unión Europea y participando en el mercado más grande del mundo como socio comercial de los Estados Unidos de América y Canadá (con desventaja evidente por la diferencia en el tamaño de sus economías y el escaso desarrollo tecnológico para la producción industrial y agrícola), pero con un mercado potencial para la compra de productos extranjeros de 120 millones de consumidores.

Como lo cita Ramírez Cuevas, el estado mexicano se subordinó al “Consenso de Washington” bajo cinco principios básicos: Liberalización, privatización, desregulación, políticas monetarias restrictivas y políticas fiscales recaudatorias con control de la inflación:⁷

a) Liberalización: Se obligó a liberalizar el mercado y las inversiones, bajo el supuesto de incentivar el crecimiento y la distribución de la riqueza; se entregó el manejo de la economía a los agentes del mercado; la mano de obra barata se convirtió en la principal “ventaja competitiva” del país; el gobierno castigó a la población permitiendo bajos salarios y pésimas condiciones laborales; se prometió el abaratamiento de bienes y servicios, pero ha permitido tarifas y precios que se encuentran como los más elevados del mundo; se prometió el aumento de los niveles de consumo y bienestar y por lo contrario aumentaron los pobres, se debilitó el mercado interno se redujo el consumo, decreció la clase media y creció el número de multimillonarios mexicanos reconocidos actualmente como 25 en la revista Forbes.

b) Privatización: Se privatizó (venta a particulares) casi todas las empresas y bienes públicos, bajo el concepto de ser más eficientes y menos corruptos, que tienen utilidades y pagan impuestos, se adelgazó y debilitó al gobierno con solo la promesa de desregulación administrativa y adelgazamiento de la nómina del gobierno federal, el resultado ha sido un gobierno débil que no interviene en los mercados (sólo los regula mediante normas), mayor concentración de riqueza en unos cuantos recursos abundantes del gobierno por riqueza petrolera, recaudación al consumo, deuda interna creciente y servicios del estado caros y deficientes.

Balanza comercial favorable y remesas en dólares de los paisanos que trabajan al norte del Río Bravo, lo cual permite tener índices macroeconómicos estables pero millones de mexicanos en la pobreza, lo cual ha motivado el crecimiento de la caridad pública destinando presupuesto a programas de desarrollo social por medio de la SEDESOL (Secretaría de Desarrollo Social).

⁷ RAMÍREZ Cuevas, Jesús (Coord.): *Nuevo Proyecto de Nación, por el renacimiento de México*, presentación Andrés Manuel López Obrador, Ed. Grijalbo, 2011, p. 62.

c) Desregulación: El principio del Liberalismo Clásico que vuelve a imponerse es “Dejar hacer, dejar pasar” “La libre oferta y demanda se ajusta sola” “La mano invisible del mercado resuelve todos los problemas económicos” “El mejor gobierno es el que no se ve ni se mete en los mercados”, la tarea del estado mexicano debe ser aplicar un Estado de Derecho, garantizar la propiedad privada y dar seguridad a los negocios de mexicanos y extranjeros así como crear las condiciones de igualdad entre la inversión mexicana y la extranjera, garantizar la seguridad pública y practicar el libre comercio en las fronteras.

d) Políticas Monetarias restrictivas: Se redujo el circulante para controlar la inflación y con ello se limitó el crédito mediante tasas que no puede pagar el mercado, se redujo el crédito subsidiado por el gobierno federal en fondos de redescuento con intereses blandos y largos plazos, con ello se ha contraído la economía y se ha generado desempleo. Los bienes y servicios han estado dominados por la especulación en una guerra de precios y se ha permitido a la inversión extranjera en casi todos los rubros con ganancias extraordinarias que salen de México sin restricción alguna de reinversión de sus utilidades para generar empleo adicional en nuevos negocios, con salarios remuneradores, se han permitido costos de poder y monopolios disfrazados, a cambio de ello han crecido algunas empresas mexicanas en el extranjero en sociedad con empresas líderes internacionales.

e) Políticas fiscales recaudatorias con control de la inflación: La reciente reforma fiscal y financiera, marca la pauta para cumplir con este compromiso internacional del gobierno mexicano, que cada año perfecciona los controles de recaudación, que era uno de los más ineficaces en el mundo, por el nivel de excepciones que establecen las leyes fiscales y por las bajas o nulas utilidades gravables de las empresas mexicanas, sobrevivientes de las crisis pasadas que ejercían la capitalización de pérdidas, ahora la recaudación está controlada por la facturación electrónica, declaraciones y pago de impuestos bajo el sistema SAT, con transferencia bancaria de los impuestos y vigilancia automatizada con avisos, auditorías y requerimientos electrónicos. El control de la inflación se ha logrado no en el porcentaje que se publica oficialmente, pero sí en una medida importante que permite la planeación económica en el ciclo de producción y venta con precios relativamente estables y tipo de cambio fluctuante, con movimientos de altas y bajas moderados, lo que denota hasta ahora disciplina en el gasto público en relación al presupuesto, que evita sobresaltos y crisis que eran recurrentes en el pasado.

En el caso del campo mexicano, no hay inversión extranjera, ni siembra ni cosechas tecnificadas en volumen significativo a pesar de las ventajas comparativas que

representa el clima y los sistemas de riego de agua rodada que proviene de ríos y presas o explotación de pozos, reservorios, lagos y lagunas controlados por la CNA (Comisión Nacional del Agua) y sólo contamos con el 28% de tierra cultivable con algún sistema de riego y el resto son de temporal, que ha sido alterado por el calentamiento global.

La reforma agraria aplicada desde 1938 ha fraccionado la tierra en parcelas improductivas, bajo el control de ejidos que no cuentan con los recursos suficientes para tecnificar su agricultura, ni están organizados para producir, por ello se considera un fracaso productivo el parvifundio, siendo las grandes extensiones de propiedad privada las que producen pasto para ganado y agricultura de calidad de exportación, cuando se invierte en la tecnología adecuada, según el tipo de producto y cosecha, por lo que podemos decir: Que el fracaso del ejido es el fracaso de la producción agrícola de México. El maíz que se siembra en México es en su mayor parte de temporal, al igual que la caña de azúcar, siempre con un rendimiento bajo por hectárea y ahora con una especie de maíz amarillo altamente demanda para producir energéticos que exitosamente produce Brasil.

Como lo explica Enríquez Rosas:

El fenómeno de la globalización económica que vivimos, puede impulsar el crecimiento económico, pero también puede tener efectos perjudiciales al aumentar el tamaño y la apertura de los mercados, aumenta también la competencia entre las empresas y entre los países, al hacer que compitan economías que no tienen el mismo nivel de desarrollo, la globalización si no se controla puede aumentar la brecha entre países ricos y países pobres y marginar aún más a los países más débiles, abre oportunidades de expansión en el exterior en un mundo con barreras comerciales decrecientes y facilidades de comunicación, esta rivalidad internacional ha traído la caída de precios y con ello beneficios al consumidor, genera exceso de capacidad productiva en muchos sectores y estrecha los márgenes de utilidad, ya que la competencia se da con calidad, volumen y precio, pero ha traído también la caída de la inversión productiva y del empleo.⁸

Las empresas transnacionales no producen alimentos en México, ni producen empleos agrícolas, salvo algunas excepciones de cultivos especializados, sin transgénicos ni insecticidas que siembra EMWAY en Colima, de productos 100% orgáni-

⁸ ENRÍQUEZ Rosas, José David: *Derecho Internacional Económico*, Ed. Porrúa 2006, p. 87.

cos y empresas como MONSANTO, CARLGIL, PAIONER productores e importadores de semilla para su venta en el país y se debe en gran parte al problema de la tenencia y propiedad de la tierra, que está altamente conflictuada en nuestro país, por su excesivo repartimiento en forma demagógica que se hizo en la Reforma Agraria desde 1938 a 1988.

Al grado que aun siendo ejidos con agua y tierras fértiles, los ejidatarios no las trabajan y lo rentan a medieros que están dispuestos a invertir en pequeñas parcelas; ya que el problema no sólo es sembrar, cuidar y lograr la cosecha, sino su comercialización y transporte almacenamiento y cuidado del producto hasta su venta a precios justos y rentables, ya que este rubro está en manos de intermediarios especuladores que abusan de la ignorancia de los ejidatarios en cuanto a los mercados nacionales e internacionales de sus productos. En el fondo las limitaciones siguen siendo la ignorancia y la falta de recursos de nuestros ejidatarios.

Subvenciones y subsidios a productos del campo

El gobierno mexicano después de la adopción de la economía neoliberal, y la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), ha continuado otorgando subsidios y subvenciones a productos agrícolas que importa a un precio de mercado internacional y vende en México el mismo producto a un menor precio, (en contravención a la normatividad de la Organización Mundial del Comercio, OMC), subvencionando a determinadas industrias como lo es el maíz y la tortilla, el trigo y el pan, la fructosa e industria alimenticia, la leche en polvo, etc., beneficiando así a las industrias de productos básicos y energéticos como el gas, diésel y gasolina, electricidad en zonas de climas extremos, con lo que se ven favorecidas panaderías, pastelerías, galleteras, industria del dulce y chocolate, lecheras, gaseras, gasolineras, etc. Con la condición de que los productores mantengan sin aumento los alimentos procesados en el mercado nacional, con márgenes de utilidad mínimos hasta llegar al último consumidor, destinando cientos de miles de millones de pesos anuales presupuestados para ello.

La mayoría de los gobiernos a nivel mundial bajo sistemas de economía neoliberal, conceden beneficios directos o indirectos que permiten a sus productores: a). Ahorro en costos de producción; b). Reducción de costos de adquisición totales y marginales; c). Aumento de la utilidad marginal de los productores. Pues en ausencia de dicho apoyo gubernamental, no tendrían utilidades en condiciones normales de mercado. Estos beneficios no necesariamente son generales, sino que pueden darse

por los gobiernos incluso solamente a una o algunas empresas o a una o varias ramas de la producción nacional y se le conoce como el cumplimiento del “Principio de especificidad compensatoria”. Las razones pueden ser diversas, en algunos casos los gobiernos buscan proteger su industria y el empleo y en otros casos compensar una ventaja competitiva desleal que permita hacer frente a competidoras en el mercado internacional, en otros casos simplemente el gobierno pretende resolver problemas sociales o económicos internos, en el caso de subsidios y subvenciones a productos del campo, pueden ser con el fin de evitar el desabasto y controlar el precio que puede dispararse; luego entonces las reglas del neoliberalismo no son estrictas en su cumplimiento, ni aún en los países avanzados.

La OMC considera que ese proceder de los gobiernos constituye una práctica desleal de comercio internacional que está prohibida y sancionada salvo todavía la excepción a los apoyos a la producción agropecuaria, considerada estratégica para cualquier país, al punto que si a consecuencia de ello el producto elaborado con ingredientes subsidiados o industrias subvencionadas acusan daño por *dumping*, la OMC autoriza la imposición de cuotas compensatorias en el país de destino de los productos *dumping*, aplicado el marco jurídico Acuerdo sobre Agricultura (ASA).

Como lo explica Saldaña Pérez, en el “Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias” (ASMC) de la OMC en las Conferencias ministeriales de Doha y Cancún, los países en vías de desarrollo encabezados por Brasil y Argentina, rechazaron la propuesta de que a partir del primero de enero de 2004 se extendiera la vigencia de la “Cláusula de Paz” también llamada “Cláusula de impunidad”, pues sirve de blindaje a los productores agrícolas ineficientes de los países ricos, que reciben subsidios a la producción y exportación de productos agrícolas, causando perjuicio a los mercados de destino sin sanción alguna, por lo que en efecto esta cláusula, ha beneficiado más a los países ricos e industrializados por los montos de los apoyos, ya que los países en vías de desarrollo en este régimen de excepción los montos son mucho menores, por ello se limitó su uso por acuerdo de la OMC, en base al bloqueo de Brasil y Argentina, sin embargo en los últimos años en contravención a la prohibición de la OMC.⁹

Los Estados Unidos de América, la Unión Europea y Japón, destinaron a subvenciones anuales a sus productores agropecuarios, montos superiores a los treinta mil millones de dólares, de tal forma que se entiende que las reglas del neoliberalismo las aplican con criterios discrecionales a favor de los países poderosos.

⁹ SALDAÑA Pérez, Juan Manuel: *Comercio Internacional, Régimen jurídico económico*, Ed. Porrúa y Universidad Panamericana, 2010, p. 110.

El reto es cómo hacer efectivo el derecho alimentario en México, el gobierno mexicano tiene a su cargo el cumplimiento de la obligación constitucional alimentaria de los mexicanos, entendida esta obligación como el establecimiento de las condiciones favorables de acceso para la mayoría de los mexicanos de escasos recursos a una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, además se requiere que estas condiciones sean permanentes o sustentables, ya que la alimentación de los seres humanos exige la ingesta de alimentos en promedio de tres ocasiones diarias por siete días de la semana.

Existen cuarenta millones de mexicanos en pobreza según datos del INEGI publicados en el 2014 en su página web, con ingresos promedio que no alcanzan los tres salarios mínimos diarios, con los que pueden comprar una cuantas tortillas, frijoles con chile y un refresco con alto contenido calórico diario y carne una vez a la semana, algo de pan y leche con raciones escasas o nulas de fruta y verdura, con lo cual no se llega a la ingesta mínima de 2,150 calorías diarias *per cápita*, establecidas como norma por la FAO como requerimiento mínimo de energía diaria de una persona adulta, sabemos que la desnutrición infantil genera enfermedad y muerte súbita y en el mejor de los casos la incapacidad para crecer y aprovechar la escuela pública y en la edad adulta se torna incapacitante como generadora de enfermedades como la anemia y debilidad crónica.

El objetivo general es lograr la seguridad alimentaria haciendo producir al campo mexicano, que en su mayor parte es de temporal, que el campesino sea capacitado para la siembra con el trabajo tecnificado de la tierra, la dotación de semilla mejorada (resistente a las plagas y con mayor rendimiento por hectárea), para producir “almácigos” que serán replantados en tierras preparadas oportunamente y regados con poca pero permanente agua, abonados y cuidados con esmero, aplicando “desahijamiento” a la mala hierba y las dosis de plaguicidas necesarias y oportunas esperando que el clima sea favorable y al crecer las plantas estando listas para la cosecha, tener los equipos y contenedores apropiados, así como la mano capacitada, el almacenamiento a granel y después el encostalado o embalado en cajas (rejas de madera) para su transporte a los mercados a los precios de venta al mayoreo, según como se encuentre en determinada ciudad en base a la calidad del producto. Teniendo resultado el debate público con resoluciones administrativas y jurisdiccionales a favor de los productos transgénicos.

El trabajo del campesino es arduo en la siembra, los cuidados y la cosecha, pero además requiere transporte y almacenamiento, conocimiento de la comercialización en base a precios de diferentes mercados, todo ello en tiempos cortos que amenazan

en deterioro de la calidad de la cosecha como productos perecederos, si no quieren vender barato a los intermediarios al pie de la siembra. Por ello el campesino debe actuar organizado en grupos de trabajo bajo esquemas seguros para obtener resultados exitosos, con apoyos crediticios blandos, seguros de riesgos, compra de insumos por volumen a mejor precio, aprovechamiento de equipos de siembra y cosecha sin tiempos muertos, bodegas apropiadas y seguras y asesores de comercialización que tengan asegurada la venta al mejor precio posible o en su caso que ejerzan el autofinanciamiento con venta de futuros. El ejidatario no tiene el capital ni los conocimientos integrales del negocio de la producción agrícola en la venta nacional, mucho menos en los volúmenes y calidad para ser competitivo a nivel internacional, pero puede ser organizado aportando la mano de obra, por empresas operadoras del mercado de capital público y privado, que le garanticen sus utilidades como dueños de la tierra y trabajadores de la misma.

Lo ideal sería que esas organizaciones sean empresas reguladas por una ley del mercado de *commodities* agropecuarios, que sean las organizadoras de las cadenas productivas, utilizando la experiencia de la mano de obra de los ejidatarios que siendo los dueños de sus tierras, las conocen mejor que cualquiera y que sean las empresas operadoras las que supervisen los trabajos de los ejidatarios y pequeños propietarios y realicen las actividades complementarias hasta llegar a las utilidades, que son totalmente desconocidas por los ejidatarios y pequeños productores a nivel de comercialización en Bolsa del Mercado de Futuros, que los derechos preferentes de compra conferidos por ley para estas operadoras del mercado nacional de productos agropecuarios, puedan garantizar la suficiencia alimentaria del país y hacer rentable el trabajo de los agricultores, logrando al mismo tiempo que se dé valor agregado a las cosechas para convertir los productos perecederos en no perecederos y emitan papel comercial negociado por ellas mismas en los mercados nacional o internacional de *commodities* agropecuarios con capacidad exportadora.

Para ello el ejidatario y pequeño propietario, aportará el uso y aprovechamiento irrevocable de la tierra por tiempo indefinido y se obligará a trabajar mediante un salario fijo y reparto de utilidades, bajo la dirección y asesoría de estas empresas operadoras del mercado de *commodities* mexicano que aportaran con capital (del gobierno federal y/o privado) lo que sea necesario para realizar el ciclo exitosamente e incluso transformar las tierras de temporal en tierras de riego por goteo (hidropónia), con asistencia técnica e insumos mejorados, el gobierno federal canalizará los recursos presupuestados que actualmente utiliza en subsidios y subvenciones al financiamiento de la operación de estas nuevas empresas reguladas por la ley reforma-

da del Mercado de Derivados mexicana, utilizará los derechos de compra preferente para abastecer el mercado nacional (integrado con todos los mercados locales de cada ciudad), con precios accesibles para los mexicanos, cumpliendo su obligación constitucional con los pobres a través de la distribución controlada de productos del campo en tiendas de descuento para mexicanos de muy escasos recursos.

Las nuevas empresas operadoras del mercado agropecuario mexicano organizarían y capacitarían a los pequeños productores ejidales y pequeños propietarios, firmando con ellos “contratos de futuros” que garantizaría sus utilidades, protegidos tanto empresas como productores con seguros contra la pérdida de cosechas a precios de garantía para el productor, con la capacidad jurídica de emitir papel comercial negociable en MexDer (Mercado de Derivados), que se transformaría en la “Bolsa Agropecuaria Mexicana” las características de estas nuevas empresas, serían una combinación de cooperativas y sociedades de producción rural de responsabilidad limitada, con apoyo de capital mixto (proveniente del gobierno federal, gobiernos estatales presupuestados con anticipación), y capital privado representado por los productores de determinadas zonas agrícolas, así como los actuales intermediarios en la comercialización, que establecerían planes a corto y mediano plazo para tecnificar la agricultura y dar apoyo en siembra, cosecha, almacenamiento, procesamiento, transportación, insumos con semilla mejorada, fertilizantes, fungicidas, empaque, etiquetado, administración de recursos y venta de productos al mercado nacional y extranjero, utilizando la mano de obra del campesino y sus familias con sistemas de riego y semilla mejorada asegurando condiciones de salario remunerador con seguridad social.

De esta manera, el gobierno mexicano estaría imponiendo una excepción a la regla del neoliberalismo internacional, con su intervención en la producción y comercialización de productos básicos de la alimentación de las familias mexicanas, que estarían garantizadas en su acceso a precios bajos en general y aún más bajos para los 40 millones de mexicanos que se encuentran en extrema pobreza, a través de tiendas de descuento en todo el territorio nacional en las zonas más pobres del país, que operen bajo el mismo sistema, con un control estricto al efecto de que este beneficio llegue a quien lo necesita y no a los especuladores que negocian con la pobreza, como ha sido el caso de los “Tortibonos” y otros apoyos que a lo largo de nuestra historia se han pervertido, por corrupción. Las subvenciones que otorgue el gobierno mexicano, estarán dentro de lo permitido por la OMC, después de clasificar a México como un país en vías de desarrollo en el campo, recibiendo un trato especial y diferenciado, dentro del marco jurídico ASA, que permite medidas de ayuda interna en

porcentajes que no excedan el 5% del valor de su producción total agropecuaria, por periodos hasta nueve años o hasta obtener autosuficiencia y seguridad alimentaria sustentable, analizado como un problema de “seguridad nacional”.

Sin que ello repercuta negativamente con el riesgo de *dumping* para los agricultores mexicanos que actualmente exportan, ya que las subvenciones estarán localizadas o direccionadas a resolver la pobreza alimentaria de los mexicanos y al apoyo de los pequeños productores organizados en cadenas productivas.¹⁰

Consideraciones finales

El gobierno mexicano después de la adopción del sistema neoliberal de gobierno, no ha cumplido con su obligación constitucional que corresponde al derecho alimentario de los mexicanos.

Existe la forma de cumplir con ese derecho alimentario de los mexicanos, con una mayor y suficiente intervención del Estado mexicano mediante políticas públicas de fomento efectivo a la producción agropecuaria y la creación de empresas con capital mixto (Público y privado) que organicen a los ejidatarios y pequeños productores agropecuarios en cadenas productivas.

Toda la intervención del Estado mexicano debe ser, respetando las leyes del libre mercado, hasta donde se llegue a la Seguridad Alimentaria del país, tratado como un problema de seguridad nacional y soberanía alimentaria.

La intervención del Estado mexicano debe estar canalizada en apoyos logísticos y financieros hasta donde son permitidos por la OMC Organización Mundial del Comercio para evitar el problema del Dumping en productos de exportación, que lleven a cabo las empresas de capital mixto.

Las empresas de capital mixto deben ser reguladas por una reforma legislativa a la Ley del Mercado de Valores, específicamente en el área de *commodities* agropecuarios o mercado de derivados, que debe ser analizada y propuesta en un trabajo de investigación de tesis doctoral.

¹⁰ SALDAÑA Pérez, Juan Manuel: *Comercio Internacional, Régimen jurídico económico*: Ed. Porrúa y Universidad Panamericana, 2010, p 110.

¿Qué es la rendición de cuentas?

Israel García Iñiguez¹

José de Jesús Covarrubias Dueñas²

RESUMEN: En palabras de Andreas Schedler *la rendición de cuentas más que una técnica puntual para domesticar al poder; abarca de manera genérica tres maneras diferentes para prevenir y corregir abusos de poder: obliga al poder a abrirse a la inspección pública; lo fuerza a explicar y justificar sus actos, y lo sujeta a la amenaza de sanciones.* Sin embargo, debido a la corrupción e impunidad que se percibe en nuestro país, la rendición de cuentas debe recobrar su naturaleza de derecho de la sociedad para que podamos imponer sanciones a quienes hayan violado sus deberes públicos.

PALABRAS CLAVE: Rendición de cuentas, control, derechos humanos

ABSTRACT: In the words of Andreas Schedler, *Accountability, rather than denoting one specific technique of domesticating power, it embraces three different ways of preventing and redressing the abuse of political power. It implies subjecting power to the threat of sanctions; obliging it to be exercised in transparent ways; and forcing it to justify its acts.* However, a cause of the corruption and impunity perceived in our country, the accountability must rebirth as a human right so we can impose sanctions on power holders who have violated their public duties.

KEYWORDS: Accountability, control, human rights

SUMARIO: Introducción ■ Concepto de rendición de cuentas ■ Problemática en torno a la rendición de cuentas ■ La rendición de cuentas como derecho humano ■ Conclusiones y propuestas.

¹ Maestro en Derecho Constitucional y Amparo.

² Doctor en Derecho. Director de Tesis y asesor en el presente ensayo.

Introducción

El título de este artículo evoca nuestra intención de acercar al lector al concepto de rendición de cuentas, sin embargo, nuestro propósito no se concreta solamente a un acercamiento conceptual, sino intenta ser más profundo, develar la naturaleza jurídica de dicho término o, si se quiere, sus diversas facetas. De la misma forma, buscaremos realizar un breve análisis de la problemática que ha presentado esta difusa locución en nuestro país y, finalmente, proyectaremos, con base en una perspectiva de los derechos humanos, una conceptualización distinta de la rendición de cuentas.

En este orden de ideas, a simple vista pudiera ser que el tema no encuentra complejidad, pues la frase rendición de cuentas se ha utilizado en la vida diaria de los mexicanos tantas veces en la mayoría de los discursos políticos que ha llegado a posicionarse rápidamente como una de las frases de moda en la búsqueda de legitimidad ante la sociedad.

Por lo anterior, no escapa al ciudadano común una idea de lo que la expresión rendición de cuentas alude. Lo que tampoco significa que, la mayoría de nosotros, entendemos la locución sin lagunas o ambigüedades, pues, en nuestra opinión, su sentido inicial o principales componentes aun son un privilegio de la comunidad científica especialista en la materia.

De ahí que, nuestra primordial intención, más allá de intentar descubrir el hilo negro de la *accountability*, es exponer al lector, una visión de mayor amplitud acerca de la multiplicidad de ideas que integran a la rendición de cuentas.

En este sentido, hemos considerado pertinente dividir nuestro estudio en tres partes, la primera concebida como un segmento conceptual, donde expondremos diversas definiciones de rendición de cuentas, comentando cada una de ellas pero tomando especial atención en la perspectiva de dos autores, Luis Carlos Ugalde³ quien, a nuestra manera de ver, analiza puntualmente los principales elementos de nuestro objeto de estudio y Andreas Schedler, cuya obra *¿Qué es la rendición de cuentas?*,⁴ es una especie de faro ineludible para quien desee adentrarse en esta cuestión. Asimismo, estimamos conveniente incluir una breve reflexión respecto de la naturaleza jurídica de la rendición de cuentas, puesto que este tema nos brinda un enfoque distinto del fenómeno que envuelve a la rendición de cuentas.

³ UGALDE, Luis Carlos: *Rendición de cuentas y democracia: el caso de México*, Instituto Federal Electoral, México, 2002.

⁴ SCHEDLER, Andreas: *¿Qué es la rendición de cuentas?*, IFAI, México, 2008.

Con posterioridad, analizaremos, también de manera breve, la problemática que en nuestro sistema ha presentado la rendición de cuentas, desde una perspectiva que abarca no sólo los aspectos del lenguaje, sino también aquellos matices culturales que marcan el éxito o fracaso de las acciones gubernamentales en este sentido.

Y, finalmente, en un último apartado, ensayaremos una conceptualización de la rendición de cuentas desde un enfoque diferente, como un derecho fundamental en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

Cabe hacer mención, que este artículo no aspira presentar conclusiones definitivas en torno al problema que se percibe en la rendición de cuentas, sino que forma parte de una investigación mayor derivada del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Guadalajara y que, podríamos catalogar como una especie de proemio que introduzca al lector en los tópicos generales de nuestro estudio.

Concepto de rendición de cuentas

La idea de la rendición de cuentas no es una cuestión novedosa, de hecho, es posible rastrear alguna de sus formas en la mayoría de las civilizaciones de la historia, pues es un instrumento sumamente adecuado en la búsqueda de controlar al poder, a los gobernantes o a los funcionarios.

Como muestra, Aristóteles en *La Constitución de Atenas*, hacía ya alusión a como en la antigua Grecia existía una estructura de la propia administración dirigida a tomar cuentas a todos los que habían desempeñado un cargo público. Dicho autor nos refiere acerca de diez contadores quienes realizaban lo siguiente:

Estos son los únicos que tienen que tomar cuentas a los sometidos a darlas y que llevar las cuentas al tribunal. Y si uno es convicto de robo, los jueces estiman el robo y ha de pagar el décuplo de esta estimación, y si le denuncian por cohecho y los jueces le condenan, han de estimar la cuantía del don recibido y de pagarla diez veces; y si condenan por malversación, estiman ésta, y la pagará simple si paga antes de la novena pritanía, y si no, el doble.⁵

Si bien es cierto, Aristóteles nos deja un antecedente importante que nos permite observar como en las primeras sociedades se incluían mecanismos que intentaban ser

⁵ ARISTÓTELES: *La Constitución de Atenas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1948, p. 181.

un contrapeso a los abusos del poder. No es sino hasta la aparición del Estado moderno, sobre todo en aquellos sistemas que toman como base la teoría de la representación o del contrato social, en que la rendición de cuentas toma mayor protagonismo como un elemento esencial del propio sistema.

En este sentido, Andreas Schedler,⁶ en la obra antes aludida, inicia por plantearse dos interrogantes: *¿En qué radica la esencia de la política?* y *¿Cuál es la variable clave de la ciencia política?* Este autor responde ambas interrogantes de una manera categórica *es el poder*. Asimismo menciona que, justo después del poder viene, invariablemente, la necesidad de controlarlo.

De ahí el famoso párrafo de James Madison en *El Federalista* que versa:

Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernarán a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para los hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados; y luego a obligarlo a que se regule a sí mismo. El hecho de depender del pueblo es, sin duda alguna, el freno primordial indispensable sobre el gobierno; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad que se necesitan precauciones auxiliares.⁷

Esta reflexión ya denotaba la preocupación en la gestación de la primera democracia moderna por cómo controlar el poder, o parafraseando a Schedler, en cómo domesticarlo, prevenir sus abusos y supeditarlos a ciertos procedimientos y reglas de conducta. De tal forma que, al día de hoy, la rendición de cuentas se ha vuelto una exigencia generalizada en el mundo de la política democrática, estableciendo una máxima de la realidad política-social moderna en la que *democracia implica, ineludiblemente, rendir cuentas*.

En este tema Schedler considera que:

...la rendición de cuentas más que una técnica puntual para domesticar al poder, abarca de manera genérica tres maneras diferentes para prevenir y co-

⁶ SCHEDLER... *op cit.* p. 9.

⁷ HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John: *El Federalista*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 220-221.

*rregir abusos de poder: obliga al poder a abrirse a la inspección pública; lo fuerza a explicar y justificar sus actos, y lo supedita a la amenaza de sanciones. La rendición de cuentas involucra por tanto el derecho a recibir información y la obligación correspondiente de divulgar todos los datos necesarios. Pero también implica el derecho a recibir una explicación y el deber correspondiente de justificar el ejercicio de poder.*⁸

El párrafo anterior nos presenta algunas de las funciones de la rendición de cuentas, no obstante existe una problemática que deseamos analizar en nuestra investigación y se origina en la modernidad con el concepto clave en inglés *accountability* [rendición de cuentas], el cual, tal como sucede con otros conceptos políticos, es un término que no encuentra equivalente preciso en castellano o, al menos, una traducción “estable”. Situación que, en palabras de Schedler, merece atención especial pues al adoptar conceptos, usualmente, ocurren desviaciones semánticas.⁹

A pesar de la importancia de la problemática antes descrita, consideramos que es necesario, partir desde el concepto original, pues sólo de esta manera, estaremos en condiciones de comprender realmente lo que rendición de cuentas significa.

En este sentido, Luis Carlos Ugalde¹⁰ menciona que *accountability*, en su acepción original *the state of being accountable, liable, or answerable* significa “ser sujeto a la obligación de reportar, explicar o justificar algo”; ser responsable de algo (*liable*) ser sujeto y responsable para dar cuentas y responder a preguntas (*answerable*)¹¹

Ugalde fragmenta la *accountability* en los componentes: *accountable, liable* y *answerable*. Donde *accountable*¹² significa *subject to the obligation to report, explain, or justify something* [sujeto a la obligación de reportar, explicar o justificar algo] *liability* se refiere a *the state of being legally obliged and responsible* [el estado

⁸ SCHEDLER... *op. cit.*, pp. 13-14.

⁹ Schedler manifiesta que *en la ciencia política comparada, al igual que en la política internacional, hay una preocupación perenne por los cambios semánticos, por los accidentes, las pérdidas, las desviaciones semánticas, que ocurren cuando mandamos conceptos de viaje. Ya que al cambiar de contexto, de lenguaje, de cultura, usualmente cambia su significado. Idem.* p. 11.

¹⁰ UGALDE..., *op. cit.*, p. 11.

¹¹ *Idem.*

¹² Random House Unabridge Dictionary Inc. 2006 disponible en Dictionary.com website: consultado: 08-I-2008, en: <http://dictionary.reference.com/browse/accountable>

de ser legalmente obligado y responsable] y *answerability* debe ser entendida como *liable to be asked to give account*¹³ [obligado a ser llamado a rendir cuentas]

En consecuencia, conforme a sus elementos esenciales la rendición de cuentas debería ser entendida como **la obligación de reportar, explicar o justificar algo por lo que se es responsable.**

En contraparte a lo que sucede con el vocablo anglosajón, no resulta tan sencillo delimitar los componentes de la expresión rendición de cuentas en nuestra lengua, ya que por ejemplo, mientras que en la ciencia política significa *la obligación de todos los servidores públicos de dar cuentas, explicar y justificar sus actos al público, que es el último depositario de la soberanía en una democracia.*¹⁴

Para McLean, la rendición de cuentas es:

*...el requerimiento para que los representantes den cuenta y respondan frente a los representados sobre el uso de sus poderes y responsabilidades, actúen como respuesta a las críticas o requerimientos que les son señalados, y acepten responsabilidad en caso de errores, incompetencia o engaño.*¹⁵

Luis F. Aguilar señala que:

*... rendir cuentas significa responsabilidad no en el sentido moral, sino en el social-jurídico de ser responsable de algo ante alguien; implica el sentido de información sobre el cumplimiento o incumplimiento de una responsabilidad rendir cuentas es estar por obligación disponible a ser requerido a informar del cumplimiento de responsabilidades.*¹⁶

Luis Carlos Ugalde, la define como:

... la obligación permanente de los mandatarios o agentes para informar a sus mandantes o principales de los actos que llevan a cabo como resultado de una delegación de autoridad que se realiza mediante un contrato formal o informal

¹³ WORDNET® 3.0. PRINCETON UNIVERSITY disponible en Dictionary.com website: consultado 08-I-2008 en <http://dictionary.reference.com/browse/liability>

¹⁴ UGALDE... *op. cit.* p. 12.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem*, p. 13.

*que implica sanciones en caso de incumplimiento. Los mandantes o principales supervisan también a los mandatarios o agentes para garantizar que la información proporcionada sea fidedigna.*¹⁷

Manuel Solares Mendiola señala que:

*...se refiere a la obligación que tienen quienes ejercen el poder público de responsabilizarse de su labor, de someterse a evaluaciones de su desempeño y de dar a conocer los resultados de esa evaluación.*¹⁸

Jorge Manjarrez Rivera la determina como una relación donde:

*...una persona A está obligada a rendirle cuentas a otra B, si dos condiciones se cumplen: primera, el entendimiento de que A está obligado a actuar en una forma determinada en representación de B, y segunda, que B tiene el poder suficiente mediante instituciones, reglas o mecanismos formales para sancionar o compensar a A por el desempeño de sus obligaciones. Lo anterior sugiere que la rendición de cuentas es individual y no colectiva, esto es, nadie puede estar obligado a rendir cuentas por acciones hechas por otro miembro del grupo al cual se pertenece.*¹⁹

De lo expuesto se desprende que no existe una idea unívoca de lo que este concepto implica o al menos no en cuanto a su naturaleza jurídica. Mientras que para unos autores es una obligación, para otros puede ser una responsabilidad o una función. Incluso podría ser considerado solamente como un principio democrático, pero no hay una representación mental clara o inequívoca de todos los elementos que integran el término. Lo que debemos entender es que en nuestro sistema, la rendición de cuentas implica diversos frentes o, lo que es lo mismo, su naturaleza jurídica depende de la función que realice o la perspectiva de quien la analiza. Por tanto, puede ser una obligación (generalmente de un servidor o funcionario público), una función

¹⁷ *Idem*, p. 14.

¹⁸ SOLARES Mendiola, Manuel: *La Auditoría Superior de la Federación: antecedentes y perspectiva jurídica*, Ed. UNAM, México, 2004, p. 128.

¹⁹ MANJARREZ Rivera, Jorge: *La construcción democrática de la rendición de cuentas y la fiscalización en la administración pública de México: 1997-2001*, INAP, Veracruz, 2003, p. 43.

o actividad del ente gubernamental o, en la teoría democrática, un principio o mecanismos por medio del cual se controla al poder.

En nuestra opinión, además de todo lo anterior la rendición de cuentas tiene una acepción original de un derecho de la sociedad, pero no, derivado de la interpretación o en la forma de que toda obligación para una persona presupone un derecho para alguna otra. Sino como un derecho fundamental que debe ser plenamente reconocido y garantizado por el Estado.

Lo que tampoco es una idea novedosa, recordemos que el artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, establecía: “La sociedad tiene el derecho a pedir cuentas a todo agente público por su administración.”

Es de llamar la atención, que más allá de la creciente adaptabilidad del término y de su notoria naturaleza de principio democrático, no exista, al día de hoy, ningún país que haya reconocido en su Constitución o Carta Fundamental a la rendición de cuentas como un derecho humano.

Por el contrario, los esquemas estatales se han dedicado a construir entramados institucionales u otro tipo de mecanismos diseñados específicamente para auxiliar a los servidores públicos a cumplir con su “obligación” de informar y justificar sus acciones y decisiones públicas y quizá en el mejor de los casos, a que éstos respondan por los mismos. Pero nunca contemplando a la rendición de cuentas como un derecho fundamental, sino como una especie de dádiva del Estado, en el que la ciudadanía no tiene injerencia. Sobre esto, ahondaremos en el apartado tercero de este ensayo.

Problemática en torno a la rendición de cuentas

En lo que toca a este tema, desde nuestra óptica advertimos la problemática de la rendición de cuentas en tres tópicos principales, el discurso, la práctica y el entorno social y cultural.

En otras palabras, consideramos que existe un problema en la forma en que se supone debe funcionar la rendición de cuentas y la realidad que se percibe en nuestro país; entendiendo a la rendición de cuentas como un instrumento que combate la corrupción y la ilegalidad se creyó que con las reformas a la Constitución de finales del siglo pasado que dieron origen a la Ley de Fiscalización Superior de la Federación y, posteriormente, a la creación de la Auditoría Superior de la Federación, se podría percibir una disminución en estos dos aspectos (corrupción e impunidad), sin embar-

go, los índices dedicados a analizar estos fenómenos nos dan evidencias de que, por el contrario, se han incrementado, situación que analizaremos más adelante.

Ahora bien, retomando uno de los puntos del anterior apartado tal como se pudo concluir de las definiciones presentadas, existe un problema de discurso en la rendición de cuentas, o sea, a nivel de un dispositivo que defina dominios de acción. Esta situación, evidentemente, repercute en una complicación en la práctica, al cual se refiere Andreas Schedler en lo siguiente:

En México, en lo particular, coincidimos en que, después de décadas de gobierno irresponsables, el establecimiento de instituciones y prácticas efectivas de rendición de cuentas representa una de las primeras aspiraciones de la joven democracia. Existe entonces, un consenso notable acerca de la relevancia democrática de la rendición de cuentas. Sin embargo, vale la pena preguntarnos: ¿Sabemos qué significa? ¿Nos quedan claras sus fronteras semánticas y comprendemos su estructura interna? Sin que resulte sorprendente, mi respuesta de entrada, es negativa.²⁰

En nuestro punto de vista, gran parte de la problemática en el discurso, se origina por una inadecuada adopción del vocablo anglosajón *accountability*, bien menciona Schedler que *la rendición de cuentas circula en la discusión pública como un concepto poco explorado, con un significado evasivo, límites borrosos y una estructura interna confusa.*²¹ Sin embargo, éste es un aspecto que por cuestiones de espacio no podremos ahondar en demasía en este artículo y será tratado finalmente en nuestra tesis doctoral.

Así pues, en lo que corresponde a la problemática de la rendición de cuentas en la práctica, esto es, en la aplicación cotidiana del fenómeno, ésta se manifiesta, entre otras, en la discrepancia entre los objetivos planteados en las políticas públicas de los Planes de Desarrollo y su profunda confusión semántica.²²

²⁰ SCHEDLER..., *op. cit.* pp. 9-10.

²¹ *Idem.*

²² Para nosotros esta situación tiene estrecha relación con los problemas del discurso mencionados en los párrafos anteriores puesto que, si no nos queda claro que es la rendición de cuentas, cómo podemos diseñar un andamiaje adecuado para su realización. De esta manera, uno de los primeros objetivos debería ser diseñar un esquema adecuado para una mejor comprensión de la rendición de cuentas, así como para su correcto desarrollo e implementación.

Como prueba, el Plan Nacional de Desarrollo²³ (PND) propuesto por Felipe Calderón, incluyó un eje rector denominado **Democracia efectiva y política exterior responsable**, el cual contenía un apartado (5.5) referente a la “Transparencia y rendición de cuentas”. Dicho PND establecía:

La rendición de cuentas y la transparencia son dos componentes esenciales en los que se fundamenta un gobierno democrático. **Por medio de la rendición de cuentas, el gobierno explica a la sociedad sus acciones y acepta consecuentemente la responsabilidad de las mismas.** La transparencia abre la información al escrutinio público para que aquellos interesados puedan revisarla, analizarla y, en su caso, utilizarla como mecanismo para sancionar. **El gobierno democrático debe rendir cuentas para reportar o explicar sus acciones y debe transparentarse para mostrar su funcionamiento y someterse a la evaluación de los ciudadanos.**

En esta perspectiva, **el acceso a la información contribuye a reforzar los mecanismos de rendición de cuentas e incide directamente en una mayor calidad de la democracia.** La obligación de transparentar y otorgar acceso público a la información abre canales de comunicación entre las instituciones del Estado y la sociedad, al permitir a la ciudadanía participar en los asuntos públicos y realizar una revisión del ejercicio gubernamental.²⁴

De lo anterior, obviando la constante confusión entre transparencia y rendición de cuentas, resalta que en dicho Plan, de la totalidad de las Estrategias planteadas sólo una estaba dirigida a la rendición de cuentas:

ESTRATEGIA 5.8 Fomentar una cultura cívica de transparencia y rendición de cuentas.

Es imperativo que la transparencia y la exigencia de la rendición de cuentas se vuelvan parte fundamental de la cultura cívico-política, es decir, que forme parte esencial de las actitudes y comportamientos permanentes de empresarios, sociedad civil, partidos políticos, organizaciones sindicales, servidores públicos y ciudadanos en general.

²³ Plan Nacional de Desarrollo, visitado en la página de la Presidencia de la República, 23-XI-12, en: <http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/democracia-efectiva-y-politica-externo-responsable/transparencia-y-rendicion-de-cuentas.html>

²⁴ El énfasis es nuestro.

La cultura de la transparencia debe permear en el ámbito educativo para impulsar la formación de una conciencia crítica y ética en los niños y jóvenes. Ejercer los derechos ciudadanos y exigir la rendición de cuentas a los gobernantes, debe convertirse en un imperativo.

Más allá de esto, el hecho de que en todas las administraciones a partir de Ernesto Zedillo se haya incluido alguna política pública dirigida a promover, garantizar y a establecer los mecanismos e instrumentos de la rendición de cuentas es muestra inequívoca de la trascendencia que este principio tiene en nuestro sistema democrático pero, ante este hecho vale la pena preguntarse ¿Qué ha cambiado con dichas políticas públicas? ¿Cuáles son los resultados de su aplicación?

Es incuestionable que nuestro país atraviesa por una época sumamente complicada. En los ámbitos nacional e internacional, México aún se percibe con alta propensión a incurrir en conductas de corrupción en la esfera del servicio público.

El desarrollo social, la corrupción, opacidad e ilegalidad, son temas que se encuentran íntimamente relacionados con la rendición de cuentas y cuya medición nos puede permitir contextualizar el *estado de las cosas*.

Como muestra, en el Índice Nacional de Corrupción y Buen Gobierno (INCBG)²⁵ presentado por Transparencia Mexicana, los resultados arrojan que **las “mordidas” (actos de corrupción) costaron a los hogares mexicanos 165 pesos en promedio. Esto es, en promedio los hogares mexicanos destinaron 14% de su ingreso a este rubro. El monto anual de pagos en “mordidas” ascendió a más de 32 mil millones de pesos. En el periodo de estudio se registraron 200 millones de actos de corrupción**, tres millones más actos de corrupción que en 2007. Los servicios o trámites con mayor índice de corrupción fueron *evitar ser infraccionado o detenido por un agente de tránsito (68.0), estacionar su automóvil en la vía pública en lugares controlados por personas que se apropian de ellos (61.0) y evitar que un agente de tránsito se lleve su automóvil al corralón/sacar su automóvil del corralón (59.7)*

En este mismo orden, en octubre de 2011, la Corporación Latinobarómetro²⁶ publicó el resultado de las encuestas realizadas en 18 países de la región de América Latina relativa a la percepción que tiene la población de los actos de corrupción. Las

²⁵ Auditoría Superior de la Federación: *Perfil de México: a través de indicadores clave*, ASF, México, 2012. Descargado 30-X 2012 de: http://www.asf.gob.mx/uploads/61_Publicaciones_tecnicas/Indicadores_2012.pdf

²⁶ *Idem*.

encuestas aplicadas arrojan que **en México el 16% de la población está de acuerdo con pagar un soborno para obtener un beneficio**. De acuerdo con el estudio los mayores porcentajes de **personas que consideran que saltarse los procedimientos para realizar algún trámite es malo para la democracia** fueron: Argentina (76%), Uruguay (69%) y Venezuela (67%). Por el contrario, en **México solo el 34%** de los entrevistados le dieron la misma importancia.

Dicho *informe concluye que el combate a la corrupción es un tema cultural*, debido a que algunos países están más consientes del perjuicio de la misma, mientras que otros no lo consideran importante.

Ante estas evidencias, resulta obvio que los esfuerzos gubernamentales por combatir la corrupción, la opacidad y la impunidad no están dando los resultados deseados pues estos fenómenos son determinantes para la rendición de cuentas. De ahí la relevancia social de nuestro estudio.

A nuestra manera de ver, si la *politeia* [Constitución]²⁷ de un pueblo debe reflejar los aspectos esenciales que mejor lo representen como sus costumbres, tradiciones, valores, creencias y otras por el estilo, un estudio nomológico²⁸ de este tópico, arrojaría que la rendición de cuentas está cumpliendo de una manera extremadamente eficiente sus fines, pues al pueblo mexicano no le gusta rendir cuentas, es más, le molesta que le cuestionen y le pidan cuentas, no inculcamos en nuestros niños este hábito y si, por el contrario, muchas veces promovemos la cultura de la ilegalidad y de la corrupción abiertamente.

En este contexto ¿Cómo podemos exigir algo que no damos? ¿Debemos aceptar que la corrupción es parte de nuestra idiosincrasia?

Cuántas veces no hacemos trampa en nuestra vida, hacemos cosas que sabemos van en contra de la legalidad, de lo “usualmente correcto”, hacemos trampa en el examen, mentimos, tiramos basura donde nos place, nos colamos en las filas, nos pasamos la luz roja, vamos a exceso de velocidad, manejamos bajo la influencia de sustancias embriagantes, damos “mordidas”, evadimos impuestos, hacemos lo posible por no trabajar, en fin, ¿quién en este país hace lo que debería hacer?

En esta realidad social a la que nos referimos, si la rendición de cuentas es un tema de cultura, entonces, todas las políticas públicas que decida poner en marcha el gobierno en esta materia están destinadas a fracasar, porque simplemente no está en

²⁷ COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús: *El paradigma de la Constitución*, Ed. Porrúa, México, 2010.

²⁸ Una especie de estudio normativo sociológico realizado en una sociedad y tiempo determinado.

nuestra cultura el adoptarlas. De ahí entonces, hasta que no incluyamos a la rendición de cuentas como un principio rector en nuestra forma de vivir, de conducirnos y de pensar, ésta seguirá relegada a una simple simulación.

La rendición de cuentas como derecho humano

Como se vio en el primer apartado vislumbrar a la rendición de cuentas como un derecho de la sociedad no es una novedad, puesto que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano la contemplaba desde su aprobación en 1789, entonces... ¿por qué no ha permeado en los sistemas jurídicos contemporáneos con esta naturaleza? Se debe, a nuestra manera de ver, a varias razones de las Ciales, por el momento sólo abordaremos la siguiente.

Siguiendo a Gregorio Peces-Barba la aparición del Estado se configura en dos modelos:

- a) El continental, que supone la destrucción de las bases de la organización política medieval, con un breve periodo de transición, el Estado estamental, para construir el Estado absoluto.*
- b) El inglés, que supone la transformación, sin rupturas totales, de la organización jurídico-política medieval en el Estado moderno y en el que, consiguientemente, se produce una mayor permanencia de los elementos estamentales.²⁹*

Lo que resulta trascendente en nuestro estudio pues, según el mismo autor:

...estos dos modelos dan lugar a dos tipos de derechos fundamentales, los vinculados al modelo continental, más racionalistas, más ahistóricos, fundados en la ideología de los derechos naturales del iusnaturalismo racionalista y de la ilustración; y los del modelo inglés más pragmáticos, más historicistas, más conectados con las transformaciones concretas del Poder político y con su limitación.³⁰

Peces-Barba también explica que el primer modelo (francés) es individualista, los derechos son de los hombres y de los ciudadanos, en tanto que el segundo (inglés)

²⁹ PECES-BARBA Martínez, Gregorio: *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid 2004, p. 77.

³⁰ *Idem.*

se compone más de normas de organización que pretenden limitar la prerrogativa regia y que, como consecuencia, se suponen los derechos.

Es importante acotar que existe un tercer modelo, el norteamericano que se sitúa en una posición intermedia entre los otros dos anteriores que parte *de una idea del Derecho y de los derechos con influencia en el iusnaturalismo racional impregnado de valores religiosos en una mezcla de pragmatismo y racionalismo, en contraposición al modelo francés que se construye desde un racionalismo laico.*³¹ Al final, ambos parten de la misma filosofía moral, de un tronco común de pensamiento (Pufendorf, Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, entre otros)

Así pues, creemos conveniente destacar que es el origen de ambos modelos lo que provoca su mayor diferencia, pues en tanto uno, es el producto de una revolución, de una *ruptura*, como lo menciona Peces-Barba, el otro nace con la intención de un nuevo Estado independiente. Como principal fuente del modelo francés destaca la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 que más que una declaración de derechos es significativa al moderno constitucionalismo por incorporar los principios del gobierno de la ley, la igualdad formal, la soberanía popular y la separación de poderes.

El modelo francés propone con dicha Declaración la vinculación de los derechos con la Constitución, suponiendo la positivación para su plenitud, en palabras de Peces-Barba:

*i) Establece una nueva legitimidad, y en eso se diferencia de los modelos inglés y americano, la que expresa la fundamentación del naciente Estado liberal. Responde a las preguntas, ¿quién manda? Sustituyendo al monarca por la soberanía nacional, ¿cómo se manda? Estableciendo el imperio de la Ley, a la ley como garantía de la libertad (arts. 5 y 6); y ¿qué se manda? Señalando unos contenidos materiales que son los derechos que el ser humano de aquel tiempo consideraba fundamentales [...]*³²

La trascendencia en nuestro tema radica precisamente en las características de estos dos modelos, del papel que funge la rendición de cuentas en uno y otro sistema político. Por un lado, el modelo americano incluye a la rendición de cuentas en la parte orgánica de su Constitución pues, debemos recordar, la parte correspondiente a

³¹ *Idem.* p. 99.

³² *Idem.* p. 101.

los derechos humanos fue anexada con posterioridad en las primeras enmiendas, de esta manera en la Sección Novena se menciona:

7. Ninguna cantidad podrá extraerse del tesoro si no es como consecuencia de asignaciones autorizadas por la ley, y de tiempo en tiempo deberá publicarse un estado y cuenta ordenados de los ingresos y gastos del tesoro.

Se expresa la obligación del Gobierno de reportar un estado de las cuentas de la tesorería. En un claro mecanismo de rendición de cuentas. De manera contraria a la Declaración francesa, el modelo americano no concibe a la rendición de cuentas como un derecho de la sociedad, sino como una actividad gubernamental propiamente.

Resulta evidente que la mayoría de los sistemas modernos, incluido el de nuestro país, tomaron como base el sistema norteamericano, en donde la ciudadanía no tenía el mismo peso que en Francia. Pues este último surge como respuesta a los abusos de una monarquía absoluta otorgando la soberanía al pueblo, incluso expresamente el derecho a que le rindieran cuentas.

Nuestra posición también es evidente, la corrupción que se percibe y existe en nuestro país, ha dejado sin mayor trascendencia muchos mecanismos de control del poder, incluido el de la rendición de cuentas y, es necesario, se fortalezca el papel de la ciudadanía, con mecanismos que le permitan asegurarse de que los responsables, realmente respondan por las decisiones y acciones realizadas en el servicio público.

A nuestra manera de ver, la rendición de cuentas debe ser reconocida como un derecho fundamental, con miras a que la población pueda tomar cartas en el asunto y deje de ser un asunto de mera simulación en la que los partidos o grupos políticos se protejan impunemente.

La sociedad necesita mecanismos que le permitan sancionar a aquellos que abusan de su posición, corrompen la misión de las instituciones y se sirven de los recursos públicos.

Por lo anterior, para nosotros, desde una perspectiva de derechos humanos, la rendición de cuentas debe ser reconocida y garantizada como un derecho fundamental que podría ser conceptualizado de la siguiente manera:

La rendición de cuentas es el derecho de las personas de que todo aquél que realice funciones públicas, le informe, justifique y sea responsable por las acciones y decisiones tomadas en su gestión.

Conclusiones y propuestas

Si bien es cierto, alguna forma de rendición de cuentas puede ser rastreada desde las primeras civilizaciones, es hasta la aparición del Estado moderno, en que esta noción ha tomado mayor trascendencia, al ser un medio de control del poder la misma es un requisito esencial de los sistemas democráticos de hoy en día.

Aun cuando, no existe un concepto unívoco de rendición de cuentas su idea general se constriñe a la obligación de informar, justificar y ser responsable de algo ante alguien; en el contexto de la administración pública, esta se traduce en la obligación de quien realiza funciones públicas de informar, justificar y ser responsable de las acciones y decisiones tomadas en su gestión.

La problemática de la rendición de cuentas se observa en nuestro sistema en tres temas esenciales, el discurso, la práctica y la cultura.

En cuanto al discurso, no tenemos una idea clara de lo que este concepto engloba, es manejado con extensa ambigüedad y tendenciosidad por actores políticos y sectores gubernamentales público, buscando legitimar sus acciones, planes o proyectos, pero sin conocer realmente su significado o en palabras de Schedler *circula en la discusión pública como un concepto poco explorado, con un significado evasivo, límites borrosos y una estructura interna confusa*.³³

En la práctica, más allá de que se han realizado grandes avances en la creación de instituciones tendientes a la rendición de cuentas, la corrupción, la opacidad y la impunidad, siguen siendo una realidad en el contexto social. Convirtiendo a la rendición de cuentas en un acto de simulación en el que no se deslindan responsabilidades y cada grupo o partido político protege a los suyos.

La corrupción es un tema de cultura, la ilegalidad y la reticencia a rendir cuentas sin duda forma parte de la idiosincrasia de muchos mexicanos. Sin embargo, es posible cambiar el rumbo de este país, debemos inculcar en nuestra niñez y juventud, la práctica de la honestidad, la cultura de la legalidad, de la transparencia y de la rendición de cuentas.

La rendición de cuentas de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, nace como un derecho de la sociedad, como un mecanismo de la ciudadanía no sólo para limitar y controlar el poder, sino también para sancionar la corrupción, la negligencia y la deshonestidad.

³³ SCHEDLER... *op. cit.* pp. 9-10.

A manera de conclusión, consideramos que la rendición de cuentas debe entenderse como el derecho de las personas de que todo aquél que realice funciones públicas, le informe, justifique y sea responsable por las acciones y decisiones tomadas en su gestión.

Juicios orales mercantiles. Libre valoración de la prueba

Ricardo Guevara Jiménez¹
José Vázquez Vitela²

RESUMEN: El proceso de oralidad mercantil carece de un método de justipreciación de pruebas idóneo. La libre valoración responde al calado de ese procedimiento sumarisimo, por su funcionalidad en el sistema adversarial en materia penal y ser éste su antecedente directo.

PALABRAS CLAVE: Valoración, prueba, oralidad.

ABSTRACT: The oral commercial trial lacks of a suitable method to value the evidence. The free assessment that responds to the draft summary procedure for its functionality in the adversarial system in criminal matters and this is her direct ancestor.

KEY WORDS: Valoration, evidence, orality.

SUMARIO: Notas introductorias ■ Generalidades del juicio oral mercantil ■ La prueba en el proceso oral mercantil ■ Hacia una teoría de la valoración de la prueba ■ Consideraciones finales.

Notas introductorias

Como una respuesta a la demanda social en cuanto al **bien común** que persigue nuestra ley suprema, se ha incorporado al orden jurídico mexicano un sistema de impartición de justicia, a través del juicio oral mercantil con el ánimo de brindar prontitud, eficacia y eficiencia suficiente para solucionar conflictos y restituir los

¹ Maestro en Derecho

² Doctor en Derecho. Director de Tesis y asesor en el presente ensayo.

bienes y derechos perdidos, procurando su contraste con la celeridad necesaria para evitar rezagos en las resoluciones que con esas particularidades pongan fin a las controversias judiciales.

No obstante la instrumentación de ese procedimiento sumarísimo, por su incipiente creación en el texto legal mercantil, requiere reglas más específicas con el objeto de eliminar la multiplicidad de interpretaciones que ostensiblemente propician dudas en cuanto al trámite y resolución de los conflictos judiciales, pues el legislador no realizó un proceso normativo sistemático condigno a la naturaleza de la oralidad del proceso con los rasgos distintivos apuntados al establecer en el artículo 1390 Bis 8, del Código de Comercio que en todo lo no previsto en las normas atinentes al juicio oral mercantil, habrán de aplicarse las reglas generales del propio código comercial, debiendo entenderse esa aplicabilidad a los aspectos procedimentales y de fondo, entre los que destaca el tema de “la prueba”, en cuanto a su ofrecimiento, presentación, preparación, desahogo y en especial, **su valoración**.

Sobre esa base, la supletoriedad interna con que se han de llenar las lagunas y deficiencias que presenta el título que norma el proceso oral, no es del todo aceptable por no asumir una verdadera completitud normativa, entre otras instituciones, la concerniente a la justipreciación de pruebas, al hacer una remisión supletoria del sistema tasado, ofreciendo con ello un problema en el ánimo del juzgador al realizar el análisis y valoración de los elementos convictivos, pues lo sujeta al capítulo denominado “Del Valor de las Pruebas” del Código de Comercio que atiende específicamente al proceso escrito que difiere notoriamente del oral.

El problema radica en que el juzgador se encuentra limitado en su labor de justipreciación del material convictivo, pues por una parte “por la singularidad del proceso oral” se encuentra apreciando las pruebas en forma directa y contextual en el desahogo de la audiencia, y por otro, se le constriñe a emprender esa labor con un **sistema tasado** que no corresponde a la realidad de ese procedimiento.

Una aproximación teórica sobre la valoración de pruebas en los juicios de trato, es que el legislador otorgue al juez amplias facultades en ese ámbito, con el consecuente beneficio para las partes en el esclarecimiento del hecho controvertido. En este punto es sabido que el juicio oral mercantil tiene su antecedente en las reformas constitucionales en materia penal en donde se introdujo el sistema acusatorio (o adversarial), y en el que como respuesta a ese procedimiento también sumarísimo, se ha permitido al juzgador acudir al sistema de libre valoración de pruebas, lo cual resulta congruente con la naturaleza de ese juicio de reproche oral; de ahí que por esa razón, no existe impedimento alguno para que en el texto normativo mercantil, espe-

cíficamente en el procedimiento de oralidad, se establezca el mismo sistema libre de valoración, sin tener que recurrir a las reglas generales que a su vez remiten a otras legislaciones, con la consecuente multiplicidad de interpretaciones en detrimento de la teleología del juicio oral mercantil.

Generalidades del juicio oral mercantil

El 27 de enero de dos mil once se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto mediante el cual se adicionó el Código de Comercio el título especial denominado “Del Juicio Oral Mercantil” que se regula en cincuenta y un artículos, pues comprende del numeral 1390 Bis al 1390 Bis 50 (este último se adicionó en la reforma de 2012), cuya vigencia iniciaría el 27 de enero de 2012, conforme a lo dispuesto en el artículo Primero Transitorio. Sin embargo, el referido juicio fue reformado, adicionado y derogado en algunos de sus artículos.

La reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación en 9 de enero de 2012, en la que se otorgó a las entidades federativas una prórroga para que resuelva sobre las previsiones presupuestales para la infraestructura y la capacitación necesaria para su correcta implementación, y que tendría hasta el primero de julio de 2013, como plazo máximo para hacer efectiva la entrada en vigor de las disposiciones relativas al juicio oral mercantil.

En verdad fue largo el camino recorrido por el estado mexicano con el fin de incorporar en el orden jurídico un sistema de impartición de justicia cuya prontitud, eficacia y eficiencia fueran suficientes para atender la demanda social mediante instrumentos que, además de solucionar conflictos y ordenar la restitución de los bienes y derechos perdidos, contasen con la celeridad necesaria para evitar rezagos en la resoluciones que pusieran fin a las controversias, sin olvidar las garantías que la Constitución otorga para el “bien común.”³

Lo anterior, tuvo su punto de partida desde la década pasada -en la última cuarta parte para ser exactos-, en donde tomó fuerza en nuestro país el discurso que propone la aplicación de la oralidad en **materia penal**, propuesta que se fundamenta en la eficacia que la justicia penal logrará mediante la implementación de la oralidad en el proceso, propiciando con ello, entre otras consecuencias, una

³ Entendiendo el bien común en palabras de Ignacio Burgoa, como: *...una síntesis teleológica del bien jurídico estatal, y por tanto, de la actividad gubernativa, condenándose en varias posturas éticas en relación con diferentes realidades sociales.*

impartición de justicia más pronta, transparente, pública y con estrategias que impidan la corrupción.⁴

En esa línea de pensamiento, es válido sostener lo que afirma Peña Oviedo, en el sentido de que *estamos en presencia de una incorporación del procedimiento oral civil, derivado de lo ya realizado en materia penal*,⁵ más aún, con una mayor diversidad jurídica con elementos y metodología propias, de ahí que lo preocupante es la ausencia de ordenamientos adjetivos y sustantivos digeribles del calado del procedimiento que se pretende desarrollar.

Tal es el caso de la valoración de pruebas, pues en tanto que el proceso penal acusatorio ha sufrido cambios dramáticos⁶ en pro de la oralidad; la materia mercantil aún sigue guardando diversos aspectos tradicionales. De ahí la necesidad de elevar la tesitura de ese tópico en el juicio oral mercantil.

La prueba en el proceso oral mercantil

Es menester advertir previamente al tema de la valoración de la prueba, la relevancia de su ofrecimiento, admisión y desahogo porque de ello dependerá la materialización de un juicio de valor correcto en la justipreciación de los elementos de convicción aportados por las partes.

Bajo esa tónica, en el proceso mercantil oral tenemos que el legislador restringió los elementos de prueba susceptibles de ser aportados por las partes; a saber, las pruebas **confesional, testimonial, instrumental y pericial**, excluyendo aquellas que dilatan el procedimiento oral. Así, en los artículos 1390 Bis 41 a 48, del Código de Comercio, se preceptúan las formalidades que garantizan el debido proceso en cuanto a su ofrecimiento, admisión y desahogo, con características *sui generis* por la naturaleza misma de ese procedimiento, atendiendo a los rasgos distintivos de prontitud e inmediatez que debe revestir.

⁴ OLIVA Gómez, Eduardo en: RUBIO Antelis, Lucio Alfonso y OLIVA Gómez, Eduardo (compiladores): *Oralidad, derechos humanos y sistemas jurídicos en el devenir de la globalización*, Ed. Flores, México, 2013, pp. 47-51.

⁵ PEÑA Oviedo, Víctor: *Juicio Oral Civil y Mercantil*, Ed. Flores, México, 2013, p. 12.

⁶ Recordemos que la historia del proceso penal es la huida de la vergüenza del proceso inquisitorio y su lucha por establecer un sistema civilizado: El acusatorio. Al respecto véase la interesante obra ZAMORA Pierce, Jesús: *Juicio oral utopía y realidad*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México 2012, p. 4.

En ese contexto, se impone hacer las siguientes acotaciones:

La prueba en general, es el *sine qua non* para la integración del proceso⁷; de hecho, probar significa hacer conocidos para el juez los hechos controvertidos y dudosos, y darle para la certeza de su modo preciso de ser⁸, de ahí que si el objetivo del proceso es dar una solución práctica al conflicto, no será necesario que la prueba se oriente a averiguar la verdad de los *hechos litigiosos*, sino que, sería suficiente la persuasión de la prueba, con el objeto de obtener una resolución favorable, por ello luego se afirma entre la distancia de la comprobación de la realidad histórica a la formal, al corresponder a esta última constar en los expedientes judiciales.

Particularizando, podemos afirmar que las **pruebas** en el juicio oral mercantil, se alzan por encima de las aseveraciones de todos aquellos que piden la palabra con el fin de agredir el sistema oral, aduciendo que se puede “descubrir” a una persona en un documento; sin embargo, es claro que no se le ve, ni se le escucha, ni se conocen sus modos, o gestos, en fin, ese lenguaje corporal tan importante para entendernos.⁹

Las anteriores acotaciones permiten establecer que en su momento, el ofrecimiento, la admisión y en especial el desahogo de una prueba, por la intervención directa del juzgador en esta última adquiere una relevancia significativa en su valoración, específicamente en la confesional, la testimonial y la pericial.

Hacia una teoría de la valoración de la prueba

Este tema, por razones metodológicas y para facilitar su mejor comprensión, se abordará desde dos perspectivas en búsqueda del mismo **resultado propositivo**, con la particularidad de que por su importancia y trascendencia, cualquiera de ellas -en lo individual-, lo podría sustentar válidamente, más aún consideradas en su conjunto.

A) La deficiencia legislativa en tratándose de valoración de pruebas en los juicios orales mercantiles, conduce a una supletoriedad interna y externa de normas que conlleva múltiples interpretaciones en detrimento del sistema oral.

⁷ OVALLE Favela, José: *Derecho Procesal Civil*, 9ª ed., Ed. Oxford, México, 2010, p.125.

⁸ Al respecto véase la interesante obra LESSONA Carlo: *Serie Clásicos del derecho probatorio* Vol. 2 *Teoría de las pruebas en derecho civil*, Ed. Jurídica Universitaria, Nicolás Romero, Estado de México, 2002, p. VI.

⁹ HIDALGO Murillo, José Daniel: *Hacia una Teoría de la Prueba para el Juicio Oral Mexicano*, Ed. Flores, México, 2013, p. 15.

El Código de Comercio, a propósito de la justipreciación de los elementos convictivos aportados por las partes en el juicio oral mercantil, entre las disposiciones que lo regulan (artículos 1390 Bis al 1390 Bis 50), no hace especial regulación al sistema valorativo que ha de seguir el juzgador y debido a ello, cobra vigencia la hipótesis del artículo 1390 Bis 8 del propio ordenamiento, que textualmente previene:

Artículo 1390 Bis 8. En todo lo no previsto regirán las **reglas generales** de este Código, en cuanto no se opongan a las disposiciones del presente Título. (Se añade énfasis).

Esa disposición genera un impacto negativo en la administración de justicia oral, en principio, por la multiplicidad de interpretaciones que propicia, porque sobre ese tema de valoración el juzgador queda constreñido a realizar esa labor en términos de los artículos 1287 al 1306 del código comercial en consulta que regulan el valor de las pruebas con un sistema **tasado** que corresponde al sistema escrito; pero además, se agrava ese impacto cuando entre esas disposiciones exista alguna laguna o deficiencia que deberá suplirse mediante la aplicación de normas previstas en otras legislaciones. En otras palabras, a falta de regulación prevista en el título dedicado en el juicio oral mercantil deberán aplicarse las reglas generales del mismo código -ajenas a la oralidad-, y más aún, ante la deficiencia de éstas habrá que acudir a otras legislaciones adjetivas y sustantivas en materia civil, federal o local, según lo preceptuado en los numerales 2º, 1054 y 1063 del Código de Comercio.

Resulta interesante que ahora no sólo lidiaremos con la supletoriedad normativa externa –Código Civil y Código Procesal Civil, federal o local-, sino que también tendremos una supletoriedad interna, lo que deja ver que la labor legislativa no ha querido invertir en un proceso sistemático, sino que se continúa con procesos hilvanado con otras legislaciones y completando con reglas de diferentes juicios, particularmente en tratándose de la valoración de pruebas, que lejos de servir inundan de dudas judiciales al momento de su aplicación.

El proceso oral debe significar que las reglas de la justipreciación de las probanzas sea diferente al del procedimiento escrito y en ese contexto la remisión de la supletoriedad interna y externa relativas a procesos escritos, es inaceptable.

En apartados anteriores ya se definió que el sistema oral no puede ser tan amplio a nivel probatorio porque la morfología del sistema acusatorio, si bien busca encontrar la verdad, va encaminada a establecer un proceso en igualdad de circunstancias para las partes y privilegia el contacto probatorio directo con el

juez; debido a ello, con la reforma de 2012 desapareció la admisibilidad de todos los medios probatorios que pudieran generar certeza en el juez, ya que la admisión de pruebas quedó restringida a la confesional, testimonial, pericial e instrumental, siendo importante subrayar que las tres primeras pueden ser presenciadas, entendidas y apreciadas por el juzgador, permitiendo un conocimiento directo y contextual de las mismas, lo que evidentemente incidirá en su justa valoración, logrando así el fin perseguido con la oralidad.

En las apuntadas condiciones, la supletoriedad interna y externa, se insiste, produce un sin fin de interpretaciones que conducirían a un mal proceso y, por ende, a un fallo deficiente. Si se desea lograr una justipreciación de pruebas plausible en el juicio oral mercantil, será necesario instrumentar mecanismos normativos totalmente ajenos a con el Código de Comercio de los años 1854, 1996, 2008, 2011 e incluso 2012, pues sólo así podrá crearse una regulación de un proceso de oralidad acorde con la realidad histórica, eficiente y eficaz; estricto, pero sensible; corto, pero con certidumbre, y sobre todo, dotado de principios que lleven en el alma un apego al respeto de los derechos fundamentales y humanos.¹⁰

B) La idoneidad del **sistema libre de valoración** de pruebas en el juicio oral mercantil, frente a la justipreciación tasada de elementos convictivos en los procesos escritos cuya supletoriedad establece el legislador, ante la regulación deficiente de esa institución jurídica para aquéllos.

Como se puntualizó en el apartado que antecede, tocante a la valoración de pruebas en los juicios orales mercantiles ante su deficiente reglamentación, es del todo inaceptable la técnica legislativa en cuanto a la supletoriedad normativa interna (reglas generales del Código de Comercio) y en su caso, la supletoriedad externa (Código Civil y Código Procesal Civil federal o local), puesto que ello conlleva a múltiples interpretaciones sobre el tema de la justipreciación que no corresponden a la oralidad, por referirse al proceso escrito y no tener correspondencia alguna con la teleología del juicio oral mercantil, caracterizado por la suma celeridad.

Frente a ello, es necesario acudir a un sistema diferente e idóneo de valoración de pruebas, sin que ello implique proponer uno nuevo; y como punto de partida, según se estableció en el capítulo de **las generalidades del juicio oral mercantil**, éste es producto de un largo camino recorrido por el Estado Mexicano, incorporándolo al orden jurídico para lograr una impartición de justicia pronta, eficaz y

¹⁰ ORTIZ Romero, Juan Carlos: *Juicio oral mercantil comentado*, Ed. Oxford, México, 2013, pp.83 y 84.

eficiente para atender la demanda social de la solución de conflictos y la restitución de los bienes y derechos perdidos, teniendo presente un rasgo distintivo que lo caracteriza con una notoria celeridad a fin de evitar rezagos en la resolución de las controversias judiciales.

En el mismo capítulo también se puntualizó el antecedente directo del logro legislativo atinente a la instrumentación del juicio oral mercantil que fue la materialización del discurso propositivo sobre la aplicación de la oralidad en materia penal, basada en una impartición de justicia más pronta, transparente, pública y con estrategias que impidan la corrupción.

Esos principios fueron recogido por el legislador al implementar el juicio oral en el Código de Comercio, pues su teleología también responde a la necesidad de lograr una impartición de justicia con esas características de celeridad, como una derivación de lo ya realizado en materia penal, específicamente en el campo de la valoración de pruebas, con la salvedad de que en la oralidad penal se han obtenido cambios sustancialmente favorables, mientras que en el oral mercantil subsisten *tradicionalismos* en ese ámbito.

Bajo ese orden de ideas, a fin de contar con una normativa digerible del calado del proceso oral mercantil, no hay razón que impida seguir la misma tónica de la oralidad penal en cuanto a la justipreciación de pruebas.

Partiendo de esa premisa, es ampliamente justificable incorporar en el juicio oral mercantil el **sistema libre de valoración** de pruebas empleado en los juicios acusatorios en materia penal, pues lo que se busca en dicho sistema es alcanzar a través del contenido del material convictivo la verdad histórica acontecida, empleándolo como instrumento de conocimiento para determinar la veracidad o la falsedad. Por ello, se considera oportuno realizar una breve referencia sobre la valoración de pruebas en el proceso penal acusatorio.

La exposición de motivos del Proyecto Federal no distingue lo que son las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, a la luz de la sana crítica.

Explica que “se eliminó el sistema de la prueba tasada adoptándose el de **libre valoración de la prueba**”. La frase “libre y lógica” que utiliza nuestra Constitución Política, no es libertad probatoria sino libre valoración y que las codificaciones necesarias han admitido con la libre valoración la libertad probatoria, conceptos que han de considerarse distintos y que, igualmente, se han confundido.

Distinguiendo, entonces, esos dos conceptos, el objetivo de los juzgadores con las pruebas “desahogadas durante el juicio oral” “decidir si se han acercado o no las

pretensiones o afirmaciones en que se basa la acusación y la defensa y de esa manera estar en aptitud de decidir sobre la absolución o condena”.

Esta disposición puede analizarse conjuntamente con las disposiciones de la **Ley Federal sobre Delincuencia Organizada**. En efecto, conforme a los dos primeros párrafos del artículo 41 del propio ordenamiento, los jueces y tribunales apreciarán el valor de los indicios hasta poder considerar su conjunto con la prueba plena, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace que exista entre la verdad conocida y la que se busca. Dicho numeral es del siguiente tenor literal:

Artículo 41.- Los jueces y tribunales, apreciarán el valor de los indicios hasta poder considerar su conjunto como prueba plena, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace que exista entre la verdad conocida y la que se busca.

Las pruebas admitidas en un proceso podrán ser utilizadas por la autoridad investigadora para la persecución de la delincuencia organizada y ser valoradas como tales en otros procedimientos relacionados con los delitos a que se refiere esta Ley.

(...)

No obstante, explica el propio precepto, existe la necesidad de la búsqueda del equilibrio entre la eliminación de reglas estrictas de valoración propias de los sistemas legales o tasados y la libertad limitada del juez para valorar las pruebas. Las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia a la luz de la sana crítica son parámetro ineludibles que al mismo tiempo que respetan la libertad del juzgador para valorar las pruebas, se tornan en criterios de racionalidad que dan lugar a esa libertad obligando al juzgador a razonar fundadamente sus decisiones.¹¹

Se sostiene que las máximas de la experiencia se tornan al resolver los asuntos en criterios generales que tienen origen en la necesaria experiencia de los jueces y son aceptados para valorar casos posteriores, por tanto, constituyen conclusiones respecto de prácticas reiterada para apreciar los medios de prueba, más propiamente, ha sido la jurisprudencia desde sus distintas concepciones.

Los conocimientos científicos en la valoración de la prueba sirven como criterios objetivos y orientadores que permiten a los juzgadores apreciar los medios de prueba y concederles un determinado valor, con base en la experiencia científica. Es propio

¹¹ HIDALGO Murillo, *op. cit.*, pp. 593-595.

para ello que los sujetos procesales acudan a las pericias técnicas, artísticas y científicas para comprender un hecho. Como argumenta Dagdug

...la prueba pericial trata del análisis expertil en una ciencia, técnica, práctica, arte u oficio sobre personas, hechos o cosas. En ese sentido, siempre que en algún procedimiento penal se requiera del auxilio específico sobre alguna rama del conocimiento humano, se debe recurrir a la pericia.¹²

Precisamente porque la pericia constituye una auténtica prueba en tanto que es una actividad tendente a lograr el convencimiento psicológico del juez de haber encontrado a verdad, sobre los hechos controvertidos.

Una reflexión sobre las anteriores razones fácticas y jurídicas sobre el sistema libre de valoración de pruebas que priva en la oralidad penal, en contraste con el juicio oral mercantil, permite sostener válidamente que en éste sí es posible incorporar dicho sistema, en primer término, porque la evolución del proceso adversarial ha sido el modelo directo a seguir del mercantil, lo cual fue ampliamente explicado a lo largo de este trabajo; pero además, por su propia naturaleza, la libre valoración constituye un método eficaz reconocido que permite obtener la verdad buscada en los procesos orales de cualquier materia, sin perder de vista que ese sistema libre de valoración responde cabalmente a la teleología de la oralidad mercantil que como se ha dicho reiteradamente, se encuentra caracterizado por una celeridad especial para el logro de una administración de justicia con los rasgos distintivos que definen el proceso oral.

Consideraciones finales

La ausencia de una normativa idónea sobre valoración de pruebas en el juicio oral mercantil debe considerarse como una deficiencia legislativa que debe corregirse a través de la instrumentación de mecanismos idóneos que faculten al juzgador para realizar un verdadero juicio de valor en la justipreciación de los elementos convictivos aportados por las partes.

La supletoriedad interna y externa de las reglas generales de valoración de pruebas en modo alguno responden a la naturaleza misma de la oralidad mercantil, puesto

¹² DAGDUG Kalife, Alfredo: *La prueba pericial al amparo de un nuevo modelo de justicia predominantemente acusatorio*, Ed. Ubijus, Instituto de Formación Profesional, México, 2012, p. 23.

que las reglas generales que sobre el tópico establece el Código de Comercio, así como el Código Civil y Código de Procedimientos Civiles (federal o local), corresponden a juicios escritos que participan de una naturaleza formal y material diferente a la oralidad mercantil.

La **libre de valoración de pruebas** constituye un sistema idóneo que responde al calado del juicio oral mercantil, en cuanto a la teleología de éste.

El sistema de capitalización individual en la Seguridad Social mexicana

Erik Eduardo López Martínez¹
Carmen Chinas Salazar²

RESUMEN: La seguridad social mexicana debe basarse en la solidaridad y no en la capitalización individual, pues ésta última ha fracasado en los países donde se implementó inicialmente y ha permitido a la iniciativa privada lucrar con este servicio predominantemente público. Además, en México el financiamiento del sistema pensionario carece de un sustento constitucional y de bases técnicas, debido principalmente a que no fueron calculadas de manera adecuada las tasas de reemplazo, lo que representa mayores costos para el estado y menor dinero en las pensiones de los asegurados.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social, Capitalización individual, Solidaridad, Pensión.

ABSTRACT: The Mexican Social Security system should be based on solidarity and not on individual capitalization, since that scheme has failed in countries where it was first implemented and it has enabled private corporation holders to make a profit out of this predominantly public service. In addition, Mexico's pension financial system lacks of a Constitutional support and technical bases, due, among other things, that it has been improperly calculated replacement rates, which means higher costs for the State and less money in pension policyholders.

KEYWORDS: Social Security, Individual capitalization, Solidarity, Pension.

SUMARIO: La Seguridad Social y su vínculo con el Estado ■ Acercamiento al esquema jurídico de Seguridad Social en México y sus principales modificaciones ■ Análisis de la capitalización individual en relación al marco jurídico mexicano ■ El reto del envejecimiento ■ Conclusiones.

¹ Maestro en Derecho de la Seguridad Social.

² Doctora en Sociología. Directora de Tesis y asesora en el presente ensayo.

La seguridad social y su vínculo con el estado

La década de los ochentas constituye una ruptura del paradigma tradicional de considerar la seguridad social y el sistema de pensiones como una responsabilidad pública; como un derecho social que debe ser garantizado por el estado, para adoptar la visión del proyecto neoliberal o de libre mercado que deriva hacia empresas particulares la responsabilidad de atender áreas esenciales de la seguridad social, especialmente las pensiones y que cambia por completo la esencia misma del derecho al pasar de la tutela del Estado a la visión de mercado. Chile es el primer país de América Latina que privatiza su sistema de pensiones y se argumenta que a partir de ese momento, *el futuro de las pensiones depende del comportamiento individual y del desarrollo de los mercados*.³

La experiencia demuestra que el esquema privado en ningún caso ha resuelto el problema de las pensiones, incluso en países desarrollados donde se ha implementado esa fórmula. En un estudio de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, se concluye que los sistemas de pensiones de los Estados Unidos y del Reino Unido entrañan más riesgos para sus miembros que los de Europa occidental, debido a que los sistemas de estos dos países se basan en mayor medida en programas para sectores profesionales determinados y de financiación privada, que en un régimen financiado por completo por el Gobierno.⁴

La justificación que se esgrime para privatizar las pensiones es que los sistemas públicos se encuentran en crisis, que son inviables por los altos costos para el Estado y que el cambio demográfico dificultará a mediano plazo enfrentar los compromisos derivados de un sistema solidario, debido al envejecimiento general de la población y la reducción de la tasa de fecundidad.

Sin embargo, hoy el propio Banco Mundial, en un documento titulado “Mantener la promesa de la Seguridad del Ingreso en América Latina”, aborda algunos aspectos de la crisis del sistema privado de pensiones, pues reconoce que la cobertura sigue siendo baja en la mayoría de países, aún en lo que tienen mayor tiempo de aplicar el sistema, que las comisiones cobradas por la administración de los ahorros privada son altas, que es una carga especialmente pesada para los trabajadores de más bajos

³ PIÑERA, José: *Hacia un Chile de trabajadores propietarios*, 2010. Consulta: 30-IV-2014 en: http://www.josepinera.com/josepinera/Jp_ABC_Revolucion_pensiones_es.htm

⁴ COLIN Gillion, John Turner, CLIVE Bailey y DENIS Latulippe: *Social Security Pensions: Development and reform*, Ed. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2000, p. 5.

ingresos, que las prestaciones pagadas en forma de renta vitalicia tienen enormes costos para los grupos desfavorecidos cuya esperanza de vida es muy baja.

La crisis de 2008 y 2009 provocó fuertes pérdidas en los sistemas de capitalización individual en el mundo. En Estados Unidos, para octubre de 2008, los planes privados de pensiones perdieron dos billones de dólares en los últimos 15 meses, estimó un funcionario del Congreso de esa nación: “la crisis del sector financiero causó pérdidas generalizadas en las bolsas de valores, lo que repercutió negativamente en los ahorros de los trabajadores, además de obligar a los consumidores a no hacer compras costosas y considerar postergar su retiro, dijo el director de la Oficina Presupuestaria del Congreso, Peter Orszag”⁵ Mientras que en Canadá el parlamento votó una legislación para garantizar solvencia en caso de quiebra de las empresas y el ministro de Empleo pidió compensar las sumas faltantes en fondos insolventes con dinero estatal.⁶

En este sentido, los cimientos de la Seguridad Social radican en una palabra: solidaridad, pues únicamente con el esfuerzo colectivo es como se logra cumplir con la protección social, ya que la Seguridad Social es:

*El conjunto de instituciones, principios, normas y disposiciones que protege a todos los elementos de la sociedad contra cualquier contingencia que pudieran sufrir, y permite la elevación humana en los aspectos psicofísico, moral, económico, social y cultural.*⁷

Pero estamos conscientes en que la seguridad social tiene diversas percepciones en el ámbito internacional, es por ello que nos adentramos en la búsqueda de un punto de acuerdo para poder aterrizar una definición de Seguridad Social, encontrando que la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la ha conceptualizado como:

⁵ *DIARIO Libre*. “Pensiones privadas en EEUU han perdido 2 billones de dólares.” 7 –X- 2008. http://www.diariolibre.com/noticias/2008/10/07/i172301_pensiones-privadas-eeuu-han-perdido-billones-dlares.html

⁶ CNN. Expansión (Notimex). *Quebec quiere blindar pensiones privadas*. Consulta: 15-VII-2010 en: <http://www.cnnexpansion.com/economia/2009/01/16/quebec-quiere-blindar-pensiones-privadas-1>

⁷ RUIZ, Moreno, Ángel Guillermo: *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*. 14ª ed. 3ª reimpresión, Ed. Porrúa, México, 2013, p. 52.

La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de no ser así ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.⁸

Con base en lo anterior, la sociedad organizada es quien tiene la obligación de brindar la protección que implica la Seguridad Social, más dicha protección sería imposible de lograr si no existiera la estructura del Estado, al ser el medio más eficiente que la humanidad ha creado con el objetivo de elevar su calidad y nivel de vida.

Por su parte, el régimen legal de la Seguridad Social mexicana refleja los distintos intereses que convergen en esta materia, pues desde la década de los noventa apareció el Sistema pensionario de Capitalización Individual, abriendo las puertas a las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORE), claro ejemplo de la injerencia que tienen los mercados bursátiles en esta materia.

Así, la seguridad social se debate entre dos factores que pugnan por tomar las riendas de esta disciplina del derecho: por un lado, la protección a la sociedad; y, por otro, la cuestión económica que se inmiscuye para sufragar los costos de esa protección. Realidades que se encuentran ligadas, pero se confrontan, pues mientras la protección que brinda es de beneficio social, el financiamiento de ésta es económico.

Acercamiento al esquema jurídico de seguridad social en México y sus principales modificaciones

La historia del nacimiento de los estados sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos.⁹

⁸ ORGANIZACIÓN Internacional del Trabajo (OIT) Seguridad Social: *Guía de educación obrera*. Publicación de la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995, p. 6.

⁹ ABRAMOVICH, Víctor: *Los derechos económicos, sociales y culturales ante la denuncia en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 1997, consulta: 01-III-2014 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1980/9.pdf>

El derecho social en México es una conquista del movimiento popular y del desarrollo progresivo del país frente al proceso de industrialización. En este caso, los intereses de la comunidad son preeminentes sobre los del individuo sin sacrificarlos, pues la satisfacción y cumplimiento de los derechos sociales son condicionantes para garantizar los derechos individuales. El Estado interviene para asegurar que se cumplan esos derechos sociales a través de las instituciones establecidas para ello, dejando de ser un simple observador para intervenir directamente en favor de la clase socialmente más débil desde el punto de vista económico.¹⁰

La seguridad social ha sido considerada como un derecho humano básico en la Declaración de Filadelfia de la OIT (1944), y en su Recomendación sobre la Seguridad de los medios de vida, 1944 (Núm. 67). Este derecho está confirmado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, y en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.¹¹ En la actualidad el análisis de los derechos sociales parte del reconocimiento a las disposiciones consagradas en la Carta de los Derechos Económicos y Sociales, considerando la obligación actual del Estado para garantizarlos sustentándose en los principios de progresividad y la prohibición de regresividad que resultan fundamentales para dimensionar los alcances de los tratados internacionales y los compromisos de los Estados – Nación que permiten hacer exigibles esos derechos.¹²

En el Estado Mexicano, la seguridad social apareció esbozada en 1917 en la fracción XXIX del artículo 123 constitucional, aparejada con una perspectiva netamente laboral, siendo necesario el 06 de Septiembre de 1929, hacer una modificación al precepto constitucional original, para dar un rango de utilidad pública a la emisión de la Ley del Seguro Social, es decir, se le dio un carácter prioritario a dicha legislación, puesto que en ella se contemplarían las bases y derechos de lo que es hoy en día la Seguridad Social:

¹⁰ ÁLVAREZ del Castillo, Enrique: *Los Derechos Sociales del Pueblo Mexicano*, T. I, Ed. Porrúa, México, 1979. p. 21

¹¹ Organización Internacional del Trabajo. *Hechos concretos sobre la Seguridad Social*. Consulta: 12-IV-2014 en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

¹² ABRAMOVICH, Víctor, y Courtis, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, España, 2004, p. 92.

Artículo 123, fracción XXIX. Se considera de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social y ella comprenderá seguros de invalidez, de vida, de cesación voluntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes y otras con fines análogos.¹³

Fue hasta 1943 cuando se promulgó la Ley del Seguro Social (LSS), la cual se basó en el proyecto de Ignacio García Téllez, quien contemplaba la creación de un Instituto General que diese protección a la nación, surgiendo así el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).

Hacia el año de 1973, surgió la segunda Ley del Seguro Social, que amplió la cobertura del Seguro Social a aquellos sectores que no se encontraban bajo una relación subordinada, pero el verdadero vuelco en la seguridad social, se fraguó en 1992, cuando se establece en México el Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR), el cual obliga a los asegurados a individualizar sus aportaciones para al final de su vida laboral poder comprar su pensión, pero dados los problemas administrativos iniciales se hizo necesario adecuar la Ley del Seguro Social para su funcionamiento.

Con la reforma a la Ley del Seguro Social de 1995, que entró en vigor el 1º de Julio de 1997, se inició formalmente el proceso de privatización de la seguridad social en México al eliminarse el sistema de pensiones que hasta ese momento era responsabilidad del estado y derivarlo en instituciones financieras “que se dedican de manera habitual y profesional a administrar las cuentas individuales y canalizar los recursos de las subcuentas que las integran en términos de la presente ley, así como a administrar sociedades de inversión”.¹⁴

Con la LSS de 1997, surge una incongruencia en relación al marco jurídico internacional, pues bajo el Sistema Pensionario de Capitalización Individual, los recursos de los trabajadores se encuentran invertidos en el mercado de valores, situación que permite advertir el riesgo financiero que existe: desde una rápida desaparición del dinero invertido de los trabajadores, hasta el que el Gobierno Federal tenga que asumir el rol de garante pensionario. A pesar de la reforma, se tiene presente que: “*es compromiso firme e inquebrantable del Gobierno de la República que el Instituto Mexicano del Seguro Social continúe como un organismo público, tripartita, solidario*”¹⁵,

¹³ PATIÑO..., *op cit.*, p. 30.

¹⁴ Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro. Artículo 18. Biblioteca virtual. Cámara de Diputados, México. 28-II-2014 en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/52.doc>

¹⁵ ZEDILLO, Ernesto: *Firme e irrenunciable, el compromiso del Gobierno de la República con*

y que “*el compromiso del Gobierno de la República con la seguridad social, es firme e irrenunciable*”. Pero las declaraciones emitidas por el entonces Presidente de la República Mexicana no correspondían con la realidad, pues el gobierno permitiría al capital privado el control del sistema de pensiones.

Al día de hoy, la reforma a la seguridad social en el área de pensiones se ha traducido en un gran negocio para los particulares, se estima que en 2013 las Afores obtuvieron ganancias cercanas a los 24 millones de pesos por comisiones (Consar)¹⁶ mientras que los trabajadores obtuvieron pérdidas de 2,445 millones, además del acaparamiento por parte de dos entidades financieras del dinero del ahorro para el retiro de los mexicanos, pues para mayo de 2014 la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas señaló que las Afores de BBVA Bancomer y la de Banorte acaparaban más del 60% de los fondos de pensiones en el país,¹⁷ el dinero acumulado del ahorro de los trabajadores ha llegado este año a casi 2 billones 121 mil 749 millones según datos de la Consar¹⁸ usándose para invertir en la bolsa o financiar deuda de empresas privadas¹⁹ y de ningún modo para beneficiar a los trabajadores mexicanos y sus familias.

Análisis de la capitalización individual en relación al marco jurídico mexicano

En México coexisten distintos Sistemas Pensionarios, entendiendo que “*un sistema de pensión puede definirse como un mecanismo de protección social diseñado para asegurar el financiamiento del consumo durante la vejez o invalidez de un traba-*

la seguridad social para los trabajadores mexicanos: Comunicado No. 1096. Los Pinos, octubre 12, 1998. Consulta: 21-II- 2014 en: <http://zedillo.presidencia.gob.mx/pages/vocero/boletines/com1096.html>

¹⁶ CARDOSO, Víctor: *Ganaron Afores \$24,343 millones por comisiones en 2013: Consar*, consulta: 21-II-2014 en: <http://www.jornada.unam.mx/2014/02/07/economia/025n1eco>

¹⁷ El Economista. *Bancomer y Banorte acaparan 60% en seguro de pensiones*, consulta: 5-V-2014 en: <http://eleconomista.com.mx/sistema-financiero/2014/05/05/bancomer-banorte-acaparan-60-seguro-pensiones>

¹⁸ CARDOSO, Víctor: *Fondos de Afores alcanzan nueva marca; llegan a 2 billones 121 mil mdp: Consar*, consulta: 21-II-2014 en: <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2014/04/07/fondos-de-afos-re-alcanzan-nueva-marca-llegan-a-2-billones-121-mil-mdp-consar-5551.html>

¹⁹ CARDOSO, Víctor: *Afores usaron \$410 mil millones para financiar deuda de empresas: Consar*. Consulta: 16-X- 2013 en: <http://www.jornada.unam.mx/2013/10/16/economia/033n2eco>

jador, y el de sus dependientes en caso de que éste muera".²⁰ En esta tesitura, la LSS contempla dos sistemas: el Sistema Solidario y el de Capitalización Individual, esquemas que convergen actualmente en nuestra realidad pensionaria, pese a que el Sistema Solidario se encuentre previsto en una ley derogada, como lo es la Ley del Seguro Social de 1973, esto en razón de que el artículo tercero transitorio de la LSS publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 21 de diciembre de 1995, estableció la opción del asegurado para elegir entre los sistemas de pensiones aludidos.

El sistema pensionario de Capitalización Individual, es antagonista al sistema de capitalización solidaria, su esencia radica en la insolidaridad social, pues prevé que cada persona compre su pensión, desligando al estado de su responsabilidad del pago de las pensiones, en un primer acercamiento, pero al ser visualizado de manera integral, se advierte el Gobierno Federal aún mantiene cierta responsabilidad hacia las pensiones otorgadas por este sistema, pues tiene la obligación de garantizar al menos un sustento mínimo, cuando los trabajadores que reúnan los requisitos que contempla la LSS no tengan los recursos económicos suficientes para comprar su pensión.

Al respecto, la Constitución Mexicana en ningún precepto contempla al SAR (mediante el que se logra individualizar los recursos pensionarios), por lo que se podría llegar a pensar que depende de la LSS, *pero en 1996 separaron la ley de los sistemas de ahorro de la del seguro social, por lo que no tiene un fundamento constitucional y por tanto, sus actos están viciados de nulidad*.²¹

El gobierno mexicano desde 1992, decidió apuntalar la privatización del sistema pensionario, publicando en el DOF el 24 de febrero de 1992 una reforma a la Ley del Seguro Social, añadiendo el "seguro de retiro", para el cual los patrones deben aportar un 2% del Salario Base de Cotización de sus trabajadores.

²⁰ ÁNGELES Sevilla, Alejandro: *La operación y viabilidad de los sistemas de pensiones en México*, Editorial Instituto de Investigación Económica y Social, México, 2008, citando a Whitehouse, Edward. *Pensions panorama. Retirement-Income Systems in 53 countries*. The World Bank, Washington. D.C, 2007. p.6

²¹ BRICEÑO Ruiz: "Necesidad de revisar el sistema de pensiones para el retiro" en *Evaluación y tendencia de los sistemas de pensiones*, RAMÍREZ López, Berenice, Ed. El Colegio de la Frontera Norte: UNAM, México, 2008, p. 291

¿Por qué se ha entrecomillado el “seguro de retiro”?, esto es así porque propiamente no es un seguro, dado que un seguro funciona -ya sea privado o social- de la siguiente manera:

1) Un grupo de personas destinan recursos a un ente asegurador.

2) El ente asegurador se encuentra obligado a pagar o brindar servicios con el dinero acumulado a cualquiera de las personas que integran el grupo (o los beneficiarios) al ocurrir la eventualidad previamente establecida.

En este sentido, el “seguro de retiro” en el que se sustenta la capitalización Individual en México, no cumple estas características, ya que a la fecha no existe en la LSS siquiera una definición o contingencia amparada, su funcionamiento opera mediante la Ley del Sistema de Ahorro para el Retiro, que carece de soporte Constitucional y al obligarse a los trabajadores a invertir su dinero en una Afore se violenta el artículo 14 constitucional al privar al sector trabajador de su patrimonio. Por si fuera poco, el Estado Mexicano desobedece el marco constitucional, en específico lo contemplado en el artículo 25, pues el desarrollo económico del país es parte integral de la sustentabilidad de la nación y en ningún momento debió delegarse al sector privado, ya que el precepto constitucional citado, busca una justa distribución del ingreso y la dignidad de las clases sociales.

Aunado a lo anterior, encontramos lo manifestado por el actuario Alejandro Hazas, quien señala que el sistema de Capitalización Individual “no tiene bases técnicas, ni siquiera para un cálculo correcto de las tasas de remplazo”,²² con lo cual se genera la ineficiencia del sistema, pues las proyecciones del pago de pensiones son calculadas para trabajadores que al final de su vida laboral se encuentren completamente solos, es decir, no se encuentran considerados los posibles beneficiarios del trabajador. Además:

*...en los países con economías emergentes, los mercados de capitales, no pueden soportar el desarrollo de los sistemas de pensiones de las cuentas individuales, pues estos fondos crecen a mayor velocidad que crecen las economías nacionales y los mercados financieros...*²³

²² HAZAS, Alejandro: *Nuevas Soluciones a los problemas de pensiones de la seguridad social*, consulta: 25-III-2014 en: http://archivos.diputados.gob.mx/Comisiones/Ordinarias/Seguridad_Social/Taller_seguridad_social/2_1_2_primer_dia/2_1_2_7.pdf

²³ *Idem.*

Lo que implica que en México se vislumbra el fracaso económico en materia pensionaria.

El reto del envejecimiento

La Organización de las Naciones Unidas señalan que el envejecimiento de la población del mundo constituye un desafío sin paralelo y a la vez urgente en materia de políticas y programas para los gobiernos, las organizaciones no gubernamentales y los grupos privados que tienen que velar por que se atiendan adecuadamente las necesidades de las personas de edad y porque se aproveche adecuadamente su potencial (Proclamación sobre el envejecimiento: 1992)

La OIT estima que sólo el 20 por ciento de la población tiene cobertura adecuada en términos de seguridad social, a pesar de que ésta tiene una profunda repercusión en todos los sectores de la sociedad al permitir que los trabajadores y sus familias tengan acceso a la asistencia médica y cuenten con protección contra la pérdida de ingresos; así mismo, proporciona recursos económicos a las personas durante sus años de vejez. La seguridad social puede también contribuir a la cohesión social y al crecimiento y desarrollo general del país mediante la mejora de las condiciones de vida, amortiguando los efectos de las transformaciones estructurales y tecnológicas en las personas.²⁴

La Organización de Naciones Unidas señaló que los gobiernos deberían adoptar pensiones de vejez y reforzar sus sistemas de protección social para cumplir con los derechos humanos de las personas mayores y sus familias, que es hora de erradicar el mito de que las pensiones no están al alcance de los países pobres y que son la forma más simple de garantizar el derecho a la seguridad social de los mayores de 60 años y de impedir que caigan en la pobreza. (2009)

Tan sólo hay que observar los logros de los 46 países de ingresos medios y bajos que cuentan con pensiones sociales. Las pensiones no sólo mejoran las condiciones de vida de las personas mayores, sino también las de sus familias. De esa forma se beneficia a la sociedad en su conjunto.

²⁴ ORGANIZACIÓN Internacional del Trabajo. *Cartilla: Hechos sobre seguridad social*, consulta: 14-III-2014 en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

Las pensiones deben ser una prioridad para los Estados comprometidos con la lucha contra la pobreza y con el cumplimiento de los derechos humanos tanto de los jóvenes como de las personas mayores.²⁵

En México se prevé que para el 2030 habrá más adultos mayores de 60 años que menores de 15 y para 2050 se considera que este sector de la población representará el 30% del total de los habitantes del país (Inapam: 2012). Esto implica establecer una *cultura del envejecimiento* en los mexicanos y por parte del Gobierno, garantizar en todos sus niveles la protección de los derechos de los adultos mayores para tener una vejez digna, pero la solución a través de Afores no parece ser la respuesta, incluso el sector privado discute este problema, BBVA *research* publicó un estudio señalando que solo 2 de cada 10 adultos mayores en el país llegan a tener algún tipo de pensión y considera el escenario del sistema de pensiones *poco halagüeño y lo seguirá siendo a largo plazo*²⁶

En 2011 se reformó la Constitución en materia de Derechos Humanos y se estableció la obligación del estado de promover, respetar, proteger y garantizar, así como las responsabilidades de las autoridades mexicanas que deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; pero según datos de la CONSAR de 2013, sólo el 30% de los mexicanos cuenta con una pensión y el monto del ahorro no es suficiente para garantizar una jubilación digna ya que apenas alcanzarían una cuarta parte del sueldo que se tenía antes de jubilarse. La OCDE señaló en 2013 que las pensiones de los mexicanos son las más bajas entre los países que conforman esta organización y el índice de pobreza de los adultos mayores de 65 uno de los más altos.²⁷

El *Center for Strategic and International Studies*, CSIS, alerta que de seguir esta situación respecto a la falta de políticas públicas certeras para atender el envejecimiento en el país, en 2030 podríamos tener a millones de los adultos de mediana edad actuales convirtiéndose en millones de ancianos indigentes sin beneficios de

²⁵ ORGANIZACIÓN de las Naciones Unidas. *Experta de la ONU destaca importancia de pensiones para derechos humanos de personas mayores*. 30-IX- 2009 en: <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=16670&criteria1=ancianos&criteria2=pensiones>

²⁶ GONZÁLEZ, Roberto: *Poco halagüeño, el futuro del sistema de pensiones: BBVA*. Consulta: 8-II-2014 en: <http://www.jornada.unam.mx/2014/02/08/economia/020n1eco>

²⁷ REYNA, Julio: *Pensionados mexicanos, de los más pobres entre los países de la OCDE*. Consulta: 27-IX-2013 en: <http://www.jornada.unam.mx/2013/11/27/economia/024n2eco>

jubilación ni acceso a servicios de salud; o, en las zonas rurales, millones de ancianos abandonados sin descendientes que los mantengan.²⁸

Derivado de la obligación constitucional de la reforma en materia de Derechos Humanos, recientemente se ha establecido por el Gobierno Federal una pensión mínima asistencial para todos los adultos mayores que no cuenten con otro esquema derivado de una relación de trabajo; sin embargo, es una política aislada que si bien contribuye a paliar necesidades de la tercera edad no forma parte de un programa que desarrolle una atención integral al adulto mayor en el que se considere una pensión digna, atención de la salud, derechos culturales, recreativos, ocupacionales, etc. para la tercera edad.

Conclusiones

El esquema privado de pensiones ha fracasado por cuanto a que es una minoría la que tiene acceso al sistema de capitalización individual, porque la pensión que recibiría esa minoría no satisface las necesidades humanas esenciales, porque las ganancias son para las entidades financieras que administran las afores y las pérdidas y riesgos para el trabajador y principalmente porque se ha trastocado la esencia misma de la seguridad social al convertir en negocio lucrativo de unos cuantos una responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos esenciales.

La Seguridad Social mexicana debe basarse en la solidaridad y la justicia social pues es un instrumento fundamental que sirve para la redistribución del ingreso y es de primer orden para la protección del ser humano ya que contribuye al crecimiento económico y al desarrollo social y no en la Capitalización Individual, que ha permitido a la iniciativa privada lucrar con este servicio predominantemente público.

El financiamiento del sistema pensionario en nuestro país carece de un sustento Constitucional y de bases técnicas, debido entre otras cosas a que no fueron adecuadamente calculadas las tasas de reemplazo, lo cual representa mayores costos para el Estado y menor dinero en las pensiones de los asegurados.

En el marco de protección que brindan los derechos humanos, especialmente los reconocidos en la Carta de los Derechos Económicos y Sociales y sustentada

²⁸ JACKSON, Richard; STRAUSS, Rebecca y NEIL, Howe: *El Desafío del Envejecimiento en América Latina. Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales*. Consulta: 01-III-2009 en: http://www.fiap.cl/prontus_noticia/site/artic/20090414/asocfile/20090414095558/090324_gai_spanish.pdf

en la tradición jurídica mexicana, pionera mundial en el reconocimiento de los derechos sociales, la seguridad social debe ser considerada como un derecho fundamental y como un acto de justicia necesaria para aquellos que, día con día, con su fuerza de trabajo producen la riqueza y que al final de su vida se enfrentan a la desesperanza de no tener las condiciones mínimas necesarias para una existencia digna, por tanto, el Estado y la sociedad tienen la gran responsabilidad de asegurar este derecho a plenitud.

-

El juez ordinario frente a la jurisprudencia internacional

Ismael Luna González¹

José De Jesús Becerra Ramírez²

RESUMEN: Es importante mencionar que la protección a los derechos fundamentales en nuestro país es de gran importancia para salvaguardar la dignidad del ser humano, de igual manera se expande dicha práctica a todos los operadores jurídicos en una interpretación constitucional o de convencionalidad en la que se debe de favorecer siempre lo que más convenga al ser humano, por lo que no debiera de existir resistencia del sistema judicial para implementar dichos parámetros internacionales al caso concreto.

PALABRAS CLAVE: Corte internacional, bloque de constitucionalidad, convencionalidad, juez doméstico.

ABSTRACT: It is noteworthy that the protection of fundamental rights in our country is of great importance to safeguard the dignity of the human being, just as the practice expands to all legal practitioners in constitutional interpretation or conventionality in which must always promote what is best for the human being, which should be no resistance to the judicial system to implement these international standards to the case.

KEYWORDS: International Court, the constitutionality block, conventionality, domestic judge.

SUMARIO: Introducción ■ El juez nacional como juez internacional ■ Conclusiones ■ Glosario.

¹ Maestro en Derecho Constitucional y Amparo.

² Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Director de Tesis y asesor en el presente ensayo.

Introducción³

La protección a los derechos fundamentales en gran parte de los países de América Latina y del mundo, han llevado a la necesidad de acogerse a tratados internacionales, incluso a la aceptación de competencias para que tribunales supranacionales conozcan de controversias que tengan su origen en sede de un ámbito nacional determinado, por violaciones a los derechos humanos reconocidos en los referidos instrumentos internacionales.⁴ Es decir, ante la importancia de reforzar los derechos nacionales, la comunidad internacional ha creado diversos sistemas de garantía, para abonar al respeto de los derechos humanos.⁵

Tan es así que existe la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la que nuestro país es parte,⁶ cuya función es proteger e interpretar los derechos humanos, del sistema del que forma parte, en este caso es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos;⁷ que se vincula a nuestro ordenamiento nacional con sus decisiones.

En consecuencia, una de las principales funciones del juez nacional o doméstico, como se le denomina en algunos ordenamientos nacionales, es el de proteger, salvaguardar y hacer valer los derechos fundamentales que están tipificados en nuestra constitución federal, tratados internacionales de los que México es parte y en las sentencias que emite la CIDH, por consiguiente el juez natural o doméstico, ha pasado de ser un simple juzgador del sistema ordinario y de la constitución federal a expandir sus criterios a todo el bloque constitucional,⁸ dicha obligación se encuentra

³ Nota de los autores. Se procuró a lo largo de este trabajo parafrasear a los doctrinitas y al mismo tiempo reconocer su aporte. Las transcripciones se encuentran marcadas debidamente.

⁴ HABERMAS, Jürgen: *La inclusión de los otros estudios de teoría política política*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 97-105.

⁵ Sistemas que aparecen en la siguiente obra: MARTÍN, Claudia y otros, *Derechos Internacionales de los Derechos Humanos*, Editorial Universidad Iberoamericana-Fontamara, México, 2004.

⁶ Convención Americana de derechos humanos, artículo 62, Declaración de México para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de diciembre de 1998, decreto de promulgación DOF 24 de febrero de 1999.

⁷ GARCÍA Ramírez, Sergio: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Ed. Porrúa. 2007.

⁸ Entiéndase por bloque constitucional, tratados internacionales de los que México es parte, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sentencias internacionales vinculatorias hacia México.

primeramente en la CIDH⁹ y además, existe constitucionalmente la obligación para todas las autoridades en el ámbito de sus funciones, la disposición para cumplir y hacer cumplir los derechos fundamentales, de conformidad con lo que disponen los arábigos 1 y 133 constitucionales.¹⁰

Además dichas disposiciones, están vinculadas tanto al Poder Judicial Federal, según se establece en la constitución federal¹¹ como al poder judicial de cada entidad federativa, para ser más específicos, para el poder judicial del estado de Jalisco, está contemplado en de la ley orgánica¹² relativa, así mismo existen disposiciones para los demás tribunales que imparten justicia en nuestro país, como es el caso de los operadores jurídicos en México, federales y locales;¹³ ya que la potestad de quien juzga en dichos tribunales es la misma que establece la Constitución, salvaguardar, respetar y hacer respetar los derechos fundamentales del bloque constitucional, ya que dicha obligatoriedad no está limitada a cierto tipo de administradores de justicia, sino al contrario, literalmente es a todas las autoridades, artículo primero constitucional que en lo conducente señala:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...

...Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de

⁹ Sentencias de la CIDH en contra de México, consultada 25/IV/2014, 1. Caso: Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos; 6 de agosto de 2008 2. Caso: González y otras vs Estados Unidos Mexicanos; 16 de noviembre de 2009 3. Caso: Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos; 23 de noviembre de 2009. 4. Caso: Fernández Ortega y otros vs Estados Unidos Mexicanos; 30 de agosto del 2010. 5. Caso: Rosendo Cantú y otras vs Estados Unidos Mexicanos; 31 de agosto del 2010. 6. Caso: Cabrera García y Montiel Flores vs Estados Unidos Mexicanos; 26 de noviembre de 2010. http://www.miguelcarboquenell.com/docencia/Sentencias_condenatorias_contra_Mexico_de_la_Corte_Intramericana_de_Derechos_Humanos_printer.shtml.

¹⁰ Artículos 1, 15, 102, 103, 105, 107 y 133 de la Constitución Federal Mexicana.

¹¹ La propia Constitución en sus artículos: 1, 14, 16, 17, 19 y 20 y la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, en sus artículos del 42 al 55.

¹² La Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Jalisco, en su artículo 110 fracción X.

¹³ Ver glosario.

conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Que ejercen una función dentro de cualquiera de los niveles de gobierno¹⁴ y en cualquier división de poderes¹⁵ dicha obligatoriedad existía desde la original Constitucional Federal de 1917,¹⁶ empero siempre ha existido por parte de los tribunales domésticos en este país gran resistencia al cambio y a la interpretación de la carta magna en juicios ordinarios, por ser monopolio exclusivo del Poder Judicial Federal, interpretar cualquier ordenamiento constitucional a pesar de que la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en nuestro país sabía que existía dicha disposición constitucional y tesis de la misma corte, según se expresa literalmente a continuación:

CONSTITUCIÓN. SU APLICACION POR PARTE DE LAS AUTORIDADES DEL FUERO COMÚN CUANDO SE ENCUENTRA CONTRAVENIDA POR UNA LEY ORDINARIA.

Si bien es verdad que las autoridades judiciales del fuero común no pueden hacer una declaración de inconstitucionalidad de la ley, si están obligadas a aplicar en primer término la Constitución Federal, en acatamiento del principio de supremacía que estatuye el artículo 133 de la propia Carta Magna, cuando el precepto de la ley ordinaria contraviene directamente y de modo manifiesto, una disposición expresa del pacto federal.

Amparo directo 6098/55. Fernando Cásares y Cásares Jr. y otro. 22 de febrero de 1960. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Al texto general todas las jurisprudencias

La cual permitía que un juez doméstico mexicano pudiera interpretar para un caso concreto, cuestiones de nuestro bloque constitucional,¹⁷ a través de la figura

¹⁴ Federal, estatal o municipal.

¹⁵ Ejecutivo, legislativo y judicial.

¹⁶ Cfr. Artículo 133. CPEUM.

¹⁷ El bloque de constitucionalidad una categoría jurídica, (que se desarrolla en el derecho constitucional internacional) que otorga rango constitucional a determinadas normas internacionales de la materia, GONGORA Mera, Manuel Eduardo: *El Bloque de constituciona-*

que los doctrinistas y la misma CIDH han denominado control de convencionalidad, comenta Hitters,¹⁸ que dicho control¹⁹ es una institución o mecanismo depurativo, creado por las cortes internacionales, con el fin de que los tribunales nacionales evalúen y comparen el derecho local con el supranacional para velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, ejerciendo un control *ex officio*,²⁰ entre las normas internas y la CIDH. Su fundamento es la jerarquía de los tratados, el *ius cogens*, y la vinculatoriedad de la jurisprudencia de órganos como la propia CIDH.

Ante dichas disposiciones, la SCJN de México se ha pronunciado al respecto,²¹ al manifestar que en todo momento la interpretación constitucional se deberá de hacer siempre y cuando no contravenga el texto mismo de nuestra Carta Magna.

idad en Argentina y su Relevancia en la lucha contra la impunidad, Centro de derechos Humanos de Nuremberg, 2007, consulta: 01-V-2014, en: http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Bloque_Constitucional_Argentina_impunidad.pdf

¹⁸ HITTERS, Juan Carlos: “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad”, *Estudios constitucionales*, Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) Ed. por: Centro de estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, n° 2, 2009, pp. 109-128, ISSN 0718-0195.

¹⁹ La Corte IDH a partir del caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, No. 101, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, ha usado la connotación de “Control de Convencionalidad”, lo que obviamente significa una comparación entre las convenciones sobre derechos humanos y las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo. Es análogo, *mutatis mutandi*, al control de convencionalidad.

²⁰ JURISPRUDENCIA: Época: Décima Época Registro: 2005056 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II Materia(s): Común Tesis: IV.2o.A. J/7 (10a.) p: 933 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ES UNA OBLIGACIÓN INELUDIBLE DE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL EJERCERLO, AUN DE OFICIO, CUYO INCUMPLIMIENTO VULNERA EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS Y COMPROMETE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO MEXICANO EN SU CONJUNTO.

²¹ JURISPRUDENCIA: Control de convencionalidad. Debe ser ejercido por los jueces del estado mexicano en los asuntos sometidos a su consideración, a fin de verificar que la legislación interna no contravenga el objeto y finalidad de la convención americana sobre derechos humanos. (N° de registro 165,074/tesis aislada/materia común/Novena época).

El juez nacional como juez internacional

Justificación del Poder Judicial Federal

México firmó la Carta de las Naciones Unidas²² (CNU) y con posterioridad la Declaración Universal de los Derechos Humanos²³ (DUDH) adquirió compromisos de carácter internacional que pretenden proteger los derechos fundamentales de todos los mexicanos que están bajo su jurisdicción y soberanía, y desde esos momentos los derechos humanos dejaron de ser una cuestión nacional meramente para pasar a ser de relaciones internacionales, este proceso se le ha conocido como el de internacionalización.²⁴ Por lo tanto la CNU y DUDH fueron los puntos de partida para que varios países con posterioridad se adhirieran a instrumentos internacionales²⁵ por consiguiente como lo dice el propio autor:

...En este sentido, la naturaleza que adquieren los derechos humanos previstos en los tratados internacionales, no es el otro que persiguen las constituciones en su núcleo de derechos fundamentales y garantías; situándolos entonces, en una nueva rama de estudio del derecho constitucional trasnacional...²⁶

A partir de la reforma constitucional del 11 de junio del 2011, en la que en tratándose específicamente de derechos fundamentales, se reformaron los artículos 1, 15, 102, 103, 105, 107 y 133 de la Constitución Federal mexicana, de igual manera existen disposiciones vinculatorias, a través de sentencias internacionales en contra de México,²⁷ en primer lugar tenemos la sentencia de la CIDH en el caso de Almoacid

²² Disponible en: <http://WWW.cinu.mx/onu/miembros/>

²³ Disponible en: <http://WWW.un.org/es/members/>

²⁴ PECES-BARBA, Gregorio: *Lecciones de derechos fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005. pp. 115-120.

²⁵ La Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre (1984), el Pacto internacional de los Derechos civiles y políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (1969); Convención americana Sobre derechos Humanos (1969) etc.

²⁶ Prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en José Luis Caballero Ochoa, la incorporación de los tratados internacionales sobre los derechos humanos en España y México, Ed. Porrúa, México, 2009, p. XIX.

²⁷ [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.\(fecha de consulta 25/04/2014\),](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.(fecha de consulta 25/04/2014),)

Arellano, donde se menciona que los jueces locales tienen la obligación de ejercer el control de convencionalidad como intérprete de la CIDH y que tienen la obligación de aplicar la jurisprudencia de la CIDH, lo mismo que ha pasado con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), posteriormente se dictó en contra de México la sentencia del caso Radilla Pacheco,²⁸ específicamente obligó a la CIDH a nuestro país, a modificar su sistema jurídico doméstico, para efectos de que se aplicara en todo momento la protección de dichos derechos fundamentales por parte de todas las autoridades en el ámbito de sus funciones según los siguientes apartados

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...²⁹

La SCJN de México al tratar de cumplir los ordenamientos dictados por la CIDH, en dicho caso, se conformó el expediente “varios” 912/2010, en el que se fijaron las *siguientes pautas*:

(CASO CASTAÑEDA GUTMAN VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (6 DE AGOSTO DE 2008), CASO GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO (16 DE NOVIEMBRE DE 2009),CASO RADILLA PACHECO VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (23 DE NOVIEMBRE DE 2009),CASO FERNÁNDEZ ORTEGA Y OTROS VS. MÉXICO (30 DE AGOSTO DE 2010),CASO ROSENDO CANTÚ Y OTRA VS. MÉXICO (31 DE AGOSTO DE 2010),CASO CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO (26 DE NOVIEMBRE DE 2010).

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*, pp. 92, 93.

...Las sentencias condenatorias de la CIDH en las que el estado mexicano sea parte, son obligatorias en sus términos para el poder judicial de la federación.

Los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

Existe un modelo de control concentrado en los órganos del poder judicial de la federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto, y en segundo término, el control del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que es competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

Todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de estas...³⁰

Claramente se establecen las medidas que adoptará nuestro país para los efectos de la aplicación de la convencionalidad en defensa de los derechos fundamentales. De igual manera la SCJN determinó que el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente en nuestro país,³¹ esto es, forma parte de un control de constitucionalidad general que se debe desprender de una interpretación conforme³² y a través de un análisis sistemático de los arábigos 1 y 133 de la Constitución Federal.

³⁰ BAZAN Y NASH, *Justicia constitucional y derechos fundamentales, el control de convencionalidad 2011*. Libro electrónico en cooperación. Ed. Víctor Bazán y Claudio Nash, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y La Institución Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2012, p. 41.

³¹ JURISPRUDENCIA, Época Décima: Registro: 2006165 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Publicación: viernes 11 de abril de 2014 10:09 h Materia(s): (Común) Tesis: 1a. CXLV/2014 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE SU EJERCICIO EN SEDE NACIONAL E INTERNACIONAL.

³² FERRER MacGregor, Eduardo: *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, pp. 361 y 362, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14> Consulta: 01-V-2014.

Para tales efectos se estableció que la interpretación por parte de los jueces debe de seguir los siguientes pasos:

Interpretación conforme en sentido amplio, que significa que se debe interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo momento a las personas la protección más amplia.

Interpretación conforme en sentido estricto, para casos en los que existen varias interpretaciones jurídicamente válidas de un determinado precepto, supuesto en el que los jueces deben, participar en la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde con los derechos humanos establecidos en la constitución y en los tratados internacionales.

Inaplicación de una ley cuando las anteriores no son oponibles.³³

De igual manera la CIDH, ha emitido varias sentencias que conllevan la obligación de la aplicación del control de convencionalidad en el ámbito interno de cada país, para lo cual podemos observar las siguientes:

Poder judicial (caso Almoacid Arellano y otros contra Chile)

Órganos del poder judicial (caso trabajadores cesados del congreso c. Perú)

Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (caso Cabrera García y Montiel Flores contra México)

Cualquier autoridad pública y no solo el poder judicial (caso Gelman contra Uruguay)

*Adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la CIDH (caso López Mendoza contra Venezuela y caso Atali Riffo y Niñas contra Chile)*³⁴

Así, tenemos que el fundamento del control de convencionalidad, se encuentra en los siguientes artículos de la CADH:

Artículo 1.1 Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno

³³ BAZAN Y NASH..., *op cit*, p. 42.

³⁴ *Idem*, p. 31.

ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2º Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 29º Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

De dichos artículos emana la obligación que tiene el Estado que forma parte de dicha convención, para tomar todas las medidas para asegurar, el respeto, protección y promoción de dichos derechos fundamentales en todo momento, así mismo de realizar un control de convencionalidad del derecho internacional al derecho interno o doméstico, obligando con esto a que cada estado miembro cumpla con sus compromisos internacionales, aplicando el principio de *pacta sunt servanda*,³⁵ el cual debe de realizarse de **buena fe** por los estados y sin invocar disposiciones de derecho

³⁵ MÉNDEZ Silva, Ricardo: *Los principios del derecho de los tratados*, Editado por la Biblioteca Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 93-95, consulta: 1-V-2014, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/7/art/art4.pdf>

interno para dejar en estado de indefensión o mutilar el derecho de algún gobernado en beneficio propio como ente público.

La resistencia por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Hemos vivido en nuestro país, una resistencia cambiar el modelo de administrar justicia por parte de los operadores jurídicos, ya que se rehúsa la SCJN a dejar el monopolio de la interpretación constitucional por parte del poder judicial federal a los jueces del fuero común en un caso concreto, además de que existe el controversial criterio de aplicación del principio *pro-homine*:

Época: Décima Época Registro: 2006224 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación Publicación: viernes 25 de abril de 2014 09:32 h Materia(s): (Constitucional) Tesis: P. /J. 20/2014 (10a.) DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL...

La que establece y permite restricciones a los derechos humanos contenidas en la Constitución Federal mexicana, tan es así, el caso concreto del supuesto establecido en el artículo 123, inciso B, fracción XIII constitucional, que permite la discriminación en materia laboral para trabajadores del estado:

XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agente del Ministerio Público, perito y los miembros de las instituciones policiales, se registrarán por sus propias leyes.

Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. **Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda**

su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido...³⁶

De igual manera nuestra Carta Magna permite el arraigo, contenido en el artículo 16, que menciona lo siguiente:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, **podrá decretar el arraigo de una persona**, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días...

Siendo que dicho arábigo restringe el derecho fundamental de la libertad del individuo, y dicha disposición también está justificada por la contradicción de tesis mencionada con anterioridad.

Lo anterior, pudiera atentar con las disposiciones de los dos artículos señalados el **principio pro-homine**, que se establece en nuestra constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte, ya que en vez de permitirse un derecho expansivo que más beneficie al gobernado, el mismo es mutilado y coartado por tales determinaciones, permitiendo dicha contradicción, que el derecho nacional o doméstico restrinja los derechos adquiridos en sentencias y jurisprudencias internacionales por parte de la CIDH.

Conclusiones

Situados ante la conversión de un juez nacional en garante de los derechos atribuidos por el derecho internacional a través de los tratados y de las sentencias de la CIDH³⁷ de igual manera encontramos la modulación de dicho juez nacional de ser el

³⁶ Énfasis de los autores.

³⁷ UGARTEMENDIA Eceizabarrena, Juan Ignacio: *El juez nacional como garante de los derechos en el ámbito comunitario*, p. 205, (trabajo presentado en el curso de verano de la UPV/EHU-2002, la constitucionalización de la Unión Europea, 2003).

avalista de los derechos atribuidos por el ordenamiento interno y el derecho comunitario, para poder garantizar desde su jurisdicción los derechos fundamentales del ser humano, sin necesidad de que se acuda a instancias de juicios como el amparo, para obtener una tutela judicial efectiva por parte del juzgador.

Los derechos humanos del *ius commune*³⁸ son aquellos que forman parte del acervo jurídico de la comunidad internacional, pero a la vez, éste, forma parte del derecho nacional interno de nuestro país, cuya aplicación es obligatoria para todos los operadores jurídicos.

Por lo tanto el sistema judicial, no solamente reside en la Suprema Corte de Justicia de la Nación o en los tribunales que conforman el Poder Judicial Federal, sino en todos los órganos jurisdiccionales de cada una de las entidades federativas, así como los tribunales que no dependen del poder judicial federal o local, pero que tienen funciones jurisdiccionales o de administración de justicia, por lo tanto el juez nacional (de cualquier nivel de gobierno) se convierte en juez comunitario y a la vez en juez internacional para los efectos de la defensa de los derechos fundamentales a través del control de convencionalidad que los faculta.³⁹

El derecho internacional de los derechos humanos, especialmente el interamericano, modifica la función del juez nacional o doméstico de tutelar los derechos de los gobernados, ya que por una parte lo obliga a reconocer los ordenamientos que están reconocidos a nivel internacional, tanto en convenciones como en sentencias o jurisprudencia internacional y por otra, regula importantes elementos referentes a su labor de garante de los derechos reconocidos en la Constitución Federal y en todas las leyes que de ella emanan.

A través de estos instrumentos el juez nacional adquiere medios y competencias para interpretar el derecho, al expandir los derechos fundamentales que más beneficien al ciudadano, siendo éstos, los criterios jurisprudenciales y sentencias internacionales emitidas por la CIDH, vía interpretación de los tratados, que hace más amplia la garantía nacional de los derechos reconocidos en la Constitución Política Mexicana y que al derecho nacional doméstico o primario le da un carácter de internacionalizante, como medio de interpretación de nuevas formulaciones constitucionales.

³⁸ Comentario: Son aquellos derechos que son reconocidos por las sentencias de la CIDH y en los tratados internacionales, para el caso concreto de los que México es parte.

³⁹ Comentario. Dicha facultad de aplicación nace de que el derecho comunitario es parte integrante del derecho aplicable a los países miembros, según lo establece el artículo 133 constitucional.

Glosario

Operadores jurídicos: Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje, Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje, Tribunal de lo Administrativo en el Estado de Jalisco, Tribunal de Arbitraje y Escalafón en el Estado de Jalisco, Tribunales Agrarios, Tribunales de Justicia Militar, etcétera que si bien es cierto no pertenecen al poder judicial federal o local, imparten justicia administrativa en cualquier nivel de gobierno, así como los Tribunales Laborales y los Tribunales Castrenses.

La privatización de las cárceles en México

Marina Manríquez Jiménez¹
Angélica Oceguera Avalos²

RESUMEN: La concepción de privatizar las cárceles, surgida en Estados Unidos, es retomada por países europeos y latinoamericanos, cuyas modalidades dependen de la relación contractual entre el Estado y las empresas privadas. El presente trabajo trata los antecedentes generales de la privatización de las cárceles. Plantea la definición de cárcel y sus tipos. Revisa en particular la privatización carcelaria en Estados Unidos, México y el marco jurídico nacional e internacional de los derechos de las personas privadas de la libertad, entre ellos, el de la reinserción social.

PALABRAS CLAVE: Privatización, cárcel, reinserción social, sistema penitenciario, prisión privada, prisión pública.

ABSTRACT: The concept of privatizing prisons emerged in the United States, and adopted by European and Latin American countries, the details of which depend on the contractual relationship between the State and private companies. This paper addresses the general back ground about privatization of prisons. Propose a definition of prison, and their types. Check in particular prison privatization in the United States and Mexico, also the national and international legal framework for the rights of persons deprived of liberty, including the social reintegration.

KEYWORDS: Privatization, prison, social reintegration, penitentiary system, private prison, public prison.

¹ Maestra en Derecho Constitucional y Amparo.

² Doctora en Ciencias de la Salud en el Trabajo. Directora de Tesis y asesora en el presente ensayo.

SUMARIO: Antecedentes históricos ■ Definición de cárceles, Tipos de cárceles ■ La privatización carcelaria en Estados Unidos ■ La privatización penitenciaria en México ■ Justificación normativa ■ Conclusiones.

*Antecedente históricos*³

En la Edad Media, las cárceles privadas fueron utilizadas en los diferentes territorios de las penínsulas junto con las cárceles públicas. Con la recepción del *ius commune* en el siglo XIII, el derecho castellano comenzó a contemplar el delito de cárcel privada debido a la recuperación del *ius puniendi* que se entendía inherente a la soberanía del rey. Era considerado un crimen de *laesae maiestatis* sancionable con la pena de muerte por usurpar el *imperium* del rey. La institucionalización de una administración de justicia cada vez más fuerte a partir de la Edad Moderna, fue poniendo cerco a esta situación hasta acabar definitivamente con ella.

Los primeros ordenamientos jurídicos medievales de carácter municipal, aun siendo muy breves ya contenían en su mayoría un entendido privilegio contra el encarcelamiento de los vecinos, como medida de inmunidad que favorecía la repoblación de los nuevos territorios, que debemos entender en su doble vertiente pública y privada.

Tras la rápida caída del gobierno visigodo de Toledo, la prisión fue considerada en principio un instrumento exclusivo de la justicia pública, tal y como venía prevista en el *Liber iudiciorum*, tanto en los originarios lugares del reino astur-leonés, en los que la herencia visigoda se hizo más sensible, como en los territorios catalanes de la marca hispánica, en los que el texto visigodo tenía plena vigencia bajo la protección carolingia, y en textos tan importantes por su capacidad de expansión como el Fuero de Jaca en Aragón; lo que legó a su máximo exponente en el llamado privilegio de los Veinte o del *tortum per tortum* concedido a Zaragoza en el año de 1119 y a Tudela algunos años después en que la práctica de las prisiones particulares en causas criminales se permitió de forma expresa por el derecho e incluso cuando se producía al margen o sin intervención alguna de la justicia pública. Este privilegio ha sido calificado como la más dura ley marcial que contiene el derecho aragonés.⁴

³ Nota de la autora: Varias de las citas a pie de página no son textuales, razón por la cual no llevan cursivas.

⁴ RAMOS Vázquez, Isabel: *Cárceles públicas y privadas en el Derecho Medieval y Castellano, el delito de cárceles particulares*, n. 28, Valparaíso, 2006, p. 1, 3 y 4. Consulta: 18-IV-2014, en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100010

Entre las prácticas de apresamiento privado realizada por los vecinos para resolver controversias al margen de la ley y de los jueces, debió encontrarse muy extendida la de los encerramientos en la casa propia del detenido, que según Orlandis era una de las violaciones clásicas de la paz.

Por otra parte, existió la figura de los andadores, que entre otras labores de apoyo a la justicia, recibieron de los jueces la función de custodios de todos los presos que por pena pecuniaria o por alguna culpa el juez tenga en la prisión, según fuero; y para llevarla a cabo utilizaron las primeras cárceles públicas que en la mayoría de las ocasiones no tenían una sede fija sino que se realizaban en casa de los propios jueces, como advierten algunos textos, o cambiaban de lugar según la casa que cada año los andadores encontraban para alquilar,⁵ pero como enfatiza Cuello Calón (citando a Mommsen); en el derecho romano la prisión sólo tenía una medida preventiva, pero el derecho de la Iglesia ya organizó la prisión como pena sometiendo a los encarcelados bajo un régimen de penitencia.⁶

Los antecedentes penitenciarios aparecen con la civilización y con las nuevas estructuras de la sociedad. Peña Mateos señalaba que los vestigios que nos han dejado las civilizaciones más antiguas (China, Egipto, Israel y Babilonia) muestran la prisión como un lugar de custodia y tormento, siendo aprovechada en determinadas ocasiones para averiguar determinados aspectos del proceso criminal.

García Valdés comenta que todos los derechos antiguos y ordenamientos medievales establecen que la prisión es un lugar de retención, *la cárcel de custodia* repetido en las Partidas o en el Libro de las Costumbres de Tortosa.⁷ Obra de antecedentes remotos desde el referido Platón a San Juan Crisóstomo, citado por Cándido Conde Pumpido, los cuáles entienden que la pena es una medicina contra el autor del delito, el tratamiento su aplicación y la cárcel el hospital.⁸

Aunque no existe unanimidad, el más antiguo sistema de prisiones (en el sentido de establecimiento de pena) es la cárcel, que data de 1166, en que Enrique II de Inglaterra mandó construir una en Claredon, donde promulgó sus famosas constituciones.

⁵ *Idem*, p. 6.

⁶ GUDÍN Rodríguez y Magariño, Faustin: *Introducción Historia de las Prisiones*, p. 3. Consulta: 8-IV-2014, en: <http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/derecho-constitucional/derechos-de-los-reclusos/pdf/ESTUDIO0.pdf>

⁷ MIQUELARENA Meritello, Alejandro: *Las Cárceles y sus Orígenes*, p. 3. Consulta: 17-IV-2014, en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/08/ejecucion03.pdf>

⁸ *Idem*, p. 3.

El primer establecimiento en el que se desarrollaron tareas o trabajos por parte de los reclusos fue *the house of correction of Bridewell* en la ciudad de Londres, en Ámsterdam aparecen las *Rasphuis* (prisiones para hombres donde se encargaban de raspar madera), las *Rasphinuis* donde se encargaba de las labores de hilandería en caso de las mujeres y unos años después, una tercera destinada a los jóvenes rebeldes entregados para su reforma por los propios familiares.⁹

El siglo XVII, en que regía el absolutismo monárquico se caracterizó, a criterio de Mezger, como el más repugnante que conoce la historia de la humanidad (penas extremadamente crueles: torturas, mutilaciones y pena de muerte, confesión mediante tortura, gran desproporción entre el delito y la pena que le correspondía, aplicación analógica de la ley penal, y la falta de una debida defensa en el juicio) Los estados con mayor poderío económico y político, advirtieron la mayor fuerza productiva que representaban los condenados y se dedicaron a su explotación, de esta forma Francia, Inglaterra, España y Portugal, implementaron el encierro para obtener mano de obra para trabajos forzosos. La excepción de este panorama lo constituye Suiza, dado que en el siglo XVII su *Schellenwerke* se funda bajo el principio del trabajo útil para los presos no del tormento ineficaz.¹⁰

En América surgió la egida de William Penn, quien no creía en el castigo corporal y abogó porque la pena de muerte sólo fuera para el asesino premeditado. Pennsylvania se distinguió por la humanidad de su régimen penitenciario, hasta que se produjo la muerte de Penn (1718), a partir del que se suplió todo régimen existente.¹¹ A partir del siglo XVII en Europa los orígenes de los centros penitenciarios que sirvieron como prisión son el Hospicio de San Michelle en Roma 1704, y la prisión de Gante en Bélgica, en 1773. En Gante se funda *La Maison of forcé*, lugar en donde se forman distintos pabellones (hombres, mujeres y mendigos) en New York.¹²

Desde fines del siglo XVIII ha acontecido un cambio trascendental de paradigmas respecto a las sanciones criminales y las políticas penitenciarias: del castigo ejemplar como elemento disuasivo, se pasó a un esquema donde los castigados son disciplinados, y si fuese posible, rehabilitados para la sociedad. Anteriormente al crecimiento del estado y de los sistemas penitenciarios modernos, las prisiones eran en la gran mayoría de los casos sólo una situación previa al castigo propiamente dicho, el cual,

⁹ *Idem*, p. 4.

¹⁰ *Idem*, p. 6.

¹¹ *Idem*, p. 6.

¹² *Idem*, p. 8.

solía ser básicamente corporal, desde azotes, hasta la pena de muerte. En ese sentido, el esquema penitenciario moderno de Reino Unido, gestado en 1775 por el legislador británico Hanway, resaltaba que el trabajo en las cárceles sería un ejercicio tanto de conversión como de aprendizaje; las prisiones restituirán al estado los súbditos que había perdido. Por ello, Hanway solía referirse a las cárceles como reformatorios.¹³

Sistema de Auburn o de la regla del silencio, nace a principios del XIX en la Penitenciaria de esta ciudad del Estado de Nueva York. Está organizado con el trabajo y la vida en común durante el día, bajo la regla del silencio absoluto con severa disciplina a base de castigos corporales, y manteniendo el aislamiento nocturno. Este sistema fue adaptándose a la mayoría de las prisiones americanas, por el contrario, en Europa su incidencia fue escasa.

En España tuvo su influencia en la Ley de Bases para la Reforma Penitenciaria 1869, que recogía algunos de sus postulados como eran el aislamiento nocturno y el trabajo diurno en común. Sistema progresivo, surge en el siglo XIX en Europa para alcanzar la reforma del penado a través de la mejora de condiciones en función del buen comportamiento del recluso. El cumplimiento de la condena se divide en etapas que van desde el aislamiento total hasta la libertad condicional. Siendo cada fase una progresión de la anterior en función de la buena conducta del penado que le proporcionará gradualmente menos disciplina y mayor libertad.

En España lo aplicó en 1835 el Coronel Montesinos en el penal de San Agustín de Valencia. Dividió el tiempo de prisión en cuatro periodos: hierros, trabajo, libertad intermedia y libertad condicional. Este sistema no se implanta de manera general en todo el país hasta 1900, y lo hace bajo el nombre de sistema progresivo irlandés. En Inglaterra lo aplicó el Capitán Maconochie en 1840, en la isla de Norfolk. Dividió la ejecución penal en tres fases: régimen cerrado o periodo de prueba, régimen intermedio de trabajo en comunidad y libertad condicional. La duración de la pena era una suma de trabajo y buena conducta representada por un número de marcas o boletos, así, la cantidad de marcas que el penado tenía que sumar antes de obtener la libertad estaba en proporción a la gravedad del hecho criminal.¹⁴

¹³ HELIOS, *Los sistemas penitenciarios y el rol del sector privado*, abril, 2011, Lima, Perú. http://www.helios.com.pe/articulos/Los_Sistemas_Penitenciarios_y_el_Rol_del_Sector%20Privado.pdf

¹⁴ HERNÁNDEZ, Cubero, Rafael, *Introducción al sistema penitenciario Español*, Ed. Noviembre, p. 14. 2005. Consulta: 24-IV-2014, en: <http://www.aloj.us.es/criminoticias/docuprof/spe-nitenciario.pdf>

El Estado mexicano desde la Constitución de 1917, en su artículo 18, establece que el gobierno de la federación y los estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal, colonias, penitenciarias o presidio sobre la base del trabajo como medio de regeneración de los internos.¹⁵ **En 1970 en la ciudad de México funcionaban como cárceles grandes el Palacio de Lecumberri (preventiva), Santa Martha Acatitla (para sentenciados) y Centro Femenil de Rehabilitación social (para procesadas y sentenciadas)**¹⁶

Sin embargo, en nuestro país también se ha contemplado la posibilidad de la participación del sector privado en el sistema penitenciario, que de acuerdo con Fabiola Tapia, el antecedente se remonta a la investigación que habría realizado un equipo de funcionarios mexicanos en el año 2000, en que al amparo de la Organización de Estados Americanos, concluyó en la conveniencia de construir cuatro establecimientos penitenciarios con capital privado en las provincias de Tenancingo, Tenango del Valle, Ixtlahuacán Zumpango. Sin embargo y con tal hermetismo el gobierno estatal canceló la participación de la iniciativa privada en la construcción de las cárceles. Una de las más recientes propuestas que se han dado para responder a la preocupante situación carcelaria fue la del Partido Verde Ecologista de México para apoyar la intervención del sector privado en la construcción, operación y administración de los centros penitenciarios dependientes de la federación, con la correspondiente rectoría del Estado.¹⁷

El trabajo como derecho individual y como derecho social se reglamenta ampliamente en la norma Constitucional, en los artículos 5º y 123, el primero de ellos consagra la libertad del trabajo y el derecho al producto con las limitaciones propias de la licitud, aunque exceptúa “el trabajo impuesto como pena por autoridad judicial el cual se ajustará a las disposiciones I y II del artículo 123”, sobre la duración máxima de las jornadas diurna y nocturna y admite la determinación judicial “para ser privado del producto del trabajo”. En cualquier trabajo deben de respetarse los derechos a

¹⁵ COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús: *Historia de la Constitución Política de México*, Ed. Conmemorativa del Centenarios de la Revolución Mexicana de 1910, Ed. Porrúa, México, 2010, p. 9.

¹⁶ KURCZYN Villalobos, Patricia, *Las condiciones del trabajo carcelario*, p. 352. Consulta: 24-VI-2014, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/116/23.pdf>

¹⁷ ARRIAGADA Gajewsri, Isabel: *De las Cercas y Concesiones Privatización carcelaria penalidad neoliberal*, Revista de Derecho, Vol. XXV - N° 2, Valdivia, Chile, 2012, p. 31. Consulta: 8-IV-2014, en: <http://www.redalyc.org/pdf/1737/173725189001.pdf>

la integridad física, psíquica y moral de los internos y naturalmente quedan prescritos las esclavitudes, la servidumbre y los trabajos forzados, sin incluir las funciones obligatorias del artículo 36 Constitucional. El Trabajo impuesto por determinación judicial según ordena el artículo 27 del Código Penal, serán prestaciones a favor de la comunidad realizadas en instituciones públicas educativas o de asistencia social. El trabajo cumple con una función social, que brinda al reo la oportunidad de ser útil a la comunidad.¹⁸

El trabajo penitenciario se entiende como tal, la actividad o conjunto de éstas realizadas por sujetos privados de su libertad, dentro de cualquier recinto carcelario, independiente de cualquier denominación atribuida a dichos locales, conforme a los ordenamientos legales aplicables.¹⁹

Tipos de cárceles

Definición de cárcel: Son aquellos espacios específicamente pensados, diseñados y construidos para albergar a individuos considerados criminales o peligrosos para el resto de la sociedad. La cárcel tiene por objetivo, mantener en cautiverio a quienes no respetan la ley explícitamente establecida por una sociedad y deben así recibir algún tipo de castigo o pena por tal situación.²⁰ Según el concepto genérico de cárcel (v), la custodia y seguridad de los presos constituye función del Estado.²¹

a) **Cárcel pública:** Las cárceles públicas, son las que establece el artículo 18 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.²²

¹⁸ KURCZYN..., *op. cit.*, pp. 253-254. Consulta: 24-VI-2014.

¹⁹ *Idem*. P.7.

²⁰ Diccionario abc, *Diccionario hecho fácil*. Consulta: 24-IV-2014, en: <http://www.definicion-abc.com/general/carcel.php>

²¹ En jurídicas: Letras C, *Definición de cárcel*, Renault México, consulta: 24-IV-2014, en: <http://www.definicion-de.es/carcel>

²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 34ª ed., Ed. Esfinge, México, 2012, p. 24. Reformado mediante Decreto publicado en el DOF el 10 de junio de 2011.

b) Cárcel privada: Cuando se usa el término prisión privada se hace referencia al modelo de ejecución que permite a una empresa privada diseñar, construir, posteriormente administrar a un centro penitenciario y a los internos que en él se hallan, cumpliendo una sanción penal impuesta por el Estado. La materia relativa al sector privado en el entorno penitenciario despliega otras muchas vertientes a considerar, lo que debe añadirse a las circunstancias específicas del país en cuestión.

El lucro de la empresa privada se constituye en un elemento distorsionador de cualquier fin resocializador, por cuanto que ésta, en una sociedad de mercado, protegerá sus intereses económicos, relegando a un segundo plano el fin al que se destina la privación de la libertad.²³

Las fórmulas de participación privada en las cárceles, se resume en tres modelos: El *modelo de leasing*, en el cual las empresas privadas, con capitales propios o aportados, diseñan, construyen e implementan el centro penitenciario para luego traspasarlo al estado cuando éste haya pagado por dichas prestaciones en el plazo convenido; el *modelo de privatización*, que delega totalmente la actividad penitenciaria en el sector privado, encargándose el estado de su fiscalización; y el *modelo mixto*, que encomienda algunas acciones al sector privado, responsabilizándose el estado de cumplir las funciones de seguridad y vigilancia.²⁴

La privatización carcelaria en Estados Unidos

El sistema penal de los Estados Unidos de América experimentó vigorosamente diversas clases de privatización carcelaria a lo largo de la mayor parte del siglo XIX, las legislaciones de la época estaban muy interesadas en mantener en un mínimo los costos de los nuevos sistemas penitenciarios. A lo largo de este siglo se configuraron básicamente dos sistemas de prisión: por una parte el sistema de Pennsylvania que acataba el confinamiento solitario, el trabajo en soledad y la penitenciaría personal: y por la otra, el sistema Auburn de Nueva York que perseguía

²³ SANZ Delgado, Enrique: “La Prisiones Privadas, una solución insatisfactoria al problema penitenciario”, *El Rapto de Europa*, N. 11, España, 2007, p. 31. Consulta: 17-IV-2014, en: [http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/1210/Las%20prisiones%20privadas%20\(2007\).pdf?sequence=1](http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/1210/Las%20prisiones%20privadas%20(2007).pdf?sequence=1)

²⁴ ARRIAGADA Gajewsri, Isabel: “De las Cercas y Concesiones Privatización carcelaria penalidad neoliberal”, *Revista de Derecho*, Vol. XXV - N° 2, Valdivia, Chile, 2012, p. 31. Consulta: 8-IV-2014 en: <http://www.redalyc.org/pdf/1737/173725189001.pdf>

los mismos objetivos con la diferencia de que el trabajo era realizado por grupos de presos, reservándose el confinamiento solitario para los días y horas no laborables. Este último sistema se afianzó al avanzar el siglo y condujo tanto a los métodos de producción intramuros como a la existencia de prisiones autofinanciadas.²⁵

Cabe destacar que hace poco más de 15 años la investigadora estadounidense y activista de los años 60, Ángela Davis, acuñó el término de “*complejo industrial carcelario*” y lo comparó al poderoso y tan temido complejo industrial militar estadounidense.

Las cárceles no hacen desaparecer los problemas, hacen desaparecer a los seres humanos. Y la práctica de hacer desaparecer a grandes números de personas de las comunidades pobres, inmigrantes y racialmente marginadas se ha vuelto literalmente un gran negocio.²⁶

La mayor empresa de cárceles en Estados Unidos, *Corrections Corporation of America* (CCA), fue también la primera de esta innovada industria. Creada en 1983, fue ideada por Jack Massey, el mismo hombre que a finales de los 60 fundó el *Hospital Corporation Of America*. Al año siguiente, *Wackernhut Correction Corporation* apareció en el mercado, una empresa que más tarde sería comprada por Grupo Geo, la segunda compañía más grande del complejo industrial.²⁷

Según Cohen, primero fueron los municipios luego los gobiernos de los estados, principalmente el sur del país, cerca de la frontera con México, y con la llegada de Bill Clinton a la Casa Blanca, se endureció más la política criminal en el país, pero fue su compromiso con el fin de “la era del gran Estado” la que redujo dramáticamente la burocracia pública y abrió la puerta a que el Departamento de Justicia contratara cárceles privadas para decenas de miles de inmigrantes indocumentados y criminales. “Para finales de los 90, CCA era uno de los que mejor cotizaban en el Wall Street”, pero el boom para el incipiente complejo industrial carcelario llegó después de la declaración de la “Guerra

²⁵ *El inicio de la prisión carcelaria*, pp. 40-41. Consulta: 12-II-1014, en: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/mes/ortiz_o_ri/capitulo2.pdf

²⁶ Periódico *El ciudadano*: “Las cárceles privadas en EEUU: un negocio millonario”, p. 1. 06-III-2014. <http://www.elciudadano.cl/2014/03/06/102766/las-carceles-privadas-en-eeuu-un-negocio-millonario> Consulta: 17-IV-2014.

²⁷ *Idem*, p. 2

contra el terrorismo” en el 2001 y, especialmente con la política para frenar la inmigración del segundo mandato del republicano George W. Bush.²⁸

Entre 1990 y 2010, la población carcelaria en Estados Unidos creció un 18%, pero el número de presos en cárceles federales y estatales privadas aumentó alrededor del 80%, CCA posee 66 cárceles con capacidad para 91.000 presos, mientras que el Grupo Geo tiene 65 prisiones y puede albergar más de 65.700 detenidos.

Sus ganancias en 2011 fueron 1.700 millones y 1.600 millones de dólares respectivamente; a nivel federal este crecimiento se basó en la privatización de gran parte del sistema de detención de inmigrantes indocumentados, mientras que a nivel de los estados se consiguió gracias al “cortejo” de las autoridades locales que permitió la firma de contratos poco convencionales, un informe de 2012 de *In the Public Interest* analizó 62 contratos de empresas de cárceles con gobiernos estatales y reveló que más del 65% contienen cláusulas que obligan al estado a garantizar una ocupación mínima del 80 hasta el 100% de “las camas” incluso si la tasa de criminalidad disminuye.²⁹

En Colorado en 2012 tras el cierre de cinco prisiones, el gobierno local firmó un acuerdo con CCA para garantizar durante 2013 al menos 3.300 presos en las tres cárceles que la empresa tiene en ese estado con un costo anual de 20.00 dólares por preso diario.³⁰

La privatización penitenciaria en México

En octubre de 1994, la Dirección de Prevención Social de la Secretaría de Gobernación y la Cámara de la Industria del Vestido de Jalisco, Celebraron un Convenio de Concertación de Acciones para el Desarrollo del Programa del Trabajo en la Colonia Penal Federal de las Islas Marías, en dicho contrato se obliga a la Dirección de Prevención Social a prestar las instalaciones para el establecimiento y funcionamiento de empresas maquiladoras afiliadas a dicha Cámara, la cual recibe en comodato la maquinaria disponible. Quedando la propuesta de trabajo a cargo de dicha Dirección, de acuerdo al perfil de mano de obra requerido.³¹ Esto era muy sorprendente en ese momento ya que se exentaba del pago de cuotas a la Cámara, de IMSS, INFONAVIT y

²⁸ *Idem*, p. 2.

²⁹ *Idem*, p. 2.

³⁰ *Idem*, p. 2.

³¹ KURCZYN..., *op. cit.*, p. 371-372. Consulta: 24-VI-2014.

SAR, (impuestos al activo fijo, impuesto sobre la renta al e impuesto estatal), respecto del proceso de producción realizado en la colonia penal.³²

Este antecedente nos deja en claro lo que se señaló, el Partido Verde Ecologista de México, que fue uno de los que apoyó la intervención de la iniciativa privada en las cárceles mexicanas.

Por otra parte, el candidato a la Presidencia de la República Gabriel Quadri de la Torre, del partido Nueva Alianza, también planteó la necesidad de privatizar nuestro sistema carcelario. Su propuesta se basaba en que ha demostrado en múltiples ocasiones las fallas de la administración gubernamental en este tema, como los casos de fugas.³³ Su argumento es que *el Estado mexicano ha comprobado una y o través su incapacidad para manejar el sistema de prisiones*, aunque no ofreció datos de cómo un sistema penitenciario privado tendría mejor capacidad para manejar las prisiones, ni reconoció que hoy el gobierno federal a concesionado la operación administrativa de nuevas prisiones a varias empresas inmobiliarias y de construcción.

El 3 de octubre del año pasado, Felipe Calderón, celebró en la Bolsa de Valores el financiamiento y operación de varias prisiones que se construyeron en su administración. En dicho proceso de privatización penitenciaria se cuestiona que haya habido poca discusión al respecto. Mientras que en otros países se discutió por años si efectivamente sería una buena idea o no privatizar las cárceles debido a los conflictos de interés que genera el beneficio de las empresas concesionarias y los bienes públicos que provee el encarcelamiento de personas que cometen delitos.³⁴

En México se han identificado a concesionarios de los centros penitenciarios. Estamos construyendo más o menos una decena de nuevas prisiones de alta seguridad en el país, la mayor inversión que se haya hecho en mucho tiempo en ello, por el sector privado y algunas empresas ya han colocado exitosamente, a través de la Bolsa Mexicana de Valores las inversiones necesarias para poder financiar tales proyectos de infraestructura, estas concesiones para construir y operar por al menos 20 años cárceles se asignaron de manera directa a las siguientes empresas: ICA, Tradeco GIA, Homex, Prodemex y Arendal. La operación incluye

³² *Idem*, p. 372

³³ QUADRI de la Torre, Gabriel: *Propone Privatizar las Prisiones en México*, 02-IV-2012. Consulta: 8-IV-2014. <http://www.adnpolitico.com/2012/2012/04/02/gabriel-quadri-propone-privatizar-las-prisiones-en-mexico>

³⁴ Blogs de nexos en línea, *La Privatización del Sistema Carcelario en México*, 09 -IV-2012. Consulta: 8-IV-2014, en: <http://redaccion.nexos.com.mx/?p=3921#sthash.V49YUxvm.dpuf>

la provisión de servicios alimenticios, alimentos, limpia, etcétera, excluyendo el resguardo y manejo de reos.³⁵

La empresa Homex, desarrolladora de vivienda, anteriormente invitada a construir celdas en el penal de las Islas Marías, comenzó el año pasado la construcción de dos penales federales, en Morelos y Chiapas, que representarán una inversión de 10,600 millones de pesos.

La edificación de uno de los centros de readaptación contará con el financiamiento de Banobras, Banorte, Banamex y para el otro tendrá recursos del Banco de Desarrollo y Santander. Además, Homex tiene la concesión del gobierno federal para construir y operar durante 20 años las penitenciarías, en las que cobrará por la edificación de las mismas, mantenimiento y operación del servicio de comida y lavandería.³⁶

Carlos Hank González, presidente del Grupo Financiero Interacción, ya tiene a su mando el Centro de Reclusión Estatal de Ciudad Valles, San Luis Potosí, en el que invirtió mil 200 millones de pesos en asociación con la constructora Ingenieros Civiles Asociados (ICA), de la Familia Quintana, Hank también financió dos centros penitenciarios en el Distrito Federal.

Carlos Slim firmó un acuerdo para participar en la construcción de dos centros penitenciarios: uno en Morelos y otro en Chiapas, participa a través de la desarrolladora Homex.

Olegario Vázquez Raña, dueño del Periódico *Excélsior* y de los Hospitales Ángeles, está dentro del negocio a través de la empresa Promotora y Desarrolladora Mexicana (Prodemex) que construye penales en Durango y Michoacán, por su parte ICA que dirige Alonso Quintana ya construye el Centro Federal de Readaptación Social número 11, en Sonora y regido por el esquema empresarial Proyectos de Prestación de Servicios (PPS) Otras compañías son Tradeco, Arendal, La Nacional y La Peninsular, entre otras construyen prisiones federales y estatales en el Distrito Federal, Coahuila, Chiapas, Durango, Morelos, Guanajuato, Sonora y Michoacán.³⁷

Con relación a la cada vez más creciente demanda de participación de las empresas privadas en el ámbito penitenciario en nuestro país, cabe destacar lo señalado

³⁵ *Idem.*

³⁶ HURTADO, Eduardo: "Homex, Empresa de un Nuevo Negocio", *El Economista*, 25-III-2012. Consulta: 8-IV-2014, en: <http://eleconomista.com.mx/finanzas-publicas/2012/03/25/homex-presa-nuevo-negocio>

³⁷ VERA, Rodrigo: "Los reos negocio rentable", No. 1927, *Proceso, Semanario de Información y Análisis* Jalisco, México, p. 14. 6-X-2013.

por Barrón Cruz, quien manifiesta que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) establece que no deben privatizarse las prisiones cuyo objetivo final debe ser el de reeducar y reintegrar al reo a la vida social, meta muy contrapuesta a la de las empresas privadas a quienes les interesa convertir a los reos en un negocio rentable.

En 1977, las Naciones Unidas expiden las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, donde quedó señalado el camino de la reinserción social, e incluso se acordó corroborar su cumplimiento, en ningún momento se le dio cabida a la empresa privada, precisamente por sus fines de lucro: desde entonces se adoptaron estas reglas mínimas, que fueron firmadas y ratificadas por México.³⁸

Todavía en una reunión del 2002 realizada por la ONU, se emitió *el informe del grupo de trabajo sobre la administración de justicia*, donde se censuró a algunos gobiernos de América y Europa por incumplir con los acuerdos pactados al aprobar el funcionamiento de cárceles privadas y de esta manera reducir las obligaciones asignadas al Estado.³⁹ Es necesario puntualizar que ante el constante crecimiento de la población penitenciaria se observa una carga mayúscula en términos presupuestarios, ya que el costo diario por cada interno es de alrededor de 137 pesos, tan solo en el 2012, el Instituto de Estadística y Geografía (INEGI) reportó que los Estados destinaron 8 mil 658 millones de pesos para el mantenimiento de sus centros penitenciarios.⁴⁰ La población penitenciaria es de 242 mil 754 internos en las cárceles mexicanas, en espacios diseñados para un máximo, de 195 mil 278, registrándose un porcentaje de sobrepoblación de 124.3.⁴¹ Si bien es cierto que existe un problema de sobrepoblación penitenciaria, esto no debe ser una causal para privatizar las cárceles en México. De acuerdo con Barrón Cruz:

La privatización de las cárceles, que se les están otorgando de manera muy confidencial a los empresarios, es totalmente ilegal porque violenta no solamente la

³⁸ *Idem*, p. 13.

³⁹ *Idem*, pp.12 y 13.

⁴⁰ SOLÍS, Leslie, BUEN, Néstor de y LEY, Sandra, *Centro de Análisis de Políticas Públicas, México Evalúa, La Cárcel en México: ¿Para qué?*, 2013, p. 6. Consulta: 17-IV-2014, en: http://www.mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2013/08/MEX-EVA_INDIX-CARCEL-MEXICO-VF.pdf

⁴¹ Defensoría General de la Nación, *Mujeres Privadas de su Libertad, Limitación al Encarcelamiento de las Mujeres Embarazadas o con hijas/os menores de edad*, 1º Ed. p. 5. Consulta: 18-IV-2014 en: <http://www.unicef.org/argentina/spanish/mujeres-presas.pdf>

*Constitución, sino también los tratados internacionales en la materia firmados por México.*⁴²

El especialista agrega:

*El artículo 18 Constitucional estipula claramente que el Estado debe hacerse cargo de las prisiones y de toda la custodia penitenciaria. Sin embargo, estamos viendo que el Estado evade esa responsabilidad al entregar a la iniciativa privada el control de algunas prisiones. Está negando y violando la Constitución.*⁴³

En este contexto, otro aspecto a destacar es que se está transgrediendo lo consagrado en el artículo 1º constitucional, que establece que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección...”, de igual forma lo estipulado en el artículo 133 de nuestra Carta Magna.

Así mismo, se vulneran derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, como ejemplo de ello, tenemos que en la actualidad en el ámbito del servicio penitenciario federal, hay 86 niñas y niños que se encuentran tras las rejas acompañando a sus madres. La situación de las mujeres embarazadas o con hijos merece un tratamiento especial. En cuanto a las primeras, la cárcel es un lugar *per se* inadecuado para garantizar el acceso a los recursos y la atención especializada como dieta, ejercicios, ropa, medicamentos y cuidados médicos.

A ello se suma el alumbramiento en encierro y los niveles de ansiedad y estrés que tienen directa incidencia en la mayor o menor salud física y emocional del niño.⁴⁴ Estos menores permanecen en los centros penitenciarios porque necesitan del cuidado de sus progenitoras, pero a cambio se violan los derechos del niño como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niños, en sus artículos 1º se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, y 3º En todas las medi-

⁴² VERA, Rodrigo: *Los reos negocio rentable*, *Semanario de Información y Análisis* No. 1927, *Proceso Jalisco*, México, p. 12. Publicado 6-X-2013.

⁴³ *Idem.* p. 13-14.

⁴⁴ Defensoría General de la Nación, *Mujeres Privadas de su Libertad, Limitación al Encarcelamiento de las Mujeres Embarazadas o con hijas/os menores de edad*, 1º Ed. pp. 5-6. Consulta: 18-IV-2014, en: <http://www.unicef.org/argentina/spanish/mujeres-presas.pdf>

das concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición consideración primordial a que se atenderá será el interés del niño.⁴⁵

De enero a junio del año de 1978, en la cárcel llamada antigua Penal de Oblatos, en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, había un lugar especial para mujeres, el número de reclusas era de 112, cinco de ellas tenían a sus menores consigo mismas, los que ya estaban edad para asistir a la escuela, personal de vigilancia se encargaba de pasar a las ocho horas con treinta minutos para llevarlos a las escuelas publicas que se encontraban a los alrededores de la cárcel y los que estaban de lactancia se quedaban al cuidado de las mujeres privadas de su libertad, en ese entonces le costaba al Estado la módica cantidad de \$2.00 por la alimentación de cada presa.⁴⁶

Ante los escenarios anteriores, imaginémosnos que va pasar con la privatización de las cárceles en México, si en Estados Unidos que ha sido uno de los grandes motores y exportadores del modelo de privatización carcelaria, el gobierno federal y algunos estados han entrado al rescate de algunas cárceles debido, entre otras cosas, a que las empresas privadas han incumplido con las expectativas generadas, lo que es de esperar, dado que sólo les importa el afán de lucro, dejando de lado el verdadero espíritu de la reinserción social.

Justificación normativa

Los derechos humanos le dan un marco ético a la cuestión penitenciaria y ayudan a evitar que los abusos de poder se conviertan en el común denominador de las interacciones entre los internos y las autoridades penitenciarias, esperando además que con el cumplimiento de estos derechos, los ex reclusos logren reinsertarse a la vida social. En México los artículos constitucionales 18, 19, 20 y 21, contemplan disposiciones que consagran los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad, los cuales constituyen mandatos para el sistema penitenciario, lo que es posible identificar en las siguientes directrices:

Control Judicial sobre la ejecución de las penas (art. 21, pfo.3º), separación entre internos procesados y sentenciados, siendo reclusos en sitios distintos (art.18,

⁴⁵ Convención sobre los derechos del niño, 02 de septiembre 1990, p-2, consulta: 24-VI-2014, en: [http://www.unicef.org/panama/spanish/convencion\(3\).pdf](http://www.unicef.org/panama/spanish/convencion(3).pdf)

⁴⁶ Entrevista personal y directa con la María Luisa Chumacero, quien fungía como parte del personal administrativo de esa época. 6-VII-2014

pfo. 1º). Separación entre hombre y mujeres (art.18, pfo. 2º). Posibilidad de que a los mexicanos que cumplan sus sanciones en otros países sean trasladados a México para cumplir sus penas en base a los sistemas de reinserción social (art. 18, pfo.7º). Posibilidad, con ciertas restricciones establecidas por la ley, de cumplir la condena en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, con el fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social (art. 18. pfo. 8º). Prohibición de abusos y malos tratos (art.19, pfo. 7º). Límite de prisión preventiva, la cual no puede exceder del tiempo máximo de pena del delito que motive el proceso y en ningún caso pueda ser mayor a dos años, salvo que en el caso que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de la defensa del imputado (art. 20, B, Fr. IX, pfo. 2º). Obligación de establecer el tiempo de detención siempre que se imponga una sentencia (art. 20, B, Fracc. IX, pfo. 3º).⁴⁷

Cabe señalar que México ha firmado y ratificado instrumentos internacionales vinculantes que protegen los derechos de las personas privadas de la libertad, que entre otros los siguientes: La Convención Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Como instrumentos no vinculantes tenemos las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.⁴⁸

Conclusiones

En el contexto actual en nuestro país, donde predomina, entre cosas, el abuso de la privación de la libertad como medio de castigo para quien infringe la ley, es

⁴⁷ SOLÍS, *et al*, *op. cit.*, p. 16. Consulta: 17-IV-2014.

⁴⁸ Asistencia Legal por los Derechos Humanos A.C. (ASILEGAL), Documenta, Análisis y Acción para la Justicia Social, A.C. y el Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría SJ de la Universidad Iberoamericana Puebla, *Informe sobre la situación de las personas privadas de la libertad en México*, Washington, DC, 2012, p. 10. Consulta: 12-III-2014 en: www.redtdt.org.mx/media/descargables/INFORMECIDH.PRIVADOS.LIBERTAD.pdf

decir, un endurecimiento del sistema penal, problemas de sobrepoblación penitenciaria, violación de derechos de las personas privadas de la libertad, el Estado ha demostrado su incapacidad para garantizar la reinserción social, y ha contravenido el marco legal interno e internacional al entregar a la iniciativa privada la gestión carcelaria de los servicios proporcionados por el sector público, sin poder asegurar que estas acciones se traducirán en una mayor eficiencia, eficiencia, calidad y reducción de costos, como ha sucedido en otros países, resultando al final que lo que menos importa es la dignidad humana de las personas.

La iniciativa privada que esté a cargo de las cárceles o centros penitenciarios, está muy lejos de lograr los parámetros constitucionales, lo señalado por organismos Internacionales y lo regulado por instrumentos internacionales que han sido firmados y ratificados por México, respecto de la reinserción social, porque en las empresas predomina un afán desmedido de lucro y una mentalidad gerencial en su operación, por lo que las personas privadas de la libertad estarán más vulnerables ante la violación de sus derechos al trabajo, la alimentación, la visita familiar, la salud, etc., y al no producirse los resultados esperados, el gobierno se verá obligado a entrar al rescate carcelario, teniendo el compromiso de pagarles a las empresas privadas, por lo que se llegara a establecer en los contratos celebrados con las mismas.

El estado mexicano es incapaz para administrar los centros penitenciarios (cárceles), trayendo como consecuencia violaciones flagrantes en materia de derechos humanos de los internos, como en el Centro Federal de Readaptación Social (CEFEPRESO) de Hermosillo, Sonora, a donde se enviaron a varios procesados violándoles sus derechos de garantía de audiencia, de seguridad y de legalidad jurídica, así como el derecho de presunción de inocencia, como lo señala la recomendación 35/2013, que hizo la Comisión Nacional de Derechos Humanos a una cárcel privada, siendo esta última dirigida al Comisionado Manuel Mondragón y Kalb, por ser el primer responsable de las violaciones a los derechos humanos de los internos, así como las deficiencias carcelarias que son incluso mayores a las que maneja el gobierno en las cárceles públicas, todas estas condiciones no son las correctas para que cumplan sus penas mientras son privados de su libertad.

Desaparición forzada de personas: competencia y jurisdicción de la corte penal internacional

Raúl Martínez Camacho¹
Claudia Verónica Gómez Varela²

RESUMEN: Este trabajo versará sobre algunos de los principales conceptos que rodean la definición de Desaparición Forzada de Personas, dentro de la clasificación que tiene la Corte Penal Internacional en los delitos de *lesa humanidad*. Uno de los objetivos principales será el análisis de la jurisdicción sobre cualquier responsabilidad criminal personal o individual que tiene la Corte Penal Internacional sobre todas aquellas personas que cometan estos crímenes. Esto significa que cualquier persona, independientemente del cargo que ostente dentro de un estado, será criminalmente responsable ante la Corte por alguna de las conductas delictivas señaladas en el Estatuto de Roma.

PALABRAS CLAVE: Corte Penal Internacional, Crímenes en Contra de la Humanidad, Desaparición Forzada de Personas.

ABSTRACT: In order to asses a complete role of the jurisdiction of the International Criminal Court, the present document will establishes the main concepts around the crime of Enforce Disappearance of persons as a crime against the humanity. One of the main objectives will be the analysis of jurisdiction over any personal or individual criminal responsibility of the International Criminal Court for all those people who commit these crimes. This means that anyone, regardless of the position he holds within a State shall be criminally responsible to the Court for any of the criminal acts listed in the Rome Statute.

KEYWORDS: *International Criminal Court*, Crime against the humanity, Enforce Disappearance of persons.

¹ Maestro en Derecho.

² Doctora en Derecho. Directora de Tesis y asesora en el presente ensayo.

SUMARIO: Antecedentes de la Corte Penal Internacional ■ La Jurisdicción de la Corte Penal Internacional ■ Crímenes de la Competencia de la Corte ■ Cuestiones relacionadas con la competencia de la CPI ■ Los Principios Generales del Derecho ■ Desaparición Forzada de Personas como delito Internacional.

Antecedentes de la corte penal internacional

La comunidad internacional ha sido testigo mudo de muchas tragedias a lo largo de su historia, que hubiesen podido evitarse de haber contado con los elementos necesarios para contener semejantes acontecimientos. Hasta hace unos años, el derecho internacional no contaba con elementos jurídicos eficaces para combatir la impunidad en un contexto internacional. A diferencia del derecho interno de los estados, en los cuales existe una codificación de las conductas delictivas así como las penas debidas y tribunales que aplican la ley y llevan a cabo procedimientos jurídicos adecuados, en el ámbito internacional no existía una institución, de carácter permanente, que pudiese juzgar y aplicar normas internacionales en materia penal, hasta la celebración, en 1998, de la “Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional” en la que se adopta el Estatuto de Roma y con él, se constituye una nueva institución precursora del derecho penal internacional.

Los acontecimientos de Alemania durante la II guerra mundial mostraron al mundo cuan inexistente era la norma jurídica internacional que protegiera al gobernado dentro de un régimen político arbitrario. Los juicios de Núremberg sentaron un precedente importante para la generación de nuevas ideas que pugnaban por un mejoramiento del sistema jurídico internacional. Sin embargo, pese a todos los esfuerzos, no fue sino hasta después de los lamentables acontecimientos de los genocidios en Kosovo y Ruanda, cuando la comunidad internacional encontró finalmente una propuesta de fórmula para la persecución y castigo de todo aquel individuo que, en representación del estado, realizare este tipo de conductas delictivas.

En el presente trabajo conoceremos, de forma breve, lo que es la Corte Penal Internacional como órgano jurisdiccional del Derecho Penal Internacional, sus antecedentes históricos, características en cuanto a su competencia y los principios generales del derecho que rigen sus acciones. Posteriormente, se abordarán los delitos internacionales y se analizará en particular el concepto de desaparición forzada de personas, para los efectos de la competencia y jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

En la circunstancia de la Primera Guerra Mundial y la correspondiente posguerra, la comisión investigadora de delitos constituida por las potencias vencidas sugirió, en 1919, la creación de un tribunal internacional integrado por tres miembros designados por cada uno de los principales gobiernos aliados, y uno por cada una de las potencias menores. Ese tribunal aplicaría los principios del derecho internacional, tales como resultan de los usos establecidos entre pueblos civilizados, de las leyes humanitarias y de los dictados de la conciencia pública.

Siguiendo la idea de Ibarra Romo, puede considerarse que la hora inicial del derecho penal internacional quedó recogida en el Tratado de Versalles (1919), particularmente a través de su artículo 227 estipulaba la fallida exigencia de juicio penal en sede internacional contra el último emperador alemán Guillermo II de Hohenzollern, bajo el cargo de delito supremo contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados.³

De acuerdo con lo narrado por este mismo autor, a la guerra siguieron una serie de frustraciones judiciales que generaron escepticismo y distaron mucho de plantear el precedente aleccionador que pretendían los sostenedores de una jurisdicción penal internacional o nacional suficiente y eficiente. El ex káiser Guillermo II debió ser juzgado por un tribunal de cinco magistrados, designados por Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos, Italia y Japón, respectivamente. Sin embargo, aquél se refugió en Holanda, y este país negó la extradición solicitada. La negativa se fundó en que el delito imputado al ex káiser no figuraba en la relación de crímenes determinantes de extradición por parte de Holanda, conforme a los tratados suscritos por ese país con las naciones aliadas, y en el carácter político que entrañaba la persecución penal del ex monarca.⁴

En relación con otros perseguidos, este autor sostiene que tampoco funcionó adecuadamente la persecución planteada. *En estos casos no se pretendió construir una justicia internacional, propiamente, sino remitir el juzgamiento a los tribunales de los vencedores, que para tal efecto reclamarían a Alemania la entrega de cierto número de inculcados.*⁵

El 8 de agosto de 1945, los representantes de las potencias ganadoras de la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos de América, Francia, Reino Unido de la Gran

³ IBARRA Romo, Mauricio: *La soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional*, Ed. Derechos Humanos, México, 2004, p. 41.

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, se reunieron en Londres para firmar el Acuerdo de Londres para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional, que se encargaría de juzgar a los criminales de guerra cuyos delitos carecieran de una ubicación geográfica determinada; dicho acuerdo incluía la firma del Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg, el cual establecía al propio Tribunal Internacional, así como su jurisdicción y sus procedimientos.

El repaso de la historia de la segunda posguerra muestra que los efectos de la obra de Núremberg se sintieron poco después de culminado el conflicto mundial. En 1946 las Naciones Unidas establecieron una comisión para la codificación del derecho internacional que tenía como principal tarea la formulación de un código de delitos contra la paz y seguridad de género humano, sus primeros resultados aparecieron en el año de 1950. Además, a mediados de 1954 existía ya un proyecto de código penal internacional y de Corte Penal Internacional, pero al aparecer el proyecto como tal no cobró la misma importancia en las siguientes décadas y, en cambio, se optó por la búsqueda de una serie de instrumentos particulares, tales como las convenciones relativas a materias limítrofes y prevención de conflictos armados, la convención contra el genocidio, la protección de civiles víctimas de conflictos armados, reformas a las convenciones de Ginebra sobre el derecho de la guerra, la convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.⁶

En el año de 1991 existía otro proyecto que debió ser examinado en 1992, cuando estalló la crisis Yugoslava que obligó de nuevo a mirar a los Estatutos del Tribunal Militar Internacional de 1945, mediante los que se intentó dar una definición de crímenes contra la humanidad que ligó los supuestos de las atrocidades cometidas en razón de la guerra, y desde entonces se ha presentado la polémica relativa a la calificación de los tipos de conflicto a los cuales resulta aplicable la categoría.⁷

Bassuoni sostiene que el tribunal también encontró que las atrocidades nazis realizadas antes de la constitución de los estatutos eran crímenes contra la humanidad, pero rechazó la aplicación de la noción de los actos cometidos con anterioridad a 1939⁸. Bassuoni argumenta que una de las razones para optar por esta fecha de corte fue el hecho de que el Acuerdo de Londres contenía discrepancias entre los lenguajes de los encargados de redactar las normas. *El texto ruso específicamente afirmaba que los actos inhumanos que caen bajo la competencia del tribunal son aquellos cometidos en*

⁶ AMBOS, Kai y GUERRERO Peralta, Oscar Julián: *El Estatuto de Roma*, p. 56.

⁷ *Idem*.

⁸ BASSUONI en AMBOS, Kei. *Idem*, p. 57

*ejecución de, o en conexión con, en el estricto sentido de crímenes de guerra, es decir, crímenes contra la paz.*⁹ A pesar de ello y dada la complejidad del asunto respecto a las actuaciones de la dictadura hitleriana antes de la declaratoria de la guerra, la crítica no se hizo esperar; así, por ejemplo, Henri Donnedieu de Vabres, juez francés de dicho Tribunal en 1947, dijo: *la categoría de los crímenes contra la humanidad que la Carta ha introducido por una pequeña puerta, en razón del juicio se ha diluido.*¹⁰

Es importante resaltar que los principios de Núremberg pusieron en movimiento la voluntad de la comunidad internacional para la creación del derecho penal internacional, que evidentemente debería abarcar diversos espacios: orgánico, sustantivo, adjetivo y ejecutivo y, que con la creación de la Corte Penal Internacional, se encuentran incorporados en el estatuto. En el horizonte estaría, en consecuencia, el establecimiento de un órgano jurisdiccional autónomo, con la necesaria competencia en razón del espacio, la materia, las personas y el tiempo; la previsión de tipos y penas.

La jurisdicción de la corte penal internacional

El 46° período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) concluyó con la adopción de un proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional. A partir del informe preliminar elaborado por el grupo de trabajo creado en 1992, la Comisión decidió desgajar la posible constitución de un Tribunal Internacional de la elaboración de un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En 1993, el grupo de trabajo adoptó un primer proyecto completo y detallado de Estatuto basado en la aproximación preliminar de 1992.¹¹

En virtud de los resultados entregados por la comisión, la Asamblea General concedió a dicha comisión 2 años para la culminación de proyecto, señalando 1994 como fecha deseable para la adopción de un proyecto definitivo. En el curso de su 46° período de sesiones, la CDI adoptó finalmente un proyecto de Estatuto teniendo especialmente en cuenta las observaciones de los gobiernos.

El proyecto en lo general constituyó un desarrollo progresivo del Derecho Internacional. Los elementos codificadores quedaron prácticamente ausentes del proyecto adoptado.

⁹ *Idem*, p. 58.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ FERNÁNDEZ de Casadevante, Carlos y QUEL, Francisco Javier: *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1997, p.152.

Es necesario anotar que dicho proyecto se concibió en medio de conflictos de carácter internacional y en plena constitución de dos tribunales que se hicieron especiales para el castigo de los hechos ocurridos en Yugoslavia y Ruanda, pero sobre todo, en medio de la imposibilidad de utilizar mecanismos judiciales internacionales vigentes para abordar la posible responsabilidad internacional de individuos.¹²

En la elaboración del estatuto, es palpable el espíritu de una tesis defensora del fundamento consensual necesario para conferir legitimidad, autoridad y eficacia al Tribunal como institución independiente. Esta postura propugnada por la CDI y, mayoritariamente, por la Sexta Comisión, pretendió unas bases constitucionales sólidas para la Corte, donde el oportunismo político estuviesen ausentes y la soberanía estatal en materia penal fuese reafirmada. Por ende, se preservó al órgano judicial penal internacional frente a posibles intentos de abolirlo en el caso de que políticamente no fuera conveniente su existencia.

En la primera parte del estatuto se consagra el establecimiento de la Corte, señalando en su artículo 1° que la misma estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre las personas respecto de los crímenes más graves y que tengan trascendencia internacional, algunos los cuales ya se mencionaron con anterioridad en este trabajo, en particular el de desaparición forzada de personas, pero además, en la redacción se hace énfasis en el mismo artículo de que la Corte no es un instrumento propio del derecho internacional, sino que es un complemento de la jurisdicción penal del derecho de cada estado.

Este principio de complementariedad sin duda alguna permitiría que el ejercicio de la función jurisdiccional de la Corte no se viera empañado por el interés propio de cada uno de los estados miembros.

Esto es importante resaltar porque a pesar que en el artículo 4° del Estatuto se establece que la corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones en el territorio de cualquier estado parte del Estatuto, no se puede concebir la jurisdicción de la Corte como un elemento externo a las legislaciones que venga a desplazar al estado en su legislación interna. Muy al contrario y como el mismo documento lo señala, es un instrumento jurídico de carácter internacional que viene a reforzar la defensa jurídica de las personas, sobre todo de aquellas que se encuentran a merced de un estado dictatorial o anárquico.

¹² *Idem*, p. 153

Crímenes de la competencia de la corte

De acuerdo con los artículos 5 al 8 del Estatuto, los crímenes competencia de la Corte solo serán aquellos que tengan trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y señala a su vez cuales son los delitos de su competencia así como sus definiciones, los cuales serán: a) El crimen de Genocidio. b) Los crímenes de Lesa humanidad. c) Los crímenes de Guerra. d) El crimen de agresión.

Para profundizar en el tema, es necesario analizar las palabras de Antonio Cassese¹³ que sostiene que en la actualidad las normas del derecho internacional respecto a la responsabilidad criminal individual forman un cuerpo legislativo todavía muy rudimentario e insofisticado debido a que estas normas sufren de un defecto mayor: a diferencia del derecho interno de los estados, donde el principio de especificidad criminal de la norma “*nullum crimen sine lege stricta*” prevalece, en el orden penal internacional el derecho incluye demasiadas provisiones que no determinan el elemento esencial del crimen en detalle. El derecho penal internacional parte del principio fundamental de la especificidad, la cual requiere una norma penal detallada e indicada en términos claros y definida en sus elementos del delito. Este principio, según Casesse, es una garantía fundamental para el acusado, debido a que en ella se establece de forma bien definida la conducta prohibida dándole al acusado la certeza jurídica respecto a los hechos cometidos.¹⁴

Cassese también señala que la falta del elemento sustantivo de la norma penal internacional, es decir, la falta de especificidad, se manifiesta en tres maneras: primero, a diferencia como ya lo dijimos anteriormente, de las normas internas, la mayoría de las normas internacionales no prohíben ciertas conductas, ejemplo: asesinato, violación... a través de la provisión de una detallada y específica descripción de tal conducta. Éstas, en contrario, sólo establecen una serie de ofensas por ejemplo: crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, sin delinear una identificación individual de la conducta prohibida.¹⁵

Un típico ejemplo lo podemos encontrar en algunas disposiciones del estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en su artículo 2 “graves violaciones a la convención de Geneva, o en el artículo 3 del mismo ordenamiento

¹³ CASSESE, Antonio: *The Statute of the Internacional Criminal Court: Some preliminary reflections*. EJIL 10 1999, pp. 148.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

violación a las leyes o costumbres de la guerra”. De lo anterior se desprende que en la aplicación de estos ordenamiento, el juez tendría primero que identificar los componentes generales propios de cada categoría del crimen, por ejemplo: crímenes contra la humanidad, y luego encontrar el elemento específico de una subclase del delito, por ejemplo: violación, o persecución.

En el derecho internacional frecuentemente los elementos generales pueden estar inmersos en la norma, los elementos específicos no. Regularmente las normas penales internacionales no especifican la conducta prohibida ni siquiera en referencia directa a una norma nacional y no definen tampoco de forma cierta los términos del elemento mental “*mens rea*” de varios delitos internacionales.

Contrario a lo anterior, es de destacarse la aportación del Estatuto de Roma al derecho penal internacional. En primer término, el estatuto establece en el artículo 8 varias modalidades de los crímenes de guerra y define cada delito en una manera detallada y particular. Cassese agrega además que es de resaltarse que dicho artículo hace énfasis en crímenes de guerra que sean cometidos como parte de un plan o política o parte de una comisión a larga escala de esos delitos. De lo anterior es de subrayarse que por ejemplo en Kosovo o Ruanda, una definición tan explícita como ésta hubiese podido ayudar a la evasión de los juicios que lograron algunos miembros del grupo que encabezaba Slobodan Milosevic, presidente de la antigua República Federal de Yugoslavia y por los delitos del genocidio contra de albanos kosovares.

Por otro lado, la definición de los crímenes contra la humanidad que cita el documento, establece también la desaparición forzada de personas.¹⁶ Lo importante aquí es que este tipo de actos normalmente iban aparejados con acciones dirigidas del estado hacia grupos de personas en particular como persecución masiva, terror y hasta la eliminación política (*limpieza étnica*) de los grupos contrarios a los regímenes en el poder, como el caso de Alemania con Hitler.

Es de destacarse el legado del Estatuto de la Corte Penal Internacional en lo que respecta a los delitos de agresión, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, así como los crímenes contra la paz; lo cual ha sido materia de abundantes análisis. Los precedentes que de alguna forma han resultado más importantes

¹⁶ Artículo 7 el estatuto de Roma señala como Crímenes de lesa humanidad lo siguiente: 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) ... i) Desaparición forzada de personas;

para el derecho moderno, son los relativos a la relación entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, que en el Estatuto de Núremberg aparecen unificados por la necesidad de castigar tanto los actos punibles contra los enemigos extranjeros, como contra la propia población alemana que padeció la guerra y la dictadura;¹⁷ y ahora, en el Estatuto de Roma de la CPI, aparecen como categorías independientes. Lo anterior se remonta en su origen más próximo a la intervención internacional humanitaria de 1937. En esta época y dada la severidad de la hostilidades de la guerra civil española, la Liga de las Naciones avaló una resolución que contiene ese reconocimiento, el cual se utilizó para argumentar la categorización de tales actos de crímenes de guerra, y en la que se lee: *las conferencias internacionales han propuesto la acción frente a las brutalidades dentro de un país particular en violación de los más elementales dictados de la humanidad [...] que repugnan a la conciencia de la naciones civilizadas.*¹⁸

Cuestiones relacionadas con la competencia de la CPI

Uno de los aspectos jurídicamente entendibles, pero aparentemente negativos del estatuto, es la competencia temporal de la Corte que quedó establecido en el artículo 11. Ahí se establece que la corte sólo tendrá competencia para conocer únicamente de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del estatuto y únicamente aplica para los estados que formen parte de ella.

Es necesario resaltar que el artículo 12.1 establece lo que se ha denominado competencia inherente o automática, puesto que el estado que se convierta en parte del estatuto acepta por ello la competencia de la CPI respecto a los crímenes que se señalan en el estatuto. Además de lo anterior, el artículo 120 establece que no se pueden hacer reservas al estatuto, es decir, no permite una competencia optativa de la CPI respecto a los crímenes de su competencia.

Sin embargo, lo que es de llamar la atención aquí es que el artículo 124 establece una excepción a dicha jurisdicción y competencia de la Corte al otorgarle a los estados la posibilidad de no aceptar la jurisdicción ni competencia durante 7 años posteriores a la declaración del estado.

En cuanto al hecho de que la corte sólo conozca de hechos que sucedan a partir de su vigencia, sí resulta lamentable que los responsables de crímenes cometidos antes

¹⁷ AMBOS, Kai y GUERRERO Peralta, Oscar Julián: *El Estatuto de Roma. op cit.*, p. 56.

¹⁸ *Idem*, p. 57.

de la entrada en vigor del Estatuto de la CPI (1° de julio de 2002) queden impunes con base en el principio de no irretroactividad de las leyes.¹⁹

La corte establece una fiscalía ante la cual los estados podrán remitir una situación en que parezca que se hubiesen cometido uno o varios crímenes competencia de la corte. También establece que la fiscalía pueda investigar de oficio un crimen de su competencia. Además, menciona algunos criterios también de admisibilidad y de impugnación de la competencia de la misma.

En otro aspecto, el estatuto establece ese principio general del derecho de que nadie puede ser juzgado por un mismo acto dos veces ni permite que otro tribunal pueda juzgar nuevamente un caso que la misma ya haya juzgado. En reciprocidad a lo mismo el estatuto establece que la corte no podrá juzgar a nadie que ya haya sido juzgado por otro tribunal.

Los principios generales del derecho

La parte III del estatuto consagra un aspecto muy importante: Los principios generales del derecho Penal. En sus artículos 22 al 33 establece los principios básicos del derecho penal, tales como “*Nullum crimen sine lege*” que establece que nadie puede ser penalmente responsable a menos que la conducta que se trate constituya un crimen de la competencia de la corte; el principio de “*Nulla poena sine lege*” que establece que quien sea declarado culpable por la corte, solo podrá ser penado de acuerdo al estatuto. Otro de los principios consagrados en la corte es el de la irretroactividad de la ley, “*irretroactividad ratione personae*”, entre otros.

El artículo 30 establece el elemento de intencionalidad, “*mens rea*” definiendo que, salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable o puede ser penada por la corte en un crimen de su competencia, si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. En este sentido, Cassese menciona que es de cuestionarse el por qué no se incluyó en este apartado el “descuido” o

¹⁹ No obstante, cabe señalar también lo mencionado por el jurista Alonso Gómez-Robledo, quien explica al respecto que, incluso, en los juicios del Tribunal de Núremberg no se admitió que se estuviera violando el principio de la *ex post facto rule*, ya que se aducía que el principio de la no retroactividad era un principio dictado para la debida protección del inocente, y querer invocarlo para proteger a un culpable sería tanto como estar cometiendo una denegación de la justicia. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Temas selectos de Derecho internacional*, México, IJ-UNAM, 5ª ed., 2008, pp. 751 y 752.

“negligencia” como culpable “*mens rea*” bajo el estatuto, y argumenta que, al menos en el caso de los crímenes de guerra, este último elemento podría ser suficiente para establecer la responsabilidad criminal.

El mismo autor argumenta que, en el caso de genocidio, crímenes contra la humanidad y agresión, la extrema gravedad del acto presupone que solo puede ser perpetrado con intención y conocimiento del daño a causar, sin embargo, por delitos menos graves, como los crímenes de guerra el derecho internacional vigente debería aplicar el descuido o la negligencia, “*es admisible por ejemplo, sentenciar a una persona que cuando atacó a una aldea, el riesgo de matar a civiles era muy alto y por lo tanto injustificable, aun sin intención de que así fuese, con el resultado de que por dichos actos sean asesinados.*”²⁰

A pesar de lo establecido por Cassese, consideramos que no hay duda respecto a la eficacia del elemento intencional establecido en el artículo 30 del estatuto, porque con ello define la conducta penal de las acciones que puede desarrollar un individuo en contra de otros y en consecuencia, la punibilidad de tales acciones.

Desaparición forzada de personas como delito internacional

Hasta antes de la creación de la Corte Penal Internacional, algunas conductas desarrolladas por los individuos en su ámbito nacional, quedaban impunes por no existir una codificación de algunos delitos en particular. Al no estar tipificadas dichas conductas en la legislación, no existía para el derecho penal la posibilidad de sancionar la conducta misma.

El estatuto de Roma, en su artículo 7 considera crímenes de *lesa humanidad* el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, la tortura, la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo, esterilización forzados o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

También señala como crimen de *lesa humanidad* la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional en conexión con cualquier otro crimen que se encuentre dentro de la competencia de la Corte.

²⁰ CASSESE, Antonio, *op cit.*

El delito Desaparición Forzada de Personas, está consagrado en la fracción i) del mencionado artículo 7 como ya lo mencionamos y posteriormente se define como:

*La aprehensión, la detención o secuestro de personas por un estado u organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.*²¹

Sus más recientes antecedentes de los crímenes definidos en el párrafo anterior, son los conceptos establecidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg. Este Estatuto sostenía que los crímenes de Guerra así como los crímenes contra la humanidad habían sido ya reconocidos por el derecho internacional en la convención de la Haya de 1907, la Convención de Geneva de 1929. Así, el estatuto estableció tres clases de crímenes que irían a caer bajo la competencia del Tribunal de Núremberg: los llamados crímenes contra la paz (por ejemplo dar inicio a una guerra de agresión) los crímenes de guerra (por ejemplo el dar muerte a un prisionero de guerra que se ha entregado a la tropa enemiga) y una serie de crímenes contra la humanidad como lo serían después mencionados en el estatuto de la Corte Penal Internacional.²²

Otra característica importante en la definición que da la carta de Núremberg, es que tales conductas se consideraban como criminales con independencia de que la legislación interna de los países involucrados hubieran o no criminalizado estos comportamientos. El Estatuto decía que estos eran crímenes para el derecho internacional y se desentendía de si la legislación interna de los países había convertido esa conducta en crimen o no.

Es importante señalar que la Asamblea General de las Naciones Unidas, tomando en cuenta las discusiones sobre la legitimidad del Estatuto del Tribunal de Núremberg, adoptó una resolución que determinó que la sentencia y los principios que había utilizado el Tribunal de Núremberg en el juzgamiento de los jefes nazis, atendían un precedente jurídico que ya formaba parte del derecho internacional, así

²¹ Estatuto de Roma. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

²² Traducción personal del texto del documento: *Opinion of judgment of the international military tribunal for the trial of German major War Criminals*. Disponible en el sitio web: <http://avalon.law.yale.edu/imt/judgen.asp>, p, 21.

que las conductas que el Estatuto de Núremberg había incriminado no eran nada más que declarativas y que eran conductas consideradas como criminales mucho antes que el Estatuto de Núremberg tuviera existencia. Lo esencial de esto es que se ha considerado que los crímenes de derecho internacional cuando son tipificados, es decir, cuando son elevados a una norma positiva, tienen efectos declarativos porque esas conductas ya eran consideradas criminales por el derecho de las naciones antes de que fueran consagradas en un texto escrito.

Para el Dr. Hugo Relva muchos de los crímenes que se mencionan como crímenes de lesa humanidad son conductas que la generalidad de los códigos penales de todos los países sancionan, pero cuando esas conductas son perpetradas de una manera generalizada o sistematizada contra una población civil, el derecho internacional considera que se trata de crímenes de *lesa humanidad*.²³

En ese sentido, el autor señala que un ataque generalizado implica necesariamente la comisión de una multiplicidad de conductas, pero que eso depende de la interpretación que den los tribunales internacionales, mientras que la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas ha dicho que un ataque sistemático es un ataque que responde a un plan preconcebido. Así, Hugo Relva considera que un solo asesinato o un par de asesinatos cometidos en el marco de un ataque generalizado contra una población civil puede constituir un crimen de *lesa humanidad*; mientras que, por ejemplo, una veintena de asesinatos que perpetrara un asesino serial nunca podría constituir un crimen de *lesa humanidad* porque su conducta no encuadraría en el artículo 7 del Estatuto de Roma.

Respecto al primer punto, no coincidimos con Hugo Relva en virtud de que un solo crimen derivado de una acción del estado no puede constituir un crimen de *lesa humanidad*. De acuerdo con la definición de la Corte Penal Internacional en su artículo 7, que ya expresamos en este trabajo, un crimen de *lesa humanidad* se considera como tal cuando este forme parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Además de ello, en el párrafo 2 del mismo artículo, el estatuto señala que se considera un ataque a la población civil una línea de conducta que implique la comisión “múltiple” (y aquí es donde tenemos que hacer mayor énfasis) de los

²³ RELVA, Hugo. *El Genocidio y los Crímenes de Lesa Humanidad*. P,47 Trabajo presentado en su carácter de Coordinador para América Latina para la Corte Penal Internacional de Amnistía Internacional y Consultor de la International Coalition for the International Criminal Court ante Amnistía Internacional. En: http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2006/de-villavicencio_c/pdfAmont/de-villavicencio_c.pdf

actos mencionados como crímenes de *lesa humanidad* contra una población civil, de conformidad con una política de estado o de una organización, de cometer esos actos o para promover esa política.

Por lo tanto, es de considerarse que la realización de un solo acto, es un simple homicidio que deberá juzgarse dentro del derecho interno de cada país, contrario a lo que establece el Dr. Hugo Relva, jamás podrá constituir un crimen de *lesa humanidad* por no reunir el requisito de la generalización de los hechos. Dicho de otra manera, un número determinado de desapariciones de personas no puede constituir un crimen competencia de la corte, lo que constituye la materia de la Corte es que estos hechos se realicen por la autoridad, con un determinado fin político o como estrategia de ceñimiento del poder público. Lo anterior deja en estado de indefensión al gobernado, puesto que las instituciones del derecho interno son incapaces de preservar el derecho fundamental puesto que es la propia autoridad la que desarrolla la conducta punible. Es por ello que se eleva a la competencia de la corte dicha conducta.

Conclusiones

La Corte Penal Internacional ha evolucionado el Derecho Penal Internacional. A pesar de que en el pasado muchos crímenes quedaron impunes, la justicia internacional tendrá que imperar, al menos para perseguir a aquellos individuos parte de un estado, que atenten contra la humanidad. Habrá que ver si por la condición económica o militar de algunos estados, esta jurisdicción de la corte tendrá la misma eficacia.

Era necesaria la creación de un instrumento internacional que definiera la conceptualización del delito internacional, sus componentes pero además una institución con jurisdicción y competencia que pudiese aplicar una legislación hecha *ad-hoc* para la comunidad internacional. Lo establecido en el estatuto le permitirá tales acciones a la comunidad entera de naciones.

Tragedias similares a la de Alemania, Ruanda y Kosovo, entre otras, no podrán quedar impunes en el futuro como lo quedaron estas. A pesar de los intentos de la comunidad internacional por juzgar y perseguir a los perpetradores de estos actos, muchos resquicios de la ley no le permitieron a los tribunales poder condenar a los autores de estos crímenes. Sin embargo, la eficiencia en la redacción del Estatuto de Roma respecto a los crímenes como el genocidio o los de *lesa humanidad* y con estos elementos, es muy probable que no se vuelva a desarrollar una tragedia más como las ya mencionadas.

Lo único lamentable de todo esto es la negativa de algunos estados a aceptar la competencia y jurisdicción de la Corte. Nuevamente se pondera el interés individual sobre el interés colectivo. La ley no hace distinciones, por lo tanto, debe aplicarse, sea a quien sea.

Por último, es necesario que se rompa el paradigma de uno de los principios básicos del derecho internacional respecto a la soberanía de los estados. En ese sentido, la Jurisdicción no debería estar subordinada a la aceptación de su competencia por parte de los estados. El principio de la soberanía de los estados, en materia de los crímenes competencia de la corte debería quedar subordinado para evitar que individuos que cometan crímenes de competencia de la corte se sustraigan de la justicia. La soberanía como tal, creemos, no se vulnera con la intervención de la Corte, muy al contrario, fortalece y mejora la justicia penal en el mundo.

Problemáticas del gobierno y la administración pública municipal

César Mosqueda Terán¹
José Zócimo Orozco Orozco²

RESUMEN: El municipio debe ser gobernado por ayuntamiento, como cuerpo colegiado y administrado por el presidente municipal, se presenta una problemática del ejercicio del gobierno municipal, toda vez que en la práctica el ejercicio de gobernar y administrar es ejercido únicamente por el presidente municipal.

PALABRAS CLAVE: municipio libre, ayuntamiento, forma de gobierno, presidente municipal, población, políticas públicas, necesidades actuales de la sociedad.

ABSTRACT: The municipality must be governed by council and administered by the Mayor; an issue of municipal governance is presented, since in practice the exercise of governing and managing is exercised solely by the Mayor.

KEYWORDS: free municipality, town hall, form of governance, mayor, town, public policy, current needs of society.

SUMARIO: Introducción ■ Alcance del municipio libre ■ El acceso al ejercicio del poder público ■ Perfil de los gobernantes municipales ■ Conclusiones ■ Propuesta.

Introducción

La presente exposición que forma parte de una investigación doctoral, tiene la finalidad de reflexionar sobre la legitimidad de la gobernabilidad y la forma de gobierno ejercida en el municipio libre en México, puesto que su funcionalidad, tanto en la forma como en el fondo, tiene un doble aspecto; gobernar y administrar. El

¹ Maestro en Derecho.

² Doctor en Derecho. Director de Tesis y asesor en el presente ensayo.

ejercicio de ambas acciones en cualquier localidad municipal, se esgrime en primera instancia como cuerpo colegiado en su calidad de ayuntamiento, que a la postre sólo ejerce la función vigilante y legislativa, pero el cargo de la administración pública municipal es presidida por una sola persona.

En la práctica, resulta que en cada cambio de administración en este nivel de gobierno, muchas de las veces llegan exclusivamente personas allegadas al presidente municipal, situación que se precisa no solamente en el caso del Estado de Jalisco. A la luz de las necesidades actuales de la sociedad en general, es decir; como una crítica que al principio se pudiera percibir por el lector como *cuasi legal*, empero; el devenir que complementa en una visión general de la estructura gubernamental que al valorar la trascendencia municipal, es el elemento de una fórmula que resulta la conformación de toda una nación.

En el presente artículo se observaran diversas problemáticas sobre la administración pública municipal, principalmente asociadas con la forma en que se gobiernan los ayuntamientos en Jalisco haciendo un análisis de diversos cuerpos legales, tales como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política del Estado de Jalisco, La Ley Orgánica del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco.

Alcance del municipio libre

El municipio libre, al ser un nivel de gobierno en México,³ es el de mayor cercanía con el ciudadano, es decir, cualquier persona en ejercicio de sus derechos fundamentales, cuenta con acceso de manera directa, en primera instancia y determinante a cualquiera de los tres niveles, sin intermediarios, aunque las actividades del sector público en la esfera gubernamental federal, de las entidades federativas o del municipio, difieren en su ámbito de aplicación, existe esta proximidad para que cualquier persona, vecindado o no en la localidad, debiera obtener respuesta inmediata a la atención de los servicios públicos que por razón de la competencia y jurisdicción a cada nivel de gobierno le corresponda.

³ *Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal, Artículo 2.* El Municipio libre es un nivel de gobierno, así como la base de la organización política y administrativa y de la división territorial del Estado de Jalisco; tiene personalidad jurídica y patrimonio propio; y las facultades y limitaciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la particular del Estado, y en la presente ley.

La fracción I, del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, determina con claridad cómo será gobernado El municipio y la integración de éste. “Cada municipio será gobernado por un ayuntamiento de elección popular directa, integrado por un presidente municipal y el número de regidores y síndicos que la ley determine.”⁴

Las ideas de dicho precepto legal se incorporan además en lo dispuesto por el artículo 73, fracción primera de la Constitución Política del Estado de Jalisco.

Esto se traduce en que el presidente municipal conforma parte del ayuntamiento, no es totalmente el municipio, es un regidor, que integra y preside las funciones de un cuerpo colegiado como lo es el Ayuntamiento de cada Municipio.

Particularmente en el Estado de Jalisco, la Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco es el ordenamiento que regula la constitución, fusión y extinción de los municipios; establece las bases generales de la administración pública municipal, de aplicación general en todos los municipios del Estado de Jalisco.⁵

Ante esta determinación legal, resulta preponderante cuestionar la forma en la que se debe gobernar el municipio en Jalisco.

El órgano colegiado que debe gobernar el municipio, sin lugar a dudas; ya que así lo determina la Constitución Federal, como se analizó anteriormente, es el ayuntamiento, integrado por la cantidad de regidores que marca la ley,⁶ específicamente en Jalisco, la integración de los ayuntamientos, depende de la cantidad de habitantes en cada municipio, que se ilustra en el siguiente cuadro:

⁴ **Artículo 115.** Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes: I. Cada Municipio será gobernado por un Ayuntamiento de elección popular directa, integrado por un Presidente Municipal y el número de regidores y síndicos que la ley determine. La competencia que esta Constitución otorga al gobierno municipal se ejercerá por el Ayuntamiento de manera exclusiva y no habrá autoridad intermedia alguna entre éste y el gobierno del Estado.

⁵ **Artículo 1.** Las disposiciones de la presente ley son de orden e interés público y regulan la constitución, fusión y extinción de los municipios; establecen las bases generales de la administración pública municipal y se aplican en todos los municipios del Estado y en aquellos que lleguen a constituirse.

⁶ *Artículo 29 del Código Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco.*

Integración del ayuntamiento en los municipios de Jalisco

Habitantes	Regidores			Total
	Síndico	Mayoría relativa	Representación proporcional	
50,000	1	7	4	11
51,000 a 100,000	1	9	5	14
101,000 a 500,000	1	11	6	17
500,000 en adelante	1	13	8	21

Fuente: Elaboración propia.

En la ilustración anterior, se incluye al presidente municipal, ya que integra el cuerpo colegiado en comento, empero, en casos de empate ante cualquier discusión y votación en las sesiones del Ayuntamiento, tiene el voto de calidad⁷.

En el siguiente recuadro, se muestra por municipio, específicamente la cantidad de regidores que les corresponde a cada uno, de acuerdo a la cantidad de habitantes en la llamada Zona Metropolitana de Guadalajara, compuesta por las poblaciones de Guadalajara, Tlajomulco de Zúñiga, Ixtlahuacán de los Membrillos, El Salto, Tlaquepaque, Juanacatlán, Tonalá y Zapopan, denominada así por el Congreso de Jalisco mediante decreto número 23021/LVIII/09, que fue publicado en el periódico oficial *El Estado de Jalisco*, el día 26 de diciembre de 2009.

Zona Metropolitana de Guadalajara

Municipio	Población en el año 2010	Número de regidores
Juanacatlán	5,515	11
Ixtlahuacán de Los Membrillos	41,060	11
El Salto	138,226	17
Tlajomulco de Zúñiga	416,626	17
Tonalá	478,689	17
Tlaquepaque	608,114	21
Zapopan	1'243,756	21
Guadalajara	1'495,189	21

Fuente: INEGI: *Información Nacional por Entidad Federativa y Municipios*, consulta: 19-IV-2014. <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/mexicocifras/default.aspx>.

⁷ Artículo 34 de la *Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal*.

De acuerdo a las cifras anteriores, en el año 2010, la Zona Metropolitana de Guadalajara, tenía una población total de 4'427,175 habitantes. Los municipios que la conforman son gobernados por un total de 136 regidores, distribuidos conforme al recuadro anterior, teniendo a la cabeza ocho presidentes municipales.

Bajo esa tesitura, resulta evidente que por la cantidad de población, amén de la situación geográfica y socioeconómica de los municipios referidos, la atención de los servicios públicos aunque sean del mismo tipo, discrepan en cuanto a la ejecución de los mismos, porque las necesidades de la sociedad en unos y otros divergen en cada ayuntamiento que como cuerpo colegiado debe dictar sus *políticas municipales* de manera distinta y conforme a sus propias necesidades.

De aquí surgen ideas respecto de la necesidad de contar con un proyecto socio-lógico, *nomológico*, filosófico y de técnica legislativa para realizar un estudio sobre la pertinencia de ejercer el gobierno a través de un solo ayuntamiento para la Zona Metropolitana de Guadalajara, que contemple desde luego un presidente municipal en continuidad a sus funciones ejecutivas y de administración de los servicios públicos, con la finalidad de obtener la certeza de un gobierno que permita una mayor participación de la ciudadanía y mejore la calidad de vida de sus habitantes.

De conformidad a lo que señala el artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el municipio libre es un nivel de gobierno y además es la base de la división territorial y de la organización política y administrativa de cada entidad federativa, distinguiéndose del ayuntamiento, que consiste en un ente colegiado que como tal, representa la autoridad superior de cada municipio, al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido un criterio sostenido mediante la siguiente tesis aislada:

MUNICIPIO Y AYUNTAMIENTO. SUS CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN)⁸. Los conceptos Municipio y Ayuntamiento, aunque guardan estrecha relación, no son sinónimos, al existir entre ellos características distintas, acorde con el marco constitucional y legal, federal y local. Así, de los artículos 115, fracciones I y II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 111, 112, 114 y 117 de la Constitución Política

⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, registro: 163082, instancia: tribunales colegiados de circuito tesis aislada, fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIII, México, enero de 2011, materia(s): constitucional, tesis: XI.1o.A.T.57 A, p. 3225.

del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo, 2o., 3o., 11 y 13 de la Ley Orgánica Municipal de dicha entidad, se advierte que el Municipio constituye la base de la división territorial y de la organización política y administrativa del mencionado Estado, tiene personalidad jurídica y patrimonio propio y se constituye por un conjunto de habitantes asentados en un territorio determinado, en tanto el Ayuntamiento es un órgano colegiado, de elección popular directa, responsable de la administración y gobierno de cada Municipio y, por ende, representa la autoridad superior en éste. De modo que mientras el Municipio constituye la entidad política, administrativa y territorial base de la citada entidad federativa, el Ayuntamiento es el órgano de gobierno y administración de aquél.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 312/2009. Jovita Ortiz de Murillo y/o Jovita Ortiz Hernández. 17 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Víctorino Rojas Rivera. Secretario: Reynaldo Piñón Rangel. Amparo en revisión 279/2009. Teléfonos de México, S.A.B. de C.V. 5 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Sahuer Hernández. Secretaria: María de la Cruz Estrada Flores.

En el criterio anterior, surge el cuestionamiento al afirmarse que el Municipio soporte la carga administrativa estrictamente conceptual y que el Ayuntamiento se encargue de gobernar y administrar, pero en estricto sentido por disposición legal, quien se encarga de la administración del Municipio Libre en México lo es el Presidente Municipal, no es el Ayuntamiento y tampoco lo es el Municipio.

El acceso al ejercicio del poder público

Tal como lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 35 cualquier ciudadano con capacidad legal tanto de goce, como de ejercicio de sus derechos, puede tener acceso para ejercer el poder público municipal, en una democracia definida como *régimen en el cual los gobernantes son escogidos por los gobernados, por medio de elecciones sinceras y libres*.⁹

⁹ DUVERGER, Maurice: *Los partidos políticos*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 378.

Lo anterior, está determinado por lo establecido en la fracción II del artículo 35 de la Constitución Federal,¹⁰ cualquier ciudadano se insiste, que cuente con capacidad para el ejercicio libre de sus derechos puede postularse para integrar parte del ayuntamiento en elecciones libres en Jalisco, debe ser además ciudadano nativo del Estado de Jalisco o con una residencia de tiempo que marcan las leyes.

Sin embargo, si su candidatura es a través de un partido político *los cuales son una parte de la sociedad, y de manera general, cuentan con capacidad de aglutinar los intereses económicos, sociales y políticos en su entorno, lo cual les proporciona el sustento para arribar al poder*¹¹, éste realiza la *nominación*¹² y llevar a cabo su registro en los términos de la legislación electoral local, para que esté en aptitud de ser electo, también puede ser candidato de manera independiente, puesto que así lo dispone el artículo 13, tercer párrafo de la Constitución Política de Jalisco,¹³ en el primero de los casos, puesto que para las candidaturas independientes aún no está regulado.

En cualquiera de las dos formas de aspiración a la presidencia municipal, a través de un partido político o de manera independiente, cada candidato de manera irrestricta, debe contar con un respaldo ideológico, es decir, documentos básicos entre los que se encuentra la manifestación de sus principios y las bases ideológicas que lo respaldan, de conformidad a lo regulado tanto a nivel Federal,¹⁴ para las organizaciones políticas nacionales, como para las estatales, en particular de Jalisco.¹⁵

¹⁰ **Artículo 35.** Son derechos del ciudadano: **I.** Votar en las elecciones populares; **II.** Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación.

¹¹ COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús: *La autonomía municipal en México*, Ed. Porrúa, México 2004, p. 218.

¹² DUVERGER, Maurice: *Los partidos políticos*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 378.

¹³ Los partidos políticos tienen el derecho para solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular, con excepción de lo dispuesto en el artículo 2º., apartado A, fracciones III y VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Los ciudadanos de manera independiente podrán postularse como candidatos a cargos de elección popular, en los términos y bajo las condiciones que establezca la ley.

¹⁴ **Artículo 24.** *Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.*

¹⁵ **Artículo 53.** *Código Electoral y de Participación Ciudadana de Jalisco.*

La problemática sobre el deber que tienen los candidatos de contar con los documentos básicos, el alcance inminente que haga permeable también la obligación de la aplicación por cada partido, respecto de la ideología y los principios sostenidos, la evaluación de su congruencia con la realidad, en atención a las necesidades actuales de la sociedad, sobre todo cuando la misma *raza* en su mayoría, no se interesa en *conocer su propia historia y los hechos trascendentes por los cuales existe nuestra Constitución o norma rectora*.¹⁶ La cuestión se origina porque cada ayuntamiento en el estado de Jalisco, tiene entre sus responsabilidades la planeación municipal del desarrollo, preceptuado por la Constitución Federal y por la Ley de Planeación para el Estado de Jalisco y sus Municipios,¹⁷ ante este panorama, resulta propicio que se incluyera en cada Plan Municipal, políticas públicas de carácter obligatorio para las futuras administraciones y no quede al arbitrio de cada nuevo régimen municipal, acciones que de alguna manera pierdan la huella de esquemas exitosos que en ocasiones son eliminados simplemente por motivos políticos y de partido.

Perfil de los gobernantes municipales

Los requisitos que señala la Constitución Política del Estado de Jalisco en su Artículo 74 señala que para ser presidente municipal, regidor o síndico, no incluyen tener conocimientos de alguna técnica o profesión, sin embargo, al asumir su función, deben ser considerados como operadores jurídicos, definiéndose como “todas aquellas personas que se encuentran relacionadas en forma directa con la aplicación del derecho”.¹⁸ Así las cosas deben retomar mayor importancia para la vida municipal, el conocimiento práctico y teórico de la vida económica, legal y social de cada municipio, ya que sus principales actores que interactúan con una interdisciplinariedad con entes gubernamentales de los demás niveles superiores de gobierno, con el objetivo de completar las estructuras establecidas en busca de obtener una mejor calidad de vida para los ciudadanos. Al ganar las elecciones ya sea

¹⁶ COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús: *El paradigma de la Constitución*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México 2010, p. 264.

¹⁷ **Artículo 38.** La planeación municipal del desarrollo, deberá llevarse a cabo como un medio para el eficaz desempeño de la responsabilidad de los municipios, con la finalidad de coadyuvar al desarrollo económico y social de sus habitantes.

¹⁸ COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús: *La Sociología Jurídica en México*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2011, p. 9.

como presidente municipal, regidor o síndico no se adquiere una victoria que derive de un combate o guerra, sino que se adquieren grandes compromisos sociales al ser reconocidos por la sociedad como personas que gozarán de la autoridad para gobernar y administrar un Municipio y las decisiones que se tomen de cualquier forma trascenderán ante la ciudadanía para bien o para mal, sobre todo cuando no se implementan políticas públicas adecuadas.

Ahora bien, el ejercicio del poder público que corresponde al ayuntamiento de cada municipio, lo sería para gobernar, sin embargo, hay una dualidad de funciones por parte del presidente municipal que inmuta la gobernabilidad del cuerpo colegiado municipal, porque preside por un lado el órgano colegiado y administra por otro lado la función municipal, situación que pone en evidencia una monopolización del ejercicio del poder, ya que las decisiones de gobierno que debiera tomar el cabildo en su totalidad, no lo es del todo imparcial ya en muchos casos puede existir una inclinación de favoritismo que por su posición determina el *primer edil*, ya que como *presidente de la Corporación del Ayuntamiento, es la máxima autoridad del Ayuntamiento [...] No se implementa en la mayoría de los Ayuntamientos de México el sistema de decisiones colegiadas; la mayor parte de las decisiones trascendentales para el municipio son tomadas por el Presidente Municipal; aunque la máxima autoridad de la Corporación es, o debe ser el Cabildo, la mayoría de los Regidores pertenecen a un mismo partido político, lo cual merma la fuerza del Cabildo.*¹⁹

El ejercicio de la administración del municipio, así como la prestación de los servicios públicos municipales, corresponden al presidente municipal y según lo señalado por el artículo 86 de la Constitución Política de Jalisco, también le compete la aplicación de las leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y demás disposiciones normativas.

El mismo precepto legal señala los asuntos que son competencia del ayuntamiento o al concejo municipal, que consisten en elaborar y aprobar los reglamentos y demás disposiciones normativas de carácter general que sean competencia del municipio, así como, en los casos, forma y términos que determinen las leyes, autorizar las decisiones del presidente y establecer las directrices de la política municipal, pero no precisa con exactitud, qué debemos entender por política municipal, ante ello resulta necesario compararlas con políticas públicas por las cuales debe entenderse *la acción estatal en general, y como tal se refiere a un actos complejo, cuyos límites son definidos convencionalmente por el radio de acción del sistema de las instituciones*

¹⁹ COVARRUBIAS, *La autonomía...*, p. 314.

públicas.²⁰ Desde luego contando con la jerarquía de los servicios públicos municipales de acuerdo a la situación de cada municipio.

Durante el ejercicio de gobierno de cada ayuntamiento, debiera como cuerpo colegiado implementar las políticas públicas que como ente de gobierno debe autoaplicarse, es decir, qué decisiones como ayuntamiento tomarán el rumbo de su gobierno, debiéndose distinguir de las políticas públicas destinadas para el ejercicio de la administración pública municipal que actualmente se maneja a través del Plan Municipal de Desarrollo, con el que cada municipio debe contar, sin embargo; aunque ante el proceso de realización y aprobación de este instrumento implica la participación abierta de todos los sectores de la sociedad y debe ser aprobada por el ayuntamiento, son coordinadas y *cabildeadas* por el presidente municipal y no alcanzan a cumplir con lo dictado por nuestra Constitución Federal, específicamente en el artículo 26 inciso A) del que señala: *El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.*

Empero, lo anterior se observa que no se cumple en su totalidad, ya que la planeación municipal debe tomarse en cuenta como un acto que permita ejercer acciones de gobierno por parte del ayuntamiento, aplicables de manera continua, a largo plazo y que no sean interrumpidas en los cambios de la administración municipal y ante dichos cambios, implique la obligación de su evaluación, avances y el mejoramiento del nuevo *cabildo*, en relación con el anterior, es decir, **políticas públicas permanentes**, toda vez que la planeación ejercida en la Zona Metropolitana de Guadalajara, a través del Plan Municipal de Desarrollo, sustentado en lo que disponen tanto el artículo 24 de la Ley para la Administración Pública Municipal, como en el artículo 39 de la Ley de Planeación para el Estado de Jalisco y sus Municipios. Esto es, por una parte se ejecutan políticas públicas para la operatividad y ejecución de los servicios públicos municipales a cargo del presidente municipal, las cuales son deficientes en algunos municipios del Estado de Jalisco y en donde existen pueden suprimirse e imponerse otra de acuerdo a su propia determinación y por el otro es imperante la continuidad del desarrollo constante en todos los sentidos que le corresponde dictar al ayuntamiento en turno, como ejercicio de gobierno tutelado por nuestra norma rectora.

²⁰ PINEDA Ortega, Pablo: *Gestión municipal y coordinación intergubernamental en México. Un estudio de caso* Universidad de Guadalajara, México 2011, p. 19.

Un regidor al ser parte del cuerpo colegiado denominado ayuntamiento, se distingue de los demás que tengan carácter de funcionario municipal, el hecho de contar con el título de *municipipe*, lo excluye del aparato burocrático que se conforma por los demás miembros que en su conjunto son elementos que conforman la administración pública municipal, subordinados por lo tanto al presidente municipal y aunque como parte de sus derechos laborales lleguen a contar con un sindicato para defender sus derechos, muchas veces quedan al arbitrio del sistema burocrático de administración municipal y los trabajadores forman parte de las decisiones que devienen de canales de comunicación directas o indirectas de decisiones unilateralmente tomadas por el ejecutivo municipal.

Contrario a la posición gozada por el *primer edil* puesto que la subordinación de éste puede derivar de acuerdo a su raciocinio y dignidad por su independencia como persona y ente pensante, pero cuando se subordina a un partido político al cual pertenece, las decisiones y lineamientos que éste último determina, deben ser acatadas no por el beneficio hacia las mayorías sino simplemente por su carácter de *ejecutor de las políticas públicas municipales*. Es entonces cuando se habla del dominio, que se hace consistir en el manejo diario de la administración,²¹ *la cual se encuentra necesariamente en manos de la burocracia*,²² es común que el presidente municipal en su carácter que se le atribuye como *ejecutivo y administrador* de la función pública municipal, sea correspondido por el personal de su máxima confianza para ejercer las funciones complementarias en su administración que de manera primaria y después de forma unilateral nombrar y remover a los servidores públicos municipales²³, cuya remoción y designación no sea facultad exclusiva del ayuntamiento, tal como lo dispone el artículo 48 fracción II de la Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco.

A su vez como lo establece la fracción V del mismo artículo referente de dicho cuerpo normativo, puede proponer el Presidente Municipal al Ayuntamiento los nombramientos de los encargados de la Secretaría y de la Hacienda Municipal, si el Ayuntamiento rechaza la propuesta el Presidente Municipal presentará una terna con tres candidatos para cada puesto, si transcurrido el término de 3 días dicho cuerpo colegiado no se pronuncia o rechaza la terna, el presidente municipal podrá expedir

²¹ WEBER, Max: *Economía y sociedad*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2012, p. 1060.

²² *Idem*.

²³ Artículo 48, fracción III de la Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco.

inmediatamente el nombramiento a favor de la persona que haya formado parte de dicha terna para cada puesto, en consecuencia formarán parte de su gabinete.²⁴ Si a lo anterior agregamos el aspecto político que oscila en torno a la cotidianeidad y funcionalidad que se torna como base de aquellos que cuentan como servidores públicos de confianza dentro del aparato burocrático del gobierno municipal, quienes tienen mayor posibilidad de rotación en el empleo, muchas veces es debido a la situación de inestabilidad laboral se encamina a las personas para mantenerse como dependientes del presupuesto público municipal y su pretensión será rendir fidelidad, tributo o canonjías a aquellos que pueden ofrecerles mayores expectativas y cuenten con elementos que les permita buscar el mantenerse empleados de la administración pública municipal, apostando de acuerdo a su capacidad; a quien puede ofrecerles continuidad y estabilidad tanto personal, como económica y que los ha mantenido en esa posibilidad.

Conclusiones

Primera. La institución del municipio como nivel de gobierno, debe considerarse como un ente que facilita la vida de sus ciudadanos al proporcionarles la prestación de los servicios públicos que le competen a aquel, sin embargo, la objetividad organizacional del funcionamiento en poblaciones que por su situación geográfica se fusionan tanto por el crecimiento demográfico, como en la urbanidad que progresa en los límites del territorio, ya que los intereses de la comunidad son rebasados, es decir, los requerimientos de la sociedad considerada por el número de ciudadanos que la componen, independientemente del municipio al que pertenecen, tienen intereses en común, por ejemplo: la Zona Metropolitana de Guadalajara, territorio urbano que cuenta con áreas estrictamente habitacionales que no dedican algún espacio para la agricultura como Guadalajara, pero que los ciudadanos por la cercanía que tienen con el resto de los municipios, por cualquier razón se convierten en usuarios de los servicios públicos municipales correspondientes a un ayuntamiento distinto al de su residencia, bien sea por cuestiones de trabajo, tránsito, accidentales, recreación, estudios, etc., pero con acceso a los servicios públicos de cada ayuntamiento.

Segunda. Esta comunidad en conjunto, ya sea un grupo social que forma parte de un municipio y a la vez como una zona metropolitana, por norma constitucional debe

²⁴ Artículo 48, fracción V de la Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco.

contar con políticas públicas permanentes y de largo plazo, instituidas como ayuntamiento quien tiene como finalidad la de gobernar, además de las políticas públicas que actualmente se llevan unilateralmente por la administración municipal cuya responsabilidad y ejecución recae en cada presidente municipal, en caso contrario no podemos hablar de un desarrollo, sino del mantenimiento de una organización cuya funcionalidad no ha sido actualizada, es una estructura que funciona de manera mecánica y no estratégica, por ello resulta necesario fomentar el estudio integral de este importante nivel de gobierno, a través de un análisis sociológico, histórico y de técnica legislativa que permita visualizar oportunidades de mejora continua, en la búsqueda de la autonomía y libertad municipal. Como sociedad, una vez que ya se encuentran instituido en el sistema jurídico mexicano el municipio, ante la situación política, económica, demográfica y social de nuestro país, nuestro entorno requiere nuevas fórmulas de organización que satisfaga las necesidades actuales de la sociedad.

Tercera. Desde que fue instituido el municipio libre como forma de gobierno en nuestro país, han sido pocos los avances de su actualización, los habitantes de un municipio, aunque dependen de la situación *socioeconómica*, territorial y política que le corresponde, de una manera u otra tiene el derecho de recibir la prestación de los servicios municipales que determina nuestra principal norma rectora, sin embargo, en cada cambio de administración, se interrumpen, suspenden o son modificados en cada periodo, ya sea porque el presidente municipal en turno, tiene nuevas ideas que requiere se implementen, porque en situaciones políticas en razón del partido político al que pertenece logra apagar proyectos de sus antecesores de distinta ideología para imponer sus ideas, sin importar el beneficio que a largo plazo puede generar ese proyecto, que finalmente la implementación de sus nuevas ideas serán cambiadas por el nuevo régimen que lo sustituirá, por esa razón destaco la importancia de implementar políticas permanentes que a largo plazo deberán ejecutarse y en su caso evaluarse y mejorarse sin importar el cambio de administración que sufran las alcaldías cada tres años.

Cuarta. Sin contar con políticas públicas permanentes, el ejercicio de la burocracia en manos del presidente municipal toma el rumbo que éste determine, esto es, aunque el ayuntamiento apruebe el Plan Municipal de Desarrollo, cualquier desaprobación necesaria para éste por contravenir a los intereses de la ciudadanía, pueden ser legítimamente aprobados por mayoría de dicho ayuntamiento, ya que el líder de la fracción ganadora compuesta por regidores del mismo partido lo es el presidente municipal y sus imposiciones se materializan por presidir la corporación del ayuntamiento, que además tiene bajo su cargo la administración pública de los

servicios municipales y el ejercicio de la totalidad del presupuesto aprobado por el ayuntamiento, lo cual evidentemente inclina el ejercicio de la gobernabilidad a su favor, primero porque se puede conseguir la aprobación de sus iniciativas que pueden incluir algún interés particular en perjuicio de la ciudadanía y segundo porque tiene en sus manos el aparato burocrático que en sentido estricto es su responsabilidad, del que unilateralmente dispone.

Propuesta

Bajo esa tesitura, resulta apropiado proponer un estudio completo de la situación actual del municipio libre como nivel de gobierno frente a las necesidades de la sociedad, que tengan como intención la búsqueda de la autonomía de dicha institución y la implementación de nuevas formalidades que concluyan en el desarrollo de los pueblos y faciliten la vida de los ciudadanos.

El constitucionalismo de la representación democrática

Martín Eduardo Pérez Cázares¹
Marco Antonio Godínez Enríquez²

RESUMEN: El Derecho Constitucional como ordenamiento, fija y regula la estructura y organización del estado, así mismo el derecho constitucional, garantiza la representación de los ciudadanos frente al estado promoviendo la sana convivencia social, previendo medios básicos para una democracia que tienda a dar satisfacción de las necesidades colectivas.

Entre la constitución y la sociedad deben de existir una interrelación tan estrecha que debe de adecuarse la primera a la segunda, sin olvidar el aspecto histórico, mediante un proceso de adecuación que nunca acaba, en la evolución de la sociedad, estableciéndose una acción social, basada en la conducta humana y en un proyecto preconcebido, como una teoría de la acción, tomando en consideración el mundo social como parte del mundo de la vida del actor individual, que nos lleve a una normatividad constitucional que simbolice la esencia misma de un Estado que mantenga viva a su población, que se sienta verdaderamente representada en sus intereses vitales y por consiguiente protegida a través de la normatividad que producirá el reconocimiento de los derechos que le den la existencia misma de ese colectivo.

PALABRAS CLAVES: Democracia, Representación, Estado, Constitución, Derecho.

ABSTRAC: The Constitutional law and order, sets and regulates the structure and organization of the State , likewise constitutional law guarantees the representation of citizens before the state promoting the health of society , providing basic means for a democracy which would give the satisfaction of the collective needs.

Between the constitution and society must exist such a close relationship that must adapt the former to the latter , without neglecting the historical aspect , through

¹ Doctor en Ciencias Políticas y Sociales.

² Doctor en Derecho.

a process of adaptation that never ends , in the evolution of society , establishing a social action based on human behavior and a preconceived project, as a theory of action , taking into account the social world as part of the life world of the individual actor, which leads us to a constitutional norms that symbolizes the very essence of a State to keep its population alive , to feel truly represented in their vital interests and therefore protected by the regulations that produce the recognition of the rights that give the very existence of this group.

KEY WORDS: Democracy, Representation, state, Constitution, law

SUMARIO: La Problemática Representativa ■ Crisis Representativa ■ La Democracia y Los Derechos Humanos ■ Breve Historia de la Representación ■ La Constitución en la Representación ■ Debate Representativo ■ El Estado Constitucional ■ Conclusiones ■ Fuentes.

La problemática representativa

El Derecho constitucional es la fuente más alta del derecho, no solo porque representa la base de toda concepción jurídica, sino que representa el aglutinamiento de materia y ramas del derecho que por si solas resultarían inútiles, puesto que el derecho da vida no solo a instituciones, sino a muchas ciencias al momento de su aplicación, esto es, estarían inconexas si no existiera una norma que les de vida, una norma fundamental que las una y la norma fundamental no pudiera existir en un Estado no democrático y en un Estado no constitucional.

El derecho es un crisol que nos ofrece una visión panorámica de otras ciencias colaterales que se establecen en una constitución, como lo social, lo político, lo económico, así dentro de una estructura de una constitución, aparecerán necesariamente ciencias sociales, económicas, administrativas, políticas, etc.

A raíz de toda la problemática surgida en elección tras elección en la que la ciudadanía reprueba y reprocha el quehacer de sus representantes, resulta apasionante saber si nuestra representación es verdadera, si es aplicable a nuestra realidad y necesidades como sociedad, como Estado y como democracia, si verdaderamente nos encontramos en un Estado Constitucional, en un Estado judicialista, en un Estado político, o en un Estado autocrático, si podemos elevar a derecho humano en una quinta generación a la representación, si podemos establecer revocación del mandato representativo, por ello la elección del presente tema de investigación.

Crisis representativa

De acuerdo con Habermas, en ciertos momentos de su desarrollo, las sociedades se enfrentan con problemas de sistemas no resueltos, que desafían sus posibilidades de reproducción continuada y que no pueden ser abordados dentro del orden normativo existente.³

La sociedad tiene entonces que transformarse, de lo contrario sus posibilidades de supervivencia pueden verse seriamente afectada.⁴

En la actualidad, toda sociedad, aspira a tener un Estado democrático y moderno, fundado no solo en la representación, sino en un Estado Constitucional en cuanto a su forma organizativa, pero de tal manera que avance, como lo hace la propia sociedad, que lo lleve a un Estado Constitucional y a una democracia moderna, en el que prevalezca la norma fundamental.

Ante esta perspectiva señalada por Habermas, nos preguntamos entonces si ¿Habrá crisis de representación constitucional, crisis de Estado, o crisis de democracia, que se ve reflejada en una falta de representación política de la sociedad?, o a caso ¿una crisis constitucional cuya norma no refleje el sentir de representación de la sociedad? preguntas que nos hacemos para enfocar nuestra investigación.

Juristas, sociólogos y politólogos han elaborado innumerables conceptos sobre la representación; pero en muchas ocasiones se termina por no explicar qué es lo que existe detrás de ella; de dónde se plantean las preguntas: ¿Qué relación se da en la representación?; ¿Cómo se representa? y ¿A quién se representa?

Entre la democracia representativa y el Estado constitucional, existe una similitud, pues los dos se expresan a través de un conjunto de reglas jurídicas. Por un lado, la constitución contiene las normas que regulan la relación del Estado con los ciudadanos y aquellas que disciplinan el funcionamiento de los órganos estatales, por el otro, las reglas de la democracia se refieren a los procedimientos que establecen quién se encuentra autorizado para decidir y como deberá hacerlo.

Todo esto nos lleva a plantearnos si ¿la representación democrática que utilizamos actualmente, es acorde al Estado constitucional?, ¿será necesario reconsiderar a la representación democrática en un nuevo paradigma jurídico político?, en el contexto internacional del desarrollo de los derechos humanos y del neo constitucionalismo, ¿cabría establecer a la representación democrática como un nuevo derecho humano?

³ GIDDENS, Anthony: *Política sociología y teoría social*. Ed. Paidós. Barcelona 1997, p. 271.

⁴ *Idem*.

Hasta hoy, la democracia es considerada la mejor forma de gobierno y organización de la vida social y política de un pueblo, pero no obstante ser considerada la forma política más aceptada, se encuentra frágil, vulnerable y en muchos países inestable, puesto que de alguna forma, no se ha consolidado la estructura de la representación política.

También, hemos escuchado hablar sobre la democracia representativa, pero la representación tiene un concepto político y jurídico.

Para Antonio de Cabo de la Vega, *la representación política es el fenómeno o proceso por el que la acción política es encomendada por unos representantes a unos representados.*⁵

Para Max Weber, *la representación es la situación objetiva en la que la acción de determinados miembros de la asociación se imputa a los demás o que éstos consideran que deben admitirla como legítima y unicelular para ellos, sucediendo así de hecho.*⁶

Para Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *la representación es la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre o por cuenta de otra.*⁷

Etimológicamente, representar quiere decir presentar de nuevo y, por extensión, hacer presente algo o a alguien que no está presente.

La representación política es un instituto de derecho público encargado de hacer posible la presencia indirecta de los ciudadanos en la vida del Estado, contribuyendo a favor de determinados sujetos, habilitados democráticamente para ello, la presunción de que sus actos valen como actos de la propia ciudadanía.⁸

De estos conceptos, la representación se asocia con la idea del mandato, o de delegación; con la idea de representatividad, es decir, con la idea de semejanza o similitud y con la idea de responsabilidad. Respecto a la idea del mandato, ésta se deriva del Derecho Privado y caracteriza a la doctrina jurídica de la representación, viéndola como un delegado o como un mandatario que sigue instrucciones; en cuanto a la representatividad, ésta se deriva de un enfoque sociológico, según el cual

⁵ CABO de la Vega, Antonio de: *El Derecho Electoral en el Marco Teórico y Jurídico de la Representación*, Ed. UNAM, México, 1995, p. 56.

⁶ *Idem.*

⁷ PÉREZ Fernández del Castillo, Bernardo: *Representación, Poder y Mandato*, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 3.

⁸ FIGUERUELO Burrieza, Ángela, et al: *Neoconstitucionalismo democracia y derechos fundamentales*. Ed. Porrúa, México, 2010, p. 133.

es un hecho existencial de semejanza que trasciende toda elección voluntaria y por consiguiente, de la propia conciencia.

Decimos que alguien es representativo para decir que éste personifica algunas características esenciales de grupo, de la clase o profesión de la cual proviene o pertenece, en relación a la responsabilidad, lo cual lleva a entender al gobierno representativo como un gobierno responsable.

En la representación aparece un invitado más; los partidos político, que salen a la escena de la representación, dada su estructura y organización para captar votos y ejercer el poder político, instituciones intermedias entre la sociedad y el Estado, con la idea de transformar las demandas sociales en actuaciones políticas.⁹

El concepto de representación política ha mutado de tal forma que podemos sostener que al día de hoy representar no es actuar ante el poder en nombre de otros, sino estar por otros en el poder. Las relaciones entre el elector, el representante elegido y el partido político no dejan lugar para el titular del derecho de sufragio activo, la relación queda reducida a la existente entre el partido político que le ha propuesto en una lista para que adquiera la condición de candidato.¹⁰

Todo ello conlleva a la crisis de representación, en la que se da de facto la representación de los intereses de partido político o de grupo, y no de los intereses de la ciudadanía que es a la que hay que representar y que esta previsto en la constitución.

Pueden surgir aún más cuestionamientos y temas a tratar como la representación virtual, el manejo de las redes sociales como una alternativa de la representación.

La democracia y los derechos humanos

Uno de los grandes problemas de que se queja la sociedad en los últimos años, es la falta de representación en sus intereses políticos económicos y jurídicos así como la protección de los mismos.

La investigación nos constriñe a abordarla en la actualidad del siglo XXI, cuyo dinamismo informático y la globalización han estado cambiando paradigmas jurídicos, políticos, económicos y sociales.

En una democracia directa se entiende estrictamente la participación de todos los ciudadanos en las decisiones de un país, pero resulta materialmente imposible que todos decidan todo en sociedades cada vez más complejas, como la que vivimos

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem*, p. 134.

actualmente, de ahí que la expresión “democracia representativa” quiera decir que las deliberaciones colectivas que involucran a toda la sociedad, no son tomadas directamente por quienes forman parte de ella, sino por personas elegidas para este fin.

En un estado representativo, las principales deliberaciones políticas son realizadas por los representantes elegidos, por lo que surge entre dos personas, o entre una persona y un grupo de personas, una relación de representación.

México adoptó el sistema representativo establecido así en los Artículos 40, 51 y 115 constitucionales.

El artículo 3º Constitucional nos define a la democracia como: **“Será democrático, 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”**.

El artículo 40 de la Constitución, nos establece la forma de gobierno que México ha adoptado, al establecer que: **“Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”**.

El Artículo 51 de nuestra Constitución establece que: **“La cámara de diputados se compondrá de representantes de la nación”**. Nos habla de una nación, es decir que representarán a una nación, al interés general de ésta y no al de una clase social, individuos, sectores, etnias, etcétera. ¿Falla normativa? ¿Falla conceptual?

El artículo 115 de la Carta magna, nos señala: **“Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre, conforme a las bases siguientes”: ...**

Así mismo, en este nuevo siglo existe el debate del cambio jurídico conceptual del Estado de derecho al Estado constitucional, cuya primacía son los derechos humanos, los cuales como dice Robert A. Dahl, *en el proceso democrático, se promueve el desarrollo humano sobre todo en lo tocante a la capacidad para ejercer la autodeterminación, la autonomía moral y la responsabilidad por las propias elecciones*.¹¹

Cada día aparecen nuevos derechos humanos y su reconocimiento por diversos países.

De lo anterior, podemos buscar inclusive el reconocimiento como derecho humano de la representación, con el firme propósito de salvaguardar los intereses de

¹¹ DAHL, A. Robert: *La Democracia y sus críticos*. Ed. Paidós, Barcelona, 1992, p. 373.

la persona en lo particular y de la sociedad en lo general, para que pueda hacerlos valer aun ante tribunales internacionales en lo individual y en lo colectivo, haciendo efectivo el respeto a su derecho de ser representado en sus verdaderos intereses para evitar decisiones arbitrarias que vayan en contra de su legítimo interés a una u otra problemática que le afecte.

En un mundo globalizado como el que estamos viviendo, la tendencia es universalizar normas jurídicas, una de ellas lo son los derechos humanos.¹²

En años recientes, los Estados han empezado a darse cuenta y a aceptar que la soberanía es una responsabilidad que no solo proporciona derechos, sino que también conlleva obligaciones para con aquellos que viven bajo su jurisdicción y para con la comunidad internacional como un todo. Los derechos humanos –se ha dicho con razón– van al corazón de nuestro sentido colectivo de humanidad, al núcleo de cómo queremos vernos a nosotros mismos y al ideal que queremos alcanzar. Cualquiera sea nuestra cultura, compartimos un impulso para mejorar al individuo y apostar al bien común. Con frecuencia codificamos esta aspiración ideal en nuestras leyes nacionales, tal como se hace en nuestras leyes internacionales. Esta visión de los derechos humanos como el prisma a través del cual vemos nuestra propia humanidad debe ser la guía de todos los que trabajamos de un modo o de otros, directa o indirectamente por ellos.¹³

No pueden llamarse democráticos aquellos países que no reconocen a los derechos fundamentales del ser humano, puesto que es un presupuesto básico de toda democracia.

Los derechos humanos imponen por un lado, “visiones constitucionalistas”, y por el otro “internacionalizan el derecho”.¹⁴

Establecer la revocación del mandato constitucional es una exigencia social ante el olvido que sufre por parte de sus representantes, puesto que la democracia evoluciona acorde a los tiempos globales y de internacionalización de las normas.

¹² Otras lo son el derecho mercantil, el comercio exterior y los derechos fiscales

¹³ MARTINO Natalia. “Siglo XXI: Hacia la universalización de los derechos humanos”, en *Estudios de derecho constitucional con motivo del bicentenario*. Citando a Petrachi Enrique. (Director. Palazzo Eugenio Luis) Ed. El Derecho. Argentina 2012 P.478

¹⁴ VIGO Rodolfo, *Derechos humanos*. Editorial Siglo XXI, México, 2011, p. 479.

Breve historia de la representación

Los griegos negaron la conveniencia de un sistema político a gran escala y jamás crearon un sistema de gobierno representativo. Tampoco los romanos, pese a la expansión creciente de la república.¹⁵

Por lejos que un ciudadano estuviese de Roma no había otras instituciones democráticas a su alcance que las asambleas que se realizaban en Roma para la elección de magistrados y la sanción de las leyes. ¿Cómo podía ser un buen ciudadano si a todos los fines prácticos, le era imposible asistir a las asambleas de Roma y en consecuencia, no podía participar plenamente en la vida pública? Siendo cada vez mayor la cantidad de ciudadanos que vivían a una distancia demasiado grande como para trasladarse fácilmente a Roma, las asambleas se fueron transformando poco a poco en cuerpos representativos, pero, empleando una expresión que entró en vigor luego. Para la mayoría de los ciudadanos la representación era virtual más que efectiva.

Tampoco inquieto la representación a los teóricos republicanos del renacimiento italiano, que ignoraron en buena medida el problema de la participación efectiva y realmente igualitaria de un ciudadano junto a los demás en una gran república como Roma.

Durante la guerra civil de Inglaterra, (1642), cuando los puritanos en su búsqueda de una alternativa republicana frente a la monarquía, se vieron obligados a plantearse muchas de las cuestiones fundamentales de la teoría y práctica democráticas o republicanas. Los niveladores, en particular, al elaborar sus exigencias de la ampliación del sufragio y de la sensibilidad del gobierno ante un electorado más amplio, prefiguraron el desarrollo futuro de la idea democrática incluida la legitimidad, más aun la necesidad de la representación. Sin embargo, sólo un siglo mas tarde se consumaría la incorporación total de la representación a la teoría y la práctica democrática. Incluso Locke, quien en su segundo tratado había expresado la opinión de que la mayoría podía otorgar su consentimiento para el pago de tributos ya sea por si misma o por medio de los representantes que ella eligiese.

La doctrina jurídica alemana se atribuye el invento de la representación o del “poder representativo”, llamado *vollmacht*.

En la práctica, la representación no fue un invento de los demócratas sino el desarrollo de una institución medieval de gobierno monárquico y aristocrático. Sus

¹⁵ AGUILERA Portales, Rafael Enrique: *La democracia en el Estado constitucional*, Ed. Porrúa, México, 2009, p. 47.

inicios han de encontrarse en Inglaterra y Suecia, en las asambleas convocadas por los monarcas o a veces los mismos nobles, para tratar importantes cuestiones de Estado: la recaudación de impuestos, las guerras, la sucesión real, etc. Lo típico era que los convocados provinieran de diversos estamentos y los representasen; los representantes de los distintos estamentos, se reunían por separado. Con el correr del tiempo, esos estamentos se redujeron a dos los lores y los comunes que, por supuesto, estaban representados en cámaras separadas.

Posteriormente se vio que la democracia, podía cobrar una nueva forma y dimensión, si a la idea democrática del gobierno del pueblo se le adjuntaba la práctica de la representación. Ya Montesquieu en su libro el espíritu de las leyes, ensalzó la constitución inglesa y declaró que, como en un Estado de gran tamaño le era imposible a los individuos reunirse en un cuerpo legislativo, debían escoger representantes que hicieran los que ellos no podían hacer por sí mismos.

Fue en España donde los representantes de las ciudades fueron convocados por primera vez a los grandes consejos del reino, más de cien años antes del parlamento modelo de 1295 en Inglaterra y en los siglos XIII y XIV encontramos algo parecido en caso todos los países de Europa.¹⁶

Concepto de constitución y democracia: El término Constitución es usado desde varios puntos de vista, jurídico y político; jurídico porque implica una serie de norma de derechos fundamentales, que para algunos implica un documento normativo que a su vez, son normas jurídicas y políticas, porque en ella se establecen bases territoriales, de formas de gobierno, de integración de sus instituciones y de representación de la sociedad.

Para esta investigación constitución la conceptualizaremos como el conjunto de normas jurídicas básicas y fundamentales para la integración de un Estado

Nos aparece también el concepto de Estado y de Norma fundamental, a la segunda, la conceptualizaremos como la regla que debe de cumplirse como y para un orden social y al Estado como órgano superior en donde el individuo y la sociedad pueden convivir en base a unas reglas jurídicas preexistentes.

Así como el concepto de Derecho, pues no hay que olvidar que el Derecho constitucional forma parte de la ciencia del Derecho, al cual conceptualizaremos como Conjunto de normas jurídicas que regulan toda actividad humana.

A la representación democrática tenemos que verla desde distintos ángulos, el social, el jurídico, el político y el económico, por que son temas que atañen a la so-

¹⁶ *Idem*, p. 50.

ciudad y que en conjunto, es lo que la misma espera de la democracia representativa, al plasmarla en la constitución.

En un conglomerado de personas, existen problemas sociales que corresponde al Estado resolver, a través de la norma, mediante la toma de decisiones políticas que afectan o no cuestiones económicas.

Al conceptualizar el derecho constitucional no haremos referencia al de todos los tiempos, ya que este tiene un sentido distinto en cada época, por la evolución misma no solo de la sociedad, sino del derecho, por lo tanto conceptualizaremos al Derecho Constitucional desde una perspectiva no solo jurídica, sino político, económica y social.

La constitución como su propio nombre lo indica, es la forma y estructura en que un país esta formado, no puede existir un Estado sin una base jurídica, esta base lo da el Derecho Constitucional, en el que se establecen las bases en que se maneje el Estado, de manera jurídica, política, económica y social a través desde luego de la representación.

La constitución del Estado es un documento jurídico que define a los órganos de este último, así como los derechos fundamentales, ya individuales, ya sociales, ya políticos de las personas y se da reglas propias para su institucionalización y perpetuación, así como para su reforma interpretación y aplicación.¹⁷

Para estudiar nuestro tema tenemos que ver algunos fenómenos o elementos como el estudio y análisis del Estado, de la representación a través de la norma constitucional, la democracia representativa y por supuesto la interpretación de la norma constitucional, la aplicación de la constitución, el poder reformador de la constitución.

En este tema, es necesario estudiar la teoría general del Estado, el derecho como ciencia, y el estudio de la norma jurídica constitucional en particular, temas que encierran en sí mismos el estudio de la constitución.

El Derecho Constitucional como disciplina que estudia a la Constitución, ha tenido una trascendencia fundamental en el desarrollo de los pueblos y de la democracia actual, puesto que ha configurado a los Estados modernos, en lo político, en lo económico y en lo social, dándole cuerpo a la actuación de los gobiernos y a la interacción de los ciudadanos, con tendencias democráticas y con absoluto respeto a los Derechos Humanos, pues en ella vemos las normas que regulan a las relaciones entre los individuos y el Estado y frente al Estado. De igual manera, se establece en una

¹⁷ CARBAJAL Juan Alberto: *Teoría de la Constitución*. Ed. Porrúa, México, 2006, p. 1.

constitución, normas para la formación y representación de instituciones u órganos de gobierno, así como los límites a su actuar, o límites al poder.

Como disciplina del conocimiento, es necesario llevar a cabo un análisis de la propia norma constitucional que da vida a la constitución, sus estructura, su método para conocerla, su filosofía, su fenomenología, su reforma y lo más importante su aplicación en la realidad y los efectos que esta aplicación produce, por eso debe establecerse que cada uno de los Estados, presenta normas, estructuras y filosofías diferentes, de acuerdo a sus necesidades, a su historia y a su ideología política; no es lo mismo una constitución liberal que una conservadora, una constitución federal que una centralista, que concluye en una distinta representación democrática.

Uno de los principales objetivos de una teoría del derecho, es suministrar las herramientas conceptuales necesarias para distinguir entre enunciados jurídicos verdaderos y falsos. Identificar las condiciones de verdad de estos enunciados y las condiciones en las que estamos justificados en sostener ciertas creencias acerca del derecho, esto forma parte del repertorio clásico de los problemas epistemológicos que afligen recurrentemente a los juristas. No es difícil señalar ejemplos de estos problemas: ¿Qué determina la corrección de un argumento o una norma jurídica? ¿Es necesario construir diferentes teorías del derecho y de la representación cuando se reconoce la relevancia de la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo?

Siendo que el Derecho Constitucional regula la actividad del Estado, Será necesario entonces, hablar de la teoría del Estado.

De igual manera al hablar de democracia, será necesario conceptualizarla, como ya sabemos, la palabra “democracia” etimológicamente deriva de los vocablos griegos *demos*, que significa “pueblo”, y *kratos*, que significa “poder”; esto es, el poder del pueblo, concepto que en los últimos años está completamente desvirtuado y fuera de toda realidad, pues desde aquellos tiempos de la *polis* griega, en donde los ciudadanos se reunían a decidir cuestiones importantes para la vida de la ciudad en la plaza central, hasta nuestros días, donde cada determinado periodo acude la ciudadanía a emitir su voto para decidir a quién le va a dar un mandato para que la represente y tome las decisiones que más le convengan, existen muchas diferencias.

En primer lugar, porque quien resulta ser el elegido por la mayoría casi siempre no responde a los intereses de quien lo eligió, sino del partido político al que pertenece, de un grupo de personas que lo apoyo en campaña o de él mismo, atendiendo a sus intereses propios. En segundo lugar, nunca consulta a quienes lo eligieron para votar a favor o en contra de una ley, o de una cuestión pública que pueda afectar a las mayorías que lo eligieron. Por ello afirmamos que el concepto original de demo-

cracia está completamente desvirtuado, en grado tal que un sinnúmero de autores, filósofos, políticos, politólogos, abogados, sociólogos, novelistas, etc., dan conceptos distintos de la palabra “democracia”, sin apearse a su origen etimológico como veremos más adelante, sino viéndola desde distintos ángulos, lo que enriquece la definición, pero dichos conceptos no sólo no se asemejan en nada a su origen, sino tampoco a la realidad en que se vive.

Hay quienes conciben a la democracia como una forma de Estado, y hay quienes la conciben como una forma de gobierno. Los que la conciben como una forma de Estado la caracterizan como una organización política en la cual la voluntad general es titular del poder soberano y lo ejerce en beneficio de todos. Quienes conciben a la democracia como una forma de gobierno, la caracterizan con el propósito de explicitar que el origen, el medio, y el fin en esta forma de organización política es el pueblo.

El concepto esencial de la democracia por tanto, radica en el autogobierno del demos (pueblo) como decisión autónoma sobre sus propios asuntos, por lo que en sentido pleno y auténtico alude a la democracia directa como unidad (identidad) entre gobernantes y gobernados.¹⁸

La constitución en la representación

La fenomenología del Derecho Constitucional es prácticamente actual, puesto que apenas y tiene más de 200 años de su estudio.

En una constitución se establecen normas que determinan la forma de un Estado, la forma de gobierno, y las bases para la representación, como en el caso de nuestra propia constitución.

Siendo la Constitución una realidad político social y a la vez una norma político-fundamental que representa los intereses de un país, será necesario su análisis contextual como la ley de leyes.

Si bien la constitución en su normatividad al momento de ser aplicada la misma, se convierte en una constitución positiva, también lo es que existe mas de una norma fundamental, cuya aplicación resulta inaplicable, bien sea por que la sociedad no la obedece ni la observa, bien sea por la propia autoridad, que si bien tenemos la protección o garantía a la observancia de la propia constitución por parte de la autoridad en la legislación de amparo, no es igual para la sociedad en general, cuando deja de obe-

¹⁸ AGUILERA Portales, *op cit.*, p. 55.

decer ciertas normas constitucionales, todo ello por que no representaron su sentir al momento de legislar. Esto es, el derecho como tal, no es ni puede ser de otro modo sino positivo y por lo tanto lo que está sobre el derecho, no es ni puede ser derecho.

Ante esta problemática, nos aparece las normas o reglas meta constitucionales, que se si bien no están escritas, si son aplicadas por la clase política gobernante, que sin ser normas positivas, si cobran vida, aun cuando no estén incluidas en la constitución.

El Estado, fin de toda constitución, será necesario su análisis, para saber que tipo de normatividad constitucional es acorde a su actuar y al Estado constitucional que vivimos, en donde los derechos humanos reconocidos internacionalmente han tomado una jerarquía inclusive más allá de las propias constituciones de los Estados.

La representación normalmente se ha estudiado en el Derecho Privado. Esta va más allá, pues no es parte del Derecho Privado, sino también del Derecho Público, cuando se trata de representar intereses colectivos, es decir, no puede construirse sobre las ideas del Derecho Privado a la representación.

Debate representativo

El debate secular sobre la representación política, está dominado al menos por dos temas que dividen los ánimos y llevan a propuestas políticas contradictorias. El primer tema se refiere a los poderes del representante, el segundo al contenido de la representación.

Preguntarnos ¿si la norma constitucional funciona para el desarrollo democrático previsto en el artículo 3 constitucional de México? y ¿si es acorde para la representación que exige la sociedad?, es un cuestionamiento que me he hecho desde hace algunos años.

Existe más de una teoría constitucional, existe más de una teoría social, mas de una teoría democrática, mas de una teoría representativa, y mas de una teoría jurídica o del derecho, lo que en este artículo analizamos, no es la totalidad de ellas, sino las que tiendan a ser acordes a nuestra realidad político social, señalando las que convergen y divergen en nuestra opinión.

En la actualidad, se ha avanzado de un partido hegemónico a una pluralidad de partidos, de una democracia representativa directa a una democracia representativa, participativa y deliberante.

La democracia moderna emana de la conjugación y fusión contingente de dos tradiciones totalmente distintas. Por un lado, la tradición del liberalismo político,

(Locke, Montesquieu, Stuart Mill), constituida por el imperio de la ley, la defensa de los derechos humanos y el respeto a la libertad individual; por otro lado, la tradición democrática (Suárez, Rousseau, Dewey), cuyas categorías centrales son la igualdad, identidad entre gobernantes y gobernados y soberanía popular.¹⁹

Se puede introducir ciertas técnicas y elementos de participación política directa. Somos concientes que la representación introduce una mediación entre la decisión y el titular originario de la soberanía (el pueblo). Se supone que el pueblo debe conceder a los representantes políticos mayor libertad para que actúen como juzguen conveniente.²⁰

La representación generalmente introduce un elemento distorsionador y tergiversador de la soberanía popular porque aleja al soberano absoluto (el pueblo) de las decisiones políticas y económicas importantes, profundiza en la distancias cada vez más abismales entre gobernante y gobernado, incrementa la arbitrariedad y discrecionalidad del ejercicio del poder con sus corruptelas sin que pueda mediar una posible control público de la representación política.²¹

De lo hasta aquí escrito, propongo revocar el mandato representativo que la ciudadanía otorga a sus representantes, cuando éstos no privilegian los intereses de quienes los eligió.

El estado constitucional

Antes hablábamos del Estado de Derecho, en el cual imperaba la ley, pero existe ya una transformación no sólo política sino jurídica que nos está llevando al establecimiento de un Estado Constitucional, cuyo imperio deberá de ser la norma constitucional, es decir, pasamos de la legalidad a la constitucionalidad.

Conceptualizamos al estado constitucional como el valor normativo de la constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado, en el que se procura la autorrealización del individuo.

El Juez, después de la segunda guerra mundial, se ve inmerso en el Estado constitucional, que procura a la ley suprema un lugar privilegiado dentro del derecho positivo para los derechos humanos, dado que estos pretenden regular

¹⁹ *Idem*, p. 55.

²⁰ *Idem*.

²¹ AGUILERA, *op cit.*, p. 55.

*a la totalidad de la sociedad, a todos los órganos con competencia jurígena (sic) y a todos los juristas. La operatividad directa de la constitución exige del juez y de todo juez una sólida formación y conciencia constitucional, lo cual trae automáticamente aparejada una preocupación por la vigencia de los derechos humanos.*²²

He comentado que la sociedad creó al estado y que éste necesitó una norma jurídica que le diera forma y vida, entonces caeríamos en la hipótesis que la sociedad que creo al Estado quiera que prevalezca la constitución, en otras palabras, si el Estado debe constreñirse a la norma constitucional, lo que debe prevalecer es el Estado constitucional.

Conclusiones

Primera. Es necesario establecer modelos diferentes de representación política y ciudadana, distintos a lo ya existentes que estén acordes a las nuevas realidades del Estado constitucional y acorde a las necesidades de la sociedad en el que verdaderamente se protejan los intereses de la sociedad.

Segunda. La revocación del mandato debe de ser inminente su instauración en la normatividad constitucional, como respuesta a las decepciones de sus representantes en el quehacer representativo de la democracia, que en la mayoría de las ocasiones reprueba y reprocha, siendo este un contrapeso a las arbitrarias decisiones que el representante toma sin escuchar a sus representados.

Tercera. La representación democrática debe de elevarse a derecho humano que pueda reclamarse y hacerse valer aun en tribunales internacionales.

Cuarta. Es necesario pensar en una representación virtual, acorde a la realidad de las redes sociales, a la politización de la ciudadanía, quien a encontrado en Internet una forma de presión ciudadana y una voz para ser escuchada.

²² MARTINO , *op cit.*, p. 479.

El tráfico de armas durante la guerra fría

David Eduardo Quiñones Soto¹
Raquel Gutiérrez Nájera²

RESUMEN: El tráfico ilegal de armas en el mundo tiene su origen en el siglo XX, particularmente en la guerra fría que fue un factor detonante para la existencia de las mismas, debido a la sobreproducción durante ese periodo y posterior tráfico de millones de armas ilegales en el mundo.

En el presente trabajo, también se menciona a grandes rasgos el uso masivo de armas en la I y II Guerra Mundiales.

PALABRAS CLAVE: Armas de fuego, Guerra fría, tráfico.

ABSTRACT: The illegal arms in the world has its origin in the twentieth century, particularly in the cold war it was a trigger for the existence of this factor, due to overproduction during this period and subsequent trafficking million illegal weapons in the world.

In this paper, is also mentioned generally the massive use of weapons in first and second World War.

KEYWORDS: firearms, Cold War, traffic.

SUMARIO: Introducción ■ Antecedentes ■ Primera guerra mundial ■ Segunda guerra mundial ■ Guerra fría ■ Década de los 90 ■ Conclusión ■ Propuestas.

¹ Maestro en Ciencias Forenses por la Universidad de Guadalajara.

² Doctora en Derecho. Directora de Tesis y asesora en el presente ensayo.

Introducción

El presente artículo se ha desarrollado en base a la investigación del trabajo de tesis intitulada: *Análisis del tráfico de armas en México y su impacto en Guadalajara, en el periodo 2007-2012*, además, en el presente se abordará el tema relacionado con un punto fundamental como son los antecedentes, por ello se inicia con la explicación de la aparición de las primeras armas de fuego.

En segundo término, tenemos a la I y II guerras mundiales como protagonistas del inicio del uso masivo de las armas de fuego, de acuerdo a cada país y la potencialidad de las mismas.

Posteriormente, se enfatizan las razones por las que la guerra fría fue el detonante para la sobreproducción de armas de fuego, que inició como una competencia militar y terminó en el comercio ilegal de armas de fuego.

Antecedentes

La historia de las armas comienza con la creación de los primeros utensilios primitivos de piedra por los primeros homínidos, hace unos cinco millones de años. En algún momento entre el 15 000 y el 10 000 a.C., los primeros humanos modernos refinaron el proceso de manufactura de herramientas para tallar hachas, cuchillos y puntas de lanza efectivas, y al final de este periodo se desarrollaron el arco, la flecha y el cuchillo. El siguiente gran avance en la tecnología armamentística llegó cuando los humanos descubrieron cómo refinar minerales para obtener metal, primero cobre, luego bronce y finalmente hierro y acero, permitiendo la creación de cuchillas y proyectiles aún más duraderos.³

Las primeras armas de fuego fueron las llamadas armas de mecha (*match lock*) del siglo XV, que sólo requerían de apuntar hacia el blanco y encender la pólvora. Con los años este tipo de arma fue evolucionando en variedad de modelos, alcances, características de tamaño, peso, potencia, etc.

En el periodo que va de la batalla de Waterloo en 1815 al estallido de la Primera Guerra Mundial, casi un siglo más tarde, la tecnología armamentística tuvo grandes

³ WILLIS, Chuck, en asociación con el Museo Berman: *Historia ilustrada del armamento. Desde las hachas de sílex hasta las armas automáticas*, Ed. Libsa, Madrid, 2012 p. 11.

progresos, a mediados del siglo XIX, el fusil de ánima lisa había sido reemplazado por el rifle, un arma de mucho más alcance y precisión.⁴

El uso masivo de las armas de fuego se realizó durante la I y II Guerra Mundial, pero el problema de tráfico ilegal surge en el periodo de la guerra fría. A continuación se realiza una descripción del tipo de armas utilizadas durante estas primeras guerras a nivel mundial, y el análisis de cómo la guerra fría, sienta un precedente irreversible del tráfico ilegal de las armas de fuego.

Primera guerra mundial

La primera guerra mundial fue un conflicto en el que el arma clásica del soldado de infantería, el fusil, se enfrentó a nuevas formas de armas ligeras y al armamento de gran calibre que acabarían por dominar el campo de batalla. Y aunque el fusil siguió siendo el arma principal de la infantería durante el conflicto, alrededor del 80% de las bajas de la primera guerra mundial fueron causadas por la artillería y las ametralladoras.⁵

En 1914, al comenzar la primera guerra mundial, el conflicto reveló también sus limitaciones. El fuego de la ametralladora y la artillería eran los responsables de la mayoría de las muertes a larga distancia.

La primera guerra mundial presenció también la aparición de nuevas armas, como los carros de combates, la aviación, los lanzallamas y, quizá la más terrible de todas, el gas venenoso. El éxito de la ametralladora y la necesidad de un arma que fuera más efectiva en la lucha en las trincheras que los fusiles convencionales llevaron a experimentar con armas automáticas que podían ser usadas en combate por individuos, incluyendo los fusiles automáticos y los subfusiles.⁶

De todos los combatientes en la I Guerra Mundial, los británicos fueron los que tuvieron más éxito en explotar al máximo las posibilidades de su SMLE,⁷ que usó para compensar la falta de ametralladoras disponibles en los primeros años de la guerra.

⁴ *Idem*, p. 105.

⁵ McNAB, Chris: *Armas de Fuego. Militares y deportivas del siglo XX*. Tikal Ediciones, Susaeta Ediciones, Madrid, 2011, p. 106.

⁶ WILLS, Chuck, *ob cit.*, p. 171.

⁷ Fusil Lee-Enfield de cargador corto Mark V, 1923 (Reino Unido) fue el arma característica del soldado inglés en las dos Guerras Mundiales y en infinidad de combates alrededor del mundo McNab..., *ob cit*, p. 217.

Aunque las ametralladoras pesadas y medias resultaron ser valiosas en la primera guerra mundial, eran un equipamiento grande y pesado, y requerían un trípode que las hacía difíciles de ocultar en las áreas avanzadas del frente. Como resultado, los inventores empezaron a desarrollar armas automáticas más ligeras que pudiera transportar un sólo hombre.

Segunda Guerra Mundial

En gran medida, en la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) se luchó con armas que tenían sus antecedentes en la Primera Guerra Mundial. Las pistolas semiautomáticas, cuyo uso ya estaba muy extendido en el conflicto anterior, remplazaron al revólver como el arma corta militar estándar. Los subfusiles se unieron al arsenal de la infantería, desde Thompson estadounidense y el MP40 *Shmeisser* alemán a barato y simple Ppsh 41 utilizado por el ejército rojo soviético.⁸

En la segunda guerra mundial, una sección típica de infantería incluía tres tipos diferentes de armas: fusiles, subfusiles y ametralladoras ligeras. En 1939, muchos soldados de infantería seguían armados con fusiles de gran alcance con acción a cerrojo, aunque los subfusiles y las ametralladoras ligeras formaban parte del arsenal de las unidades. El M1 Garand⁹ fue adoptado por el ejército estadounidense en 1936, y se convirtió así en el primer fusil semiautomático del mundo en entrar en servicio como arma reglamentaria de un ejército. El campo de pruebas del Garand sería los campos de batalla de la segunda guerra mundial. Los fusiles antitanque vieron en esta segunda guerra, el auge y su caída.¹⁰

En Alemania, el desarrollo de las armas cortas alemanas entre 1914 y 1945 fue la multiplicidad de los dos o tres que entraron en servicio a partir de 1939. El ejército alemán entró en guerra con alrededor de trece tipos diferentes. Las armas cortas británicas evolucionaron a lo largo de las dos guerras mundiales sobre todo de 1913 a 1915.

Japón ostenta el dudoso honor de haber fabricado algunas de las peores armas cortas del mundo durante los años de la guerra. Entre 1914 y 1945 estuvieron en uso

⁸ WILLS..., *op cit.*, p. 189.

⁹ Fusil Garand .30 M1, 1936 (EE UU) Arma robusta, firme y fiable, fabricada principalmente por Springfield Armory y la Winchester Repeating Arms Co., y en menor medida por otras empresas de armamento norteamericanas, McNab..., *op cit.*

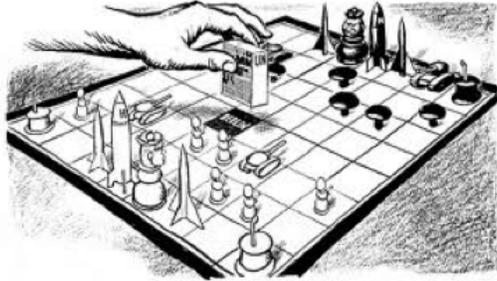
¹⁰ McNAB..., *op cit.*, p. 124

cinco modelos básicos, sin embargo, se caracterizaban por imprecisión en el disparo, deficiencias mecánicas y diseños escandalosos.

Las Fuerzas Armadas rusas de las dos guerras mundiales, si bien sólo disponían de dos tipos de armas, estos eran de excelente calidad. La primera una 1891 Nagant,¹¹ y más adelante el Tokarev¹² modelo 1933.

Guerra Fría

La guerra fría dominó las relaciones internacionales por más de cuarenta años. Dentro de un marco de relaciones políticas, enlaces económicos, y alianzas militares. La guerra fría se caracterizó por un alto grado de tensión entre los Estados Unidos y la Unión Soviética; por una costosa carrera armamentista; por la



El ajedrez de la Guerra Fría: una metáfora¹³

polarización de la política doméstica e internacional; por la división del mundo en dos esferas económicas; y por la competencia y el conflicto en el ‘Tercer Mundo’.¹⁴

El comercio ilegal de armas organizado, es un fenómeno relativamente reciente, legado de la guerra fría. A partir de la década de 1950, la Unión Soviética y EE UU estaban enzarzados en una competencia militar, intentando constantemente desarro-

¹¹ Fusil Mosin-Nagant 7,62 mm Modelo 1891/30, 1930 (Rusia) El Mosin Nagant modelo 1891 entró en servicio en el Ejército zarista en 1891, y el modelo final, la carabina M1944, fue dejándose de producir en la Unión Soviética a finales de la década de 1940 McNAB..., *op cit.*

¹² Fusil Tokarev 7,62 mm SVT-40, 1940 (Rusia) Diseñado por Hedor Tokarev, el SVT-40 automático, comenzó su proceso de desarrollo en 1920, obtuvo éxito con su modelo 1938, su producción se interrumpió en 1944 McNAB..., *op cit.*

¹³ Imagen de: Piero Trepiccione. Centro Gumillo: Revista *Sic Semanal*, Venezuela: Guerra Fría con episodios calientes, en: <http://sicsemanal.wordpress.com/2014/03/06/venezuela-guerra-fria-con-episodios-calientes/consulta>: el 22-V-2014.

¹⁴ VALENTE Herver, Ximena: *La Guerra Fría*, Deri Doctorado de Economía y Relaciones Internacionales, conlusta: 11-V-2014, en: <http://www.uam.es/centros/economicas/doctorado/deri/publicaciones/BriefsPapers/DB02-2005.pdf>

llar una tecnología armamentística superior a la del adversario. Esta carrera condujo tanto a un excedente de armas, ya que los competidores mantenían la producción a escala bélica, como a grandes depósitos de armas obsoletas.¹⁵

Lo que comenzó como una venta legal de armas alimentó el comercio ilegal de éstas por varias razones. En primer lugar, muchas de estas armas se exportaban a países con un control débil o corrupto de la distribución de armamento, o a países que estaban en situación de conflicto y no podían garantizar a qué personas iría a parar el control de futuras unidades. Estos problemas eran especialmente graves en países de África, Oriente Próximo y el Sudeste asiático, todos los cuales recibieron un apoyo militar masivo del exterior a partir de la década de 1960.¹⁶

Una de las fuentes más autorizadas en lengua inglesa hasta la fecha, confirma que la Unión Soviética le suministró armas a varios movimientos de independencia o liberación, entre los cuales figuran: la oposición a Haile Selassie en Etiopía; el Movimiento Popular para la Liberación de Angola, desde 1964; la Organización de los Pueblos de África Sudoriental, de Namibia, desde 1961; el Frente de Liberación de Mozambique, antes y después de su independencia de Portugal; el Congreso Nacional Africano, de Sudáfrica; la Organización para la Liberación de Palestina; y el Frente Polisario, en Sáhara Occidental.¹⁷

Las armas que los gobiernos entregaron a los grupos rebeldes durante la guerra fría constituyen un legado presente en numerosos conflictos actuales. Ese legado no se compone sólo de miles de millones de dólares en armas ligeras que aún están en circulación y en uso gracias a dichas operaciones. También incluye las complejas redes logísticas, políticas y económicas creadas para hacer llegar armas a los combatientes sin develar la identidad del gobierno proveedor.¹⁸

1. **Otros grupos.** Los muyahidines o mujaidines, eran una alianza de varias facciones, todas ellas opuestas al gobierno afgano prosoviético, y sus fuerzas se fueron organizando según avanzaba el conflicto.¹⁹

¹⁵ McNAB..., *op. cit.*, p. 134.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ KIRSHIN, Yuri: "Conventional Arms Transfers During the soviet Period", en Ian Anthony Ed., *Russia and the Arms Trade* (Oxford University Press, 1998)pp.66-70, citado por Lora Lumpe, p. 79.

¹⁸ LUMPE, Lora: *Tráfico de armas*. Intermón Oxfam, Barcelona, España, 2004, p. 77.

¹⁹ DOUGHERTHY, Martín J.: *Armas Ligeras. 1945-Actualidad*. Fichas de Tecnología Militar Ligeras. Ed. Libsa, Madrid, 2013, p. 68.

En un principio, los muyahidines estaban equipados con cualquier arma que tuvieran antes de iniciarse el conflicto. Esto significaba una gran cantidad de armamento, ya que su posesión era una tradición en muchas de las tribus. El resto de las armas procedían de capturas hechas a unidades afganas o soviéticas, o bien robadas en los arsenales. Normalmente se trataba de armas soviéticas, sobre todo AK-47 o copias chinas que usaban la misma munición.²⁰

No obstante, durante la ocupación soviética de Afganistán, entre 1979 y 1989, las guerrillas muyahidines recibieron 2000 millones de dólares en ayuda armamentística de la CIA, gran parte de la cual se canalizaba en forma de unidades sin control de fusiles AK-47 a través de la frontera de Pakistán.²¹

El gobierno de Estados Unidos realizó operaciones políticas y militares encubiertas, entre las cuales hubo ventas secretas de armas a fuerzas rebeldes y gobiernos, autorizadas por la Ley de Seguridad Nacional de 1947. El uso y suministro de armas ligeras y de pequeño calibre aumentó a fines de los años 70, cuando las reacciones contra la guerra de Vietnam hicieron de cualquier intervención militar directa una opción inaceptable para derrocar a los diversos gobiernos revolucionarios seguidos en esa década. Si bien la política de ayuda militar a los rebeldes antisoviéticos se conoce como *Doctrina Reagan*, Ronald Reagan la elaboró en realidad sobre las bases de las ideas de su antecesor Jimmy Carter, de armar a los movimientos guerrilleros contra los gobiernos de Afganistán, Angola, Camboya y Nicaragua.²²

La política para Afganistán, durante el Gobierno de Reagan, estuvo basada en la posibilidad de armar múltiples movimientos de resistencia –muyahidines-, con el fin de obligar a la Unión Soviética a embarcarse en una costosa y difícil guerra para controlar ese país. Este caso fue único en la Doctrina Reagan, ya que el Gobierno estadounidense y la CIA contaron con apoyo abierto del Congreso para suministrar armas a los rebeldes. La consecuencia es que todo el programa se llevó a cabo sin ocultaciones, a diferencia de lo ocurrido con el envío de armas a Angola, Camboya y Nicaragua.

En estos tres casos se usaron sistemas secretos de envío para ocultar ante el Congreso y la opinión pública el hecho de que Estados Unidos participaba en la guerra. Pero cuando enviaron armas a los rebeldes de Afganistán, los canales de envío eran poco confiables debido a las condiciones fijadas por los servicios de inteligencia de

²⁰ *Idem.*

²¹ McNAB..., *op. cit.*, p. 134.

²² LUMPE..., *op. cit.* p. 80.

Pakistán, que era el punto de llegada y distribución de las armas a los rebeldes afganos y quería evitar un enfrentamiento directo con la Unión Soviética.

2. **Único canal: Pakistán.** Pakistán era el único país limítrofe con Afganistán con el cual Estados Unidos podía llegar a un acuerdo para enviar armas a los rebeldes afganos, dado que los demás países fronterizos eran Irán, China y la Unión Soviética. En suma, la invasión soviética dio lugar a una industria multimillonaria de ayuda internacional que benefició a Pakistán durante los años 80. Los servicios de inteligencia de Pakistán y sus colegas militares utilizaron las armas desviadas para obtener sus propios beneficios en el mercado negro. También retuvieron parte de las armas para consolidar su poder dentro de su país. Estados Unidos y otros países de la región supieron de las desviaciones cuando éstas ocurrieron, pero las aceptaron como consecuencias necesarias, aunque desagradables, del programa de ayuda.

Los defensores del programa de ayuda a Afganistán en el Congreso obstruyeron todo intento de investigación o auditoría sobre el uso de los recursos suministrados por Estados Unidos alegando que dicha acción sería contraproducente para la seguridad nacional.

Los líderes pakistaníes se mostraron reacios a enviar armas a grupos étnicos que podían iniciar movimientos separatistas dentro de su propio territorio. De modo que la agencia de inteligencia envió armas a grupos que suponía fácilmente controlables, o aliados de Pakistán, más que a los que se dedicaban especialmente a organizar operaciones militares contra los soviéticos en Afganistán. Dirigida por el servicio de inteligencia pakistaní, la mayor parte de la ayuda fue dirigida a seis de los principales grupos de muyahidines de Peshawar, Pakistán, y no a los que combatían en suelo afgano.

Mientras los Servicios de Inteligencia de Pakistán se quedaban con un alto porcentaje de la ayuda, sus clientes desviaban más armas de los cargamentos destinados a los combatientes afganos de la resistencia. Los grupos Peshawar almacenaron una parte de las armas a fin de utilizarlas para aplicar su estado islámico ideal cuando se retiraran los soviéticos. También desviaron armas a la venta del mercado negro.

A partir de 1981, China prefirió hacer entrega directa de armas a los muyahidines, debido a su inquietud ante la posibilidad de corrupción en el canal que operaban los pakistaníes.

3. **Caso Afganistán.** El suministro secreto de armas favoreció no sólo las crisis humanitarias de hoy, así como la inestabilidad gubernamental y hasta regional, sino que también sirvió para reforzar la red mundial de terroristas, fundamentalistas y

virulentos antioccidentales, sobre todo antiestadounidenses.²³ Precisamente, estas armas se volverían contra EE UU durante la guerra de Afganistán de 2002. Se estima que un 80% de las ventas ilegales de armas tienen su origen en acuerdos sancionados por diferentes estados.²⁴

4. Caso Latinoamérica. Antes del inicio de la “guerra fría” los países latinoamericanos satisfacían sus necesidades en armamento principalmente por medio de su importación. A finales del siglo XIX e inicios del XX el principal proveedor de armas a los países del subcontinente era Europa, en primer lugar las compañías alemanas, francesas y británicas. Pero en los años 30 sus posiciones quedaron minadas por la creciente influencia estadounidense. Luego, al quedar envueltos en la década de los 50 en la oposición ideológica entre EE. UU. y la URSS los países de América Latina aceptaban con entusiasmo ayuda militar de las superpotencias, continuando al mismo tiempo la importación de ciertos tipos de armamentos por vías comerciales tradicionales. Reducidos en los 90 los programas de ayuda militar, los países latinoamericanos se vieron obligados a comprar en el mercado mundial todo el armamento que necesitaban.²⁵

Durante la “guerra fría” Washington dirigía al subcontinente gran cantidad de estas armas gratuitamente en el marco de “ayuda desinteresada” (así, por ejemplo, sólo El Salvador recibió gratis en 1982–1991 del gobierno estadounidense 33.274 fusiles de asalto M-16, 3.120 lanzagranadas y 26.7000 granadas de metralla), además se mantenían contactos comerciales regulares, incluidos los suministros directos. Acabada la “guerra fría”, este tipo de exportación se convierte en la principal vía por la que llegan armamento ligero de EUA a América Latina. El mismo esquema es seguido en las relaciones comerciales con las empresas productoras de Rusia y otros países de la Comunidad de Estados Independientes (CEI)²⁶

La importación de armas soviéticas se realizaba en el marco de los programas de cooperación técnico-militar. Tras la desintegración de la Unión Soviética, algunas empresas de Rusia y otros países de la CEI han procurado entablar relaciones directas con América Latina, pero actualmente los suministros se realizan por canales

²³ *Idem*, p. 92.

²⁴ McNAB..., *op cit.*, p. 134.

²⁵ KOZLOV, Mijail: *El tráfico de armas de mano y armas ligeras en los países de América Latina*. Consulta: 10-V-2014, en: <http://www.chile.mid.ru/0ld/iberoamerica/10.html> Embajada de la Federación de Rusia en la República de Chile, Iberoamérica.

²⁶ *Idem*.

comerciales tradicionales. A partir de finales de la década de los 90 se efectúa su exportación a Perú, Uruguay y algunos países más, hay negociaciones en marcha sobre la compra de estas armas por Argentina, Brasil, Paraguay, Chile y Ecuador. La capacidad anual del mercado latinoamericano de la empresa rusa *Izhevskiy Mejanicheskiy Zavod* (IMZ), sólo para armas de tiro se estima en **3 millones de dólares**.²⁷

Un segmento del mercado latinoamericano de armas ligeras y de mano lo domina China, que suministra fundamentalmente armas de modelos soviéticos. Según datos de la Agencia de Control de Armas y Desarme (ACDA, por sus siglas en inglés), en 1991-1993 la exportación total de estas armas a países del subcontinente de Rusia y China fue de 40 millones de dólares.²⁸

Según estimaciones de los expertos, en circulación ilegal sólo en América Central se encuentran unas 2 millones de unidades. Los estudios realizados demuestran que gran parte de estas armas llegó a la región durante la “guerra fría”, así como después de la guerra de Vietnam y conflictos anteriores en la propia América Latina.²⁹

Casi todos los expertos coinciden en que la actividad de los narcos colombianos y la debilidad económica de muchos países de América Latina crearon condiciones favorables para que la región se convirtiera en uno de los principales productores de drogas para EE.UU. y Europa. En muchos casos es extremadamente difícil separar el narcotráfico del tráfico de armas.

Por lo tanto, en Latinoamérica, como consecuencia de la guerra fría, cuando las armas y municiones sin control inundaron la región, ahora forman parte de un mercado negro utilizado por las organizaciones criminales en México, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Panamá. Mientras que las pistolas son el principal componente de este mercado, los fusiles de estilo militar -como el ak-47 y el m-16- también están disponibles. Muchas de estas armas también se filtraron a otros países de la región como Costa Rica y Belice.³⁰

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ LUCATELLO, Simone: “El desafío del Tráfico de Armas en México y Centroamérica”, en AGUAYO Quezada, Sergio y BENÍTEZ Manaut, Raúl: *Atlas de la Seguridad y la Defensa de México*, Ed. Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia A.C., CADSEDE, México, 2012, pág. 47.

Década de los 90

La década de 1990 presenció una imparable aceleración del comercio ilegal mundial tras la disolución de la Unión Soviética. La pobreza subsiguiente de los soldados en servicio y de las antiguas repúblicas soviéticas hizo que la venta de armamento soviético se convirtiera en un método popular de lograr ingresos extra. Esta década, también fue testigo de un crecimiento gigantesco de los fabricantes de armas de todo el mundo, al empezar distintos países a fabricar armas bajo licencia o a hacer copias de armas ya existentes.

Por ejemplo, en los años 60, en África había una empresa fabricante de armas. En la década de 1990 había 22. América Central y del Sur, pasaron de 2 a 17 fabricantes durante el mismo periodo. Lo anterior, significa, que este crecimiento en la red de producción de armamento ha significado que casi cualquier criminal o terrorista pueden tener acceso si así lo desean, como de hecho, ocurre en la actualidad.³¹

A finales de los años 1990, aunque el tráfico de las principales armas convencionales se redujo, sigue representando anualmente decenas de miles de millones de dólares. La disponibilidad de armas está regida cada vez más por las leyes de la oferta y la demanda. En los actuales mercados favorables al comprador, los proveedores de armas, sean países o compañías, se muestran sumamente reacios a condicionar sus ventas a la conducta o a los objetivos de los beligerantes.³²

Conclusión

La guerra fría dio lugar a una sobreproducción de armas y en consecuencia a un excedente de éstas, ya que su fabricación fue tan diversa, principalmente por Estados Unidos de América, Rusia, Alemania, Japón, Inglaterra, Italia, Bélgica, Austria, Suiza, Israel, Francia y España. El tráfico de armas mantuvo un perfil bajo hasta mediados de los años 60's, para luego acceder a un perfil moderado hasta fines de los años 80's, sin embargo a partir de la década de los 90's han tenido un crecimiento gigantesco los fabricantes de armas en todo el mundo y por lo tanto una imparable aceleración en el tráfico de las misma.

³¹ *Idem.*

³² CICR. Comité Internacional de la Cruz Roja. Los modelos actuales de conflictos y la disponibilidad de armas, en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnen.htm>

Tanto los EUA, como Rusia, durante la guerra fría suministraron armas a movimientos de independencia, liberación u oposición, realizados a través de operaciones políticas y militares encubiertas y que desde hace aproximadamente 25 años estas armas se han constituido como legados que están presentes en muchos conflictos actuales. Por otro lado, como coincidencia, la delincuencia y crimen organizados, así como los cárteles del narcotráfico que operan en muchos países, han adquirido también desde hace 25 años estas multicitadas armas, pero cada vez más sofisticadas en el mercado negro.

Como consecuencia del tráfico de armas, existe en el mundo un alto índice de muertes que se produce en combate, así como de homicidios perpetrados por la delincuencia y crimen organizado, y homicidios comunes. Nuestro país es afectado por estos dos últimos rubros.

Propuestas

- Realizar un análisis de los instrumentos internacionales que existen en materia de tráfico de armas, para poder discernir si están funcionando adecuadamente o es necesario realizar ajustes o valoraciones;
- En el caso de México, localizar las fuentes o los puntos geográficos de donde proviene el tráfico de armas, para conocer las posibles soluciones a las consecuencias de sobreproducción de armas, que se dio durante el periodo de la guerra fría, y que muy posiblemente se encuentren en manos de los grupos de delincuencia organizada en nuestro país.
- Identificar a los principales proveedores de armas en el mundo, para continuar en la indagación de los que proveen a México, y de esa manera analizar las políticas criminales al respecto y valorar si son las adecuadas.

El derecho a la agroalimentación y el derecho agrario

José Alfredo Ramírez Signoret¹
Jorge Chaires Zaragoza²

RESUMEN: En este texto se propone la necesidad renovar al Derecho Agrario Mexicano, influido por el derecho internacional, los derechos humanos y la solidaridad, en relación con el problema de inseguridad alimentaria, en el ámbito de los derechos sociales.

PALABRAS CLAVE: Derecho Agrario, seguridad alimentaria, agroalimentación, agro consumidor.

ABSTRACT: This text proposes to renew the agrarian Mexican Law, by the international Law influence, the human rights and solidarity, related to the food insecurity problem, in the field of social rights.

KEY WORDS: Agricultural law, food security, food and agriculture, agro consumer.

SUMARIO. Introducción ■ Planteamiento del problema ■ Conceptos ■ Surgimiento histórico de la agroalimentación ■ Los principios de la declaración sobre seguridad alimentaria mundial ■ Algunas conclusiones.

Introducción

El presente artículo tiene por objeto analizar la relación que existe entre el tema del derecho a la agroalimentación y el derecho agrario, el cual constituye una parte de una investigación mayor que se realiza para una tesis de doctorado, titulada: *La alimentación del pueblo mexicano a través del régimen de propiedad social*. En tal

¹ Maestro en Derecho.

² Doctor en Derecho. Director de Tesis y asesor en el presente ensayo.

sentido se analizarán los conceptos del derecho a la alimentación; a la agroalimentación y a la seguridad alimentaria como derechos fundamentales en su evolución histórica, a través de la positivación; generalización; internacionalización y especificación.³

También se hará referencia a los conceptos del agroconsumidor y del consumidor agroalimentario, entendido el primero como aquel que exige alimentos de calidad, mientras que el segundo, el destinatario del programa social que requiere satisfacer sus más indispensables necesidades de alimentación para subsistir. Ambos en su relación con el derecho agrario.

Posteriormente se relacionarán los mencionados conceptos para demostrar la existencia del surgimiento histórico del derecho a la agroalimentación y el del consumidor agroalimentario, en el marco del dilema entre la globalización y la solidaridad, junto con los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos, apoyados por órganos internacionales como la FAO.⁴

En ese sentido se pretende justificar la necesidad de que el derecho agrario tradicional se transforme para permitir novedosas formas de apropiación y posesión de la tierra, con el objeto de contribuir a la producción de alimentos, afirma el Presidente del Comité de Americano de Derecho Agrario, Ricardo Zeledón Zeledón:

*...urge la necesidad redistribuir masivamente áreas cultivables entre sectores importantes de la población; promover el trabajo agrícola; crear alternativas de empleo para la mujer campesina; impulsar la transformación e industrialización de los productos, así como su comercialización...*⁵

Sin embargo dichas propuestas ya son en gran medida el objetivo perseguido por la legislación agraria en nuestro país, que inició formalmente a partir de la reforma constitucional del 5 de febrero 1917, que es reconocida en el planeta como

³ PECES-BARBA Martínez, Gregorio: *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid España, 2009, pp. 103-104.

⁴ Food Agricultural Organization. *Implicaciones de las políticas económicas en la seguridad alimentaria: Manual de capacitación*. Depósito de Documentos de la FAO-windows internet explorer, noviembre de 1996, Consultado 21-V-2013 en: <http://www.fao.org/docrep/004/W3736S/W3736S00.HTM>

⁵ ZELEDÓN Zeledón, Ricardo: *Derecho Agrario Contemporáneo*, Ed. Juruá, Lisboa Portugal, 2010, p. 402

la primera constitución que consagra los derechos sociales, aunque José Martínez de Pisón critica que dicha constitución junto con la de Weimar aprobada en 1919, aparecen como exigencias programáticas de actuaciones del estado, más que como genuinos derechos.⁶

Por lo tanto, garantizar esos genuinos derechos sociales en lugar de esperar la eficacia del programa o política gubernamental implementada, para satisfacer la necesidad de atender la mayor demanda de alimentos, mediante el máximo aprovechamiento del territorio mexicano, es el tema que nos ocupa en este estudio, para lo cual se expone lo siguiente.

Planteamiento del problema

A manera de antecedentes podemos remitirnos a la primera mitad del siglo XIX, cuando Josef Mariano Fausto Andrés Otero Mestas, distinguido jurista jalisciense advirtió que era menester producir, incrementar los capitales y, que la producción superase al consumo, lo que mejoraría la calidad de vida, para lo cual era necesario facilitar el progreso de la agricultura.

Sin embargo, advertía que las grandes extensiones acaparadas y estancadas en unas cuantas manos, no desarrollarían al campo porque a sus propietarios no les interesaba producir, sólo quienes trabajan la tierra estarían interesados en desarrollar las técnicas adecuadas.⁷

Lo anterior constituyó en una de las propuestas del partido liberal que impregnaron a nuestra constitución de una parte programática, a fin de redistribuir la propiedad inmueble rústica de nuestro país, mediante la creación de un régimen de propiedad social.

⁶ MARTÍNEZ de Pisón Cavero, José: *Políticas de Bienestar*; Ed. Tecnos, Madrid España, 1998, p. 87.

⁷ COVARRRUBIAS Dueñas, José de Jesús: *Mariano Otero. Aportaciones, obra política y documentos históricos*, Ed. Universidad de Guadalajara, Jalisco México, 2010, p. 45. Al respecto cita lo siguiente: *Mientras que los giros que debieran satisfacer abundantemente las necesidades materiales de la población que habitan el suelo más pródigo del mundo estén en un miserable atraso, en una verdadera quiebra, ese pueblo mal vestido, mal alojado y mal alimentado, no puede ser indudablemente feliz, ni le será tampoco dado adquirir las ventajas sociales que suponen siempre la perfección del espíritu...*

La necesidad del reparto agrario se fundamentó, también, en el denominado problema agrario de México, según afirma Carlos Humberto Duran Alcántara:

*...que se entiende como un conflicto entre núcleos humanos por controlar la propiedad rural. Fenómeno histórico que en México transcurre a partir de la relación de los primeros grupos tribales con la tierra.*⁸

En México se creó un régimen jurídico de propiedad social que se constituyó por las tierras que fueron restituidas a las comunidades indígenas que existían desde el 25 de junio de 1856 y, las dotadas a los pueblos que las necesitaban y era conveniente su constitución, desde la primer Ley Agraria emitida el 6 de enero de 1915, cuyo contenido fue ratificado y acciones de reparto realizadas por la reforma constitucional al artículo 27 Constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 1934. No obstante, de las estas reformas sólo permanecen vigentes las acciones relativas a las comunidades precuauhtémicas,⁹ toda vez que las acciones de dotación y ampliación de ejidos, así como nuevos centros de población ejidal, fueron derogadas por la reforma constitucional publicada el 31 de diciembre de 1991.

Todas estas agrupaciones (comunidades precuauhtémicas y ejidos) que recibieron tierras en ese periodo que se denominó del reparto agrario, constituyeron personas jurídicas de derecho social, que a su vez conformaron una estructura rural, conducida a través del entonces Departamento Agrario, luego Secretaría de la Reforma Agraria y ahora Secretaría de Desarrollo Agrario Territorial y Urbano, por lo que era una organización agraria absolutamente dependiente de la intervención oficial, al respecto afirma Isaías Rivera Rodríguez:

...la simple entrega de la tierra no era suficiente para que los núcleos y sujetos agrarios tuvieran cabal capacidad de desarrollo; bajo el sistema existente a lo

⁸ DURAND Alcántara, Carlos Humberto: *El Derecho Agrario y el Problema Agrario de México*. Ed. Porrúa, México 2009, p. 3.

⁹ COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús y Miranda Torres, Roxana Paola: *La Nomología de las Comunidades Precuauhtémicas (preibéricas) en México: Siglos XV-XXI*, Comisión Especial para la Reforma del Estado de Oaxaca, Oaxaca, 2008, pp. 10-11. ... “nuestras Comunidades Precuauhtémicas o Preibéricas, nada tienen de conciencia “india o indígena” porque no son de la India (Hindúes); la denominación o categoría es incorrecta, aunque se haya querido enderezar un error histórico...”

*largo de ese periodo, el Estado creó y sostuvo una estructura que diera soporte organizacional a los beneficiarios de la tierra...*¹⁰

Gran parte de esa estructura aún subsiste a lo largo de todo el país, no obstante la modificación que sufrió a partir de la reforma constitucional al artículo 27 que culminó el reparto agrario, la cual entró en vigor el 6 de enero del año 1992.¹¹ Misma que les reconoció personalidad jurídica y autonomía respecto de sus tierras, sin embargo esa red estructural debe reconstruirse, pero ahora teniendo a los productores rurales en general como los principales protagonistas.¹²

Carlos Humberto Durán Alcántara afirma que la etapa reciente del derecho agrario mexicano se ubica en una recomposición internacional del trabajo, como consecuencia de la hegemonía internacional ejercida por el imperialismo norteamericano, que ha dado lugar a la constitución de un nuevo modelo, que concibe la privatización del campo mexicano, lo que bajo el esquema neoliberal no significa de ninguna manera volver a la colectivización del campo.¹³

Aquí es donde tratamos de centrar el problema, ya que el cambio sustancial en la organización agraria superior, cuando el Estado dejó de apoyar oficialmente al campo mexicano, implicó el fin de esos derechos sociales como simples programas y no auténticos derechos sociales, como criticaba José Martínez de Pisón, quien afirma que se ha provocado un retroceso de los derechos sociales, derivado de diversas causas:

*...Las más tienen que ver con la limitación de la presencia de Estado en la sociedad, así como con los problemas de financiación que han surgido ante el surgimiento incontrolado del gasto de las políticas sociales y de bienestar...*¹⁴

¹⁰ RIVERA Rodríguez, Isaías: *Derecho Agrario Integral*, Ed. Porrúa, México, 2007, p. 37

¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Decreto* "LA COMISIÓN PERMANENTE DEL HONORABLE CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS... , ...DECLARA REFORMADO EL PÁRRAFO TERCERO Y LAS FRACCIONES IV; VI, PRIMER PÁRRAFO; VII; XV Y XVII; ADICIONADOS LOS PÁRRAFOS SEGUNDO Y TERCERO DE LA FRACCIÓN XIX; Y DEROGADAS LAS FRACCIONES X A XIV Y XVI, DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS." Enero 06, 1992. Consulta: 29- IV-2014 en: <http://www.dof.gob.mx>

¹² RIVERA, *Derecho* ... p. 50.

¹³ DURAND, *El Derecho*... pp. 411 a 418.

¹⁴ MARTÍNEZ, *Políticas*... p. 203.

Al respecto, sigue diciendo que los derechos sociales son una categoría, que junto con los derechos civiles y políticos, componen una visión integral de los derechos del hombre, por lo que son interdependientes, ya que la quiebra de uno trae perjuicio al otro.

Luego explica que los derechos sociales, que en la práctica se han clasificado como de segunda generación, por haber surgido con posterioridad a los tradicionales derechos civiles y políticos, se complementan con los de tercera generación, derechos sociales del ámbito globalizado, como el derecho a la paz; la autodeterminación de los pueblos; el medio ambiente o el patrimonio cultural de la humanidad, fundados en los valores de igualdad y solidaridad.¹⁵

Sin embargo considera de suma importancia, que prevalezcan los derechos sociales tanto internos como internacionales, aunque para su existencia no se pueden ignorar dos problemas de primer orden, el de su realización y el de su dimensión internacional.

Luis Prieto Sanchís afirma que para su realización se requiere de positivizar los derechos sociales en la constitución y garantizar su cumplimiento, por medio del poder judicial y de la argumentación cuya materialización depende en primer lugar, de la voluntad del poder político.¹⁶

En cuanto a la dimensión internacional afirma que está en los diversos convenios y tratados en que se es parte, sobre todo cuando se trata de normas relativas a los derechos humanos que se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.¹⁷

¹⁵ *Idem*, pp. 71-71.

¹⁶ PRIETO Sanchís, Luis: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Ed. Trota, Madrid España, 2003, p. 109. ...*La Constitución tropezó con dificultades prácticamente insalvables para asegurar su fuerza normativa frente a los poderes constituidos, singularmente frente al legislador y frente al gobierno. De modo que este constitucionalismo se resuelve más bien en legalismo: el poder político de cada momento, la mayoría en un sistema democrático, quien se encarga de hacer realidad o, muchas veces, de frustrar cuanto aparece prometido en la Constitución...*

¹⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos SE APRUEBA EL DECRETO POR EL QUE SE MODIFICA LA DENOMINACIÓN DEL CAPÍTULO I DEL TÍTULO PRIMERO Y REFORMA DIVERSOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 10-VI- 2011, consulta: 29-IV-2014, en; <http://www.dof.gob.mx>

En la dimensión internacional también se deben considerar las políticas globalizadoras en materia económica como consecuencia del triunfo del Neoliberalismo a nivel internacional, porque gran parte de las políticas de ajuste son impuestas desde fuera, de forma que la crisis ha alterado las relaciones de dependencia de la inmensa mayoría de los estados del tercer mundo.¹⁸

Los derechos sociales universales dependerán entonces de las posibilidades financieras de los estados; de la buena administración de esos recursos y de la responsabilidad de los organismos financieros internacionales, porque de lo contrario serían mayores los perjuicios, según concluye Martínez Pisón.¹⁹

Retomando a Ricardo Zeledón, dice que la seguridad alimentaria es uno de esos derechos sociales, del ámbito global, típico del valor solidaridad, con impacto en los pueblos, los grupos y las personas con profundo sentido económico y social, concebido para la protección de la vida, la salud y la seguridad de las personas, los alimentos animales y vegetales, y el medio ambiente.²⁰

Como se trata de un derecho de todos, entonces tiene diversas interpretaciones, la de los consumidores, productores, comercializadores y de los organismos internacionales vinculados al comercio, la salud y la agricultura.

El consumidor que tiene poder adquisitivo exige alimentos de calidad, sin embargo el consumidor agroalimentario sin poder adquisitivo, está esperanzado a la protección de organismos internacionales y los programas nacionales, para evitar riesgos en la salud y la vida de las personas.

En México observamos la positivación del derecho del consumidor agroalimentario conforme a su dimensión internacional a partir del 13 de octubre del año 2011, cuando se aprobó la adición de un párrafo a la fracción XX del artículo 27 de la Constitución Mexicana, cuyo contenido a la letra dice:

¹⁸ MARTÍNEZ, *Políticas...*, p. 210,

¹⁹ *Idem*, p. 213. Citando a López Calera: *...esas injusticias económicas no son la consecuencia de crisis económicas coyunturales, sino que son efecto de unas crisis económicas estructurales y permanentes, esto es, son efectos del sistema socioeconómico dominante a escala mundial..., ...esta situación es tan preocupante que conlleva una potencialidad latente de conflictividad y de violencia, hasta el punto de que no sería de extrañar que el Sur se lance desesperado hacia el Norte en busca de comida caliente...*

²⁰ ZELEDÓN, *Derecho...*, p. 400.

El desarrollo rural integral y sustentable a que se refiere el párrafo anterior, también tendrá entre sus fines que el Estado garantice el abasto suficiente y oportuno de los alimentos básicos que la ley establezca.

Así como en la reforma del artículo 4° del referido cuerpo de leyes, al decir

*Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El estado lo garantizará....*²¹

Asimismo, la realización de ese derecho social se concibe a través del programa social, denominado *SINHAMBRE*.²²

Entonces es ahora cuando el derecho agrario debe sumarse a ese esfuerzo, porque no es estático, recibe el influjo del derecho internacional, de los derechos humanos y de la solidaridad, pues aunque tiene autonomía²³ se relaciona con las demás ramas del derecho, entonces lo importante es encontrar ese punto de equilibrio que permita a los sujetos agroalimentarios, dentro de la historia y cultura de los pueblos, en la complejidad de sus relaciones reducir esas diferencias desde la perspectiva de la seguridad alimentaria.

²¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. “Decreto por el que se adiciona un párrafo tercero al artículo 4o. recorriéndose en el orden los subsecuentes y un segundo párrafo a la fracción XX del artículo 27 ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. DOF 13-X-2011. Consulta: 01-X-2013, <http://www.dof.gob.mx>

²² Presidencia de la República. “Decreto por el que se establece sistema nacional para la cruzada contra el hambre” DOF 22-I-2013, pp. 1-16. Consulta: 01-X-2013 en: <http://www.dof.gob.mx>

²³ MORALES Benítez, Otto: *Derecho Agrario lo Jurídico y lo Social en el Mundo Rural*, Ed. Leyer, Bogotá Colombia, 2013, p. 281. Al respecto cita lo siguiente: *...La confrontación entre quienes aceptaban la autonomía y la rechazaban, fue empinada constante... El resultado final ha sido la división de los agraristas civilistas cuya tesis, en líneas generales, coincide con los planteamientos de ARCANGELI. Para ellos con el agrario el ordenamiento jurídico les ofrece mayores posibilidades, coinciden incluso con el tratamiento del Derecho agrario por institutos, aceptan la presencia de una cierta agrariedad en la normativa, pero su método sigue siendo civil y consideran el agrario dentro del Derecho Privado. Por otra parte los agraristas puros, pertenecientes a la Escuela Moderna del Derecho Agrario, donde cada vez se suman los autonomistas, seguidores de Bolla, encuentran en la teoría general una respuesta coincidente con sus planteamientos...*

Conceptos

El derecho a la alimentación es un derecho fundamental, sólo el respirar o el descansar puede ser más elemental que la alimentación, por lo tanto, dicho derecho consisten en la disponibilidad de alimentos en todo momento, en el acceso de todas las personas a ellos, los cuales deben ser nutricionalmente adecuados en términos de cantidad y variedad, además culturalmente aceptables para la población²⁴ que tiene su origen en la primer proclamación de la Declaración universal de erradicación del hambre y malnutrición, aprobada el 16 de noviembre de 1974.

*... Todos los hombres, mujeres y niños tienen el derecho inalienable a no padecer de hambre y malnutrición a fin de poder desarrollarse plenamente y conservar sus capacidades físicas y mentales. La sociedad posee en la actualidad recursos, capacidad organizadora y tecnología suficientes y, por tanto, la capacidad para alcanzar esta finalidad...*²⁵

El derecho a la seguridad alimentaria también es un derecho humano, que se caracteriza por ser de solidaridad, de carácter transversal, porque no se identifica con algún conjunto de normas en diferentes rangos o jerarquías, sino que afecta a todo el derecho como una onda expansiva, que marca o tiñe todo el ordenamiento jurídico por su alto contenido ético, sus valores, sus principios y su versatilidad. De tal manera que no es una rama jurídica autónoma e independiente, sino que es una especie de derecho superior que abarca una gran cantidad de derechos menores, vinculado a su vez a muchísimos temas económicos, sociales, culturales, científicos y humanos.²⁶

El concepto de seguridad alimentaria adoptado por la FAO,²⁷ es cuando:

²⁴ ZELEDÓN, *Derecho...*, p. 399

²⁵ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. *Declaración Universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición*. 17-XII-1974. Consulta: 28-IX-2013, en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/malnutricion.htm>

²⁶ ZELEDÓN, *Derecho...*, pp. 399-400

²⁷ Food Agricultural Organization. *Implicaciones de las políticas económicas en la seguridad alimentaria: Manual de capacitación*. Depósito de Documentos de la FAO-windows internet explorer. noviembre de 1996. Consulta: 21-V-2013, en: <http://www.fao.org/docrep/004/W3736S/W3736S00.HTM>

...todas las personas tienen en todo momento acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana.

El derecho agrario es una rama del derecho que tiene por objeto regular las relaciones entre los campesinos respecto de la propiedad y posesión de sus tierras con fines de explotación agrícola, pecuaria, forestal o cualquier actividad económica del sector rústico, en forma sustentable, respetuosa de su diversidad natural, congruente con su evolución histórica y composición pluricultural, como la de nuestro país, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas de los que descienden las poblaciones que habitaban actualmente nuestro territorio.²⁸

La agroalimentación es la acción de obtener productos alimenticios vegetales o animales del campo, para atender el problema de desnutrición, pobreza y hambre en los países subdesarrollados, aunque también en los países desarrollados implica el derecho de los consumidores a exigir productos de la más alta calidad en cuya presentación se informe sobre la existencia de una patente para poder deducir la mediación de controles sanitarios; el prestigio y la fama de la casa productora y la zona de donde los bienes provienen, con el objeto de que se presenten frescos y sanos, que sean manufacturados dentro de un proceso respetuoso de la naturaleza y de su ciclo biológico, con un uso limitado de químicos, a través de métodos científicos y de una ingeniería genética de alto nivel encargada de mejorarlos, dentro de un proceso idóneo, incapaz de afectar o alterar su calidad e incapaz también de arriesgar o dañar en alguna forma la salud del agroconsumidor.²⁹

El agroconsumidor es el sujeto titular del derecho a exigir productos de la más alta calidad, mientras que el consumidor agroalimentario sería el destinatario del programa social implementado por el estado para paliar el hambre y la desnutrición,

²⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL DIVERSO POR EL QUE SE ADICIONAN UN SEGUNDO Y TERCER PÁRRAFO AL ARTÍCULO 10., SE REFORMA EL ARTÍCULO 20., SE DEROGA EL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 40.; Y SE ADICIONAN UN SEXTO PÁRRAFO AL ARTÍCULO 18, Y UN ÚLTIMO PÁRRAFO A LA FRACCIÓN TERCERA DEL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, 14-VIII-2001. Consulta: 29-IV-2014, en: <http://www.dof.gob.mx>

²⁹ ZELEDÓN, *Derecho* ..., pp. 399-400

de tal manera que no tiene la misma oportunidad que el primero de elegir entre los mejores alimentos, por ello requiere un trato especial, sobre el que la nueva filosofía de la humanidad exige una posición distinta, ya que desde la comunidad internacional se esté exigiendo al país miembro que se encuentra en esa circunstancia de vulnerabilidad, atienda ese problema.

Surgimiento histórico de la agroalimentación

Se considera que el derecho agroalimentario tiene una concepción de origen internacional reciente, que corresponde al conjunto de normas que se aplican a los productos y sustancias utilizables para la alimentación del hombre y que abarca disposiciones y métodos que van desde la producción hasta el consumo de los mismos, cuyo objetivo es que los alimentos sean sanos y seguros, es la protección del consumidor, de la comercialización de los productos y del medio ambiente.

En el ordenamiento interno parece estar limitado, sin embargo en el ámbito internacional, de los tratados y convenios hay una gran normativa que debe ser aprovechada por nuestro sistema jurídico. La creación de la FAO en Quebec, Canadá, 1945, como un órgano permanente de la Organización de las Naciones Unidas, tuvo como objetivo ocuparse de la alimentación y la agricultura. En 1948 se incorporó la alimentación dentro la Declaración Universal de los derechos humanos. En 1960 la FAO impulsó la campaña mundial contra el hambre. En 1962 conjuntamente con la Organización Mundial de la Salud, crea la Comisión *Codex Alimentarius*. En 1974 se realiza la primera Conferencia Mundial de la Alimentación en la que adopta el compromiso internacional sobre la seguridad alimentaria bajo el nombre *Declaración Universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición*. En 1994 la FAO pone en marcha el Programa Especial para la Seguridad Alimentaria (PESA) dirigido a países de bajos ingresos y con déficit de alimentos. En 1996 tiene lugar en Roma la Cumbre Mundial sobre la Alimentación, de cuyos documentos emerge una enorme normativa y filosofía de solidaridad, no de competitividad ni de globalización, que debe ser considerada por el derecho agrario,³⁰ en la cual se impuso la obligación a los países firmantes de reducir hasta en la mitad el número de personas en inseguridad alimentaria para el año 2015.

³⁰ *Idem*, pp. 403-404.

Los principios de la declaración sobre seguridad alimentaria mundial

De los precitados documentos internacionales se extrae la siguiente columna de principios y definiciones, expuesta por Ricardo Zeledón:

- a) *Tres son los factores de los cuales depende la seguridad alimentaria, disponibilidad, estabilidad y accesibilidad a las reservas de alimentos, por ello el compromiso de los países es de adoptar políticas estratégicas para alcanzar sus propios objetivos y a su vez cooperar en el plano regional e internacional;*
- b) *La desnutrición crónica e inseguridad alimentaria obedecen a la baja productividad agrícola; falta de agua en la producción y falta de empleo agrícola, por lo que debe aumentarse la producción, combinando cultivos tradicionales con importados, por ello se hace necesario la inversión a largo plazo en la investigación, catalogación y conservación de recursos genéticos propios;*
- c) *La pobreza es una causa de la inseguridad alimentaria, quienes no tienen acceso a la tierra, agua, insumos, semillas mejoradas, ni al crédito agrícola por lo que debe aumentarse la producción;*
- d) *Las catástrofes naturales y humanas obligan a cultivar en tierras de escasa productividad, por lo que se proponen actividades de prevención y preparación para las catástrofes.*
- e) *El terrorismo, corrupción y la degradación del medio ambiente son causas de inseguridad alimentaria, por lo que debe promoverse un entorno político, económico y social pacífico, mediante la defensa y protección de los derechos humanos.*
- f) *La inestabilidad en el suministro de alimentos provoca inseguridad alimentaria, por lo que se propone orientar el progreso para reducir la vulnerabilidad, mediante la transferencia de tecnología y mecanismos confiables de almacenamiento y financiación.*
- g) *Participación equitativa de ambos sexos, opera el fenómeno de la feminización de la agricultura, debido a la mayor movilización del género masculino.*
- h) *Importancia del desarrollo agrario sostenible, subrayando el papel del ser humano, por ello se privilegia el trato de agricultores indígenas y sus organizaciones.*³¹

³¹ ZELEDÓN, *op. cit.*, pp. 405-408.

Conclusiones

Se reconoce que falta mucho por hacer, el CONEVAL determinó en 2012 que la población en carencia de alimentación es del 23.3%, que correspondía a 27.4 millones de personas.³² Lo cual pone en evidencia la imposibilidad de cumplir con el acuerdo internacional en la Cumbre de Alimentación de Roma en 1996, de lograr una reducción a la mitad para el año 2015, ya que en comparación con el censo del 2010 sólo se redujo en 1.0 millón de personas, lo que corresponde al 1.5%, cuando requiere reducirla hasta en un 12.4% para alcanzar la meta.

No basta con modificar la Constitución y sus leyes reglamentarias, ni suscribir convenios internacionales y manifestar públicamente el interés de las autoridades por implementar los programas necesarios, sino que falta un verdadero derecho garantista, que establezca los instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y por parte del poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas³³

De acuerdo con la teoría garantista de Luigi Ferrajoli, el *Estado Constitucional* debe abandonar la connotación territorial y ubicarse en la teoría del constitucionalismo global, asimismo debe diseñar mecanismos para garantizar efectivamente los derechos sociales, lo que se ha llamado el constitucionalismo de la igualdad, que implica hasta la asignación presupuestal determinada constitucionalmente para satisfacer derechos fundamentales, finalmente debe extender su paradigma garantista a los particulares, para lograr una eficacia horizontal de los derechos sociales fundamentales.³⁴

La seguridad alimentaria entonces ya no es posible mediante el estado de derecho tradicional, de manera que el intervencionismo del estado para proteger a los sujetos económicamente más débiles, como los campesinos, debe modificarse a través de

³² CONEVAL. *Resultados de pobreza a nivel nacional y por entidades federativas 2010-2012*. Consulta: 01-X-2013, en: <http://www.coneval.gob.mx/Paginas/principal.aspx>

³³ GASCÓN Abellán, Marina: "Teoría General del Garantismo rasgos principales". En *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. (Coords. Miguel Carbonell y Pedro Salazar) Ed. Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, p. 21.

³⁴ CARBONELL, Miguel "La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli", En *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. (Coords. Miguel Carbonell y Pedro Salazar). Ed. Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 171-172.

la solidaridad humana, la comprensión de nuestro entorno social y natural, adquirir una conciencia y asumir una responsabilidad de lo que sucede en nuestro medio ambiente y prevenir en lo posible su modificación, con las nuevas tendencias que tratan de redefinir los valores por donde habremos de caminar en el futuro, para defender la vida y la salud mediante la alimentación sana, a través de novedosas instituciones que partan de una teoría construida bajo los principios internacionales en materia de seguridad alimentaria.

Los Derechos Humanos y los derechos sociales: Un desafío jurídico en México

Ángel Edoardo Ruiz Buenrostro¹
Fernando Aréchiga González²

RESUMEN: Tanto Derecho a la Seguridad Social, como el del Trabajo tienen limitaciones en cuanto a su aplicación y alcance como Derechos Humanos (DH) Ambos no alcanzan a ser considerados DH “típicos”, ello pese a la enorme variedad de pactos y tratados que así lo establecen. Esto ocurre no omisiones o malas intenciones, si no en virtud de que el marco legal que se les da en México, limita a las autoridades a garantizarlos o incluso violentarlos y repararlos, como ocurre con otro tipo de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, Derecho laboral, Seguridad Social, Ajuste constitucional, derechos no exigibles al estado.

ABSTRACT: Social Security, as Labor rights has limitations in their application and reach as Human Rights. Both fail to be considered “typical human rights”, this is despite the enormous variety of pacts and treaties about. This is not caused by bad intentions or omissions, but under the legal framework given to authorities in Mexico, limits the authorities to guarantee them or even violate them and repair them, as with other human rights.

KEYWORDS: human rights, labor law, social security, constitutional setting, no enforceable rights to the State.

SUMARIO: Antecedentes de los Derechos Humanos y su contexto legal ■ La diferenciación entre los Derechos Humanos y los Derechos Personales ■ ¿Es el Derecho del Trabajo un Derecho Humano? ■ ¿Es el derecho de la Seguridad Social un Derecho Humano? ■ Conclusiones.

¹ Maestro en Derecho.

² Doctor en Derecho. Director de Tesis y asesor en el presente ensayo.

*Hoy en día más gente cree en los ovnis
de los que creen que la Seguridad Social
los cuidará en su retiro.*

Scott Cook

Antecedentes de los Derechos Humanos y su contexto legal

No es ninguna novedad que los DH sean un tema centralizado en la época moderna del derecho a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), que es sin lugar a dudas el documento más ampliamente aceptado a nivel mundial en esa materia.

Pese a su condición no vinculante, la DUDH al ser un documento general adoptado por México (por medio de su representante en la ONU), aunque no se encuentre ratificado por el Senado de la República, podemos decir que su obligatoriedad se concentra más en ser un aspecto relativo a la moral internacional, “*es una mera recomendación, registra una pauta moral y política, que puede servir de ejemplo para las constituciones nacionales y abrir un camino de evolución progresiva*”, según Hector Gros Espiell³.

En ese sentido, aquel país que no respete estos derechos eminentemente naturales, según ésta declaración, puede llegar a verse involucrado en “escándalos globales” o bloqueos de índole comercial, o incluso trabas aduanales que dificultan la economía de aquel país en cuestión. Por ende, pocos países no respetan (o cuando menos hacen el intento) de respetar o quizá dar una “manita de gato” a sus legislaciones positivas, con la intención de que maquillar su realidad y adecuarse a lo que la mayoría de los países, esencialmente considera como DH. No olvidemos que en este momento histórico (2014), existen teorías jurídicas, que elevan a esta declaración como un documento vinculado con las consecuencias legales de cualquier otro documento pacto internacional, así, el Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno nos indica:

Así las cosas, resulta aconsejable que más allá de discusiones bizantinas, o de la postura que cada quien prefiera adoptar en esta temática, consideramos seriamente la idea de que la declaración universal de los derechos humanos, si

³ GROS Espiell, Héctor: *Naturaleza jurídica y carácter de fuentes de Derecho Internacional de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Editorial AMF, Montevideo, 1999, p. 33.

*bien en esencia es una recomendación, es en realidad y para fines pragmáticos un instrumento jurídico vinculante para todos los países del orbe, con independencia de si son o no estados miembros de la ONU.*⁴

Sea cual sea la interpretación, obligatoriedad o vinculación que se le quiera dar, la realidad es que la DUDH es el documento de excelencia en materia humanista y desde luego, el origen principal de sinfín de palabras y análisis, y ello, lo convierte, con o sin obligación, en un documento magno.

El nuevo paradigma de nuestra constitución en relación a los DH, obedece a una larga historia que desencadenó la desaparición del C. Radilla Pacheco por parte del Estado Mexicano y que culminó con la recomendación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre el énfasis que se debía tener el estado respecto a los DH. En particular, es de estudiado derecho que en el artículo primero, México hace énfasis en el irrestricto respeto que debe existir a los DH y por lo tanto garantizar por su pleno ejercicio para todos los ciudadanos; sin embargo es necesario destacar que en dicha redacción, que a continuación me permito consignar, únicamente se hace énfasis en que son las autoridades en el ámbito de su aplicación, las personas obligadas a respetar, hacer valer, e incluso reparar los daños a los DH plasmados en dicha constitución, tal y como lo expresa el Artículo 1º de nuestra CPEUM.

Debemos pues tomar en cuenta que del nuevo paradigma de los DH que tenemos en México, los DH se encuentran establecidos dentro de un capítulo exclusivo de nuestra constitución dentro de los artículos 1º al 29 (la también denominada parte dogmática); no obstante, el Derecho del Trabajo y también el de la Seguridad Social, se encuentran establecidos dentro del artículo 123 de nuestra carta magna, por lo que dicho acomodo, por sí mismo, deja fuera del alcance de los DH (fuera del espectro del capítulo) tanto al derecho del trabajo como al de la seguridad social, situación que impide su total coercibilidad por parte del estado.

Por muy curioso que sea, esta “omisión”, cuenta con una explicación jurídica, misma que se encuentra plasmada en el artículo 25 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al referirse en su párrafo 5º que el estado mexicano tiene la obligación de fomentar y crear las bases necesarias para el crecimiento y desarrollo del sector social, ya sea a través del empleo o de incentivar las organiza-

⁴ RUIZ Moreno, Ángel Guillermo; RICHTER, Marcelo Pablo: *Derecho de la Seguridad Social. Bases, principios, jurisprudencia y normatividad aplicable en Guatemala*. ISBN 978-9929-618-50-3. SERVIPRENSA, Guatemala, 2013, p. 88.

ciones sociales, pero bajó ningún un motivo, México tiene la obligación de dar propiamente trabajo o empleo a sus ciudadanos, dado que nuestra propia constitución no faculta al gobierno a administrar los medios de producción, como ocurre en países con regímenes socialistas del gobierno; luego entonces el resultado es que México funciona como un país con régimen capitalista pero con fines sociales y por lo tanto, llegamos a concluir que el estado como tal no puede violentar el derecho humano del trabajo, puesto que en primer lugar no es su obligación dar u otorgar empleos, sino fungir como árbitro o réferi y resolver las controversias que se susciten entre dos personas en materia del trabajo, mismos que intervienen directamente en una relación de trabajo.

La misma interpretación se puede tomar cuando analicemos en el capítulo respectivo el derecho de la seguridad social, dado que esta prerrogativa se encuentra íntimamente ligada con el derecho del trabajo por lo que primeramente, habrá que romper con el paradigma de que el empleo formal y la seguridad social van de la mano, pues visto y analizado este hecho desde todo punto de vista legal, nos encontramos ante dos DH completamente diferentes entre sí y por ende, cada uno merece sus propio estudio.

La diferenciación entre los DH y los derechos personales

Comencemos este capítulo con una definición de los DH:

Los derechos humanos son –según el planteamiento que se ha desarrollado con base en la propia DUDH– inalienables (dentro de ciertos límites legales) y universales (pertenecen por igual a todos los miembros de la familia humana, más allá de cualquier frontera territorial o límite social, racial, étnico, cultural, político o económico), y deben ser protegidos por la ley. Por otro lado, si el sujeto de derechos es el individuo, el poseedor de obligaciones es el Estado; es decir, aun cuando las acciones de agentes no estatales pueden ocasionar violaciones a los derechos humanos, la responsabilidad principal de respetarlos, garantizar su respeto por terceros y propiciar su realización corresponde directamente al Estado.⁵

⁵ ANAYA Muñoz, Alejandro, *et al: Glosario de Términos Básicos sobre Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2006, pp. 26. Libro Electrónico, http://directorio.cdhd.org.mx/libros/glosario_terminos_ddhh.pdf

Así, esta definición va tendiente a identificar a los DH como un Derecho Público *Conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones del Estado, como ente soberano con los ciudadanos y con otros Estados,*⁶ donde interviene directamente el Estado, en su aplicación, observancia, vigilancia y aplicación.

Por otro lado, los derechos personales, íntimamente ligados al derecho civil, mercantil, familiar, penal y laboral, para efectos de este artículo, serán aquellos derechos que se encuentran fijados en un norma jurídica o prohibiciones de cualquier naturaleza que afecten directamente a un particular por dar, hacer o no hacer algo, tratando de hacer una definición general entre la clasificación del derecho privado y el derecho social.

Así, como analizamos anteriormente, el artículo primero de nuestra constitución mexicana y en general la parte dogmática de la misma, es clara y tajante cuando del mismo se desprende que **sólo las autoridades en su respectivo ámbito de competencia están obligadas a respetar proteger y garantizar y en consecuencia sancionar y reparar las violaciones a los DH**, pues la teoría clásica de los éstos, establece que sólo el gobierno como estado como tal, en cualquier ámbito o nivel **es el único que jurídicamente puede violentar los DH a un ciudadano**. En otras palabras, un particular no puede vulnerar los DH de otro particular.

Lo anterior se robustece si tomamos en cuenta que la mismísima esencia del derecho privado establece que entre los particulares existen sanciones, obligaciones de dar, hacer o no hacer y métodos mediante los cuales se ejerce la justicia o la reparación ante las violaciones a derechos de terceros o el resarcimiento o pago ante el incumplimiento de obligaciones por parte de una persona física o jurídica.

De tal suerte que se afirma de manera análoga, **que las normas contenidas en los DH son a la población de un estado lo que cualquier Código Civil es a las relaciones entre particulares; ambos dan derechos, obligaciones y garantías de reparación ante las posibles violaciones, la primera por parte del estado y la segunda por parte de los particulares.**

En efecto, es muy común confundir ambos derechos, dado que es abrumadora la socialización y publicidad que se le ha dado a los DH, por supuesto de forma general para que la población en cualquier nivel socioeconómico comprenda que sus derechos son protegidos por el estado, sin embargo, estamos ante un claro error de interpretación, pues al común de los ciudadanos le resulta muy sencillo pensar que una persona física o moral pueda violentar la mayor parte de los DH hablando en el estricto sentido

⁶ MOTO Salazar, Efraín: *Elementos de Derecho*, 47ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002, pp. 8-9.

legal, precisamente porque todo el pasaje publicitario y promocional tiende a omitir a propósito que es el estado el único responsable de las violaciones a los DH.

En ese sentido no es sorprendente encontrar a personas que se quejan de violaciones a sus DH ante una variedad de hechos o situaciones respecto de terceros, personas morales o físicas, que en ningún momento y de ninguna manera representan una figura administrativa o de índole gubernamental, por lo que es evidente que se trata de otro tipo de naturaleza jurídica la que debe de resolver el conflicto, dejando a un lado a las Diversas comisiones de DH en todo el país.

El error de interpretación consiste esencialmente en que a los ojos de cualquier persona “*se violentan derechos humanos*” cuando un ciudadano comete homicidio, o bien toma mis posesiones sin mi consentimiento, quizá puede tratar de impedir el derecho a mi libertad de expresión, de reunión, o sencillamente, discrimina por cualquier condición como sexo, religión, preferencias, raza o cualquier otra condicionante. Sin embargo, el fenómeno de dichas lesiones por parte de personas físicas o morales es completamente reparable por cualquier otra vía legal de índole privado inclusive. Lo que legal y jurídicamente se conoce como DH, únicamente pueden ser violados por las autoridades, **Personas Morales Oficiales** en cualquier nivel y de cualquier competencia en cualquier territorio, como es el caso del derecho de petición, la democracia activa o pasiva, la nacionalidad, libre tránsito o el arresto en cualquier forma; prácticas que de ser cometidas por cualquier persona física o moral de índole privado, naturalmente no podrían ser consideradas como violaciones a DH en estricto sentido, sino actos de naturaleza civil, penal, mercantil o laboral, con consecuencias propias a cada involucrado.

Es claro entonces que existe una diferenciación entre los llamados DH y los derechos y obligaciones que surgen por la condición de ciudadano en las relaciones personales. No está por demás mencionar que el hecho que los DH sean únicamente violentados por las autoridades, los particulares no se encuentran del todo eximidos del velar por su respeto y observar los mismos, así lo establece el Centro por los Derechos Sociales y Económicos al referirse a los particulares como “actores no estatales” (*sic*)

De acuerdo con el marco legal de los derechos humanos, los gobiernos son responsables de proteger los derechos humanos garantizando que los actores no estatales, incluyendo individuos, empresas, corporaciones y multinacionales, no priven a las personas de sus derechos, y que existan recursos efectivos en casos de violaciones. Los Estados son responsables de las violaciones de derechos

*humanos que se producen como consecuencia de su omisión de tomar medidas adecuadas para controlar las acciones de dichos actores no estatales.*⁷

Efectivamente, este razonamiento es precisamente el punto medular del presente artículo, pues resulta trascendental y nos sirve como una premisa a fin de analizar el peliagudo tema de los DH del trabajo y de la seguridad social, pues como se verá más adelante, el estado es indirectamente responsable por la omisión en la vigilancia de los derechos fundamentales entre los particulares. Por lo que una vez establecido el punto de vista del suscrito autor, respecto a esta diferenciación entre los DH y los derechos personales, procederemos el capítulo respectivo y analizaremos pormenorizadamente los DH tanto de trabajo como de la seguridad social.

En efecto, en este artículo, nos enfocaremos a los DH del trabajo y de la seguridad social, contenidos en los artículos 22, 23 y 24 de dicha declaración, los cuales, como tal, resultan ambiguos y un tanto limitados en cuanto a su redacción, me atrevo decir, pues las deficiencias jurídicas y su interpretación es tan variada que aún no son respetados como tal en México, por lo que la confusión que se desarrolla al respecto, sencillamente no garantiza que todo humano en México posea de las garantías efectivas a estos derechos laborales básicos, irrenunciables e inalienables.

¿Es el derecho del trabajo un Derecho Humano?

En México el derecho del trabajo ha tenido sus altibajos. Sin duda se trata de un derecho que ha tenido una relevancia histórica significativa en cuanto a sus modalidades y su lucha por un reconocimiento de la clase obrera, dentro de la cual, el sector obrero ha tenido unas conquistas indudables.

Cabe recordar que la revolución mexicana que se inició de la 1910 fue el parteaguas histórico que culminó con una constitución que a la par sirvió de referencia a muchas otras constituciones del mundo y dentro de la cual se incluía el artículo 123, que abarca el trabajo y la previsión social en México, en el cual se plasmó por el legislador las normas mínimas que deben imponerse cuando una persona ingresa a una relación obrero-patronal.

El derecho del trabajo en México partió de una premisa básica: diferenciar el *derecho al trabajo* del *derecho del trabajo*. Esta diferenciación radica esencialmente

⁷ Centro por los Derechos Económicos y Sociales, *op cit.* <http://www.cesr.org/downloads/Derecho%20a%20Trabajo.pdf>

en que el primero establece que ninguna persona se le puede prohibir dedicarse al oficio, profesión, o trabajo que mejor le plazca, siendo la única condicionante que dicha actividad sea lícita, es decir que no contravengan en las “buenas costumbres” o el interés social para el pleno desarrollo de sus acciones. Por otro lado, el segundo concepto, el derecho del trabajo implica que cuando dos individuos (patrón y trabajador) se vean inmiscuidos en una relación donde se ofrezca una subordinación directa mediante un servicios personal y desde luego éste sea remunerado, los derechos y obligaciones de ambas partes, se encuentran regidos por normas mínimas inapelables, inalienables e irrenunciables, siendo esto último vigilado y garantizado por el Estado.

¿Qué importancia reviste el derecho del trabajo en México? Este engrane económico como factor de producción, es una actividad que va encaminada a la subsistencia dentro del esquema económico del capitalismo o el neoliberalismo, como nos explica la Dra. Patricia Kurczyn en su artículo denominado *Razón de ser del Derecho del Trabajo*:

El trabajo del hombre es, en principio, como universalmente se sabe, la actividad que realiza para su subsistencia: búsqueda o producción de alimentos, de cobijo, etcétera. Se realiza primitivamente de manera natural, en tal sentido puede hablarse de un derecho natural al trabajo que posteriormente se va insertando en los esquemas de las complejidades. El desempeño diario por conseguir los elementos de sobrevivencia pronto se halla sometido a la explotación, y, desde siempre, la esclavitud se manifiesta, hay esclavos y hay siervos.⁸

El Trabajo subordinado en el sector privado (empleo) en la actualidad, es la actividad económica más importante de México. Cifras del Instituto Mexicano del Seguro Social recabadas por el INEGI, a marzo de 2014, así lo sostienen; dado que el IMSS tiene registrados a 16'732,758⁹ de trabajadores en diferentes ramas, empleos e industrias, lo cual, en relación a la Población Económicamente Activa (PEA)

⁸ KURCZYN Villalobos, Patricia: Revista Jurídica *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 82 Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM., “Capítulo V. La economía y el trabajo”, México, 2011, S/P <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art7.htm>

⁹ <http://www.inegi.org.mx/sistemas/bie/cuadrostadisticos/GeneraCuadro.aspx?s=est&nc=461&c> consulta: 9-V-2014.

-50'243,493¹⁰- resulta que el **33.30% de la PEA es un trabajador subordinado** que recibe prestaciones y prerrogativas de índole laboral, siendo esta actividad económica la de mayor relevancia en México. Desde estas estadísticas no se está contando a la población trabajadora que no se encuentra inscrito ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, por lo que estas cifras pueden aumentar respecto al trabajo informal o irregular.

En efecto, 1 de cada 3 personas en México están sujetas a una relación de trabajo formal, por lo que el Estado debe velar y proteger de arbitrariedades a esta parte de la población.

Entonces hablamos de una justicia social, completamente diferente, donde el estado, como un ojo todopoderoso en el firmamento, vigila, protege y garantiza la justicia social coadyuvando para ello con los otros dos sectores que intervienen en el mismo. Evidentemente que la función del estado en el ámbito laboral se caracteriza por ser un garante y un revisor del buen funcionamiento de las relaciones entre una persona física (trabajador) y otra física o moral (patrón) Esta relación tripartita, de conformidad con el artículo 2 de la Ley Federal del Trabajo, tiende a conseguir el equilibrio y la justicia en las relaciones de trabajo entre aquellas partes.

Así las cosas, la pregunta rectora que trataremos de resolver en el presente artículo será: *¿Cómo puede el derecho humano del trabajo ser violentado por el Estado y a su vez reparado si la única función de dicho ente jurídico limita su actuar a la vigilancia de las normas mínimas del trabajo?*

Empero, existen los medios legales de defensa ante tribunales (en este caso juntas de conciliación que hacen las veces de) previamente establecidos suficientes para que, ante posibles injusticias sociales a los trabajadores o violaciones a los derechos positivos preestablecidos en las leyes del obrero, sean reparados mediante indemnizaciones o incluso el restablecimiento de los derechos violentados, y con ello el estado cumpla con su obligación de garante.

Establecidas estas premisas, entonces debemos afirmar, la obligación y el alcance de México, de cara al derecho humano del trabajo, se traduce en que debe obligar a respetar en la práctica que las relaciones *quasi* privadas del trabajo, se respeten la dignidad, la no discriminación, la jornada de trabajo máxima y las demás prerrogativas inherentes, siendo el garante, hasta tal grado, que sea el mismo estado quien responda ante la falta, carencia o limitación de los programas, autoridades del trabajo

¹⁰ <http://www.inegi.org.mx/sistemas/BIE/CuadrosEstadisticos/GeneraCuadro.aspx?s=est&nc=597&c consulta: 9-V-2014.>

o en general cualquier ente o persona designada para la vigilancia, de tal suerte que debe ser el propio estado quien obligue a los particulares a cumplir con los DH y de no poder lograrlo (o incluso intentarlo), ante una actividad irregular del estado, sea él mismo de quien repare el daño o perjuicio logrado hacia los trabajadores.

Ésa y sólo ésa puede ser la obligación y alcance del estado respecto al derecho humano del trabajo en México.

¿Es el derecho de la seguridad social un derecho humano?

Para analizar el alcance y valor del derecho a la Seguridad Social como derecho humano, necesariamente debemos referirnos de nueva cuenta a la DUDH como premisa básica de esta protección, pues dentro del articulado de dicho documento, encontramos disposiciones relativas a la igualdad, la familia, a la seguridad social y al derecho que todos tenemos de tener un nivel de vida adecuado, mismo que encontramos en los artículos 22 y 25.

El Derecho a la Seguridad Social, es muy amplio, pero por desgracia, aún se encuentra íntimamente ligado con el Derecho del Trabajo. La intención de “deslaboralizar” la seguridad social y hacer que ésta sea uniforme tanto para los trabajadores subordinados como para la población en general de México, es uno de los retos que la Asociación Internacional de Seguridad Social (ISSA), ha manifestado como “la ampliación de la cobertura de la Seguridad Social

De nueva cuenta nos enfrentamos que la misma distribución constitucional encajilla y limita, al pleno goce de la Seguridad Social prácticamente de forma exclusiva para los trabajadores. Sin embargo, las nuevas tendencias internacionales incentivan a romper con el paradigma de que la seguridad social es sólo para la clase obrera, pues la población en general, es decir, aquellas personas que no son trabajadores subordinados, también deben gozar de los beneficios de una Seguridad Social integral.

El desafío entonces, será desenredar esta compleja rama del derecho y simplificarla para que todas las personas puedan tener primer acceso a una Seguridad Social Universal que garantice cuando menos los medios de subsistencia, el acceso a la salud, el derecho a vivienda digna y decorosa, y todas aquellas prestaciones sociales necesarias para el sano esparcimiento y desarrollo social y cultural de las personas.

La tarea es titánica; no sólo porque se debe comenzar a con los cimientos adecuados, es decir una separación constitucional de la seguridad social con respecto al trabajo subordinado, sino también el hecho insoslayable que como todo seguro (público, privado o social), requiere de estudios actuariales y económicos, con la

finalidad de hacer autosustentable este derecho humano, pues resulta tan especial que forzosamente requiere de la ayuda de los tres pilares del engrane productivo: el estado, los patrones, y los trabajadores. Así lo explica el Dr. Ruiz Moreno:

El financiamiento de los seguros sociales se efectúa mediante el pago de cuotas o contribuciones cubiertas en forma tripartita por el gobierno federal, trabajadores y patrones, si bien en el seguro básico éstos son los únicos sujetos obligados al pago en la relación gustaría que se genera con el ente asegurador nacional, en tanto que en lo que atañe a los seguros sociales de los servidores públicos el ente obligado a su entero lo es el empleador. Por el contrario, la prima de los seguros privados es pagará directamente, por su propio peculio, por la persona interesada o asegurada.¹¹

Dejando un poco de un lado el tema de la financiación (lo cual sin duda daría para escribir otro artículo), es evidente que la forma en la que está estipulado este Derecho humano en nuestro derecho positivo vigente, tanto en las leyes federales y estatales, como se estipuló en párrafos anteriores, no puede considerarse todavía un derecho humano plenamente garantizado por el estado, pues dejando de lado la obligatoriedad de inscripción a cierto sector de la población (que ya de por sí es limitado y excluyente), el mismo régimen voluntario del Instituto Mexicano del Seguro Social, tiene tantos requisitos y prerrogativas de exclusión y no ofrece ningún beneficio palpable a corto plazo, que las personas no sienten la necesidad de afiliarse bajo esta figura, quizá en parte por la poca cobertura que se da al momento de su afiliación.¹²

Y no es que México no haya tenido intentos de brindar una seguridad social universal o similar, sin embargo, la confusión terminológica y conceptual en cuanto a lo que viene a ser una Seguridad Social mundialmente reconocida, como lo marca la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT):

Los sistemas de seguridad social prevén unos ingresos básicos en caso de desempleo, enfermedad y accidente laboral, vejez y jubilación, invalidez, respon-

¹¹ RUIZ Moreno, Ángel Guillermo. *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 2011 p. 211.

¹² Ver Artículos 13 y 222 de la Ley del Seguro Social así como los Artículos 75 AL 89 del Reglamento de la Ley del Seguro Social en Materia de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización

sabilidades familiares tales como el embarazo y el cuidado de los hijos y la pérdida del sostén de la familia. Estas prestaciones no sólo son importantes para los trabajadores y sus familias, sino también para sus comunidades en general. Al proporcionar asistencia médica, seguridad de los medios de vida y servicios sociales, la seguridad social ayuda a la mejora de la productividad y contribuye a la dignidad y a la plena realización de los individuos.¹³

Ahora bien, lo que en la práctica México propone otorgar se encasilla más dentro de un asistencialismo social o bien una “caridad” del estado, que ha venido a confundir y dificultar el estudio y disertación de cómo debe otorgarse la seguridad social universal.

No todo lo que nos está ofreciendo el Gobierno México en el año 2014 puede ni debe considerarse como Seguridad Social Universal. Para estos efectos, me permito hacer énfasis en dos ejemplos muy claros que si bien reúnen los mayores esfuerzos del Gobierno Federal, dichos en los programas sociales resultan insuficientes para la amplia protección requerida por la Seguridad Social: el Primero es el Seguro Popular de Salud. El seguro popular de salud es uno de los grandes intentos del gobierno mexicano que, apoyado por la comunidad internacional, pretende dar una cobertura básica de salud a las personas; sin embargo pese a sus más de 13 años de vida, se ha evidenciado las limitaciones en cuanto a su cobertura de accidentes o enfermedades, siendo esta cobertura únicamente en enfermedades o accidentes denominadas “comunes” o habituales, desprotegiendo a otra personas cuya salud se ven mermada por enfermedades igualmente catastróficas, pero menos comunes, incumpliendo así lo estipulado por la Organización Mundial de la Salud, al considerar que: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.¹⁴ Incumpliendo así hasta con su propia naturaleza.

¹³ OIT: Seguridad social: un nuevo consenso, Ginebra, 2001. http://ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/social-security/lang-es/index.htm#P54_11405

¹⁴ La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

El segundo de los intentos resulta ser un programa social que inició de nominiándose “70 y más”. Este programa aplicado por la Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL), pretendía combatir los grados de marginación más lacerantes por medio de una prestación económica en metálico que se autodenomina pensión, sin serlo, a las personas que tengan la edad biológica de 70 años y que vivan en comunidades con menos de 20,000 habitantes. La misma SEDESOL, Informó:

Debido a la vulnerabilidad asociada a las condiciones de vida de los AM y como parte de las políticas sociales en México, en 2007 la SEDESOL implementó el Programa de Atención a los Adultos Mayores de 70 años y más en zonas rurales (70 y más). El Programa busca beneficiar a todos los AM de 70 años y más que habiten en localidades menores de 2500 habitantes, extendido en 2008 a zonas de 20,000 habitantes y en 2009 hasta 30,000 habitantes, con el propósito de mejorar el nivel de ingreso de los AM y sus condiciones de vida con un apoyo mensual de \$500.00 entregado de manera bimestral.¹⁵

Si bien éste fue el inicio de un intento de brindar la seguridad social universal con esta protección, la popularidad del programa social derivó en grandes cambios en el sexenio de Enrique Peña Nieto, ya que de tener una edad mínima de 70 años, se disminuyeron en cinco años a la edad mínima para poder acceder a este programa social y eliminó el requisito de vivir en comunidades pequeñas.¹⁶ En cualquier caso, estas autodenominadas pensiones, bajo ninguna circunstancia pueden ser consideradas como una forma de brindar seguridad social a la ciudadanía común, en virtud de que se trata más de un asistencialismo social que conduce inevitablemente a una marginación más marcada.

¹⁵ Palabras del Resumen Ejecutivo del Primer Seguimiento a la Evaluación de Impacto del programa de Atención a adultos mayores de 70 años y más en zonas rurales y cuya información fue obtenida de SEDESOL (2007) Reglas de Operación del Programa de Atención a los Adultos Mayores de 70 años y más en zonas rurales. <http://www.sedesol.gob.mx/index/index.php?sec=3003&len=1> ; Febrero de 2007

¹⁶ ACUERDO por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa de Pensión para Adultos Mayores, para el ejercicio fiscal 2014. DOF 29 –XII-2013. Consulta 26-V-2014, en: http://www.normateca.sedesol.gob.mx/work/models/NORMATECA/Normateca/Reglas_Operacion/2014/rop_adultos_mayores.pdf

Así las cosas, no podemos hablar de Derecho Humano de la Seguridad Social Exigible al Estado, en virtud de que el entramado jurídico constitucional no permite que el estado mexicano sea el único garante de este derecho. Por lo cual, para que cualquier nación pueda llegar a garantizar el Derecho humano a la seguridad social de forma obligatoria, se debe pensar en un nuevo ajuste o acomodo jurídico buscando que sea el propio ESTADO el que proporcionen al menos, los medios de subsistencia y garantice el acceso de una salud integral a toda la población, diferenciando por supuesto a aquellas personas que están sujetas a una relación laboral y por lo tanto a mayores riesgos de aquellos que no lo están.

Conclusiones

Sin duda la tarea es titánica. El reajuste constitucional debe ir enfocado en cinco vertientes principales: El reenfoque de esfuerzos de las autoridades del trabajo en la búsqueda de prevenir y sancionar a los particulares que violenten los DH; La mejora en las sanciones a particulares que violenten DH entre sí; la deslaboralización de la seguridad social; la Universalización de la misma y la unificación del acceso a los seguros sociales.

La mejora en la aplicación de las sanciones que las autoridades pueden aplicar a los particulares que violenten DH entre sí; es primordial para que el estado cumpla su función rectora de garante en estos derechos: La ampliación de facultades a inspectores así como la justicia laboral expedita es esencial para tal efecto.

La deslaboralización separar a la seguridad social en su parte Previsional (cesantía y vejez) de su parte contingencia (riesgos profesionales, invalidez), resulta obligatorio para el estado, al cambiar un esquema que al ser exclusivo termina siendo excluyente del resto de personas interesadas en su esquema pensionario, por lo que separar la seguridad social del trabajo es necesario.

La universalización es necesaria dado que tiene la finalidad de llegar la seguridad social a trabajadores, empleados, comerciantes, patrones y cualquier profesionista que perciba un ingreso por su actividad, sin importar si tiene un empleador o no; es el mayor reto de la seguridad social contemporánea, dado que se trata de extender el manto protector de ésta y no limitarse obligatoriamente sólo a los trabajadores subordinados, con la finalidad de ser un Derecho humano exigible.

Por la Unificación, entenderemos la combinación o semejanza de los requisitos para acceder a los beneficios de seguridad social que tienen a su cargo todos los seguros sociales o esquemas de previsión social. Esta unificación deberá ser plasmada

en el artículo constitucional en específico, ya que al elevar los requisitos a nivel constitucional tales como el tiempo de cotización, o la edad mínima de retiro, podemos tener certeza de que las leyes reglamentarias al respecto deberán respetar dichos criterios pensionarios.

La tarea que parece ser demasiado complicada, sobretodo bajo el contexto actual que guarda la seguridad social en México con sus más de 30 seguros sociales, sin embargo, los segurólogos sociales, tenemos las herramientas, los avances y las ideas necesarias para que dicha tarea sea al fin culminada y aterrizada por el Estado.

Sinopsis de las audiencias básicas del sistema penal acusatorio en México

Lorenzo Sánchez Bravo¹
Arturo Villarreal Palos²

RESUMEN: A través de este artículo se pretende analizar las diversas etapas del procedimiento penal acusatorio desde su óptica de aplicación práctica y legal partiendo de la reforma constitucional del sistema penal en México del 18 de junio de 2008 y la publicación del Código Nacional de Procedimientos Penales del 5 de marzo del 2014, explicando el desarrollo de las audiencias troncales o básicas dentro de las tres etapas que establece el ordenamiento procesal penal reformado a nivel nacional.

PALABRAS CLAVE: Etapas penales procesales y audiencias

ABSTRACT: Through this article analyzes the various stages of the adversarial criminal proceedings from their perspective of practical and legal application from the Constitutional reform of the penal system in Mexico from June 18 of 2008 and the publication of the National Code of Criminal on March 5 of 2014, explaining the development of the core or basic hearings within three steps set the reformed criminal procedure nationwide.

KEY WORDS: Criminal procedural stages and audiences

SUMARIO: Introducción ■ Somero estudio de la teoría del caso ■ Procedimiento especial del ejercicio de “la acción penal por particular” ■ Los Criterios de Oportunidad. ■ Del procedimiento ordinario y su primera etapa con su desarrollo de su audiencia básica ■ Análisis de la segunda etapa del procedimiento y su desarrollo de su audiencia básica ■ Tercera etapa de juicio y su desarrollo de su audiencia oral ■ Conclusiones. ■ Propuesta.

¹ Maestro en Derecho Penal.

² Doctor en Derecho. Director de Tesis y asesor en el presente ensayo.

Introducción

El presente trabajo forma parte de una investigación mayor para mi tesis doctoral; es una sinopsis: que se define como el Compendio o resumen de una ciencia o tratado, expuesto en forma sinóptica; Dícese de lo presentado con brevedad y claridad de tal modo que a primera vista permita apreciar las diversas partes de un todo; ³ esto se realiza en base a los cursos que el doctorante recibió para la capacitación del estudio y práctica del sistema penal acusatorio en México, en la Biblioteca Juan José Arreola en el centro Universitario Belenes de la Universidad de Guadalajara; que fue basado sobre el Libro de Lecturas de Apoyo del Centro de Estudios sobre la Enseñanza y El Aprendizaje del Derecho, (CEEAD); con relación al Código Nacional de Procedimientos Penales publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de Marzo del año 2014, así como con referencia al primer Foro Regional sobre su implementación de este código procesal penal acusatorio, llevado a cabo en el Estado de Jalisco, los días 06 y 07 de Marzo del 2014, y otros datos obtenidos de autores que explican la coherencia, la interpretación y su aplicación dentro del sistema de justicia penal, del nuevo sistema acusatorio penal adversarial con sus generalidades dentro del marco teórico procesal y su desarrollo práctico de las audiencias orales en sus diversas etapas y fases del procedimiento penal nacional, con la aplicación de una serie de principios que son rectores y procesales de observancia obligatoria por ser reguladores de todo el procedimiento.

El nuevo sistema de Justicia penal que representa nuevas formalidades, nuevas teorías, una amplia serie de principios y variedad de normas, partiendo de las reformas constitucionales, de la creación del nuevo código nacional de procedimientos penales y de las leyes especiales de protección a las víctimas y la ley de procedimientos especiales de soluciones alternas y de terminación anticipada del proceso, con su aplicación dentro del desarrollo a través de las Etapas y fases procesales mediante Audiencias Orales frente al Juez, donde se planteara el caso penal, para estudiar, analizar, probar, debatir y decidir sobre el hecho criminal que deberá de encuadrar en algún delito sea local o federal, es necesario precisar que no todo se planteara de manera oral sino que también se utilizara la forma escrita, por lo que se considerara predominantemente oral su desarrollo, sin suprimir los documentos escritos, ya que el uso de la tecnología requiere también de solicitudes que presenten las partes a través

³ RALUY Pude, Vida Antonio y MONTE Verde, Francisco: *Diccionario Porrúa de la Lengua Española*, 2ª ed. Ed. Porrúa, México, 1969, p. 705.

de documentos, para que se identifiquen como el imputado o su defensor, la víctima u ofendido y su asesor jurídico, el ministerio público o fiscal, la oralidad en el juicio será para poder debatir, argumentar y aplicar los principios rectores de igualdad entre las partes, de contradicción, concentración, continuidad, inmediación y publicidad; tras el surgimiento de nuevos modelos y figuras jurídicas de aplicación procesal que mantendrán un amplio respeto a los derechos humanos y con apego a los tratados internacionales, se aplicara el principio de libertad probatoria siempre que sea lícito y pertinente, y no contravenga los derechos fundamentales, o entorpezcan el debate oral y lo haga pernicioso el procedimiento; con una valoración motivada y fundada del descubrimiento probatorio, para comprobar que existen datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participo en su comisión.⁴

Somero estudio de la teoría del caso

Este sistema penal acusatorio iniciara con la Investigación dentro de la Averiguación Previa como carpeta de imputación o de investigación, con o sin detenido; iniciadas por denuncia o querrela u otro medio que motive el caso penal como un acta circunstanciada de hechos cuyos datos demuestren ser ilícitos y encuadren en una conducta delictiva señalada como delito en los códigos o leyes locales o federales; respetando los **principios rectores** de publicidad, contradicción, continuidad, concentración, inmediación y los **principios procesales** básicos de la igualdad ante la ley e igualdad entre las partes, el de juicio previo y debido proceso, el de presunción de inocencia y el de prohibición de doble enjuiciamiento; y los derechos humanos y/o fundamentales de las personas; iniciando el procedimiento en su litigación oral con el siguiente planteamiento de la Teoría del caso y de las siguientes formas; señalando que desde cuatro puntos se conceptualiza y describe la teoría del caso:

1. La Teoría del caso y su litigación oral; plantea que litigar los juicios orales es un ejercicio profundamente estratégico pues la prueba no habla por sí sola para descubrir la verdad de los hechos, sino que dependerá del relato que cada una de las partes hagan sobre ella.

Por este motivo depende de que las partes puedan presentarle al juez o tribunal, un relato coherente claro, completo y creíble acerca de los hechos; esto se dice que

⁴ CARBONELL Miguel; *Síntesis de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; Ed. Porrúa. México, 2014.

es el método del sistema acusatorio, porque lo que se obtiene en la investigación son versiones en competencia, por ello resulta completamente determinante que podamos mostrar al tribunal con toda claridad y credibilidad nuestra versión de los hechos, y eso es una cuestión estratégica en términos de cómo obtener de la prueba, la información –real– que la prueba contiene y como estructurar esa información de modo que los jueces obtengan lo que necesitan de ella para fallar correctamente.

Por lo cual es una labor de hacer que llegue el mensaje y el mecanismo natural de transmisión que es el relato, es una historia que se deberá transmitir al tribunal que se trata de la versión más fidedigna de los hechos y la interpretación legal más adecuada y justa.

En el juicio oral, el fin, es que se debe de narrar, narrar y persuadir, como principal tarea y objetivo, para transmitir a los jueces que tienen un verdadero caso y que la información que se tiene es fidedigna.⁵

2. La importancia de la Teoría del Caso; es que una adecuada formulación de la teoría del caso contribuye a la comprensión de los hechos, la recopilación de las evidencias y la presentación; por tanto, dicha formulación se constituye en el eje central de la planificación estratégica para demostrar las hipótesis y proposiciones fácticas en el juicio.

Arribar al juicio oral supone por parte del órgano acusador contar con un relato acompañado de antecedentes que lo respaldan; tales como, declaraciones de testigos o peritos, documentos en los cuales se basa, funda y sostiene el relato de los hechos que alega el acusador, pruebas materiales, etc.⁶

A su turno, la defensa desplegara un relato paralelo que, apoyado igualmente en los antecedentes recopilados durante su investigación o por el propio ministerio público, intentara desdibujar el relato de la fiscalía, explicando los hechos desde una óptica diferente.

El defensor tendrá que optar por la construcción de un relato alternativo (defensa positiva) o basado en la concentración puntual sobre problemas, inexactitudes o contradicciones de las pruebas de la fiscalía (defensa negativa), o combinar ambas modalidades de un modo coherente y verosímil.

⁵ BAYTELMAN A., Andrés y DUCE Julio, Mauricio: *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba.* (s/ pn). Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004.

⁶ QUIROZ Quiroz, Adriana y CONTRERAS Melara, José Rogelio: *Libro de Lecturas de Apoyo, Centro de Estudios sobre la enseñanza y Aprendizaje del Derecho, A.C.* (CEEAD) México, 2013, pp. 81 - 91.

De lo que no cabe duda es que el abogado litigante es un narrador, que recurre ante el tribunal para contarle de manera más persuasiva la historia de su cliente, de modo que se ofrezca una opción razonable al juez como para que la repita al momento de resolver la controversia.

Lo anterior señalado en los párrafos precedentes importa para sostener que las pretensiones de las partes en un proceso penal deben ir premunidas de un elemento fundamental: una idea central o teoría explicativa sobre lo que ocurrió. En definitiva, una idea transformada en relato, que intentara dar cuenta de un hecho, omnicompreensiva, autosuficiente, única y verosímelmente creíble.

Esta teoría central ha sido denominada en la literatura comparada como “teoría del caso” (*tory of the case*); expresión que representa la idea eje a partir de la cual son desplegadas las energías y estrategias a través de las cuales se diseñan los eslabones argumentativos a ser presentados en las distintas audiencias de la fase de investigación y en el juicio oral.

La teoría del caso; corresponde a la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentaran como fúndanles de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica.⁷

3. El desarrollo del Caso y las destrezas con respecto al contenido substancial de la historia o narración de hechos: 1. conocer los hechos, 2. buscar material relevante que fortalezca el planteamiento de los hechos, 3. reunir y evaluar los materiales disponibles, 4. seleccionar los materiales que sean mas favorables para la parte que se representa, 5. crear un planteamiento original y diseñar y construir argumentos persuasivos con estos materiales; después de esto vislumbre los escenarios que puede presentar al juez y las reglas de derecho aplicables a cada escenario a fin de definir cuál de ellas resulta ser más conveniente y favorable.

La teoría del caso es la explicación de cómo ocurrieron los hechos y la participación que el imputado tuvo de ellos, con la única finalidad de convencer al órgano juzgador de que la versión del que la presenta es la verdadera.

También puede ser considerado como aquel planteamiento que hacen los litigantes acerca de lo que ocurrió analizando la información disponible y tomando en cuenta los 3 tres niveles que convergen en la historia: el factico, el jurídico y el probatorio.⁸

⁷ BLANCO Suárez, Rafael, DECAP Fernández, Mauricio, MORENO Holman y Leonardo, ROJAS Corral: *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile: 2005, pp. 17 - 18.

⁸ ROSA Rodríguez, Paola de la: *Éxito en el juicio oral*. Ed. Porrúa, México, 2012, pp.3-5.

4. Teoría del caso como metodología; estrategia necesaria y metodológica tanto para el ministerio público o fiscal como para la defensa, ordenando y clasificando la información, adecuar los hechos al tipo penal y tener los argumentos básicos para tomar decisiones importantes, esta se construye desde el primer momento que se tiene conocimiento de los hechos materia del proceso, e implica la articulación de varios elementos como son lo factico, jurídico y probatorio.

Por ende, al referirnos a la construcción y articulación de elementos es que nos acercamos al segundo modelo conceptual de la teoría del caso, que permite hablar de “teoría” y no solamente una historia, persuasiva, de lo que ocurrió, por lo que es necesario:

1. Contar al menos provisionalmente con un cuadro factico posible
2. Constatar que esos hechos tienen relevancia penal porque son subsumibles dentro de alguna norma penal que creemos aplicable
3. Contrastar esos hechos con la prueba, de modo que cada elemento factico sea demostrado por un elemento de convicción.

Por lo tanto la teoría del caso es la herramienta metodológica por excelencia que tienen las partes para poder construir, recolectar, depurar y exponer su posición estratégica frente a los hechos materia del proceso; y por otro lado, es un sistema o aparato conceptual que permite la articulación de tres niveles de análisis: factico, jurídico y probatorio; que no solo beneficia a las partes, sino también al juez porque le permite obtener una carga informativa tal que le permitirá contar con los elementos de juicio y decisión para resolver el conflicto de intereses jurídico-penal al cual ha tomado conocimiento; la falta de algún nivel mencionado se estaría en presencia de un simple relato o historia.

En suma, a la correspondencia de la hipótesis fáctica, la hipótesis jurídica y la hipótesis probatoria se le denomina “teoría del caso”, la cual es elaborada a partir de la prueba y sus inferencias y a partir del tipo penal que aparece como posible de aplicar, esta teoría es la que guiará la investigación, se someterá al contradictorio en el Juicio Oral y finalmente se validará o rechazará en la sentencia.⁹

Los Sujetos Procesales: (Art. 105 CNPP) La víctima u ofendido, el asesor jurídico, el imputado, el defensor, el ministerio público, la policía, el órgano jurisdiccional, la autoridad de supervisión; de medidas cautelares (Art. 176 Y 177 CNPP) con duración máxima de 60 días prorrogables hasta por 30 días) y de La Suspensión

⁹ PASTRANA Berdejo, Juan D. y BENAVENTE Chorres, Hesbert. *El Juicio Oral Penal Técnica y Estrategias de Litigación Oral*, Flores Editor, México, 2011, pp.154-155.

Condicionales del Proceso: la suspensión que no podrá ser inferior su término de 6 meses y no exceder de 3 años (Art. 195 CNPP) esto se podrá ampliar hasta por 2 años más (Art. 198 CNPP).

Procedimiento especial del ejercicio de “la acción penal por particular”

Los supuestos y condiciones en los que procede la acción penal por particulares. La víctima y el ofendido podrán ejercer la acción penal únicamente:

1. En los delitos perseguibles por querrela,
2. Delitos cuya penalidad sea alternativa, distinta a la privativa de libertad
3. Delitos cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión

La víctima u ofendido podrá acudir directamente ante el juez de control, ejerciendo acción penal por particulares en caso que cuente con datos que permita establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participo en su comisión, en tal caso deberá aportar para ello los datos de prueba que sustenten su acción, sin necesidad de acudir al ministerio público.

Deberán de haber requisitos formales y materiales (Art. 429 CNPP); en el ejercicio de la acción penal por particular hará las veces de presentación de la querrela y deberá sustentarse en audiencia ante el juez de control; el contenido de la petición, el particular al ejercer la acción penal ante el juez de control podrá solicitar lo siguiente:

1. La orden de comparecencia en contra del imputado o su citación a la Audiencia inicial, y 2. El reclamo de la reparación del daño, en la Audiencia, el Juez de control constara que se cumplen los requisitos formales y materiales para el ejercicio de la acción penal particular.¹⁰

Los criterios de oportunidad

Es una forma de terminar anticipadamente la Investigación; sólo el ministerio público los podrá solicitar, o sea es facultad discrecional de trámite por parte del fiscal.

Su base fundamental sobre la que proceden son: (Art. 256 del CNPP)

¹⁰ Comentario basado en el Código Nacional de Procedimientos penales; México, DOF, 5-III-2014.

1. Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de 5 cinco años de prisión; siempre que el delito no se haya cometido con violencia.

2. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o cualquier otra sustancia que produzca efectos similares;

Del procedimiento ordinario y su primera etapa con el desarrollo de su audiencia básica

Primera Etapa:

Ante el fiscal y el Juez de Control (Art. 211 inciso a).- CNPP)

La de Investigación:

A) Etapa inicial de la Investigación:

1ro. Fases complementarias:

a). Inicia con la presentación de denuncia o querrela

b). Otro requisito equivalente: (acta circunstanciada de hechos)

c). No se suspenderá ni se interrumpe la investigación con la víspera de ejecución de una orden de aprehensión

2do. Se podrá proceder con Soluciones alternas: en delitos de cuyo término de pena aritmética no exceda de 5 años; de baja peligrosidad, y que no tienen pena de privación de libertad o sin daño físico (puede llegarse a un acuerdo reparatorio cuando proceda).

3ro. Se podrá solicitar salidas alternas de conciliación y mediación; con instituciones alternas; con lo que terminara la investigación del fiscal.

4to. Se podrá aplicar un Criterio de Oportunidad y se terminara la investigación y se sobreseerá el caso; Solo en delitos de pena alternativa, que la pena no exceda de 5 cinco años, que no tenga pena privativa de libertad y que no haya sido cometido con violencia y sean delitos de contenido patrimonial o culposo sin ebriedad ni drogas o cualquier otra sustancia.

5to. Para dar por agotado término constitucional de las 48 horas o 96 horas en delitos y Delincuencia Organizada el imputado podrá solicitar que de inmediato se le ponga a disposición del Juez de control sin declarar y el ministerio público o fiscal realizara la investigación bajo control judicial de manera complementaria para la imputación ante el juez de control;

6to. Cuando el imputado queda a disposición del Juez de control;

B). Comienza la Investigación complementaria desde la formulación de la imputación y se declare agotada o cerrada la investigación; hasta la formulación de la acusación (para dar paso o inicio a la etapa intermedia)

1. El ejercicio de la Acción Penal Inicia; con la solicitud de citatorio a la Audiencia Inicial; por el Juez de Control.

2. Con la puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial;

3. Cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia ante el Juez de Control, con lo cual el fiscal no perderá la dirección de la investigación;

4. Se cita a la audiencia inicial y sus diversas fases:

Desarrollo de la Audiencia Inicial: Básica

Inicia con la Primera Etapa de Investigación:

La Audiencia Inicial. Se procederá con inmediatez con la investigación que comprende desde la formulación de imputación y se agota una vez que se halla cerrado la investigación complementaria y se ejercite la acción penal por el fiscal con la formulación de la acusación contra el imputado: (Art. 307 CNPP)

Fases Orales:

a) Audiencia de control de legalidad de la detención y su calificación (Art. 308 del CNPP) Revisión de la detención con flagrancia y urgencia (Art. 146 – 150 del CNPP)

b) Audiencia de formulación de la imputación: (comienza Termino Constitucional de 72 horas o 144 hrs. Si solicita ampliación el imputado) (Art. 309 y 311 del CNPP)

c) Oportunidad para declarar: si desea hacerlo o se abstiene (Art. 312 del CNPP)

d) Aplicación de medidas cautelares: decide el fiscal si requiere prisión preventiva y/o se llega a un acuerdo reparatorio. (Art. 154 del CNPP)

e) Aviso al imputado sobre la solicitud del fiscal de su vinculación a proceso en la audiencia; dentro del plazo que corre de las 72 horas o la ampliación si la pidió, termino donde se pueden solicitar pruebas (Art. 313 del CNPP)

f) Solicitud de vinculación a procedimiento por el ministerio público o fiscal (Art. 313 del CNPP)

g) Oportunidad de la defensa de contestar la solicitud de vinculación a proceso y se permitirá replica y contra replica e incorporar pruebas por estar en el término constitucional (Art. 314 y 315 del CNPP)

h) Necesario para vincular a proceso que se haya formulado la imputación (Art. 316 del CNPP)

i) Contenido de la resolución del Auto de Vinculación a Proceso (Art. 317 y 318 del CNPP) es el preciso momento en que se agota su término Constitucional de 72 horas o si se amplió de 144 horas, para el imputado; en esta resolución se establecen los hechos delictivos por los que continuara el proceso; y/o se determinara las formas anticipadas de terminación del proceso, con salidas alternas o justicia restaurativa antes de la apertura a juicio, provocando el sobreseimiento o juicio abreviado.

j) Con la no vinculación a proceso (Art. 319 del CNPP) se procederá con la libertad del imputado.

k) El Ministerio Público o Fiscal deberá realizar La formulación de la Investigación Complementaria; para cerrar su investigación; que deberá de concluir en un plazo que no exceda de 2 dos meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de 2 dos años; ni de 6 seis meses si la pena máxima excediere de ese plazo o se podrá agotar antes de su vencimiento, y se podrá prorrogar plazo por una sola vez sin exceder de los plazos señalados (Art. 321 al 323 del CNPP)

l) Al Cierre o conclusión de la Investigación complementaria; dentro de 15 días el ministerio público; realizara el Ejercicio de la Acción Penal formulando la acusación contra el imputado, y/o solicitar la suspensión del proceso si procediere; y/o acuerdo reparatorio con solicitud de sobreseimiento aplicando justicia restaurativa o juicio abreviado.

(Art. 324 CNPP)

m) Con la Formulación de la Acusación sobre el Imputado; es con lo que Inicia la Apertura de la Etapa Intermedia.¹¹

Análisis de la segunda etapa del procedimiento y su desarrollo de su audiencia básica

2da. La Etapa Intermedia: Art. 211 fracción II, (334 Y 344 del CNPP)

Ante el Juez de Control

Se apertura después de la vinculación a proceso y formulada la acusación:

Objeto: Ofrecimiento y admisión de los medios de prueba y depuración de hechos controvertidos que serán materia de juicio. (Art. 334 CNPP)

Hay dos Fases: (Escrita y Oral)

Fase Escrita:

¹¹ *Idem.*

1. Inicia con la Formulación y Contenido de la Acusación; por el ministerio público o fiscal; fracciones de la I a la XIII; (Art. 335 del CNPP)

2. Descubrimiento Probatorio: Las partes descubrirán las pruebas que pretenden ofrecer en el Juicio. (Art. 337 del CNPP)

3. En 3 tres días podrá la víctima o el ofendido por conducto de su asesor Jurídico Constituirse como Coadyuvante y manifestarse con relación a la acusación formulada por el M.P. o Fiscal; (Art. 338 CNPP)

4. Se dará vista a las partes de la Acusación con copia, En 10 días el acusado y La Defensa podrán por escrito manifestarse de la acusación:

- a) Podrán señalar vicios procesales
- b) Podrán solicitar acumulación o separación de actuaciones
- c) Podrán manifestarse sobre los acuerdos probatorios (Art. 336 y 340 CNPP)

5. Se citara para la Audiencia Oral Intermedia; en un plazo no menor de 10 diez días sin que exceda de 20 días naturales. (Art. 341 CNPP) y se podrá diferir en una sola ocasión a petición de la defensa hasta por 10 diez días y expondrá el motivo por lo cual pidió su diferimiento.

La Audiencia Intermedia:

Inicia Fase Oral:

Principia con la citación a las partes del inicio del acuerdo de su fecha de celebración; a solicitud de la defensa se podrá diferir una sola vez;

1. Será conducida por el Juez de Control e indispensable la presencia del Ministerio Publico y el Defensor; (Art. 342 CNPP) la víctima o su asesor jurídico que se haya constituido como coadyuvante no es indispensable; pero si fue injustificada su ausencia se le tendrá por desistida de su pretensión si se constituyó como coadyuvante del fiscal.

2. Podrá unir causas penales si no perjudica el debate por estar vinculados por referirse a un mismo hecho, a un mismo acusado o porque deban ser examinados las mismas pruebas, **de no ser así dictara autos de apertura a juicio por separado** (Art. 343 CNPP).

Desarrollo de la Audiencia Oral Básica: (Art. 344 al 347 CNPP)

Sus fases Orales de la “Audiencia Intermedia”:

a) Exposición resumida de los hechos por las partes; el Ministerio Publico o Fiscal, el Acusado o su defensa, el ofendido o la victima por conducto de su Aesor Jurídico; podrán indicar incidencias o excepciones, se establecerán bases para

acuerdos probatorios; y el juez dará cuenta del descubrimiento probatorio en caso de controversia; abrirá debate entre las partes y resolverá lo procedente (Art. 344 CNPP)

b) Se elaboraran o se entrara al debate de los acuerdos probatorios; entre el Ministerio Publico o Fiscal, el Acusado o su defensa, el ofendido o la víctima por conducto de su Asesor Jurídico; el juez autorizara el acuerdo probatorio, siempre que lo considere justificado por existir antecedentes de la investigación con los que se acredite el hecho, indicara en el auto de apertura a juicio los hechos que se tendrán por acreditados a los que deberá de estarse durante la audiencia a juicio; (Art. 345 CNPP)

c) Exclusión y Depuración de medios de Prueba para la Audiencia de Juicio; admisión de pruebas y objeciones de pruebas. (Art. 346 CNPP) **esta Resolución es Apelable**

d) Auto de Apertura a Juicio: Se dictara Resolución de fijación de fecha de Apertura de Juicio Oral; y se comunica al Tribunal de enjuiciamiento. (Art. 347 FRACCIONES DE LA I A LA IX.- del CNPP) lo hará llegar dentro de los 5 cinco días siguientes al tribunal de enjuiciamiento y pondrá a su disposición los registros y al acusado y se fijara fecha, **dentro del mismo auto de apertura a juicio, fijara**, lugar, integración y citaciones para la audiencia de debate del Juicio Oral.

Tercera etapa de juicio y su desarrollo de su audiencia oral básica

Ésta se abrirá por el juez de control a partir del dictado del auto de apertura a juicio, quien establecerá en su auto, la fecha para la celebración de la audiencia de debate del juicio, no antes de 20 días ni después de 60 días naturales, contados a partir de su emisión del auto de apertura a juicio; se llevará a cabo por un tribunal de enjuiciamiento los jueces que hayan intervenido en la anterior etapa no podrá fungir como parte del tribunal.

Excepcionalmente se Podrá Suspender por un plazo de 10 diez días por las causales que se establecen en el (Art. 351 del CNPP fracciones I a la VI), cerciorado el tribunal de la autenticidad de la causal.

El Tribunal de Enjuiciamiento podrá ordenar los aplazamientos que se requieran, indicando la hora que continuara el debate, no se consideran los días de descanso de fin de semana o días inhábiles.

Las interrupciones que no se reanuden a más tardar el undécimo día después de ordenada la suspensión; se considerara interrumpido y deberá de ser reiniciado ante un tribunal de enjuiciamiento distinto y lo que se hubiere actuado será nulo. (Art. 352 CNPP)

Dirección del Debate de Juicio.- se harán las lecturas pertinentes, las advertencias, las protestas legales y moderará la discusión, impedirá intervenciones impertinentes o que no resulten admisibles, sin coartar el ejercicio de persecución penal o libertad de defensa, y resolverá las objeciones que se formulen durante el desahogo de pruebas; si alguna de las partes en el debate se inconforma por medio del recurso de revocación de alguna decisión del presidente; esto lo resolverá el propio tribunal (Art. 354 CNPP)

Disposiciones Previas del Tribunal de Enjuiciamiento:

a) La audiencia de apertura a juicio oral se celebrará no antes de 20 días ni después de 60 días naturales contados a partir de la Emisión Hecha por el Juez de Control al Terminar de la Etapa Intermedia (Art. 349 del CNPP)

b) Dirección y Disciplina del Debate del Juicio el Juez ordenará; Lecturas Pertinentes, hará las Advertencias y como moderará y resolverá las objeciones. (Art. 354 del CNPP)

c) Informará a las Partes sobre la Libertad Probatoria, legalidad, oportunidad y valoración de la prueba. (Art. 356 del CNPP)

d) Desahogo de la Prueba Testimonial. El Interrogatorio y Contra Interrogatorio, citación y protección a testigos; testigos especiales (menores, ausentes o incapaces) donde se podrán utilizar Sistemas de Reproducción a Distancia (Art. 360, 366, 371 al 376 del CNPP)

e) Reglas de desahogo de Pruebas Periciales, Pruebas Documentales y otras pruebas. La Anticipada; (Art. 368 al 370, 380, 388, 381, 389, del CNPP)

f) Declaración del Acusado. (Art. 377 y 379 del CNPP)

Desarrollo de la audiencia básica de juicio:

Deberá de ser Oral en todo momento. (Art. 396 del CNPP)

1. Apertura de la Audiencia de Juicio.- (Art. 391 del CNPP)

2. Incidentes en la Audiencia de Juicio (Art. 392 del CNPP)

3. Alegatos de Apertura “Abre el debate” (Art. 394 del CNPP)

4. Orden de Recepción de las Pruebas en la Audiencia de Juicio (Art. 395 del CNPP)

5. Disposiciones Generales sobre las Pruebas.- (Art. 356 al 390 del CNPP)

6. Reglas o disposiciones generales del interrogatorio y contra interrogatorio (Art. 371 al 376 del CNPP) técnicas especiales con las preguntas sugestivas al testigo hostil.

7. Decisiones Orales con aplicación del principio de inmediación (Art. 397 del CNPP)
8. Oportunidad de Reclasificar el Delito por el fiscal (Art. 398 del CNPP)
- 9. Alegato de clausura y “Cierre del Debate”** (Art. 399 del CNPP)
10. Deliberación Fallo y Sentencia (Art. 400 al 403 del CNPP)
11. Lectura y Explicación del fallo al Acusado de manera personal (Art. 411 del CNPP)¹²

Conclusiones

Es primordial Definir la Teoría del Caso. Como un sistema de Construcción basado en técnicas, estrategias y destrezas de carácter narrativo, con una argumentación persuasiva a través de narraciones, con un relato para explicar y dar sentido a los hechos; con eslabones argumentativos presentados en las distintas audiencias de un modo coherente y verosímil. Así como también Es una Teoría explicativa sobre lo que ocurrió, como idea central y dar sentido a los hechos que se presentan teniendo como eje central la planificación estratégica.

Las audiencias serán de fondo no protocolarias; de discusión, debate y determinación; se llevarán a cabo mediante las etapas y fases del procedimiento que se instaurara en contra del imputado, con el desarrollo de audiencias de oralidad, donde el juez de control señalara día y hora y lugar donde deberá celebrarse esta audiencia, con la igualdad de intervención de los sujetos o partes procesales y preparara haciendo una depuración de pruebas, la intervención del tribunal de enjuiciamiento para el juicio oral; que desahogara pruebas y resolverá en sentencia la situación jurídica del acusado y agotados todos los recursos, la ejecución de la sentencia penal será regulada por leyes especiales de normas penitenciarias que determinara la intervención que tendrá el juez de ejecución de sentencias para determinar y ponderar la posición definitiva del sentenciado o reo.

La diversidad de Audiencias orales dentro del Procedimiento Ordinario; estarán basadas en Argumentos Jurídicos especializados y técnicas de Justicia innovadoras que permitirán conocer los verdaderos hechos delictivos, sin soslayar los escritos que se presenten por las partes como un requerimiento obligatorio por lo que se podrían clasificar en:

¹² *Idem*, Código Nacional de Procedimientos penales; del decreto del Periódico Oficial de la Federación 05 de Marzo (2014) México.

Desarrollo en la Primera etapa llamada como de Investigación

(Ante Juez de Control)

1. Audiencia Oral Inicial (**Audiencia Troncal básica**)

Desarrollo en la Segunda etapa llamada como Intermedia

(Ante Juez de Control)

2. Audiencia Oral Intermedia (**Audiencia Troncal básica**)

Desarrollo en la Tercera etapa llamado como la de Juicio

(Ante un Tribunal de Enjuiciamiento)

3. Audiencia Oral de Juicio (**Audiencia Troncal básica**)

Audiencias Alternas Orales:

4. Audiencia Oral de Juicio Abreviado:

Como Terminación anticipada del proceso

5. Audiencia Oral de Suspensión del Proceso:

Acuerdo de Plazos para el Pago de Reparación del Daño

6. Audiencia Oral por acuerdos reparatorios

Inmediatos o diferidos relativos a la Reparación del Daño

7. Audiencia Oral de Medidas Cautelares

Cateo, Embargo y Aseguramiento de Bienes, Intervención de Comunicaciones

Privadas y la principal sobre la aplicación de prisión preventiva al imputado etc.

(Art. 155 CNPP)

8. Audiencia Oral por Acción penal de un Particular

9. Audiencia Oral de Ejecución de Sentencia:

De beneficios y Sustitutivos de Prisión.

10. Audiencias de Procedimientos Especiales:

De Pueblos y comunidades Indígenas; de Inimputables y de Asistencia Jurídica Internacional como la Consular.

Propuesta

En la litigación oral es importante plantearse la teoría del caso bajo un sistema de construcción basada en técnicas de estrategias y destrezas de carácter narrativo, con una argumentativa persuasiva a través de narraciones con un relato para explicar y dar sentido a los hechos, basada en una teoría explicativa sobre lo que ocurrió teniendo como eje central la planificación del procedimiento.

En las audiencias de forma oral se desarrollaran por las partes con debates y se manifestaran con argumentos eslabonados principiando por relatos coherentes, cla-

ros, completos y creíbles acerca de los hechos; para narrar y persuadir con argumentos lógicos, sistemáticos, persuasivos sobre la verdad del caso penal, por motivos de que la argumentación está ligada a la interpretación jurídica para plasmar un criterio y sostenerlo con base en fundamentos que den cimiento a la postura planteada, dando razones sólidas. Es por ello, que se propone que para no caer en una argumentación fanática se pongan límites dentro del contexto circunstancial que lo sostiene, bajo un sistema de reglas jurídicas, que establezca el código nacional procesal penal como acotamiento de los tiempos para argumentar.

Fijar bien el hecho delictivo y su probable responsabilidad del imputado y el daño causado, buscando las salidas alternas; mediación, conciliación, negociación, y acuerdo reparatorio, para facilitar y resolver el procedimiento cuando proceda y poner en práctica su solución inmediata o a través de la justicia restaurativa del juicio abreviado y cuando proceda pedir al fiscal el criterio de oportunidad para la terminación anticipada de la investigación.

Justificación y funcionalismo del procedimiento administrativo en legislaciones de protección al consumidor

Mónica Catherine Tellitud Vázquez¹
Hans Jurado Parres²

RESUMEN: Justificar el tema es exponer todas las razones que nos parezcan de importancia y nos motiven a realizar una Investigación jurídica. Para hacerlo se toma en cuenta establecer y/o fomentar una serie de criterios para evaluar el estudio de la relación de consumo entre proveedores y consumidores en función de la legislación de protección al consumidor en México y en otras partes del mundo.

PALABRAS CLAVE: proveedor, relación de consumo.

ABSTRACT: Support the subject is to expose all the reasons which seem to us important and motivate us to perform legal research. To do so, is taken into account to establish and / or promote a set of criteria to assess the study of consumer relationship between suppliers and consumers in terms of consumer protection legislation in Mexico and elsewhere.

KEYWORDS: provider, consumer connection

SUMARIO: Introducción ■ Relación de Consumo ■ Derecho del Consumo ■ Instrumentos Internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas.

Introducción

Desde el final de la segunda Guerra Mundial, y paralelamente al desarrollo de las economías nacionales, a principio de los años 60 se produjo lentamente una toma de conciencia sobre la necesidad salvaguardar los intereses del consumidor, como

¹ Maestra en Derecho.

² Doctor en Derecho y Estado. Director de Tesis y asesor en el presente ensayo.

protagonista en posición de debilidad en el mercado. Partiendo de esta constatación, se desarrolló un concepto referente a los contornos inciertos y claramente pluridisciplinarios de derecho del consumo: El cual estaba constituido por un conjunto de normas jurídicas que tenían por objeto la protección de los consumidores en sus relaciones con los profesionales.

Relación de consumo

1. **Para qué servirá y a quién le sirve.** Consumidores y proveedores que por mutuo consentimiento designen a la Procuraduría para que funja como árbitro y resuelva una controversia surgida entre ambos derivada de una relación de consumo. Se estará a las definiciones de consumidor y proveedor, previstas por el artículo 2, fracciones I y II de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

2. **Trascendencia, utilidad y beneficios.** El procedimiento arbitral es una figura establecida por la Ley Federal de Protección al Consumidor mediante el cual pueden solucionarse las controversias derivadas de una relación de consumo, por lo que su eliminación, además de ser contraria a lo dispuesto por la ley antes citada, originaría que la sociedad dejara de contar con un procedimiento alternativo de solución de controversias basado en los principios de legalidad, equidad y de igualdad entre las partes³.

3. **¿Realmente tiene algún uso la información?** Fundamento jurídico que da origen al trámite, artículos 116 y 117, Ley Federal de Protección al Consumidor

4. **¿Se va a cubrir algún hueco?** Cuando en una relación de consumo se presume que un proveedor ha incumplido, o bien, entre otros, no haya respetado precios, plazos, términos, entregas, condiciones, características, garantías, intereses y demás compromisos referentes a una contratación, y habiendo existido una reclamación interpuesta ante la Procuraduría y agotado un procedimiento conciliatorio previo, las partes no hayan logrado un acuerdo que ponga fin a su controversia y acepten someterse al arbitraje de la Institución para resolver de fondo la controversia planteada.⁴

5. **¿Se va a utilizar algún modelo nuevo para obtener y recolectar información?** El arbitraje es un procedimiento alternativo de solución de controversias en que el árbitro (PROFECO) actúa de manera imparcial.

³ Artículo 117, Ley Federal de Protección al Consumidor.

⁴ *Idem*, Artículo 116.

Una vez que las partes (de forma verbal o escrita, de manera directa o por antecedente) solicitan someterse al procedimiento arbitral, se señala una audiencia de compromiso arbitral en que se les explica el procedimiento y, si deciden someterse, se fija el negocio arbitral con base en el que el árbitro tendrá que resolver. Asimismo, se firman las reglas del procedimiento. La designación de PROFECO como árbitro se hará constar en el acta de la audiencia de compromiso arbitral.

Existen dos tipos de arbitraje en PROFECO: el de estricto derecho y el de amigable composición. La diferencia entre ellos radica en que, en el primero, el árbitro tiene la libertad para resolver la controversia en conciencia y a buena fe guardada; mientras que en el arbitraje en estricto derecho, el árbitro tiene la obligación de actuar con estricto apego a la ley y acorde con los principios de legalidad, equidad e igualdad entre las partes.

En el arbitraje en amigable composición se fijan las reglas que establecen las propias partes, es decir, existen audiencias, notificaciones y todas las etapas de un procedimiento pero con apego a lo señalado por las partes.

De conformidad con el artículo 116 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, este trámite también puede presentarse ante la Procuraduría Federal del Consumidor de forma oral, cuando en la audiencia de conciliación derivada de un procedimiento conciliatorio las partes en conflicto señalen en ese momento a la Institución para que funja como árbitro.

El escrito libre mediante el que se solicita el arbitraje a PROFECO (para el caso del arbitraje directo), deberá acompañarse de las copias y anexos correspondientes para hacerlos del conocimiento de los proveedores que se encuentren involucrados en el desarrollo del procedimiento.

Será necesaria una justificación, es decir, dar las razones o motivos por las cuales se procedió a la investigación. Cuáles son los beneficios que se derivarán de ella. Se puede establecer una serie de criterios para evaluar la utilidad de un estudio propuesto, criterios que evidentemente son flexibles y de ninguna manera son exhaustivos.

6. ¿Cómo regular las sociedades de información crediticia? Las sociedades de información crediticia, los usuarios y los clientes a que se refieren los artículos 2, fracciones II, XII y XV; y 5 de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia.

Cuando en el contrato que celebren las sociedades de información crediticia con los usuarios a que se refiere el artículo 2, fracción XV de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, se establezca que ambas partes se comprometen a dirimir los conflictos que tengan con sus clientes (artículo 2, fracción II de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia), con motivo de la

inconformidad, mediante el procedimiento arbitral de la Procuraduría Federal del Consumidor.⁵

7. ¿Qué funcionalidad tiene la inconformidad? Por medio de escrito libre debe presentar 1 original(es) y 1 copia(s). a. Nombre, denominación o razón social de quién o quiénes promuevan. b. En su caso, nombre del representante o apoderado legal. c. Domicilio para recibir notificaciones. d. En su caso, nombre de las personas autorizadas para recibir notificaciones. e. Formular la petición para que la Procuraduría Federal del Consumidor funja como árbitro. f. Narración de los hechos o razones que dan motivo a la petición. g. Firma de los interesados.

Documentos que deben anexarse a la solicitud.

I. En su caso, el o los documentos que acrediten la personalidad de los representantes legales. (1 original(es) 1 copia(s)).

II. Los documentos que acrediten la existencia de una relación de consumo entre los solicitantes, que sirvan de base para determinar la competencia de la Procuraduría. (1 original(es) 1 copia(s))

Plazo máximo de resolución del procedimiento.

La Ley Federal de Protección al Consumidor no establece plazo alguno para la resolución del trámite, toda vez que faculta a las partes para que libremente fijen el citado plazo al establecer las reglas del procedimiento.⁶

8. ¿Qué impacto tendría sobre la sociedad y como lo manejan otros países?

Derecho del consumo

Derecho del consumo (o derecho del consumidor) es la denominación que se da al conjunto de normas emanadas de los poderes públicos destinada a la protección del consumidor o usuario en el mercado de bienes y servicios, otorgándole y regulando ciertos derechos y obligaciones. En general, se considera consumidor o usuario a toda persona física o jurídica que contrata a título oneroso, para su consumo final o beneficio propio, o de su grupo familiar o social, la adquisición o locación de bienes o la prestación o arrendamiento de servicios.

⁵ Artículo 48 de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia.

⁶ Fundamento jurídico: Artículos 119 y 120, Ley Federal de Protección al Consumidor.

Consumidor, es la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros (art. 2, fracc. I, LFPC).

El derecho del consumo no es una rama autónoma del Derecho, sino una disciplina transversal, con elementos que se encuadran dentro del Derecho mercantil, del Derecho Civil y otros dentro del Derecho Administrativo e incluso del Derecho Procesal.

Áreas: El derecho del consumo cubre varios aspectos fundamentales de las relaciones entre los productores y los consumidores:

- Los contratos por adhesión: prohíbe las cláusulas abusivas que desequilibren la relación contractual en favor del proveedor de bienes y servicios y trata de asegurar que el consumidor conozca por anticipado todas las condiciones generales de la contratación que el empresario pretende utilizar.
- Calidad de los bienes y servicios ofrecidos: requisitos mínimos.
- Regulación de la publicidad y de las ofertas dirigidas al público.
- Establece procedimientos especiales para que los consumidores, las asociaciones y organismos públicos creados para que puedan defenderse y prohibir ciertas prácticas abusivas.
- Enumera un elenco de infracciones por parte de los empresarios y las correspondientes sanciones a imponer por las autoridades competentes en materia de consumo.

Regulación por país

Chile: En Chile, la principal norma sobre defensa del consumidor es la ley 19.496, que establece los deberes y derechos que tienen mutuamente productores y consumidores. Establece, entre otras normas, el deber de los vendedores de publicitar los precios y las características básicas de los productos que ofrecen, prohibiendo la publicidad engañosa. Asimismo, prohíbe el uso de la llamada “letra chica” en los contratos. También da al consumidor la opción, en caso de que el producto comprado no sea lo que fue primeramente ofrecido o tiene defectos de fábrica, de pedir el reemplazo del producto, su reparación gratuita o la devolución del dinero invertido, en un plazo de tres meses desde la compra. Se instituyó también un órgano público, el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), encargado de vigilar el cumpli-

miento de la normativa y de recibir las denuncias por las infracciones pertinentes y recurrir ante la justicia. Sin embargo, el SERNAC actualmente no cuenta con las atribuciones para imponer sanciones o multas directamente a los proveedores, tampoco cuenta con facultades duras de investigación.

Colombia: En Colombia, gracias a la implementación de la nueva Ley 1480 de 2011, que entró a regir el 12 de abril de 2012, que trajo el nuevo estatuto del consumidor, se estipuló:

- La regulación en cuanto a la calidad de bienes y servicios prestados a favor de la comunidad. Ej. La calidad de materiales que se ofrecen para construcción de vivienda. De esta manera la ley autorizó en cualquier circunstancia garantías mínimas que operen en el mercado.
- Información que debe brindarse al consumidor al suministrar bienes y servicios.
- La responsabilidad tanto del productor como del comercializador cuando atenten contra la salud, seguridad y contra el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.⁷

España: Artículo principal: *Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios de España*

En España, la legislación de consumidores y usuarios se basa en el artículo 51 de la Constitución española, según el cual los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Asimismo establece que promoverán su información y educación, fomentarán sus organizaciones y las oirán en las cuestiones que puedan afectarles. Esencialmente son dos normas que regulan el derecho del consumidor en este país:

1. Ley de las Condiciones Generales de la Contratación: es el Real Decreto Legislativo 1/2007, que contiene el reglamento de condiciones generales que se incluyan en contratos con consumidores (son personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes y servicios como destinatarios finales). Tiene régimen igual que las Condiciones Generales de la Contratación. Tiene como novedad que regula las cláusulas abusivas, establece unas normas

⁷ Ley 1480 de 2011, que entró a regir el 12 de abril de 2012, del nuevo estatuto del consumidor de Colombia.

generales de lo que debe entenderse por cláusula abusiva, y enuncia una lista de cláusulas concretas que son abusivas.

2. Ley de Crédito al Consumo: es la Ley 16/2011, de 24 de junio de ese año. Esta ley define el *crédito al consumo* como un contrato en que un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación (art. 1). Esta ley regula los préstamos superiores a 200 euros que no sean hipotecarios, para vivienda u otros inmuebles, que deban producir intereses (art. 3). Establece, entre otras materias, el deber del prestamista de informar completamente y por escrito las condiciones del préstamo (arts. 8 a 14), las cláusulas básicas del contrato (art. 16) y los extractos de cuenta (art. 19)

Guatemala: La Ley de Protección al Consumidor y Usuario, promulgada en 2003, establece el deber general del Estado de “promover, divulgar y defender los derechos de los consumidores y usuarios, establecer las infracciones, sanciones y los procedimientos aplicables” a las relaciones comerciales entre proveedores y consumidores (art. 1). Establece el derecho de los consumidores y usuarios de crear organizaciones para la defensa de sus derechos (Cap. I Sección II) y los deberes y derechos para el proveedor de bienes y servicios (Cap. I Sección III). Asimismo, establece reglas especiales en cuanto a la publicidad de los productos, la exhibición de precios, contratos de adhesión, derecho de retracto, entre otros.

Se instituye, para el cumplimiento de esta ley, una *Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor*, con atribuciones para informar a la ciudadanía sobre sus derechos y deberes en la materia, vigilar la actividad de los proveedores e imponer las sanciones que la ley establece.⁸

México: De conformidad con el Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la ley protege a los consumidores y propicia su organización para el mejor cuidado de sus intereses. En 1976, se promulgó la Ley Federal de Protección al Consumidor y surgió la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), cuyo objetivo es promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

Panamá: En Panamá rige la Ley N° 45 de 2007, para la Protección del Consumidor. La autoridad competente es la Autoridad de Protección al Consumidor y Defen-

⁸ La Ley de Protección al Consumidor y Usuario de Guatemala, promulgada en 2003.

sa de la Competencia (ACODECO). La más antigua ONG de protección al consumidor es la Unión Nacional de Consumidores y Usuarios de la República de Panamá (UNCUREPA / www.uncurepa.org), establecida en 1993. ACODECO

Justificar una investigación es exponer las razones por las cuales se quiere realizar. Toda investigación debe realizarse con un propósito definido. Debe explicar porque es conveniente este conocimiento y qué o cuáles son los beneficios que se esperan con lo obtenido, en cuyo caso tenemos que exponer también, no sólo lo que concierne a la ley, sino también desde el punto de vista de los derechos humanos, por lo cual se expone lo siguiente:

Instrumentos internacionales de derechos humanos de las naciones unidas

1. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto,) documentos Oficiales de la Asamblea General, de la Comisión De Derechos Humanos de la ONU, los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.⁹

Reconocido de este modo, el derecho humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales.

2. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha podido acumular gran cantidad de información relativa a este derecho.

Desde 1979, el Comité y sus predecesores han examinado 75 informes relativos al derecho a una vivienda adecuada. El Comité dedicó también un día de debate general a esa cuestión en sus períodos de sesiones tercero y cuarto (E/1989/22, párr. 312 y E/1990/23, párrs. 281 a 285).¹⁰

Además, el Comité tomó buena nota de la información obtenida en el Año Internacional de la Vivienda para las Personas sin Hogar (1987) y de la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000, aprobada por la Asamblea General en su

⁹ El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto) *Documentos Oficiales de la Asamblea General, de la Comisión De Derechos humanos de la ONU cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 8*, adición (A/43/8/Add.1).

¹⁰ Resoluciones 1986/36 y 1987/22 de la Comisión de Derechos Humanos; informes del Sr. Danilo Türk, Relator Especial de la Subcomisión (E/CN.4/Sub.2/1990/19, párrs. 281 a 285)

resolución 42/191 de 11 de diciembre de 1987. El Comité también ha examinado informes pertinentes y otra documentación de la Comisión de Derechos Humanos y de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

3. Aun cuando existe una amplia variedad de instrumentos internacionales que abordan los diferentes aspectos del derecho a una vivienda adecuada, el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto es la más amplia, y quizás la más importante de todas las disposiciones pertinentes.

4. A pesar de que la comunidad internacional ha reafirmado con frecuencia la importancia del pleno respeto del derecho a una vivienda adecuada, sigue existiendo un abismo preocupante entre las normas fijadas en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto y la situación reinante en muchas regiones del mundo. Aunque esos problemas suelen ser especialmente graves en algunos países en desarrollo que enfrentan limitaciones graves de recursos y de otra índole, el Comité observa que existen también considerables problemas de falta de vivienda y de viviendas inadecuadas en algunas de las sociedades más desarrolladas económicamente. Las Naciones Unidas calculan que hay más de 100 millones de personas sin hogar y más de 1.000 millones alojadas en viviendas inadecuadas en todo el mundo. No existe indicación de que estén disminuyendo esas cifras. Parece evidente que ningún Estado Parte está libre de problemas importantes de una clase u otra en relación con el derecho a la vivienda.¹¹

5. En algunos casos, los informes de los Estados Partes examinados por el Comité reconocen y describen las dificultades para asegurar el derecho a una vivienda adecuada. Pero, en su mayoría, la información proporcionada ha sido insuficiente para que el Comité pueda obtener un cuadro adecuado de la situación que prevalece en el Estado interesado. Esta Observación general se orienta, pues, a determinar algunas de las principales cuestiones que el Comité considera importantes en relación con este derecho.

6. El derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos. Aun cuando la referencia “para sí y su familia” supone actitudes preconcebidas en cuanto al papel de los sexos y a las estructuras y actividad económica que eran de aceptación común cuando se adoptó el Pacto en 1966, esa frase no se puede considerar hoy en el sentido de que impone una limitación de algún tipo sobre la aplicabilidad de ese derecho a las personas o los hogares en los que el cabeza de familia es una mujer o a cualesquiera otros grupos. Así, el concepto de “familia” debe entenderse en un sentido lato. Ade-

¹¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, de la Comisión De Derechos humanos de la ONU cuadragésimo tercer periodo de sesiones, Suplemento N° 8, adición (A/43/8/Add.1)*

más, tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores. En particular, el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, según el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, a ninguna forma de discriminación.

7. En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad.

Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos.

En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada, como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: “el concepto de “vivienda adecuada”... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

8. Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes:

a) *Seguridad jurídica de la tenencia*: la tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocu-

pación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas.

Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.

b) *Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura*: una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

c) *Gastos soportables*: los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.

d) *Habitabilidad*: una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los *Principios de Higiene de la Vivienda* preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes

se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.

e) *Asequibilidad*: la vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho.

Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política.

Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.

f) *Lugar*: la vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.

g) *Adecuación cultural*: la manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda.

Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y porque se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.

9. Como se señaló anteriormente, el derecho a una vivienda adecuada no puede considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables. Ya se ha hecho referencia a este respecto al concepto de la dignidad humana y al principio de no discriminación. Además, el pleno disfrute de otros derechos tales como el derecho a la libertad

de expresión y de asociación (como para los inquilinos y otros grupos basados en la comunidad), de elegir la residencia, y de participar en la adopción de decisiones, son indispensables si se ha de realizar y mantener el derecho a una vivienda adecuada para todos los grupos de la sociedad. De manera semejante, el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada.

10. Independientemente del estado de desarrollo de tal o cual país, hay ciertas medidas que deben tomarse inmediatamente. Como lo ha reconocido la Estrategia Mundial de Vivienda y otros análisis internacionales, muchas de las medidas requeridas para promover el derecho a la vivienda requieren sólo la abstención del gobierno de ciertas prácticas y un compromiso para facilitar la autoayuda de los grupos afectados. En la medida en que tales medidas se considera que van más allá del máximo de recursos disponibles para el Estado Parte, es adecuado que lo antes posible se haga una solicitud de cooperación internacional.¹²

11. Los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás. El Comité tiene conciencia de que factores externos pueden afectar al derecho a una continua mejora de las condiciones de vida y que en muchos Estados Partes las condiciones generales de vida se han deteriorado durante el decenio de 1980, sin embargo, como lo señala el Comité en su Observación general N° 2 (1990) (E/1990/23, anexo III), a pesar de los problemas causados externamente, las obligaciones dimanantes del Pacto continúan aplicándose y son quizás más pertinentes durante tiempos de contracción económica.

Por consiguiente, parece al Comité que un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda, que sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Partes, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto.

12. Si bien los medios más apropiados para lograr la plena realización del derecho a la vivienda adecuada variarán inevitablemente de un Estado Parte a otro, el Pacto claramente requiere que cada Estado Parte tome todas las medidas que sean neces-

¹² *Comisión De Derechos humanos de la ONU cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 8, adición (A/43/8/Add.1), párrafo 1 del artículo 11 y los artículos 22 y 23 del Pacto Asamblea General.*

rias con ese fin. Esto requerirá casi invariablemente la adopción de una estrategia nacional de vivienda que, como lo afirma la Estrategia Mundial de Vivienda en su párrafo 32, “define los objetivos para el desarrollo de condiciones de vivienda, determina los recursos disponibles para lograr dichos objetivos y busca la forma más efectiva de utilizar dichos recursos, en función del costo, además de lo cual establece las responsabilidades y el calendario para la ejecución de las medidas necesarias”. Por razones de pertinencia y eficacia, así como para asegurar el respeto de los demás derechos humanos, tal estrategia deberá reflejar una consulta extensa con todas las personas afectadas y su participación, incluidas las personas que no tienen hogar, las que están alojadas inadecuadamente y sus representantes. Además, deben adoptarse medidas para asegurar la coordinación entre los ministerios y las autoridades regionales y locales con objeto de conciliar las políticas conexas (economía, agricultura, medio ambiente, energía, etc.) con las obligaciones dimanantes del artículo 11 del Pacto.¹³

13. La vigilancia eficaz de la situación con respecto a la vivienda es otra obligación de efecto inmediato. Para que un Estado Parte satisfaga sus obligaciones en virtud del párrafo 1 del artículo 11, debe demostrar, entre otras cosas, que ha tomado todas las medidas que son necesarias, sea solo o sobre la base de la cooperación internacional, para evaluar la importancia de la falta de hogares y la vivienda inadecuada dentro de su jurisdicción. A este respecto, las Directrices generales revisadas en materia de presentación de informes adoptadas por el Comité destacan la necesidad de “proporcionar información detallada sobre aquellos grupos de [la] sociedad que se encuentran en una situación vulnerable y desventajosa en materia de vivienda”. Incluyen, en particular, las personas sin hogar y sus familias, las alojadas inadecuadamente y las que no tienen acceso a instalaciones básicas, las que viven en asentamientos “ilegales”, las que están sujetas a desahucios forzados y los grupos de bajos ingresos.

14. Las medidas destinadas a satisfacer las obligaciones del Estado Parte con respecto al derecho a una vivienda adecuada pueden consistir en una mezcla de medidas del sector público y privado que consideren apropiadas. Si bien en algunos Estados la financiación pública de la vivienda puede ser utilizada más útilmente en la construcción directa de nuevas viviendas, en la mayoría de los casos la experiencia ha demostrado la incapacidad de los gobiernos de satisfacer plenamente los déficits de

¹³ *Comisión De Derechos humanos de la ONU cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 8, adición (A/43/8/Add.1).Artículo 11 del Pacto Documentos Oficiales de la Asamblea General*

la vivienda con la vivienda construida públicamente. La promoción por los Estados Partes de “estrategias capaces”, combinada con un compromiso pleno a las obligaciones relativas al derecho a una vivienda adecuada, debe así alentarse. En esencia, la obligación consiste en demostrar que, en conjunto, las medidas que se están tomando son suficientes para realizar el derecho de cada individuo en el tiempo más breve posible de conformidad con el máximo de los recursos disponibles.

15. Muchas de las medidas que se requerirán implicarán asignaciones de recursos e iniciativas de política de especie general. Sin embargo, el papel de las medidas legislativas y administrativas oficiales no se debe subestimar en este contexto. La Estrategia Mundial de Vivienda, en sus párrafos 66 y 67, ha destacado el tipo de medidas que pueden tomarse a este respecto y su importancia.

16. En algunos Estados, el derecho a la vivienda adecuada está consagrado en la constitución nacional. En tales casos, el Comité está interesado particularmente en conocer los aspectos jurídicos y los efectos concretos de tal enfoque. Desea pues, ser informado en detalle de los casos específicos y otras circunstancias en que se ha revelado útil la aplicación de esas disposiciones constitucionales.

Conclusión

El Derecho universal a una vivienda, digna y adecuada, como uno de los derechos humanos, aparece recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25, apartado 1 y en el artículo 11 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC):

Los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado deben cumplir con las normas y las disposiciones en materia de seguridad y calidad. Además, los instructivos deben incluir las advertencias necesarias y explicar claramente el uso adecuado de los productos.

Derecho a la compensación: Si un proveedor vende una casa o cualquier otro producto de mala calidad o que no cumple con las normas, el acreedor tiene derecho a que se le reponga o a que le devuelvan su dinero o en su caso, a una bonificación no menor a 20% del precio pagado. También le deberán bonificar cuando no le proporcionen un servicio o se lo otorguen de forma deficiente. Asimismo, se tiene derecho a que le indemnicen por los daños y perjuicios que le hayan ocasionado.¹⁴

¹⁴ <http://www.profeco.gob.mx/saber/derechos7.asp>

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, y como lo hemos estado tematizando la vivienda.

Propuestas

Cerciorar que las voces que la sociedad civil tengan eco en las decisiones del Estado, y que se lleve a cabo un cambio de enfoque profundo en las políticas públicas, en las que se planteen no solo reformas estructurales, sino los mecanismos que permitan asegurar progresivamente la vigencia de los derechos de los consumidores en materia inmobiliaria

Control interno del gobierno, función de un órgano constitucional ciudadano

Rafael Vargas Aceves¹

Adrián Joaquín Miranda Camarena²

RESUMEN: Un órgano de control ciudadano que represente a la sociedad en general, sin sujeción a ningún interés partidista o algún grupo en particular, elevar éste a nivel constitucional le podrá otorgar patrimonio propio, personalidad jurídica, independencia, autonomía y con una facultades soberanas.

PALABRAS CLAVE: Órgano de control, transparencia, rendición de cuentas. corrupción, órgano ciudadano, instituciones públicas, servidor público.

ABSTRACT: The need to create a citizen *Agency for the Accountability* of the government that truly represents the society with no political party or group subjection, also with constitutional independence and sovereign faculties.

KEY WORDS: Control, Transparency, Accountability, Corruption, Citizen Agency. Public Institutions, Public Servant.

SUMARIO: Introducción ■ Conceptualización ■ Órgano de control. Mecanismo de estructura gubernamental ■ La forma de gobierno y el poder político ■ Organismos constitucionales autónomos ■ Objeto de control constitucional ■ La problematización del poder público ■ Conclusió y propuesta.

Introducción

En este artículo constituye y pretende un avance sustantivo al proyecto de mi investigación del Doctorado en Derecho, con el título provisional: *Órganos de Control*

¹ Maestro en Derecho Constitucional y Amparo.

² Doctor en Derecho. Director de Tesis y asesor en el presente ensayo.

en la Administración Pública: Falacia en la Transparencia, en la Rendición de Cuentas y al Combate a la Corrupción en el Estado de Jalisco. Posgrado impartido por la Benemérita Universidad de Guadalajara.

La trascendencia de esta figura, es la preocupación de realizar un estudio serio en nuestra entidad federativa, analizando las deficiencias en cuanto a la Transparencia, en la Rendición de Cuentas y al Combate a la Corrupción del sistema de administración pública en sus distintos órdenes de gobierno –Estatal y Municipal– y en sus distintos poderes –Ejecutivo, Legislativo y Judicial–.

Asimismo dar apertura a un órgano constitucional que conlleve una imparable tarea de eficientar a las instituciones del estado, con la finalidad de prever anomalías y actos ilícitos por parte de los servidores públicos. Se pretende dar las bases para otorgar y garantizar a la sociedad elementos legales para evitar corruptelas por parte de quien realiza tareas de funciones públicas, fundamentándola con estudios científicos y un riguroso proceso metodológico.

A través de los tiempos se ha visto la necesidad de limitar el poder, mediante la regulación de su poder, y es éste el objetivo de la investigación, analizar en conjunto los límites y los mecanismos previstos en el estado de Jalisco.

Conceptualización

¿Qué es la corrupción?³ Hablando en términos generales es “el abuso del poder para beneficio privado”. La corrupción puede ser clasificada como grande, pequeña y política, en función de las cantidades de dinero que se pierde y el sector donde se produce.

La gran corrupción consiste en actos cometidos en un alto nivel de gobierno que distorsiona las políticas o el funcionamiento central del estado, permitiendo a los líderes de beneficiarse a expensas del bien público.

La pequeña corrupción refiere al abuso cotidiano del poder encomendado por los funcionarios públicos de bajo y de nivel medio en sus interacciones con los ciudadanos de a pie, que con frecuencia están tratando de acceder a bienes y servicios básicos en lugares como hospitales, escuelas, departamentos de policía y otras agencias.

La corrupción política es una manipulación de las políticas, las instituciones y las normas de procedimiento en la asignación de recursos y la financiación por los

³ Transparency International http://www.transparency.org/whoweare/organisation/faqs_on_corruption/2/25-IV-2014

responsables políticos, que abusan de su posición para sostener su poder, el estatus y la riqueza.

¿Qué es la transparencia?⁴ La transparencia trata de arrojar luz sobre las normas, planes, procesos y acciones. Es saber por qué, cómo, dónde y cuánto. La transparencia se asegura de que los funcionarios públicos, gerentes, miembros del consejo y los empresarios actúan de forma visible y comprensible, e informar sobre sus actividades. Y eso significa que el público en general puede pedirles cuentas. Es el medio más seguro de protección contra la corrupción y ayuda a aumentar la confianza en las personas y las instituciones de las que depende nuestro futuro.

¿Rendición de cuentas? Significa que las personas, los organismos y las organizaciones (de carácter público, privado y de la sociedad civil) tienen la responsabilidad del adecuado cumplimiento de sus funciones.⁵

En teoría, existen tres tipos de rendición de cuentas: diagonal, horizontal y vertical.⁶

Órgano de control, mecanismo de estructura gubernamental

La complejidad de ordenar y organizar las funciones esenciales para el buen desarrollo del Estado, es sin duda la rendición de cuenta,⁷ la transparencia y la eliminación de corrupción,⁸ del actuar de los servidores públicos conlleva una serie de

⁴ *Idem.*

⁵ Transparency International http://issuu.com/transparencymexico/docs/2009_plainlanguageguide_es#download 25-IV-2014

⁶ Diagonal se produce cuando los ciudadanos recurren a las instituciones gubernamentales para conseguir un control más eficaz de las acciones del Estado. Horizontal somete a los funcionarios públicos a restricciones y controles, o a un “sistema de contrapesos”, por parte de organismos facultados para cuestionar, sancionar, a los funcionarios en casos de conducta indebida. Vertical responsabiliza a los funcionarios públicos ante el electorado a través de elecciones.

⁷ Rendición de cuentas significa que las personas, los organismos y las organizaciones (de carácter público, privado y de la sociedad civil) tienen la responsabilidad del adecuado cumplimiento de sus funciones.

⁸ Corrupción: Consiste en el abuso del poder para beneficio propio. Puede clasificarse en corrupción a gran escala, menor y política, según la cantidad de fondos perdidos y el sector en el que se produzca.

pesos y contrapesos. Esto es en reacción a la serie de anomalías y abusos que se dan por parte de algunos funcionarios que actúan, de manera anómala buscan un fin en particular o a un grupo en particular.

Al hablar de una reestructura del sistema de control es necesario entender el factor sustancial; el poder como objeto de control y Max Weber refiere que el “poder es la posibilidad de imponer la propia voluntad sobre la conducta ajena”.⁹

Asimismo, el estudio del poder ha cobrado mayor importancia por ser un mecanismo de control y de coordinación necesario para la consecución de los fines y objetos de una organización.

Esta organización es a su vez un sistema que integra a un grupo de individuos o ciudadanos por ello se requiere de una regulación del comportamiento y una coordinación en las actividades, de modo que aumenta la voluntad de las conductas.

Si bien es cierto que dicho poder viene implícito en nuestra legislación, esto no implica un abuso sobre el gobernado, ya que es esta potestad la que conlleva a realizar abusos dentro de la administración pública con fine lucrativos no lícitos.

Para Carla Huerta Ochoa,¹⁰ refiere distintas modalidades de ejercicio de poder. El poder es indispensable si se le considera como fuerza necesaria para ejecutar las decisiones tomadas con autoridad por los detentadores del poder. Pero si bien la autoridad es un concepto estrechamente relacionado al del poder, no son una y la misma cosa. Considerando que el poder es la posibilidad de imponer la voluntad de uno sobre otros y que actualmente éste se encuentra depositado en el sistema jurídico, la autoridad es la legitimación en la materialización de éste, es decir, independientemente de su fuente es legítimo su ejercicio.

Ante los excesos y abusos de quienes patentan el poder en el ejercicio del Estado, es absurdo negar el derecho de los gobernados a poner un límite a dichas injusticias, si bien es cierto que existen formas e instituciones de controles, también lo es que estos órganos de control están sujetos a la misma estructura institucional, en la cual, desde mi punto de vista, no se puede ser juez y parte.

La urgente necesidad de poner fin a este abuso de poder que conlleva a un sinfín de actos de corruptelas y al no transparentar la rendición de cuentas, es la que nos obliga a la creación de un órgano de control, disciplinario de orden constitucional en

⁹ WEBER, Max: *Economía y Sociedad*, 2ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 696.

¹⁰ HUERTA Ochoa, Carla: *Mecanismos Constitucionales para el Control del Poder Político*. 3ª ed., UNAM, México, 2010.

manos de ciudadanos.

En nuestro marco normativo constitucional refiere en particular al precepto número 39 del Título Segundo, Capítulo I de la Soberanía Nacional y de la Forma de Gobierno, que a la letra dice:

La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.¹¹

Es aquí, en nuestro derecho positivo, donde da cavidad para sustentar esta modificación y reformar nuestra forma de gobierno. Es necesario para un buen funcionamiento de un Estado que el poder sea controlado.

Manuel Aragón¹² señala que la teoría clásica de control se ha relacionado siempre a una concepción específica de gobierno; por ello es que a pesar de llamarse clásica no es una teoría unitaria, sino que se compone de varios conceptos de control que a pesar de tener los mismos lineamientos y fines, relevan estructuras distintas.

La forma de gobierno y el poder político

El poder político se distribuye entre órganos designados con el título de poderes, llevan a cabo funciones de las cuales reciben su designación. Así, tenemos de conformidad con la teoría clásica:

a) El Poder Ejecutivo ejecuta las normas, provee mediante la facultad reglamentaria a la correcta observancia de las leyes, y de representar al país ante la comunidad internacional.

b) El Poder Legislativo su función elaborar las leyes que estructuran al Estado, a sus órganos, otorgar regulación y establecer relaciones entre sí y con los ciudadanos.

c) El Poder Judicial resuelve controversias jurídicas, vigila y mantiene la supremacía constitucional y de interpretar y aplicar la ley.¹³

¹¹ Cámara de Diputados. Congreso de la Unión. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_070714.pdf Consulta: 25-IV-2014

¹² ARAGÓN y Loewentein, Manuel: *Teoría del control*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2749/> Consulta: 25-IV-2014

¹³ Cámara de Diputados. H. Congreso de la Unión <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

Ahora bien, en el Estado de Jalisco, entidad que nos ocupa, refiere en su carta magna, artículo 14 señala que el poder público del Estado se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial; nunca podrán reunirse dos o más de estos poderes en una persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un solo individuo.¹⁴

Con el fin de construir las base para establecer e implantar un órgano de control constitucional, con personalidad jurídica, autonomía, que sea público, de carácter permanente, independiente en sus decisiones y funcionamiento, con patrimonio propio y con una facultad soberana, inalienable e imprescriptible, que regule la forma de vigilar y examine la auditoría pública de los poderes del Estado, los organismos públicos autónomos, los municipios, los organismos públicos descentralizados estatales y municipales, empresas de participación estatal o municipal, fideicomisos públicos estatales y municipales y el Tribunal de Arbitraje y Escalafón, o cualquier persona física o jurídica que reciba fondos públicos, con facultades de prevención, combate, investigación, persecución y ejercicio de la acción penal en materia de corrupción.¹⁵

Cabe precisar que por control de constitucionalidad entendemos por aquellas instituciones y formas de actuación, establecidas en la carta magna, que permiten asegurar, que los ciudadanos de derecho de un sistema jurídico ajusten su conducta a los principios, límites y disposiciones constitucionales.

*Organismos constitucionales autónomos*¹⁶

De acuerdo con García-Pelayo, los órganos constitucionales autónomos reúnen cuatro características fundamentales.

1) Están explícitamente “establecidos y configurados” por la Constitución, es

pdf/1.pdf 15-IV- 2013. Título Tercero Capítulo I, De la División de Poderes, Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Consulta: 10-IV-2014

¹⁴ H. Ayuntamiento de Guadalajara. Consulta: 10-IV-2014. <http://portal.guadalajara.gob.mx/sites/default/files/ConstitucionPoliticaEstadoJaliscoTransparencia.pdf>

¹⁵ VVAA: *Protocolos de investigación. Primera Generación del Doctorado en Derecho*, Coordinador RUIZ Moreno, Ángel Guillermo, Editado por Universidad de Guadalajara, 2014. p. 305

¹⁶ VVAA: *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y convencional*, T. II, coordinadores FERRER Mac-Gregor, Eduardo, MARTÍNEZ Ramírez, Fabiola y FIGUEROA Mejía, Giovanni, Poder Judicial de la Federación, 2014. p. 977 y 978

decir, el texto de la Constitución debe especificar con detalle la composición del órgano, los métodos de designación de sus titulares, su sistema de competencias así como su estatus jurídico.

2) Deben ser “constitutivos” en cuanto sus funciones serían necesarias para el buen funcionamiento del “modelo de Estado” establecido en la Constitución. Si la desaparición del órgano no causaría mayores obstáculos para el desarrollo normal del sistema constitucional, entonces estaríamos apenas ante un órgano de “relevancia” constitucional.

3) Los órganos constitucionales deben participar directamente “en la dirección política del Estado”. Ello implica que deben ser instancias que no se limiten a aplicar o a interpretar normas diseñadas por otras instituciones, sino que determinen por ellas mismas las políticas y lineamientos generales de actuación de las autoridades públicas.

4) Deben existir “la paridad de rango y las relaciones de coordinación”. El órgano no puede estar subordinado a ningún otro órgano o poder del estado ni puede ser aislado, sino que debe mantener una coordinación e interacción constante.

Enlistaremos en lo general, los órganos de control con las que cuentan las instituciones del Estado de Jalisco y aun de las dependencias que no cuentan con este órgano regulador. Posteriormente veremos la ineficacia en el desempeño en sus funciones, y la desconfianza que percibe la ciudadanía, para una correcta aplicación del derecho disciplinario.

I. El Poder Ejecutivo del Estado de Jalisco; II. El Poder Legislativo del Estado de Jalisco; III. El Poder Judicial del Estado de Jalisco; IV. Los organismos públicos descentralizados estatales y municipales; V. Las empresas de participación estatal y municipal; V. Los fideicomisos públicos estatales y municipales; VII. Las universidades públicas con autonomía; VIII. Los órganos jurisdiccionales dependientes del Poder Ejecutivo; IX. El Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado; X. La Comisión Estatal de Derechos Humanos; XII. Los ayuntamientos; XIII. Los partidos políticos y las agrupaciones políticas nacionales, acreditados en el Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado; XIV. Los partidos políticos y las agrupaciones políticas estatales, con registro en el Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado; XV. Los demás órganos y entes públicos que generen, posean o administren información pública, y XVI. Las personas físicas o jurídicas privadas que recauden, reciban, administren o apliquen recursos públicos estatales o municipales, sólo respecto de la información pública relativa a dichos recursos.

*Objeto de control constitucional*¹⁷

La locución “objeto de control constitucional” significa aquello que es materia de los diversos controles de constitucionalidad, esto es: la forma de actuar de los órganos de poder. Esto implica que los órganos públicos como tal no son el objeto del control constitucional, sino los actos son emitidos por éstos. La actuación de cualquier autoridad debe supeditarse a los límites previstos en el texto constitucional. El verificar que dichas actuaciones se apeguen a los parámetros de constitucionalidad, será el objetivo de los medios de control previstos en la ley fundamental.

El órgano de control en sí, debe promover la cultura de la transparencia en la gestión gubernamental, la rendición de cuentas y desempeño de los servidores públicos, así como denunciar, coadyuvar y perseguir los delitos que cometan los funcionarios por sus funciones.

Debe coadyuvar a la transparencia y a la práctica de los servidores públicos en cualquier institución, mediante los ordenamientos concretos dictados por dicha Órgano de Control en materia de auditoría, denuncias, responsabilidades, inconformidades, investigación de quejas, acciones de control administrativo y mejora de procesos.

El Órgano de Control en el Estado de Jalisco será reconocido como una unidad ética, transparente, profesional, eficiente, entre otros principios, de un servicio de eficacia, con servidores públicos comprometidos, cuya actuación para la sociedad sea de credibilidad y confianza.

Revisar y evaluar, de acuerdo a la normatividad, el ejercicio de la gestión, organización y operación de todas las dependencias y organismos de la entidad, para detectar, solucionar, prevenir y sancionar las prácticas de corrupción e impulsar la mejora de la calidad y transparencia.

*La problematización del poder público*¹⁸

Podemos señalar que en la actualidad es exclusivamente el Estado quien tiene facultades para realizar activamente tareas de verificación, vigilancia, seguimiento y evaluación de sus propias acciones tanto de sus instituciones y sus procesos institucionales. Es el propio Estado el que incide en regular su mismo actuar, procediendo con las normas que son creadas por las instituciones de gobierno.

¹⁷ *Idem*, p. 957.

¹⁸ VVAA: *Protocolos de...*, p. 301

No obstante que actúa como un ente de autoridad también lo hace como dependencia reguladora y vigilante de sus propios servidores públicos¹⁹ que se apeguen a la legalidad durante el ejercicio de sus funciones, sanciona a los que no lo hacen así; promueve el acatamiento de los procesos de control y fiscalización de su mismo gobierno y sus propias disposiciones legales, dirige y determina la política de compras públicas, coordina y realiza auditorías sobre sus gastos de recursos, lleva procesos administrativo contra sus mismos servidores, además coordina la labor de los órganos internos de control en cada dependencia del gobierno y evalúa igualmente gestión de las entidades.

Ésta es la cuestión fundamental y principal, es la fórmula axiomática, no se puede ser juez y parte, la autoridad no puede estar involucrada o participar en actos administrativos y a la vez tener capacidad para juzgar y decidir que lo que se actuó fue de forma correcta o incorrecta.

Es evidente y relevante que se trata de evitar que quien tiene que resolver sobre una controversia lo haga sirviendo a sus propios intereses.

Las actuaciones y el desempeño de todo órgano administrativo no pueden contener ninguna sospecha, ningún vicio de parcialidad, de favoritismo, en especial que beneficie al propio órgano, al personal de dichas instituciones o a grupos de poder.

Existe una correlación entre la corrupción y la desconfianza que muchos ciudadanos sienten en su gobierno. Además de la desconfianza en las instituciones gubernamentales y los políticos, la corrupción también afecta a los ciudadanos económicamente. El combate a la corrupción es un aspecto clave en el ejercicio democrático del poder.²⁰

La percepción de la corrupción es el problema que transgrede los derechos, ya que las personas y las empresas toman decisiones mediante percepciones.²¹

La corrupción representa desvíos importantes de recursos de la agenda de desarrollo a intereses particulares muy lejanos del interés público.

¹⁹ BURGOA Orihuela, Ignacio: *Derecho constitucional*, México, Porrúa, 1985, p. 551. Define al servidor público: *En un régimen democrático los titulares de los órganos del Estado o los sujetos que en un momento dado lo personifican y realizan las funciones dentro del cuadro de su competencia, deben reputarse como servidores públicos.*

²⁰ Organización de los Estados Americanos <http://www.oas.org/es/temas/corrupción.asp> Consulta: 05-IV-2014

²¹ USLANER, Eric M.: *Corruption, inequality, and the rule of law: the bulging pocket makes the easy life*. Ed. Cambridge University Press, USA, 2008, pp. 11–17.

Dicho de otra manera, se requiere fortalecer la confianza en la sociedad para el proceso de fiscalizar las cuentas públicas y transparentar los recursos públicos. Asimismo erradicar la corrupción y promover la cultura a la ciudadanía en esta materia.

La apreciación no es casual ni producto de una mera suposición, pues como se ha observado, en el transcurso del tiempo, de numerosas anomalías e irregularidades, es entonces donde nos preguntamos: ¿Será necesario implementar un órgano de control constitucional autónomo y con participación ciudadana sin vinculación partidista? ¿Los gobernados tienen confianza y certeza sobre el actuar del servicio público? ¿Cuántos procedimientos administrativos o penales se han insaturado a servidores públicos por el actuar irregular de sus funciones? Y aún más grave ¿A cuántos servidores públicos ha recaído una resolución o una sentencia condenatoria?

Respecto del papel que juegan tanto la Auditoría Superior del Estado, dependiente del Congreso del Estado de Jalisco, la Contraloría del Poder judicial, la Contraloría del Estado, así como las distintas Contralorías internas de las dependencias sujetas a una estructura del Poder Ejecutivo, Las Contralorías de los 125 municipios de la entidad, sujetas todas ellas a una estructura jerárquica y supeditadas a un superior, los órganos de control de los diversos órganos que conforman la estructura de gobierno, a nivel estatal y municipal del Estado de Jalisco, encaminadas a cuestionar, sí el rol con el que participan en la vida cotidiana de la rendición de cuentas y la transparencia, cumple con los preceptos normativos establecidos en la legislación vigente.

Por otra parte, el costo-beneficio que representa tener a tantas instituciones encargadas del control de la administración que viven del presupuesto, que año con año se deroga en salarios, en inmuebles, y, en general, todo lo que implica el gasto para el buen funcionamiento administrativo. Es donde recae otra cuestión ¿Será necesario contar con tantos órganos de control en todos los ámbitos del poder del Estado de Jalisco? ¿A cuánto asciende el monto presupuestario anual el mantener a tanta burocracia?

Veamos el asunto desde otra óptica, de entrada bien pudiéramos estar de acuerdo con la figura de los órganos de control de cada institución o dependencia de la entidad federativa que hasta ahora tenemos, pero cumplirán, de manera autónoma e independiente, la transparencias de la rendición de cuentas y la lucha contra la corrupción. Creemos que ya es necesario; que sea la sociedad quien se encargue de la vigilancia, transparencia y control del actuar de todo lo que implica la administración pública, sin embargo, en lo que no coincidimos es que sea el mismo gobierno quien sea juez y parte dentro de las irregularidades de las funciones públicas.

En otro contexto, tampoco estamos planteando transgredir la soberanía de las diversos organismos, dependencias o municipios, lo que se pretende es darle a la ciudadanía el control de vigilancia de las funciones que por ley se ha otorgado a los órganos que perciben presupuesto del erario público.

Conclusión y propuesta

La meta de este proyecto es presentar los mecanismos, existentes y proponer un sistema acorde a las necesidades de nuestros tiempos, así pues, se ofrece:

Conocimiento científico de las necesidades de crear y proveer a una nueva institución garante de control en el actuar de las funciones al servicio de los ciudadanos.

Otorgar a la sociedad el derecho a la rendición de cuentas consiste en que los ciudadanos puedan exigir cuentas a las autoridades y servidores públicos, quienes tienen la obligación de justificar y aceptar las responsabilidades por las decisiones tomadas.²²

Eliminar, probando lo ineficaz y deficiente, todos los órganos de control, encargados de rendir cuentas, fiscalizar, auditar y sancionar a las diversas instituciones del Estado de Jalisco, sean dependiente o no de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

Definir el marco legal de la Constitución Política del Estado de Jalisco, así como la creación de normas legales que darán la base y principios a esta nueva institución.

Eliminar todo tipo de corrupción en los entes de la administración pública del estado; desvinculando los órganos de control de manos de la autoridad y depositar esa facultad en ciudadanos autónomos e independientes de los distintos poderes.

²² Diagnóstico de los Derechos Humanos en México, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en México, México, 2003, p. 54. Consulta: 10-IV-2014. <http://www.catedradh.unesco.unam.mx/AMDHSitio/docbas/31.pdf>

La argumentación judicial electoral interpretativa. El caso Zapopan

Hilda Villanueva Lomeli¹
Luis Antonio Corona Nakamura²

RESUMEN: Se exponen algunos de los tipos de argumentos y sistemas de interpretación usados en la sentencia mediante la cual se resuelven los juicios para la protección de los derechos político electorales del ciudadano identificados con las claves SG-JDC-3162/2012 al SG-JDC-3187/2012 dictada por la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de la Primera Circunscripción Plurinominal.

PALABRAS CLAVE: Interpretación, Argumento, Electoral, Derechos Políticos Electorales del Ciudadano.

ABSTRACT: The need to create a citizen *Agency for the Accountability* of the government that truly represents the society with no political party or group subjection, also with constitutional independence and sovereign faculties.

KEY WORDS: Control, Transparency, Accountability, Corruption, Citizen Agency. Public Institutions, Public Servant.

SUMARIO: Introducción ■ Síntesis del caso ■ Conclusiones.

Introducción

Se hace un análisis de la argumentación interpretativa vertida por la Sala Regional del Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación, correspondiente a la Primera Circunscripción Plurinominal, en la sentencia mediante la cual se

¹ Maestra en Derecho.

² Doctor en Derecho. Director de Tesis y asesor en el presente ensayo.

resuelven los juicios para la protección de los derechos político electorales del ciudadano, identificados con las claves SG-JDC-3162/2012 y sus acumulados SG-JDC-3163/2012 al SG-JDC-3187/2012, juicios a los que nos referiremos como el “Caso Zapopan”.³

La intención de esta investigación como un ejercicio de preparación para la redacción de una tesis doctoral, radica en plantear los conceptos de algunos especialistas en el ámbito de la argumentación jurídica, respecto de la tipología de los argumentos y criterios de interpretación que se pueden implementar en las resoluciones de la autoridad judicial electoral y presentar ejemplos concretos plasmados en la sentencia a la que nos referimos en el párrafo que antecede, aunque hemos de adelantar que dichos ejemplos no necesariamente estarán presentados en el orden en el que aparecen en el documento de análisis.

La sentencia antes aludida es importante ya que contiene argumentos basados, en gran parte, a la luz de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en la que se garantiza que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, por el contrario, se interpretarán favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.⁴

El Caso Zapopan se convierte en un área de oportunidad para analizar la argumentación e interpretación y vincular las mismas a conceptos de carácter teórico que han sido materia de estudio de diversos autores, a los que nos referiremos en su oportunidad a lo largo de este trabajo.

Por otra parte es indispensable entender la vinculación estrecha y casi indisoluble, que existe entre la interpretación y la argumentación. Por lo que nos permitimos precisar que tal y como lo refiere Víctor Manuel Rojas Amandi, la teoría de la interpretación jurídica identifica al derecho con la ley, con un conjunto cerrado de

³ Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de la Primera Circunscripción Plurinominal. Juicios para la Protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano SG-JDC-3162/2012 y sus acumulados SG-JDC-3163/2012 al SG-JDC-3187/2012. Magistrado Ponente: Jesús Covarrubias Dueñas. 26 de Abril de 2012. 2 votos. Consulta: 11-IV-2014, en: <http://www.te.gob.mx/salasreg/ejecutoria/sentencias/guadalajara/SG-JDC-3162-2012.pdf>

⁴ *Idem.* pp. 1-63.

disposiciones jurídicas puestas en vigor por la autoridad política y, sobre todo, por el Poder Legislativo y para esta teoría la actividad intelectual necesaria para aplicar la norma general y abstracta a casos particulares y concretos consiste en desentrañar el significado de los símbolos y signos en que se han redactado las disposiciones jurídicas y consecuentemente el objetivo de la interpretación jurídica será dotar de sentido normativo a los enunciados incorporados en los cuerpos normativos vigentes.⁵

Sin embargo, para la argumentación jurídica, el derecho es considerado como un conjunto de procedimientos que fijan los momentos y los espacios dentro de los que se pueden hacer valer las argumentaciones jurídicas, las cuales con sustento en criterios de validez se expresan en la antinomia jurídico-antijurídico, nos permiten obtener argumentos que sirven de fundamento o sustento tanto a las autoridades judiciales, como a los abogados litigantes para tratar de justificar en cada caso sus decisiones, resoluciones, prensiones, puntos de vista o alegatos.⁶

En el siguiente apartado realizaremos una breve síntesis del caso, para continuar con el análisis de los argumentos e interpretación así como la ejemplificación de estos, y finalizaremos con algunas conclusiones que consideramos vale la pena destacar.

Síntesis del caso

Veintiséis ciudadanos jaliscienses por su propio derecho promovieron juicios para la protección de sus derechos político electorales, los veinticuatro primeros como candidatos electos en el proceso interno de selección de candidatos del Partido Revolucionario Institucional (PRI), los dos restantes, como candidatos electos en el proceso relativo al Partido Verde Ecologista de México (PVEM), y postulados por la Coalición “Compromiso por Jalisco” conformada por ambos partidos, para integrar la planilla de Municipales de Zapopan, Jalisco. En dichos juicios, impugnaron la omisión en la que incurrieron los ya mencionados institutos políticos integrantes de la coalición, de cumplir con su obligación de solicitar los registros como candidatos de dicha planilla, en la forma y términos que establece el Código Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco (Arts. 240 f. IV y 241), así como el convenio que regía a la Coalición “Compromiso por Jalisco” (cláusula décimo sép-

⁵ Cfr. ROJAS Amandi, Víctor Manuel: *Argumentación Jurídica*. Ed. Oxford., México, 2011, pp. 46-47.

⁶ *Idem*.

tima) y a través de los cuales se establece la obligación de presentar las solicitudes de registro debidamente requisitadas y acompañadas de los documentos necesarios para tales efectos.⁷

Es importante precisar, que la omisión específicamente radicó en que los representantes de los partidos políticos integrantes de la coalición facultados para realizar estos registros, no plasmaron su nombre y firma y omitieron acompañar los escritos bajo protesta de decir verdad, que los ciudadanos antes aludidos fueron seleccionados conforme a las reglas que rigen el procedimiento por los cuales fueron electos, y que cumplieron con los requisitos exigidos en el convenio de coalición.⁸

Esa omisión constituyó el acto impugnado en los juicios acumulados antes referidos, en virtud de que esos requisitos no son de los requeribles en términos de lo establecido en el numeral 244, párrafo segundo del Código Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco.⁹

La Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (SRTEPJF) correspondiente a la Primera Circunscripción Plurinominal en el apartado titulado “Argumentación Jurídica” aborda lo relativo a la acumulación, el *per saltum*, los presupuestos procesales generales, la síntesis de agravios y el planteamiento de la litis, así como el estudio de fondo, siendo este último el que constituirá la materia del análisis que se realizará en el presente trabajo.¹⁰

Es importante señalar que el criterio de interpretación sistémico es aquel que justifica atribuir a una disposición el significado sugerido (o no impedido), por el contexto del que forma parte, ya que el derecho es un sistema y, como tal, coherente y ordenado.¹¹ Este criterio de interpretación permite al juzgador el uso del argumento identificado como *a cohaerentia*, es decir un argumento que permite interpretar alguna o ambas normas en conflicto de tal manera que tal incompatibilidad desaparezca, incluso en contra de la literalidad del precepto legal en cuestión; a este tipo de

⁷ COVARRUBIAS Dueñas, José de Jesús: *Análisis de casos electorales relevantes. Siglo XXI*. Ed. Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 262-275.

⁸ Sala Regional... *op cit.*, Nota 1 p.

⁹ *Cfr. Marco Jurídico Electoral. Compendio*, Ed. Instituto Electoral y de Participación Ciudadana, Guadalajara, México, 2011, pp. 283-284.

¹⁰ Sala Regional... *op cit.*, Nota 1 p.

¹¹ EZQUIAGA Ganuzas, Francisco Javier: *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, Ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, p. 109.

argumento algunos autores lo refieren como auxiliar.¹²

Consideramos que un ejemplo de este tipo de argumento interpretativo está contenido en la parte de la sentencia del Caso Zapopan y que se transcribe a continuación:

En efecto, la República Mexicana se encuentra conformada por Estados libres y soberanos a su interior, pero sujetos al Pacto Federal que le da origen a la Nación por voluntad de su pueblo y le reconoce a la Federación su primacía, de conformidad a los artículos 39 y 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que se refrenda en los artículos 1 y 2 de la Constitución Política del Estado de Jalisco.

Por si fuera poco, el Estado Mexicano, en el campo internacional, de forma repetida y con fuerza de ley al interior de la Nación, se ha comprometido a respetar los derechos políticos del ciudadano, para votar y ser votado, sin que haga distinción alguna de credo, raza o condición, ni acota de manera alguna el derecho a ser votado, según se aprecia del contenido de los artículos 23, párrafo 1, inciso b), de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–, y 25, inciso b), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Organización de las Naciones Unidas.

*Así, las autoridades deben interpretar las normas internas de tal manera que no choque con el sentido de la norma superior jerárquica, pues como se vio, **es el sistema Federal el marco Supremo para determinar su sentido y alcance**, pues realizar una intelección contraria a los propios principios federales, sería tanto como ir contra el pacto que da vida a la Nación, situación que sería contradictoria y en perjuicio del gobernado objeto de la interpretación.*¹³

La principal manifestación del argumento *a coherencia* es el principio de interpretación conforme a la constitución, tanto a sus reglas, como a sus principios, éste encuentra su fundamento en el principio de conservación de las normas y en la coherencia del sistema jurídico. Sin embargo, el principal problema que plantea su uso reside en la determinación del significado de los enunciados constitucionales y

¹² Cfr. DAHESA Dávila, Gerardo: *Introducción a la Retórica y a la Argumentación*, 1ª reimpresión de la 6ª ed., Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012, p. 597.

¹³ Sala Regional..., *op. cit.* Nota 1 pp. 24-25.

en la identificación de los principios, que requerirán de una argumentación propia.¹⁴

En el ejemplo antes transcrito se evidencia que se trata de explicar justamente la vinculación de los cuerpos normativos específicos (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la del Estado de Jalisco, la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) como un sistema jurídico.

El argumento *a rubrica*, es aquel a través del cual la atribución del significado se realiza a partir del título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que se encuentra ubicado el enunciado, ya que se ha considerado que los títulos nos brindan información sobre el contenido dispuesto bajo los mismos, ya que estos no son causales, es decir son consecuencia de un plan desarrollado por el legislador, y por lo tanto expresa su voluntad.¹⁵

Si bien es cierto en este ejemplo de argumento *a rubrica*, no se señala un enunciado que refiera específicamente a lo que dice el título del ordenamiento, si le atribuye un significado a partir de la cita del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de una manera clara y evidentemente intencional lo trascribe con su título “Derechos Políticos”:

Para tal efecto, se insiste que la prerrogativa ciudadana de ser votado, se encuentra ampliamente reconocida en textos internacionales, tales como la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cuyo artículo 23 establece, en lo que importa:

Artículo 23. Derechos Políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

¹⁴ *Cfr.* EZQUIAGA..., *op. cit.*, Nota 9, pp. 126-132.

¹⁵ *Idem.*, pp. 115-118.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.¹⁶

El argumento sistemático en sentido estricto es aquel que, para la atribución de significado a una disposición tiene en cuenta el contenido de otras normas, su contexto. El fundamento de esta apelación y lo que justifica su empleo es, al igual que en el resto de los argumentos sistemáticos, la idea de que las normas forman un sistema que obtiene su coherencia del diseño racional realizado por el legislador y de los principios que, como consecuencia de ser un producto racional, lo gobiernan.¹⁷

Consideramos que un ejemplo de este tipo de argumento se encuentra contenido en la sentencia del Caso Zapopan en la parte que a la letra señala:

Así, las autoridades deben interpretar las normas internas de tal manera que no choque con el sentido de la norma superior jerárquica, pues como se vio, **es el sistema Federal el marco Supremo para determinar su sentido y alcance**, pues realizar una intelección contraria a los propios principios federales, sería tanto como ir contra el pacto que da vida a la Nación, situación que sería contradictoria y en perjuicio del gobernado objeto de la interpretación.

En efecto, al tener la naturaleza fundamental por estar consagrado y garantizado en la Constitución General de la República, la interpretación y correlativa aplicación de tal derecho no pueden ser restrictivas, sino por el contrario, deben ampliar sus alcances jurídicos para potenciar su ejercicio. Una interpretación restringida de tales derechos fundamentales, implicaría desconocer los valores tutelados por las normas constitucionales que los consagran, por lo que su intelección hermenéutica requiere realizarse sobre la base de un criterio extensivo, toda vez que no se trata de una excepción o de un privilegio, sino de derechos otorgados por la propia Constitución a favor de los propios gobernados, y que vienen a ser los límites al poder del Estado, razón por la cual deben ser ampliados, no limitados ni, mucho menos, suprimidos.¹⁸

¹⁶ Sala Regional... *op. cit.*, Nota 1 p. 30.

¹⁷ *Cfr.* EZQUIAGA..., *op. cit.*, Nota 9, pp. 119-123.

¹⁸ Sala Regional..., *op. cit.*, Nota 1, pp. 25-27.

Parelsman define al argumento histórico como *la presunción de continuidad supone que el legislador es conservador y que permanece fiel a la manera mediante la cual quiso regular una determinada materia, a menos que se hayan modificado expresamente los textos legales.*¹⁹ Por ejemplo:

*Como se advierte, la limitación al ejercicio del derecho de sufragio pasivo, se acota exclusivamente a razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena, más nunca condicionado a una facultad de índole discrecional de un partido político; lo anterior, en términos de lo establecido en el artículo 1o de la Carta Magna, que en atención a la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio del año próximo pasado, se garantiza que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, por el contrario, se interpretarán favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.*²⁰

El argumento anterior evidencia que históricamente se ha tratado de conservar el sentido de la norma en lo fundamental.

El argumento de equidad o equitativo tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento positivo y es aquel que plantea una interpretación razonable a través de la cual se tomen en cuenta las características del caso particular, de tal suerte que en vista de estas particularidades, se interprete y aplique con justicia la ley abstracta y general.²¹ El ejemplo concreto puede ser:

Debe destacarse que la autoridad electoral es garante de los principios democráticos y salvaguarda de los derechos políticos de los ciudadanos, por lo que en lugar de restringir disposiciones legales que tutelan los derechos

¹⁹ RIBEIRO Toral, Gerardo: *Verdad y Argumentación Jurídica*, -citando a PERELMAN, Chamin-Ed. Porrúa México y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, México, 2007, pp. 89-90.

²⁰ Sala Regional ..., *op. cit.*, Nota 1, p. 30.

²¹ *Cfr.* G. DAHESA..., *op. cit.*, Nota 10, p. 611.

*consagrados en normas constitucionales, como en el presente caso, se debe realizar una interpretación extensiva, toda vez que los derechos electorales del ciudadano, no se tratan de excepciones o privilegios, sino de un derecho fundamental consagrado constitucionalmente, los cuales deben ser ampliados, no restringidos, ni mucho menos suprimidos, en estricto apego a lo ordenado por los artículos 1, 32, 35, 39, 40 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*²²

El argumento teleológico puede definirse como aquella interpretación de un determinado enunciado de acuerdo con su finalidad.²³ El calificativo *teleológico* proviene del griego *telos*, que en español significa fin, objetivo o meta.²⁴

De una interpretación armónica, sistemática y teleológica de los artículos 31, fracción II, 41, y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1, párrafo 2, inciso a), y 4, párrafos 1 y 2, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en relación con los numerales 23, párrafo 1, inciso b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), y 25, inciso b), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Organización de las Naciones Unidas, lleva a establecer que cuando un ciudadano de la República ha satisfecho los requisitos constitucionales, legales, así como los partidistas aplicables, y ello ha sido declarado así por el órgano competente del partido político, el derecho a ser postulado por el ente político declarante ingresa a la esfera de derechos del gobernado, adquiriéndolo para todos los efectos jurídicos, de manera que cualquier acto u omisión partidista no puede condicionar o restringir su posibilidad de ser postulado como candidato, a menos que se encuentre sustentado en una causa legalmente justificada de inelegibilidad, o bien, como la muerte, renuncia, inhabilitación o incapacidad acreditada y certificada por institución pública. Por tanto, en el contexto de la vigencia y plenitud de los derechos humanos en su vertiente político electoral, debe respetarse la prerrogativa atinente de los ciudadanos tanto por los partidos políticos o coaliciones postulantes, como de las autoridades electorales encargadas del registro correspondiente; en ese or-

²² Sala Regional ..., *op. cit.*, Nota 1, pp. 26-27.

²³ *Cfr.* G. DAHESA..., *op. cit.*, Nota 10, pp. 623-643.

²⁴ *Cfr.* V. ROJAS..., *op. cit.*, Nota 3, p. 208.

*den de ideas, se evidencia que dichos ciudadanos cuentan con una prerrogativa constitucional electoral adquirida (voto pasivo)*²⁵

Es de destacar que en el ejemplo arriba inserto, se pone de manifiesto que se usó el método de interpretación teleológico, el cual considera el objeto, motivo o fin razonable de la ley, más allá del texto expreso de las disposiciones normativas.²⁶

Existen dos formas de argumentos consecuencialistas. En la primera, el juzgador establece las consecuencias factuales de la decisión que ha tomado. En la segunda, señala las consecuencias lógicas de la regla, especialmente las consecuencias hipotéticas que se derivarían cuando la regla se aplique a casos similares.²⁷

El argumento pragmático es considerado un argumento consecuencialista y que consiste en justificar un significado apartir de las consecuencias favorables que de él se derivan, o la inconveniencia de otro significado posible de un enunciado por las consecuencias desfavorables que de él se derivan.²⁸

El ejemplo que representaría un argumento pragmático, contenido en el Caso Zapopan es el siguiente:

Empero, tales limitaciones o restricciones no pueden ser irracionales, injustificadas, desproporcionadas o que se traduzcan en privar de su esencia a dicho derecho fundamental, de manera que cualquier condición que se imponga a su ejercicio deberá basarse en criterios objetivos y razonables, esto es, que las calidades, requisitos, circunstancias o condiciones que la ley establezca al derecho de voto pasivo, deben respetar su contenido esencial, y han de estar razonablemente armonizados con otros principios y derechos fundamentales de igual jerarquía.

Considerar que la aplicación de tales preceptos normativos pueda ser en sentido inverso, representaría una restricción al libre ejercicio de los derechos universales de votar y ser votado –como en la especie–, consagrados en el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que indudablemente, lesiona los derechos político electorales de los ciudadanos

²⁵ Sala Regional ..., *op. cit.*, Nota 1, pp. 42-43.

²⁶ Cfr. V. ROJAS..., *op. cit.*, Nota3, p. 208.

²⁷ Cfr. FETERIS, Eveline T.: *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007, pp.137-139.

²⁸ Cfr. EZQUIAGA..., *op. cit.*, Nota 9, pp. 161-162.

*a quienes les resulta aplicable el precepto constitucional y la norma general respectiva.*²⁹

El argumento de autoridad justifica atribuir a una disposición el significado sugerido por alguien que se considera especialista en el tema y por ese solo hecho, por lo que su fuerza persuasiva, en principio débil, depende enteramente de la autoridad invocada, que puede ser una jurisprudencia no vinculante, como por ejemplo las tesis relevantes, en derecho comparado o la doctrina.³⁰

Encontramos dos ejemplos claros de este tipo de argumentos el primero en la parte de la sentencia que establece:

*Además, es necesario tener presente, como lo sostienen diversos teóricos del derecho, ente ellos Ricardo Guastini, que la Constitución debe ser interpretada de modo tal, que se de una interpretación restrictiva de todas las limitaciones a derechos fundamentales, en tanto que debe haber una interpretación extensiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren derechos de libertad a los ciudadanos. Esta interpretación es acorde con el principio pro personae, incorporado en múltiples **tratados internacionales**, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.*³¹

Se considera que este segundo ejemplo encuadra en los argumentos de autoridad porque inmediatamente después del texto se hace una referencia colocada a pie de página relativa a la obra del Dr. José de Jesús Covarrubias Dueñas titulada *Derecho Constitucional Electoral* lo que puede ser considerado como doctrina:

Debe destacarse que la autoridad electoral es garante de los principios democráticos y salvaguarda de los derechos políticos de los ciudadanos, por lo que en lugar de restringir disposiciones legales que tutelan los derechos consagrados en normas constitucionales, como en el presente caso, se debe realizar una

²⁹ Sala Regional ..., *op. cit.*, Nota 1, pp. 27-28.

³⁰ Cfr. EZQUIAGA..., *op. cit.*, Nota 9, pp. 166-168.

³¹ Sala Regional ..., *op. cit.*, Nota 1, pp. 32-33.

*interpretación extensiva, toda vez que los derechos electorales del ciudadano, no se tratan de excepciones o privilegios, sino de un derecho fundamental consagrado constitucionalmente, los cuales deben ser ampliados, no restringidos, ni mucho menos suprimidos, en estricto apego a lo ordenado por los artículos 1, 32, 35, 39, 40 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*³²

Tal y como lo establece Francisco Javier Ezquiaga en su obra *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, el argumento por analogía justifica trasladar la solución legalmente prevista para un caso, a otro caso distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que es parecido al primero.³³ Asimismo el argumento analógico es aquel mediante el cual el principio o la regla previstos para un caso o situación concreta puede extenderse a otro, que guarda con el primero una gran semejanza (semejanza esencial) y del cual se identifican cuatro elementos:

- I. Un norma N que regula el supuesto S1 al que le aplica la consecuencia jurídica C;
- II. Otro supuesto S2 no regulado por ninguna norma;
- III. La semejanza entre el supuesto S1 u S2”, y
- IV. La identidad de razón entre los supuestos S1 y S2.³⁴

Conforme a los elementos expuestos del argumento por analogía, es viable considerar, para el caso concreto lo dispuesto por la SRTEPJF en la sentencia del Caso Zapopan en la parte que se señala a continuación en virtud de que se hace uso de un argumento de esta naturaleza:

Per saltum. Este órgano jurisdiccional estima procedente conocer *per saltum* (por salto) las demandas de los juicios para la protección de los derechos político electorales del ciudadano acumulados, en virtud de que el agotamiento del medio de impugnación local previsto en la fracción IV del artículo 70 de la Constitución Política del Estado de Jalisco, previsto para controvertir actos, resoluciones y omisiones que vulneren los derechos político electorales del

³² *Idem*, pp. 26-27.

³³ *Cfr.* EZQUIAGA..., *op. cit.*, Nota 9, p. 169

³⁴ *Idem*.

ciudadano, en acatamiento al principio de definitividad previsto en el numeral 80, párrafo 2, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, podría tener como consecuencia la merma en el derecho de los actores.

En efecto, los promoventes reclaman las omisiones de los Partidos Revolucionario Institucional y Verde Ecologista de México, de cumplir con su obligación de solicitar sus registros como integrantes de la planilla de Municipales de Zapopan, Jalisco, en la forma y términos que para ello establecen el código electoral de esta Entidad, así como el convenio de la Coalición Compromiso por Jalisco integrada por los referidos institutos políticos; omisiones que derivan del registro de la planilla de candidatos de la referida coalición para integrar el Ayuntamiento de Zapopan, Jalisco, por el periodo de 2012-2015, cuya etapa de campaña electoral inicia el próximo veintinueve de abril en términos de lo establecido en los numerales 246, párrafo 1, fracción II, y 264, párrafos 2 y 3, del Código Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco.

Luego, dado lo corto del plazo entre la recepción por esta Sala Regional de las constancias que dieron origen a los juicios ciudadanos acumulados que se resuelven –veintitrés de abril de dos mil doce–, en relación con la fecha de inicio de las campañas electorales para las elecciones de municipales en Jalisco –veintinueve de abril del año que transcurre–, de ser fundados los motivos de inconformidad expresados en las demandas de mérito, exigir a los interesados que acudan al medio de impugnación local previsto en la fracción IV del artículo 70 de la Constitución Política del Estado de Jalisco, entraña razonablemente la posibilidad de merma, al no participar en condiciones de equidad en la elección municipal de Zapopan, dado que cada día que transcurriera sin que se resolviera el fondo de la cuestión planteada, sería un día menos de campaña a su favor y, en consecuencia, no se estaría en aptitud de ; además, porque con la emisión del inminente acuerdo de improcedencia por parte de la autoridad administrativa electoral local, el cual debe de emitirse a más tardar el veintiocho de abril próximo en términos de lo establecido en el numeral 246, párrafo 1, fracción II, del Código Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco, generaría un cambio de situación jurídica en relación a las omisiones reclamadas en esta instancia constitucional acceder a la tutela judicial ante esta instancia constitucional.³⁵

³⁵ Sala Regional ..., *op. cit.*, Nota 1, pp. 11-13.

Lo anterior se entiende de manera más clara si se plantea, de acuerdo a la fórmula precisada, en los términos siguientes:

- a) **Un norma N:** El artículo 80, párrafo 2 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral que regula un **Supuesto S1:** es decir este precepto establece el principio de definitividad respecto del medio de impugnación local establecido en el artículo 70 de la Constitución Política del Estado de Jalisco, que debe agotarse previamente a la comparecencia al Tribunal Electoral Federal, esto significa que el Ciudadano habrá de comparecer ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco a impugnar un acto o resolución que viole sus derechos político-electorales a votar, a ser votado y a la afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del estado, al que le aplica una **consecuencia jurídica C**, es decir debe agotar la instancia local para que el Tribunal Electoral Federal pueda conocer de una violación a los derechos político electorales del ciudadano;
- b) **Otro supuesto S2:** El ciudadano comparece a impugnar un acto que viola en su perjuicio sus derechos políticos electorales directamente ante el Tribunal Electoral Federal en virtud de que el plazo que tiene para comparecer ante el Tribunal Electoral Local es insuficiente para que sea resuelta la impugnación antes del inicio de las campañas electorales (únicamente contaba con 6 días antes del inicio de las campañas);
- c) **La semejanza entre el supuesto S1 u S2;** Ambos supuestos implican que el ciudadano comparezca ante una autoridad electoral judicial a impugnar un acto que considera violatorio de sus derechos político electorales, y
- d) **La identidad de razón entre los supuestos S1 y S2;** Si ambos supuestos regulan que el ciudadano comparezca a impugnar un acto que considera violatorio de sus derechos político electorales, y tomando en consideración que uno de los principios de la función electoral es la equidad en la contienda, resulta congruente afirmar que no debe exigírsele al ciudadano que acuda en primer término a la autoridad electoral local prevista en el artículo 70 de la Constitución Política del Estado de Jalisco, ya que esto se traduce a una merma para dicho ciudadano al no poder contender en condiciones de equidad en la elección de mérito, dado que cada día que trascurriera sin que se resolviera de fondo la cuestión planteada, sería un día menos de campaña a su favor y no se estaría en aptitud de acceder a la tutela judicial ante el Tribunal Electoral Federal.

De igual importancia el argumento *a fortiori* es aquel que contiene ciertos enunciados que se supone refuerza la verdad de la proposición que se intenta demostrar, de tal forma que se dice que esta proposición es *a fortiori* verdadera,³⁶ por ejemplo:

*Bajo esa perspectiva, tal y como se adelantó, las omisiones reclamadas en esta instancia constitucional de los Partidos Revolucionario Institucional y Verde Ecologista de México como integrantes de la Coalición Compromiso por Jalisco, relativas a que sus representantes no cumplieron con el requisito previsto en la fracción III del párrafo 1 del artículo 241 del Código Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco –colocar el nombre y la firma de los representantes facultados para realizar los registros de candidatos, así como aportar al momento del registro, los escritos en los que se manifestara bajo protesta de decir verdad por parte de dichos representantes, que los promoventes fueron seleccionados conforme a las reglas que rigen el procedimiento en los que fueron electos, además de que cumplieron con los requisitos exigidos en el convenio de coalición respectivo–, vulneran en perjuicio de los demandantes su derecho fundamental sustantivo consistente en la prerrogativa ciudadana del derecho pasivo del voto, tutelada en los artículos 35, fracción II, de la Constitución General de la República, y 8, fracción II, de la Constitución Política de esta Entidad; máxime que los requisitos omitidos, únicamente puede realizarse por los representantes partidarios que autoriza el código electoral local, cuyo cumplimiento está fuera de las posibilidades jurídicas y materiales de los accionantes.*³⁷

El argumento *a contrario sensu*, es ante todo un argumento que se basa en el aspecto lingüístico o gramatical en el que se enfatiza la literalidad.³⁸ Este tipo de argumento nunca se da por supuesto, aparece, necesariamente, en forma explícita, jamás de modo implícito, tal y como aparece en la sentencia del Caso Zapopan en lo que se transcribe a continuación:

Por el contrario, del análisis de dicho numeral, se evidencia que la autoridad administrativa electoral local no podrá bajo ninguna circunstancia, requerir al

³⁶ Cfr. G. DAHESA..., *op. cit.*, Nota 10, p. 671.

³⁷ Sala Regional ..., *op. cit.*, Nota 1, p. 33.

³⁸ Cfr. G. DAHESA..., *op. cit.*, Nota 10, p. 691.

partido o coalición, cuando se trate de faltantes en los requisitos consistentes en el escrito con firma autógrafa en el que los ciudadanos propuestos como candidatos manifiesten su aceptación para ser registrados y en el que bajo protesta de decir verdad expresen que cumplen con todos y cada uno de los requisitos que establecen la Constitución Política del Estado y este Código; así como en el escrito con firma autógrafa del dirigente estatal del partido político, o en su caso, del representante de la coalición, en el que manifieste bajo protesta de decir verdad que los ciudadanos de quienes se solicita su registro como candidatos fueron seleccionados de conformidad con los estatutos del partido político, o con apego a las disposiciones del convenio de coalición. Este último escrito es el que omitieron presentar a la autoridad administrativa electoral local, los Partidos Revolucionario Institucional y Verde Ecologista de México, como integrantes de la Coalición Compromiso por Jalisco, en relación con el registro de los aquí actores de la planilla de Municipales de Zapopan, Jalisco.³⁹

Casi todos los sistemas jurídicos cuentan con normas cuyo objetivo es regular de una u otra forma la interpretación judicial, es decir son lineamientos para las autoridades judiciales en su actuación al dictar una resolución y esta tiene que estar al mismo tiempo impregnada de argumentos sólidos que pueden ser de diferentes tipos, como los ya explicados y ejemplificados a lo largo de este trabajo, sin dejar a un lado la parte indispensable de la fundamentación que corresponda a cada caso.

Conclusiones

- Puede realizarse el análisis de la argumentación e interpretación judicial desde diversas ópticas. Nos hemos ocupado de ejemplificar algunos de los argumentos utilizados por el juzgador electoral mexicano en una sentencia importante que corresponde al Caso Zapopan.
- Los argumentos plasmados en la sentencia se concatenan unos con otros de tal manera que mediante una interpretación armónica, sistemática y teleológica lleva a la SRTEPJF a determinar que los motivos de inconformidad expresados en las demandas que dieron origen a los juicios ciudadanos acumulados resultaron válidos y por lo tanto fundados, por lo que fueron jurídicamente eficaces para acoger la pretensión de los actores.

³⁹ Sala Regional ..., *op. cit.*, Nota 1, pp. 38-39.

- La sentencia antes aludida fue aprobada por mayoría de votos y el magistrado Jacinto Silva Rodríguez emitió su voto particular, donde aborda cuestiones que no son sustantivas ni relevantes para el tema de la argumentación de la resolución y que pudiera ser materia de análisis para un ensayo posterior.
- La resolución realizó una interpretación armónica, sistemática y teleológica congruente con la función que debe realizar el tribunal electoral.
- Por último, se debe puntualizar que en base a las claves de la argumentación jurídica planteadas por Anthony Weston en su obra titulada “Las claves de la argumentación”, las autoridades judiciales en general, pero las electorales especialmente, debieran buscar fórmulas que permitan simplificar la estructura de sus argumentos, es decir plasmar argumentos cortos, en un orden natural, partiendo de premisas fidedignas, siendo concretos y concisos, centrándose en lo sustantivo y no en las connotaciones, y siendo coherente en el uso de los términos.⁴⁰

⁴⁰ WESTON, Anthony: *Las Claves de la Argumentación*, 2ª ed., Ed. Ariel, España, pp.19-27. 2011.

Responsabilidad de México en el caso González ante la Corte Interamericana de derechos humanos

Francisco Javier Villegas Lugo¹
Rogelio Barba Álvarez²

RESUMEN: Éste es uno de los tantos casos que han sucedido en Ciudad Juárez, Chihuahua, México, a los cuales el Estado Mexicano, ha hecho caso omiso, a las denuncias por desaparición de mujeres en esa entidad Federativa, por lo que los afectados, se vieron en la penosa necesidad de acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para ser escuchados.

PALABRAS CLAVE: Desaparición forzada, derecho penal, Corte Interamericana, violencia contra las mujeres.

ABSTRACT: This is one of many cases that have happened in Ciudad Juarez Chihuahua, Mexico, to which the Mexican State has ignored the complaints of missing women in that state, so that those affected were seen in the dire need to go to the Inter-American Commission on Human Rights to be heard.

KEY WORDS: Enforced disappearance, criminal law, Inter American court, violence against women.

SUMARIO: Introducción ■ Antecedentes del caso ■ Fundamentos jurídicos ■ Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Convención Belén Do Pará ■ ¿Por qué la Comisión no calificó los hechos acaecidos en Ciudad Juárez como feminicidios? ■ Recomendaciones ■ Los objetivos de esta investigación ■ Conclusiones.

¹ Maestro en Derecho.

² Doctor en Derecho. Director de Tesis y asesor en el presente ensayo.

Introducción

En México los índices delincuenciales cada día van en aumento, pero en las ciudades fronterizas se enfatiza más, en la parte sur del país en la colindancia con Guatemala, el crimen organizado es quien controla a todo inmigrante que desea ingresar a nuestro estado, no importando el precio que se pague, ni las violaciones a sus derechos humanos que llegase a sufrir con tal de lograr el sueño americano, es por esta frontera por donde entra la mayor parte de mercancías ilegales que se distribuyen en nuestro país, como son drogas, productos de manufactura dudosa provenientes de países asiáticos, trata de personas³, provocando con esto el lavado de dinero de grandes redes del crimen organizado.

Por la frontera norte de nuestro país con la colindancia con el estado de Texas, tenemos la frontera de Ciudad Juárez, Chihuahua, en donde a partir de los 90, los cárteles de la droga se han posesionado del control total del estado de Chihuahua, entre los grupos que tienen el control está el que comanda el señor Joaquín Guzmán Loera *alias* “El Chapo”, quien dirige el cártel de Sinaloa,

Posteriormente con la llegada del Ex Presidente de la República Mexicana Vicente Fox Quesada, arribó un grupo de paramilitares conocido como los Zetas, lo que ha persistido hasta la actualidad, cuando no es un cártel es otro.

Fue precisamente en este periodo presidencial cuando en Ciudad Juárez, ‘ocurrió la desaparición y ulterior muerte’ de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonerero de Ciudad Juárez, Chihuahua, en el año 2001.⁴

De los autos de juicio internacional se desprende que las investigaciones iniciales fueron deficientes, lo que dio sustento a solicitar el juicio ése. Por lo que los familiares de las víctimas acudieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, autoridad competente para exponer los motivos de la queja de lo que habían sufrido por el estado mexicano, durante el desarrollo de la deficiente investigación de sus familiares desaparecidos.

³ Dentro de las mercancías ilegales, en función de este estudio, se consideran los delitos relacionados con la explotación de las personas y sus órganos.

⁴ Sentencia 16 de noviembre de 2009, (excepciones preliminares, Fondo, Reparación y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs México*, p. 2. <http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contentiosos>

Posteriormente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, promulgó la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009, (excepciones Preliminares, Fondo, reparación y costas) vs. México, condenado a la reparación de daños y medidas en contra de la discriminación y prevención contra las mujeres en el estado mexicano.

Antecedentes del caso

Ciudad Juárez está ubicada al norte del estado de Chihuahua, exactamente en la frontera con El Paso, Texas. Su población es de más de 1.200.000 habitantes, su desarrollo es industrial, particularmente la industria maquiladora y de tránsito de migrantes mexicanos y extranjeros.

Según estándares internacionales hacen referencia a las desigualdades sociales y la proximidad de la frontera internacional, que han contribuido con diversas formas de delincuencia organizada, narcotráfico, trata de personas, tráfico de armas, y el lavado de dinero; incrementando así los niveles de inseguridad y violencia.⁵

La Comisión y los representantes alegaron que desde 1993 existe un número significativo de desapariciones y homicidios de mujeres y niñas en ciudad Juárez. Según la Comisión, Ciudad Juárez se ha convertido en el foco de atención de la comunidad por la violencia contra las mujeres, la deficiente respuesta del estado ante estos crímenes, para detener, en lo posible estas agresiones.⁶

En 1998 la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México examinó 24 casos de homicidios de mujeres y concluyó que durante las investigaciones se habían violado los derechos humanos de las víctimas y sus familiares. A partir de esta fecha, se han pronunciado al respecto en favor de una normativa que tutele los derechos de las mujeres de todas las edades, entre ellas, *inter alias*, la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas de la ONU 1999, la Relatora Especial sobre la Interdependencia de los Magistrados y Abogados de las Naciones Unidas en el 2002, la Comisión Interamericana y su Relatora Especial sobre los Derechos de las Mujeres en el 2003, La Comisión de Expertos Internacionales de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en el 2003,⁷ el Comité para la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas en el 2005, el Parlamento Europeo emitió una resolución al respecto en el año de 2007.

⁵ *Idem*, p. 32.

⁶ *Idem*, p. 33.

⁷ *Idem*, p. 34.

Además se cuenta con organizaciones sociales no gubernamentales de derechos humanos internacionales y nacionales como Amnistía Internacional, el Observatorio Ciudadano, para monitorear la impartición de justicia en los casos de feminicidio en Ciudad Juárez, Chihuahua y la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos AC.⁸

Para el periodo del 1991 al 2004.⁹ Diversos informes indican que cifras que oscilan entre 260 y 370 mujeres entre 1993 a 2003. El estado remite pruebas, hasta el año 2001 se habían registrado 264 homicidios de mujeres y hasta el 2003, 328. Mismas pruebas para el año 2005 los homicidios de mujeres ascendían a 379. Los observadores señalan que no es confiable esa cifra, mientras la Secretaría de Gobernación habla de 42 mujeres asesinadas. Las contradicciones son evidentes.

El estado proporcionó pruebas, de que en el 2006, Ciudad Juárez ya ocupaba el cuarto lugar en homicidios de mujeres entre ciudades mexicanas, por cada 100 mil habitantes mencionados por la Comisión y por la Fiscalía especial, las cifras aportadas por la comisión es de 7.9 y por la Fiscalía Especial es de 2.

El concepto de desaparición forzada de persona se ha tomado de Nial MacDermot, Secretario Internacional de Juristas: Una desaparición constituye quizás la violación más perversa, de los derechos humanos. Es la negativa de derecho de un individuo a existir, a tener una identidad. Convierte a una persona en un ser no existente, es el grado más avanzado de corrupción y de abuso de poder de que se valen las autoridades a cargo del mantenimiento de la ley y el orden para burlarse del uno y del otro y rebajarse a cometer crímenes civiles como método de represión contra los opositores políticos.¹⁰

La desaparición forzada o también desaparición involuntaria de personas, es el término jurídico que se le designa a un tipo de delito complejo que supone la violencia de múltiples derechos humanos y que, cometido en determinadas circunstancias, constituye también un crimen de lesa humanidad, siendo sus víctimas conocidas

⁸ *Idem*, p. 34.

⁹ *Idem*, p. 35, Cfr. CIDE, situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, supra nota 64, folio 1761 y Fiscalía Especial para la atención de delitos relacionados con los homicidios de Mujeres en ciudad Juárez, Informe Final, folio 14607

¹⁰ PARAYRE, Sonia: *La desaparición forzada de persona como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia Ratione Temporis de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*, p. 1. Cita a su vez a Nial MacDermot, Consulta: 30-IV-2014. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/29/pr/pr4.pdf>

comúnmente como desaparecidas o también, particularmente en América Latina, como detenidos desaparecidos.

El crimen desaparición forzada, definido en textos internacionales y la legislación penal de varios países, está caracterizado por la privación de la libertad de una persona por parte de agentes del estado, grupos o individuos que actúan con su apoyo, seguida de la negativa a reconocer dicha privación o su suerte, con el fin de sustraerla de la protección de la ley.¹¹

Fundamentos jurídicos

Corte Interamericana de Derechos Humanos, como autoridad juzgadora para: *El caso González y otras ("Campo Algodonero") vs México*, cuya Sentencia del 16 de noviembre de 2009, (excepciones preliminares, Fondo, Reparación y costas), da base al presente estudio.

La Convención de Viena, que establece una regla general y que debe interpretarse como un todo: El sentido corriente de la buena fe, el objeto y fin del tratado y los demás criterios, de manera unida, el significado de una determinada norma. La Corte recalca que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, en la que fue fundada dicha sentencia.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, Convención Belén Do Pará, en su artículo fundamental 7.

La Convención sobre los Derechos de los Niños y las Niñas, artículo 1º, dado que dos de las jóvenes eran menores de edad.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 6º, 9º, 14, 16, 18, 23, pp. 4, 5, 6, 7, 8, 9.

A continuación se describe someramente su aplicabilidad

Derechos humanos que se violentan con el delito de desaparición forzada de personas:

¹¹ La enciclopedia libre de Wikipedia, *Desaparición Forzada*, Consulta: 30-IV-2014. http://es.wikipedia.org/wiki/Desaparici%C3%B3n_forzada

- Derecho a la vida.
- Derecho a la libertad y seguridad personal.
- Derecho al trato humano y derecho a la dignidad.
- Derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica.
- Derecho a la identidad y a la vida familiar, especialmente en el caso de los niños.
- Derecho a la reparación, incluso mediante la indemnización.
- Derecho a la libertad de opinión, expresión e información.
- Derechos laborales y políticos.

Este conjunto de derechos vulnerados se concluyen de las primeras sentencias formuladas por organismos internacionales en los años ochentas a partir de los derechos reconocidos, por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.¹²

Cabe mencionar que los derechos que se les violaron a las víctimas Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonero de Ciudad Juárez, Chihuahua, en el año 2001, son: Derecho a la vida, derecho a la libertad personal, derecho a la indemnización, derecho a la protección de la honra y dignidad, Derecho a la protección a la familia, mismos que se encuentran sustentados en las normas que siguen:

Artículo 4. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 7. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y las condiciones fijadas de antemano por la Constitución Política de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Artículo 10. Toda persona tiene que ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenado en sentencia firme por errores judiciales.

Artículo 11. La protección de honra y dignidad, tienen derecho al respeto a su honra y al reconocimiento de su dignidad.

Artículo 17, “Protección a la familia, la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”¹³

¹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 6°, 9°, 14, 16, 18, 23 pp. 4, 5, 6, 7, 8, 9, Consulta: 30-IV-2014. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>

¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada

Los derechos de los niños y las niñas: Se encuentran establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Niña, pertinentes en este caso porque parte de las víctimas aún estaban en la niñez.

Artículo 1º Para los efectos de la presente convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo, en virtud que la ley le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 6º Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida, los Estados partes garantizaran en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 9º Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Artículo 16 ningún niño será objeto de injurias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia o ataques ilegales a su honra o a su reputación.¹⁴

Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, convención Belén do Pará

Esta convención desempeña un papel fundamental ya que en su artículo 7º Los deberes de los Estados. Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, en llevar a cabo lo siguiente:

a) Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación.

Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, p. 2. Consulta: 30-IV-2014. http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/2_instrumentos_regionales/2_Convenciones/3.pdf

¹⁴ Convención sobre los Derechos de los Niños y las Niñas, artículo 1º, p. 10, consulta: 30-IV-2014, http://www.unicef.org/paraguay/spanish/py_convencion_espanol.pdf

b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

c) Incluir en sus legislaciones internas, normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza, que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas aprobadas que sean del caso.

d) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad.

e) Tomar todas las medidas aprobadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar la práctica jurídica o consuetudinaria que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.

f) Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

g) Aportar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectivas esta Convención.¹⁵

México reconoce que en la primera etapa de las investigaciones, entre el 2001 y el 2003, se presentaron irregularidades. En la segunda etapa de las investigaciones de estos tres casos, a partir del año 2004, se subsanaron plenamente las irregularidades, que se presentaron en la primera etapa de investigaciones, se reintegraron los expedientes y se reiniciaron las investigaciones con un sustento científico, incluso con ponentes de apoyo internacional.

Nuestro país reconoce que como causa de las irregularidades derivadas, antes referidas, se afectó la integridad psíquica y dignidad de los familiares de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, señala los apoyos económicos y asistencia médica y psicológica, asesoría jurídica que se ha venido dotando a los familiares para cada una de las tres víctimas, constituyendo una reparación al daño causado.¹⁶

¹⁵ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, Convención Belén Do Pará, pp. 79 y 80. Consulta: 30-IV-2014. http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_ConvencionBelem.pdf

¹⁶ Sentencia 16 de noviembre de 2009, *op. cit.*, p. 7.

El estado, alegó incompetencia para conocer violaciones de la Convención Belén do Pará. Por lo que para resolver controversias sobre la interpretación de normas la Corte ha invocado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces, en un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el mejor ángulo para la protección de la persona. El tribunal debe establecer los valores y objetivos perseguidos por la Convención Belén do Pará.¹⁷

México estima que en estos tres casos no puede alegarse en modo alguno la configuración de la violación a: del derecho a la vida, la integridad personal, a la dignidad y la libertad personal de las jóvenes de Esmeralda Herrera Monreal, Claudia Ivette González y Laura Berenice Ramos Monárrez, en razón de que en ninguno de los tres homicidios participaron agentes del estado, México ha emprendido acciones plenamente demostradas para proteger y promover los derechos de los niños; por lo tanto el estado no puede ser declarado responsable directamente ni indirectamente de haber violado el derecho a la vida, la integridad persona y libertad personal en el caso *sub judice*.¹⁸

La Corte Interamericana es competente, en términos de los artículos 62.3 de la Convención¹⁹ para conocer del presente caso en razón de que México es Estado Parte en la Convención Americana desde el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal el 16 de diciembre de 1998. Así mismo el Estado ratificó la Convención Belén do Pará el 12 de noviembre de 1998.

El estado, admitió, en términos generales, los hechos de contexto relativos a la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, desde el inicio de los años 90, en la primera etapa los crímenes perpetrados contra las tres víctimas que abarca del periodo 2001 al 2003. Además México aceptó los hechos relativos a la afectación de la integridad psíquica y dignidad de los familiares de las desaparecidas.

La Comisión, pide a la Corte la declaración de que el Estado incumplió su obligación de garantizar el derecho a la vida de las víctimas mediante la adopción de medidas para prevenir sus asesinatos incurriendo en una violación al artículo cuarto de la Convención Americana, y en conexión en el artículo 1.1 y 2 del mismo tratado.

¹⁷ *Idem.* p. 10.

¹⁸ *Idem.* p. 7.

¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *op.cit.*, p. 24.

Así como; que el estado falló en su deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar los actos de violencia sufridos por las víctimas en contravención del artículo 7 de La Convención Belén do Pará.

Por último sostuvo que el estado incumplió su obligación efectiva y adecuadamente, en las desapariciones y posteriores muertes de las jóvenes González, Herrera y Ramos en violación a los artículos 8, 25 y 1.1 de la Convención Americana.²⁰

Los representantes coincidieron con la Comisión y además alegaron que la Comisión del Estado, para preservar los Derechos Humanos de las Víctimas, aplica en cuanto al derecho a la vida, pero también al derecho de la integridad personal y a la libertad personal, en relación directa con los derechos del debido proceso.

Por su parte, México reconoció lo grave que son estos homicidios, negó violación alguna de su parte a los derechos a la vida, integridad y libertad personal. El Estado, ni la Comisión ni los representantes han probado responsabilidad de agentes del Estado en los homicidios. Además alegó, que en la segunda etapa de las investigaciones de estos tres casos, a partir del año 2004, se subsanaron las irregularidades, se reintegraron los expedientes y se reiniciaron las investigaciones con un sustento científico, incluso con componentes de apoyo internacional. Las investigaciones de los casos continúan abiertas y siguen desahogando diligencias para dar con los responsables.²¹

La Comisión y los representantes alegaron que un número considerable de los homicidios presentaron signos de violencia sexual. Diversos informes establecieron que los siguientes factores en común, estaban en varios de los homicidios: las mujeres son secuestradas y mantenidas en cautiverio, sus familiares denuncian su desaparición y luego de días o meses sus cadáveres son encontrados en terrenos baldíos con signos de violencia, incluyendo violación u otros tipos de abusos sexuales, tortura y mutilación.

El estado alegó que según cifras en el 2004, alrededor del 26% de los homicidios obedecían a actos de índole sexual violento, Por su parte la Fiscalía Especial concluyó, que logró determinar que el número de casos en los que se presentó el patrón conductual que había identificado en el fenómeno, muertas de Juárez, era alrededor del 30% de los 379 homicidios identificados o sea alrededor de 113 mujeres. Los informes del Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer; CEDAW (por sus siglas en inglés) y de Amnistía Internacional, tam-

²⁰ *Idem*, p. 31.

²¹ *Idem*, p. 31.

bién coinciden que alrededor de un tercio de los homicidios, tenían un componente de violencia sexual o características similares.²²

Es el común denominador de la violencia en Ciudad Juárez, la cual se caracteriza por la violación reiterada y sistematizada de los derechos humanos. En donde las mujeres y las niñas fueron violentadas con crueldad por el solo hecho de ser mujeres y sólo en algunos casos son asesinadas como culminación de dicha violencia pública y privada.

El estado alega que los homicidios tienen causa diversa con diferentes autores, en circunstancias muy distintas y con patrones criminales diferenciados, pero se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer, dando lugar, a la modificación de los roles de familiares que generó la vida laboral de las mujeres, el Estado explicó que desde 1965 empezó en Ciudad Juárez el desarrollo de la industria maquiladora, el cual se intensificó en el año de 1993, con el Tratado de Libre Comercio con América del Norte.

De tal manera que impactó su vida familiar, porque los roles tradicionales empezaron a modificarse al pasar de ser dependiente a la proveedora del hogar, otros factores mencionados por el estado como generadores de violencia y marginación son la falta de servicios públicos básicos en las zonas marginadas, tráfico de armas, criminalidad, lavado de dinero y trata de personas que se dan en Ciudad Juárez, el alto índice de deserción escolar y la existencia de numerosos agresores sexuales.²³

¿Por qué la comisión no calificó los hechos acaecidos en Ciudad Juárez como feminicidios?

La Comisión alegó que cuando se denunció cada desaparición los familiares recibieron comentarios por parte de agentes estatales sobre la conducta de sus hijas que consideran influenciaron la inacción estatal posterior, mientras las autoridades minimizaban los hechos o desacreditaban las denuncias de los familiares de las víctimas bajo el pretexto de que eran muchachitas que andaban con el novio, o andaban de voladas;²⁴ estereotipos proyectados por los funcionarios hacia los familiares de las víctimas.

²² *Idem*, p. 37. 38.

²³ *Idem*, p. 39.

²⁴ Sentencia 16 de noviembre de 2009..., *op. cit.*, p. 57. Consulta: 30-IV-2014. <http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>

Los representantes alegaron que los homicidios y desapariciones de niñas y mujeres en ciudad Juárez, son la máxima expresión de la violencia misógina, razón por la que alegaron los feminicidios, una forma extrema de violencia contra las mujeres, el asesinato de niñas y mujeres por el solo hecho de serlo —en una sociedad que las subordina— por una mezcla de factores que incluyen los culturales, económicos y los políticos, para determinar si un homicidio de mujer es un feminicidio, por lo que se requiere saber quién lo comete, como lo hace y en qué contexto. El estado en la audiencia pública utilizó el término feminicidio, como un tipo penal, cuando éste no existe ni en la legislación nacional, ni en los sistemas vinculantes del sistema interamericano de derechos humanos.²⁵

En México, la Ley General de Acceso a las Mujeres a una vida libre de Violencia, vigente desde el 2007, en su artículo 21 expresa:

...la violencia feminicida: es la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, produce la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos públicos y privados, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres. En los casos de feminicidios, se aplicaran las sanciones previstas en el artículo 325 del Código Penal Federal.²⁶

Recomendaciones

Los representantes, solicitaron al Tribunal la creación de una ley que regule objetivamente los apoyos específicos para las víctimas del feminicidio, así, los estándares mínimos para el seguimiento y evaluación de ellos, argumentando en ella que, en virtud de que los apoyos de carácter social o de compensación general implementados por el Estado a la fecha, no pueden estar al arbitrio de los funcionarios en turno, y porque éstos no se fijaron con criterios internacionales de reparación del daño sino bajo criterios políticos y de gobierno.²⁷

La comisión requiere al estado para que realice programas de capacitación para funcionarios públicos de todas las ramas de la administración de la justicia

²⁵ *Idem*, p. 41.

²⁶ Ley General de acceso a las Mujeres A una Vida libre de Violencia, publicada en el Diario Oficial de la Federación, primero de febrero de 2007, p. 6. Consulta: 30-IV- 2014.

²⁷ *Idem*, p. 132.

y la policía, y políticas integrales de prevención. Así mismo, solicitó se ordene la implementación de políticas públicas y programas institucionales destinados a superar los estereotipos sobre el rol de las mujeres en la sociedad de Ciudad Juárez y promover la erradicación de patrones socioculturales discriminatorios que impiden el acceso.

Los representantes reconocieron que si bien el estado ha hecho esfuerzos importantes en materia de capacitación a funcionarios públicos, sobre todo aquellos en cuya labor impacta directamente en los casos de desaparición y homicidios de mujeres, dichos esfuerzos no han sido del todo satisfactorios, al no haberse desarrollado una perspectiva de transversalidad de género y no incorporar la perspectiva de género en toda la actividad desarrollada por el Estado, agregaron que los funcionarios que comparecieron a la audiencia no entienden el contenido de la Convención.²⁸

La corte elabora positivamente todas las capacitaciones con perspectiva de género que el estado ha realizado a funcionarios públicos a partir del año 2004, así como el estimado de cuantificar los recursos destinados para dicha finalidad. Sin embargo, la capacitación, como sistema de formación continua, se debe extender durante un lapso importante para cumplir sus objetivos.

Además la Corte señala que una capacitación con perspectiva de género, implica, no sólo un aprendizaje de las normas, sino el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana. En particular, las capacitaciones deben generar que todos los funcionarios reconozcan las afecciones que generan en las mujeres las ideas y valoraciones estereotipadas, en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos, el estado, tiene la obligación que realice un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua, con el fin de superar dicha discusión. A tal efecto el estado deberá presentar un informe anual por tres años, en el que indique las acciones que se han realizado en tal fin.²⁹

La Comisión manifiesta que México, debe adoptar medidas de rehabilitación para los familiares de las víctimas, los cuales deben los aspectos psicológicos y médicos. Los representantes, solicitan que el estado brinde la asistencia en estos dos rubros desde dos instituciones de carácter federal para asegurar un servicio de calidad o que garantice la remuneración de los especialistas que atiendan a los familiares hasta que se concluya con los tratamientos, lo anterior debido a que las violaciones a los

²⁸ *Idem*, p. 133.

²⁹ *Idem*, p. 136.

derechos humanos cometidos en contra de las tres víctimas, han tenido repercusiones de fuerte impacto en sus madres y demás familiares por el sufrimiento causado.³⁰

Indemnizaciones

El estado reconoció que como resultado del reconocimiento de violaciones parciales al derecho de la integridad psíquica y moral de los familiares, ha otorgado a través de sus autoridades locales y federales una serie de apoyos para reparar dichas violaciones.

Los representantes señalaron que el único apoyo extraordinario entregado a los familiares de las víctimas, es el Denominado Fondo de Auxilio Económico a Familiares de las Víctimas de Homicidios de Mujeres, creado en el 2005, creado *ex profeso* para indemnizar a las familias víctimas del feminicidio y que dichas cantidades son las que reconocen las víctimas como indemnización o pago extraordinario por concepto de reparación de daño material sin que hayan estado de acuerdo en los requisitos, procedimientos y condiciones para su entrega, pues se les pidió antes de la entrega, que aceptaran los restos de sus hijas y que desistieran de buscar confrontar con genética, que demostrara claramente su correspondencia final. Los representantes reconocieron la entrega por parte del estado, de los siguientes recursos provenientes del Fondo de Auxilio Económico a Familiares de las Víctimas de Homicidios de Mujeres a las siguientes personas.

<i>Familiar</i>	<i>Monto (pesos)</i>
Esmeralda Herrera Monreal	
• Irma Monreal Jaime	136,656.00
• Benigno Herrera Monreal	34,164.00
• Adrián Herrera Monreal	34,164.00
• Juan Antonio Herrera Monreal	34,164.00
• Cecilia Herrera Monreal	34,164.00
Claudia Ivette González	
• Irma Josefina González Rodríguez	273,312.00
Laura Berenice Ramos Monárrez	
• Benita Monárrez Salgado	136,656.00
• Daniel Ramos Canales	136,656.00

³⁰ *Idem*, pp. 136 y 137.

Los representantes también indicaron que de forma general, los apoyos otorgados por el estado incluyen apoyos en especie y apoyos de carácter social que han sido otorgados a petición expresa de los familiares de las víctimas.³¹ En consecuencia, el estado deberá entregar las siguientes cantidades:

<i>Víctimas</i>	<i>Parentesco</i>	<i>Monto (dólares)</i>
Esmeralda Herrera Monreal		40,000.00
• Irma Monreal Jaime	Madre	15,000.00
• Benigno Herrera Monreal	Hermano	11,000.00
• Adrián Herrera Monreal	Hermano	12,000.00
• Juan Antonio Herrera Monreal	Hermano	11,000.00
• Zulema Montijo Monreal	Hermana	11,000.00
• Erick Montijo Monreal	Hermano	11,000.00
• Juana Ballín Castro	Cuñada	11,000.00
Claudia Ivette González		38,000.00
• Irma Josefina González Rodríguez	Madre	15,000.00
• Máyela Banda González	Hermana	11,000.00
• Gema Iris González	Hermana	11,000.00
• Karla Arizbeth Hernández Banda	Sobrina	11,000.00
• Jacqueline Hernández	Sobrina	11,000.00
• Carlos Hernández Llamas	Cuñado	11,000.00
Laura Berenice Ramos Monárrez		40,000.00
• Benita Monárrez Salgado	Madre	18,000.00
• Claudia Ivonne Ramos Monárrez	Hermana	12,000.00
• Daniel Ramos Monárrez	Hermano	12,000.00
• Ramón Antonio Aragón Monárrez	Hermano	12,000.00
• Claudia Dayana Bermúdez Ramos	Sobrina	12,000.00
• Itzel Arely Bermúdez Ramos	Sobrina	12,000.00
• Paola Alexandra Bermúdez Ramos	Sobrina	12,000.00
• Atziri Geraldine Bermúdez Ramos	Sobrina	15,000.00 ³²

³¹ *Idem.* pp. 138 y 139.

³² *Idem.* pp. 147 y 178.

Los objetivos de esta investigación

Primero es que el estado mexicano, tiene que asumir las políticas en materia de derechos humanos para no violentar el derecho de las mujeres. Segundo capacitar a todos los funcionarios públicos de todos los niveles (Federal, Estatal. Municipal), a efecto de garantizar la equidad de género. Tercero implementar programas de educación para toda la sociedad, (incluyendo los grupos de culturas indígenas con sus usos y costumbres)

Conclusiones

Esta sentencia fue pronunciada antes de las reformas al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se anuncia en primer lugar el respeto a los Derechos Humanos y los Tratados Internacionales en los que nuestro estado sea parte, es de suma relevancia conocer que nuestro estado incurrió en múltiples violaciones a los derechos humanos, como son:

- I. Derecho a la vida,
- II. Integridad personal y
- III. Libertad personal.
- IV. El derecho al acceso a la justicia y protección judicial,
- V. El pago de indemnización por daño material e inmaterial y el riesgo de costas,
- VI. El derecho de no discriminación.
- VII. El derecho a la protección de la honra y de la dignidad.
- VIII. Los derechos del niño.

Establecidos en la Convención Americana, en perjuicio de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez y sus familiares, esto demuestra que en Ciudad Juárez, Chihuahua la violencia contra la mujer es un drama con varias dimensiones y expresiones, sin duda, una de las manifestaciones persistentes de discriminación más extendidas en el mundo, la cultura ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, según estándares internacionales hacen referencia a las desigualdades sociales y la proximidad de la frontera internacional, que han contribuido en diversas formas de delincuencia organizada, narcotráfico, trata de personas, tráfico de armas, y el lavado de dinero, incrementando así los niveles de inseguridad y violencia contra las mujeres.

La Corte estableció que carecía de elementos para concluir que los perpetradores hubiesen sido agentes estatales y concentró su razonamiento en la eventual responsabilidad del estado en omisión por cumplimiento de su deber de garantía, la violencia basada en género, es el común denominador de la violencia en Ciudad Juárez, violándose los derechos de las niñas Laura Berenice Ramos Monárrez quien tenía 17 años de edad y Esmeralda Herrera Monreal quien tenía 15 años, el día de su desaparición o de su muerte, desconociendo si ha cumplido el Estado en su totalidad con dicha sentencia. Acertadamente lo manifiesta la Convención Belén do Pará, que la violencia contra la mujer es una manifestación de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda discriminación, no nada más en ciudad Juárez sino en todo el mundo, y que no se viole ningún derecho humano por el solo hecho de ser mujer (niña), como los que se violaron en esta sentencia.

Impacto en el cambio de paradigma jurídico en México

Ensayos conjuntos de directores y alumnos.

Primera Generación del Doctorado en Derecho

se terminó de imprimir en noviembre de 2014

en Pandora Impresores S. A. de C. V.,

Caña 3657, La Nogalera,

Guadalajara, Jalisco, México.

La edición consta de 500 ejemplares.

Diseño:

Verónica Segovia González

Corrección de textos:

María Luisa Chumacero Alarcón

Traductor:

Javier Alexandro González Rodríguez