

# **Letras Jurídicas**



**Letras Jurídicas**  
**Revista Multidisciplinar del CEDEGS**

Año 14 N° 28  
JULIO-DICIEMBRE 2013  
XALAPA, VERACRUZ, MÉXICO

CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO,  
GLOBALIZACIÓN Y SEGURIDAD

## CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO, GLOBALIZACIÓN Y SEGURIDAD DE LA UNIVERSIDAD VERACRUZANA

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

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

Responsable de edición: Rebeca Elizabeth Contreras López

Co-responsable de edición: Martha Cristina Daniels Rodríguez

Notas Relevantes: Manuel Cruz Florencia

Letras Jurídicas. Revista Multidisciplinar del CEDEGS Año 14, Núm. 28, julio-diciembre 2013 es una publicación semestral del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana. Editor responsable: Universidad Veracruzana. Número de Certificado de Reserva otorgado por el Instituto Nacional de Derecho de Autor: 04 2013 051311263300-102. Número de Certificado de Licitud de Título: 11726. Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8287. ISSN 1665 1529. Domicilio de la publicación: Galeana y 7 de noviembre. C. P. 91000 Xalapa, Veracruz. Distribuidor: Centro de Estudios sobre Derecho Globalización y Seguridad, Galeana y 7 de noviembre, Xalapa, Veracruz. Impresa por "Códice", Domicilio de la imprenta: Violeta No. 7 Colonia Salud, C.P. 91070, Xalapa, Veracruz. Este número se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2013 con un tiraje de 300 ejemplares.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Instituto Nacional del Derecho de Autor.

<http://www.letrasjuridicas.com>

**UNIVERSIDAD VERACRUZANA**

Dra. Sara Ladrón de Guevara  
*Rectora*

Mtra. Leticia Rodríguez Audirac  
*Secretaria Académica*

M.A. Clementina Guerrero García  
*Secretaria de Administración y Finanzas*

Dra. Carmen G. Blázquez Domínguez  
*Directora General de Investigaciones*

Mtro. José Luis Martínez Suárez  
*Director General del Área Académica de Humanidades*

Dra. Socorro Moncayo Rodríguez  
*Coordinadora del Centro de Estudios sobre  
Derecho, Globalización y Seguridad*

# LETRAS JURÍDICAS

## REVISTA MULTIDISCIPLINAR DEL CEDEGS

REBECA ELIZABETH CONTRERAS LÓPEZ  
DIRECTORA

Luz Del Carmen Martí capitanachi  
Directora Fundadora

### CONSEJO EDITORIAL

Ana Gamboa de Trejo (México)  
Jaqueline Jongitud Zamora (México)  
Jorge Witker Velázquez (México)  
Sergio García Ramírez (México)  
Marta S. Moreno Luce (México)  
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)  
José Luis Cascajo Castro (España)  
Rafael Bustos Gisbert (España)  
Regina María Pérez Marcos (España)

### COMITÉ EDITORIAL

Josefa Montalvo Romero (México)  
Socorro Moncayo Rodríguez (México)  
José Antonio Márquez González (México)  
Ángela Figueruelo Burrienza (España)  
Julia Roperó Carrasco (España)  
Rossana Panne (Italia)

## CONTENIDO

PRESENTACIÓN .....	11
--------------------	----

## ARTÍCULOS

Modelo CIT (Crítico, integral y tridimensional) para la formación del licenciado en Derecho José Francisco Báez Corona .....	15
La construcción del Derecho del Consumo. De la nostalgia al consumo responsable en el Siglo XXI Cristina Cázares Sánchez .....	27
El Derecho Penal Económico y la tutela de bienes colectivos Rebeca Elizabeth Contreras López .....	53
Diseño de un Código Procesal Penal Único. Trabajos legislativos para la consolidación de un nuevo sistema de justicia Ivonne Nohemi Díaz Madrigal .....	69
Las Declaraciones de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana de 1791 y de Independencia de Haití de 1804 en el proceso de positivización de los derechos fundamentales. Aportes desde el constitucionalismo feminista Nilda Garay Montañez .....	87
Carencia de un Marco Legal Regulatorio del Teletrabajo en México Jacinto García Flores José Arturo Fuentes Rojas Ana Lilia Silva Ambríz .....	109
El Reglamento de Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del municipio de Teocelo, Veracruz de Ignacio de la Llave. Algunas reflexiones Tania García López Marisol Luna Leal .....	121

Convencionalidad de la fracción tercera del artículo 61 de la Ley de Amparo José Alfredo Gómez Reyes.....	141
El sistema electoral español y la reforma política improbable Gustavo Adolfo Jiménez Rodríguez.....	155
La prescripción. Efectos y fundamentos doctrinales en el Derecho Idarmis Knight Soto.....	171
Las ventajas de una nueva Constitución Jacinto Héctor Pino Muñoz.....	187

## RESEÑAS

Opciones para la reivindicación de la familia Sara Luz C. Quiroz Ruiz.....	203
---	-----

## COMENTARIOS RELEVANTES

Resumen legislativo de la reforma educativa en México Jaqueline Jongitud Zamora.....	209
<i>Cautelae Tabellionis</i> José Antonio Márquez González.....	217
La doble faz de la Constitución Arnaldo Platas Martínez.....	223
Cuando la demografía es dinero: comentarios a la Controversia Constitucional 41/2011 Mauro Arturo Rivera León.....	227

## NOTICIAS RELEVANTES

2º Coloquio Internacional Estudios Institucionales “Los DESC en el Estado Constitucional. Políticas públicas, exigibilidad, justiciabilidad” ...	239
UV rinde homenaje al Doctor Jorge Witker Velásquez.....	241

Otorgan “Premio al Decano” a la Dra. Socorro Moncayo Rodríguez . . . . .	243
Entrevista Manlio Fabio Casarín León, Director Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana Manuel Francisco Cruz Florencia . . . . .	245
Entrevista a José Luis Martínez Suárez, Director General del Área Académica de Humanidades de la Universidad Veracruzana Manuel Francisco Cruz Florencia . . . . .	249
Lineamientos para los autores . . . . .	253



## PRESENTACIÓN

Este número de la Revista Letras Jurídicas, se constituye como espacio para la difusión de investigaciones multidisciplinarias que incluyan al Derecho como eje para la discusión de temas relevantes y de actualidad. El Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad (CEDEGS) de la Universidad Veracruzana, del cual surge esta publicación, se interesa por dar a conocer investigaciones inéditas, así como por dar difusión a eventos, noticias y notas, tanto legislativas como de jurisprudencia, que contribuyan al enriquecimiento intelectual de los interesados en el área jurídica. Es importante señalar que las contribuciones de los autores que participan en la publicación, han sido sometidas a un proceso de doble arbitraje que permite presentar al lector, un producto de mejor calidad.

En las páginas siguientes, se podrán encontrar temas de una actualidad innegable, como la aportación de Cristina Cázares, relacionada con el Derecho del Consumo, así como el análisis de convencionalidad de un artículo de la Ley de Amparo, realizado por Alfredo Gómez. Igualmente, una discusión doctrinal de Idarmis Knight sobre la figura de la prescripción, así como la influencia del Derecho Penal Económico en la tutela de bienes jurídicos colectivos.

En temas legislativos, encontramos la propuesta y las acciones que se están llevando a cabo, a nivel federal, en México para la creación de un Código Procesal Penal Único, redactadas por Ivonne Díaz. Asimismo, Tania García y Marisol Luna nos enteran de un esfuerzo legislativo municipal para la protección ambiental y el desarrollo sostenible; mientras que Jacinto García, Arturo Fuentes y Ana Lilia Silva, abordan la necesidad de regular el teletrabajo en México.

El proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho es un área que nos interesa particularmente, por lo que, en este número se incluye una propuesta novedosa de Francisco Báez: el modelo CIT para la formación del Licenciado en Derecho. Nilda Garay colabora con su artículo “Las declaraciones de los derechos de la mujer y la ciudadana de 1791 y de independencia de Haití de 1804 en el proceso de positivización de los derechos fundamentales. Aportes desde el constitucionalismo feminista”.

Respecto de la política, el lector encontrará una crítica al sistema electoral español, así como la discusión de las ventajas de una nueva Constitución en México.

Este número contiene una interesante reseña sobre la institución de la familia. Igualmente, se pueden leer notas sobre “curarse en salud” en el otorgamiento de un contrato; un comentario jurisprudencial sobre los censos en México y otro sobre los Derechos Humanos y la interpretación de la Suprema Corte de Justicia, también en México. Dado que, la reforma educativa es un tópico de actualidad, en estas páginas se incluye un comentario legislativo al respecto.

Dentro de las noticias relevantes, el lector podrá encontrar información sobre un Coloquio relacionado con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Estado constitucional. Podrá leer la reseña del merecido homenaje que ofreció la Universidad Veracruzana al Dr. Jorge Witker, así como el premio al Decano otorgado por la misma institución a la Dra. Socorro Moncayo.

Finalmente, se incluye un resumen de entrevistas realizadas al actual Director del Área de Humanidades de la Universidad Veracruzana, así como al Director de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Ambos abordan temas de importancia para el presente y futuro de la Universidad.

Invierno 2013

*Rebeca E. Contreras López*  
*Directora*

## ARTÍCULOS



# Modelo CIT (Crítico, integral y tridimensional) para la formación del licenciado en Derecho \*

José Francisco Báez Corona \*\*

**RESUMEN:** El modelo CIT (crítico, integral y tridimensional) para la formación del licenciado en Derecho, busca enriquecer las propuestas internacionales sobre formación basada en competencias para la educación universitaria y adaptarlas particularmente al contexto y las exigencias sociales para la Licenciatura en Derecho.

La propuesta se articula con base en tres ejes: enfoque crítico de la educación, formación integral y tridimensionalidad del derecho. En el presente documento, se parte del análisis teórico-filosófico de los ejes mencionados, para posteriormente, con base en ellos, aterrizar algunos aspectos metodológicos de aplicación.

**Palabras Clave:** Formación jurídica, educación integral, modelo de competencias, didáctica crítica, teoría tridimensional del derecho.

**ABSTRACT:** The CIT model (critical, integral -KSA Training-, and three-dimensional) for the training of law degree proposals, seeks to enrich the international proposals of formation of ability-based for university education and particularly adapted to the context and social requirements for the Bachelor of Laws.

The proposal is structured along three axes: critical approach to education, formation of ability-KSA Training- and three-dimensionality of law. This document is part of the theoretical and philosophical analysis derived from the axes mentioned and based on them land the methodological aspects of implementation.

**Keywords:** Legal training, integral -KSA Training-, formation of ability, critical approach to education, three-dimensional theory of law.

**SUMARIO:** 1. Breve bosquejo de las demandas sociales, 2. Reunión de dos teorías: educación integral y tridimensionalidad del derecho, 3. La necesidad del enfoque crítico para la integración del modelo CIT, 4. Algunas pautas para la implementación del modelo CIT, 5. Comentario final. Bibliografía.

---

\* Artículo recibido el 6 de septiembre de 2013 y aceptado para su publicación el 14 de noviembre de 2013.

\*\* Licenciado en Derecho y en Pedagogía, Especialista y Maestro en Docencia Universitaria, Doctor en Derecho Público graduado con honores, actualmente es investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana y miembro del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT. Es autor y coordinador de diversas publicaciones periódicas y bibliográficas de circulación nacional e internacional editadas por la Universidad Veracruzana, la Universidad de Xalapa y la Editorial Académica Española, ha participado en diversos foros nacionales e internacionales, así como en comisiones expertas de evaluación, se especializa en temas de didáctica jurídica, derechos humanos y el estudio de la ciencia jurídica con un enfoque transdisciplinar.

## 1. Breve bosquejo de las demandas sociales

En el contexto actual de México, a nivel local y nacional es destacada la subsistencia un objetivo para la educación: “la calidad”, lo cual implica en términos del Plan Nacional de Desarrollo: “Robustecer el capital humano y formar mujeres y hombres comprometidos con una sociedad más justa y más próspera. El Sistema Educativo Mexicano debe fortalecerse para estar a la altura de las necesidades que un mundo globalizado demanda”<sup>1</sup>.

Al respecto, el componente más importante de la calidad en la formación educativa, consiste en cumplir la tarea de desarrollar al ser humano integralmente, lo cual le permite tener las competencias para incorporarse exitosamente en el mundo laboral, pero también en la vida social e incluso incidir en ella impulsando una transformación positiva, en este sentido, desde hace algunos años ha repercutido ampliamente en el diseño de estrategias educativas la teoría de los cuatro pilares de la educación que propuso Delors a través de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); Estos son: aprender a aprender, aprender a hacer, aprender a convivir y aprender a ser; por lo tanto, se espera que los recursos humanos emanados de las Universidades sean competentes, para seguirse desarrollando además de integrales en la generación y emisión de actitudes, conocimientos y habilidades<sup>2</sup>.

En concordancia con ello, la declaración mundial sobre la educación superior en el siglo XXI, indica que en los albores del nuevo siglo, se observa una mayor toma de conciencia de la importancia fundamental que la educación superior reviste para el desarrollo sociocultural y económico y para la construcción del futuro, de cara al cual las nuevas generaciones deberán estar preparadas con nuevas competencias y nuevos conocimientos e ideales<sup>3</sup>.

Por ende, dentro del contexto global, se pretende que los modelos educativos de educación superior formen a los profesionistas competentes que la sociedad necesita, ofreciendo una educación integral de calidad acorde con los cambios políticos y la reforma universitaria.

---

1 PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Plan nacional de desarrollo 2013-2018, Autor, México, 2013, p. 16.

2 DELORS, Jaques; La educación encierra un tesoro, Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XXI, Santillana, España, 1996, Passim.

3 UNESCO; declaración mundial sobre la educación superior en el siglo XXI, consultada en: [http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration\\_spa.htm](http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration_spa.htm), Fecha: 05 de Septiembre de 2013.

En lo particular, de la Licenciatura en Derecho, se puede afirmar que los abogados son los principales encargados de defender ante el Estado y ante los hombres aquellos valores que la sociedad ha consagrado en forma de leyes y que les permiten convivir pacíficamente.

En contraste con lo anterior, la imagen ante la sociedad de éstos profesionistas no es la de los caballeros de la justicia, en términos generales, las personas desconfían de los abogados, al igual que de las instituciones y organismos del estado encargados de impartir justicia, "Las profesiones tienen imágenes y hacen parte de las representaciones sociales, en el caso de los abogados existe una desvalorización social de temas cruciales en el ejercicio de la profesión: ética, solidaridad, honestidad y humildad. En tanto que sólo se les reconoce por aspectos superficiales como el ropaje o la apariencia pulcra"<sup>4</sup>.

En la Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas, solamente el 10.18% de los encuestados dijo tener "mucho confianza" en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo cual ubica al máximo tribunal del país por debajo de los niveles de confianza que la gente deposita en las autoridades locales o municipales, en los medios de comunicación, en las grandes empresas o en las agrupaciones de ciudadanos. En otra encuesta, en la que se entrevistaron a 60 mil ciudadanos en todo el país, el 67% de los encuestados dijo tener "algo" o "nada" de confianza en la Suprema Corte, contra el 6% que dijo tenerle "mucho confianza"<sup>5</sup>.

México ocupa uno de los primeros lugares en corrupción dentro del sistema judicial, lo cual revela que las instituciones jurídicas se encuentran desgastadas, el ejercicio del Derecho desde los campos de litigio, legislación, impartición de justicia, administración pública e incluso investigación, requieren de una crítica profunda y principalmente una transformación renovadora. "Tiene razón Héctor Fix-Fierro cuando afirma que, 'la imagen de la justicia en la prensa, la opinión pública o incluso en el medio de la profesión jurídica, es y ha sido en general, desfavorable, y pareciera reflejar una crisis persistente y difundida'"<sup>6</sup>.

De cara a esta franca discrepancia entre lo que socialmente se espera de los abogados y lo que se piensa o se obtiene de ellos, se requiere un modelo educativo que permita el desarrollo de profesionistas con una formación íntegra e integral, con una perspectiva fundamentalmente transformadora.

---

4 ROJAS, Mauricio, "No el abogado, "mejor el doctor". La imagen social del profesional en Derecho", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2009, 11, (2), pp. 281-298.

5 Cit. CARBONELL, Miguel; La corrupción judicial e impunidad: El caso de México. En: Ricardo Méndez-Silva, *Lo que todos sabemos sobre la corrupción y algo más*. IJ UNAM. México. 2010. p. 4.

6 Cit. *Ibidem*.

## 2. Reunión de dos teorías: educación integral y tridimensionalidad del derecho

Gran cantidad de los modelos educativos imperantes hoy en día, se encuadran dentro de la teoría de la educación integral, basados en el triángulo de competencias y los cuatro pilares de la educación propuestos por la UNESCO<sup>7</sup>, un ejemplo de cómo la educación integral es concebida en la educación superior, se resume en la figura 1<sup>8</sup>.

Figura 1: Esquema de la educación integral

Los tres ejes de contenidos curriculares: teórico, heurístico y axiológico, dan lugar al desarrollo de tres competencias: conocimientos, habilidades y actitudes, a la vez que se relacionan con tres de los cuatro pilares de la educación: aprender a conocer, aprender a hacer y aprender a vivir juntos, de este modo la educación integral significa el desarrollo armónico de esas tres esferas lo que constituye el pilar integrador: aprender a ser.

Lo anterior, en forma sintética, implica que respecto de cualquier contenido educativo, para que exista una verdadera formación en competencias y no simplemente información sobre el mismo, se debe partir de conocerlo teóricamente, actuar sobre él teniendo la habilidad de aplicar los conocimientos teóricos y además poseer un conjunto de valores que permitan que cada forma de actuar facilite la convivencia de todos en la sociedad.

---

7 Cfr. DELORS, Jaques; Op cit.

8 Universidad Veracruzana. El MEIF. México: Inédita.

Por otro lado, tratando de vincular esta teoría de la educación integral con la teoría jurídica, en el estudio del derecho, las explicaciones doctrinarias a lo largo de la historia se han dividido en tres vertientes dominantes: *positivismo, iusnaturalismo y realismo sociológico*; para los positivistas, lo importante en el estudio del derecho es la norma, todo aquello que esté oficialmente reconocido por el estado como derecho y se encuentre consagrado en algún documento jurídico; en contraparte, los iusnaturalistas, consideran que el verdadero derecho es aquél intrínsecamente válido, un conjunto de principios y valores que se derivan de la naturaleza humana y que se deben respetar en todas las sociedades sin importar lo que establezca el derecho del estado<sup>9</sup>.

Radicalizando las posturas para más clara comprensión, puede afirmarse que el positivista va a estudiar la forma (cómo surge la norma) para determinar si se trata de derecho, el iusnaturalista va a estudiar el contenido (qué dice la norma) para resolver el mismo problema, mientras para los primeros todo aquello establecido conforme al proceso legislativo es derecho y debe obedecerse sin más, para los segundos sólo el derecho justo debiera tener el carácter obligatorio.

Dentro de ésta contienda se agrega durante el siglo XX, el *realismo sociológico* conforme al cual, la atención debe centrarse en el derecho que se aplica, no el justo, ni el oficial, sino el que realmente se aplica y está vivo en la sociedad es el verdadero derecho, lo socialmente válido<sup>10</sup>.

Posteriormente, en el avance teórico, se integran estas tres corrientes, los estudiosos del derecho se dan cuenta que el verdadero derecho debe contar con las tres cualidades, ser formalmente válido (como mandan los positivistas), tener validez intrínseca (conforme los iusnaturalistas) y además aplicarse en la sociedad, ser socialmente válido (de acuerdo al modo de ver de los realistas), lo cual da lugar a lo que Miguel Reale denominó: tridimensionalismo jurídico<sup>11</sup>.

Diversos autores, tanto los considerados ya clásicos como contemporáneos se continúan sumando a esta postura, ya que se concibe al Derecho de una manera integral como un fenómeno que abarca a la vez y en forma dinámica: hechos, valores y normas, entre ellos se puede citar a Radbruch en Alemania<sup>12</sup>,

---

9 Cfr. BÁEZ, GARCÍA Y VÁZQUEZ; Introducción a la Ciencia Jurídica I, Universidad de Xalapa, México, 2013.

10 Cfr. KAUFMANN, Arthur; Filosofía del Derecho, Universidad Externado, Colombia, 2002.

11 Cfr. REALE, Miguel; Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho, Tecnos, Madrid, passim.

12 Cfr. RADBRUCH, Gustav; Introducción a la filosofía del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, passim.

Norberto Bobbio en Italia<sup>13</sup>, Marta Pisi en Argentina<sup>14</sup>, autores mexicanos actuales como Arriola Cantero<sup>15</sup> o Jorge Fernández Ruiz<sup>16</sup>.

No obstante, una de las teorías más didácticas para explicar la integración de las tres dimensiones del derecho es la de García Máynez quien ilustra esta unificación con tres círculos enlazados, cada círculo representa una dimensión del derecho y las combinaciones entre ellos dan lugar a formas jurídicas que tienen más de una de las cualidades mencionadas, siendo el centro el derecho integral o perfecto porque integra armónicamente las 3 dimensiones, como se aprecia en la figura 2.

**Figura 2: Esquema de la teoría de los 3 círculos<sup>17</sup>**

De lo anterior se reflexiona que así como la teoría jurídica explica el derecho con base en la integración de tres dimensiones, la enseñanza del derecho en el modelo CIT es tridimensional, todo acto jurídico-educativo efectuado debe estar integrado por el conocimiento de la norma oficial (dimensión formal), los valores implícitos que encierra (dimensión iusnaturalista y de validez intrínseca) y la manera en que se aplica en la sociedad (dimensión realista).

---

13 Cfr. BOBBIO, Norberto; El problema del positivismo jurídico, Fontamara, México, 2012, passim.

14 Cfr. PISI DE CATALINI, Marta "La teoría ecológica de Carlos Cossio y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale" *La Cuyo*. Vol. 8-9, 1991-1992, pp. 49-90.

15 Cfr. ARRIOLA CANTERO, Juan Federico; La filosofía del derecho hoy, Porrúa, México, 2010, passim.

16 Cfr. FERNANDEZ RUIZ, Jorge; Estudios de Filosofía del Derecho, Liber iuris novum, 2012, passim.

17 GARCÍA MAYNEZ, Eduardo; Introducción al Estudio del Derecho, 63a Edición, México, Porrúa. 2011. p. 44.

Es importante destacar la similitud que existe entre la teoría tridimensional del derecho y la teoría de la educación integral, lo cual permite conjuntarlas perfectamente, como se observa en la figura 3.

Como se puede apreciar, existe un empalme perfecto entre todas las teorías, puesto que la dimensión del derecho formalmente válido se desarrolla principalmente dentro del eje teórico, lo que significa aprender a conocer las normas. El eje axiológico ayuda a entender el derecho justo, intrínsecamente válido, lo que conlleva aprender a convivir. Conseguir que el derecho sea socialmente válido significa aplicarlo, esto se relaciona con el eje heurístico que implica aprender a hacer, todo lo anterior en su conjunto arroja una formación integral y tridimensional, un aprender a ser jurista.

**Figura 3: Empalme de la educación integral por competencias y la teoría tridimensional del derecho (elaboración propia)**

### **3. La necesidad del enfoque crítico para la integración del modelo CIT**

Retomando los aspectos abordados en el rubro de demandas sociales, será posible apreciar como con lo explicado hasta el momento, el enfoque integral y tridimensional del modelo CIT se encuentra enfocado a responder a la necesidad de formar profesionistas competentes para la sociedad en el contexto global. No obstante, estas estrategias no satisfacen necesariamente la exigencia de transformar la realidad de las instituciones jurídicas en el país, las cuales actualmente enfrentan serios problemas de desconfianza, corrupción y deficiencia.

Por lo anterior, la estrategia que redondea el modelo CIT como un diseño acorde: el enfoque crítico a la educación. La escuela crítica surge en la segunda mitad del siglo XX, propone la reflexión colectiva (maestros y alumnos) sobre problemas comunes. El aprendizaje parte de la reflexión y el análisis de la problemática social y sus relaciones dialécticas estableciendo la acción como un aspecto importante del proceso. La enseñanza implica un proceso de concientización, el conocimiento parte de la problematización de la realidad para una transformación social<sup>18</sup>.

Este enfoque postula una educación enfocada a la transformación de la sociedad, se concibe a la escuela como un agente de crítica y renovación, las acciones concretas son el objetivo final, que permite llegar al cambio, por lo cual esta propuesta contrasta y renueva el enfoque educativo de la formación jurídica, donde la educación en las aulas muchas veces se encuentra desvinculada de la realidad.

Dentro del enfoque crítico Paulo Freire<sup>19</sup> propone una metodología sustentada en tres etapas:

1. Conocer la realidad concreta.
2. Reflexionar y criticar la situación concreta.
3. Intervenir en el contexto social para transformarlo.

Primero se debe conocer el contexto en que se vive para luego poder cuestionarlo y descubrir que críticas pueden hacerse de él con base en ideales, entonces se está en condiciones de regresar a él para transformarlo.

Estas tres etapas metodológicas de la escuela crítica, resultan coherentes con las teorías de educación integral y estudio tridimensionalidad del derecho que sustentan el modelo CIT, ya que conocer el contexto es analizarlo teóricamente, para criticarlo es necesario basarse en criterios axiológicos o ideales que no concuerdan con la realidad y el llegar a la transformación de la realidad implica un hacer, un ejercicio de habilidades. Como se ilustra en la figura 4.

A partir de aquí es posible comprender el objetivo general del modelo CIT que consiste en la formación tridimensional de un jurista capaz de los conocimientos, habilidades y actitudes necesarias para el ejercicio del derecho en aras de la transformación crítica de la sociedad desde los campos del litigio, legislación, impartición de justicia, administración pública e investigación.

---

18 SÁNCHEZ, Joselías. Publicaciones y ayudas didácticas para profesores. en: *web para profesionales de la comunicación iberoamericanos*, 2000, 17 (2). P. <http://www.saladeprensa.org/art112.htm>. Fecha: 05 de septiembre de 2013.

19 FREIRE, Paulo; *La pedagogía del oprimido*. Siglo XXI, México, 2005. Passim.

**Figura 4. Integración teórico filosófica del Modelo CIT (Enfoque crítico, Educación integral por competencias y formación jurídica tridimensional).**

#### **4. Algunas pautas para la implementación del modelo CIT**

A partir del objetivo general del modelo CIT se desglosan las líneas de formación y acción, posteriormente las experiencias educativas y las estrategias metodológicas, generales.

##### **Objetivo general**

Formar tridimensionalmente un jurista capaz de los conocimientos, habilidades y actitudes necesarias para el ejercicio del Derecho en aras de la transformación crítica de la sociedad desde los campos del litigio, legislación, impartición de justicia, administración pública e investigación.

##### **Líneas de formación y acción**

- Formación para el litigio.
- Técnica legislativa.
- Impartición de justicia.
- Administración pública.
- Investigación jurídica.

Para cada línea se debe diseñar acorde con el modelo CIT un objetivo general que incluya los aspectos de formación integral, tridimensional y crítica.

### **Objetivos de las experiencias educativas**

Al reunirse las academias que realizan la planeación semestral para cada experiencia educativa, se deberán redactar los objetivos de la misma incluyendo los siguientes aspectos:

**Desarrollo tridimensional:** Deberán señalarse los conocimientos de derecho formalmente válido (normas), aspecto de derecho natural o intrínsecamente válido (valores jurídicos) y derecho socialmente válido (aspectos de aplicación de las normas) que se desarrollarán en la experiencia educativa, buscando que exista un equilibrio entre ellos.

**Desarrollo integral:** Implica señalar los conocimientos, actitudes y habilidades (ejes teórico, axiológico y heurístico) que buscará específicamente desarrollar la experiencia educativa y su aportación para la formación general.

**Desarrollo crítico:** Es el objetivo que deberá incluir el aspecto de crítica y transformación que se buscará fomentar en la materia, los objetivos en este rubro tendrán un grado de complejidad y compromiso que irá incrementando conforme avance el plan académico de acuerdo los siguientes puntos:

### **Principios docentes**

La enseñanza aprendizaje deberá caracterizarse por la implementación de actividades que encuadren dentro de los siguientes principios, entendidos conforme un modelo de competencias docentes<sup>20</sup>

- Enseñanza estratégica e interactiva.
- Aprendizaje activo y por descubrimiento.
- Basamento en problemas reales.
- Cooperación grupal.
- Evaluación formativa.

## **5. Comentario final**

La formación jurídica hoy en día debe responder a retos éticos y sociales que requieren transformar la enseñanza del derecho migrando del modelo que tradicionalmente se ha utilizado con un enfoque memorístico y pasivo hacia los

<sup>20</sup> ZABALZA, Miguel Ángel; Competencias docentes del profesorado universitario, Narcea, México, 2010. *passim*

modelos pedagógicos imperantes en la actualidad basados en la formación integral por competencias, los cuales, proporcionan pautas adecuadas pero que necesariamente se deben aterrizar y empatar con los campos esenciales del derecho por lo que la formación de los abogados requiere de un modelo pedagógico-jurídico específicamente diseñado.

La propuesta del modelo CIT, presentada en este artículo plantea una vía totalmente viable al incorporar en forma congruente los modelos formativos de competencias con una concepción integral del derecho como norma, hecho social y valor agregando el enfoque crítico, el cual se considera imprescindible para la transformación de la realidad jurídica y social a partir de las mismas herramientas que el derecho provee.

## Bibliografía

- ARRIOLA CANTERO, Juan Federico; *La filosofía del derecho hoy*, Porrúa, México, 2010.
- BÁEZ, GARCÍA Y VÁZQUEZ; *Introducción a la Ciencia Jurídica I*, Universidad de Xalapa, México, 2013.
- BOBBIO, Norberto; *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2012.
- CARBONELL, Miguel; *La corrupción judicial e impunidad: El caso de México*. En: Ricardo Méndez-Silva, *Lo que todos sabemos sobre la corrupción y algo más*. IJ UNAM. México. 2010. p. 4.
- DELORS, Jaques; *La educación encierra un tesoro*, Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XXI, Santillana, España, 1996, Passim.
- FERNANDEZ RUIZ, Jorge; *Estudios de Filosofía del Derecho*, *Liber iuris novum*, 2012.
- FREIRE, Paulo; *La pedagogía del oprimido*. Siglo XXI, México, 2005.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo; *Introducción al Estudio del Derecho*, 63a Edición, México, Porrúa. 2011. p. 44.
- KAUFMANN, Arthur; *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado, Colombia, 2002.
- PISI DE CATALINI, Marta "La teoría ecológica de Carlos Cossio y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale" *La Cuyo*. Vol. 8-9, 1991-1992.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Plan nacional de desarrollo 2013-2018*, Autor, México, 2013.
- RADBRUCH, Gustav; *Introducción a la filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.
- REALE, Miguel; *Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho*, Tecnos, Madrid, passim.
- ROJAS, Mauricio, "No el abogado, "mejor el doctor". La imagen social del profesional en Derecho", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2009, 11, (2), pp. 281-298.
- SÁNCHEZ, Joselías. *Publicaciones y ayudas didácticas para profesores*. en: *web para profesionales de la comunicacion iberoamericanos*, 2000, 17 (2). P. <http://www.saladeprensa.org/art112.htm>. Fecha: 05 de septiembre de 2013.
- UNESCO; *declaración mundial sobre la educación superior en el siglo XXI*, consultada en: [http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration\\_spa.htm](http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration_spa.htm), Fecha: 05 de Septiembre de 2013.
- Universidad Veracruzana. *El MEIF*. México: Inédita.
- ZABALZA, Miguel Ángel; *Competencias docentes del profesorado universitario*, Narcea, México, 2010.

# La construcción del Derecho del Consumo. De la nostalgia al consumo responsable en el Siglo XXI \*

Cristina Cázares Sánchez \*\*

**RESUMEN:** La construcción del Derecho del Consumo Responsable responde a cambios sistémicos en el sistema complejo del consumo. Introduciendo un nuevo marco conceptual bajo un principio precautorio como factor de atribución de la imputación de la responsabilidad al acto del consumo. Surge una obligación o deber del consumidor y de la sociedad para limitar el consumo insostenible.

La teoría de sistemas y el principio de precaución son los elementos bajo los cuales se hace el presente análisis.

**Palabras Clave:** Consumo Responsable, Principio de precaución, Ética en el consumo, Sistemas complejos, Derecho del Consumo, Derecho del Consumidor.

**ABSTRACT:** Construction of Responsible Consumer Law responds to systemic changes in the complex system of consumption. Introducing a new conceptual framework under the precautionary principle as a factor of attribution and imputed liability to the act of consumption. Arises an obligation or duty of the consumer and society to limit unsustainable consumption.

Systems theory and the precautionary principle are the elements on which this analysis is done.

**Keywords:** Responsible Consumption, Precautionary principle, Consumption ethics, complex systems, Consumer Law.

**SUMARIO:** Introducción. 1. Conceptos sistémicos. 2. Las relaciones del sistema del consumo con el sistema jurídico. 3. Los derechos económicos y los derechos del consumidor. ¿La protección al consumidor en el sistema jurídico es alopoiética? 4. Consumo responsable. 5. Conclusiones. Bibliografía.

## Introducción

Comenzaré con una pregunta que surge como punto final de algunos estudiosos después de analizar el Consumo en la actualidad: ¿Reaparecerá el prosumi-

\* Artículo recibido el 26 de julio de 2013 y aceptado para su publicación el 5 de noviembre de 2013.

\*\* Doctora en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM. Profesor Titular por oposición de la materia de Derecho Económico en la Facultad de Derecho, UNAM. Profesor de la División a Distancia de la Facultad de Derecho, en la materia de Sociedades Mercantiles. Miembro Sistema Nacional de Investigadores. Nivel Candidato.

dor?<sup>1</sup> Es tan incierta la respuesta que me parece sería presuntuoso determinar un si o no, e incluso dar uno de ellos por definitivo. Probablemente sea el momento de responder con un quizás...

La reaparición del prosumidor — me refiero con este término al consumidor que ha identificado sus necesidades sin pretensiones de suntuosidad y que produce u obtiene sus propios satisfactores con medios acordes a un desarrollo sustentable, es decir con tendencia a conservar su riqueza o incrementarla, dejar recursos económicos para un futuro — es un bonito sueño implica retomar el camino de regreso a casa, a los tiempos de la producción de los propios satisfactores, a lo que desde ahora denominaré las condiciones iniciales del sistema de consumo, pero con la inclusión de los adelantos tecnológicos, entiéndase las aplicaciones informáticas y financieras.

El porqué esta especie de nostalgia se ha asomado como solución a la vertiginosa carrera del progreso, a la aparición de nuevos satisfactores cuyo consumo en lugar de aliviar la vida cotidiana parecen vislumbrar dificultades y engendrar angustia ante el reconocimiento de la escasez y la prioridad de satisfacer las necesidades a través del consumo o destrucción de esos satisfactores, es una paradoja evidente de la Modernidad y la Posmodernidad.

Es el fenómeno de la escasez, de la finitud del mundo del ser humano, que incluye su propio hábitat, de donde satisface sus necesidades, el origen de la paradoja moderna, consumir conservando, consumir sin destruir, consumir regulando la escasez.

La misma Economía se ha definido por los autores neoclásicos como Lionel Robbins en los siguientes términos: “La economía es la ciencia de la elección, la ciencia que estudia cómo los recursos son empleados por el hombre para satisfacer sus necesidades, puesto que viven en sociedad”<sup>2</sup>.

Queda entonces construir la forma de reducción de la complejidad y su adaptación a la escasez, que provoca más paradojas e incertidumbre sistémica. Si el sistema que promete el progreso bajo una racionalidad científica, objetiva, verdadera, de aplicación universal y cuyos parámetros coadyuvieron a la construcción del sistema de consumo de la sociedad moderna, permite la destrucción del consumo ¿cómo puede garantizar su reproducción o sustentabilidad?

---

1 Con esta interrogante Vega Mere, Yuri comienza el Capítulo V de su obra *Consumidor, Contrato y Sociedad Postindustrial*. Universidad de Lima, Perú, 1998.

2 Cfr Robbins Lionel, *Ensayo sobre la naturaleza y significación*, The London School of Economics, mayo 1935 disponible en <http://www.eumed.net/cursecon/textos/robbins/c3.htm>

Dividiré en dos partes mi escrito: en la primera, referiré los conceptos básicos que me permitirán introducir los conceptos de la Teoría de Sistemas; en la segunda parte, se interrelacionarán con el Derecho del Consumo.

## 1. Conceptos Sistémicos

La construcción de la realidad es una de las tareas funcionales del Derecho interrelacionando la causalidad de los fenómenos y la predictividad de los resultados, confirmando el principio de incertidumbre.<sup>3</sup>

Lo anterior implica que no podemos conocer todo con exactitud porque al intentar buscar medir algo, la otra parte será siempre incierta. Así un sistema se vuelve incierto e impredecible en un lado aunque el otro lado esté bajo control. Lo anterior trae implicaciones en el nexo de causalidad, ya que no podemos conocer con exactitud el presente y lo mismo sucederá con el pasado, porque al analizar las causas se enfocará en un lado el estudio haciendo incierto otro.

De allí deriva el problema de la representación y simultaneidad de una realidad, en el caso del Derecho, de la construcción de una realidad social.

La representación que realice el Derecho deviene de la percepción, interpretación o construcción de una realidad hermenéutica del observador, la percepción del conocimiento en la mente humana está limitada por una forma de espacio y tiempo. Ambas formas constituyen un punto interesante a referir en la construcción del sistema, en este caso, del sistema de consumo.

La realidad funcional es un constructo del observador, del sujeto epistémico, que delimita en tiempo y espacio sistémicos que permiten visualizar la realidad social construida, al efecto citaré una historia:

Un Mullah cabalgaba en su camello hacia Medina cuando vio un pequeño rebaño de camellos y, a su lado, un grupo de jóvenes muy afligido.

¿Qué os ha ocurrido amigos míos?...nuestro padre ha muerto. Que Alá le acoja en su gloria. Os acompaño en el sentimiento. Pero seguro os debe de haber dejado algo en herencia.

Sí...Estos 17 camellos...¡Pues alegraos! ¿Qué nos aflige entonces?

---

3 “Esta relación se conoce como principio de incertidumbre de Heisenberg, y nos dice que “simultáneamente, no podemos medir con exactitud  $p$  y  $x$ . Pues si se aumenta la exactitud de la medición de  $x$ , por ejemplo, mediante luz de longitud de onda más corta, empeora con ello el conocimiento del momento. Viceversa, disminuye la exactitud de la medición de  $p$ ...” Mittelstaedt, Peter, *Problemas filosóficos de la física moderna*, trad Gaspar Marsal Aleixandre, Sección XII, Historia y Filosofía de las Ciencias, Madrid, Editorial Alhambra, 1969, p. 98.

Tan sólo que su última voluntad...fue que yo recibiera la mitad, el mediano un tercio y el menor un noveno.

Pero ya hemos intentado repartir estos camellos de todas maneras y nunca resulta. ¿es eso todo cuanto os aflige, amigos míos? Dijo el mullah. Tomad pues mi camello por un momento y veremos qué podemos hacer?

Entonces con 18 camellos el hermano mayor recibió la mitad, es decir 9 camellos, y quedaron nueve. El hermano mediano un tercio de los 18 camellos, es decir, esto es 6, y quedaron 3. puesto que el hermano mayor tenía que recibir una novena parte de los 18 camellos, es decir, dos, quedó un camello. Era el del mullah, el cual volvió a montarlo y se alejó cabalgando.<sup>4</sup>

Aquí el sistema presentaba una incertidumbre hasta que se solucionó creando una realidad social con un tiempo y espacio sistémico funcional para efectos de repartir la herencia, eso es lo que crea el derecho, volviendo al concepto del Dr. Enrique Cáceres: realidades hermenéuticas artificiales.

El derecho creó una realidad social funcional, se trata de un sistema complejo que soluciona controversias, un estado de incertidumbre, una complejidad, creando una mayor complejidad y al final produce un resultado normativo que crea otra realidad.

El derecho se autoorganiza creando estructuras propias, para poder determinar el estado siguiente del sistema, la autopoiesis.

Así el Derecho, como sistema complejo construye una realidad social (los camellos divisibles después de la llegada del Mullah) a partir de los datos que obtiene de una realidad social dada (los camellos indivisibles de la historia antes de la llegada del Mullah). El tiempo sistémico estuvo presente en ambos momentos de tiempo físico (antes y después del arribo del Mullah) y fue diferente en los dos, con y sin el camello 18, y aún más ese camello en el tiempo pasado existió para poder tomar la decisión divisible e irreversible, no se puede cambiar, y repartir la herencia, después vuelve al patrimonio del Mullah e hizo de un proceso irreversible —el camello repartido para la herencia— un proceso con consecuencias reversibles, porque regresa a su dueño, el Mullah, aunque la división y la decisión tomada en ese tiempo, espacio sistémico no puede deshacerse, es irreversible. El tiempo sistémico en todos estos momentos es diferente y en cada uno de ellos el sistema normativo se autorreferenció, se autoorganizó y creó una realidad para solucionar el problema.

Volviendo a la autorreferencia, es una paradoja, el Derecho produce simultáneamente derecho y no derecho. El camello agregado era un objeto de dere-

<sup>4</sup> Segal, Lynn. *Soñar la realidad*, Barcelona, Paidós 1994.

cho y no derecho. A través de la selección, el sistema realiza una distinción e incluye y a la vez excluye al mismo camello. El camello es una unidad autorreferencial desplegada en el tiempo.

Las dos partes de la distinción se contraponen como si fuesen dos realidades distintas. Estas se dejan observar y tratar diversamente. Su simultaneidad no se ve. El derecho ahora puede postergar su origen, puede inventar continuamente su origen. Puede justificarse a sí mismo. Puede darse una razón. Puede verse como efecto y darse una causa, puede encontrarse un fin. Puede tratarse como norma y construirse aquello que usa como realidad mediante la distinción entre norma y hecho. Puede tratar norma y hecho como realidades diferentes y oscilar entre estas dos polaridades y a través de esta oscilación construir jerarquías, estabilizar las incongruencias del decidir y conferirles su determinación llamándolas bienes jurídicos...<sup>5</sup>

El Derecho presenta una temporalidad, una validez, en un sistema social, un tiempo físico, pero también presenta, simultáneamente, temporalidad sistémica en sus mismos procesos, donde se da la autorreferencialidad localizada y la heterorreferencialidad, la distinción entre sistema y entorno que permite la selección para la inclusión y la exclusión. Y por supuesto que en todo esto, se encuentra siempre presente, el sentido, el sentido jurídico que permite comunicación, y en donde el lenguaje jurídico expresa y ocupa un papel imprescindible, la juridificación.

Los sistemas complejos son dinámicos producen complejidad para reducir su propia complejidad, son paradójicos y presentan temporalidades simultáneas, son autoorganizados, autorreferenciales y heterorreferencias, y también son autopoieticos.

La autopoiesis es un concepto biológico de los autores chilenos Humberto Maturana y J. Varela:

La palabra etimológicamente, deriva del griego autós (<por sí mismo>) y poiesis (<creación>, <producción>). En principio significa que el respectivo sistema es construido por los propios elementos que él construye. Los sistemas vivos se definen como máquinas autopoieticas: una red de procesos de producción, transformación y destrucción de elementos que, a través de sus interacciones y transformaciones, regeneran y realizan continuamente esa red de procesos... Se trata, por tanto, de sistemas homeostáticos, caracterizados por la clausura en la producción y reproducción de los elementos...<sup>6</sup>

---

5 Di Giorgi, Raffaele, *Sobre el Derecho. Kafka, Dürrenmatt y la idea de Luhmann sobre el camello*, Ponencia obtenida del autor y presentada en el Congreso "La sociedad como Pasión" Niklas Luhmann, Universidad Iberoamericana. Campus Santa Fe, México. Febrero 26 a Marzo 1 del 2007.

6 Neves, Marcelo, "De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho", *Doxa* 19, 1996. Pag. 403

Niklas Luhmann, lo retoma para su aplicación en sistemas sociales determinando lo siguiente:

No debe concebirse la autopoiesis como la producción de una determinada forma (Gestalt). Lo decisivo más bien está en la producción de una diferencia entre sistema y entorno. Al desacoplarse el sistema de lo que luego queda como entorno, surgen espacios de libertad internos-dado que se suprime la determinación del sistema por parte del entorno. Bien entendida, la autopoiesis es, entonces, sobre todo, la producción de indeterminación interna en el sistema, que sólo puede reducirse a través de la construcción de estructuras sistémicas propias.<sup>7</sup>

La autopoiesis permite la construcción de estructuras en el sistema y precisamente esas estructuras y la libertad que tienen al interior hacen que el sistema se dinamice, a través de la energía, surgiendo así dos conceptos: entropía y neguentropía.

Entropía. Representa en los sistemas abiertos la medida del empobrecimiento o desorden sistémico causado por el cierre al entorno. Se manifiesta como tendencia a la disolución de estructuras y las funciones. La entropía es contrarrestada por la entropía negativa o neguentropía, es decir, por el cúmulo de energía que el sistema obtiene del entorno para el continuo desarrollo de su complejidad.<sup>8</sup>

La neguentropía es la energía venida del exterior del sistema, un constante fluir y disenso que permite la organización y surgimiento de acoplamientos estructurales en el sistema y desacoplamientos estructurales con el entorno. Se dice que es caótica, si en el sentido del indeterminismo, la dualidad posibilidad/actualidad de una forma de dos lados que se distingue a través de una elección.

El Derecho presenta esa neguentropía al reaccionar a las irritabilidades o perturbaciones del entorno y comienza el proceso de autopoiesis, autoorganización, acoplamiento estructural, autorreferencialidad/heterorreferencialidad para distinguir lo posible de lo actual.

Después de esta breve presentación, iniciaré la segunda parte, el establecimiento del sistema del consumo como sistema complejo y lo más importante, lo que el sistema jurídico distingue y convierte en el derecho de consumo, sus estructuras, límites, temporalidad (pasado, presente, futuro-simultaneidad) en el mismo y profundizaré en la aplicación del concepto de autopoiesis y alopoiesis del Derecho en el derecho de consumo.

---

7 Luhmann, Niklas *La sociedad de la sociedad*, trad. Dr. Javier Torres Nafarrate, México, Ed Herder - Universidad Iberoamericana, 2006. P. 45

8 Reza, German A, de la, *Teoría de sistemas*, "Reconstrucción de un paradigma", México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2001, P. 162

## 2. Las relaciones del sistema del consumo con el sistema jurídico

Ahora bien, del origen del consumo no queda duda, surge para cubrir necesidades del ser humano, aún cuando no había una actividad empresarial, los bienes a consumir son de naturaleza agrícola y de caza, el lucro obtenido a través de comercializar el consumo, corresponde a otra etapa: la producción y sus excedentes que dan paso a la comercialización, ya sea a través del intercambio de bienes no monetarios (trueque) o de carácter monetario.

Ligado a la producción y consumo se encuentra la sociedad, porque a ella se atribuye la actividad del consumo y ¿qué consume? ¿Para qué consume? Y ¿cómo consume? Son los cuestionamientos que permitirán ir construyendo y mostrando la complejidad del sistema de consumo, que engloba la economía, la ciencia, tecnología, la política, la sociedad y, por supuesto, el derecho, en específico el derecho de consumo.

La sociedad primitiva consumía satisfactores de primera necesidad o básicos, alimentación, vestido y un lugar donde vivir, se va estratificando hasta la aparición de las sociedades funcionalmente diferenciadas, son estas sociedades las cuales inician el sistema complejo de consumo y de las cuales el Derecho de Consumo conforma sus estructuras a través del proceso ya descrito en la primera parte.

Consumir se concibe gramaticalmente como: “Del lat. *Consumere*...1. tr. Destruir, extinguir; 2.tr. Utilizar comestibles u otros bienes para satisfacer necesidades o deseos; 3. tr. Gastar energía o un producto energético”.<sup>9</sup>

Y consumismo lo define como: “1. m. Tendencia inmoderada a adquirir, gastar o consumir bienes, no siempre necesarios”.<sup>10</sup>

El fenómeno del consumo es una realidad social objeto de estudio de diversos observadores, de diversos sujetos epistémicos, tales como el sistema económico, el sistema político, el sistema científico y por supuesto, el sistema jurídico. Todos estos sistemas trabajan en sus diversos códigos binarios (Luhmann), el económico en: tener/no tener; el político poder/no poder: el científico: ciencia/no ciencia; y el jurídico: lícito/ilícito.

Así aparece la complejidad del fenómeno de consumo del mero acto de utilizar los bienes para satisfacer necesidades, de un gasto energético, porque el ob-

---

9 Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, disponible en [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=consumo](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=consumo), consultado el 14 de marzo de 2008.

10 *Idem*.

servador construirá dependiendo de su realidad hermenéutica una realidad social o realidad hermeneútica artificial (Enrique Cáceres).

Si se considera al Derecho como sujeto epistémico autopoiético, autorreferencial/heterorreferencial, homeostático, entonces creará su propia realidad social que permite traducir al consumo en el código jurídico: lícito/ilícito, configurándose una autorreferencia elemental (Luhmann), es decir vuelve al consumo un acto jurídico (Teubner) y así surge una rama del derecho denominada Derecho de Consumo.

Ahora se ve la complejidad del derecho de consumo y de su aparición dentro del sistema jurídico<sup>11</sup>, esta rama tendrá, siguiendo a Teubner:

- a) Sus propias estructuras.-normas jurídicas aplicables a los tres sujetos del derecho de consumo: empresario, consumidor y gobierno, de ahí la interdisciplinariedad, derecho económico, derecho de la propiedad intelectual, derecho civil, derecho administrativo, derecho penal, entre otros.
- b) Procesos la mayoría de las legislaciones prevé un procedimiento administrativo de arbitraje. Mecanismos de solución de controversias.
- c) Actos jurídicos.- El contrato de consumo.
- d) Dogmática jurídica entendida como identidad con todo el sistema jurídico. Las acciones derivadas del consumo reconocidas por el sistema jurídico.

En términos de Luhmann, tendrá sus elementos o estructuras, reflexibilidad o procesos y reflexión o identidad con el propio sistema.

El Sistema jurídico o Derecho es autorreferencial [cerrado] en lo que se refiere a la normatividad y heteroreferencial [abierto] de forma cognoscitiva, con su entorno. El derecho de consumo al introducir en código binario al consumo se encuentra en una autorreproducción normativa derivada de un proceso de comunicación interna y en una apertura cognoscitiva como consecuencia de una comunicación externa, con los demás sistemas, por ello se da un proceso **inclusión/exclusión** conceptual de otros sistemas, verbigracia — sin que se trate de un listado limitativo — de la comunicación con el sistema económico se da la aportación de los principios de libertad económica, poder de compra, índices de confianza, entre otros; del sistema social, la constitución de una sociedad mundial y la aparición del consumismo; de los sistemas psíquicos: el sentimiento de pertenencia a un determinado grupo de compradores (inclusión/exclusión) y la manipulación mental para orientar la voluntad a la preferencia de un

11 “La complejidad significa que toda operación es una selección, sea intencional o no, esté controlada o no, sea observada o no” Luhmann, Niklas, *Complejidad y modernidad*, “De la unidad a la diferencia”, trad Josetxo Beriain y José María García Blanco, Colección Estructuras y Procesos, Serie Ciencias Sociales, Madrid, Ed Trotta, 1998, P.27.

determinado producto; del sistema científico, la demanda de protección de avances tecnológicos, la libertad de creación y explotación del acto creativo.

Las normas servirán para la resolución de problemas normativos y los resultados de la interacción con los otros sistemas van constituyendo una "...división de las dogmáticas en disciplinas que se consideran autónomas..."<sup>12</sup> (es el caso del Derecho del Consumo-nota de la autora).

La relación con el entorno es imprescindible porque simplemente el sistema no podría existir sin éste. Es por ello que la inclusión/exclusión resultado de la selección y distinción de elementos de otros sistemas y *traducidos*, a través de acoplamientos estructurales (Maturana)<sup>13</sup>, en términos del código binario jurídico lícito/ilícito no afecta la autonomía del conocimiento jurídico, más aún porque el observador Derecho crea su propia realidad hermenéutica (Enrique Cáceres). Se va autorreferenciando en términos de comunicación: información, darla-a-conocer o participación y entenderla o comprensión. (Luhmann).

La concepción de sociedad la retomo de Niklas Luhmann, quien establece una sola sociedad como sistema, un sistema social omniabarcador. En esta sociedad mundial se prevé las diferencias insalvables entre sociedades regionales sin que implique delimitar el concepto sociedad a un ámbito espacial o temporal, dada la simultaneidad de las operación:

Todas estas implicaciones de señalar a la sociedad moderna como sociedad mundial. Por una parte significa que el globo terrestre – y en todo el mundo alcanzable comunicativamente – sólo puede existir una sociedad; este es el aspecto estructural y operativo del concepto. Al mismo tiempo, sin embargo, la expresión sociedad del mundo debe indicar que cada sociedad (y si observamos en retrospectiva también las sociedades de la tradición) construye un mundo y así disuelve la paradoja del observador del mundo; la semántica correspondiente que entra entonces a consideración debe ser plausible y debe estar adaptada a las estructuras del sistema sociedad. Con la evolución del sistema sociedad varía la semántica del mundo.<sup>14</sup>

---

12 Lariguet, Guillermo. "Autonomía y unidad en el conocimiento jurídico", en *Doxa* 25 (2002) P. 579.

13 "Los acoplamientos estructurales restringen el campo de las posibles estructuras con las que un sistema puede realizar su *autopoiesis*. Presuponen que todo sistema autopoiético opera como sistema determinado por la estructura, es decir, como sistema que sólo a través de las propias estructuras puede determinar sus propias operaciones. El acoplamiento estructural, entonces excluye el que datos existentes en el entorno puedan especificar- conforme a estructuras propias-lo que sucede en el sistema. Maturana diría que el acoplamiento estructural se encuentra de modo ortogonal con respecto a la autodeterminación del sistema" Luhmann, Niklas *La sociedad de la sociedad*, *Op cit*, P.73.

14 Luhmann, Niklas *La sociedad de la sociedad*, *Op cit*, P. 80

Entonces la sociedad moderna es un sistema mundial, sin que implique desterrar la idea de sociedades con diferencias regionales y epistemológicamente descriptiva como objeto de sus propias observaciones.

Los desequilibrios de aplicación de los derechos es una preocupación de la sociedad global, pero no es la única repercusión, Luhmann<sup>15</sup> establece las siguientes que implican una irritación en el sistema jurídico y hablando del derecho estatal, deviniendo en alopoiético de cuya exposición me dedicaré en líneas posteriores, por el momento me referiré a las repercusiones de la sociedad mundial en relación con el fenómeno del consumo:

1. La dependencia regional del sistema económico global (producción, ventas, trabajo y crédito). Esto conlleva a la producción de ciertos artículos de consumo, su exportación e importación. De tal manera que los mercados traspasan la capacidad regulatoria del Estado a nivel nacional, configurando regiones productiva con características notoriamente desiguales, existiendo por un lados, dos efectos jurídicos: a) en el ámbito laboral, diferenciación entre trabajadores regionales; b) expansión de productos y servicios en toda la región con afectación de los nacionales.<sup>16</sup>
2. Dentro de los sistemas funcionales diferenciados, la racionalidad de la forma de elección amplifica las diferencias. Entre tener/no tener, el que tiene dinero obtiene más, así el que tiene poder de adquisición de compra tendrá mayor acceso a más productos o servicios y en cuanto a la protección como consumidor, en atención que el código binario lícito/ilícito incluye a estos sectores de población excluyendo a otros, incluso por motivos derivados del sistema educativo, defiende más sus derechos quienes se encuentran incluidos en el sistema educativo (acceso a mecanismos de solución).
3. La sociedad mundial utiliza a estructuras tradicionales resaltando las diferencias resultantes entre el choque de las estructuras mundiales y las condiciones regionales-geográficas. La concepción de los derechos humanos, y por supuesto del consumo de determinados productos y servicios en los pueblos indígenas que conforman sectores de población del sistema social mexicano, o hablando de una sociedad de consumo mexicana.
4. La disolución de la diferenciación estratificada por la propiedad de la tierra, a través de una industrialización que implica un derecho al desarrollo, no solo entre países sino de aplicación nacional al interior y que redunde en un

---

<sup>15</sup> Cfr Luhmann, Niklas *La sociedad de la sociedad*, trad. *Op cit*, Págs 126-128.

<sup>16</sup> Cfr. Boaventura de Sousa Santos, "La transición postmoderna Derecho y Política", *Doxa* 6 (1989) pp. 223-263.

empobrecimiento de los sectores de población. Afectando al poder adquisitivo como consumidores y más aún a la capacidad productiva de los empresarios de productos y servicios, y determinando la competitividad económica de ese País frente a otro, ya que puede convertirse mayoritariamente en importador sin que alcance un nivel productivo óptimo para la satisfacción de sus necesidades básicas, dependiendo su abasto del desarrollo de otros mercados regionales.

5. Impedimento del desarrollo de mercados regionales por la imposición de un sistema económico global que afecta en cadena a todos ellos. Y la inclusión/exclusión de la aplicación del código del derecho. No todos los sectores de población tiene acceso a la aplicación del sistema jurídico. Lo cual implica que la protección al consumidor, en sus ámbitos más críticos como son la reparación de daños o indemnización de los mismos con motivo de productos o servicios, el cumplimiento de condiciones del contrato, de garantías, entre otros, no pueda hacerse efectivos por todos los sectores de la población de la sociedad regional mexicana.
6. Desigualdades en el ámbito de participación y dependencia en la modernización. No todos los sectores de población tienen acceso a avances biotecnológicos más aún se constituirán como posibles consumidores de estos productos o servicios. Haciendo una diferencia anacrónica entre sectores de población étnicos y sectores específicos dentro de grupos de población urbanos.
7. Problemas de entendimiento idiomático. Debido a problemas de interacción cultural. En lo referente al consumo, es un punto en el que la publicidad actúa, la calidad de información transmitida para inducir el comportamiento del consumidor que pertenece a un determinado sector de población es marcadamente diferente en razón de educación, poder adquisitivo, edad, sexo, entre otros.

### **3. Los derechos económicos y los derechos del consumidor. ¿la protección al consumidor en el sistema jurídico es alopoiética?**

Una vez visto el sistema social mundial se puede precisar la relación del sistema jurídico con el sistema económico, utilizando el código binario lícito/ilícito que da como resultado los derechos económicos y los derechos del consumidor.

Las directrices políticas [código de poder/no poder] adoptadas por los Estados-Nación se han ido homogeneizándo a través de la suscripción de Pactos Internacionales y Tratados de Libre Comercio. Es precisamente en el Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se reconoce la existencia de una libertad económica fundamental del ser humano [tener/no tener]:

Parte III

Artículo 6

3. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.<sup>17</sup>

La libertad económica del ser humano se instrumenta a través de instituciones jurídicas de carácter privado, para comprar y vender se requiere de un contrato, para arrendar un bien, también se utiliza la misma institución de derecho civil. Y, considerando, otro derecho fundamental del ser humano, la igualdad, se presume que estos derechos fundamentales de propiedad y de libertad, entendido como libertad económica, se nos dan a todos los seres humanos en las mismas condiciones, por tanto somos iguales. Las partes de un contrato se encuentran en condiciones de igualdad.

Es bien sabido, que en ciertas circunstancias, no sucede así, tales como las relaciones laborales y, algunas consideradas materialmente de naturaleza mercantil, tal y como la compra venta de bienes destinados al consumo. Así la aparición de la tercera generación de derechos humanos, incluye en su protección estos derechos difusos.

El Comité de derechos económicos, sociales y culturales ha declarado que

6. El Comité reconoce el potencial de la liberalización del comercio para generar riqueza, pero es también consciente de que la liberalización del comercio, las inversiones y las finanzas no crean ni conducen necesariamente a un entorno favorable para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. La liberalización del comercio debe entenderse como un medio no como un fin. El fin al que debe servir la liberalización del comercio es el objetivo del bienestar humano expresado en los instrumentos internacionales de derechos humanos. A este respecto, el Comité desea recordar a los miembros de la OMC el carácter esencial y fundamental de las obligaciones en materia de derechos humanos. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, 171 Estados declararon que la promoción y

---

17 Suscrito por los Países que integran la Organización de Naciones Unidas. Hasta el año 2005 habían ratificado el Pacto, 151 Estados. Del continente europeo pertenecen 48 países, 21 de Asia, 39 de África, 10 de Medio Oriente y 33 de América. México se adhirió al Pacto el 23 de marzo de 1981 y tres meses después entró en vigor en el territorio.

protección de los derechos humanos es la primera responsabilidad de los gobiernos.<sup>18</sup>

Por tanto liberalizar el comercio también contiene una responsabilidad moral y social, una responsabilidad de consumir lo necesario, respetando los principios de sustentabilidad.

La liberalización comercial también afectará a la desigualdad. La apertura al comercio no mejora la situación de todos los habitantes de un país. Más bien cambia la distribución de los ingresos creando ganadores y perdedores. El argumento económico convencional es que las ganancias netas de la liberalización comercial son positivas ya que los que salen ganando pueden compensar a los perdedores y dejar en una mejor situación general al conjunto del país. Por desgracia, esta compensación ocurre raramente.<sup>19</sup>

La desigualdad social implica una asimetría en la información, esta asimetría esta causalmente ligada a los códigos binarios poder/no poder, tener/no tener, educación/no educación (en el sentido de pertenencia o inclusión en el sistema educativo), y consecuentemente al acceso de la aplicación del código jurídico lícito/ilícito.

### 1. Derecho a la información

Es por ello que el sistema jurídico presupone que el consumidor no posee esta información, más aún lo establece como derecho del consumidor:

...asegura al consumidor la obtención de datos, características y demás conocimientos reales al momento de adquirir un bien o contratar un servicio. El que se nos proporcione una información adecuada y veraz nos permite actuar, adoptar o posibilitar, con prudencia y responsabilidad, una correcta decisión. Es de resaltar que este derecho de información, en la mayoría de los casos, se presenta "débil" o "insignificante" ante el mayúsculo cúmulo informático que obtienen o poseen las empresas; un ejemplo más de su poder económico y negociador. De cara a la creciente complejidad de los problemas técnicos, jurídicos y sociales que le presenta el medio, son muy significativas la falta de apoyo para la educación del consumidor y la carencia de conocimientos a su alcance. Situación ésta, altamente perjudicial para el consumidor.<sup>20</sup>

---

18 Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas a la Tercera Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (Seattle, 30 de noviembre a 3 de diciembre de 1999).

19 Stiglitz, Joseph E. y Andrew Charlton, *Comercio Justo para Todos*, "Cómo el comercio puede promover el desarrollo", Trad de Natalia Rodríguez Martín, México., Ed. Taurus, Pensamiento, 2007, P.59

20 Texto disponible en [www.proconsumer.org.arg](http://www.proconsumer.org.arg) consultado el 7 de enero de 2013.

El consumidor informado estará capacitado para determinar libremente las posibilidades reales<sup>21</sup> y así podrá tomar una decisión, utilizará su libre albedrío.

Es una obligación informar al consumidor, no sólo de las instrucciones operativas del producto, de las garantías comerciales, del valor agregado en razón de aspectos de equidad de marca o mejoras en el producto o su envase para ofrecer una ventaja competitiva al consumidor respecto de la misma categoría de productos.

La información se manifiesta, usualmente, por escrito. Y para conocerla, se requiere su lectura.

Los momentos de información, son:

a) Anterior a la decisión de compra. El consumidor requiere información sobre el producto para tomar una decisión, evaluando las posibilidades reales. Aquí radica la libertad del consumidor. No obstante en apariencia, es libre para decidir, pero existen ciertas formas de limitarla, como la publicidad.

b) Posterior a la compra, que se traduce en instrucciones de uso y garantías.

Si los derechos del consumidor están en el marco de los derechos humanos de tercera generación, entonces tenemos un derecho humano frente al abuso otro ser humano porque la obligación corresponde al empresario, un particular que ostenta los medios de producción, y no frente a un abuso de autoridad del Estado.

## 2. Derecho a la seguridad

Es la obligación de no dañar, de no introducir productos riesgosos al mercado que pongan en peligro la salud, la vida del consumidor y de los terceros.

El obligado de nuevo es el empresario que tendrá que reducir los riesgos, hasta que sean aceptables.

## 3. Derecho de elección y derecho de libre acceso al consumo

Definido como la libertad individual, entendida como la libertad de contratar, del consumidor para elegir entre diversos productos y servicios en un mercado competitivo, es decir condiciones de precio y calidad. La correlatividad de este derecho se complica aún más, puesto que no sólo implica una política empresarial sana, cuya eficiencia y eficacia en su correcta administración y producción

21 "La posibilidad real es la que *puede* realizarse, teniendo en cuenta la estructura total de fuerzas que actúan en un individuo o en una sociedad. La posibilidad real es lo contrario de la posibilidad ficticia que corrompe los deseos y apetitos del hombre pero que, dadas las circunstancias existentes, no puede realizarse nunca". Fromm, Erich, *El Corazón del Hombre*, "Su potencia para el bien y el mal", sexta reimpresión, Colección Popular, México, Fondo de Cultura Económica, P. 166

permita su competencia y subsistencia en el mercado, sino también implica del Estado una política de libre mercado, en donde la única limitante de acceso a sectores de consumo es solo proporcional al nivel de renta, es decir, todo dependerá de que tanto puede pagar el consumidor por un producto siendo esta su mayor restricción y que solo es inherente a él, el Estado se desliga.

#### **4. Derecho a la protección de los intereses económicos**

La denominación de estos derechos ratifican que solo pueden existir en un Estado Liberal, los consumidores implican intereses económicos, porque solo son vistos por su correlativo (el empresario) como niveles de renta diferenciados, así que lo que está en juego es capital por el cual se adquiere un producto o servicio y se espera que sea respetado esa libertad contractual, y se requiere, que en caso contrario, existan instituciones para resolverlas. Es decir existan instituciones gubernamentales, ahí se encuentra la correlatividad del Estado Moderno.

La mayor obligación del consumidor la he denominado:

#### **5. Deber de cuidado**

El consumidor, tiene una obligación recíproca al deber de información del empresario, se trata del deber de cuidado. El consumidor deberá atender diligentemente a las instrucciones de uso para operar el producto en condiciones normales, leer y obedecer las advertencias puestas en el producto, evitar y reducir al mínimo el riesgo a su salud y seguridad, obedeciendo, observando la única información que tiene a su alcance, la cual es la proporcionada por el empresario relacionado al producto, en estricto sentido por el producto, porque el consumidor puede ignorar quién se encuentra detrás de ese producto.

El consumidor se obliga a leer, porque la lectura es el único medio de conocimiento de esta información proporcionada por el empresario, ya el producto no puede transmitirla de otra forma, además se obliga, también a una conducta de hacer en cuanto a seguir las instrucciones operativas, verificar la normalidad de las condiciones de uso del producto, y a una conducta de no hacer, para evitar caer en los supuestos de riesgo, tal como evitar el uso de un producto inflamable, cerca del fuego, o dejar un producto peligroso al alcance de los niños.

El consumidor debe atender a su propia diligencia, a su propio cuidado y, entonces, aparece el problema en el que gira la protección al consumidor, establecer el paradigma que permita comprobar que un consumidor es diligente, el *bonus pater familias* del derecho civil transformado en el hombre o mujer común

o promedio. Sin embargo la ambigüedad de estos términos no permite establecer una definición exacta de este paradigma. Y el problema se agrava si se considera a la publicidad como un medio de seducción que afecta a la psicología del individuo dirigiéndose a su libre albedrío con el fin de crearle la necesidad de compra.

Con lo anterior se expone que la protección jurídica del consumidor tiene su fundamento en la asimetría de códigos diferentes al jurídico: alopoiesis, el sistema jurídico crea elementos o estructuras diferentes a los que él utiliza, el reconocimiento de un objeto-sujeto débil (consumidor) que implican un mayor otorgamiento de derechos subjetivos hacia una de las partes del contrato de consumo y, procesalmente hablando, una situación de asimetría tangible entre poder/no poder, tener/no tener entre el consumidor y el empresario que se enfrentan en una controversia derivada del acto del consumo (arbitraje o proceso judicial).

Estos códigos diferentes al jurídico se incluyen en el sistema jurídico sin que sean codificados en términos lícito/ilícito sino son incluidos/excluidos como fundamentos o razones de solución de controversias, es la producción de algo diferente al código del sistema jurídico, la alopoiesis.

La consecuencia es que se bloquea la reproducción del sistema jurídico y por ello los casos de resolución de controversias en materia del consumidor tienden a ser resueltos por la calidad y cantidad de la información (asimetría) y no por el código lícito/ilícito de sistema jurídico, proceso diverso a la heterorreferencia del sistema jurídico hacia su entorno.

Para reforzar lo expuesto, brevemente me referiré a las causas que dieron origen a los movimientos de los consumidores y que desembocaron en la protección jurídica de los mismos. Movimientos que resultaron de los códigos: económico, político y educativo para su inclusión/exclusión en el código jurídico — sin olvidar la autorreferencia que implica la autonomía del mismo — lícito/ilícito.

## **6. Antecedentes históricos, establecimiento de los derechos del consumidor**

### **6.1. A nivel mundial.**

Inicia en Estados Unidos de América en tres etapas:<sup>22</sup>

---

22 Cfr. Para efectos de la presentación histórica a Ovalle Favela, José, *Derechos del Consumidor*, Serie Nuestros Derechos, México, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura-Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

1. Primer decenio del Siglo XX los consumidores se movilizaron por: aumento de precios, la aparición de la novela “La Jungla” de Upton Sinclair (acerca de la distribución de la carne en ese País) y los escándalos por la utilización de productos farmacéuticos (de los primeros riesgos no cognoscibles se hacían presentes los efectos con mero transcurso del tiempo).
2. El segundo movimiento en los años treinta causado por: Incremento de precios en la depresión económica; de nuevo los efectos de las sustancias farmacéuticas, y una huelga de amas de casa en Detroit.
3. El tercer movimiento en los sesenta, con el conflicto de intereses económicos entre consumidores y empresarios.

Se puede resumir los motivos en una frase: la Defensa del poder de compra código político y económico – poder/no poder, tener/no tener, se originan los movimientos porque el consumidor ve defraudada su confianza – incluye aspectos de calidad y cantidad – que puso en el producto de acuerdo al precio que paga por el mismo o bien la satisfacción que en forma proporcional obtiene por cubrir el precio del producto.

También en Europa comienzan los movimientos de los consumidores que traen como consecuencias aspectos económicos de competencia nacional, más que jurídicos. “La acción organizada de los consumidores tiene, entonces, un doble efecto. Apresura la llegada de los comerciantes (presionando el promotor y, a menudo, a las administraciones locales) y, de rebote, rompe los monopolios de los pocos comerciantes ya instalados”.<sup>23</sup>

Se establece la Carta Europea de Protección a los Consumidores, con los siguientes derechos: 1) Derecho a la protección y asistencia de los consumidores; 2) Derecho a la reparación del daño por productos defectuosos; 3) Derecho a la información y educación; 4) Derecho a la organización y representación. Más tarde se aprueba el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información a los Consumidores con los siguientes derechos: 1) El derecho a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores; 2) El derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores; 3) El derecho a la reparación de los daños; 4) El derecho a la información y educación del consumidor y 5) El derecho a la representación.

El Tratado de Masstritch lo incorpora en el artículo G punto 17. La Organización de Naciones Unidas en 1985 establece las Directrices de Protección al Consumidor, con los siguientes derechos: 1) La protección de los consumidores

---

23 Wiewiorka, Miquet Marcelo, *Estado, Empresarios y Consumidores*, Trad de Veronique Harowitz-Miguet, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, P. 43

frente a los riesgos para su salud y su seguridad; 2) La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; 3) El acceso de los consumidores a una información adecuada; 4) La educación del consumidor; 5) La posibilidad de compensación efectiva al consumidor; y 6) la libertad de asociación (organizaciones de consumidores) y la garantía de audiencia.

Todos estos derechos se originan en las acciones del consumidor que buscan una toma de conciencia de pertenencia a un grupo social con un adversario definido: el empresario, primero las grandes empresas y después inician con los pequeños empresarios en defensa del poder de compra – aumento en los precios – de los locales por lo general de alimentos. De nuevo se afirma que los códigos en juego no eran los del sistema jurídico sino los del económico, político y educativo.

No tenía los primeros movimientos ninguna referencia al mejoramiento de condiciones jurídicas sobre el consumo, incluyendo la producción del producto – se inician estas acciones de consumidores con respecto a productos – sin embargo si afectan a lo que se denomina en términos del sistema económico: gastos del personal:

...algunas de las exigencias formuladas y satisfechas no han mejorado verdaderamente en nada las condiciones de trabajo de los asalariados de las grandes unidades. En efecto, la tendencia natural de la dirección de una tienda es siempre intentar que el personal soporte el costo suplementario impuesto por la satisfacción de tal o cual demanda de los “consumidores”. En general, esta situación se traduce en una sobreexplotación.<sup>24</sup>

Es en los años '60 cuando aparece un intento de ligar los movimientos de los consumidores con los derechos laborales, en Estados Unidos de América con Cesar Chávez quien promueve un complot en contra de los productores agrícolas que se niegan al reconocimiento de un sindicato de estos trabajadores, a través de la exigencia en los productos de una etiqueta sindical. “...el movimiento de los trabajadores agrícolas apela a la solidaridad de los consumidores, que no poseen la iniciativa de la acción, pero que se encuentran integrados en una estrategia de luchas que tienden a acercar el consumo a la producción sin hacer abstracción de los conflictos de clase”.<sup>25</sup>

En este momento intervienen los consumidores en luchas laborales, antecedente del movimiento de consumo responsable que incluye entre otros, este aspecto de forma más específica.

---

24 Wiewiorka, Miquet Marcelo, *Estado, Empresarios y Consumidores*, Op cit, P.53

25 *Ibidem*, P.101

## 6.2 En los Estados Unidos Mexicanos

En febrero del año de 1976 se promulga la ley federal de protección al consumidor y se crea la Procuraduría Federal de Protección al consumidor, la iniciativa fue del Comité Nacional Mixto de Protección al Salario y de la Secretaría de Industria y Comercio:

Es indiscutible que el consumidor se encuentra desprotegido ante las prácticas que le impone la relación comercial... y estimular la conciencia cívica y dotar al pueblo de los instrumentos necesarios para su defensa es deber del gobierno, exponía el entonces titular de Industria y Comercio, José Campillo, en septiembre de 1975, para justificar la creación de la Profeco<sup>26</sup>.

El objetivo principal fue aminorar los efectos de la inflación en los salarios y no exactamente la protección al consumidor. También se crea el Instituto Nacional del Consumidor (Inco) cuya función era informar y orientar al consumidor sobre prácticas comerciales, se fusiona con la Profeco en 1992, por duplicidad de funciones.

El 22 de diciembre del 1992 se establece la Ley federal de protección al consumidor reformada en el 2004.

Así la presentación muy breve de la historia de los derechos del consumidor solo viene a reforzar la afirmación de inclusión/exclusión de códigos que no pertenecen al sistema jurídico para la resolución de controversias en esta materia, constituyéndose en un sistema alopoiético.

Debido a que los intereses jurídicos son el contenido de los intereses económicos y tutela de principios, que no pueden traducirse a código jurídico, volviéndose alopoiético el derecho de consumo, incluso, el Dr. Ovalle, reconoce la existencia de estos elementos no jurídicos, sin que supere la paradoja de la autorreferencia al volver a referir a jurídico algo exactamente que no define pero incluye dentro del ámbito jurídico, sin que determine su especificidad. Dice:

...la clasificación de los derechos de los consumidores tiene como finalidad destacar el contenido específico, no el jurídico, de los intereses o derechos protegidos. [hasta aquí se trata de la producción de elementos diferentes al jurídico-agregado de la autora de la tesis] Sin desconocer que todos los intereses de los consumidores protegidos por el ordenamiento jurídico tienen finalmente carácter jurídico, [paradoja de la autorreferencia son de contenido específico no jurídico pero a la vez si jurídico, sin que en sí mismos puedan aplicarse bajo el código jurídico lícito/ilícito, por ello no pertenecen al sistema jurídico sino son alopoiéticos – agregado de la autora – ] se puede afirmar que existe un conjunto de derechos e intereses jurídicos que no tienen

26 González Méndez, José. Débil Defensa del Consumidor, publicado el 7 de febrero de 2005, Disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2005/02/07/003n1sec.html> consultado el 2 de enero del 2013.

en sí un contenido exclusivamente económico, ni constituyen un derecho a la salud y a la seguridad, ni un derecho a la educación ni a la información, sino que vienen a ser un medio o instrumento para dar eficacia y firmeza a los demás intereses y derechos del consumidor... Dentro de esta categoría se encuentran, entre otros, el derecho al cumplimiento de lo ofrecido o convenido con el consumidor [cuya afectación requiere una valoración de los intereses económicos del consumidor, su poder adquisitivo relación costo-beneficio, la libertad económica elección de bienes y servicios, también se ve afectado o su derecho a la información, no obtuvo lo previamente informado y no solo por envasado o etiquetado sino, también, incluyo a la publicidad como parte de la información de la oferta -agregado de la autora-] el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios [la indemnización se calcula según el grado de afectación a la salud, seguridad, vida, falta de información, incluyendo publicidad engañosa y/o intereses económicos del consumidor -agregado de la autora-] y el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales y administrativos [constituyen los procesos del derecho de consumo sin ellos no podría surgir la autorreferencia y la doble autopoiesis, en realidad es un instrumento del propio subsistema-agregado de la autora-], a los cuales podríamos agrupar bajo el rubro de derecho a la protección de los intereses jurídicos de los consumidores.<sup>27</sup>

#### 4. El consumo responsable

¿Quién dice que se debe consumir? y ¿Por qué? ¿Es posible restringir, limitar o prohibir el consumo en una política global de fomento al libre comercio? ¿Consumir implica responsabilidad por lo que se consume? ¿No es el consumidor históricamente un sujeto-objeto de protección jurídica y no de obligación-responsabilidad? El principio de precaución, al darle la categoría de factor de imputación de responsabilidad por el acto del consumo, y no solo basarse en la responsabilidad moral o ética, es la respuesta a las interrogantes anteriores.

1. El establecimiento de la responsabilidad jurídica del consumidor o nexo de imputación de la responsabilidad en el consumo.

Al incluir/excluir a la ética de los sistemas político, económico y jurídico implica la dotación de valores cuya acepción varía de acuerdo a la racionalidad del sistema mismo, de ahí que de un sistema social a otro, la ponderación de los valores éticos es diferencialmente interpretada y construida. Por ello se debe poner especial atención y cuidado sobre los agentes operativos de dichos sistemas que ostentan el poder de selección-decisión acerca de las controversias presentadas en los ámbitos en que los valores se encuentran en juicio.

---

27 Ovalle Favela, José, *Derechos del Consumidor*, Op Cit, P.22

El principio precautorio implica la adopción de ciertos valores cuya ponderación estará por encima del desarrollo de la actividad económica productiva o de consumo, valorar los principios incluso el de incertidumbre científica no es tarea fácil de los agentes operativos de cualquier sistema, incluyendo al jurídico.

Ahora bien, ¿cómo se conforma el principio precautorio en factor de imputación de responsabilidad derivada del acto del consumo? Consumir implica una libre decisión-elección, es un acto deliberado y arbitrado por el ser humano o sistema psíquico.

En principio las necesidades básicas son imperativamente el objetivo a satisfacer, al pasar del tiempo y siguiendo la evolución del acto del consumo, como lo manifiesta Gilles Lipovestky, las otras necesidades van apareciendo y un sin número de satisfactores para cubrirlas, incluso de la misma calidad y precio solo con un plus, de acuerdo a la personalidad del consumidor.

¿Qué cantidad está permitida consumir de un satisfactor para satisfacer una necesidad? Aquí se encuentra el conocimiento/ignorancia del consumidor, es él quien sabe que con un bien o servicio en específico su necesidad queda satisfecha. Conoce el satisfactor pero ignora su riesgo de consumo, en algunos casos esto es reprochable porque no cumple con su deber genérico de informarse acerca de lo que consume, los riesgos que tiene para sí mismo y para otros, lo que se ve y está disponible incluso por la vía del empresario. Así deriva su deber de cuidado con él y con los otros. Aún más con otros que no conoce o no está vinculado jurídicamente, con las generaciones presentes y distantes espacialmente en razón del territorio o futuras.

Ignorar o pretender ignorar los efectos riesgos que posee el consumo de un bien o servicio en la sociedad global, tal como los efectos contaminantes de un material no biodegradable cuya utilización permite al consumidor un bajo precio y comodidad, traducida en bienestar, piénsese en los vasos desechables o descartables en donde transportan los clientes el café preparado de los diversos negocios dedicados al ramo. Es una falta al deber de cuidado hacia el otro y una falta de información de parte del consumidor por no allegarse de los medios adecuados que le permitan ser un consumidor responsable y buscar creativamente o presionar para encontrar una solución al problema, por ejemplo, llevar su propio termo reutilizable para la transportación de su café.

¿Es posible vincular jurídicamente esta falta de cuidado e información a través del principio precautorio en una responsabilidad derivada del acto de consumo? Y de ser así ¿qué consecuencias jurídicas tendría la imputación de la responsabilidad a la conducta de omisión o acción del consumidor?

En principio y haciendo una interpretación rígida del deber de información y cuidado, puede atribuirse una culpa a la conducta del consumidor que sabiendo las consecuencias riesgosas de consumir un bien o servicio, lo sigue haciendo, o que no se informa acerca de las posibles consecuencias de su actuar, es culpable de su propia ignorancia. Esto sucede cuando efectivamente el consumidor tiene la posibilidad de informarse o la calidad de información disponible es suficiente para ser considerada en la decisión-selección del consumo, sin embargo la detentación del poder vuelve a ser determinante en la calidad de la información, ya sea por parte del empresario mismo quien decide-selecciona la información a darse y la política económica estatal. Así mismo, en por parte del empresario, una transparencia de información de su proceso productivo vulnera sus derechos de propiedad intelectual, en específico procesos de patente, diseños industriales, modelos de utilidad y secretos industriales, es decir su patrimonio intangible cuya valoración pecuniaria es incluso mayor que sus activos tangibles.

La actividad empresarial es lucrativa, por tanto una restricción o prohibición en el consumo afecta a los derechos económicos<sup>28</sup> del empresario, en su libertad económica de trabajo y libre concurrencia al mercado o bien del Estado al limitar la explotación de sus recursos<sup>29</sup>. Esta actividad implica también un deber de cuidado y de información. El empresario deberá informarse acerca de los riesgos de un proceso productivo de un bien o servicio con respecto al consumidor y al medio ambiente, elaborar anticipadamente una evaluación de riesgos y comunicarlos a sus posibles o actuales consumidores. Prevenir catástrofes por la realización de su actividad y más aún del consumo del resultado de su actividad es su responsabilidad. He aquí la utilización del factor de imputación del principio de precaución o cautela, cuyos elementos de justificación serán expuestos en el siguiente apartado.

28 Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos. Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 *Entrada en vigor*: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Ginebra, Suiza disponible en [www.unhchr.ch/spanish/html/hchr\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/hchr_sp.htm)

29 Parte I. Artículo 1. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 *Entrada en vigor*: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Ginebra Suiza disponible en [www.unhchr.ch/spanish/html/hchr\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/hchr_sp.htm)

Por su parte, el Estado, a través de sus políticas tendrá la obligación de evaluar toda actividad económica incluyendo el consumo. Esta evaluación estará de acorde a sus objetivos de política económica, los países menos desarrollados tendrán una ponderación de valores diversa a los países desarrollados en la cual se fundamentarán para permitir, restringir, modificar o prohibir una actividad incluyendo el consumo.

La carga de responsabilidad de un Estado a otro, por esta razón, es asimétrica, un país menos desarrollado tiene menos accidentes tecnológicos transformados en catástrofes mundiales, en cambio un país desarrollado tendrá mayor participación en la responsabilidad por su participación en la producción. En el caso del consumo, la responsabilidad de un Estado aumenta si es un Estado consumidor del bien o servicio aún cuando no tenga la posibilidad tecnológica de producirlo pero si de consumirlo, tendrá una co responsabilidad con el estado productor porque el estado consumidor le está exigiendo y promoviendo la producción.

El principio precautorio permite vincular jurídicamente al Estado productor y consumidor, al empresario y al consumidor mismo en las consecuencias riesgosas de su consumo en el sistema social, ya sea global o nacional. Incluso con consecuencias en los sistemas económicos o naturales, como el medio ambiente y la salud humana. La estructura surgida de la vinculación jurídica consiste en el consumo responsable como obligación del consumidor de un determinado Estado-Nación.

## 5. Conclusiones

**Primera.-** No es un bonito sueño regresar al prosumidor sino una posible realidad, para actualizarla es necesario que el prosumidor no sea considerado desde la concepción consumista: lucrar consumiendo para garantizar el propio consumo, sino consumir garantizando el propio consumo, a través de la responsabilidad asumida con motivo de la solidaridad y confianza en el otro, de la inclusión del otro en la racionalidad del consumidor al elegir, decidir o seleccionar un producto o servicio.

**Segunda.-** El derecho puede a través de la norma restringir o moderar el consumo en el mundo del deber ser, ser derecho positivo porque como tal permite la resistencia a su aplicación a través del ejercicio de la coercibilidad, construyendo estructuras de aprendizaje. Sin embargo es necesario comunicar estas estructuras antes de la actuación del Derecho como solucionador de controversias, la prevención se vuelve la función más trascendente y prioritaria del Derecho mismo y el reconoci-

miento de la comunicación con otros sistemas, tal es el ámbito educativo, para ser eficiente esa norma se requiere nuevos esquemas cognoscitivos en el Sistema Educativo Mexicano para cambiar de Consumismo a Consumo Responsable.

**Tercera.-** En otras palabras. Para reducir la complejidad de la relación escasez-necesidad-destrucción, es necesario pensar en la contingencia o lo indeterminado del futuro en la escasez, para construir el presente en el sistema de necesidades de generaciones del Sistema Social y en sus relaciones con el Sistema Económico (Producción- Consumo) con el Sistema Ecológico o Biológico o Ecosistema (el hábitat) y con el Sistema Jurídico para una aplicación eficiente de las normas derivadas de esta comunicación que moderan o restringen el deterioro o destrucción en el consumo...donde lo único cierto es el retorno a la complejidad.

## Bibliografía

- Althusser, L. "La filosofía como arma de la revolución", en Ruiz, Alicia E.C., Aspectos ideológicos del Discurso Jurídico (Desde una Teoría Crítica del Derecho), *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Abeledo-Perrot, s/a, Parte I. "En Torno a la Ideología", Buenos Aires, P.151
- Appignanesi Richard et al. *Posmodernismo para principiantes*, Trad, Guillermo Sabanes, Buenos Aires, Ed Era Naciente, 2002
- Balibar, Etienne, *Nombres y lugares de la verdad*, trad. Paula Mahler. Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión. 1994
- Boaventura de Sousa Santos, "La transición postmoderna Derecho y Política", *Doxa* 6 (1989) Págs 223-263
- Bunge, Mario, *Ser, saber, hacer*, Ed. Paidos, México, 2002
- Di Giorgi, Raffaella, *Sobre el Derecho. Kafka, Dürrenmatt y la idea de Luhmann sobre el camello*, Ponencia obtenida del autor y presentada en el Congreso "La sociedad como Pasión" Niklas Luhmann, Universidad Iberoamericana. Campus Santa Fe, México. Febrero 26 a Marzo 1 del 2007
- Fromm, Erich, *El Corazón del Hombre*, "Su potencia para el bien y el mal", sexta reimpresión, Colección Popular, México, Fondo de Cultura Económica.
- Haba P. Enrique, "Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor!", en *Doxa* 14 (1993)
- Heisenberg, Werner, *Physics & Philosophy*, "The Revolution in Modern Science", New York, USA, Harper & Brothers, 1958.
- Kaplan, Marcos, *Ciencia, Estado y derecho en la tercera Revolución*, Serie E, Varios, Núm 56, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, P.12
- Mittelstaedt, Peter, *Problemas filosóficos de la física moderna*, trad Gaspar Marsal Alexandre, Sección XII, Historia y Filosofía de las Ciencias, Madrid, Editorial Alhambra, 1969, P. 98
- Lariguet, Guillermo. "Autonomía y unidad en el conocimiento jurídico", en *Doxa* 25 (2002)
- Luhmann, Niklas *La sociedad de la sociedad*, trad. Dr. Javier Torres Nafarrate, México, Ed Herder - Universidad Iberoamericana, 2006.
- Luhmann, Niklas, *Complejidad y modernidad*, "De la unidad a la diferencia", trad Jostxo Beriain y José María García Blanco, Colección Estructuras y Procesos, Serie Ciencias Sociales, Madrid, Ed Trotta, 1998, P.27.

- Ovalle Favela, José, *Derechos del Consumidor*, Serie Nuestros Derechos, México, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura-Universidad Nacional Autónoma de México. 2000
- Robbins Lionel, Ensayo sobre la naturaleza y significación, The London School of Economics, mayo 1935 disponible en <http://www.eumed.net/cursecon/textos/robbins/c3.htm>
- Stiglitz, Joseph E. y Andrew Charlton, *Comercio Justo para Todos*, "Cómo el comercio puede promover el desarrollo", Trad de Natalia Rodriguez Martín, Taurus, 2000.
- Wieviorka, Miquet Marcelo, *Estado, Empresarios y Consumidores*, Trad de Veronique Harowitz-Miguet, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

# El Derecho Penal Económico y la tutela de bienes colectivos \*

Rebeca Elizabeth Contreras López \*\*

**RESUMEN:** El derecho penal económico representa un área novedosa de indagación, ya que aunque comparte los elementos sustanciales del derecho penal, así como sus principios fundamentales, constituye un ámbito de discusión diferente, dada la diversidad de figuras que introduce a la dogmática penal. En este ensayo se alude fundamentalmente a la tutela penal de bienes colectivos en un derecho penal económico, que sienta sus bases en el contexto global.

**Palabras Clave:** Derecho penal económico, tutela penal de bienes colectivos, delitos económicos.

**ABSTRACT:** Economical Criminal Law is a new research area. Though it shares important elements and fundamental principles with Criminal Law, it requires specific ways of discussion because of the different aspects that it brings into criminal dogmatic. This paper refers to the penal protection of collective assets in an Economical Criminal Law that has its support in a global context.

**Keywords:** Economical Criminal Law, Penal protection of collective assets, economical criminal offences.

**SUMARIO:** 1. Planteamiento. 2. Principios del derecho penal. 3. La tutela penal de bienes jurídicos colectivos. 4. El derecho penal económico en la globalización. Bibliografía.

## 1. Planteamiento

El derecho penal económico tiene hoy en día un ámbito diferenciado dentro de la ciencia jurídico penal, sus fundamentos y bases dogmáticas son, en principio, las del derecho penal; sin embargo, conlleva múltiples elementos diferenciadores que hacen cada vez más difícil la explicación dogmática con bases tradicionales, por lo que ha generado toda una innovación en la discusión dogmático penal.

---

\* Artículo recibido el 10 de septiembre de 2013 y aceptado para su publicación el 12 de noviembre de 2013.

\*\* Investigadora Nacional. Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

Uno de los aspectos sustanciales que marca la diferencia son precisamente los bienes jurídicos protegidos, que en la materia económica, son de naturaleza colectiva e incluso difusa, lo que implica una transformación en la visión reguladora de la materia penal. Porque las conductas típicas afectan a grupos o colectividades no siempre identificables, pero además la acción puede desarrollarse en forma estratificada, lo que lleva a una fragmentación de tiempo y espacio del tipo penal, con los consiguientes problemas probatorios. Generalmente, la construcción de los tipos penales está enfocada a conductas individuales y perfectamente identificables en el tiempo y los elementos actuales que desfragmentan el tiempo y el espacio no han sido, comunmente, atendidos en el derecho penal, sin embargo, en los nuevos fenómenos de naturaleza socioeconómica son tantos los problemas que entrenta el derecho penal clásico, que ha sido necesario un avance acelerado del hoy denominado derecho penal económico.

Por tanto, el problema básico (que no es nuevo) de esta rama del derecho penal es la dificultad dogmática de utilizar los viejos planteamientos para explicar nuevas conductas con características distintas a las tradicionales. Entre otros, surgen problemas como: la tutela penal de bienes colectivos y difusos, la anticipación de la punición, en los delitos de peligro; la responsabilidad penal de las personas colectivas, la naturaleza transnacional de los sujetos que intervienen, la posibilidad de doble o hasta triple punición, los tipos penales en blanco y la tipificación de conductas que afectan el orden socioeconómico, aún incipiente en la mayoría de las legislaciones penales.

En la tutela de bienes colectivos se presentan problemas de imputación que hacen necesarias reglas distintas en la dogmática penal, lo que Silva Sánchez denomina, en principio, derecho penal de dos velocidades<sup>1</sup>. En el que pone de manifiesto la necesidad de reorientar principios dogmáticos, que permitan mantener los principios de ultima ratio y mínima intervención de un derecho penal garantista, enfocado a la protección de bienes colectivos de naturaleza económica.

En este artículo, la finalidad es poner en evidencia el contexto de análisis de este ámbito de la dogmática penal, dado que su desarrollo en México frente a otros países es aún escaso y por ello, es necesario generar diversas discusiones que en otros contextos pudieran ser elementales pero que son indispensables para adentrarnos a los temas más específicos como los que ya quedaron anotados.

En mi opinión, debemos partir de la necesidad de conservar e incluso fortalecer los principios básicos del derecho penal para, a partir de ellos, adentrarnos en la discusión sobre el derecho penal económico, que tutela intereses colectivos

1 Silva Sánchez, Jesús María (2001). La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2ª. Edición revisada y ampliada, 167 p.

vos y difusos; además es indispensable no separar la discusión del contexto global en que se da. Para ello abordaré algunos de los principios generales, la definición de los bienes colectivos y finalmente, realizaré un recuento de tipos penales específicos que tutelan dichos bienes colectivos de naturaleza socioeconómica, con lo cual podremos abundar en la discusión específica de cada legislación que, en el caso de México es la federal, tanto como la de cada entidad.

## 2. Principios del derecho penal

Los principios del derecho penal se asientan en la tradición jurídica liberal de la Ilustración y tienen como eje el respeto a la dignidad humana. En ese sentido, la afectación a la esfera personal de los individuos, que se realiza a través del proceso penal, se construye con precaución y consolidando cada vez más los derechos fundamentales. De ahí que, los principios rigen la actuación de la autoridad sobre la base del humanismo, la legalidad y el debido proceso.

El derecho penal se asienta en distintos niveles de imputación que se perciben a partir del fin del derecho penal, que es sin duda la protección de bienes jurídicos<sup>2</sup>. Así tenemos que el *ius puniendi* estatal se encuentra constitucionalmente legitimado, siempre que la necesidad de proteger bienes jurídicos "...por sus efectos preventivo-generales y preventivo-especiales, constituya un medio adecuado, necesario y proporcionado para combatir las lesiones de dichos bienes, es precisamente lo que justifica la existencia de los diversos niveles de imputación, asentados cada uno sobre el anterior"<sup>3</sup>.

Algunos de los principios constitucionales del derecho penal son: legalidad, proporcionalidad (que incluye el de protección de bienes jurídicos, intervención mínima y proporcionalidad de las penas), culpabilidad y resocialización<sup>4</sup>.

Entre los diversos autores, existe una uniformidad relativa a que uno de los principios fundamentales del derecho penal es el de la necesaria protección de bienes jurídicos, además de que es indispensable que el tipo penal necesariamente tutele dichos bienes; con lo que además, se distingue de otras ramas del

---

2 A pesar de que autores como Günther Jacobs afirman que ello no es así, ya que la tutela penal de bienes jurídicos no es el fin del derecho penal. Cfr. Contreras López, Rebeca E. (2006) La tutela penal de bienes jurídicos, Xalapa, Ver. México: Universidad Veracruzana, 213 p.

3 Rudolphi, Hans-Joachim (1991). "El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal", en el sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Trad. Silva Sánchez, Madrid: Tecnos, p. 93

4 Berdugo Gómez I.; et al (1999). Lecciones de derecho penal (parte general). 2ª edición. Barcelona: Praxis, p. 33.

derecho, como el administrativo o el civil<sup>5</sup>. Pese a ese consenso no existe una posición teórica uniforme sobre lo que debemos entender por bien jurídico, Silva Sánchez propone que se desarrolle una teoría específica para el bien jurídico penal, aunque coincide en que “sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social)...”<sup>6</sup>. De ahí que se pueda aceptar la tutela de bienes colectivos, en la medida en que sean necesarios para el desarrollo pleno de los individuos y su entorno socioeconómico es, sin duda, indispensable para ello.

Hoy en día, el modelo jurídico penal en México, sigue una vertiente liberal democrática que preserva el orden común sin menoscabar la integridad humana de las personas. Más aún, las recientes reformas a la Constitución federal mexicana, ponen de relieve la obligación de decir en beneficio de la persona aplicando, en todo caso, la convencionalidad que obliga a la protección de los derechos humanos, por encima incluso de la legalidad estricta, aunque en criterio reciente la Corte señala que en todo caso se debe acatar el texto constitucional<sup>7</sup>.

El enorme riesgo de un estado autoritario (como sucede con el llamado derecho penal del enemigo) es que olvida fácilmente la inclusión de la persona humana como límite y parámetro de actuación. Y, en el derecho penal, incluido el económico, la facilidad con que se olvidan los derechos humanos, exige mayores controles y límites a la actuación del estado. Así, afirma Zaffaroni,

...en la medida en que el estado de derecho cede a las presiones del estado de policía encapsulado en su seno, pierde racionalidad y debilita su función de pacificación social, pero al mismo tiempo pierde nivel ético, porque acentúa la arbitrariedad de la coacción<sup>8</sup>.

Por tanto, es indispensable que los límites del poder de punición, aún en el ámbito socioeconómico, sigan siendo fuertes y bajo el principio del respeto a los derechos humanos, tal y como sostiene la propia Constitución federal mexicana (artículo 1).

### 3. La tutela penal de bienes jurídicos colectivos

En materia penal la teoría del bien jurídico nos permite desarrollar distintos aspectos en ámbitos diferenciados, tales como:

---

5 Moreno Hernández, M. (1999). *Política criminal y reforma penal (algunas bases para su democratización en México)*. México: CEPOLCRIM y García Rivas, N. (1996). *El poder punitivo en el Estado democrático*. España: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.

6 Silva Sánchez, Jesús-María (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, España: Bosch, p. 271.

7 Expediente 293/2011, Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia contradicción de tesis.

8 Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros (2001), *Derecho penal, parte general*, Porrúa, México, p. 131.

a) En el ámbito político criminal, es un límite a la función legislativa ya que permite seleccionar los bienes merecedores de protección penal, ello permite la tipificación específica de acciones delictivas.

b) En el ámbito dogmático penal, son diversos los elementos a considerar:

- El sistemático que permite la clasificación de los tipos penales en la parte especial de los códigos.
- El de interpretación del tipo penal que auxilia en su aplicación en los casos concretos, ya que permite identificar el objeto de protección de la norma.
- El de individualización de la pena, para determinar la mayor o menor gravedad de la conducta respecto de la afectación al bien jurídico tutelado.

Ahora bien, hay que considerar que en el ámbito socioeconómico una entidad sustancial es la empresa y este hecho, por sí solo, ya tiene innumerables connotaciones dogmáticas, políticas, económicas y de toda índole. Así, afirma Schünemann que:

...mientras que los sucesos en la empresa están determinados a través de la estructura organizativa empresarial, y por ello a través de la *organización y delegación, de la división del trabajo y de la jerarquía*, el Derecho penal moderno se ha formado en las formas de vida del *solitario social*, del fuera de la ley y del poscrito, de su anarquismo, individualismo y desorganización...<sup>9</sup>

La consecuencia ha sido que todos los elementos dogmáticos se definen en torno a esa individualidad. Así acción, omisión, tipo penal, culpabilidad, por citar algunos son conceptos dogmáticos que tienen problemas importantes en la tutela de bienes colectivos.

Por otra parte, es incuestionable que en el contexto económico y financiero, dentro del escenario global, aparecen riesgos y necesidades novedosos que conllevan la afectación de bienes jurídicos, en muchas ocasiones, por personas colectivas y no por entes individuales, lo que implica la necesidad de su regulación, aunque esto se ha ido realizando sectorialmente, sin una revisión, por parte de los legisladores y operadores, de los cimientos básicos de dicha dogmática. Ello ha implicado estructuras de imputación diferentes, "cómo pone de relieve la discusión vivamente apasionada sobre el Derecho penal de las personas jurídicas", manifiesta Roxin, que además asegura que ello no será

---

9 Schünemann, Bernd (2002). Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Madrid: tecnos, p. 129.

en detrimento de la idea de bien jurídico, sino más bien a una transformación en el análisis del mismo<sup>10</sup>.

Un aspecto que no podemos obviar es que en el ámbito socioeconómico y financiero tanto las conductas, como la naturaleza misma de los bienes tutelados revisten una complejidad tal que, para el operador del derecho es difícil identificar sus límites y más aún comprobar los elementos propios del tipo penal<sup>11</sup>. Otro aspecto adicional es que, en ocasiones, la afectación de bienes jurídicos se presenta por omisión y no sólo por acción. Existen, en este contexto, bienes jurídicos que sólo se configuran en actividades empresariales y comerciales, como el caso de la libre competencia o el derecho de los consumidores<sup>12</sup>.

Al incorporar intereses colectivos a la tutela penal, se desarrolla una discusión dogmática sustancial relativa a la naturaleza de estos bienes y al impacto que tienen en toda la estructura dogmático penal, ya que dichos,

...intereses difusos o colectivos representan una ruptura con el paradigma tradicional de la teoría clásica del interés jurídico, y además, a que se trata de una categoría incipiente, cuya incorporación a los ordenamientos internos nacionales se vincula e impulsa con el desarrollo de los derechos humanos de solidaridad o de tercera generación, como el derecho al medio ambiente, a la paz, derecho al patrimonio común de la humanidad, entre otros<sup>13</sup>.

Silva Sánchez en una obra sustancial para este análisis, cita a Alexy, indicando que podemos entender por bienes de naturaleza colectiva lo siguiente:

Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no distributivo. Los bienes colectivos son bienes no-distributivos<sup>14</sup>.

No debemos omitir que la decisión sobre los bienes que habrán de tutelarse penalmente es, en principio, una decisión política que viene matizada por discusiones nacionales e internacionales; por lo que la incorporación de bienes jurídicos colectivos y hasta universales en las legislaciones penales viene prece-

---

10 Roxin, C. (1997). *Derecho penal (parte general. T. I: (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Trad. Luzón Peña, Díaz y García y de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, p. 62.

11 Witker, J. (2006). "Globalización y delitos económicos", en revista *Letras Jurídicas*, volumen 13, enero-junio, Centro de estudios sobre derecho, globalización y seguridad, Universidad Veracruzana, 18 p. [www.lettrasjuridicas.com](http://www.lettrasjuridicas.com)

12 Búnster Briseño, Á. (1998). "La persona jurídica y la responsabilidad penal". *Criminalia*. (LXIV, núm. 3).

13 Martínez Mejía, W. (s. a.). *Intereses difusos y colectivos en el derecho penal ambiental*, [http://enj.org/portal/biblioteca/penal/derecho\\_penal\\_ambiental/28.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/penal/derecho_penal_ambiental/28.pdf). consultado el 5 de enero de 2011, p. 2.

14 Silva Sánchez, ob. Cit. p.p. 25 y 26. Hace referencia a la obra de Robert Alexy, en su apartado de derechos individuales y bienes colectivos, en su obra *El concepto y la validez del Derecho* (1994), Barcelona.

dida de esa necesaria discusión. Una discusión que no es fácil pero que hoy debemos reasumir con perspectiva de derechos humanos que implica tutelar siempre los derechos fundamentales y luego ir aumentando ese ámbito de protección, sólo en la medida en que no se alteren los estándares mínimos de derechos de las personas y colectividades. Sólo que a raíz de esta política criminal de la globalización entran en tensión la tutela institucionalizada de bienes jurídicos clásicos (individuales) con la necesidad de proteger intereses colectivos y difusos de difícil concreción.

Afirman, Bustos y Hormazábal que:

...lo único que políticamente puede dar un fundamento racional a esa decisión es que lo concretamente protegido en el tipo penal sea precisado. Si ello no fuera así, nuevamente se estaría en el campo de la arbitrariedad estatal. Convencionalmente se designa en el derecho penal ese objeto de protección con el nombre de *bien jurídico*. (...) en consecuencia, resulte necesario definir materialmente lo que es un bien jurídico de modo que esa definición permita establecer si el objeto jurídico protegido por la norma es o no un bien jurídico<sup>15</sup>.

Inicialmente observamos la tendencia de incorporar esas acciones criminales en el ámbito administrativo, aunque ello también ha redundado en diversas problemática que tienen que ver sobre todo con relativizar las reglas de imputación, con una reducción importante de garantías sustantivas y procesales, con la consiguiente afectación a derechos humanos, ya que en un contexto menos garantista las sanciones llegan a ser aún más graves que las penales.

Aunado a esto, encontramos que el derecho penal incorpora conductas fácilmente identificables como faltas o desobediencias en las que se cuestiona su naturaleza penal y el cumplimiento de la necesaria lesividad de bienes jurídicos, como ya se indicó.

Por tanto, la exclusiva protección de intereses individuales ya no es suficiente, de lo que se sigue la necesidad de incorporar la tutela de intereses colectivos y difusos, "como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material"<sup>16</sup>.

Para precisar la distinción entre derechos individuales e intereses colectivos, utilizaremos el siguiente criterio jurisprudencial<sup>17</sup>:

---

15 Bustos Ramírez, Juan J. Y Hormazábal Malarée, Hernán (2004). *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid: Trota, p. 31.

16 Mir Puig, Santiago. (2002). *Derecho penal (parte general)*. 6ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, p. 163.

17 Consultables en IUS [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx) con el número de registro correspondiente.

## INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS. SUS CARACTERÍSTICAS Y ACCIONES PARA SU DEFENSA.

Los **intereses** colectivos o **difusos** son los pertenecientes a todos los miembros de una masa o grupo de la sociedad, sin posibilidad de fraccionarse en porciones para cada uno, ni de defensa mediante las acciones individuales tradicionales, ni de ejercerse aisladamente, o bien, que siendo factible su separación, la prosecución de procesos singulares, por una o más personas carece de incentivos reales, tanto por resultar más costosos los procedimientos empleados que la reparación que se pueda obtener, como por su falta de idoneidad para impedir a futuro los abusos denunciados, a favor de toda la comunidad de afectados. Esto tiene lugar generalmente, en relación a medidas o estrategias desplegadas contra grupos sin organización ni representación común, como la amplia gama de consumidores, o con las afectaciones al medio ambiente, con los que se perjudican los **intereses** de todos los ciudadanos en general. En atención a tal imposibilidad o dificultad, en la época contemporánea las leyes han venido creando mecanismos generadores de acciones que resultan idóneas a las peculiaridades de estos **intereses**, como la acción popular, o con la legitimación a grupos u organizaciones sociales que garanticen solvencia material y moral, y seriedad para dar seguimiento consistente y llevar hasta el final esta clase de acciones, como sucede en distintos ámbitos o naciones; en el derecho mexicano del consumidor, la legitimación se otorga a la Procuraduría Federal del Consumidor, para el ejercicio de las acciones tuitivas de **intereses difusos** de los consumidores. (Registro No. 169861).

### CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 75/2008. Gabriel Juan Eduardo Andrade Sánchez. 21 de febrero de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

Los derechos individuales corresponden a sujetos individualmente determinados e identificables, en tanto que los colectivos son atribuibles a un conjunto de personas que tienen una identidad común por su pertenencia a un gremio o colectivo que reclama derechos comunes, de los cuales la colectividad es titular. Lo anterior resulta fácilmente identificable en los casos concretos; sin embargo, la distinción que resulta más complicada es la relativa a los derechos colectivos y los intereses difusos, ya que en estos últimos la titularidad se dispersa y se atribuye a toda la colectividad, como es el caso del medio ambiente, el consumo o el interés nacional.

Por tanto, es importante precisar que los derechos colectivos son atribuibles a una "colectividad determinable" y en muchas ocasiones se asimila a ellos, los intereses difusos. Sin embargo, estos últimos con aquellos atribuibles a la colec-

tividad en su conjunto, sin posibilidad de identificar individualmente a sus titulares, como el derecho al consumo o al medio ambiente. Pero, además, la suma de derechos individuales no es suficiente para explicar dichos intereses difusos.

Para resolver la tutela de dichos intereses colectivos y, en su caso, difusos en el ámbito socioeconómico, es indispensable partir del modelo de Estado que queramos estructurar para establecer, o reorientar, las directrices y límites del sistema penal. Por supuesto que la tendencia es que el modelo a seguir sea el de un Estado social y democrático de derecho que, de acuerdo a Mir Puig,

Supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social — a la que no se quiere renunciar — a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real. Se pretende, por esta vía, acoger una modalidad de Estado social — esto es, que tome partido efectivo en la vida social — al servicio de todos los ciudadanos. En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático *de Derecho*.<sup>18</sup>

En el derecho penal económico existen retos ineludibles que ponen en problemas al modelo garantista al que el sistema penal aspira. Esos retos son fácilmente identificables en temas como el de las leyes en blanco, la administrativización del derecho penal, en el funcionalismo extremo que desconoce el principio de protección de bienes jurídicos, en lo referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas o en los delitos de peligro, entre muchos otros temas posibles, por ello este es un ámbito de reflexión inagotable que, en este ensayo, he querido centrar en la tutela penal de bienes colectivos en el ámbito socioeconómico.

#### 4. El derecho penal económico en la globalización

Para Bernardo Feijoo, existe un derecho penal económico, en sentido estricto, que define como aquel que regula los delitos socioeconómicos que,

...son delitos que consisten en la infracción de deberes básicos de los ciudadanos cuando actúan en el subsistema económico o en un rol que podemos definir como económico (deudor, gestor empresarial, etc.), que en algunas ocasiones pueden afectar a bienes jurídicos colectivos...<sup>19</sup>.

---

18 Mir Puig, Santiago (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, p.p. 33-34.

19 Feijoo Sánchez, Bernardo (2009). *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Argentina: editorial Montevideo de Buenos Aires, p.p. 207 y 208.

Para Ignacio F. Benítez Ortúzar, el derecho penal económico ha ido evolucionando hasta que hoy en día se puede definir como:

...el conjunto de figuras delictivas que giran en torno a la tutela del orden económico del Estado y de las relaciones económicas derivadas de los sistemas de producción, distribución y acceso de los consumidores a bienes y servicios en una sociedad concreta<sup>20</sup>.

Martínez-Buján<sup>21</sup>, en la segunda edición de su parte especial, sobre delitos económicos y de la empresa; indica que en el derecho penal económico se incluyen las figuras delictivas económicas y empresariales, que tutelan bienes jurídicos supraindividuales, o colectivos.

En esta delimitación no se incluyen los tipos penales tradicionales, generalmente de carácter patrimonial, aunque se encuentren ligados a actividades empresariales y de naturaleza económica. Ello deja de lado los tipos penales patrimoniales en los que, originalmente, se quiso incluir la tutela socioeconómica. Aunque dada la expansión de estas figuras hoy día ello es poco menos que imposible.

El derecho penal en la globalización se presenta a raíz de fenómenos criminales organizados, transnacionales y de alto impacto económico. En ese contexto se cuestionan y se ponen en riesgo los principios liberales y garantistas clásicos, que ya no son observables ante la necesidad de no dejar impunes conductas criminales graves y de alto impacto para bienes jurídicos colectivos y difusos. Lo que ha implicado una intervención expansiva con la intención de prever todos los riesgos posibles, olvidando hasta la causalidad, con un adelantamiento en la intervención penal, lo que lleva al extremo de tipos penales sin conducta, ni un bien jurídico cierto que amerite protección penal, como en el caso de los delitos de peligro abstracto.

Algunas de las problemáticas que son discutidas arduamente en la dogmática penal de naturaleza económica, son:

a) Incremento de la criminalización. Con la aparición de bienes jurídicos colectivos que son incorporados a la tutela penal y con la consiguiente afectación al principio de mínima intervención.

---

20 Benítez Ortúzar, Ignacio F. Derecho penal económico. Consultado el 8 de noviembre 2013 en <http://www.iaeu.edu.es/estudios/derecho/derecho-penal-economico-definicion/>

21 Martínez-Buján Pérez, C. (2005), Derecho penal económico y de la empresa (parte especial), 2ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch. Existe una nueva edición que ya contempla la reforma española de 2010 en la que se afirma la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

- b) Estructuras típicas de simple actividad en las que es difícil establecer la afectación a bienes jurídicos, como los:
  - a. Delitos de peligro concreto
  - b. Delitos de peligro abstracto
- c) Anticipación de la intervención penal, en situaciones tales que se pone en duda su constitucionalidad.
  - a. Sólo por actos preparatorios
  - b. Sólo por agrupación delictiva
  - c. Por sospecha
- d) Las modificaciones al sistema de imputación y de garantías penales y procesales son relevantes en la configuración misma del sistema penal, algunas de ellas son:
  - a. Menor precisión en la descripción penal en las “leyes penales en blanco” que son utilizadas por la extrema especialización de las conductas típicas.
  - b. Flexibilización de los requisitos de causalidad y culpabilidad.
  - c. Mayor disponibilidad del proceso y hasta de la investigación sin proceso<sup>22</sup>.

Una de las discusiones, todavía inconclusa, del derecho penal económico es la relativa a cuáles son los tipos penales que, en concreto, deben incluirse en este ámbito. En otras palabras, cuáles son las conductas punibles que tutelan bienes jurídicos colectivos de naturaleza socioeconómica. Es importante precisar que cada legislador en lo particular va decidiendo el esquema de protección penal que considera necesario, en el ámbito mexicano esto es aún incipiente, por lo que este artículo pretende contribuir con una visión general que permita iniciar dicha discusión.

En esta visión, la parcela penal del derecho se construye bajo la base de la subsidiariedad, es decir, se debe examinar todo el orden jurídico para proteger bienes jurídicos y sólo cuando otros medios menos enérgicos no sean suficientes, es cuando se recurre al derecho penal. Ahí es cuando surge uno de los problemas más actuales del derecho penal, en el ámbito socioeconómico, los delitos de peligro, en los que la amplia anticipación de la tutela penal es, en ocasiones, objetable. Sobre todo, porque existen ámbitos jurídicos que pueden ser más pertinentes para tutelas los bienes socioeconómicos, y que al utilizarlos po-

22 Como en el caso del arraigo en la legislación mexicana, establecido tanto en la Constitución federal como en las leyes secundarias para los casos de criminalidad organizada y que recientemente ha sido denunciado como la principal causa de afectación a derechos humanos en México. Informe del relator especial de Naciones Unidas 2013.

drían mantener la posibilidad de una mínima intervención del poder de punición del estado.

Respecto de las leyes penales en blanco, el Tribunal Constitucional chileno ha establecido que para que las mismas sean constitucionales es necesario que:

...para que una ley penal en blanco propia no sea objeto de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad tendrá que poseer las siguientes cualidades: a) Que la norma legal cuente con el núcleo central de la conducta punible; b) Que en el mismo texto legal efectúe una remisión expresa a la norma de destino; y c) Que el precepto infralegal complementario tenga cierta calidad que satisfaga la exigencia de constitucionalidad<sup>23</sup>.

Es indudable, sin embargo, que la remisión a leyes y reglas no penales es necesaria, por la creciente especialización de las conductas que se incluyen en el ámbito socioeconómico, en el que tenemos tipos penales que se refieren a la protección de los trabajadores y del mercado laboral, protección de los consumidores y de la competencia, protección del medio ambiente, protección del sistema crediticio, bursátil y financiero, protección de la marca comunitaria y protección de las medidas sancionadoras adoptadas por la comunidad Europea o por otros organismos internacionales<sup>24</sup>.

Existen, asimismo, estudios específicos de conductas punibles como la estafa y la corrupción que hacen un análisis dogmático de tipos penales afines a estas conductas<sup>25</sup>. Así como insolencias punibles y delitos societarios, entre otros.

Martínez-Buján<sup>26</sup> refiere los siguientes grupos de tipos penales, aclarando que en algunos casos, aún es discutible su inserción en el derecho penal económico. Estos tipos penales son:

- I. Insolencias punibles.
- II. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores.
- III. Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural.
- IV. Delitos societarios.
- V. Blanqueo de bienes.

---

23 Delgado Lara, Álvaro Roberto *Las leyes penales en blanco en la jurisprudencia del tribunal constitucional (2005 - 2011)*. (2012) en [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3975650.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3975650.pdf) consultado 4 de noviembre 2013.

24 Tiedemann, K. (director) (2004). *Eurodelitos, el derecho penal económico en la Unión Europea*, Adán Nieto Martín (coord. edición española), Cuenca: ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Consultado 20 de diciembre 2010.

25 Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (coord.) (2006), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo (Eurodelitos de corrupción y fraude)*, Cuenca-Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, p. 12-13. Google Libros.mht

26 Martínez-Buján Pérez, C. (2005), ob.cit.

- VI. Delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social.
- VII. Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- VIII. Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente.
- IX. Delitos de contrabando.

En este contexto es importante tener en cuenta las discusiones que han de generarse; primero, en la etapa legislativa para tipificar y ubicar adecuadamente cada una de estas figuras y, segundo, para llevar a cabo una correcta interpretación y aplicación en los casos concretos, tanto a nivel sustantivo como probatorio, requieren estudios dogmáticos penales de cada una de estas figuras típicas. Lo que nos permitirá avanzar en este ámbito de desarrollo jurídico penal que, en México, apenas está comenzando.

También debemos considerar que la protección de bienes jurídicos de naturaleza socioeconómica debe incluir la necesaria subsidiaridad en su regulación que posibilite la tutela penal sólo en casos extremos, cuando otras formas de protección no sean suficientes para ello, conservando la ultima ratio de la punición penal. Porque, aunque la decisión sobre qué bienes jurídicos se deben incluir es de naturaleza político criminal, en ella se deben preservar los principios garantistas del derecho penal, lo que nos permitirá transitar hacia un estado de derecho democrático y racional.

## Bibliografía

- Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (coord.) (2006), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo (Eurodelitos de corrupción y fraude)*, Cuenca-Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Google Libros.mht
- Benítez Ortúzar, Ignacio F. Derecho penal económico. Consultado el 8 de noviembre 2013 en <http://www.iaeu.edu.es/estudios/derecho/derecho-penal-economico-definicion/>
- Berdugo Gómez I.; et al (1999). *Lecciones de derecho penal (parte general)*. 2ª edición. Barcelona: Praxis.
- Búnster Briseño, Á. (1998). "La persona jurídica y la responsabilidad penal". *Criminalia*. (LXIV, núm. 3).
- Bustos Ramírez, Juan J. Y Hormazábal Malarée, Hernán (2004). *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid: Trota.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Contreras López, Rebeca E. (2004), *El poder punitivo del Estado mexicano (fundamentos y límites)*, Secretaría de Seguridad Pública, Veracruz, México, p.p. 159, 160.
- Contreras López, R. E. (2000). *La persona jurídica a la luz del derecho penal (un estudio de la responsabilidad penal colectiva)*. México: Universidad de Xalapa.
- Delgado Lara, Álvaro Roberto *Las leyes penales en blanco en la jurisprudencia del tribunal constitucional (2005 - 2011)*. (2012) consultado 4 de noviembre 2013 en [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3975650.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3975650.pdf)
- Feijoo Sánchez, Bernardo (2009). *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Argentina: editorial Montevideo de Buenos Aires.
- Fiandaca, G.; Musco, E. (1990). *Diritto pénale, (parte générale)*. Bologna, Italia: Zanichelli.
- García Rivas, N. (1996). *El poder punitivo en el Estado democrático*. España: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2005), *Derecho penal económico y de la empresa (parte especial)*, 2ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez Mejía, W. (s. a.). *Intereses difusos y colectivos en el derecho penal ambiental*, [http://enj.org/portal/biblioteca/penal/derecho\\_penal\\_ambiental/28.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/penal/derecho_penal_ambiental/28.pdf). Consultado el 5 de enero de 2011.
- Mir Puig, S. (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel.
- Mir Puig, S. (2002). *Derecho penal (parte general)*. 6ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor.

- Moreno Hernández, M. (1999). *Política criminal y reforma penal (algunas bases para su democratización en México)*. México: CEPOLCRIM.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal (parte general. T. I: (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Trad. Luzón Peña, Díaz y García y de Vicente Remesal, Madrid: Civitas.
- Rudolphi, Hans-Joachim (1991). "El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal", en *el sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Silva Sánchez, Madrid: Tecnos, p.p. 81-93.
- Schünemann, Bernd (2002). *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid: tecnos.
- Silva Sánchez, Jesús-María (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, España: Bosch, p. 271.
- Silva Sánchez, Jesús María (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2ª edición revisada y ampliada, 167 p.
- Tiedemann, K. (director) (2004). *Eurodelitos, el derecho penal económico en la Unión Europea*, Adán Nieto Martín (coord. edición española), Cuenca: ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Consultado 20 de diciembre 2010. <http://books.google.com.mx/books?id=Mm2zV775VuMC&pg=PA172&lpg=PP1&dq=derecho+penal+econ%C3%B3mico#v=onepage&q&f=false>
- Witker, J. (2006). "Globalización y delitos económicos", en revista *Letras Jurídicas*, volumen 13, enero-junio, Centro de estudios sobre derecho, globalización y seguridad, Universidad Veracruzana, 18 p. [www.letrasjuridicas.com](http://www.letrasjuridicas.com)
- Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros (2001), *Derecho penal, parte general*, Porrúa, México.

### Crterios jurisprudenciales

Registro No. 169861. INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS. SUS CARACTERÍSTICAS Y ACCIONES PARA SU DEFENSA. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Abril de 2008 Página: 2381. Tesis: I.4o.C.137 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.



# Diseño de un Código Procesal Penal Único. Trabajos legislativos para la consolidación de un nuevo sistema de justicia\*

Ivonne Nohemí Díaz Madrigal \*\*

**RESUMEN:** El Poder Legislativo Federal ha realizado importantes esfuerzos en la implementación del nuevo sistema de justicia penal. Resulta importante analizar si estos trabajos representan un avance o retroceso en la consolidación de la reforma constitucional del año 2008.

**Palabras Clave:** Código, Senado, reforma, procesal, derecho penal

**ABSTRACT:** The Federal Legislative Branch has made significant efforts in implementing the new criminal justice system. It is important to analyze whether these studies represent an advance or backward in the consolidation of the constitutional reform of 2008.

**Keywords:** Code, Senate, reform, litigation, criminal law

**SUMARIO:** Introducción. 1. Código procesal penal único: facultad del Congreso de la Unión. 2. Propuestas de código procesal penal único. Trabajos desde el Senado de la República. 3. Siguiendo iniciativa ¿la definitiva? 4. Conclusiones. Bibliografía.

## Introducción

Nuestro país se encuentra en un momento de transformación jurídica. Somos testigos de la concurrencia de múltiples factores nacionales e internacionales que han llevado a nuestro país a una dinámica de cambio y redefinición de pa-

---

\* Artículo recibido el 17 de septiembre de 2013 y aceptado para su publicación el 28 de octubre de 2013.

\*\* Licenciada en Derecho, con Mención Honorífica, por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); cuenta con la Especialidad en Justicia Administrativa por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y estudios de Maestría por la UNAM. Ha sido parte del Sistema Nacional de Investigación (SNI-CONACYT) como asistente de investigación, becaria en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el Sistema Alemán de Intercambio Alemán (DAAD) coordinado por la Universidad de Erfurt, investigadora visitante en la Universidad Pablo de Olavide en Sevilla, España. Actualmente es investigadora colaboradora en la Universidad Fluminense de Brasil y asesor jurídico en el Senado de la República.

radigmas en el sistema de impartición de justicia.<sup>1</sup> Se trata de una serie de reformas constitucionales que se han suscitado en menos de diez años y que hoy en día se encuentran en etapa de consolidación. De una correcta aplicación de directrices epistemológicas y hermenéuticas<sup>2</sup> garantistas<sup>3</sup> dependerá su éxito.

En esta dinámica de transformación encontramos tres reformas constitucionales trascendentales; se trata de la reforma al sistema de justicia penal del 18 de junio de 2008 y las reformas en materia de derechos humanos del 6<sup>4</sup> y 11 de junio de 2011.

En efecto, estas tres reformas constitucionales concurren en el diseño de una nueva conformación del modelo cultural jurídico mexicano. Tal construcción o mejor dicho, redefinición del sistema está lejos concluir. Como ejemplo de ello, hoy en día continúan los trabajos de implementación del sistema de impartición de justicia penal, iniciados en 2008 y que ha requerido, incluso, nuevas reformas constitucionales.

En junio del 2008, en México, inició un plazo de ocho años para la implementación de un nuevo sistema de justicia penal. Con motivo de esta transición, el tema de un código penal para toda la República, ha sido motivo de debate. En esta tesitura, el Poder Legislativo Federal ha realizado importantes esfuerzos sobre los que es necesario reflexionar.

## 1. Código procesal penal único: facultad del Congreso de la Unión

El 18 de junio del 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma Constitucional sobre el nuevo sistema de justicia penal,<sup>5</sup> misma que adquirió vigencia al día siguiente. En el párrafo segundo del artículo segundo transito-

---

1 WITKER, Jorge, Reforma procesal penal y cambio cultural en México, *Revista Judicatus*, núm. 2, enero-junio, 2009, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, pp. 3-13.

2 Ver MICHEL, Guillermo, *Entrelazos. Hermenéutica existencial y liberación*, UAM, México, 2001, p. 49

3 Que privilegia la transparencia, la intermediación, la justicia restaurativa, la presunción de inocencia y que ponga, sobre todo, la dignidad humana como finalidad del sistema.

4 A esta reforma constitucional y parte importante del cambio de paradigmas referido, se suma el proceso de creación de una nueva Ley de Amparo que concluyó el 2 de abril de 2013 con la publicación del Decreto que contiene la nueva redacción del texto reglamentario de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de las modificaciones a cinco leyes secundarias, que en conjunto habilitan competencias y posibilitan la aplicación de las nuevas disposiciones. Las Leyes Secundarias Modificadas fueron: i. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; ii. Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos; iii. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; iv. Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; v. Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

5 Para el sistema penal, la reforma estableció con rango constitucional, los principios de presunción de inocencia, concentración, continuidad, publicidad, contradicción, oralidad e intermediación.

rio, se estableció como plazo improrrogable, ocho años para que la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, expidan y pongan en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean pertinentes a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafo segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución. Es así que para el año 2016 en toda la República deberá de estar implementado el nuevo sistema de justicia procesal penal.

Desde el inicio de la implementación de la reforma, para una armonización legislativa, el tema de un código penal para toda la República, ha sido motivo de análisis y debate. Tuvieron que pasar casi cinco años, del plazo de ocho para que el Congreso de la Unión tomara medidas con dirección certera.

El 2 de octubre del 2012 se presentó en el Senado una iniciativa de Proyecto de Decreto por el que se expedía el Código de Procedimientos Penales único. Cabe destacar que el Senador Pablo Escudero, protagonista en el diseño de esta iniciativa, venía trabajando esta idea desde la LXI Legislatura en la Cámara de Diputados.<sup>6</sup> Posteriormente, se sumarían varias iniciativas sobre la misma materia en el propio Senado, que en el momento de su discusión, originaron una pregunta adicional ¿puede el Congreso de la Unión emitir legislación penal única?

Ante la posible reticencia de las legislaturas que aludan a un supuesto quebrantamiento del pacto federal; desde el Senado se tomaron medidas estratégicas –por tiempo y contenido– que facultaran explícitamente al Legislativo Federal para expedir un código de procedimientos penales único.

Efectivamente, durante periodo ordinario de sesiones, en Pleno del Senado de la República, un día miércoles 24 de abril de 2013, se presentó una iniciativa de reforma constitucional, sobre el tema de Código de Procedimientos Penales Único y las bases generales para legislar en materia penal federal.

Se trató de la iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por la Senadora Arely Gómez González, integrante del Partido Revolucionario Institucional, y por los Senadores Roberto Gil Zuarth, integrante del Partido Acción Nacional, Senador Manuel Camacho Solís, integrante del Partido de la Revolución Democrática y por el Senador Pablo Escudero Morales, integrante del Partido Verde Ecologista de México.

6 Consultar [http://sitl.diputados.gob.mx/LXI\\_leg/curricula.php?dipt=454](http://sitl.diputados.gob.mx/LXI_leg/curricula.php?dipt=454) [Fecha de consulta 29 de mayo, 2013].

- Sobresale lo siguiente:
  - La iniciativa no estaba listada en el orden del día de la sesión.
  - Está suscrita por senadores importantes e influyentes de las diferentes bancadas: Pablo Escudero del PRI, Manuel Camacho Solís del PAN y Roberto Gil Zuarth del PAN, y que en lo particular o en conjunto, habían presentado ya un proyecto sobre código de procedimientos único.
  - En la tarde noche del mismo día en que se presentó, se cabildeó realizar una reunión al día siguiente para su dictamen.
  - A menos de 24 horas de haberla turnado, más no presentado en tribuna, existía dictamen listo para su discusión.
  - El lunes 22 de abril, durante la 7° reunión ordinaria de trabajo de la Comisión de Justicia, su Presidente Roberto Gil Zuarth, exhortó a las fracciones parlamentarias, llegar a un acuerdo para avanzar en los trabajos del Código Penal Único, y dar pasos firmes, antes del concluir el periodo ordinario de sesiones.
  - En palabras del Senador Roberto Gil Zuarth había que dar una señal clara a los estados de lo que viene, esto ante la apatía que varias entidades federativas han mostrado, para cumplir el plazo que señaló la reforma constitucional de 2008, y que vence en 2016.<sup>7</sup>
- La iniciativa de la Senadora Arely Gómez se relaciona con otras dos presentadas anteriormente:
  - a. Iniciativa presentada por el Senador Roberto Gil Zuarth, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, el 14 de febrero de 2013. Turnada a las Comisiones de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Primera.
  - b. Iniciativa presentada por la Senadora María del Pilar Ortega Martínez, y por los Senadores Roberto Gil Zuarth, Raúl Gracia Guzmán, Carlos Mendoza Davis y José María Martínez Martínez, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, el 9 de abril de 2013. Turnada a las Comisiones de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos Segunda.
- En convocatoria publicada después de las diez de la noche, del mismo 24 de abril, con fundamento en el artículo 139 numerales 1 y 3 del Reglamento del Senado, se convocó a reunión de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos, Segunda, a celebrarse el

---

7 7° reunión ordinaria de la Comisión de Justicia, Sala de Protocolo del Senado de la República.

25 de abril de 2013, a las diez de la mañana para la discusión y en su caso aprobación, del dictamen a las tres iniciativas mencionadas. La intención era clara, se buscaba pasar el dictamen aprobado a la reunión de Pleno del Senado de ese mismo día para someterlo a primera lectura, y previendo su segunda lectura, discusión y aprobación en la sesión del lunes 29 de abril, antes del cierre de sesiones del segundo periodo ordinario, del primer año de la LXII Legislatura.

- De aprobarse en el Congreso, se pondría punto final a la discusión que cuestionaba trastocar el federalismo de permitir una legislación penal única en materia procedimental penal. Lo siguiente sería el diseño de una ley General que establezca bases para legislar en materia penal a nivel Federal, estatal y DF, así como un Código Penal Único.
- El dictamen que recoge las tres iniciativas mencionadas prácticamente venía en los términos de la iniciativa de la Senadora Arely Gómez.
- El contenido del dictamen se resume en lo siguiente:

Reformas al artículo 73 Constitucional, fracción XXI, para incluir en las facultades del Congreso, expedir:

*a) Ley penal general que establezca bases para legislar en materia penal a nivel Federal, estatal y DF.*

*b) Leyes generales en materia de secuestro y trata de personas que incluyan como mínimo tipos penales u sanciones.*

*c) Legislación que tipifique faltas contra la Federación y sus penas; así como en materia de delincuencia organizada.*

*d) Legislación única en materia procedimental penal y ejecución de penas.*

*Autoridades federales conocerán del fuero común en caso de conexidad con delitos federal, periodistas o en casos que atenten contra la libertad de expresión o derecho a la información.*

- En los transitorios se establece:
  - El Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el DOF.
  - El Congreso de la Unión deberá expedir la ley penal general dentro del plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigor del Decreto, y la misma entrará en vigor en un plazo que no podrá exceder de dos años contados a partir del día siguiente de la publicación del Decreto.
  - La Federación, las entidades federativas y el Distrito Federal deberán ajustar su legislación penal y las demás leyes que establezcan los tipos

penales y sanciones dentro del plazo de un año contado a partir de la entrada en vigor de la ley penal general.

- La legislación única en las materias procedimental penal y de ejecución de penas que expida el Congreso de la Unión conforme al presente Decreto, entrará en vigor en toda la República a más tardar el día dieciocho de junio de dos mil dieciséis.
- La legislación vigente en la materia procedimental penal y de ejecución de penas expedida por el Congreso de la Unión, las legislaturas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal continuará en vigor hasta que inicie la vigencia de la legislación que respecto de cada una de dichas materias expida el Congreso de la Unión conforme Decreto.
- Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación procedimental penal que establece el Decreto, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes al momento de iniciarse dichos procedimientos.

Durante la reunión de comisiones unidas, los Presidentes de las comisiones: Raúl Cervantes de Puntos Constitucionales; Roberto Gil Zuarth de Justicia y Alejandro Encinas de Estudios Legislativos, Segunda mostraron su beneplácito y fueron secundados por todos los senadores miembros de dichas comisiones. En general no hubo debate, pero si un cambio significativo a sus términos.

Se suprimió el inciso a) de la fracción XXI del artículo 73 constitucional, en consecuencia se recorrieron los subsecuentes y adaptaron los transitorios al cambio. La reforma quedó en los siguientes términos:

Dictamen original	Dictamen modificado
Reformas al artículo 73 Constitucional, fracción XXI, para incluir en las facultades del Congreso, expedir:	Reformas al artículo 73 Constitucional, fracción XXI, para incluir en las facultades del Congreso, expedir:
a) Ley penal general que establezca bases para legislar en materia penal a nivel Federal, estatal y DF.	a) Leyes generales en materia de secuestro y trata de personas que incluyan como mínimo tipos penales u sanciones.
b) Leyes generales en materia de secuestro y trata de personas que incluyan como mínimo tipos penales u sanciones.	b) Legislación que tipifique faltas contra la Federación y sus penas; así como en materia de delincuencia organizada.

## Diseño de un Código Procesal Penal Único

c) Legislación que tipifique faltas contra la Federación y sus penas; así como en materia de delincuencia organizada.	c) Legislación única en materia procedimental penal, <b>mecanismos alternativos de solución de controversias</b> y ejecución de penas.
d) Legislación única en materia procedimental penal y ejecución de penas.	
Autoridades federales conocerán del fuero común en caso de conexidad con delitos federal, periodistas o en casos que atenten contra la libertad de expresión o derecho a la información.	Autoridades federales conocerán del fuero común en caso de conexidad con delitos federal, periodistas o en casos que atenten contra la libertad de expresión o derecho a la información.

Las razones de eliminar el inciso a), que compartieron los presidentes de las comisiones unidas, fue evitar la generación de confusiones en los acuerdos que se han concretado. No se ha logrado un consenso para expedir un código penal sustantivo (que incluye las penas) único.

En este sentido, el Senador Raúl Cervantes mencionó que de conservar el inciso a), se podría enviar un mensaje equivocado. Incluso afirmó que para él no es conveniente crear un catálogo único de delitos porque no se podría atender a todas las necesidades de cada entidad, sin embargo, si se debe considerar para determinadas conductas los mismos elementos para ser integrados en los elementos del tipo penal, por ejemplo, unificar que se entiende por secuestro.<sup>8</sup>

La estrategia en tiempo y contenido se había logrado, el dictamen aprobado en comisiones quedó de primera lectura en la sesión en Pleno del Senado, ese mismo jueves 25 de abril, sometido a segunda lectura, discusión y aprobación en la sesión del lunes 29 de abril, justo antes del cierre del periodo ordinario. La estrategia en la presentación, tanto en tiempo como en contenido, había sido exitosa.

La minuta proveniente de Cámara de Senadores, en Diputados tuvo una tramitación casi igual de ágil pues fue discutida y aprobada en periodo extraordinario. Se avaló con el voto de 453 diputados a favor, tres en contra y dos abstenciones. Al fundamentar el proyecto en tribuna, el legislador perredista Julio César Moreno, presidente de la Comisión de Puntos Constitucionales, precisó que la reforma pretende establecer un modelo jurídico único de legislación procesal penal, de justicia alternativa y de ejecución de sanciones, para evi-

<sup>8</sup> Declaraciones realizadas por el Senador Presidente de la Comisión de Puntos Constitucionales, Raúl Cervantes, durante la reunión de comisiones unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos Segunda, jueves 25 de abril de 2013, salón de Sesiones de la Comisión Permanente, ubicado en el Sótano 1 del Hemiciclo del Senado de la República.

tar la existencia de distintas maneras de procurar y administrar la justicia penal, así como de cumplir las penas.

“En nuestro país existe una pluralidad de legislaciones procesales que propician situaciones de injusticia y de arbitrariedad que en su aplicación atentan contra el derecho fundamental de la igualdad, ya que actualmente a quien se le imputa la comisión de un delito es tratado de manera diferente, dependiendo del lugar en que lo cometió”, adicionó.<sup>9</sup>

El proyecto de decreto por el que se reforma la Fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia procedimental penal, fue turnado a las legislaturas locales para su aprobación, de conformidad con el artículo 135 de la misma Constitución.

El día 5 de septiembre de 2013, la Cámara de Diputados emitió la declaratoria de la reforma a la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política, en materia de legislación procesal penal única. Se recibieron 19 oficios de Congresos estatales mediante los cuales se informa de la aprobación a las reformas a la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de legislación procesal penal única.

En dichas reformas se aprueba facultar al Congreso de la Unión para expedir: 1) las leyes generales en materia de secuestro y trata de personas, a fin de establecer como mínimo los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios; 2) la legislación en materia de delitos federales y delincuencia organizada, previendo las penas y las sanciones que por ellos deban imponerse; y, 3) la legislación única en materia procesal penal unificada para toda la República, así como el establecimiento de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en el orden federal y en el fuero común. Asimismo, prevé en sus artículos transitorios que la presente reforma entre en vigor el 18 de junio de 2016. Las entidades federativas que dieron a conocer su voto aprobatorio fueron: Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Hidalgo, Estado de México, Nuevo León, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.<sup>10</sup>

---

9 Fernando Damian, “Aprueban diputados reforma para expedir código procesal único”, periódico Milenio, 17 de julio, 2013, versión electrónica disponible en <http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/eb3fa972ba56a0318e4776895695126e> [Consulta realizada el 5 de agosto, 2013].

10 Para el seguimiento de esta reforma constitucional, se sugiere consultar el siguiente vínculo <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sen&mn=9&sm=2> [Fecha de consulta 6 de septiembre de 2013].

## 2. Propuestas de Código Procesal Penal Único. Trabajos desde el Senado de la República

Durante la LXII legislatura del Senado de la República han sido diversas las propuestas de código procesal penal único.

En un primer momento y mediante un sistema de comparación, se analizaron dos iniciativas. La comisión de Justicia organizó, durante el mes de marzo de 2013, cuatro audiencias públicas a las que asistieron autoridades, profesionales y representantes de la sociedad civil. Los objetivos principales fueron enriquecer el análisis técnico, profundizar en los dilemas que presentan las iniciativas turnadas ante el Pleno, así como abrir espacio a la discusión pública.

Se trató de las siguientes iniciativas:

1) Proyecto de Decreto por el que se expide el Código de Procedimientos Penales único, presentado por el Senador Pablo Escudero del Partido Verde Ecologista de México y otros senadores, el 2 de octubre del 2012.<sup>11</sup>

2) Proyecto de Decreto del Código Federal de Procedimientos Penales presentado por senador Roberto Gil Zuarth y Manuel Camacho Solís, de los partidos acción Nacional y Revolución Democrática, respectivamente, el 5 de febrero de 2013. Cabe mencionar que esta iniciativa fue elaborada por diversas organizaciones civiles y fueron los senadores mencionados quienes la aprobaron como propia y presentaron ante el Pleno del Senado.<sup>12</sup>

Del escrutinio de ambas, podemos resaltar los siguientes puntos:

### A. Diferencias y convergencias

- El planteamiento del proyecto del Senador Escudero es más adecuado, toda vez que trata los principios del proceso<sup>13</sup> desde el Título Primero, y el de las organizaciones sociales lo hace en el Título Cuarto del Libro Segundo, con lo cual se presta a la confusión de que los principios del acusatorio adversarial no son observables durante todo el tiempo que lleve el proceso.
- Respecto a la secuencia lógica: sujetos, actos procesales, investigación, acción penal, vinculación, audiencia intermedia, acusación, juicio oral, sentencia, impugnación y procedimientos especiales, el proyecto del Senador Escudero se muestra más apegado a los principios del proceso acusatorio

---

11 Disponible en [http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias/Audiencias\\_Publicas\\_Iniciativa\\_PEM.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias/Audiencias_Publicas_Iniciativa_PEM.pdf) [Fecha de consulta 3 de mayo, 2013].

12 Disponible en [http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias/Audiencias\\_Publicas\\_Iniciativa\\_OSC.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias/Audiencias_Publicas_Iniciativa_OSC.pdf) [Fecha de consulta 3 de mayo, 2013].

13 MICHEL, Guillermo, Entrelazos. Hermenéutica existencial y liberación, UAM, México, 2001, p. 49

al entender que la investigación comienza con la denuncia o querrela y concluye en cada caso con la acusación; que después de la investigación se abre la etapa intermedia; que posteriormente se da el juicio oral y la sentencia; que entonces deben reglamentarse los recursos y finalmente los procedimientos especiales. Es decir, contiene un planteamiento estructural que deja claras las diferencias con el sistema inquisitivo mixto.

- Por su parte, el proyecto de la sociedad civil muestra una adecuada técnica procesal en la manera en que regula los mecanismos alternativos de solución de conflictos en su Título Tercero del Libro Segundo, también destinado a la acción penal y a los criterios de oportunidad. En tanto el Senador Escudero los desarrolla en el Título destinado a la ejecución de sanciones, limitándose a la conciliación y mediación. Además, establece los procedimientos especiales para miembros de las comunidades indígenas, aún y cuando ello no sea propiamente un procedimiento especial.

#### B. Avances y retrocesos<sup>14</sup>

- Rodolfo Félix Cárdenas, de la Secretaría del Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal mencionó que lo ideal sería aprobar un Código de Procedimientos Penales único, con reglas claras de competencia para que todas las entidades lo puedan aplicar. Es muy importante destacar los grandes tropiezos de las propuestas, sobre todo del proyecto propuesto por las organizaciones y presentado por legisladores del PAN y PRD, pues pretende sostener la figura del arraigo y la libertad provisional bajo caución conforme al viejo sistema penal y esto no tiene cabida en un modelo acusatorio.
- Samuel González, consultor internacional de seguridad pública y delincuencia organizada afirmó que el nuevo ordenamiento debe garantizar los derechos de víctimas e imputados en un proceso equilibrado. La propuesta ciudadana pareciera que lo hace, sin embargo, de un análisis más detallado, la propuesta más destacable es la presentada por el Senador Escudero.
- Jorge Arturo Gutiérrez Muñoz, consultor especializado en el sistema penal acusatorio aseveró que la iniciativa de las organizaciones sugiere otorgarles fe pública a los agentes del Ministerio Público, pero esto “vulnera el

---

14 Para este tema, se incluyen las intervenciones más destacadas durante la audiencia pública del 6 de marzo de 2013. REUNIÓN DE TRABAJO DE LAS COMISIONES DE JUSTICIA, ANTICORRUPCIÓN Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA, ESTUDIOS LEGISLATIVOS Y ESTUDIOS LEGISLATIVOS, SEGUNDA. Planta Baja del Hemiciclo, Senado de la República.

principio de igualdad del debido proceso”.

Este proyecto ciudadano poco se apega a los postulados de la reforma penal aprobada en 2008, ya que establece que el proceso se tiene que sustanciar bajo expediente y no bajo un régimen de audiencias, situación que se agravaba por el otorgamiento de fe pública al Ministerio Público.

- Jorge N. Kuri, del Instituto Nacional de Ciencias Penales, planteó la emisión de un Código Federal de Procedimientos Penales aplicable en toda la República, con independencia de los ordenamientos procesales que puedan expedir los estados.

Como ha de observarse, la dinámica de audiencias públicas, a las que concurren expertos, fue muy prolija. Aunado al estudio en particular del texto de las iniciativas, concluimos lo siguiente:

- El proyecto del Senador Pablo Escudero es más apegado a la reforma constitucional del 2008 en materia de seguridad y justicia y a criterios internacionales.
- Muchos de los errores se cometen en ambas propuestas. Los más graves son:
  - a. Se sigue dotando al MP de fe pública en sus actuaciones. Se atenta contra el principio de inocencia pues el inculpado tendrá que probar que no es culpable, frente a los argumentos que ya han sido dotados de validez por el propio sujeto que lo acusa.
  - b. Se reconoce la participación activa de un secretario del juzgado en las audiencias. Actualmente es él quien, indebidamente, sustituye al juez que no acude a los juicios. Si se le reconoce una participación activa en el nuevo modelo, se atenta contra principio de intermediación, que establece que el juez, y las partes deben estar presentes en todas las audiencias. La ausencia del juez es motivo de nulidad de la audiencia.
  - c. Se conservan figuras como el arraigo y la libertad provisional bajo caución, el sistema de expedientes y no se da la debida importancia al sistema de audiencias.

Este par de iniciativas fueron un buen ensayo, afortunadamente no se siguió su análisis para integrarse en el proyecto de dictamen final por las múltiples contradicciones que representaban a los principios constitucionales del sistema acusatorio-adversarial. De permitir estos desaciertos se crearía un nuevo sistema, más inquisitivo que el actual.

Fue así que durante la realización de las audiencias públicas, observando las deficiencias de los proyectos existentes y tomando propuestas que presentaban los expertos, se presentaron nuevas iniciativas que ameritaron un nuevo análisis.

De esta manera, el 14 de mayo de 2013, en la sede del Senado de la República se llevó a cabo la primera reunión de trabajo del Consejo Técnico<sup>15</sup> de la Comisión de Justicia para la expedición de un nuevo código procesal penal. Así inició una segunda fase de análisis<sup>16</sup> que partió de los aciertos y equivocaciones identificados. La dinámica de análisis consistió en la realización de mesas de trabajo a cargo del Consejo Técnico donde se estudiaron los nuevos proyectos.

Las propuestas que conformaron este segundo boque de trabajo y análisis fueron:<sup>17</sup>

1. Iniciativa con proyecto de decreto por la que se expide el Código de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por las Senadoras Cristina Díaz Salazar, Diva Hadamira Gastélum Bajo e Hilda Esthela Flores Escalera, presentada el 4 de abril de 2013. Que de ahora en adelante identificaremos como iniciativa **A**.

2. Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide el nuevo Código Único de Procedimientos Penales, presentada por el Senador Pablo Escudero Morales, presentada el 29 de abril, 2013. Que de ahora en adelante identificaremos como iniciativa **B**.

3. Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide el Código Procesal Penal para la República Mexicana presentada por los senadores y las senadoras Arely Gómez González, Roberto Gil Zuarth, Manuel Camacho Solís, Pablo Escudero, Angélica De La Peña Gómez, Omar Fayad Meneses, Luis Armando

---

15 La Junta Directiva de la Comisión de Justicia, conformó un Consejo Técnico con el propósito de otorgar a la Comisión de Justicia la asistencia técnica necesaria así como el análisis de las iniciativas a dictaminar. Sus propósitos fundamentales fueron: 1) Coadyuvar a la Comisión de Justicia en la selección de personas y autoridades para comparecer; 2) Coadyuvar a la selección de temas diseño de preguntas para el desarrollo de las audiencias; 3) Elaborar un documento de síntesis de cada audiencia; 4) Elaborar al concluir las cuatro audiencias, un documento final donde se viertan las conclusiones de todos los ejercicios; 5) Asistir a la Comisión de Justicia durante el proceso de audiencia pública, análisis y dictamen de las iniciativas sobre un nuevo Código de Procedimientos Penales.

16 ACUERDO POR EL QUE SE APRUEBA LA CONVOCATORIA Y METODOLOGÍA PARA LA CELEBRACIÓN DE AUDIENCIAS PÚBLICAS RESPECTO DE LAS INICIATIVAS PRESENTADAS PARA LA EXPEDICIÓN DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, A FIN DE ENRIQUECER EL TRABAJO LEGISLATIVO CON OPINIONES TÉCNICAS Y LA PARTICIPACIÓN DE EXPERTOS, AUTORIDADES, PROFESIONALES Y REPRESENTANTES DE LA SOCIEDAD CIVIL.

17 Disponibles en [http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/iniciativa\\_codigo.php](http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/iniciativa_codigo.php) [Consulta realizada el 3 de mayo de 2013]

Melgar Bravo, Dolores Padierna, Layda Sansores San Roman, presentada el 30 de abril de 2013. Que de ahora en adelante identificaremos como iniciativa C.

Del estudio de estas tres propuestas, se concluye lo siguiente:

Para cumplir con funciones metodológicas y pedagógicas, el código en elaboración:

- Debe describir el objetivo del proceso. La iniciativa A, cumple con los lineamientos constitucionales. La iniciativa B no lo define y la iniciativa C no toca el tema de manera específica o textual.
- Debe describir y definir las etapas, así como adoptar la terminología de proceso, y no de procedimiento.
- Debe ser claro respecto a la presunción de inocencia. Las tres iniciativas hacen referencia expresa a tal aspecto, el retroceso es cuando mencionan que debe existir sentencia firme, para que opere la inocencia plena, tal es el caso de la iniciativa C. Se debe probar la culpabilidad más no la inocencia.

En ningún caso, estos elementos pueden considerarse repetitivos a lo establecido en la Constitución, son necesarios para el cambio cultural y filosófico<sup>18</sup> que se pretende lograr.

Respecto a la interpretación restrictiva, solo lo contiene la iniciativa C. Este principio regula el que todo lo que deba interpretarse en medidas que afecten la libertad (vr. gr. prisión como medida cautelar) se interprete de manera restrictiva, es decir, en el menor de los casos y siempre beneficiando la libertad.

Adicionalmente, en el diseño del código de procedimientos único, se debe considerar:

- La posibilidad de que se deleguen tareas propias del juez, debe ser compatible con la competencia auxiliar, por lo que no debe ser prohíba tajantemente. No obstante, no debe permitirse la delegación a quien no tenga tarea jurisdiccional directa. Todos los códigos prohíben delegar funciones del juez, pero prevén que se delegue para práctica de diligencias.
- No debe incluirse el principio de interpretación restrictiva en perjuicio de las víctimas. Solo lo contiene la iniciativa C. Este principio regula el que todo lo que deba interpretarse en medidas que afecten la libertad (vr. gr. prisión como medida cautelar) se interprete de manera restrictiva, es decir, en el menor de los casos y siempre beneficiando la libertad.

---

18 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, Manual de Derecho Penal.

Las mesas siguientes fueron de temas más específicos. A continuación incluimos los temas a debate, por parte de los consejeros que formaron el Consejo Técnico de la Comisión de Justicia, integrando consideraciones propias al respecto.

- Providencias precautorias o medidas cautelares en la etapa de investigación: Los Consejeros concluyeron que la Iniciativa C contiene un desarrollo adecuado del tema, por lo cual la estructura base será la ahí establecida.

Se determinó que debe haber diferenciación entre medidas precautorias y cautelares. Asimismo, se propone que, en lo relativo a la excepción prevista en el artículo 139,<sup>19</sup> se sustituya el término de 12 horas por el de cinco días, cuando no existe detenido. Lo anterior, bajo los siguientes razonamientos:

1. Sólo como excepción a la judicialización, y bajo su responsabilidad, se faculta al MP a ordenar medidas protectoras para las víctimas.

2. Tratándose de supuestos sin detenido, el plazo para la sanción judicial será de 5 días, de otra forma no habría tiempo de ejecutar la medida, o no en todos los casos.

3. Replantear la redacción del artículo 139 de la Iniciativa C y establecer “la ejecución de medidas de protección previstas en otros ordenamientos”.

4. Se debe de distinguir: medidas de protección, medidas precautorias y medidas cautelares. Por ello, el Capítulo relativo debe denominarse: “Procedencia de providencias precautorias y otras medidas de protección”.

5. El artículo 138 debe reformarse en consecuencia. Al respecto, el MP debe continuar con la facultad de emitir medidas precautorias de carácter real. Esto debe estar regulado y tener control judicial.

- Facultad de que el MP pueda otorgar la libertad al imputado si el delito que investiga no amerita prisión preventiva oficiosa: Sobre esta posibilidad, se indicó que la Iniciativa A no la desarrolla expresamente, aunque si prevé la libertad provisional bajo caución ante el juez de control en su artículo 352. Por su parte, la Iniciativa B prevé la posibilidad de que el imputado solicite al juez de control la libertad; sin embargo, no faculta al Ministerio Público para hacerlo directamente, según lo establecido en el artículo 223. La Iniciativa C, prevé la posibilidad de que mediante acuerdo entre el imputado y el Minis-

---

<sup>19</sup> Art. 139. Cuando el Ministerio Público estime que existe riesgo inminente de que ocurran los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 135 (Procedencia de las providencias precautorias) podrá, bajo su más estricta responsabilidad, ordenar la aplicación de providencias precautorias idóneas. Doce horas después de la aplicación de la providencia se celebrará una audiencia ante el Juez de Control para que la ratifique, modifique o cancele, de conformidad con las reglas generales previstas en este código.

terio Público, se acuda al juez a que se otorgue la libertad; pero sigue sin permitir directamente al Ministerio Público que decida al respecto.

- Idoneidad del catálogo de delitos graves o de aquellos que ameritan prisión preventiva oficiosa. La iniciativa A posee un catálogo de delitos graves en el artículo 211 y genéricamente señala aquellos en los que procede la prisión preventiva oficiosa en el artículo 347. La iniciativa B, tiene un catálogo de delitos respecto de los cuales procede prisión preventiva oficiosa, en su artículo 264, pero no menciona nada sobre delitos graves. La iniciativa C hace una mención genérica de los delitos en los que procede prisión preventiva oficiosa en su artículo 172, pero tampoco menciona delitos graves.

Los Consejeros acordaron que sí debe existir un catálogo de delitos graves o de aquellos que ameritan prisión preventiva oficiosa en el Código Único de Procedimientos Penales, pero deberá ser un catálogo mínimo basado en el marco constitucional. En tanto, en los códigos sustantivos tanto federales como locales (recordemos que el Código Único, en comento, es adjetivo, es decir, de procedimientos), contendrán los tipos penales, definición y elementos. El listado en el Código Único se limitará a aquellos delitos donde proceda la prisión preventiva.<sup>20</sup>

- Momento para medidas cautelares. La iniciativa A, en su artículo 335, prevé que las medidas cautelares se pueden imponer en la audiencia de vinculación a proceso; aunque se acota en relación con la libertad bajo caución que ocurra en la audiencia de acusación preliminar, conforme establece en el artículo 352. Por otra parte, la Iniciativa B no prevé el momento procesal para imponerlas, sólo alude que será en audiencia en su artículo 248. Por último, la Iniciativa C, en el artículo 156, indica que se pueden imponer desde el auto de vinculación a proceso.

Los Consejeros acordaron que se podrán imponer medidas cautelares a partir de la vinculación a proceso. En el mismo sentido, en el artículo que hable sobre control de la detención se deberá agregar que la calificación legal que se haga de la detención implicará la prolongación de la detención.

- Divergencia entre las Fases del Procedimiento previstas por las iniciativas: Las fases del procedimiento en la iniciativa A, en su artículo 119, prevé Investigación del delito (preliminar y perfeccionamiento), Proceso (plazo constitucional, preparación a juicio oral y juicio oral) y Ejecución de la sen-

---

<sup>20</sup> Es adecuado aclarar que en caso de que el Congreso de la Unión apruebe un Código Procesal Penal Único, éste contendrá las reglas procesales que deberán seguirse en todo el territorio nacional, sin embargo, continuarán en operación los 32 códigos penales, ya que son estos los que incluirán las conductas consideradas delictivas para cada estado, para el Distrito Federal y para la Federación.

tencias condenatorias. En la iniciativa B, en su artículo 164, prevé: investigación inicial, Control previo, Investigación formalizada, intermedia o de preparación a juicio oral, Juicio oral, y una segunda instancia para el tema de Ejecución de sanciones. En cambio, la iniciativa C, en su artículo 202, prevé: Investigación (inicial y complementaria), Intermedia o de preparación a juicio, y Juicio. Los Consejeros acordaron que la estructura de etapas prevista en la iniciativa C es la más adecuada.

- **Acción penal:** Los Consejeros señalaron la importancia de desarrollar el tema de la Acción Penal en el nuevo Código Procesal Penal, y coincidieron que las iniciativas A y B prevén un capitulado sobre la acción penal en sus artículos 250-254 y 234-240, respectivamente. Pero, por el contrario, la iniciativa C no desarrolla capitulado alguno al respecto pues se trata de un tema transversal.

Los Consejeros acordaron por mayoría, que no era necesario que existiera un capítulo especial que desarrolle la Acción Penal en el nuevo Código Procesal Penal.

- **Valoración de pruebas conforme a la sana crítica y las máximas de la experiencia:** En relación a este tema los Consejeros coincidieron que los tres proyectos prevén la valoración de la prueba: la iniciativa A la prevé en su artículo 418, la iniciativa B en su artículo 293 y la iniciativa C en el 249.

También se analizó la idoneidad de hacer una valoración conforme a la tradicional y necesaria fundamentación y motivación. Los Consejeros acordaron que la valoración de pruebas debía hacerse conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

### **3. Siguiendo iniciativa ¿la definitiva?**

Han concluido los trabajos de análisis de las iniciativas mencionadas. De conformidad con declaraciones de los Senadores involucrados, se tiene previsto que entre septiembre y noviembre de 2013, se presente ante el Pleno del Senado la iniciativa con proyecto de decreto por el que se expida el código procesal penal único, que consideramos, tendrá una gran ventaja, por la ruta seguida en su elaboración, pues contará con la aprobación de la mayoría de los partidos políticos, por lo menos en el Senado. Previendo fechas y tiempos legislativos, y partiendo del ritmo acelerado en la dinámica de trabajo de la Comisión de Justicia en el Senado, muy probablemente, en enero del 2014 pueda discutirse en la Cámara de Diputados un proyecto de código.

#### 4. Conclusiones

En este trabajo hemos reflexionado sobre los trabajos del Senado de la República en la consolidación de un nuevo sistema de justicia mexicano. La reforma constitucional del año 2008 al sistema penal es sólo parte de un cambio de viraje en la cultura jurídica mexicana. Diseñar un código penal adjetivo que homogenice las prácticas procesales, sin duda será un paso firme en la tarea.<sup>21</sup>

Otorgar al Congreso de la Unión la facultad exclusiva para legislar en materia procesal penal, no asegura un éxito rotundo en la configuración de un diseño garantista. Aún existe riesgo de retrocesos. Otorgar fe pública al Ministerio Público, permitir la delegación de tareas jurisdiccionales a funciones menores, negar la presunción de inocencia al exigir la acreditación de la no culpabilidad, la figura del arraigo y la libertad provisional bajo caución, son errores graves que sin embargo, se corre peligro de que por descuido u omisión intencionada se conserven en el nuevo sistema.

Existen elementos de necesaria observancia durante la construcción de un código de procedimientos penales:

- Apego a los postulados constitucionales y a tratados internacionales;
- Consistencia con el sistema acusatorio-adversarial; y,
- Evitar remanentes del modelo inquisitorio.

Debe aprovecharse el momento de voluntad política, participación ciudadana, apertura a la opinión y presencia de expertos especialistas, en la conformación de un código adjetivo único. La dinámica que se ha seguido desde el Congreso Federal, específicamente desde el Senado, permite dotar de transparencia el proceso de construcción. En este momento histórico, lo que más se requiere es generar confianza y credibilidad en la sociedad. Para asegurar la gobernanza, es ineludible la confianza en las instituciones.

---

21 No obstante, la falta de consenso entre muchos actores involucrados, dificulta la labor. Evidencia de esto es que se prefirió trabajar en los consensos para una nueva reforma constitucional, que lograr los avances en la implementación del sistema acusatorio-adversarial desde las legislaturas locales.

## **Bibliografía**

- CORDÓN, Faustino, *Introducción al Derecho Procesal*, EUNSA, Pamplona, España, 1965.
- MICHEL, Guillermo, *Entrelazos. Hermenéutica existencial y liberación*, UAM, México, 2001.
- WITKER, Jorge, *Reforma procesal penal y cambio cultural en México*, *Revista Judicatus*, núm. 2, enero-junio, 2009, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, pp. 3-13.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2005.

## **Fuentes electrónicas**

- <http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/eb3fa972ba56a03-18e4776895695126e> [Consulta realizada el 5 de agosto, 2013].
- [http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias/Audiencias\\_Publicas\\_Iniciativa\\_OSC.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias/Audiencias_Publicas_Iniciativa_OSC.pdf)
- [http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/iniciativa\\_codigo.php](http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/iniciativa_codigo.php)
- [http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias/Audiencias\\_Publicas\\_Iniciativa\\_PEM.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias/Audiencias_Publicas_Iniciativa_PEM.pdf)
- <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sen&mn=9&sm=2>
- [http://sitl.diputados.gob.mx/LXI\\_leg/curricula.php?dipt=454](http://sitl.diputados.gob.mx/LXI_leg/curricula.php?dipt=454)

# Las Declaraciones de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana de 1791 y de Independencia de Haití de 1804 en el proceso de positivización de los derechos fundamentales. Aportes desde el constitucionalismo feminista\*

Nilda Garay Montañez \*\*

**RESUMEN:** El estudio del proceso de positivización de los derechos fundamentales se ciñe a un conjunto de documentos políticos en el que no suelen estar presentes la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana de 1791 y la Declaración de Independencia de Haití de 1804. Ambas intentarían dotarle una mayor dimensión a los principios liberales. Ambas, en el proceso de gestación del Estado liberal constitucional, plasmaron en sus textos la existencia de un sujeto diferente al hombre blanco de la burguesía occidental. En este trabajo se analizan dichos documentos y se expone cómo los conceptos raza y sexo influyeron en la definición del sujeto de los derechos aupados en 1776 y, en concreto, en 1789.

**Palabras Clave:** Constitucionalismo feminista, igualdad, discriminación racial, Haití, mujeres, constitucional, género, derechos fundamentales.

**ABSTRACT:** The study of the process of consolidation of fundamental rights concentrates on a group of documents that usually does not include the Declaration of the Rights of Woman and the Female Citizen of 1791 and the Declaration of Independence of Haiti of 1804. Both aimed at giving liberal principles a wider dimension. In the process of the creation of the constitutional State, both incorporated in their texts the existence of a subject, different from the white male of occidental bourgeoisie. This paper analyzes said documents and explains how the concepts of race and gender were of influence in the definition of the subject of rights created in 1776 and, especially, in 1789.

**Keywords:** Feminist constitutionalism, equality, racial discrimination, Haiti, women, constitutional, gender, fundamental.

---

\* Artículo recibido el 28 de agosto de 2013 y aceptado para su publicación el 12 de noviembre de 2013.

\*\* Profesora de derecho constitucional. Universidad de Alicante, nilda.garay@ua.es

**SUMARIO:** Introducción. 1. Constitucionalismo feminista. Algunas consideraciones. 2. La impronta de las categorías *raza* y *sexo* en el desarrollo histórico de los derechos. 3. Positivización de los derechos fundamentales: Las Declaraciones de 1776 y 1804. 4. Conclusiones. Bibliografía.

## Introducción

El feminismo como corriente de pensamiento forma parte de la historia de la humanidad. Si bien desde la región noroccidental se desarrolla la idea de igualdad de mujeres y hombres, esto no implica que haya estado ausente en regiones no occidentales<sup>1</sup>. No obstante ello, en este análisis sobre el *constitucionalismo feminista* se pone énfasis en Occidente. Por tanto, cabe señalar que el feminismo como filosofía política occidental, si bien forma parte de la historia de los países de aquella zona que comparten, de manera general, un sistema social, económico y cultural<sup>2</sup>, no se puede ignorar su proyección fuera de sus fronteras y su recreación en otras realidades lo que ha dado lugar a los nuevos *feminismos*<sup>3</sup>.

En el siglo XVIII, durante el desarrollo del constitucionalismo, las demandas de las mujeres se expresaron en el espacio público dejando patente su impronta dentro de este proceso que culminaría con la consolidación de los Estados Liberales<sup>4</sup>. El feminismo y el constitucionalismo crecieron en el seno de la Ilustración, el primero constituyéndose en una crítica al androcentrismo y el segundo como una doble vía para permitir tanto el desarrollo del capitalismo como del patriarcado. Esta doble ruta jurídico-política, a la vez que facilitaría el desarrollo del nuevo modo de producción capitalista, asentaría el tradicional sistema productivo-reproductivo, esto es, el patriarcado. Al mismo tiempo sería la vía para proclamar la igualdad formal con la finalidad de darle opacidad a las relaciones desiguales que conlleva el tándem capitalismo/patriarcado. Sin embar-

---

1 Véase SPIVAK, Gayatri Chakravorty, "Qué es género? ¿Dónde está Europa? Caminando con Balibar", Sociedad y Discurso, 14, *Revista del Departamento de Lengua y Cultura de la Universidad de Aalborg*, Dinamarca, 2008; de la misma autora: *Crítica de la razón poscolonial. Hacia una crítica del presente evanescente*, Akal, Madrid, 2010. Y, además, MORTON, Stephen, "Las mujeres del «tercer mundo» y el pensamiento feminista occidental", *La manzana de la discordia*, 1, Vol. 5, enero - junio, Universidad del Valle, Cali, 2010.

2 EVANS, Richard, *Las Feministas. Los movimientos de emancipación de la mujer en Europa, América y Australasia, 1840 -1920*, Siglo Veintiuno, Madrid, 1980.

3 Por ejemplo, véase: ARONSON, Pamela, "Feminists or "Postfeminists"?: Young Women's Attitudes toward Feminism and Gender Relations", *Gender and Society*, 6, Vol. 17, Sage Publications, Stanford University, Dec., 2003, pp. 904-906.

4 KOHL, Lindsay, "Defining the Natural Rights of Man: An Analysis of Burke, Paine, and Wollstonecraft", *Explorations: The Journal of Undergraduate Research and Creative Activities for the State of North Carolina*, 2012, pp. 68 y ss.

go, en esta ruta de contradicciones surgió la idea de conquista de los derechos y la posibilidad de proponer mayor dimensión a la igualdad.

La Ilustración hegemónica, como filosofía oficial del constitucionalismo, consagraría como *sujeto* al varón blanco y propietario autónomo quien se reconoció como el único ser racional en oposición al grupo de varones pobres y no blancos y, especialmente, a todas las mujeres. La Ilustración androcéntrica, serviría de sustento al constitucionalismo liberal dominante convirtiéndose ambos en los precedentes para la construcción de los Estados liberales de derecho, de los Estados democráticos así como de los Estados sociales. La teoría política feminista significaba un escollo dado que descubriría los defectos de la moderna organización socio-política sustentada en el *sistema patriarcal*<sup>5</sup>. La crítica feminista denunciaba las contradicciones de la idea “derechos del hombre” así como la pervivencia de la esclavitud. En el siglo del asentamiento del constitucionalismo liberal, los movimientos antiesclavistas liberales ingleses, franceses y estadounidenses estaban conformados por hombres y mujeres militantes del feminismo<sup>6</sup>.

De acuerdo con Facio, el feminismo es una teoría autónoma que desarrolla y critica las ideas político-sociales que lo preceden. Es la concurrencia de diversos pensamientos para llevarlos a planteamientos más objetivos y más abarcadores de la realidad humana ya que incluyen a la otra mitad de lo humano<sup>7</sup>. Todas las corrientes del feminismo buscan algún grado de transformación del estatus jurídico y social de las mujeres y procuran transformar las relaciones de poder, lo que a su vez transformaría radicalmente las relaciones de clase y raza<sup>8</sup>. Una de sus más importantes aportaciones es la incorporación del concepto *patriarcado* para explicar la existencia de un sistema de dominación que mantiene la subordinación histórica de las mujeres y que es capaz de reproducirse ideológicamente impidiendo la igualdad<sup>9</sup>.

Desde el punto de vista feminista (*the feminist standpoint*) se puede constatar que la influencia de las relaciones de género en la organización política y en su

---

5 Al respecto véase JONASDOTTIR, Anna G., *El poder del amor: ¿Le importa el sexo a la democracia?*, Cátedra, Madrid, 1993 cuya obra es útil para desarrollar una crítica constructiva a las bases sexistas de la tradicional teoría del Estado y del derecho constitucional.

6 EVANS, *Las Feministas. Los movimientos de emancipación de la mujer en Europa, América y Australasia, 1840-1920*, Op. Cit., pp. 32-37 y 47-48.

7 FACIO, Alda, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, Herrera, Gioconda (coordinadora), *Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, FLACSO, Quito, 2000, pp. 15-16.

8 FACIO, Alda, “Hacia otra teoría crítica del derecho”, Op. Cit., p. 15.

9 BALAGUER, María Luisa, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Cátedra, Madrid, 2005, pp. 24.

ordenamiento jurídico conlleva una normativización de los sexos, perpetuando la desigualdad de hombres y mujeres. Ello trae como consecuencia la dificultad para comprender el estatus de *ciudadanía* de las mujeres y, en consecuencia, considerarlas *sujeto de derechos*. Tal normativización se aplica en otras formas de discriminación como, por ejemplo, la racial. Sobre la base de características biológicas como el sexo y la raza se habría definido al sujeto. La perspectiva de género viene constituyéndose en una herramienta de análisis de las formas de discriminación cuyo punto de arranque es la discriminación por sexo<sup>10</sup>.

En el presente trabajo se analiza cómo en la historia constitucional el concepto de sujeto presidido por el individuo varón blanco ha sido contestado proponiéndose su reformulación. Aquí se aportan datos que permiten comprobar que en el proceso de positivización de los derechos existen otros textos políticos cuyos sujetos no responden a las características especialmente biológicas que aupó el constitucionalismo aceptado mayoritariamente. De ahí que este estudio haga referencia a las categorías sexo y raza en la medida que sirvieron para definir al sujeto y se centre en la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana y la Declaración de Independencia de Haití<sup>11</sup>. En ellas se constata la presencia de las mujeres y las reivindicaciones de hombres no blancos. Hechos que habrían advertido de los problemas de exclusión que suponía la preferencia del sujeto burgués.

## 1. Constitucionalismo feminista. Algunas consideraciones

El poder en la sociedad moderna está organizado y limitado por el derecho y, en concreto, por la Constitución. De ahí que el objeto de estudio del derecho

---

10 Conviene aclarar aquí la diferencia sexo de género. Sexo: Se refiere a características biológicas diferenciales que existen entre las mujeres y los hombres. Características que son de orden físico e indican el sexo: masculino y femenino. Género: Conjunto de expectativas que la sociedad deposita en relación a los distintos comportamientos que deberían tener hombres y mujeres. El género es una circunstancia social, que depende de las distintas culturas y creencias. En este caso, los individuos sí conservan cierto margen de actuación, en la medida que lo adaptan a "su" particular forma de entender lo que "debe ser" un hombre o una mujer. Cuando hombres y mujeres establecen sus interacciones en función de las expectativas sociales, las denominamos relaciones de género. Véase: Informes de impacto de género. *Guía de aplicación práctica, para la elaboración de Informes de Impacto de Género de las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, de acuerdo a la Ley 30/2003*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2005, p. 9 y *Glosario de Género*, Instituto Nacional de las Mujeres - INMUJERES, México D.F., 2007, p. 71.

11 En 2010 y 2011, en los Archivos Nacionales Británicos de Londres se encontraron dos copias impresas de la Declaración de la Independencia de Haití. Véase: The National Archives, "Haiti's Declaration of Independence discovered at The National Archives", 01 April 2013, disponible en <<http://www.nationalarchives.gov.uk/news/453.htm>> y University of Duke, "Rediscovering Haiti's Declaration of Independence", Duke Office of News, April 4, 2011, disponible en <<http://today.duke.edu/showcase/haitideclaration/>> vistas el 11 de junio de 2013.

constitucional se centre en las relaciones de poder. La razón de la organización y limitación del poder se sustenta en el principio de igualdad. Entre iguales se pactan los límites y el orden social para la convivencia pacífica. El pacto social se materializó entre varones blancos y con capacidad económica, quedando los hombres no blancos pobres y las mujeres fuera del pacto fundacional de los Estados constitucionales y democráticos de derecho. Exclusión que se vería reflejada en el derecho público tradicional cuya base teórica está en el pensamiento político liberal. La filosofía liberal predominante consideraba no iguales a las mujeres y a los hombres no occidentales a pesar de sus proclamas de igualdad. Por ejemplo, tras la consolidación de las Constituciones liberales, las estructuras sociales premodernas basadas en las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres se conservaron lo cual vino a desvelar la supuesta neutralidad de la Constitución<sup>12</sup>.

La confluencia del feminismo<sup>13</sup> (con su método de análisis que es la *perspectiva de género*<sup>14</sup>) y la disciplina constitucional toma en cuenta a los factores *clase, sexo y raza* como determinantes de la desigualdad. En este estudio nos centramos en *raza y sexo*. La consecuencia de dicha confluencia es el *constitucionalismo feminista* que se adscribe en el pensamiento crítico. El constitucionalismo feminista como parte del constitucionalismo crítico recoge los graves conflictos sociales y se compromete a comprenderlos con una finalidad "*liberalizadora y emancipadora*"<sup>15</sup>. Estudia cómo el patriarcado ha coexistido y coexiste con todos los sistemas económicos (esclavismo, feudalismo y capitalismo) determinando la distribución del poder y las contradicciones de la igualdad formal.

El derecho constitucional desde la perspectiva de género (*constitutionalism from a feminist perspective*) analiza cómo el Estado (desde el Estado moderno pa-

12 Sobre una crítica general a la neutralidad de la Constitución liberal véase: DE CABO MARTÍN, Carlos, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 83 y ss.

13 Sobre la teoría feminista, además de lo que se viene referenciando, véase en la línea del derecho constitucional a POSADA, Adolfo, *Feminismo*, Librería de Fernando Fé, Madrid, 1899 y a FISS, Owen M., "¿Qué es el Feminismo?", *Doxa*, 14, Universidad de Alicante, Alicante, 1993, pp. 318-335. Desde otras disciplinas: AMORÓS, Celia (dir.), *10 palabras clave sobre mujer*, Editorial Verbo Divino, Navarra, 1995, pp. 318-335; RUBIO CASTRO, Ana, *Feminismo y ciudadanía*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga, 1997 y VALCÁRCEL, Amelia, *Feminismo en el mundo global*, Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer, Madrid, 2008.

14 Respecto de la perspectiva de género como elemento de análisis científico véase HARDING, Sandra, "Is There a Feminist Method?", HARDING S. (Ed.) *Feminism and Methodology*, Indiana University Press, Indianapolis, 1988 y su traducción HARDING, S., "¿Existe un método feminista?" (Traducción de Gloria Elena Bernal), BARTRA, Eli (compiladora), *Debates en torno a una metodología feminista*, PUEG/UAM Xochimilco, México, 2002.

15 Sobre constitucionalismo crítico véase DE CABO MARTÍN, Carlos, "El sujeto y sus derechos", *Teoría y Realidad Constitucional*, 7, Primer semestre, UNED, Madrid, 2001 y del mismo autor *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010.

sando por el Liberal hasta los Estados sociales) responde a un fundamento androcéntrico y sexista que se manifiesta en las estructuras del poder. Sostiene que su repartición se establece en base a las relaciones de género, de ahí que desde el constitucionalismo feminista (*feminist constitutionalism*) se plantee la modificación de la clásica teoría del poder<sup>16</sup>. Dado que tal distribución resulta de un proceso de socialización el Derecho se convierte en una herramienta de cambio social y, es aquí donde el *feminismo jurídico* (*legal feminism*) cumple un papel importante en las reconceptualizaciones de la teoría constitucional<sup>17</sup>.

El *constitucionalismo feminista*, al criticar el poder, pone su atención en el *sujeto* cuya aparición, según la doctrina oficial, se dio a través del reconocimiento de sus derechos, en lo que resultó decisiva la Declaración de 1789<sup>18</sup>. Este documento sitúa al sujeto como el fin de la organización política<sup>19</sup>. El sustento de este sujeto (el hombre blanco nacido del pacto entre nobles y burgueses en Occidente) permitiría explicar por qué es difícil alcanzar la igualdad real y por qué las políticas dirigidas a la igualdad se convierten, en realidad, en políticas asimilativas<sup>20</sup> ya que se concibe a la igualdad en términos de homogeneidad o uniformidad. En suma, este constitucionalismo sostiene que al ser el Derecho un producto histórico, las socializaciones constituyen elementos imprescindibles a tomar en cuenta por los poderes públicos, y propugnan el acercamiento del derecho a la realidad social.

## 2. La impronta de los conceptos raza y sexo en el desarrollo histórico de los derechos

El constitucionalismo no tendría razón de ser sin los derechos y sus garantías. La idea de derechos fundamentales obedece a un largo proceso histórico. Así, hoy en día no podemos concebir una Constitución sin derechos que al dotarles de garantías pasan a denominarse fundamentales. “*Por medio de la Constitución,*

---

16 MACKINNON, Catharine A., “Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence”, *Signs*, 4, Vol. 8, The University of Chicago Press, Chicago, 1983, pp. 539-543.

17 Por ejemplo: los conceptos sufragio universal; democracia paritaria; representación o presencia equilibrada de mujeres y hombres; discriminación indirecta; discriminación estructural o sistémica; igualdad real; violencia de género; mediante las aportaciones del feminismo jurídico se toma en cuenta la necesaria delimitación conceptual, cuotas, acciones positivas y discriminación “positiva”; etcétera.

18 Desde el punto de vista general el sujeto aparecería en las Declaraciones paradigmáticas de 1776 y 1789 y, a partir del principio de igualdad, a éste que se le imputa los derechos a la vida, la libertad, la búsqueda de la felicidad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

19 DE CABO MARTÍN, Carlos, “El sujeto y sus derechos”, Op. Cit., pp. 120-121.

20 PITCH, Tamar, “Libertad femenina y derechos”, MESTRE I MESTRE, Ruth M. (coord.) *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 119 y 123.

los derechos fundamentales pasan de la categoría ética de derechos naturales o derechos humanos, a la categoría jurídica de derechos positivizados con el más alto rango y protección”<sup>21</sup>. Preside los derechos fundamentales el principio-derecho de igualdad. El análisis de la igualdad en los orígenes del constitucionalismo es fundamental para comprender el por qué las mujeres y otros colectivos no son considerados dentro de aquella abstracción que define a la modernidad: el *sujeto de derechos*. Este sujeto es la piedra angular que surge en y sobre la que se construye la modernidad, el origen de nuestros actuales sistemas constitucionales democráticos. El reconocimiento como sujeto permite la individualidad y, con ella, la igualdad<sup>22</sup>.

La igualdad del constitucionalismo liberal se vinculaba estrechamente a la ciudadanía. A partir de ésta el individuo podía ejercitar sus derechos y decidir asuntos relativos a toda la sociedad ya que, como se ha afirmado, la ciudadanía da acceso al disfrute de derechos. En los inicios del constitucionalismo, el reconocimiento de la ciudadanía como expresión de igualdad sólo incluyó al hombre blanco, europeo, instruido y con capacidad económica, y no al varón que no cumpliera con aquellas características ni mucho menos a las mujeres<sup>23</sup>. Sobre esta base, caben las reflexiones sobre si la razón de la lentitud en los procesos de cambio hacia la igualdad de mujeres y hombres se debe a los pilares que edifican el derecho constitucional. Si es así, habría que reformularlo desde sus raíces. Las posiciones respecto de estas reflexiones estarían vinculadas a un análisis crítico de la idea del *sujeto de derechos*.

A partir de dichas reflexiones sería oportuno puntualizar dos cuestiones: La primera relativa al origen del sujeto y, por tanto, a su conformación originaria. La segunda relativa a la sucesiva extensión del mismo a quienes inicialmente estaban excluidos<sup>24</sup>. Ello podría aclarar por qué la extensión del concepto *sujeto de derechos* sólo habría tenido eficacia respecto de la igualdad entre varones y no para las mujeres.

---

21 TOMÁS y VALIENTE, Francisco, *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 43.

22 ESQUEMBRE Valdés, M<sup>a</sup> del Mar, “Ciudadanía y género: una reconstrucción de la triada de derechos fundamentales”, MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (directores y coordinadores), *Género y derechos fundamentales*, Comares, Granada, 2010, pp. 136.

23 Respecto de la ciudadanía de las mujeres y el constitucionalismo estadounidense cabe citar la sentencia *Minor v. Happersett*, 88 U.S. 162 (1874) en la que la Corte Suprema sostiene que la Constitución no daba a las mujeres el derecho de sufragio, confirmando anteriores decisiones de los tribunales del estado de Missouri que negaron a que se registrara la mujer como votante sobre la base de que las leyes de aquel Estado sólo permitían el voto a los hombres.

24 ESQUEMBRE Valdés, M<sup>a</sup> del Mar, “Ciudadanía y género: una reconstrucción de la triada de derechos fundamentales”, Op. Cit., p. 136.

A aquellas cuestiones podríamos añadir una tercera relativa a que el constitucionalismo dominante continúa legitimando la exclusión no sólo por razón de sexo sino también por motivos raciales. La discriminación racial sigue afectando al concepto de *sujeto*. Piénsese en dos asuntos. Uno relacionado con el constitucionalismo histórico estadounidense y el otro con una manifestación del *constitucionalismo* de la Unión Europea. El primero tiene que ver con la sentencia *Dred Scott v. Sandford* de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América<sup>25</sup>, donde se constata la impronta de la *raza* como categoría de exclusión en el constitucionalismo originario. En el citado caso la Corte no considera sujeto titular de derechos a los negros por no conformar el pueblo soberano. La Corte se preguntó si *Dred Scott* (hombre negro), es decir, “la persona ahora recurrente forma parte de ese pueblo y si es cotitular de la soberanía. Creemos que no”<sup>26</sup>. Respecto del segundo asunto, considérese el estado de la cuestión de la teoría de la representación política, es decir, de la existencia de numerosos partidos políticos en los Estados de la Unión que fomentan el racismo y “*que vienen obteniendo cada vez más representación, e incluso se han organizado en una Alianza de Movimientos Nacionales Europeos*”<sup>27</sup>. Raza y sexo son, pues, dos conceptos que marcan el desarrollo del constitucionalismo.

### 3. Positivización de los derechos fundamentales: Las Declaraciones de 1776 y 1804

De acuerdo con el constitucionalismo oficial, en sentido amplio, los derechos se positivizaron en las denominadas Declaraciones liberales, de las que tomamos en cuenta la estadounidense de 1776 y francesa de 1789.

La Declaración de Independencia de Estados Unidos de 1776, en su Preámbulo, enuncia: “*Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad*”. El concepto “hombre”<sup>28</sup> se limitaba al hombre noroccidental blanco, protestante y burgués, precisamente el tipo de persona que había controlado el poder político colonial en el

25 *Scott v. Sandford* - 60 U.S. 393 (1856).

26 BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 153 y ss., y Supreme Court of The United States. Syllabus. 60 U.S. 393. *Scott v. Sandford*, 1856.

27 Véase la Pregunta con solicitud de respuesta escrita a la Comisión realizada por el eurodiputado Willy Meyer (GUE/NGL) el 28 de marzo de 2013. Parlamento Europeo, E-003686-13.

28 El feminismo jurídico sostiene que el masculino genérico no representa a las mujeres. Su crítica repercutió en la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Eleanor Roosevelt, Presidenta de

imperio británico<sup>29</sup>. Por su parte, el Preámbulo de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, afirma: “*Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional (...)*” Y en su Artículo primero señala: “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común*”. El término “hombres” se circunscribía a los varones del clero y la nobleza.

En esta etapa del desarrollo del constitucionalismo, Olympe de Gouges publicó en 1791 la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana cuyo Artículo primero manifiesta que: “*La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común*”. Partía de la idea rousseauiana de que “*la ley debe ser la expresión de la voluntad general; sólo que en la constitución de esta voluntad no puede haber discriminación por sexos*”<sup>30</sup>. Su pensamiento igualitario tendía a ser realmente inclusivo al reclamar los mismos derechos para hombres y mujeres. Además, en su obra denunció el racismo y la esclavitud. En 1792 publicó *L’Esclavage des Noirs (The Slavery of the Blacks/La esclavitud de los negros)* y militó en agrupaciones que defendían la abolición de la esclavitud<sup>31</sup>. Su obra se vincula al pensamiento de Condorcet y de Wollstonecraft.

Condorcet publicó en 1790 el texto “Sobre la admisión de las mujeres en la ciudadanía” en donde considera que la exclusión de las mujeres de la ciudadanía constituye el “problema más general de la desigualdad”<sup>32</sup>. En 1783 ya había redactado el proyecto de instrucción pública igualitaria para ambos sexos<sup>33</sup> denominado *De la educación de las mujeres*<sup>34</sup>. Para Condorcet una Constitución no

---

la Comisión de Derechos Humanos para la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, defendió sustituir “hombre” por “humanos”.

29 KNIGHT Franklin W., “La Revolución Americana y la Haitiana en el hemisferio Americano, 1776-1804”, *Historia y Espacio*, 36, Universidad de Valle, Cali, Colombia, 2010, disponible en <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3797054.pdf>> visitada el 11 de junio de 2013.

30 AMORÓS, Celia, *Tiempos de feminismos. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Cátedra, Madrid, 2000, pp. 173.

31 BROWN, Gregory S., “The Self-Fashionings of Olympe de Gouges, 1784-1789”, *Eighteenth-Century Studies*, Volume 34, Number 3, Spring, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2001, pp. 383 y ss. Sobre la respuesta del feminismo al problema de la esclavitud a propósito de la revolución haitiana véase KADISH, Doris Y., “The Black Terror: Women’s Responses to Slave Revolts in Haiti”, *The French Review*, 4, Vol. 68, Southern Illinois University, American Association of Teachers of French, Carbondale, 1995, pp. 670 y ss.

32 SLEDZIEWSKI, Elisabeth G., “La Revolución Francesa. El giro”, DUBY, George y PERROT, Michelle, *Historia de las mujeres*, Vol. 4, El Siglo XIX, Taurus, Madrid, 2000, pp. 62.

33 PULEO, Alicia H. (ed.), *La ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Anthropos, Madrid, 1993, pp. 23.

34 GUTIERREZ CASTAÑEDA, Griselda (comp.), *La Revolución francesa. Doscientos años después*, UNAM, México D.F., 1991, p. 19.

puede llamarse *republicana* si excluye a las mujeres del derecho de ciudadanía<sup>35</sup>. Y como explica en *Esbozo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, la perfectibilidad de la especie humana implica necesariamente para su pleno despliegue la abolición de los prejuicios de los sexos y la igualdad entre ambos<sup>36</sup>. El contexto del avance del constitucionalismo los planteamientos de De Gouges, Condorcet y Wollstonecraft dotaban a la igualdad una dimensión que iba más allá de su contenido formal.

Los textos de las Declaraciones, en tanto documentos testigos de la positivización de los derechos fundamentales, son materiales idóneos para la enseñanza crítica del derecho constitucional. El análisis de género permite visibilizar documentos políticos que reivindicaron la igualdad de derechos de mujeres y hombres o que, de alguna manera, reflejan la presencia de “otros” colectivos de varones. Uno de estos documentos es la ya citada Declaración de De Gouges de 1791<sup>37</sup> y su obra antiesclavista. Su postura frente a la esclavitud y el colonialismo tenía como referentes a las poblaciones oprimidas como Saint-Domingue (Haití)<sup>38</sup>. El otro documento es la Declaración de Independencia de Haití, un texto político olvidado por el derecho constitucional tradicional. ¿Por qué su importancia? ¿Cuál es su valor desde la perspectiva de género?

El escenario del constitucionalismo que se había iniciado en Occidente tenía como protagonista al sujeto masculino blanco asediado por una constante violencia que se manifestaba en las luchas de poder entre las cuatro potencias de Occidente: Francia, Gran Bretaña, España y, desde su independencia, Estados Unidos. Poco después nacería un constitucionalismo latinoamericano que nutriéndose del pensamiento ilustrado dominante recogía, también, las ideas del feminismo y antiesclavismo y al mismo tiempo las cosmovisiones de una población oprimida no blanca. El punto de arranque de este constitucionalismo sería el que se produjo en Haití cuando se independizó de Francia, siendo su documento referente la *Declaración de Independencia de Haití de 1804*. Se trata de un documento imprescindible a tener presente en el estudio del proceso de po-

---

35 Véase el estudio de los escritos feministas de Condorcet en NALL, Jeff, “Exhuming the History of Feminist Masculinity: Condorcet, 18th Century Radical Male Feminist”, *Culture, Society and Masculinities*, 1, Vol. 2, The Men’s Studies Press, Tennessee, 2010, pp. 42-61.

36 PULEO, Alicia H. (ed.), *La ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Op. Cit., p. 24.

37 La mayoría de los Manuales de Derecho Constitucional no han incorporado esta Declaración en el estudio de la evolución histórica y positivización de los derechos fundamentales. Entre los que la mencionan: APARICIO PÉREZ, M.A. y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 586-587.

38 CURTIS, Lesley S., “Utopian (Post)Colonies: Rewriting Race and Gender after the Haitian Revolution”, 2011, disponible en <<http://hdl.handle.net/10161/5639>> visitada el 14 de junio de 2013.

sitivización de los derechos fundamentales tanto de la región de la *periferia* como de Occidente<sup>39</sup>.

El proceso de independencia haitiano fue violento como los que le precedieron en Europa, adquiriendo características raciales<sup>40</sup>. El hecho racial junto con el patriarcado determinaban las estructuras sociales de las colonias en la región americana. En aquel entonces se afianzaban las teorizaciones liberales que servirían de sustento a las Declaraciones de derechos más conocidas de las cuales se excluyeron a las poblaciones nativa o indígena, negra, mulata, parda y las mujeres. La Declaración estadounidense de 1776 definía a los nativos como *indios despiadados y salvajes* capaces de ocasionar destrucción y los consideraba habitantes de las fronteras<sup>41</sup>. Un sector mayoritario de la Ilustración dibujaba el contexto político y económico<sup>42</sup>: *“el azúcar sería demasiado caro si no se obligase a los negros a cultivar la caña dado el exterminio de los pueblos de América. Esos esclavos son negros de los pies a la cabeza (...). No se concibe que Dios, un ser tan sapientísimo, haya puesto un alma en un cuerpo tan negro, y un alma buena, es aún más inconcebible en un cuerpo semejante”*.

Entre la segunda mitad del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX se consolidó la incorporación violenta de vastas zonas nuevas a la economía-mundo capitalista<sup>43</sup>. A partir de 1760 se inició una fase de explosión económica para un producto de exportación: el azúcar. Esta época fue conocida como la “edad de plata del azúcar”<sup>44</sup>. Las colonias francesas y británicas fueron las mayores productoras como resultado de la explotación del trabajo de los negros esclavos trasladados de África hacia los ingenios azucareros de América. El capitalismo que estaba desarrollándose necesitaba reforzar teóricamente su interacción con

---

39 Los representantes americanos (de la región que hoy se llama la *periferia* o el *Sur*) en las Cortes de Cádiz llevaron en su acervo cultural la experiencia haitiana. En sus intervenciones en los debates sobre los derechos políticos de los hombres originarios de África (“castas”) citaban la revolución de Haití. Véase RIEU-MILLAN, Marie Laure, *Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz (Igualdad o independencia)*, CSIC, Madrid, 1990, pp. 152-169.

40 WALLERSTEIN, Immanuel, *El moderno sistema mundial III. La segunda era de gran expansión de la economía-mundo capitalista, 1730-1850*, Siglo XXI, Madrid, 1999, p. 336. Véase también HOBBSBAWM, Eric, *La Era de la Revolución (1789- 1848)*, Crítica, Grupo Editorial Planeta, Buenos Aires, 2009, pp. 96 y 205.

41 Agravio 27 de la Declaración de Independencia estadounidense de 1776.

42 MONTESQUIEU, *El Espíritu de las leyes*, Heliasta, Buenos Aires, 1984, p. 270.

43 WALLERSTEIN, Immanuel, *El moderno sistema mundial III. La segunda era de gran expansión de la economía-mundo capitalista, 1730-1850*, Op. Cit., p. 179.

44 *Ibíd.*, p. 295.

el esclavismo y el colonialismo. Para ello, su filosofía política sentó las bases teóricas de la discriminación racial<sup>45</sup>.

En suma, el naciente capitalismo que dotaba un “nuevo” orden social y político se sostenía, en realidad, en los pilares de producción y reproducción del sistema *patriarcal* y en el esclavismo moderno que se manifestaba en la colonización de grandes territorios y, a la vez, en la crítica al poder que se iba concentrando en manos del Monarca. Éste era el contexto económico, político y social cuando se inicia la revolución haitiana en 1791: el auge del azúcar, las potencias inglesa, francesa, española y estadounidense en lucha por el poder económico a nivel internacional, el desarrollo del absolutismo con una burguesía crítica y las teorías que justificaban la infravaloración de las personas no blancas y de las mujeres; la esclavitud en las colonias y frente a todo ello, un feminismo ilustrado que al criticar la desigualdad de las mujeres extendía su contestación a las estructuras del poder en base al sexo y la raza, cuestionando la esclavitud de los negros y, por ende, la colonización.

En aquel escenario de la historia constitucional Olimpia de Gouges, por ejemplo, además de militar en las agrupaciones masónicas, formó parte de la *Sociedad Amigos de los Negros*. Las francmasonerías fueron agrupaciones conformadas por mujeres y hombres donde se debatían los derechos liberales y el feminismo era tema de interés. Estas agrupaciones intervinieron activamente en el proceso revolucionario solicitando a la Asamblea Nacional francesa la abolición de la esclavitud así como la libertad de las personas de “color”. La población mulata haitiana era representativa en la medida que había accedido a la educación ilustrada y, por ende, gozaba de un patrimonio importante. El carácter biológico del color de la piel chocaba con las pautas revolucionarias de la burguesía. Precisamente los integrantes de aquellas “asociaciones” defendieron en la Asamblea Nacional francesa la abolición de la esclavitud, entre ellos, Condorcet, Grégoire, Lafayette, Mirabeau, Pétion y Robespierre<sup>46</sup>. En 1792 la Asamblea Legislativa francesa proclamó la igualdad política de los hombres *de color* y negros libres en las colonias buscando mantener el orden en Haití<sup>47</sup>, ya que desde 1791 se venían produciendo rebeliones de cimarrones y demás nativos. La Asamblea declaró la libertad e igualdad para preservar el or-

45 Véase GEULEN, Christian, *Breve historia del racismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2009. Respecto de lo señalado arriba, puede afirmarse que históricamente el tráfico de personas estaba presente en muchas sociedades. Pero, en la modernidad este tráfico se focaliza en personas no blancas con el fin de procurar el desarrollo de la acumulación de riqueza y, además, se inicia el desarrollo de su fundamentación teórica con la idea de “raza”.

46 QUIJADA, Mónica, “Una Constitución Singular. La Carta Gaditana En Perspectiva Comparada”, *Revista de Indias*, Vol. LXVIII, 242, CSIC, Madrid, 2008, p. 26.

47 SOLÉ, Jacques, *Las Revoluciones de fin del Siglo XVIII en América y en Europa*, Siglo XXI, México, 2008, p. 105.

den esclavista. Sólo en febrero de 1794 la Convención Nacional decretó la abolición de la esclavitud en todas las colonias francesas. Sin embargo, en 1802 Napoleón la restableció. No obstante ello la revolución haitiana se extendió. Los debates anticolonialista-antiesclavistas en pleno proceso de la consolidación de los Estados constitucionales liberales estaban impregnados por las cuestiones que planteaba la rebelión haitiana. La revolución nativa con ausencia de un sujeto individual blanco generaba incertidumbres y era un hecho ineludible en los debates políticos. Estos debates no escaparon de la impronta feminista que consideraba la dominación de las mujeres similar a la esclavitud de las personas negras.

Desde el feminismo inglés Mary Wollstonecraft adoptó y adaptó los términos del debate político contemporáneo relacionados con la esclavitud-colonización y las relaciones de género. Consideraba que eran elementos que se complementaban y mantenían la desigualdad. En su discurso, basándose en los términos que justificaban la esclavitud colonial, Wollstonecraft impugnó la subyugación de las mujeres<sup>48</sup>. En su obra *Vindicación de los derechos de la mujer*, publicada en 1792, denunciaba dichas formas de opresión, resaltando los límites que la Ilustración imponía a las mujeres al sostener que no estaban dotadas de razón y negarles el derecho a la educación. Su denuncia se inspira precisamente en el espíritu de la Ilustración<sup>49</sup>. Hizo un símil entre la producción del azúcar que se realizaba mediante la trata de esclavos (como sucedía en Haití) y el rol o comportamiento basado en la *dulzura* que el pensamiento ilustrado le impuso a las mujeres. Al respecto, sostenía que someterlas a las restricciones severas que impone el decoro, significaba limitarles en su capacidad de actuar y preguntaba<sup>50</sup>:

*¿Por qué someterla al decoro – al decoro ciego – si es capaz de actuar por un principio más noble, si es heredera de la inmortalidad? ¿Siempre se ha de producir el azúcar mediante sangre vital? ¿Ha de someterse la mitad de la especie humana, como los pobres esclavos africanos, a los prejuicios que la brutaliza, cuando los principios serían una defensa más segura, sólo para endulzar la copa del hombre?*<sup>51</sup>.

Sobre la base de los valores de la Ilustración y la ideología liberal, Wollstonecraft y el feminismo de aquella época reclamaban la libertad para las mujeres y

48 FERGUSON, Moira, "Mary Wollstonecraft and the Problematic of Slavery", *Feminist Review*, 42, Feminist Fictions, Palgrave Macmillan Journals, Autumn, Hampshire, 1992, pp. 82 y ss.

49 MORANT, Isabel "Hombres y mujeres en el espacio público. De la Ilustración al liberalismo", ROBLEDOS, Ricardo; CASTELLS Irene y ROMEO, María Cruz (coords.), *Orígenes del liberalismo: Universidad, política, economía*, Universidad de Salamanca, Junta de Castilla y León, Salamanca, 2003, pp. 131.

50 WOLLSTONECRAFT, Mary, *Vindicación de los Derechos de la Mujer*, Cátedra, Madrid, 2000, p. 317.

51 Subrayado agregado.

al mismo tiempo los límites al poder de los hombres (en los espacios privado y público). La retórica de la igualdad de la ideología democrática, junto con la libertad del liberalismo, serviría al feminismo ilustrado para sembrar la semilla del constitucionalismo feminista. Este contexto se reflejaría en el documento de Independencia de una de las colonias con la más alta producción de azúcar: Haití. Desde 1791 la rebelión de los esclavos haitianos contra el dominio francés, encabezado por Toussaint L'Ouverture, se fue extendiendo por toda la isla hasta culminar con su Independencia en 1804<sup>52</sup>.

En la Declaración de Independencia de 1804 se reclama la libertad del pueblo frente a las potencias extranjeras y al despotismo. La idea de libertad es radical en comparación con las declaradas en 1776 y 1789. Considera la necesidad de asegurar a los indígenas de Haití un gobierno estable. Cabe aclarar que la población amerindia haitiana disminuyó en 1519 a 3.000 individuos de una cifra estimada en 400.000 habitantes en 1492, habiéndose producido una eliminación masiva de amerindios en 1513. A partir de 1502 la mano de obra esclava de origen africano llegó a Santo Domingo mediante el tráfico humano<sup>53</sup>. Por lo tanto, podría afirmarse que desde el siglo XVI la población negra formaba parte de lo indígena o nativo.

En la Declaración se constata la fuerte presencia de los valores liberales, con una primera e importante diferencia del resto de Declaraciones que la preceden, esto es, que se toma en cuenta a los indígenas. Al respecto, el texto haitiano refiere al líder de la revolución independentista como *Jefe del Ejército Indígena*. Se le devuelve el poder al pueblo *indígena* haitiano y se le insta a conservarlo. Se invoca al *tercer estado haitiano* que ejerza la ciudadanía activa y responsable a diferencia de la Independencia de Estados Unidos que excluyó expresamente a los nativos en su Declaración. Siguiendo con el análisis de la Declaración haitiana, encontramos otra diferencia relevante, materia de nuestro estudio: la presencia de las mujeres en su texto. Al menos formalmente se cita a las mujeres haitianas, hecho que no se produjo en las Declaraciones de Derechos que son tradicionalmente ejemplos en el proceso de positivización de derechos. Así, pues, la Declaración de Haití afirma: "Ciudadanos indígenas, hombres, mujeres, niñas y niños: Levantad vuestra mirada a todas partes de esta isla, buscad allí a vuestras

52 MARTÍNEZ GARNICA, Armando, "Documento. La Declaración de Independencia de Haití (1804)", *Historia Caribe*, VI, Universidad del Atlántico, Barranquilla, 2011, disponible en <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=93722645011> visitada el 13 de mayo de 2013.

53 UREÑA RIB, Pedro, "Saint-Domingue y Santo Domingo en el siglo XVIII. Aparición de dos identidades en una sola isla, en la lejana frontera de dos imperios europeos", IÑARREA LAS HERAS, Ignacio y SALINERO CASCANTE, María Jesús (coords.), *El texto como encrucijada: estudios franceses y francófonos*, Universidad de La Rioja, Logroño, 2003, pp. 4-6.

*esposas, vuestros maridos, vuestros hermanos, vuestras hermanas*". El discurso de la Declaración recoge la realidad racializada y pone en el espacio público al colectivo indígena, a los negros y a las mujeres.

La independencia de Haití significó el segundo precedente de independencia de las colonias en América y el primer proceso en el cual el pueblo tiene el poder político y es el primer Estado donde se contesta, declarativamente, a la exclusión racial y se hace referencia a las mujeres. Knight sostiene que la importancia de esta revolución política y social radica en la abolición permanente de la esclavitud<sup>54</sup>. Significó, también, la edificación de un Estado negro anticolonial y antiesclavista en el seno mismo del imperio colonial francés en la región<sup>55</sup>.

En la construcción de este nuevo Estado destacan los valores liberales como la libertad, poniéndola al mismo nivel que la vida y a la felicidad. De la misma forma se expresaba la Declaración de Independencia estadounidense cuando defendió como derechos inalienables a "la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad". La influencia de la Ilustración abolicionista relacionada con el feminismo alcanzó a la Declaración haitiana, texto que no suele tomarse en cuenta en el estudio del proceso de positivización de los derechos. Por ejemplo, en la historia de los derechos fundamentales hay un vacío cronológico llamativo. Entre 1789 (Declaración de la revolución francesa) y 1948 (Declaración de Derechos Humanos tras la Segunda Guerra Mundial) no se toma en cuenta la Declaración de De Gouge de 1791 ni la Declaración haitiana de 1804. Tampoco un texto que, si bien no es materia de este estudio, no se puede dejar de citar: la Constitución de Polonia de 1791<sup>56</sup>.

La Declaración de 1804 refleja la utilización de los valores ilustrados por parte de la población negra ocasionando una ruptura con la idea del sujeto blanco. Una de sus contribuciones originales al debate constitucional del continente americano es la deconstrucción del colonialismo instaurado en la modernidad a partir del siglo XV. Así pues, la crítica a la colonización ocurre en el mismo contexto de la aparición del Estado constitucional. Ello serviría para que en el ac-

---

54 KNIGHT Franklin W., "La Revolución Americana y la Haitiana en el hemisferio Americano, 1776-1804", Op. Cit.

55 MANIGAT, Sabine, "La revolución de independencia de Haití en su primera etapa: La edificación del poder negro en Saint-Domingue", *Revista Ciencia y Cultura*, 22 y 23, agosto 2009, disponible en <[http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2077-33232009000200015&lng=es&nrm=is](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2077-33232009000200015&lng=es&nrm=is)> visitada el 15 de mayo de 2013.

56 PALKA, Beata María, "La Costituzione Polacca del 3 maggio 1791: Fra tradizione e modernità", *Historia constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 6, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005, disponible en <http://hc.rediris.es/06/articulos/html/Numero06.html?id=12> visitada el 15 de mayo de 2013.

tual constitucionalismo latinoamericano perviva la interrelación entre las ideas de despatriarcalización y descolonización las cuales se identifican con los feminismos del Sur<sup>57</sup>.

Se trata, pues, de un documento político que pone de manifiesto que en las proclamas de igualdad el hecho racial y la discriminación de las mujeres seguían siendo dos problemas por resolver. Problemas que, posteriormente, la Constitución imperial de Haití de 1805 intentaría remediar. En este sentido reconoció la abolición perpetua de la esclavitud<sup>58</sup>. Protegió el derecho a la propiedad a las mujeres blancas naturalizadas haitianas<sup>59</sup>. Estableció la denominación genérica de “negro” para todos los haitianos. El precepto constitucional puntualiza que *“necesariamente debe cesar toda acepción de color entre los hijos de una sola y misma familia donde el Jefe del Estado es el padre; a partir de ahora los haitianos solo serán conocidos bajo la denominación genérica de negros”*<sup>60</sup>.

#### 4. Conclusiones

A modo de conclusión, podemos afirmar que, políticamente, la defensa de la igualdad de mujeres y hombres estuvo presente en el desarrollo del constitucionalismo. En el contexto de las revoluciones burguesas y la consiguiente consagración del sujeto de los derechos, el pensamiento feminista, utilizando el discurso ilustrado, criticó las diferenciaciones injustas por raza y sexo así como al sistema esclavista que nutría al capitalismo. Por lo tanto, habría que considerar el nacimiento de un constitucionalismo feminista en la etapa del desarrollo y consolidación del Estado liberal constitucional donde encontramos al sujeto y sus derechos.

Posiblemente, el pensamiento de Wollstonecraft sea el más representativo en la gestación y el desarrollo del constitucionalismo que reivindica la libertad e igualdad para mujeres y hombres no blancos. Sus argumentaciones contra la teoría rousseauiana sobre la familia patriarcal y los límites al derecho a la educación de las mujeres, así como sus debates con Burke sobre la esclavitud, moti-

57 En el constitucionalismo latinoamericano actual se viene utilizando la noción de despatriarcalización del Estado que se vincula estrechamente al de descolonización del Estado. Al respecto véase: CHÁVEZ, Patricia; QUIROZ, Tania; MOKRANIS, Dunia y LUGONES, María, *Despatriarcalizar para descolonizar la gestión pública*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 2011. La despatriarcalización del Estado que se expresa en el ejercicio de políticas públicas tendientes a eliminar el sistema patriarcal se incluyó en el proceso constituyente boliviano de 2006. Sobre estas políticas véase la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente de 6 de marzo de 2006.

58 Artículo 2, Constitución Imperial de Haití de 1805.

59 Artículo 13, Constitución Imperial de Haití de 1805.

60 Artículo 14, Constitución Imperial de Haití de 1805.

van una nueva visita a los orígenes del constitucionalismo. Del mismo modo, cabe tener en cuenta las propuestas políticas de Condorcet que llevaron al espacio público dos realidades que el constitucionalismo triunfante ignoró: la discriminación de las mujeres y de “otros” hombres.

Tales realidades se objetaron en las Declaraciones de 1791 y 1804 intentando ampliar la idea del sujeto en el que se incluía a las mujeres y a los hombres nativos o negros. Precisamente, desde la perspectiva del constitucionalismo feminista se analiza la fuerza de las categorías “raza” y “sexo” en la construcción de los derechos, con el objeto de corregir los prejuicios sociales que en definitiva impregnan al Derecho.

Las aportaciones feministas han llevado en su militancia y en su teoría el reproche al hecho racial que jerarquiza a la sociedad. Y han considerado que, desde su nacimiento, el Estado liberal constitucional, al normativizar el sexo, ha legitimado la desigualdad de las mujeres lo cual se plasma en las Constituciones y, por ende, en el reconocimiento formal de los derechos.

De allí que se sostenga que tanto la Declaración de De Gouges como la Declaración de Independencia de Haití contienen aspectos significativos que merecen amplio debate y análisis académico en el ámbito constitucional por introducir características diferentes a las de las revoluciones liberales que dominan el saber oficial. La materia analizada aquí puede impulsar futuras investigaciones de derecho constitucional con la finalidad de integrar el constitucionalismo en el cual se reflejen también las aportaciones del Sur.

## Bibliografía

- AMORÓS, Celia, *Tiempos de feminismos. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Cátedra, Madrid, 2000.
- AMORÓS, Celia (dir.), *10 palabras clave sobre mujer*, Editorial Verbo Divino, Navarra, 1995.
- APARICIO PÉREZ, M.A. y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.
- ARONSON, Pamela, "Feminists or "Postfeminists"?: Young Women's Attitudes toward Feminism and Gender Relations", in *Gender and Society*, 6, Vol. 17, Sage Publications, Stanford University, December 2003, pp. 903-922.
- BALAGUER, María Luisa *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Cátedra, Madrid, 2005.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- BROWN, Gregory S., "The Self-Fashionings of Olympe de Gouges, 1784-1789", *Eighteenth-Century Studies*, Volume 34, Number 3, Spring, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2001, pp. 383-401.
- CHÁVEZ, Patricia; QUIROZ, Tania; MOKRANIS, Dunia y LUGONES, María, *Despatriarcalizar para descolonizar la gestión pública*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 2011.
- CURTIS, Lesley S., "Utopian (Post)Colonies: Rewriting Race and Gender after the Haitian Revolution", 2011, disponible en <http://hdl.handle.net/10161/5639>
- DE CABO MARTÍN, Carlos, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010.
- \_\_\_\_\_ *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- \_\_\_\_\_ "El sujeto y sus derechos", en *Teoría y Realidad Constitucional*, 7, Primer semestre, UNED, Madrid, 2001.
- ESQUEMBRE Valdés, M<sup>a</sup> del Mar, "Ciudadanía y género: una reconstrucción de la triada de derechos fundamentales", Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, José Luis (directores y coordinadores), *Género y derechos fundamentales*, Comares, Granada, 2010, pp. 135-174.
- EVANS, Richard, *Las Feministas. Los movimientos de emancipación de la mujer en Europa, América y Australasia, 1840 -1920*, Siglo Veintiuno, Madrid, 1980.

- FACIO, Alda, "Hacia otra teoría crítica del derecho", en Herrera, Gioconda (coordinadora), *Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, FLACSO, Quito, 2000, pp. 15-44.
- FERGUSON, Moira, "Mary Wollstonecraft and the Problematic of Slavery" *Feminist Review*, 42, Feminist Fictions, Palgrave Macmillan Journals, Autumn, Hampshire, 1992, pp. 82-102.
- FISS, Owen M., "¿Qué es el Feminismo?", *Doxa*, 14, Universidad de Alicante, Alicante, 1993, pp. pp. 319-335.
- GEULEN, Christian, *Breve historia del racismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- GUTIERREZ CASTAÑEDA, Griselda (comp.), *La Revolución francesa. Doscientos años después*, UNAM, México D.F., 1991.
- INMUJERES, *Glosario de Género*, Instituto Nacional de las Mujeres, México D.F, 2007.
- INSTITUTO DE LA MUJER, *Guía de aplicación práctica, para la elaboración de Informes de Impacto de Género de las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, de acuerdo a la Ley 30/2003*, Madrid, 2005.
- HARDING, S., "¿Existe un método feminista?", (Traducción de Gloria Elena Bernal), BARTRA, Eli (compiladora), *Debates en torno a una metodología feminista*, PUEG/UAM Xochimilco, México, 2002, pp. 9-34.
- \_\_\_\_ "Is There a Feminist Method?", HARDING S. (Ed.) *Feminism and Methodology*, Indiana University Press, Indianapolis, 1988, pp. 1-14.
- HOBSBAWM, Eric, *La Era de la Revolución (1789-1848)*, Crítica, Grupo Editorial Planeta, Buenos Aires, 2009.
- JONASDOTTIR, Anna G., *El poder del amor: ¿Le importa el sexo a la democracia?*, Cátedra, Madrid, 1993.
- KADISH, Doris Y., "The Black Terror: Women's Responses to Slave Revolts in Haiti", *The French Review*, 4, Vol. 68,, Southern Illinois University, American Association of Teachers of French, Carbondale, 1995, pp. 668-680.
- KNIGHT Franklin W., "La Revolución Americana y la Haitiana en el hemisferio Americano, 1776-1804", *Historia y Espacio*, 36, Universidad de Valle, Cali, Colombia, 2010, disponible en <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3797054.pdf>>
- KOHL, Lindsay, "Defining the Natural Rights of Man: An Analysis of Burke, Paine, and Wollstonecraft", *Explorations: The Journal of Undergraduate Research and Creative Activities for the State of North Carolina*, 2012, pp. 68-75.
- MANIGAT, Sabine, "La revolución de independencia de Haití en su primera etapa: La edificación del poder negro en Saint-Domingue", *Revista Ciencia y Cultura*, 22 y 23, agosto 2009, disponible en <[http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_art-text&pid=S2077-33232009000200015&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S2077-33232009000200015&lng=es&nrm=iso)>

- MACKINNON, Catharine A., "Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence", *Signs*, 4, Vol. 8, The University of Chicago Press, Chicago, 1983, pp. 515-544.
- MARTÍNEZ GARNICA, Armando, "Documento. La Declaración de Independencia de Haití (1804)", *Historia Caribe*, VI, Universidad del Atlántico, Barranquilla, 2011, disponible en <<http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=93722645011>>.
- MONTESQUIEU, *El Espíritu de las leyes*, Heliasta, Buenos Aires, 1984.
- MORANT, Isabel, "Hombres y mujeres en el espacio público. De la Ilustración al liberalismo", ROBLEDO, Ricardo; CASTELLS Irene y ROMEO, María Cruz (coords.), *Orígenes del liberalismo: Universidad, política, economía*, Universidad de Salamanca, Junta de Castilla y León, Salamanca, 2003.
- MORTON, Stephen, "Las mujeres del «tercer mundo» y el pensamiento feminista occidental", *La manzana de la discordia*, Vol. 5, No. 1, enero-junio, Universidad del Valle, Cali, 2010, pp. 115-125.
- NALL, Jeff, "Exhuming the History of Feminist Masculinity: Condorcet, 18th Century Radical Male Feminist", *Culture, Society and Masculinities*, 1, Vol. 2, The Men's Studies Press, Tennessee, 2010, pp. 42-61.
- PALKA, Beata María, "La Costituzione Polacca del 3 maggio 1791: Fra tradizione e modernità", *Historia constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 6, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005, disponible en <http://hc.rediris.es/06/articulos/html/Numero06.html?id=12>
- PITCH, Tamar, "Libertad femenina y derechos", en MESTRE I MESTRE, Ruth M. (coord.) *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- POSADA, Adolfo, *Feminismo*, Librería de Fernando Fé, Madrid, 1899.
- PULEO, Alicia H. (ed.), *La ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Anthropos, Madrid, 1993.
- RIEU-MILLAN, Marie Laure, *Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz (Igualdad o independencia)*, CSIC, Madrid, 1990.
- QUIJADA, Mónica, "Una Constitución Singular. La Carta Gaditana En Perspectiva Comparada", *Revista de Indias*, Vol. LXVIII, 242, CSIC, Madrid, 2008, pp. 15-37.
- RUBIO CASTRO, Ana, *Feminismo y ciudadanía*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga, 1997.
- SLEDZIEWSKI, Elisabeth G., "La Revolución Francesa. El giro", DUBY, George y PERROT, Michelle, *Historia de las mujeres*, Vol. 4, El Siglo XIX, Taurus, Madrid, 2000.
- SOLÉ, Jacques, *Las Revoluciones de fin del Siglo XVIII en América y en Europa*, Siglo XXI, México, 2008.

## Las Declaraciones de los Derechos de la Mujer

- SPIVAK, Gayatri Chakravorty, "Qué es género? ¿Dónde está Europa? Caminando con Balibar", *Sociedad y Discurso*, 14, Revista del Departamento de Lengua y Cultura de la Universidad de Aalborg, Dinamarca, 2008, pp. 81-95.
- \_\_\_ *Crítica de la razón poscolonial. Hacia una crítica del presente evanescente*, Akal, Madrid, 2010.
- TOMÁS y VALIENTE, Francisco, *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- UREÑA RIB, Pedro, "Saint-Domingue y Santo Domingo en el siglo XVIII. Aparición de dos identidades en una sola isla, en la lejana frontera de dos imperios europeos", IÑARREA LAS HERAS, Ignacio y SALINERO CASCANTE, María Jesús (coords.) *El texto como encrucijada: estudios franceses y francófonos*, Universidad de La Rioja, Logroño, 2003.
- VALCÁRCEL, Amelia, *Feminismo en el mundo global*, Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer, Madrid, 2008.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *El moderno sistema mundial III. La segunda era de gran expansión de la economía-mundo capitalista, 1730-1850, Siglo XXI*, Madrid, 1999.
- WOLLSTONECRAFT, Mary, *Vindicación de los Derechos de la Mujer*, Cátedra, Madrid, 2000.



# Carencia de un Marco Legal Regulatorio del Teletrabajo en México\*

Jacinto García Flores \*\*  
José Arturo Fuentes Rojas\*\*\*  
Ana Lilia Silva Ambríz\*\*\*\*

**RESUMEN:** En este artículo se aborda la figura del teletrabajo que utiliza para su desarrollo las Tecnologías de la Información y Comunicación, específicamente el internet y las redes sociales que existen, tales como Twitter, Facebook, LinkedIn, YouTube y Flickr.

**Palabras Clave:** Carencia. Marco legal. Teletrabajo. México.

**ABSTRACT:** This paper is about teleworking, which uses Information and Communication Technologies, specifically internet and the social network, such as Twitter, Facebook, LinkedIn, YouTube and Flickr.

**Keywords:** Absence. Legal rules. Teleworking. Mexico.

**SUMARIO:** Introducción. 1. Origen y evolución del internet. 2. Datos de internet para México. 3. El teletrabajo como realidad tangible. 4. El trabajo a domicilio y el teletrabajo. 5. Similitudes del trabajo a domicilio y el teletrabajo. 6. Diferencias del trabajo a domicilio y el Teletrabajo. 7. Carencia de un marco legal regulatorio del teletrabajo en México. 8. El Convenio número 177 de la Organización Internacional del Trabajo. 9. Conclusión. Bibliografía.

## Introducción

Ley Federal del Trabajo en México rigió las relaciones de trabajo durante el siglo XX y los primeros doce años del siglo XXI. En dicho documento el trabajo a

---

\* Artículo recibido el 26 de agosto de 2013 y aceptado para su publicación el 1º de octubre de 2013.

\*\* Profesor Investigador y Coordinador del Centro de Investigación de la Facultad de Contaduría Pública de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. Miembro del Cuerpo Académico "Sistema Tributario, Administrativo y Contable".

\*\*\* Profesor Investigador y líder del Cuerpo Académico "Sistema Tributario, Administrativo y Contable" en la Facultad de Contaduría Pública de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. México.

\*\*\*\* Profesora Investigadora y miembro del Cuerpo Académico "Sistema Tributario, Administrativo y Contable" en la Facultad de Contaduría Pública de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. México.

domicilio quedó regulado de tal manera que los artículos correspondientes señalaban en qué consistía, quienes eran trabajadores a domicilio y los derechos y obligaciones que recíprocamente tenían con sus patrones, sin embargo, el mundo ha cambiado y con él las relaciones de trabajo, pues las llamadas Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), hoy desempeñan un papel de gran trascendencia que ha obligado, tanto a las personas físicas como a las jurídicas, a cambiar sus paradigmas y consecuentemente sus aptitudes y actitudes hacia ellas, es decir, ha obligado a adoptar una reorganización cultural por un lado y por otro a aceptar relaciones laborales fuera del cuadro tradicional pero más comunes en la práctica.

Patricia Kurczyn Villalobos<sup>1</sup> afirma:

La adopción de formas no tradicionales en el empleo resulta tanto de la necesidad, o del conjunto de necesidades de la sociedad, por combatir el desempleo, pleno estructurado, como por las imposiciones de la tecnología aplicada, sin que uno de estos pueda considerarse el principal factor lisa y llanamente.

Esto nos lleva a establecer que la sociedad de la información se encuentra íntimamente unida al crecimiento y la aplicación de las TIC que actualmente ha dado origen al llamado teletrabajo que hace uso fundamentalmente del internet y las redes sociales que al efecto se han formado.

El teletrabajo es una figura que ha cobrado gran fuerza en países como Colombia, Brasil y Argentina y que en México empieza a hacer acto de presencia, con todo lo que ello implica, es decir, la redacción de contratos de teletrabajo, la aplicación de una normativa específica para los conflictos que de ellos se derive establecida en el marco jurídico existente en cada país y el análisis y aplicación de documentos internacionales como es el caso del Convenio 177 de la Organización Internacional del Trabajo.

Santiago Barajas Montes De Oca<sup>2</sup> en el lejano año de 1992, escribía:

No debe estimarse moda la pretensión de los trabajadores a la firma de contratos especiales, sino que ello ha sido producto de dos situaciones antes no contempladas: una, la obsolescencia de algunas reglas consideradas intocables y hoy sujetas a factores e intereses que surgen de momento a los cuales obliga darles solución inmediata al no ser posible demoras en su ejecución; otra, al hecho de ya no esperar el arreglo de los conflictos mediante la intervención del Estado. Los interlocutores sociales, como correctamente se les llama, prefieren la mutua colaboración al choque de pre-

---

1 Kurczyn Villalobos, Patricia, *Las Nuevas Relaciones de Trabajo*, s.e., Ed. Porrúa-UNAM, México, 1999, p. 177.

2 Barajas Montes De Oca, Santiago, *Los Contratos Especiales del Trabajo*, Universidad Autónoma de México, México, 1992, p. 159.

tensiones muchas de las cuales son hijas de caprichos o manifestaciones de fuerza que a nada conducen.

Para que un contrato de trabajo se considere especial, debe observar las siguientes características: a) La naturaleza de la profesión u oficio que se desempeña. b) La relación propia surgida en un centro industrial entre patronos y trabajadores. c) La presencia de condiciones propias del trabajo. D) Factores que integran la estructura orgánica del servicio. Las aludidas características las podemos apreciar en los contratos de trabajo a domicilio y de teletrabajo.

En otras palabras, la realidad que vivimos a nivel mundial, nos obliga a considerar el trabajo a domicilio como una alternativa viable para desarrollar un empleo digno y decoroso aprovechando los conocimientos en TIC de los jóvenes que en los empleos tradicionales, lamentablemente no han podido participar.

## 1. Origen y evolución del internet

El teletrabajo se caracteriza por la utilización del internet y de las redes sociales, para hacer llegar a una empresa los resultados solicitados y poder colocar sus productos entre el público consumidor.

Su origen se remonta al proyecto Arpanet (Advanced Research Projects Agency Network) diseñado por el Departamento de Defensa de Estados Unidos que en su momento permitió compartir información y comunicarse entre sí, a los diferentes organismos de dicho país mediante una red electrónica en la cual se hallaban conectadas diferentes computadoras ubicadas en lugares distintos y remotos, que al evolucionar da origen al internet.

A decir de Hernán Torres Álvarez,<sup>3</sup> la palabra internet es un apócope de interwork System (Sistema e Interconexión de Redes) o bien la contracción de INTERNational NET, pero sin importar su origen, la verdad es que hoy el internet nos ayuda en todo, a grado tal que la investigación y generación de conocimientos se han visto afectados por él de manera positiva o negativa, hasta llegar al momento en que muchas de las actividades que desarrollamos se paralizan si se llega a “caer el sistema” o se va la luz eléctrica que alimenta la computadora.

Debemos agregar que el surgimiento del internet no fue algo súbito, Bill Gates<sup>4</sup> señala que se debió al desarrollo de las redes de comunicación que permiten que los usuarios de muchas computadoras en cualquier parte del mundo se

3 Cfr. Torres Álvarez, Hernán, *El Sistema de Seguridad Jurídica en el Comercio Electrónico*, Ed., Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, pp. 35 y 36.

4 Gates, Bill, *Camino al Futuro*, Traducción de la primera edición en inglés, Ed. Trillas, México 1995, pp. 8, 21-33.

comuniquen entre sí respecto a un determinado tema dando origen al WWW que actualmente utilizamos.

El internet según Consuelo Belloch Orti<sup>5</sup>, “supone un salto cualitativo de gran magnitud, cambiando y redefiniendo los modos de conocer y relacionarse del hombre.”

A lo señalado con anterioridad debemos agregar que los directivos empresariales, gracias al internet, obtienen una serie de informes y datos de gran utilidad de trabajadores que no se encuentran en el centro de trabajo, sino en un lugar diferente e incluso remoto, trátese de su casa, un café internet, en cualquier parte de su país o en el extranjero, actividad que ha dado como resultado el surgimiento del llamado teletrabajo, cuyos antecedentes<sup>6</sup> se remontan a la década de 1960 cuando Robert Weiner utilizó el término *Teleworking* y en 1976 el físico Jack Nilles utiliza el término de *telecommuting*, surgiendo posteriormente de *networking*, *homeworking* y *telehomeworking*.

## 2. Datos de internet para México

En el año 2011, la Asociación Mexicana de Internet<sup>7</sup> señaló que el número de internautas a nivel mundial alcanzó los 1,374 millones. En Latinoamérica los usuarios llegaron a 118 millones siendo México el segundo lugar de participación de audiencia en Internet con 19%.

En el año 2012 el número de internautas mexicanos alcanzó los 45.5 millones, es decir, casi la tercera parte de la población, donde el 51% lo constituye la población masculina y el 49% restante la población femenina, además de que casi el 30% de dichos internautas se encuentra en los rangos de 25 a 44 años de edad, destacando el día viernes como el de mayor uso de internet con el 85%, seguido del lunes con el 82%, el miércoles con el 80%, martes y jueves con el 77%, sábado con el 62% y el domingo con el 47%.

En lo que va del año 2013, el tiempo promedio de conexión diaria del internauta mexicano ha sido de 5 horas y 1 minuto, 67 minutos más que en 2012.

Es de resaltar que las principales actividades online en nuestro país son enviar/recibir mails 87%; búsqueda de información 84%; acceder a redes sociales

---

5 Belloch Orti, Consuelo, *Las Tecnologías de la Información y Comunicación (T.I.C.)* [http://salonvirtual.upel.edu.ve/pluginfile.php/14174/mod\\_resource/content/0/tic\\_y\\_ensenanza\\_2.pdf](http://salonvirtual.upel.edu.ve/pluginfile.php/14174/mod_resource/content/0/tic_y_ensenanza_2.pdf) página consultada el 18 de julio de 2013 a las 20:30 hs.

6 Tellez, Julio, *Teletrabajo*, en Panorama Internacional de Derecho Social, Primera ed. Ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, p. 729.

7 <http://www.amipci.org.mx/?P=estnatecnologia> página consultada el 30 de Julio de 2013 a las 19:00 hs.

82%; enviar/recibir mensajes instantáneos 61%; comprar en línea 37%; operaciones de banca en línea 33%; búsqueda de empleo 20%; acceder/crear/mantener sitios propios 17%; acceder/crear/mantener blogs 16%; visita a sitios para adultos 15%; otras actividades 12%; encuentros online (búsqueda de pareja) 8%.

Asimismo, es de destacar que 9 de cada 10 internautas mexicanos acceden a alguna red social, los que no lo hacen se justifican de la siguiente manera: 38% afirma que no le interesa o no le divierte; el 44% alega protección de datos personales; el 31% dice no tener tiempo; el 14% canceló las que usaba porque lo aburrieron; el 5% no sabe cómo funcionan; el 21% alega tener miedo a engancharse; el 10% canceló las que usaba por que tuvo problemas.

### 3. El teletrabajo como realidad tangible

Nos atrevemos a señalar que al iniciar este siglo XXI a la par de los distintos trabajos formales existentes, las actividades de producción desarrolladas por muchas empresas aterrizan en actividades que tienen relación directa con personas expertas en el manejo de las TIC y correlativamente con las redes sociales, que al ser contratadas por las empresas les permiten obtener o crear productos que no se habían imaginado antes o no se creían posible.

Cabe decir también que la adopción de las nuevas tecnologías ha crecido de manera impresionante, a grado tal que las nuevas generaciones de emprendedores traen otra visión de emprendedurismo, además, las actuales pequeñas y medianas empresas mexicanas, tienen como plataforma de desarrollo las TIC lo que se traduce en más y mejores oportunidades de desarrollo.

Las actividades profesionales que tienen gran futuro vía el teletrabajo son entre otras, las siguientes: Desarrollador de aplicaciones (APPS); Analista de medios electrónicos y redes sociales; Asesor; Moderador; Ejecutivo de ventas y Administrador de 'social media'; Ingenieros en sistemas y computación; En telecomunicaciones e informática administrativa; Profesionistas relacionados con el marketing que ahora explotan los llamados community managers o embajadores de las marcas a través de medios electrónicos y redes sociales.

Por lo que hace a las redes sociales, es pertinente destacar que desde hace varios años existen en el mundo y en México han probado su efectividad en las actividades productivas, sociales, de localización de personas extraviadas, educativas, etc., de ello deben aprovecharse las empresas para promocionar y colocar entre el público consumidor sus productos.

La efectividad de las redes sociales ha quedado demostrada en las empresas porque ellas permiten acordar reuniones de trabajo, revisar hojas de vida, con-

tratar personal, comprobar referencias de trabajo, promocionar campañas y solicitar información haciendo uso del Twitter, del Facebook, de LinkedIn, de YouTube y Flickr.

#### 4. El trabajo a domicilio y el teletrabajo

Si observamos a nuestro derredor, el trabajo a domicilio está cobrando fuerza nuevamente gracias a las TIC y absorbiendo mano de obra calificada con un considerable poder de negociación, debido a la adquisición de nuevas facetas y características como resultado de los actuales procesos de flexibilización de la producción y mundialización de la economía.

El trabajo a domicilio y el teletrabajo son actividades que mantienen varios aspectos en común, siendo el primero el antecedente para el segundo.

Rouast y Durand<sup>8</sup> definen el trabajo a domicilio de la siguiente manera:

Es el trabajo realizado para uno o más establecimientos industriales sin la dirección de un patrono, sin jornada fija y sin vigilancia; pero sujetos siempre a instrucciones recibidas, a un precio contratado previamente y a condiciones fijadas por el empleador.

Por su parte el estatuto de los trabajadores de España en su tenor enmendado por la ley núm. 11/1994, en su artículo 13 lo define de la siguiente manera:

Artículo 13. *Contrato de trabajo a domicilio.*

1. Tendrá la consideración de contrato de trabajo a domicilio aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario.

La Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en el año de 1995 y que un año después adoptó el Convenio 177 y la Recomendación 184 de la Organización Internacional del Trabajo, definió el trabajo a domicilio de la siguiente forma:

Por trabajo a domicilio se entiende normalmente la producción de bienes para un empleador o un contratista o la prestación de un servicio a dichas personas en virtud de un acuerdo con arreglo al cual el trabajo se efectúa en el sitio que elige el trabajador, a menudo su propio hogar. Ese trabajo se suele desempeñar sin fiscalización directa por parte del empleador o del contratista.

En México el artículo 311 reformado de la Ley Federal del Trabajo define el trabajo a domicilio en los siguientes términos:

Trabajo a domicilio es el que se ejecuta habitualmente para un patrón, en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por él, sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo.

8 Citado por Barajas Montes De Oca, Santiago, *Los Contratos Especiales del Trabajo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992, p. 159.

De los conceptos anteriores se desprende que en el trabajo a domicilio:

1. El patrón no está presente.
2. Se desarrolla en el domicilio del trabajador.
3. No hay una jornada de trabajo preestablecida.
4. Queda protegido por la legislación del trabajo.

Respecto al teletrabajo éste ha sido definido de la siguiente manera:

Sergio Sierra Romero<sup>9</sup> establece: “El teletrabajo es una forma de organización que consiste en el desempeño de la actividad profesional, sin la presencia física del trabajador en las instalaciones de la empresa durante una parte importante de su horario laboral”.

Julio Tellez<sup>10</sup> señala: “El teletrabajo es un término genérico que cubre un gran número de formas de trabajo, de modos de organización o de tareas propiamente dichas”.

El Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social de Argentina<sup>11</sup>, establece que el teletrabajo:

Es una forma de organizar el trabajo realizado a distancia mediante el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICS) en el propio domicilio del trabajador o en otro, siempre que sea ajeno al empleador. Paulatinamente esta modalidad está dejando atrás su fase experimental para convertirse en un instrumento de inclusión socio laboral instalado en la cultura del trabajo.

Por su parte el artículo 2 de la Ley 1221 del año 2008 de Colombia define al teletrabajo con las siguientes palabras:

Una forma de organización laboral, que se efectúa en el marco de un contrato de trabajo o de una relación laboral dependiente, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas utilizando como soporte las Tecnologías de la Información y Comunicación – TIC – para el contacto entre el trabajador y empleador sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.

Apoyándonos en los conceptos anteriores, en el teletrabajo podemos identificar lo siguiente:

1. Se trata de un trabajo a distancia.
2. No es necesaria la presencia del teletrabajador en la empresa.
3. Las labores que le han sido asignadas las desarrolla en el lugar que crea adecuado, como su casa, un restaurante, en su automóvil, al estar viajando o donde se encuentre.

---

9 Sierra Romero, Sergio, *Teletrabajo en México*, Revista Universo Laboral, Noviembre Diciembre de 2002, publicada por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, México, 2002, p. 14.

10 Tellez, Julio, *Teletrabajo*, Op. Cit. p. 730.

11 ¿Qué es el teletrabajo?, en [www.trabajo.gov.ar/teletrabajo/](http://www.trabajo.gov.ar/teletrabajo/) Página consultada el 28 de junio de 2013.

4. Trabaja en las horas y el número de horas que cree más adecuadas.
5. El horario de trabajo no necesariamente coincide con los horarios en que se ejecutan las labores de la empresa.
6. Se hace uso intensivo de las TIC.

### **5. Similitudes del trabajo a domicilio y el teletrabajo**

El trabajo a domicilio y el teletrabajo tienen las siguientes similitudes:

- a) El trabajo se realiza fuera de las instalaciones de la empresa contratante, bien sea en el domicilio del empleado o en un lugar elegido por él;
- b) Debe existir un contrato de trabajo;
- c) Los materiales y herramientas de trabajo pueden ser proporcionados por el trabajador o por el empleador;
- d) No se requiere vigilancia directa del empresario;
- e) Se especifican las tareas que se ejecutarán y los plazos de entrega;
- f) Es viable para personas con alcance limitado para trabajar en forma presencial, como discapacitados, amas de casa, embarazadas, en lactancia, madres solteras, "enfermeras", e individuos con domicilio alejado de la empresa.

### **6. Diferencias del trabajo a domicilio y el teletrabajo**

Las diferencias que encontramos entre el trabajo a domicilio y el teletrabajo son:

- a) El salario en el trabajo a domicilio se efectúa por unidad o pieza terminada, mientras que en el teletrabajo se cuenta con un salario base adecuado al puesto que desempeña el teletrabajador y en ocasiones se agregan comisiones;
- b) Los servicios del trabajador a domicilio terminan en el momento de entregar el producto terminado; con el teletrabajador se mantiene una situación laboral un tanto estable, donde las actividades pueden variar en forma continua;
- c) En el trabajo a domicilio no es indispensable el uso y manejo de las TIC, en cambio en el teletrabajo sí;
- d) En el trabajo a domicilio, las distancias entre el domicilio del trabajador y la empresa no son considerables, lo que sí sucede en el teletrabajo;
- e) En el trabajo a domicilio no es frecuente el manejo de idiomas extranjeros, en el teletrabajo sí.
- f) En el trabajo a domicilio no se proporciona al trabajador mayor información de la empresa, en el teletrabajo si es necesaria tal información.

## 7. Carencia de un marco legal regulatorio del teletrabajo en México

La realidad que vivimos nos demuestra que las TIC están presentes en todo el mundo sin que nuestro país sea la excepción, lamentablemente y como ya se ha mencionado con anterioridad, no se encuentra regulado pormenorizadamente en la legislación laboral existente, tan sólo se homologa con el trabajo a domicilio, tal como se establece en el segundo párrafo del artículo 311 en los siguientes términos: “Será considerado como trabajo a domicilio el que se realiza a distancia utilizando tecnologías de la información y la comunicación”, en virtud de las reformas hechas a la Ley Federal del Trabajo y publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre del año 2012.

Pese a lo señalado, no debemos pasar por alto la realidad que nos demuestra que muchas de estas relaciones de trabajo se llevan a cabo entre empresas y trabajadores radicados en diferentes países, por ejemplo entre un patrón europeo y un trabajador mexicano, o bien, entre un patrón mexicano y un trabajador hindú, caso en el cual las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo ya no tendrían aplicación, todavía más, a que normativa se tendría que recurrir si el trabajador envía el trabajo encomendado y el patrón no le paga el importe del mismo, ¿a quien tendría que recurrir dicho trabajador para hacer efectivos sus derechos?

Si bien es cierto que la Organización Internacional del Trabajo y sus distintas dependencias tendrían que intervenir aplicando las disposiciones del Convenio 177, en el caso de México, esto constituye una laguna que oportunamente la doctrina jurídica y las fuentes reales del derecho laboral tendrán que colmar teniéndose que legislar al respecto, pues debemos reconocer que la figura del teletrabajo adquiere día con día mayor presencia en todo el mundo y México en particular, pues las empresas en muchos casos ya no requieren la presencia física de los trabajadores en sus instalaciones sino que desde su domicilio particular, o desde donde se encuentre, el trabajador lleva a cabo las funciones contratadas en el tiempo, número de horas que al efecto quiera dedicarle y desde el lugar donde se encuentre, tanto en el país como en el extranjero.

## 8. El Convenio número 177 de la Organización Internacional del Trabajo

Al analizar el Convenio número 177 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>12</sup> nos percatamos que alude en concreto al trabajo a domicilio, sin embar-

---

12 Este Convenio sobre el trabajo a domicilio, entró en vigor el 22 de abril del año 2000, fue adoptado en la 83ª reunión del CIT, el 20 de junio de 1996.

go, del contenido de su artículo primero inciso (i) se desprende claramente que también alude al teletrabajo.

El artículo señalado establece:

Artículo 1. A los efectos del presente Convenio:

(a) la expresión *trabajo a domicilio* significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza:

(i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador;

(ii) a cambio de una remuneración;

(iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales;

(b) una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente Convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual;

(c) la palabra *empleador* significa una persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista esta figura en la legislación nacional, da trabajo a domicilio por cuenta de su empresa.”

Artículo 2. El presente Convenio se aplica a toda persona que realiza trabajo a domicilio, tal y como se define en el anterior artículo 1.

## 9. Conclusión

Las TIC y todo lo que ellas significan e implican llegaron para quedarse, lo que obliga a empresas y usuarios de las mismas a cambiar sus actitudes y aptitudes, especialmente en lo que se refiere al proceso productivo en las empresas, pues los teletrabajadores día a día aumentan, sus servicios son indispensables en las empresas del siglo XXI y el marco legal internacional que inicia con el Convenio 177 de la OIT es apenas la punta de lanza que obligará a cambiar la legislación laboral de muchos países, especialmente México, para responder a los tiempos que nos ha tocado vivir y que se vivirán en el futuro.

El teletrabajo homologado al trabajo a domicilio y por lo mismo a un trabajo especial contemplado por la Ley Federal del Trabajo<sup>13</sup> debe ser visto como alternativa en la consecución de poner a disposición, conocimientos, técnicas, especialidades con la posibilidad de acceder a ingresos decorosos dentro de un marco que atenúa los efectos de la disponibilidad muy arraigado en la relación de trabajo ordinaria y en el mismo sentido aspectos referentes al espacio físico donde se prestan los servicios, la distribución del tiempo sin la presencia física del patrón o su representante para llevar a cabo la tarea convenida.

---

13 Cfr. Ávila Salcedo, Luis Fernando, *Transformaciones del trabajo a domicilio*, en *Iuris Tantum Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anahuac*, México, año XXVI, Tercer Época, número 22-2011, p. 10.

## Bibliografía

- ÁVILA SALCEDO, Luis Fernando, “Transformaciones del trabajo a domicilio”, en Revista Iuris Tantum del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anahuac, México, año XXVI, Tercer Época, número 22-2011. 375 páginas.
- BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, *Los Contratos Especiales del Trabajo*, Primera ed., Universidad Autónoma de México, México, 1992. 256 páginas.
- BARBA CORZAS, Karla, “Están de moda, pronostican auge de estas áreas por una década”, Universitarios, Diario Reforma del 21 de julio de 2013, Suplemento mensual, julio 2013. 14 páginas.
- BELLOCH ORTI, Consuelo, *Las Tecnologías de la Información y Comunicación (T.I.C.)* [http://salonvirtual.upel.edu.ve/pluginfile.php/14174/mod\\_resource/content/0/tic\\_y\\_ensenanza\\_2.pdf](http://salonvirtual.upel.edu.ve/pluginfile.php/14174/mod_resource/content/0/tic_y_ensenanza_2.pdf) página consultada el 18 de julio de 2013 a las 20:30 hs.
- GATES, Bill, *Camino al Futuro*, Traducción de la primera edición en inglés, Ed. Trillas, México 1995. 280 páginas.
- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, *Las Nuevas Relaciones de Trabajo*, s.e., Ed. Porrúa-UNAM, México, 1999. 270 páginas.
- SIERRA ROMERO, Sergio, *Teletrabajo en México*, Revista Universo Laboral, Noviembre Diciembre de 2002, secretaría del Trabajo y Previsión Social, México, 2002. 50 páginas.
- TELLEZ, Julio, *Teletrabajo*, en *Panorama Internacional de Derecho Social*, Primera ed. Ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007. 768 páginas.
- TORRES ÁLVAREZ, Hernán, *El Sistema de Seguridad Jurídica en el Comercio Electrónico*, Primera ed., Ed., Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005. 282 páginas.

# El Reglamento de Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del municipio de Teocelo, Veracruz de Ignacio de la Llave. Algunas reflexiones \*

Tania García López \*\*  
Marisol Luna Leaf\*\*\*

**RESUMEN:** Las competencias que en materia ambiental son otorgadas a los municipios mexicanos desde 1987 -año en el que se adoptó el sistema de facultades concurrentes en el artículo 73, fracción XXIX-G de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-, han sido poco adoptadas y valoradas por los respectivos gobiernos municipales. Regularmente son los municipios de tipo urbano (medianos o grandes) los que hacen uso de tales facultades; sin embargo, una excepción a lo anteriormente referido la encontramos en el municipio de Teocelo, Veracruz de Ignacio de la Llave, mismo que actualmente cuenta con el Reglamento de Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible publicado en la Gaceta Oficial del Estado Ext. Número 088 del día jueves 7 de marzo del presente año. Frente a la preocupación por reafirmar las diversas acciones pro-conservación del medio ambiente que desde el año 2000 el gobierno municipal

**ABSTRACT:** The competences that in environmental matter are given to Mexican municipalities since 1987 -when the system of contributory faculties in article 73, fraction XXIX-G of the Political Constitution of the United Mexican States was assumed-, have been poorly adopted and appreciated by the respective municipal governments. On a regular basis, the municipalities of the urban type (medium or big) are the ones that make use of such faculties. However, an exception can be found in the municipality of Teocelo, Veracruz of Ignacio de la Llave, which currently counts on the Regulations of Environmental Protection and Sustainable Development, published in the Official Gazette of the State, Additional Number 088, dated March seventh of the current year.

Facing the concern about reinforcing the actions in support of the conservation of environment, which the municipal government of

---

\* Artículo recibido el 10 de julio de 2013 y aceptado para su publicación el 25 de octubre de 2013.

\*\* Miembro del SNI-I. Profesora con Perfil Deseable PROMEP. Especialista en temas ambientales.

\*\*\* Miembro del SNI-I. Profesora con Perfil Deseable PROMEP. Especialista en temas municipales.

de Teocelo y la población desarrollan; la voluntad política para generar modificaciones a la estructura de gobierno municipal; y la decisión de hacer uso de la facultad reglamentaria municipal, el presente artículo tiene como propósito detallar y resaltar de forma genérica los aspectos más importantes y determinantes del reglamento referido, y en cuya elaboración se participó bajo dos presupuestos básicos:

- a) Los antecedentes y condiciones particulares del municipio en la materia; y
- b) Las condiciones que sobrepasan y limitan las capacidades de acción del municipio en cuestión, pero que a través de una estructura, interrelación con otras dependencias, y mecanismos básicos y ágiles el ejercicio en las atribuciones en materia ambiental sean eficaces y eficientes en el ámbito territorial en cuestión.

**Palabras Clave:** Municipio, atribuciones, reglamento, medio ambiente.

Teocelo and the population have developed since 2000, the political will to generate modifications to the structure of the municipal government, and the decision to make use of the statutory municipal faculty, this article has the purpose to detail and highlight, in a generic way, the most important and determining features of said regulations, in the elaboration of which we took part, under two basic premises:

- a) The particular precedents and conditions of the municipality on this matter, and
- b) The conditions that exceed and limit the capacities of action of said municipality, of which the exercise of functions in environmental matter can be more effective and efficient in the territory in question, through a structure, an interrelation with other institutions, and basic, agile mechanisms.

**Keywords:** Municipality, functions, regulations, environment.

**SUMARIO:** 1. Planteamiento. 2. Competencias municipales en materia ambiental. 3. El Reglamento para la Protección Ambiental y el Desarrollo Sostenible del municipio de Teocelo, Veracruz: estructura. 4. A manera de conclusiones. Implementación y perspectivas. Bibliografía.

## 1. Planteamiento

Desde 1986 que se incluyó la competencia constitucional para legislar en materia de medio ambiente, el sistema de facultades concurrentes entre los tres niveles de gobierno constituye el principio básico para la distribución de facultades ambientales en dichos niveles; la fracción XXIX-G del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos determina que el Congreso tiene facultad para expedir leyes que establezcan la **conurrencia**<sup>1</sup> del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico.

---

<sup>1</sup> Énfasis añadido.

Ahora bien, para el desarrollo de dicha competencia encontramos a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en adelante LGEEPA misma que en su artículo 1º fracción VIII establece que uno de los objetivos es definir *el ejercicio de las atribuciones que en materia ambiental corresponde a la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, bajo el principio de concurrencia previsto en el artículo 73 fracción XXIX G de la Constitución.*

Y más adelante, en su artículo 4º abunda que, *La Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios ejercerán sus atribuciones en materia de preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente, de conformidad con la distribución de competencias prevista en esta Ley y en otros ordenamientos legales.*

Frente a dichas disposiciones en materia ambiental; las atribuciones reconocidas al municipio, en especial la *facultad reglamentaria*<sup>2</sup> derivada del artículo 115 constitucional, fracción II párrafo segundo;<sup>3</sup> pero fundamentalmente por la vocación y cultura *pro medio ambiente* existente en el municipio de Teocelo desde hace más de una década, por Acuerdo de Cabildo<sup>4</sup> se decidió dar orden, cauce normativo, pero sobre todo continuidad a las buenas prácticas ecológicas, esto es, elaborar un reglamento en la materia en virtud de que hasta ese momento (julio de 2011) se carecía de dicho instrumento reglamentario. Las *buenas prácticas ecológicas*, o *cultura pro medio ambiente* a las que hemos hecho referencia en líneas anteriores básicamente consisten en una serie de acciones, programas, campañas, y eventos que caracterizan y distinguen al municipio de Teocelo, al respecto, brevemente señalamos las siguientes:

- Planta de Lombricomposta: Única en su tipo en el Estado de Veracruz, misma que para su funcionamiento cuenta con el participación activa de la población en la separación y entrega clasificada de residuos. El municipio, para el servicio de recolección cuenta con dos vehículos para residuos inorgánicos, y uno para orgánicos. La planta diariamente recibe cerca de 2,500 kg. de residuos orgánicos, los cuales pasan por el proceso de recepción, picado, pre-composteo, inyección de lombriz, cosecha, secado y envasado, para fi-

---

2 Respecto a dicha facultad reglamentaria debemos recordar ciertas limitaciones tales como que, 1) No pueden estar en oposición a la Constitución General ni a las de los Estados, así como tampoco a las leyes federales o locales; 2) En todo caso, deben adecuarse a las bases normativas que emitan las Legislaturas de los Estados; y, 3) Deben versar sobre materias o servicios que le correspondan legal o constitucionalmente. Dichas prohibiciones derivadas de la jurisprudencia dictada con motivo de la Controversia constitucional 14/2000. Promovida por el Estado Libre y Soberano de Oaxaca en 2001.

3 Dicho párrafo, como sabemos, establece la facultad de los Ayuntamientos para aprobar sus bandos de policía y buen gobierno, reglamentos, circulares y demás disposiciones administrativas.

4 Julio de 2012.

nalmente obtener el abono orgánico que han denominado *humusteo* y que comercializan en viveros de plantas.

- Implementación del *Programa para la prevención y gestión integral de los residuos sólidos urbanos*. Dicho programa elaborado con el asesorado por la Facultad de Ingeniería Química de la Universidad Veracruzana, mismo que ha permitido al municipio iniciar la gestión de recursos económicos ante la SEDEMA y la SEMARNAT, toda vez que responde a los lineamientos de estas dos instancias, así como a la RED REGIONAL CENTRO GOLFO (GIRE SOL).
- Implementación del *Proyecto: "Actualización de la Estrategia Veracruzana de Educación Ambiental: Hacia la integración de Programas municipales de Educación ambiental"*. Dicho proyecto ha permitido definir las estrategias de educación ambiental formal y no formal a aplicar en los próximos años en el municipio de Teocelo, con el propósito de impulsar la participación de los distintos sectores de la población en coordinación con autoridades locales, dependencias de la administración pública estatal y federal e instituciones educativas.
- Elaboración del *Plan de Acción Climática Municipal PACMUN*, impulsado en México por ICLEI-Gobiernos Locales por la Sustentabilidad, financiado por la Embajada Británica en México.
- Membresía a la Red Regional Centro Golfo (GIRE SOL), dicha red tiene como propósito formar promotores ambientales en materia de prevención y gestión integral de residuos sólidos. Esta red es iniciativa de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), el Instituto Nacional de Ecología (INE) y la Cooperación Alemana al Desarrollo (GIZ).

Campañas pro-medio ambiente entre las que destacan:<sup>5</sup>

<b>Energía de la gente:</b> Consiste en el acopio de aceite comestible usado para la producción de biodiesel.	<b>Recicla tu navidad:</b> Acopio de árboles de navidad para su reciclaje. En coordinación con la Secretaría de Medio Ambiente y recursos naturales.	<b>Reciclón de electrónicos:</b> Acopio de aparatos electrónicos para evitar que su destino final sea el relleno sanitario.
---	--	---

---

5 <http://www.municipiodeteocelo.gob.mx/ecologia/> Fecha de consulta: 21 de octubre de 2013.

El Reglamento de Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del municipio de Teocelo

<b>Acopio de Pilas:</b> Por ser un residuo de manejo especial, se colectan en contenedores y se entregan a la Secretaría para su disposición final.	<b>Barre tu frente.</b> Se promueve la limpieza de los frentes de las casas, y aceras que les corresponde.	<b>Menos carteles.</b> Disminución de contaminación visual.
<b>Cero unicel.</b> Se promueve el uso del unicel en la venta de comida y fiestas.	<b>Pon tu huella.</b> Brigada integrada por directores de diferentes áreas, para informar casa por casa a la ciudadanía en temas ambientales.	<b>Recicla tu medicamento:</b> Acopio de medicamento caduco, para evitar que contamine el agua.
	<b>¡Cambia ya!</b> Promueve el uso de bolsas verdes, para disminuir el consumo de bolsas de plástico.	

▪ Eventos ambientales:<sup>6</sup>

<b>Eco-Reto.</b> Concurso ecológico dirigido a las escuelas públicas del Municipio de Teocelo y localidades, de todos los niveles educativos. Consiste en la colecta de material reciclable: plástico, aluminio y papel con el propósito que tales materiales se depositen en relleno sanitario.	<b>Desfile de modas con material reciclado.</b> Con el objetivo de fomentar una cultura de la reutilización, que pretende el reconocimiento de la expresión de los participantes y la difusión del arte. Se realiza anualmente en 2 categorías: niños y adultos de toda la región.
--	--

No omitimos señalar que los diversos programas, proyectos, campañas y eventos pro-medio ambiente han sido referentes para que al municipio de Teocelo se le haya distinguido con la entrega de diversos premios y reconocimientos, entre los que destacan,<sup>7</sup> el *Premio a la Sustentabilidad* otorgado por la ICLEI (Gobierno británico); el *Reconocimiento* con el 100% de puntos por el *Programa Agenda desde lo Local*;<sup>8</sup> el *Reconocimiento* de la Asociación Mundial Protectora de Animales; el *Premio Estatal al Medio Ambiente-2002*; *Premio Nacional de Gobierno y Gestión Local-2002*; y *Premio Nacional Limpiemos nuestro México-2008*. Asimismo, es el primer municipio del País en haber elaborado su *Plan de Cambio Climático*; es el primer municipio en el Estado en entregar su *Plan Integral de Separación de*

6 Ídem

7 <http://www.municipiodeteocelo.gob.mx/ecologia/> Fecha de consulta: 21 de octubre de 2013.

8 Este reconocimiento será entregado en diciembre del año en curso.

*Residuos a 2025*; y primer municipio en el Estado en declararse *libre de cultivos transgénicos*.

Ahora bien, bajo el escenario normativo y fáctico referidos, el punto de inicio fue hacer uso de las diversas competencias que en materia ambiental posee el municipio con el propósito de delinear las diversas etapas por las que debe discurrir la protección del medio ambiente, esto es, la planeación, la ejecución; y, por otra parte, la imposición de sanciones, con sus respectivos medios de impugnación.

## 2. Competencias municipales en materia ambiental

De conformidad con la LGEEPA y las diversas normas sectoriales que en materia ambiental se han adoptado en nuestro País, las competencias municipales en materia ambiental son amplias y diversas, mismas que tradicionalmente se clasifican de la siguiente manera:

### 2.1 Competencias normativas

Son aquéllas que permiten al municipio regular las actividades económicas que se desarrollan en su territorio para prevenir y controlar la contaminación; asimismo, para establecer los criterios de protección de los recursos naturales del municipio.

Hay competencias propias del municipio, como son las relativas a todo lo concerniente con los residuos sólidos urbanos, mismas que algunos autores califican como *servicios o actividades de ejercicio obligatorio del municipio*, y otras, que pueden confundirse con las *competencias de ejecución o gestión ambiental* puesto que éstas últimas implican, en ocasiones, la posibilidad de dictar ordenanzas locales que detallen requisitos y condiciones de uso.

A pesar de lo anterior, hay quien considera que los municipios no tienen facultades normativas; por ejemplo, González Márquez al respecto sostiene que, *los municipios no tienen facultad regulatoria alguna, mientras que las entidades federativas sólo poseen aquéllas que de suyo son, según una interpretación ortodoxa de la Constitución, de carácter local.* . .<sup>9</sup>

Lo que no existe, a nuestro juicio, son competencias exclusivas del municipio de carácter normativo; las facultades normativas municipales en materia ambiental son normalmente compartidas, es decir, no recaen en su totalidad y de

---

<sup>9</sup> González Márquez, J. J., *Teoría del Derecho Ambiental*, Vol. I, Instituto Mexicano de Investigaciones en Derecho Ambiental, México, 2009, p. 134.

forma excluyente bajo este nivel de gobierno, además de que deben ajustarse a los criterios y lineamientos establecidos en la correspondiente legislación federal y estatal.

## **2.2 Competencias para elaborar políticas ambientales propias**

Son las facultades destinadas a diseñar y ejecutar tanto políticas ambientales generales, como aquéllas que recaen sobre los diferentes recursos ambientales dentro de su territorio, siempre y cuando, sean congruentes con las políticas públicas federales y estatales correspondientes.

## **2.3 Competencias de participación**

Lozano Cutanda las describe como aquellas destinadas a *intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses*,<sup>10</sup> por lo que aún cuando un asunto, por ejemplo, la evaluación del impacto ambiental de obras o actividades dentro de un territorio, corresponda a la Federación o al estado, el municipio podrá participar en el mismo.

## **2.4 Competencias por delegación**

Son aquéllas que, sin recaer *a priori* dentro del ámbito competencial del municipio, son asumidas por éste, normalmente tras un acuerdo de coordinación.

## **2.5 Competencias de ejecución o gestión**

Dentro de éstas competencias se encuentra todo aquello que corresponde ejecutar o gestionar al municipio para la protección de los recursos naturales dentro de su territorio. Se incluyen los planes de ordenación, las declaraciones de usos y destinos del suelo, de acuerdo a la normativa federal o estatal y se extiende, en ocasiones, a la adopción de ordenanzas locales al efecto, por lo que a veces podrían confundirse con las competencias normativas, como ya hemos señalado. Son, quizá, las más numerosas de acuerdo al ordenamiento ambiental mexicano, junto con las competencias de vigilancia y control.

## **2.6 Competencias de vigilancia y control**

Se refieren a todas aquellas facultades para vigilar y controlar el cumplimiento de las diferentes normas ambientales en el municipio, tanto federales, estatales y municipales.

Hay que tomar en cuenta que el ejercicio de todas estas competencias requiere de un buen número de acciones a nivel municipal que implican la existencia

---

10 Lozano Cutanda, Blanca, *Derecho ambiental administrativo*, 11ª Edición, La Ley, Madrid, 2010, p. 58.

de instituciones y dependencias encargadas de estos asuntos, con necesidades de presupuesto y organización que, en muchas ocasiones, sobrepasan los medios existentes para estos fines a nivel municipal. Por ello, es necesario que la regulación ambiental municipal se adecúe al presupuesto, tamaño y disponibilidad de recursos humanos de los municipios. Así, en el *Reglamento de Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del municipio de Teocelo, Veracruz* se consideró que estábamos frente a un municipio pequeño,<sup>11</sup> que los recursos económicos,<sup>12</sup> humanos y técnicos son escasos; razón por la cual se buscó que la norma no exigiese un aumento desproporcionado que afectara la dotación presupuestal del mismo; pero que a su vez existiera la estructura orgánica suficiente para la debida aplicación del instrumento normativo en cuestión, en tal sentido, se reconocen como autoridades al Ayuntamiento, al Presidente Municipal, al Director de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, así como a los inspectores ambientales.

### **3. El Reglamento para la Protección Ambiental y el desarrollo Sostenible del municipio de Teocelo, Veracruz: estructura**

Por cuanto se refiere a la estructura y temas desarrollados en el Reglamento para la Protección Ambiental y el Desarrollo Sostenible del municipio de Teocelo, Veracruz (RPADS) tenemos que este se integra por 162 artículos, divididos en doce capítulos, y tres artículos transitorios. Los capítulos referidos son los siguientes:

- Capítulo Primero. Disposiciones generales.
- Capítulo Segundo. Competencia y coordinación de acciones.
- Capítulo Tercero. De los instrumentos de política ambiental.
- Capítulo Cuarto. De la prevención y el control de la contaminación del agua.
- Capítulo Quinto. De la prevención y el control de la contaminación atmosférica.

---

11 El municipio de Teocelo, Veracruz de Ignacio de la Llave, según datos del Censo de Población y Vivienda 2010 del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) cuenta con 16,327 habitantes. Véase en:

12 De conformidad con la Ley No. 762 de Ingresos del Municipio de Teocelo, del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, correspondiente al ejercicio fiscal del año 2013 publicada en la Gaceta Oficial Núm. 450 del martes 25 de diciembre de 2012, Tomo CLXXXVI, se prevé un ingreso total por la cantidad de \$21,797.682.08 de los cuales únicamente \$3,884,129.56 son provenientes de recursos propios.

- Capítulo Sexto. De la prevención y el control de la contaminación del suelo y de los residuos sólidos.
- Capítulo Séptimo. De la prevención y el control de la contaminación por ruido, visual, vibraciones, energía térmica, lumínica y olores perjudiciales.
- Capítulo Octavo. Protección del patrimonio natural del municipio y desarrollo forestal sostenible.
- Capítulo Noveno. Participación ciudadana.
- Capítulo Décimo. Inspección y vigilancia.
- Capítulo Undécimo. Sanciones.
- Capítulo Duodécimo. Recurso de reconsideración

En los apartados subsecuentes se hará una breve descripción de cada uno de los capítulos señalados.

### **3.1 Disposiciones generales**

En este apartado se describe el objetivo y la finalidad del reglamento es cuestión, las definiciones de los principales conceptos incluidos en ésta, los mecanismos para su aplicación e interpretación, además de los principios que sirven de base para la regulación contenida en ella. En otros términos, el objeto fundamental del RPADS es, establecer las normas, criterios, instrumentos y principios para el desarrollo sostenible y la protección ambiental en Teocelo, bajo lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales suscritos por México, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, la Ley número 62 Estatal de Protección Ambiental del estado de Veracruz-Llave, la Ley General de Pesca y Acuacultura Sustentables, la Ley de Pesca y Acuacultura Sustentables para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, la legislación sectorial ambiental federal y estatal y sus respectivos reglamentos, en las materias que son de competencia municipal.

### **3.2 Competencias y coordinación de acciones**

En este capítulo se enumeran cincuenta competencias municipales, de acuerdo a lo dispuesto en la LGEEPA y en la normativa sectorial. Se incluye también lo referente a la celebración de convenios de coordinación por parte del municipio, aunque más adelante, en los capítulos que regulan los diferentes aspectos para la prevención y el control de la contaminación de los recursos se abunda sobre ellos, conscientes de que en muchas ocasiones dichos convenios constituyen la única respuesta jurídica a determinados problemas ambientales.

Algunas de las cincuenta competencias referidas son las relativas a:

<p>La Preservación y restaurar el equilibrio ecológico y la protección al ambiente en bienes y zonas de jurisdicción municipal;</p>	<p>La aplicación las disposiciones jurídicas relativas a la prevención y el control de la contaminación atmosférica generada por fuentes fijas que funcionen como establecimientos mercantiles o de servicios, así como de emisiones de contaminantes a la atmósfera provenientes de fuentes móviles que no sean de jurisdicción federal;</p>
<p>La aplicación de las disposiciones jurídicas relativas a la prevención y control de los efectos sobre el medio ambiente ocasionados por la generación, transporte, almacenamiento, manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos e industriales que no estén considerados como peligrosos, de conformidad con la legislación aplicable;</p>	<p>La autorización, condicionamiento, o negación del funcionamiento de los sistemas o actividades de recolección, almacenamiento, transporte, alojamiento, reusó, tratamiento y disposición final de residuos sólidos no peligrosos conforme a la normatividad ambiental vigente; así como inspeccionar y vigilar el cumplimiento de las condiciones establecidas en las autorizaciones que expida;</p>
<p>La Participación en el funcionamiento de los sistemas de recolección, almacenamiento, transporte, reusó, tratamiento y disposición final de residuos y materiales peligrosos en el territorio municipal, conforme a los acuerdos de coordinación que se celebren con la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales;</p>	<p>La promoción de la instalación de centros de acopio de residuos sólidos no peligrosos que puedan ser reutilizados o reciclados, así como la formulación y promoción de programas de reutilización y reciclaje de dichos residuos;</p>
<p>La creación y administración de las zonas de preservación ecológica de los centros de población, parques urbanos, jardines públicos y demás áreas análogas previstas por la legislación local;</p>	<p>La formulación y expedición de los programas de ordenamiento ecológico local del territorio, así como el control y la vigilancia del uso y cambio de uso del suelo, establecidos en dichos programas;</p>

<p>La aplicación de las disposiciones jurídicas relativas a la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente en relación con los efectos derivados de los servicios de alcantarillado, limpia, mercados, centrales de abasto, panteones, rastros, tránsito y transporte locales, en el ámbito de sus competencias;</p>	<p>La formulación y conducción de la política municipal de información y difusión en materia ambiental;</p>
<p>La participación en la evaluación del impacto ambiental de obras o actividades de competencia estatal, cuando las mismas se realicen en el ámbito de su circunscripción territorial;</p>	<p>La formulación y ejecución de las acciones de mitigación y adaptación al cambio climático;</p>
<p>La promoción de la participación de la sociedad y los grupos no gubernamentales en materia ambiental en acciones de preservación, mejoramiento y educación ambiental, a fin de desarrollar una conciencia ambiental pública y promover el conocimiento y cumplimiento de este reglamento;</p>	<p>Otorgar, condicionar, negar y revocar los permisos, licencias y autorizaciones derivadas del RPAD, siempre y cuando sean de su competencia.</p>

### 3.3 Instrumentos de política ambiental

Dos de los instrumentos fundamentales de política ambiental municipal recogidos y desarrollados en el RPADS son el ordenamiento ecológico del territorio, así como los instrumentos económicos en materia ambiental.

Por cuanto se refiere al ordenamiento ecológico del territorio, al municipio le corresponde la formulación, evaluación y, en su caso, modificación del programa de ordenamiento ecológico local, el cual debe ser congruente con el programa de desarrollo urbano del municipio. Este programa va dirigido, como dispone la LGEEPA, a *planear, programar y evaluar el uso del suelo y el manejo de los recursos naturales en el territorio del municipio.*

En cuanto a los instrumentos económicos en materia ambiental, estos se definen en el artículo 22 de la LGEEPA, la cual distingue entre:

- Instrumentos fiscales;
- Instrumentos financieros; e
- Instrumentos de mercado.

Todos estos instrumentos pueden ser desarrollados a nivel municipal, por lo que han sido recogidos en el Reglamento.

Los instrumentos económicos, según la OCDE, podrían definirse como los mecanismos *que influyen sobre los costes y beneficios de las diversas opciones entre las que pueden elegir los agentes económicos, incentivando a dirigir o modificar sus acciones en un sentido favorable para el medio ambiente.*<sup>13</sup>

El municipio puede desarrollar y aplicar los instrumentos económicos de carácter fiscal que, de acuerdo a la normativa fiscal, sean de competencia municipal. Dichos instrumentos fiscales: gravámenes y estímulos fiscales deberán dirigirse a la consecución de los objetivos de la política ambiental municipal.

Asimismo, es posible diseñar, desarrollar y aplicar en el municipio los instrumentos económicos de carácter financiero que, de acuerdo a la legislación aplicable, sean de competencia municipal. Estos instrumentos financieros: fondos, fideicomisos créditos, fianzas, seguros de responsabilidad civil, deberán dirigirse a la preservación, protección, restauración o aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el ambiente, así como al financiamiento de programas, proyectos, estudios, investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación para lapreservación del equilibrio ecológico y la protección al ambiente.

Por último, en relación a los instrumentos económicos de mercado: concesiones, autorizaciones, licencias y permisos que corresponden a volúmenes preestablecidos de emisiones de contaminantes en el aire, agua o suelo, o bien, que establecen los límites de aprovechamiento de recursos naturales, o de construcción en áreas naturales protegidas o en zonas cuya preservación y protección se considere relevante desde el punto de vista ambiental, estos deberán dirigirse, también, a la preservación, protección, restauración o aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el ambiente, así como al financiamiento de programas, proyectos, estudios, investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación para la preservación del equilibrio ecológico y protección al ambiente.

### **3.4 Prevención y control de la contaminación del agua**

En materia de prevención y control de la contaminación del agua, las facultades del municipio se centran en prevenir y controlar las descargas de aguas residuales a cuerpos receptores de competencia municipal provenientes de establecimientos mercantiles y de servicios; y en su caso de autorizar, a quienes

<sup>13</sup> OCDE, Taxation and the Environment, Complementary Policies, Francia, 1993.

generen descargas de aguas residuales a dichos cuerpos receptores el cumplimiento de los límites máximos permisibles que establezcan las normas oficiales mexicanas y las normas oficiales estatales.

Además, debe existir a nivel municipal un organismo operador del agua potable, sistema de drenaje y alcantarillado,<sup>14</sup> el cual debe ajustarse a las disposiciones establecidas en la Ley de Aguas Nacionales, en lo relativo a la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas que tiene asignadas.

El artículo 115 de la Constitución establece que, dentro de las funciones y servicios públicos que tienen a su cargo los municipios están los relativos a agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición final de aguas residuales.

En el *Reglamento de Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del municipio de Teocelo, Veracruz*, se dedicaron varios artículos a regular el uso y consumo de agua por los beneficios de café, industria esta muy presente en el municipio.

El cobro de derechos en materia de aguas por concepto de servicio de agua y alcantarillado constituye uno de los instrumentos fiscales en materia ambiental más antiguo en el país.

Las bases para el cobro de estos derechos las encontramos en el artículo 21 del RPADS que se refiere, como ya hemos apuntado, a los instrumentos fiscales, así como en los artículos 29 y 31, contenidos dentro del capítulo para la prevención y el control de la contaminación de las aguas; en dicho tenor la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado y sobre el particular refiere que, *existen diversos derechos establecidos generalmente por las Legislaturas Locales, cuyo hecho tasable es el servicio municipal de suministro de agua potable, prestado en términos de lo previsto en el artículo 115, fracción III, constitucional...*<sup>15</sup>

### 3.5 Prevención y control de la contaminación atmosférica

La prevención y el control de la contaminación atmosférica generada por fuentes fijas o móviles que no sean del orden federal o estatal está a cargo del municipio.

Esta facultad se plasma, esencialmente, en la verificación de emisiones de automóviles de conformidad con la normatividad ambiental vigente, en la

---

14 Los municipios pueden prestar el servicio directamente o a través de un organismo descentralizado o paraestatal.

15 Segunda Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XII, Octubre de 2000, Pág. 349.

adopción de programas de verificación vehicular y en la ordenación de la circulación vehicular por cuestiones ambientales.

Desde el año 2011 la LGEEPA en su artículo 8 estableció que el municipio tiene, junto con los estados y la federación competencias para formular y ejecutar acciones de mitigación y adaptación al cambio climático. La Ley General de Cambio Climático del año 2012 especifica en su artículo 9 las facultades municipales en esta materia, entre ellas, *Formular, conducir y evaluar la política municipal de cambio climático en concordancia con la política nacional y estatal*. En el RPADS se hace referencia expresa a la prohibición de combustión a cielo abierto para eliminar basura, así como para secar café, ambas prácticas, de conformidad en el estudio del contexto fáctico, sumamente arraigadas en el municipio.

### **3.6 Prevención y control de la contaminación del suelo y de los residuos sólidos**

Los residuos sólidos urbanos son de exclusiva competencia del municipio, como ya hemos mencionado. Esta competencia supone que el municipio debe encargarse de recolectar y tratar los residuos sólidos urbanos que se generen en el mismo; implica la instalación en el territorio municipal de sitios de disposición final de residuos no peligrosos, así como de centros o estaciones de transferencia de los mismos.

De acuerdo al artículo 10 de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos vigente, corresponde a los municipios, *...las funciones de manejo integral de residuos sólidos urbanos, que consisten en la recolección, traslado, tratamiento, y su disposición final ...* Es posible que los municipios contraten el servicio de la gestión de residuos en su municipio, además de que también pueden utilizar instrumentos económicos que recaigan sobre su generación.

### **3.7 Prevención y el control de la contaminación por ruido, visual, vibraciones, energía térmica, lumínica y olores perjudiciales**

En el capítulo respectivo se regulan los tipos de contaminación referidos en el título siempre y cuando, sean generados por fuentes móviles que no sean de competencia federal o estatal, así como por fuentes fijas estacionarias en establecimientos mercantiles o de servicios.

Es habitual que se solicite, para actividades que puedan generar estos tipos de contaminación, una licencia ambiental municipal, en la cual se fijan las condiciones particulares de emisión.

### **3.8 Protección del patrimonio natural del municipio y desarrollo forestal sostenible**

Los municipios tienen facultades para emprender acciones de preservación y restauración de los recursos del patrimonio natural del municipio, cuyo cuidado no esté reservado a la federación o al gobierno del estado.

Los mecanismos con los que cuenta el municipio para tal efecto son:

- De ordenamiento ecológico del territorio;
- De promoción y gestión de áreas naturales protegidas,
- De protección de la calidad del paisaje urbano y rural;
- De protección de la flora y fauna silvestres;
- De promoción de acciones de desarrollo forestal sustentable; y,
- De promoción de la formación de organismos públicos o privados para la administración de parques urbanos y zonas de conservación ambiental en los centros de población.

Todos ellos considerados en el RPADS; ahora bien, la administración de los parques y jardines públicos que se establezcan dentro del territorio municipal es una de las áreas tradicionales de gestión ambiental municipal.

Las áreas naturales protegidas de jurisdicción municipal, de acuerdo a la LGEEPA, son las zonas de preservación ecológica de los centros de población; los parques ecológicos municipales; y aquellas áreas que el municipio establezca a fin de proteger su patrimonio natural.

### **3.9 Participación ciudadana**

El artículo 120 y subsecuentes del RPADS relativos a la participación ciudadana tienen como propósito fundamental fomentar la participación de la sociedad en la planeación, ejecución, evaluación y vigilancia de la política ambiental municipal; en el fomento del desarrollo sustentable del municipio, así como en la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección del ambiente, a través de las acciones que, para tales efectos, lleve a cabo la Dirección de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, por ejemplo, promover:

- La elaboración y ejecución de programas y campañas destinadas a involucrar a la población en la problemática de la contaminación ambiental, sus consecuencias y los medios para prevenirla, controlarla y abatirla;
- La realización, a través de los medios masivos de comunicación, de campañas de información sobre los problemas de contaminación ambiental que in-

cidan en el municipio, así como de las medidas necesarias para su abatimiento, propiciando la formación de una conciencia ecológica en todos los sectores de la comunidad;

- La celebración de eventos de promoción ambiental en los planteles educativos radicados en el Municipio, especialmente destinados a crear en la niñez y la juventud, cultura y conciencia ecológica;
- A través del programa que diseñe para tal fin, la regularización documental y operativa de establecimientos, servicios o instalaciones y, en especial, de los beneficios de café, para cuyo efecto difundirá los requisitos, trámites y obligaciones materia del RPADS; entre otras.

Por otra parte, en este capítulo también se considera la posibilidad de que cualquier persona pueda denunciar ante la Dirección de la material los hechos, actos u omisiones que produzcan desequilibrio ecológico o daños al ambiente, mediante un escrito de redacción libre que contenga los datos mínimos de identificación correspondiente.

Este capítulo lo consideramos de vital importancia, toda vez que a partir de tales disposiciones se consolidaran las diversas acciones pro-medio ambientes enlistas en líneas anteriores.

### **3.10 Inspección y Vigilancia**

Durante la práctica de la diligencia, el inspector levantará un acta circunstanciada en la que se harán constar los hechos u omisiones observados en el desarrollo de la inspección, dándosele intervención a la persona con la que se entienda la diligencia para que exponga lo que a su derecho convenga, lo que también se asentará en el acta correspondiente. Concluido el levantamiento del acta circunstanciada, ésta será firmada por el inspector, la persona con quien se atiende la inspección y los testigos. En caso de que la persona con la que se entendió la diligencia o los testigos se negaren a firmarla, así se hará constar en el acta sin que ello afecte la validez de la misma. Al término de la diligencia se hará entrega de copia del acta a la persona con la que se haya entendido, asentándose tal circunstancia en el cuerpo de la misma.

El propietario o representante legal del establecimiento, obra o actividad inspeccionada, podrá manifestar por escrito lo que a su derecho convenga y ofrecer las pruebas que considere convenientes ante la Dirección, en un plazo de tres días hábiles posteriores a la inspección; vencido dicho término, se tendrá por precluido su derecho para hacerlo con posterioridad y se procederá dentro

de los veinte días siguientes a dictar la resolución administrativa correspondiente.

La resolución administrativa correspondiente será notificada al propietario o representante legal del establecimiento, obra o actividad en forma personal o por correo certificado con acuse de recibo. En dicha resolución se precisarán los hechos constitutivos de infracción, las sanciones impuestas por tal concepto en los términos del RPADS, y se señalarán o adicionarán las medidas que deberán llevarse a cabo para corregir las deficiencias o irregularidades observadas, otorgando un plazo al infractor para satisfacerlas.

Cuando se trate de una segunda o posterior inspección para verificar el cumplimiento de un requerimiento o requerimientos anteriores, y del acta correspondiente se desprenda que no se ha dado cumplimiento a las medidas previamente ordenadas, la autoridad competente podrá imponer las sanciones que procedan por reincidencia conforme a las disposiciones establecidas en el propio RPADS. En los casos que proceda, la Dirección hará del conocimiento del Ministerio Público la realización de los actos u omisiones constatados que pudieran ser constitutivos de uno o más delitos.

### **3.11 Sanciones**

Si bien es cierto que los habitantes de Teocelo son poseedores de una cultura de prevención y conservación del medio ambiente; que son municipio ejemplo en el estado de Veracruz; por la propia naturaleza de todo reglamento; así como para reforzar conductas positivas, las sanciones que se consideran para los casos de incumplimiento de las diversas disposiciones establecidas son, la amonestación; la multa; la clausura temporal o parcial, total o definitiva; la revocación de la licencia ambiental municipal; y, la reparación del daño ambiental.

### **3.12 Recurso de reconsideración**

Los artículos 159 y siguientes regulan lo relativo al recurso de reconsideración mismo que puede ser interpuesto contra resoluciones o actos dictados, principalmente por la Dirección del ramo, y se estime que estos han causado agravios. Dicho recursos se puede interponer directamente ante la autoridad que emitió la resolución o acto impugnado, dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de su notificación.

Es importante destacar que en la interposición del recurso se puede solicitar la suspensión del acto recurrido, y la autoridad puede ordenar la suspensión

respectiva, siempre y cuando, el recurso sea procedente; no se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público; no se ocasionen daños o perjuicios a terceros, salvo que se otorgue garantía; y en tratándose de multas, el recurrente garantiza el interés fiscal.

#### 4. A manera de conclusiones. Implementación y perspectiva

La aprobación en Cabildo del RPADS, su entrada en vigor, y la correspondiente creación de la Dirección Municipal de Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible en Teocelo, Veracruz de Ignacio de la Llave, representa un paso hacia la consolidación de una cultura, o, costumbre *pro-medio ambiente* en el municipio multireferido, toda vez que dicho reglamento legitima las acciones y actos de la autoridad municipal en la materia; otorga certeza jurídica a la población; asimismo, pretende conducir a las futuras administraciones municipales a mantener políticas y acciones tendientes a la conservación del medio ambiente.

Una cuarta bondad del RPADS es que dicho instrumento normativo es un excelente vehículo para la captación de recursos económicos cuando se infrinja alguna de sus disposiciones, y la autoridad haga uso de las sanciones previstas en dicho reglamento, en otros términos, incremento de *aprovechamientos* por concepto de *multas administrativas*. Paralelo a lo anterior, por la expedición del reglamento en referencia (así como de otros reglamentos en materias de competencia municipal)<sup>16</sup> el municipio de Teocelo se ubica como un municipio apegado a la legalidad, todo vez que no es usual que un municipio semi-rural como el que nos ocupa, haga uso de la facultad reglamentaria otorgada a los municipios.<sup>17</sup>

Finalmente tres reflexiones, primera, fue evidente que la fuerza de la *costumbre* actuó como un impulso importante para crear la norma, en este caso el RPADS. Situación contraria a lo que habitualmente acontece, esto es, que primero se crea-genera la norma, el derecho vigente, pero que en muchas ocasiones materialmente carece de positividad. Segunda, el puntual cumplimiento de las diversas disposiciones establecidas en el RPADS, y cuando corresponda, la aplicación de sanciones será un reto para el cual el Ayuntamiento debe no solo poseer voluntad política, sino también, brindar capacitación al personal que

---

16 También publicados en la Gaceta Oficial del Estado Ext. Número 088 del día jueves 7 de marzo del presente año, tales como el *Bando de Policía y Buen Gobierno*, de *Protección Civil*, de *Protección Animal*, de *Seguridad Pública*, entre otros.

17 De conformidad con un sondeo realizado para la elaboración de un artículo sobre el particular, en nuestra entidad, los motivos principalmente son, porque no se estima necesaria la existencia de dichos Reglamentos Municipales; porque se desconoce el procedimiento legislativo correspondiente; porque la tarifa de pago en la Gaceta Oficial para publicación de reglamentos municipales es alta, entre otras.

será encargado de realizar las inspecciones de verificación y conducir el procedimiento jurídico ya indicado en líneas anteriores. Y, tercera, una posible “amenaza” para la debida observancia del RPADS, serán los cambios de administraciones municipales, esto es, la disposición-voluntad-interés que los Ediles posean sobre el tema ambiental, y la necesidad de protegerlo.

## **Bibliografía**

- González Márquez, Juan José, *Teoría del Derecho Ambiental*, vol. I, México. Instituto Mexicano de Investigaciones en Derecho Ambiental, México, 2009.
- Lozano Cutanda Blanca, *Derecho ambiental administrativo*, 11ª edición, La Ley, Madrid, 2010.
- OCDE, *Taxation and the Environment. Complementary Policies*, Francia, 1993.

## **Legislación**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.
- Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable
- Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos.
- Ley General de Cambio Climático.
- Ley No. 762 de Ingresos del Municipio de Teocelo, del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, correspondiente al ejercicio fiscal del año 2013.
- Reglamento de Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del municipio de Teocelo, Veracruz de Ignacio de la Llave.

## **Internet**

- <http://www.municipiodeteocelo.gob.mx/ecologia/> Fecha de consulta: 21 de octubre de 2013.
- <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/ResultadosR/CPV/Default.aspx?texto=teocelo,%20veracruz>

# Convencionalidad de la fracción tercera del artículo 61 de la Ley de Amparo\*

José Alfredo Gómez Reyes \*\*

**RESUMEN:** *El presente trabajo de investigación, tiene como finalidad dar muestra de la omisión en que incurre el legislativo al no llevar a cabo un control de convencionalidad, en consecuencia se emitan leyes que no respetan los parámetros internacionales de protección de derechos humanos.*

**Palabras Clave:** *Reforma constitucional, pro persona, Derechos Humanos*

**ABSTRACT:** *This research work aims to show the omission incurred by the legislature by not carrying a conventionality control, therefore laws that do not respect international standards of human rights protection are issued.*

**Keywords:** *Constitutional Reform, Pro Persona, Human Rights.*

**SUMARIO:** Introducción: aspectos generales. 1. El derecho humano a contar con un recurso efectivo e idóneo. Perspectiva de protección de derechos humanos. 2. Inconstitucionalidad-Inconvencionalidad de la fracción III del artículo 61 de la Ley de Amparo. 3. A manera de conclusión. Bibliografía.

## Introducción: aspectos generales

Hemos sostenido que a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del pasado 10 de junio de 2011<sup>1</sup>, no se rompen paradigmas, no es una nueva era, pero sí es un cambio que matiza el formalismo-legalismo que caracteriza al sistema jurídico mexicano, para volverse un sistema jurídico que debe poner en la cúspide de su jerarquía, a la dignidad del ser humano, es por ello, que somos partidarios de la postura que trata a los derechos humanos no más como cuestiones abstractas, no más buena fe para su cumplimiento, son

\* Artículo recibido el 19 de julio de 2013 y aceptado para su publicación el 14 de octubre de 2013.

\*\* Doctor en Derecho Público por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, y asistente legal del Programa de Derechos Humanos de la universidad Veracruzana.

1 Gómez Reyes, José Alfredo, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos*, del número 3 de la revista electrónica de la Universidad de Xalapa, "Universita Ciencia" enero-abril de 2013, ISSN: 2007-3917.

derechos humanos constitucionalmente reconocidos, inclusive, con alcance en criterios emitidos por tribunales internacionales; y por tanto, no pueden ser cuestiones desconocidas, inadvertidas y mucho menos soslayadas.

Lo anterior, no se trata de un discurso más, se trata de una realidad jurídica vinculante, que no puede obviar que cualquier estado al firmar y ratificar tratados internacionales en materia de derechos humanos — o en su caso cualquiera que contenga un derecho humano — automáticamente se sujetan a tres obligaciones principalmente: respetar, proteger y cumplir los derechos humanos.<sup>2</sup>

Algunos otros sostienen que las obligaciones de firmar y ratificar tratados en materia de derechos humanos, son: la de *respetar, garantizar*, el deber de *adoptar medidas apropiadas* y el establecimiento de *recurso efectivos*.<sup>3</sup>

En ese sentido, compartimos la postura que esas obligaciones referidas se encuentran consagradas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, mismas que refieren dos obligaciones centrales, la *obligación de respetar los derechos humanos* y el *deber de adoptar disposiciones de derecho interno*.<sup>4</sup>

Al respecto, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido desde sus primeros casos como lo son Velásquez Rodríguez Vs Honduras y Bayarri Vs Argentina, que los Estados Partes de la Convención Americana, tienen el deber fundamental de respetar y garantizar los derechos y libertades establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, de acuerdo con el artículo 1.1 y 2, que establecen:

#### Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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 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.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

#### Artículo 2. 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

2 Nowak, Manfred, *Derechos humanos, manual para parlamentarios*, Francia, Oficina del alto Comisionado de Naciones Unidas y Unión Interparlamentaria, 2005, p. 11.

3 *Idem*. p. 113.

4 Véase artículo 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Veracruz, *Principales declaraciones y convenciones de derechos humanos*.

disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En esa misma línea temática, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho:

Que en todo momento se debe tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos y los efectos que ello tiene sobre su interpretación y aplicación, por una parte, el objeto y fin es la protección de los derechos humanos de los individuos; por la otra, significa la creación de un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones no en relación con otros estados. sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.<sup>5</sup>

Es por lo anterior, que podríamos afirmar que los derechos humanos tienen dos etapas que se relacionan entre sí para lograr un pleno respeto: primero su vigencia por medio de una actitud proactiva de promoción y divulgación, y segundo, la obligación de protección, en los casos en que se vean violados.

Respecto al goce pleno y cumplimiento de las obligaciones *de respeto* de los derechos humanos, dice José Luis Máximo García Zalvidea, que las obligaciones tienen que ver con el acceso y vigencia de los derechos humanos y con los mecanismos que garanticen su respeto en los supuestos en que no sean observados y respetados.<sup>6</sup>

Con base en ello, debemos recordar a todos aquellos operadores del derecho, que México ha ratificado la Convención Americana y a aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuestión que en términos de los artículos 26 y 27 de la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los estados se encuentran obligados a respetar los derechos humanos a los que se han sometido mediante la firma y ratificación de éstos, sin posibilidad de alegar su derecho interno para incumplir con dichas obligaciones.

Para mayor claridad veamos a la letra lo establecido en dichos preceptos:

Art. 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

---

5 Cfr. "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párrs.

6 Grupo Interagencial de Derechos Humanos del Equipo de País del Sistema de Las Naciones Unidas en México, *Memorias de las mesas de estudio sobre la reforma constitucional en derechos humanos. Un análisis desde las obligaciones internacionales*, México, ONU, 2008, p. 107.

Como se vio, las obligaciones *supra* señaladas para algunos podrían parecer cosas ajenas a nuestro sistema jurídico, sin embargo, no debemos pasar por alto el texto del propio párrafo primero y segundo del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dice:

Art. 1o.- 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...

Del anterior precepto, debemos destacar dos puntos esenciales y fundamentales, primero que la Constitución está reconociendo los derechos humanos perennes al ser humano, tanto a nivel constitucional como de tratados internacionales con sus respectivas interpretaciones y alcances; y segundo, que toda interpretación de un derecho humano, debe ser bajo la perspectiva, alcance y sustancia del principio *pro persona*.

Ahora bien, una vez sentado lo anterior, debemos analizar la inconvencional fracción tercera del artículo 61 de la Ley de amparo, por privar de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa de los actos del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de la Federación, dicho análisis se llevara a cabo bajo un óptica neoconstitucionalista y luego desde una perspectiva de protección a derechos humanos, para concluir que dicha fracción no cumple con los estándares de protección reconocidos en la constitución y en el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, para lo cual nos guiaremos como herramienta argumentativa, del test de proporcionalidad, creado por el Tribunal Constitucional Alemán en 1958 en el caso Luth, analizado por Robert Alexy y ocupado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su constante actividad jurisdiccional.

## **1. El derecho humano a contar con un recurso efectivo e idóneo. Perspectiva de protección de derechos humanos**

El derecho humano a contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo, tiene como finalidad proteger al ser humano de todos aquellos actos que atenten contra sus derechos humanos, para que de esa manera se protejan o en su caso reparen las violaciones acaecidas.

La importancia y trascendencia de su existencia, deviene en que, es la única base de acción judicial para el desarrollo y protección de los demás derechos humanos que son perennes al ser humano.

En ese sentido, tenemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 8 establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la Ley”.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) en su artículo XVIII, versa: “Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos [...]”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2 inciso a) expresa: “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones Oficiales”.

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 25 señala:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo o rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

De los preceptos antes aludidos, podemos desprender que cualquier persona tiene derecho a contar con un recurso efectivo, idóneo y eficaz que lo proteja de sus derechos humanos consagrados tanto en la Constitución como en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

En ese sentido, el artículo 8.2 h. de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad de recurrir del fallo ante Juez o tribunal superior.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que:

El derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un Juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar

que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.<sup>7</sup>

En esa línea argumentativa, en el Caso de Castañeda Gutman, la Corte Interamericana sostuvo que:

El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos generales, contempla la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales. Al interpretar el texto del artículo 25 de la Convención, la Corte ha sostenido que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales, sino que los recursos deben tener efectividad<sup>8</sup>, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso, en los términos de aquel precepto.

En ese sentido, la existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”<sup>9</sup>. Asimismo, conforme al artículo 25.2.b de la Convención, los Estados se comprometen a desarrollar las posibilidades del recurso judicial.

A su vez, el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención<sup>10</sup>.

En esa línea argumentativa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que todo Estado Parte de la Convención “ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea

---

7 Corte I.D.H., caso “Herrera Ulloa, Mauricio vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 158; y Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

8 Cfr. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo.* Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 191; *Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 6, párr. 177; y *Caso Yvon Neptune, supra* nota 19, párr. 77. Ver también *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24.

9 Cfr. *Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo.* Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 82; *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 192; y *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 131.

10 Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207; *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 57; y *Caso Salvador Chiriboga, supra* nota 6, párr. 122.

efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención”<sup>11</sup>. También ha afirmado que los Estados “deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental”. La obligación contenida en el artículo 2 de la Convención reconoce una norma consuetudinaria que prescribe que, cuando un Estado ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas<sup>12</sup>.

En el caso citado de *Castañeda Gutman vs México*, la inexistencia de un recurso efectivo constituyó una violación a la Convención Americana de Derechos Humanos, y un incumplimiento de su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos establecidos en la Convención, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, lo que derivó en que al Estado Mexicano se le condenara por violentar dichos preceptos, obligándole a que en un plazo razonable ajustará su legislación interna a los estándares de la Convención, y por consiguiente al pago de gastos y costas por la tramitación del caso ante el Sistema Interamericano.

## 2. Inconvencionalidad de la fracción III del artículo 61 de la Ley de Amparo

El 2 de abril de 2013 se publicó en el Diario oficial de la Federación el decreto por el que se expide la nueva Ley de amparo, misma que en su artículo 61 fracción tercera señala:

Improcedencia

Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente: ...

III. Contra actos del Consejo de la Judicatura Federal

Por su parte el artículo 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dice:

---

11 *Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87; *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 171; y *Caso Zambrano Vélez y otros, supra* nota 27, párr. 79.

12 *Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68; *Caso La Cantuta, supra* nota 44, párr. 170; y *Caso Zambrano Vélez y otros, supra* nota 27, párr. 55.

Las decisiones del Consejo serán definitivas e inatacables y, por lo tanto, no procede juicio ni recurso alguno, en contra de las mismas, salvo las que se refieran a la designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces, las cuales podrán ser revisadas por la Suprema Corte de Justicia, únicamente para verificar que hayan sido adoptadas conforme a las reglas que establezca la ley orgánica respectiva.

De los anterior preceptos, claramente podemos notar que se prohíbe la posibilidad de promover juicio de amparo en contra de actos del Consejo de la Judicatura Federal, cuestión que violenta a todas luces el derecho que tiene toda persona afectada por acto de autoridad, a recurrir aquellos actos que le afecten sus derechos humanos, luego entonces, si partimos de la premisa que el juicio de amparo en nuestro estado es por excelencia el instrumento (“juicio”) para la defensa de los derechos humanos reconocidos en la constitución<sup>13</sup> y en los tratados internacionales, y que contra el citado Consejo no existe recurso ordinario que ataque sus decisiones, es por ello que se violenta el derecho de defensa de los servidores públicos, o en su caso cualquier persona afectada por este órgano colegiado.

La improcedencia de recurso o juicio alguno en contra de los actos, acuerdos y resoluciones del Consejo de la Judicatura Federal, a excepción del recurso de revisión administrativa ante el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de los cambios de adscripción de Jueces y Magistrados<sup>14</sup> deviene de la propia exposición de motivos por el que se reformaron los artículos 94 y 100 de la Carta Magna, en la que se dijo que el Consejo de la Judicatura es el órgano encargado de la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, y que para su función cuenta con independencia técnica, de gestión y para emitir resoluciones, ello atendiendo al principio de definitividad.

Lo anterior queda corroborado en la tesis jurisprudencial de rubro siguiente: “CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL. EN CONTRA DE SUS DECISIONES ES IMPORCEDENTE EL AMPARO, AUN CUANDO SEA PROMOVIDO POR UN PARTICULAR AJENO AL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.”<sup>15</sup>

De ahí, que limitar el acceso al juicio de amparo para controvertir los actos del Consejo de la Judicatura Federal, resulta totalmente contrario (como instru-

---

13 Cfr. Martínez Ramírez, Fabiola, *El juicio de amparo, su naturaleza jurídica y relación con los tribunales constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 17, consultable en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3066/3.pdf>

14 Al respecto véase el artículo 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

15 Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia número P./J.25/2004, Semanario Judicial de la Federación, tomo XIX, abril de 2004, p.5.

mento de protección) no solo a la esencia de dicho instrumento, sino también al derecho de defensa que tiene toda persona mediante un recurso sencillo, rápido y eficaz reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al dejar en estado de indefensión a dichos gobernados.

Es por ello que dicho precepto legal, se considera, no se encuentra dentro de lo proporcional, idóneo, necesario ni racional en un sistema de protección a los derechos humanos, violentando así el derecho de toda persona a recurrir aquellos actos que vulneren sus derechos humanos.

Para corroborar lo anterior, pasemos a analizar a la luz del test de proporcionalidad<sup>16</sup> si dicha restricción es acorde a nuestra constitución y si es respetuosa del sistema de protección de derechos humanos materializado en el principio *pro persona*. Veamos:

### **1. Estricta formulación de la norma que consagra la limitación o restricción (legalidad de la norma).**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *es la ley la que debe establecer las restricciones a cualquier Derecho fundamental*<sup>17</sup>. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación deviene en una afectación al derecho fundamental, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de estar previsto en una ley, para así, satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. En ese sentido el marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano.

En nuestro caso, dicho parámetro se encuentra colmado.

### **2. Idoneidad y finalidad de la restricción**<sup>18</sup>

En este paso del análisis, lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Mexicana.

En esa línea argumentativa, podremos advertir que dicha restricción no tiene otra finalidad que restringir el derecho de defensa a contar con un medio que

---

16 Gómez Reyes, José Alfredo y Geranding Sánchez morales, *Protección a la Honra y Dignidad*, en *Sistematización-Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, tomo 2, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia, 2012.

17 Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, párr. 40.

18 Martínez Alarcón, María Luz, *La aplicación del Derecho Constitucional*, [citado el 13 de febrero de 2011] disponible en: [http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion\\_ML\\_Martinez.pdf](http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_ML_Martinez.pdf)

proteja a los servidores públicos dependientes del Poder Judicial Federal por conducto del Consejo de la Judicatura Federal — o porque no, de cualquier persona —<sup>19</sup>, de aquellas decisiones arbitrarias o ilegales que violentara sus derechos humanos, luego entonces, coloca en una posición a dicho órgano colegiado, hasta cierto punto de vista “absolutista” por no existir posibilidad alguna de presentar recurso o medio de impugnación alguno, que controvierta sus decisiones, de ahí que la idoneidad de la medida, al no perseguir fin alguno que se encuentre legitimado en una causa que sea de mayor importancia que el derecho humano a un recurso o medio de defensa, no se encuentra colmado, y por consiguiente que la medida sea restrictiva y excesiva, pues de ninguna manera podría pasar estos elementos (idoneidad y finalidad) bajo ninguna óptica, ni mucho menos bajo el entendido que vivimos en una sociedad democrática (o que al menos anhela serlo).

### 3. Necesidad de la medida utilizada<sup>20</sup>

El sistema judicial en cualquier sociedad democrática, busca en todo momento que el justiciable tenga a su alcance todos aquellos mecanismos e instrumentos para poder accionar el aparato el estado en *pro* y defensa de sus derechos humanos, de ahí que cualquier limitación que no se encuentra justificada deviene en contra de la esencia de su existencia y sobre todo en contra de las funciones que estas instituciones realizan.

Pretender someter a los justiciables — tratándose de los servidores y empleados del Poder Judicial Federal, o cualquier persona afectada — a la voluntad unilateral del Consejo de la Judicatura Federal, es seguir estancados en un sistema judicial que más allá de ser respetuoso de la función que se desempeña (impartición de justicia) deviene más bien, en un sistema caprichoso, arbitrativo e ilegal, que en nada ayuda al estado de derecho que se pretende reconocer, pero que dista mucho de su existencia real.

### 4. Estricta proporcionalidad de la medida

En este último paso del análisis, se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación; hipótesis y alcances que quedan actualizados, pues la restricción *supra*

19 He sido de la postura que la víctima o quejoso en los procedimientos administrativos disciplinarios que conoce el Consejo de la Judicatura, podría en su caso ser de igual forma violatorio del derecho de un recurso, pues lo deja en un estado de indefensión al no poder recurrir sus resoluciones, pero eso, por cuestión de tema, lo tratare en otro momento.

20 Tribunal Constitucional Español, Sentencia de amparo número 431/2007, de 7 de abril de 2010.

señalada, a todas luces es inconvencional por ser arbitraria e ilegal pero sobre todo, por no ser una restricción proporcional.

En efecto, la restricción de poder recurrir los actos del Consejo de la Judicatura Federal, no es proporcional pues en ninguna medida se protege el derecho de recurrir cualquier acto que vulnere derechos humanos (en este caso mediante el juicio de amparo) por el solo hecho — aparentemente — de proteger la autonomía de sus decisiones y su correcto funcionamiento a la luz del principio de definitividad.

Ahora bien, citeamos algún ejemplo en el cual podríamos materializar la inconvencionalidad de la fracción tercera del artículo 61 de la ley de amparo, que ha ocupado nuestra atención.

Un juez de Distrito X es destituido del cargo en resolución dictada dentro de un procedimiento administrativo sancionador, motivado por una queja ciudadana, pero dicha resolución está plagada de inconsistencias y violaciones graves a sus derechos humanos (debido proceso), según la lógica de la fracción tercera multireferida, éste servidor público estaría imposibilitado para recurrir dicha resolución, primero por no existir recurso ordinario alguno y segundo porque el único instrumento que por excelencia podría en su caso servir de medio de defensa (juicio de amparo) no se lo permite, luego entonces dicho Juez estaría en total estado de indefensión al no contar con medio de defensa alguna, violentando de esa manera (en forma similar al caso Castañeda Gutman) el citado artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como el principio de acceso a la justicia consagrado en el artículo 17 de la Constitución Federal.

### 3. A manera de conclusión

Sin duda, el Sistema Internacional (interamericano) de Protección de Derechos Humanos, tiene como finalidad dar a los estados, la base mínima de estándares de protección en materia de derechos humanos, para que a su vez los estados implementen un sistema de protección local que ponga en la cúspide de cualquier estructura, la dignidad del ser humano<sup>21</sup>, sin embargo, muchos de estos estados más allá de implementar un estándar más protector, lo hacen restrictivo y limitado.

---

21 Gómez Reyes José Alfredo, *¿Cómo implementar la reforma constitucional de derechos humanos del pasado 11 de junio de 2011?* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Xalapa, 2013.

Privar a cualquier ser humano de la posibilidad de defenderse mediante recurso o juicio (en este caso del amparo) contra actos de autoridad (Consejo de la Judicatura Federal) que vulneren, en su caso, derechos humanos, resulta un hecho grave que no puede ser permitido en el anhelo de estado de derecho.

La vulneración de derechos humanos reconocidos tanto constitucional como internacionalmente, es un hecho grave, pero más grave es que aún a sabiendas de que ciertos actos (existencia de la fracción III del artículo 61 de la Ley de amparo) vulneran derechos humanos y que se tome una postura apática e inactiva, es doblemente grave, es por ello que desde estas líneas llamo la atención para en su caso – sirviendo de criterios orientadores las líneas *supra* referidas – se analice la posible expulsión del sistema jurídico mexicano de la fracción III del artículo 61 de la Ley de Amparo, por no ser respetuosa del artículo 17 Constitucional (acceso a la justicia) y 25 de la convención Americana de Derechos Humanos (derecho de contar con un recurso).

## Bibliografía

- Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.
- Corte IDH, caso "Herrera Ulloa, Mauricio vs. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C N°107.
- Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 199. Serie c.
- Corte IDH, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.
- Corte IDH, Caso Yvon Neptune, supra nota 19, párr. 77. Ver también Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.
- Corte IDH, Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.
- Corte IDH, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
- Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- Corte IDH, Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39.
- Corte IDH, Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- Corte IDH, Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.
- GÓMEZ Reyes José Alfredo, ¿Cómo implementar la reforma constitucional de derechos humanos del pasado 11 de junio de 2011? Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Xalapa, 2013.
- GÓMEZ Reyes, José Alfredo y Geranding Sánchez morales, Protección a la Honra y Dignidad, en Sistematización-Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomo 2, Universidad Militar Nueva Granada, Colombia, 2012.

- GÓMEZ Reyes, José Alfredo, La reforma constitucional en materia de derechos humanos, del número 3 de la revista electrónica de la Universidad de Xalapa, "Universidad Ciencia" enero-abril de 2013, ISSN: 2007-3917.
- Grupo Interagencial de Derechos Humanos del Equipo de País del Sistema de Naciones Unidas en México, Memorias de las mesas de estudio sobre la reforma constitucional en derechos humanos. Un análisis desde las obligaciones internacionales, México, ONU, 2008.
- MARTÍNEZ Alarcón, María Luz, La aplicación del Derecho Constitucional, [citado el 13 de febrero de 2011] disponible en:[http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion\\_ML\\_Martinez.pdf](http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_ML_Martinez.pdf)
- MARTÍNEZ Ramírez, Fabiola, El juicio de amparo, su naturaleza jurídica y relación con los tribunales constitucionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, consultable en:<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3066/3.pdf>
- NOWAK, Manfred et. al., Derechos Humanos, manual para parlamentarios, Francia, Oficina del alto Comisionado de Naciones Unidas y Unión Interparlamentaria, 2005.

### **Legisgrafía**

- Convención de Viena para el Derecho de los Tratados de 1969
- Convención Americana de Derechos Humanos de 1969
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma de 10 de junio de 2011.
- Ley de Amparo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013.

# El sistema electoral español y la reforma política improbable \*

Gustavo Adolfo Jiménez Rodríguez \*\*

**RESUMEN:** Este artículo pretende dar una panorámica sobre la discusión relativa a la reforma del sistema electoral español. Se da cuenta del debate contrastando los resultados del sistema electoral desde 1982. Se argumenta que, dado que una reforma requiere una reforma constitucional, ésta es altamente improbable al ser los dos grandes partidos políticos los beneficiarios del sistema actual.

**Palabras Clave:** Sistema electoral, representación política, partidos políticos.

**ABSTRACT:** This article discusses the suggested amendments of the Spanish electoral procedure. It offers a contrast of the pro-reform arguments with the electoral results since 1982. The article argues that a reform is highly unlikely as it requires a constitutional amendment. The two big political parties are the main beneficiaries of the current system so they will be reluctant to change it.

**Keywords:** Electoral system, political representation, political parties.

**SUMARIO:** Introducción. 1. Elementos esenciales de los sistemas electorales 2. Elementos particulares del sistema electoral español. 3. Análisis de la relación entre el porcentaje de votos y escaños de las fuerzas políticas: AP/PP, PSOE, CiU y PCE/IU desde 1982. 4. Cálculo del número efectivo de partidos y grado de fragmentación del Congreso de los Diputados. 5. El debate en España en torno a la reforma del sistema electoral. 6. Conclusiones. Bibliografía.

## Introducción

En este trabajo se realiza el análisis del sistema electoral español, con la finalidad de aportar los elementos que nos permitan estructurar un diagnóstico acerca de la viabilidad de la posible reforma a ciertos elementos del sistema electoral español.

---

\* Artículo recibido el 9 de septiembre de 2013 y aceptado para su publicación el 5 de noviembre de 2013.

\*\* Especialista en Derecho Electoral y actualmente se desempeña como Asesor en el Instituto Electoral del Distrito Federal.

Para llevar a cabo dicho análisis centraremos nuestra atención preponderantemente en los mecanismos de elección del congreso de los diputados. Con ello dejamos de lado el análisis de la fórmula mayoritaria limitada, elegida para el senado, el régimen especial para municipios pequeños y las particularidades que ofrecen cada una de las distintas comunidades autónomas.

En los apartados II Y III identificaremos los rasgos principales que definen en general a los sistemas electorales y en particular los que distinguen al sistema electoral español, en tanto que en el apartado IV analizaremos la proporcionalidad respecto de las fuerzas políticas más importantes del espectro parlamentario. En el apartado V atenderemos al grado de fragmentación de la cámara. Y finalmente, de los apartados VI y VII intentaremos desprender una conclusión objetiva, que nos permita señalar los posibles alcances de la propuesta de reforma electoral en torno al debate actual que existe en España.

## 1. Elementos esenciales de los sistemas electorales

De acuerdo con los profesores, Carmen y Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, el sistema electoral, es el mecanismo técnico que hace operativa la representación, permitiendo la selección de representantes, a partir de la manifestación de la voluntad de los representados, un sistema electoral, es necesariamente un mecanismo de la reducción de la complejidad y el último a través del cual participa la sociedad en el proceso de formación, de la voluntad política<sup>1</sup>.

Para Dieter Nohlen, los sistemas electorales representan estructuras tan complejas que podemos distinguir, entre todas ellas, una multiplicidad de elementos que las hacen diferentes.

A pesar de que esos elementos se pueden combinar de distintas formas, los sistemas electorales establecen normas de manera común, en cuatro áreas principales, que clasifica de la siguiente manera<sup>2</sup>:

### *Distribución de las circunscripciones electorales*

Esta distribución se encuentra determinada en función del tamaño de la circunscripción electoral, sin embargo por *tamaño del a circunscripción electoral*, no se entiende su extensión geográfica, sino la cantidad de escaños que le corresponden.

---

1 FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, CARMEN y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, ALFONSO, *Sistema electoral, Partidos políticos y Parlamento*, Colex, Madrid, 2008, págs. 123 y 124.

2 NOHLEN, DIETER, *Sistemas electorales y sistemas de partidos políticos*, Fondo de cultura económica, México, 2004, págs. 56 y ss.

Nohlen establece que la proporción de diputados por circunscripción electoral, puede determinar de modo decisivo los efectos de un sistema electoral y que por lo tanto, el tamaño de las circunscripciones determina el efecto proporcional que caracteriza a un sistema electoral y tiene un efecto directo sobre la representación

Existen dos tipos de circunscripciones: La uninominal y la plurinominal.

En las circunscripciones uninominales solo es posible aplicar el principio de decisión por mayoría (absoluta o relativa) mientras que las plurinominales permiten aplicar el principio de decisión proporcional.

### *Candidaturas*

En el ámbito de la candidatura está la distinción básica entre candidatura unipersonal y la lista<sup>3</sup>. Las diferentes formas de lista y votación otorgan al elector mayor o menor influencia en la selección de candidatos.

La lista condiciona la forma en que el elector puede escoger al candidato de su preferencia, entre los aspirantes previamente postulados por un partido político.

Si la elección es a través de una lista cerrada y bloqueada, el elector solo podrá votar en bloque por un partido, toda vez que el sistema electoral de que se trate, permite a los partidos, determinar el orden de prelación, por medio del cual serán elegidos los candidatos. Este tipo de lista hace que los representantes sean más dependientes de sus partidos que de sus representados, pero permite a los partidos planear de manera estratégica la composición de los grupos parlamentarios, al interior del órgano de representación.

La lista cerrada y no bloqueada permite que sea el elector quién decide quienes o quién, debe representar al partido. Bajo este esquema los órganos de los partidos, reconocidos legalmente para ello, se limitan a configurar la integración de las listas.

A través de este sistema de elección, el representante se ve respaldado por su partido y legitimado directamente por los electores que marcaron su nombre en la lista del partido y por lo tanto, la dependencia que el representante tiene con respecto al partido, es menor.

La lista abierta permite al elector configurar su propia lista, siendo la lista elaborada por el partido, una simple propuesta.

---

3 Nohlen enfatiza en que a través de la lista la personalidad del candidato puede dominar más en la lista que en la candidatura individual.

A partir de lo anterior, podemos distinguir claramente que la configuración de las listas, inciden de manera directa en el grado de relación entre representantes y representados y entre representantes y partidos.

### *Procedimientos de Votación*

Los procedimientos de votación, se encuentran condicionados por la forma de las *listas*, en los supuestos en los que se eligen candidatos a través de una lista cerrada y bloqueada, el elector tiene un voto y lo otorga a una lista en conjunto.

Para los casos donde se vota a través de una lista cerrada y no bloqueada, el elector tiene un voto por un candidato y puede decidir el orden de postulación de la lista.

Con la forma de lista abierta, el elector tiene dos votos como mínimo, uno por la lista y otro por el candidato, o tantos votos como candidatos por elegir, en este sentido el elector puede acumular varios votos a favor de una candidatura o puede configurar su lista, a partir de los candidatos propuestos por los partidos.

### *Conversión de votos y escaños*

Podemos decir que un sistema electoral tiene como finalidad implementar mecanismos a través de los cuales se manifieste la voluntad de la ciudadanía y que al llevar a cabo dicha tarea contribuya a la formación de la cultura política y democrática de una nación.

La *función* básica de un sistema electoral, es la de convertir votos en escaños. Sin embargo esto no quiere decir que la labor de convertir los votos en escaños, sea una función meramente técnica, toda vez que genera efectos políticos y jurídicos de especial trascendencia.

Estos efectos adquieren tal importancia que hasta pueden llegar a influir en términos psicológicos sobre la voluntad del elector, toda vez que en el caso de no estar convencido de que el método, mediante el cual se elegirá a sus representantes, prefiere darle su voto a otro partido político.

En palabras simples: La conversión de votos en escaños, determina y condiciona en gran medida, el sentido del voto de los ciudadanos.

El sistema de reparto de escaños, puede llegar a ser tan proporcional como se quiera y dentro de los estados democráticos se puede dar a través de dos métodos de cómputo comunes: El procedimiento de divisor o de cifra mayor y el procedimiento de cociente electoral.

El procedimiento de *divisor* se caracteriza por la división de los votos obtenidos por los diferentes partidos entre series de divisores, lo cual genera secuen-

cias en las que los cocientes van decreciendo sucesivamente para cada uno de los partidos, y es a través de los mayores cocientes, que se asignan los escaños<sup>4</sup>.

El procedimiento de *cociente electoral* o de cuota, se distingue por la determinación de un cociente electoral o cantidad mínima de votos para obtener un escaño. A través de este método los partidos obtienen escaños en la medida en que el cociente<sup>5</sup> electoral quepa dentro del número de votos recibidos.

Si el divisor es igual al número de de escaños en disputa, se trata del procedimiento electoral simple o método de Hare, pero si el divisor se compone de los escaños disputados más uno, se trata de la fórmula Droop.

A partir de esta clasificación aportada por Nohlen no solo se hace posible advertir las características de los elementos esenciales de los sistemas electorales; también se puede deducir que la combinación de estos puede generar diversos efectos, sobre el resultado electoral y en consecuencia producir consecuencias políticas de diversa índole.

El siguiente paso a seguir, es utilizar esta clasificación, hecha a partir de una visión global y comparada, para contrastarla con otra de la misma categoría, pero particularmente dedicada a describir los elementos del sistema electoral español.

## 2. Elementos particulares del sistema electoral español

La Constitución, es la primera norma que condiciona el desarrollo del sistema electoral español esta norma suprema, ordena que la circunscripción es la provincia, define que debe haber un mínimo de diputados por provincia y un reparto proporcional de los escaños y fija el tamaño del congreso de los diputados en una horquilla que oscila entre 300 y 400 diputados.

Por su parte, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG), define los pormenores que configuran el sistema electoral español. En ella se opta por fijar un mínimo de dos diputados por provincia, se establece el número de diputados total en 350 y se elige la fórmula D'Hondt como mecanismo de conversión de los votos en escaños. También en ella se establece que para cada elección, en función de la población de derecho, que no de los votantes inscritos, se asigne un número de escaños a cada circunscripción.

---

4 A este método se le conoce como D'Hondt ya que fue propuesto por el profesor de matemáticas de origen belga, Víctor D'Hondt. Cfr. NOHLEN, DIETER, *Op. Cit.*, págs. 71-72.

5 Para obtener este cociente se divide el número total de votos emitidos entre el divisor que se determine según la fórmula aplicada.

Para hacer una mejor descripción de las particularidades señaladas por la ley, usaremos la clasificación elaborada por los profesores Carmen y Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, quienes consideran que el sistema electoral en España se encuentra configurado por los siguientes elementos:

***A) La composición de la cámara y su tamaño***

La cual determina el tamaño de la cámara que actualmente se encuentra tasado en 350 diputados y que a pesar de ello, la Constitución Española (CE) en su artículo 68 permite que la conformación de este órgano legislativo, pueda variar entre un mínimo de 300 y un máximo de 400 integrantes, como ya lo hemos dicho anteriormente.

En este inciso en particular, se destaca que en España, la interdependencia entre el tamaño de la cámara y el sistema provincial de circunscripciones, determinan la proporcionalidad entre votos y escaños; el escaso número de puestos a repartir genera ciertas dificultades que ponen en duda el adecuado funcionamiento del principio de proporcionalidad.

***B) Las fórmulas electorales***

Las cuales han llegado a materializarse, a través del artículo 68. 3 CE, el cual obliga al sistema electoral a implementar criterios de representación proporcional. Con base en este ordenamiento se ha optado por aplicar el sistema D'Hondt como método para la repartición de escaños.

***C) La circunscripción electoral***

En el sistema español, la circunscripción es la provincia y el elemento de mayor relevancia, que condiciona con mayor intensidad su funcionamiento.

Aquí es importante resaltar que el tamaño de la cámara, resulta ser muy reducido si lo contrastamos con el número elevado de provincias (50) entre las cuales se reparten 350 escaños.

En España, el predominio de provincias poco pobladas provoca que la mayoría de éstas, tengan un número muy reducido de escaños, dificultando el funcionamiento de la proporcionalidad.

***D) Las barreras electorales en el Congreso (artículo 163.1 LOREG)***

En el sistema electoral español las barreras electorales, son un mecanismo que se usa para evitar una excesiva fragmentación en el parlamento, impidiendo por decisión legal, que las minorías que no logren un determinado porcentaje ya sea

de votos, ya sea de circunscripción o en la totalidad del Estado, puedan acceder a los cargos de representación.

### *E) El sistema de candidaturas*

En España, las candidaturas son postuladas por la vía plurinominal y por medio de listas.

Aparentemente, la ventaja de implementar un método de elección a través de listas, fortalece la cohesión interna de los partidos así como la posición de sus dirigentes y la disciplina parlamentaria, al tiempo en que genera condiciones de gobernabilidad al seno del parlamento.

### *F) La prima provincial, en el Congreso (artículo 68.2 CE)*

La CE obliga a que la ley distribuya el número total de diputados, asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población.

A las clasificaciones citadas anteriormente podemos sumar las consideraciones que por su parte, el profesor Pablo Santolaya Machetti, establece al asegurar que son dos las características que debe reunir la normativa, para que un sistema electoral sea considerado como tal<sup>6</sup>:

- Tener una incidencia directa en la medición entre votos y escaños.
- Estar en condiciones de proporcionar datos indiscutibles, previamente a las discusiones de incidencia, que normalmente se originan a través de la discusión política.

Después de haber explorado las generalidades que caracterizan al sistema electoral en España y para concluir con esta primera parte, usaremos los criterios señalados por los autores antes citados, distinguiendo los principales rasgos a través de la siguiente tabla:

<p style="text-align: center;"><b>Elementos que definen al sistema electoral español</b></p> <p style="text-align: center;"><b>La Composición de la Cámara y su tamaño</b></p> <p>La Cámara y el sistema <b>provincial de circunscripciones</b>, determinan la proporcionalidad entre votos y escaños. <b>(Sistema Proporcional)</b></p>
--

---

6 SANTOLAYA MACHETTI, PABLO, *Manual de Procedimiento Electoral*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1999, págs. 25-26.

<p style="text-align: center;"><b>La fórmula electoral</b></p> <p>Se aplica el sistema <b>D'Hondt</b> como método para la repartición de escaños.</p>
<p style="text-align: center;"><b>La circunscripción electoral</b></p> <p>En el sistema español, la circunscripción es la <b>provincia</b>.</p>
<p style="text-align: center;"><b>La prima provincial</b></p> <p>Establece una representación mínima inicial de escaños a cada circunscripción.</p>
<p style="text-align: center;"><b>Barrera electoral</b></p> <p>En el sistema electoral español las barreras electorales, son un mecanismo que se usa para evitar un excesiva fragmentación en el Parlamento</p>
<p style="text-align: center;"><b>El sistema de candidaturas</b></p> <p>Las candidaturas son postuladas por la vía <b>plurinominal</b> y por medio <b>de listas</b>.</p>

### **3. Análisis de la relación entre el porcentaje de votos y escaños de las fuerzas políticas: AP/PP, PSOE, CiU y PCE/IU desde 1982**

Es necesario aportar algunos elementos cuantitativos para comprender a profundidad el sistema electoral español y la viabilidad de una posible reforma, es por ello que en este apartado evaluaremos los efectos que derivan de la utilización de los métodos e instrumentos a través de los cuales se realizan las elecciones.

Para llevar a cabo dicha evaluación, hemos utilizado los resultados obtenidos por las principales fuerzas políticas, representadas ante el parlamento, a partir de las elecciones del año 1982 y hasta las elecciones del año 2011, obteniendo algunos cálculos que se detallan en las tablas de porcentajes que a continuación ofrecemos.

En primer orden, hemos calculado los porcentajes de votos que las fuerzas políticas han obtenido por año electivo, en segundo término, el porcentaje de escaños conseguidos ante el congreso de los diputados, y en último orden, la evolución en el grado de proporcionalidad, entre el porcentaje de votos obtenidos en las elecciones y el porcentaje de escaños obtenidos en el congreso de los diputados, finalmente, hemos elaborado una gráfica que nos permita dimensionar el efecto que actualmente ocasiona el sistema electoral en cuestión:

**Porcentaje de votos por año electivo**

AÑO/PARTIDO	PSOE	AP/PP	CIU	PCE/IU
1982	48,11%	26,36%	3,67%	4,02%
1986	44,06%	25,97%	5,02%	4,63%
1989	39,6%	25,79%	5,04%	4,86%
1993	38,78%	34,76%	4,94%	9,55%
1996	37,63%	38,79%	4,6%	10,54%
2000	34,16%	44,52%	4,19%	5,45%
2004	42,59%	37,71%	3,23%	4,96%
2008	43,87%	39,94%	3,03%	3,77%
2011	28,73%	44,62%	4,17%	6,92%

(Cálculo realizado a través de los datos obtenidos de [www.elecciones.mir.es](http://www.elecciones.mir.es))

**Porcentaje de escaños por año electivo**

AÑO/PARTIDO	PSOE	AP/PP	CIU	PCE/IU
1982	202 (57,71%)	107 (30,57%)	12 (3,43%)	4 (1,14%)
1986	184 (52,57%)	105 (30%)	18 (5,14%)	7 (2%)
1989	175 (50%)	107 (30,57%)	18 (5,14%)	17 (4,86%)
1993	159 (45,43%)	141 (40,28%)	17 (4,86%)	18 (5,14%)
1996	141 (40,28%)	156 (44,57%)	16 (4,57%)	21 (6%)
2000	125 (35,71%)	183 (52,28%)	15 (4,28%)	8 (2,28%)
2004	164 (46,86%)	148 (42,28%)	10 (2,86%)	5 (1,43%)
2008	169 (48,28%)	154 (44%)	10 (2,86%)	2 (0,6%)
2011	110 (31,43%)	186 (53,14%)	16 (4,57%)	11 (3,14%)

(Cálculo realizado a partir de los datos obtenidos de [www.elecciones.mir.es](http://www.elecciones.mir.es))

**Grado porcentual de proporcionalidad entre votos y escaños obtenidos en las elecciones en el congreso de los diputados <sup>7</sup>**

AÑO/PARTIDO	PSOE	AP/PP	CIU	PCE/IU
1982	+9,6	+4,2	-0,2	-2,8
1986	+8,5	+2,0	+0,1	-2,6
1989	+10,4	+4,8	+0,1	0
1993	+6,6	+5,5	0,0	-4,4
1996	+2,6	+5,7	0,0	-4,5
2000	+1,5	+7,7	+0,1	-3,1
2004	+3,8	+4,5	-0,4	-3,5
2008	+4,6	+4,0	-0,1	-3,1
2011	+2,7	+8,5	+0,4	-3,7

**(Gráfica de evolución de la proporcionalidad entre el porcentaje de votos obtenidos en las elecciones y el porcentaje de escaños obtenidos en el congreso de los diputados)**

A través de estos datos, podemos comprobar que el PSOE tiene mayor volatilidad del voto con respecto al PP, dado que obtiene menos votos en las circunscripciones más pequeñas.

El gran perjudicado es el partido IU, el cual ha sufrido sistemáticamente una infrarrepresentación importante. Este es un claro ejemplo de que al tener circunscripciones pequeñas, es menos probable obtener representantes, puesto

<sup>7</sup> El grado se obtiene de la resta del porcentaje de votos por año electivo al porcentaje de escaños obtenidos.

que los partidos rivales obtienen al menos el triple de votos, de manera que todos esos votos obtenidos por la minoría pierden su utilidad.

En el caso de CiU ocurre todo lo contrario. Dado que su voto está concentrado y es fuerza mayoritaria en las circunscripciones en que concurre, obtiene los beneficios de la conjunción de la norma electoral y el tamaño.

Confirmamos a través de estas tablas, lo dicho en las consideraciones preliminares y en la descripción que se hace más adelante, de los fundamentos del debate de la reforma electoral:

- El sistema proporcional, usando la fórmula D'Hondt, favorece en la repartición de escaños a los partidos mayoritarios.
- El hecho de que la circunscripción electoral se encuentre dividida por provincias, provoca una severa dispersión del voto y por lo tanto el valor del mismo disminuye.
- Se comprueba que la utilización de la fórmula D'Hondt genera un grado elevado de infra y sobre representación.
- También se da por sentado que el tamaño de la cámara es pequeño, con relación al número de provincias entre las cuales se reparten los escaños.

#### **4. Cálculo del número efectivo de partidos y grado de fragmentación del Congreso de los Diputados**

Al obtener el número efectivo de partidos representados, podemos confirmar que a pesar de que el sistema proporcional en España permite la representación de diversas fuerzas ante el congreso de los diputados; solo los grupos con mayor representación detentan la posibilidad de representar a sus partidos de manera efectiva.

Esto quiere decir que al interior del congreso, solo los partidos con mayor número de escaños, se encuentran en la posibilidad de llevar a buen puerto sus propuestas legislativas.

Como se muestra en la tabla y en el gráfico que a continuación se presentan, el número efectivo de los partidos es muy reducido, en relación con el número de fuerzas representadas al interior del parlamento.

Si tomamos en cuenta que al interior del parlamento existe un número tasado para conformar un grupo parlamentario, la fragmentación se reduce aún más.

Esto trae como consecuencia que al existir un número efectivo de partidos reducido, la toma de decisiones se torna menos compleja y por lo tanto aumenta

el nivel de gobernabilidad, al interior del parlamento y por lo tanto, la garantía de mantener un gobierno estable.

Año	1982	1986	1989	1993	1996	2000	2004	2008	2011
Número efectivo de Partidos. (NEP)	3.24	3.76	4.27	3.53	4.27	3.13	3.06	2.82	3.44

(Gráfico y tabla obtenidos de la aplicación de la fórmula para calcular el número efectivo de Partidos, aportada por Rein Taagepera<sup>8</sup>)

## 5. El debate en España, en torno a la reforma del sistema electoral

Para identificar los fundamentos del debate, las reformas propuestas y las ventajas e inconvenientes de las mismas, me apoyaré en algunos de los documentos contenidos el informe del consejo de Estado<sup>9</sup>.

En cuanto al *tamaño de la circunscripción*, el debate se centra, en cuestionar que el reducido tamaño de las numerosas circunscripciones, parece dificultar el máximo de proporcionalidad y provoca un inevitable encarecimiento del escaño, que impide a la minoría acceder a la representación. Se considera que el ta-

---

<sup>8</sup> Elaboración propia con el apoyo y asesoría de Oliver Soto, Politólogo por la Universidad Complutense de Madrid y experto en la aplicación de fórmulas y estadísticas.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral*, [ed.] LUIS AGUILAR DE LUQUE *et al*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

maño de la cámara es pequeño, en tanto que el número de puestos a repartir es reducido<sup>10</sup>.

Otro elemento controvertido es el sistema proporcional que se implementa en España, toda vez que los votos de las minorías están limitados por las barreras electorales y por lo tanto tienden a ser estériles, en el sentido de que benefician a las mayorías, al potencializar su sobrerrepresentación.

Dentro del sistema proporcional, el aspecto más refutado es la utilización de la fórmula D'Hondt, la cual es aplicable para las elecciones generales al congreso y para las elecciones municipales y autonómicas, de acuerdo al artículo 152.1 de la LOREG.

En el debate se sostiene que, a través la utilización de la fórmula D'Hondt, se limita el funcionamiento real de la proporcionalidad generando niveles altos de infra y sobre representación.

Un rasgo no menos importante es el modo de expresión con el que se materializa el voto a través de listas cerradas. Un aspecto bastante cuestionado a este respecto, es la limitación de la libertad del votante en la elección de los representantes y la selección de candidatos al interior de los partidos políticos. Al respecto podemos sostener que el sistema de listas cerradas incrementa la despersonalización de las relaciones entre elector y representante.

Otro elemento fundamental en el debate, es el reconocimiento del derecho activo y pasivo de los ciudadanos extranjeros radicados en España. En este sentido se pretende lograr la incorporación de los extranjeros a la sociedad como miembros de pleno derecho, sin embargo, la CE exige que para reconocer este derecho debe existir reciprocidad con los países de los ciudadanos a los que se les reconozca su derecho al sufragio.

Juan Carlos Gavara de Cara, nos describe en su trabajo "La reforma de la LOREG: expectativas y alcance"<sup>11</sup>, el proceso de reforma electoral, a partir del anuncio que hiciera de la misma, el entonces presidente del gobierno Rodríguez Zapatero.

De acuerdo a lo descrito, en este proceso se articularon diversas acciones encaminadas al estudio de las propuestas de los grupos parlamentarios así como de los informes de diversos órganos competentes en la materia.

---

10 Como ya lo anotan los profesores Fernández-Miranda, la prima provincial del artículo 68.2 CE rompe la igualdad en el valor del sufragio, a partir de lo cual, se habla de su carácter antidemocrático.

11 Gavara de Cara, Juan Carlos, "La reforma de la LOREG: expectativas y alcance", en PAJARES MONTOLIO, EMILIO, *La reforma de la Ley orgánica del Régimen Electoral General*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

A continuación enunciaré las prioridades de los grupos parlamentarios, citadas por Gavara, para identificar las propuestas en torno a la reforma electoral:

La prioridad de CiU y PNV se centra en alterar el sistema de circunscripciones en las elecciones al parlamento europeo, sustituyendo la actual circunscripción estatal, por las comunidades autónomas como marco territorial de las mismas<sup>12</sup>.

La mayor preocupación del PP y BNG se sitúa en un cambio del sistema de voto y de su asignación a las circunscripciones en relación a los emigrantes o residentes ausentes<sup>13</sup>.

En tanto IU y UPyD tiene como objetivo, el incremento de la proporcionalidad en un sistema que los castiga severamente<sup>14</sup>.

La inquietud del PSOE, tiene que ver con el voto de los migrantes en las elecciones municipales y una interpretación no literalista de la exigencia de reciprocidad.

En torno a este debate, también han surgido diversas propuestas que comparten las fuerzas políticas, Ricardo Chueca Morales las identifica de manera clara y precisa, en su trabajo “Cambios, reformas y adaptaciones<sup>15</sup>”, de la siguiente manera:

*Modificaciones en cuanto a las inelegibilidades*, las cuales adaptan supuestos de inelegibilidades absolutas, referidos a supuestos de inelegibilidad en elecciones a las cortes generales.

*Medidas contra candidaturas de oportunidad*. Las cuales se introducen frente a candidaturas del congreso y del senado, discriminando la exigencia entre agrupaciones de electores, 1% de firmas de inscritos en el censo de la circunscripción; y partidos, federaciones o coaliciones que no hubieren obtenido representación en ninguna de las cámaras en las anteriores elecciones, 0.1% de firmas en el censo de la circunscripción.

*Modificaciones al funcionamiento de las mesas electorales*. Esta propuesta tiende a modificar el universo de los ciudadanos sorteables, a través de esta propuesta se modifica el sorteo para que pase de sección a mesa, incluyendo una adaptación de la regulación de la edad para formar parte de la mesa.

---

12 Proposición de Ley 122/000007 de 11 de abril de 2008.

13 Proposición de Ley 122/000103 de 16 de octubre de 2008.

14 Proposición de ley 122/00085 de 25 de abril de 2008.

15 Cfr. CHUECA RODRÍGUEZ, RICARDO, “Cambios, reformas y adaptaciones”, en PAJARES MONTOLIO, EMILIO, *Op. Cit.*

*Modificación de la Constitución de las Diputaciones Provinciales.* A través de la cual resuelve, el problema de la constitución de los órganos representativos provinciales para aquellos casos en que esté pendiente un proceso electoral municipal o se den una serie de supuestos que impidan el cómputo a los efectos de distribución de los diputados provinciales en proporción a los resultados obtenidos por las diversas fuerzas políticas.

## 6. Conclusiones

No podemos concluir si la reforma electoral en España es necesaria pero no cabe duda que el debate principal, gira en torno a la exigencia de los grupos minoritarios de modificar la repartición de escaños, toda vez que el sistema actual genera perdedores absolutos, beneficiando a los partidos con presencia en el ámbito nacional<sup>16</sup>.

Para que la reforma política prospere en tal sentido es necesario que el parlamento modifique el marco constitucional que ofrece la provincia como elemento exclusivo de asignación de escaños y es indispensable implementar nuevas fórmulas que permitan la redistribución de escaños a nivel nacional, y así corregir ligeramente la desproporcionalidad, sin que ello menoscabe la mayoría del ejecutivo<sup>17</sup>.

Sin embargo, en manos de aquellos partidos, que más se benefician del sistema actual, la reforma electoral, que actualmente se debate en España, es altamente improbable<sup>18</sup>.

---

16 A excepción de *CiU*, que no se encuentra en este supuesto.

17 Es indispensable no perder de vista que, a pesar de que existe una clara descompensación en la que prevalece la sobrerrepresentación de los partidos mayoritarios, el sistema electoral facilita la formación de mayorías estables de gobierno. Proponer una cámara de mayor tamaño puede llegar a ser otra propuesta que permita incluir al mayor número de fuerzas políticas, sin menoscabo de las mayorías parlamentarias.

18 Como lo establecen Montero y Riera en MONTERO, JOSÉ RAMÓN Y RIERA, PEDRO, "Informe sobre la reforma del sistema electoral", *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

## Bibliografía

- Chueca Rodríguez, Ricardo, “Cambios, reformas y adaptaciones”, en Pajares Montolio, Emilio, *La reforma de la Ley orgánica del Régimen Electoral General*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- Consejo de Estado, *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral*. [ed.] Luis Aguilar de Luque *et al*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- Fernández-Miranda Campoamor, Carmen y Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso. *Sistema electoral, Partidos políticos y Parlamento*, Colex, Madrid, 2008.
- Gavara de Cara, Juan Carlos, “La reforma de la LOREG: expectativas y alcance”, en Pajares Montolio, Emilio, *La reforma de la Ley orgánica del Régimen Electoral General*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- Montero, José Ramón y Riera, Pedro, “Informe sobre la reforma del sistema electoral”. *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales y sistemas de partidos políticos*, Fondo de cultura económica, México, 2004.
- Santolaya Machetti, Pablo, *Manual de Procedimiento Electoral*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1999.

## La prescripción. Efectos y fundamentos doctrinales en el Derecho\*

Idarmis Knight Soto \*\*

**RESUMEN:** La prescripción es un tema seriamente debatido en la doctrina, sus formas de interpretación teórico práctico han derivado diversas doctrinas a partir del transcurso de determinado lapsus de tiempo, para exigir la acción o el cumplimiento de la pena como eximentes de responsabilidad, sin desconocer el planteamiento de la irretroactividad absoluta que si bien se conoció anteriormente en la doctrina alemana como advertencia previa ajena a los plazos de prescripción, en la actualidad se configura para determinados delitos en el marco de las relaciones internacionales, al constituir un principio que refuerza la responsabilidad penal internacional del individuo ante la comisión de hechos graves, procedente a los efectos de extradición. La concepción de la praescriptio o exceptio temporis en un esquema interdisciplinar en el marco de la doctrina de seguimiento de la jurisprudencia internacional, nos conduce a la interpretación armónica del Derecho Internacional y el Derecho Interno, constituyendo la protección a los derechos fundamentales una norma ius cogens, incluida como cláusula de discriminación en los Tratados a los efectos de que la entrega del individuo se realice con seguridad jurídica.

**ABSTRACT:** The prescription is a seriously debated topic in the literature, its theoretical and practical forms of interpretation have been derived from various doctrines within certain lapse of time, to require compliance action or punishment as exemption from responsibility, without prejudice to the approach of absolute retroactivity although was previously known in German as warning doctrine outside the statute of limitations, currently configured for certain crimes under international relations, to establish a principle that reinforces international criminal responsibility the individual with the commission of serious, from the purpose of extradition. The conception of exceptio temporis praescriptio or interdisciplinary scheme under the doctrine of international jurisprudence track, leads to consistent interpretation of international law and domestic law, constituting the fundamental rights protection ius cogens norm, included as a discrimination clause in the Treaties to the effect that the surrender of the person is done with legal certainty.

---

\* Artículo recibido el 29 de agosto de 2013 y aceptado para su publicación el 19 de noviembre de 2013.

\*\* Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad de la Habana. Profesora Auxiliar de Derecho Internacional Público Universidad Ciego de Ávila. Especialista en Asesoría Jurídica, Vice presidenta del Capítulo de la Sociedad Cubana de Derecho Internacional Público.

**Palabras Clave:** Prescripción, derechos fundamentales, irretroactividad. **Keywords:** Prescription, fundamental rights, non-retroactivity.

**SUMARIO:** Introducción 1. La Prescripción. Generalidades. 1.1. Breve análisis en torno a los antecedentes teóricos de la prescripción 1.2 Presupuestos esenciales de la prescripción. 2. El principio de irretroactividad. Su apreciación jurídico-penal desde la perspectiva de la prescripción. La interpretación como fin de aplicación del principio. 3. La prescripción en los procedimientos de extradición. Tratamiento teórico doctrinal. 3.1. El principio de buena fe. 4. Intangibilidad de los derechos humanos. La cláusula de discriminación en instrumentos internacionales. El juicio de identidad como norma imperativa. Su concepción jurisprudencial. 5. La configuración de los rasgos excepcionales de la institución. Posiciones de concurrencia. 6. Comentarios finales abreviados. Bibliografía.

## Introducción

La prescripción como institución jurídica tiene sus antecedentes en otras figuras ya reconocidas desde la Ley de las XII tablas, relacionada *prima facie* con la modificación de determinada situación jurídica por el transcurso del tiempo. Es una institución que suele bifurcarse y resulta compleja en el campo del Derecho, por ello un estudio teórico doctrinal pormenorizado nos permite cualificarla y determinar los límites en que subyace de cara a la cooperación jurídica internacional y al respeto de los derechos fundamentales del individuo.

La concepción teórica de la prescripción o *praescriptio* nos conduce al intrínquilis de su fundamento para su aplicación práctica, sus formas de manifestación no constituyen distintas fases dentro de las alegaciones en el proceso, sino un régimen distinto de actuación del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, limitativo al derecho de castigar, se logra introducir una “barrera”, ante posibles arbitrariedades<sup>1</sup>. En ese sentido examinamos la *praescriptio pro actore* donde el individuo hace valer sus derechos para evitar los efectos excluyentes de la *litis contestatio* y la *praescriptio pro reo* consiguientemente le permite al juez examinar las cuestiones alegadas por el reclamante en su beneficio, e impide que la sentencia incida en el fondo del asunto planteado por la otra parte<sup>2</sup>.

Resulta insoslayable precisar que desde razones político criminales nos es oportuno acotar científicamente que el decursar del tiempo vagamente no iden-

---

1 Cfr. MEDINA CUENCA, A, “Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad”. Disponible en versión digital CD, Escuela de Verano de Ciencias Penales, La Habana, 2008.

2 Cfr. ÁLVAREZ, U, *Curso de Derecho Romano*, s/e, Madrid, 1955, p.356.

tifica la prescripción, a ello debe incorporarse además razones materiales como la pérdida de la necesidad del cumplimiento de la pena o la imposibilidad de cumplir su objetivo, o bien porque el individuo ha mejorado su comportamiento en la sociedad por lo que se hace innecesaria su corrección, o porque la práctica de prueba<sup>3</sup> se entorpece por el decursar del tiempo para obtener un fallo justo. Se integra como una institución de disposición para el individuo y para el juez. En la sistemática del proceso la pretensión constituye el valor de la reclamación que en este se formule, reconociéndose las situaciones de deber y de poder jurídico que intervienen en la relación jurídica.

Sin embargo, en el actual contexto jurídico internacional el estudio acucioso del tema nos lleva a su excepcionalidad, como institución imponderable *versus* responsabilidad penal internacional del individuo, generada como consecuencia de conductas que indubitadamente atentan contra valores o intereses superiores protegidos por la Comunidad Internacional. Ya no solo basta para ello la exclusividad estatal, conviene armónicamente la jurisdicción internacional en función permanente y complementaria.

## 1. La Prescripción. Generalidades

### 1.1. Breve análisis en torno a los antecedentes teóricos de la prescripción

La funcionabilidad evolutiva de la prescripción tiene sus antecedentes en Roma, en este sentido el aporte del pretor resultó importante para la aplicación de la institución en el tráfico jurídico, al concebirla como *praescriptio o exceptio temporis* y conceder un término para aplicar la pena o ejercer la acción, de manera que la inejecución de los actos permitía interponer la *exceptio* ante la perpetuidad, es decir quedaban cercenadas las acciones pretendidas fuera del plazo legalmente establecido.<sup>4</sup>

Las construcciones doctrinales que ha recibido la prescripción, ha estado representada por disímiles teorías, entre ellas se destaca la corriente unitaria de principio del siglo XIX representada por Verjährung que la define como "aquella modificación que experimenta una determinada relación jurídica con el paso del tiempo". Por su parte la teoría de la prueba representada por Binding fun-

3 "Prueba entendida como "todo medio jurídico de adquirir la certeza de un hecho o de una proposición", sostiene MÁXIMO CASTRO, en *Procedimientos penales*, t II, p.283. MITTERMAIER, por su parte en *Tratado de la prueba en materia criminal*, p. 72, llama prueba "a la suma de motivos productores de la certeza". Para FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, t. II, p 900, "prueba" es todo lo que sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición, *para abundar* sobre el tema, Cfr. Cafferata Nores, J.I, La Prueba en el Derecho Penal, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1998, p.5.

4 Para abundar sobre el tema Cfr. Pugliese, *Prescripciones estintiva, s/e*, Torino, 1914, p.5 y siguientes.

damenta la prescripción en la imposibilidad de reunir prueba para un proceso penal luego de transcurrido un *lapsus* determinado de tiempo. Así también la teoría de la expiación pretende que el sujeto haya expiado su culpa con el permanente a la pena en que habrá vivido, así también para Mittermaier con la teoría del recuerdo borrado del hecho, el poder del tiempo borra el recuerdo del delito de la conciencia del pueblo y cambia la misma personalidad del autor, de modo que la pena no ejercería coacción psicológica alguna. Frente a estas teorías de carácter penal se alzan las teorías procesalistas fundamentadas en la difícil persecución penal por el transcurso del tiempo escindiendo la prescripción en penal y procesal destinada la primera a la pena y la segunda a la acción<sup>5</sup>.

En este sentido el íter de la situación jurídica no actúa de forma autónoma, dimana de una relación entre la pretensión y el derecho, señala la posición atribuida por la norma a determinados sujetos mediante un efecto jurídico: tal situación viene valorada en función del interés fundamental de la comunidad jurídica, al tutelar derechos que limitan la pretensión de la otra parte.

El giro a la vista hacia la concepción que expone la profesora Valdés Díaz resulta convincente, al expresar que la situación jurídica de poder existe siempre que el ordenamiento jurídico atribuye a una persona la posibilidad de poder exigir (...), un cierto comportamiento o imponga unas determinadas consecuencias previstas por la ley, mediante la realización de un acto voluntario suyo. Así la situación jurídica de deber es la necesidad de adoptar una determinada conducta u observar cierto comportamiento, que puede ser una acción u omisión que viene impuesto por las normas que regulan dicha relación<sup>6</sup>.

Nos queda claro que el fundamento de la prescripción es el reconocimiento de un derecho que se trasmite en la facultad material de exigir el individuo, que no está sujeto a pena o acción alguna y lo exime de responsabilidad, por la inacción, el silencio, y la falta de reconocimiento de los hechos en el tiempo establecido por quien debió exigir el cumplimiento de la obligación de la situación jurídica creada, pero además incita en el ámbito procesal al juez a anular cualquier medida dictada, siempre que no atente contra valores tan importante como la protección de los derechos fundamentales.

---

5 Sobre el tema puede consultarse HENKEL HEIWCH, *Strafoetfahretuecht. Ein Lehrbuch*, Stuttgart u.Köln, 1953, p. 281, nota 8., en ZAFFARONI, R, *Tratado de Derecho Penal*, t I, Ed. Comercial, Industrial y Financiera Tucumán, Buenos Aires, 1999.

6 Valdés Díaz, C.C, *Derecho Civil. Parte General*, Edit. Félix Varela, Habana, 2000, p. 84.

## 1.2 Presupuestos esenciales de la prescripción

La prescripción no es una institución que funciona *ipso iures*, debe de ser invocada por el interesado durante el proceso para que la situación jurídica se declare a su favor, oponiendo excepciones frente a la demanda ya sea de la pena o de la acción, su concreción se encuentra en los límites que impone la ley, la cual provoca efectos intempestivos para el titular que evoca esta facultad luego de la carga de un ejercicio oportuno de su derecho.

El legislador penal cubano independientemente de establecer los términos<sup>7</sup> de la prescripción de la acción penal y de las sentencias firmes, no soslayó sus formas de manifestación en el tiempo, de forma expresa reconoció la interrupción de la acción al prever varias suposiciones como el inicio del procedimiento contra el culpable, o todo acto del órgano competente del Estado, o si el individuo cometiére un nuevo delito, además del carácter dispositivo de la ley y del tribunal como impedimento legal para que la sanción pueda prescribir, es decir el imperio de la ley indica las circunstancias previas para la consecución de la prescripción.

La dicotomía de la prescripción sustentada en la extemporaneidad de la pena y la acción para aplicar el derecho, con su función pautadora para eximir al individuo de responsabilidad, se fundamenta en la sistematización teórico doctrinal de las diversas tendencias que sobre el tema se han contextualizados, alejada de aquellas criminológicas basadas en la resocialización de la conducta del individuo mediante la prevención general. La dogmática jurídica nos conduce a la atención de la institución propugnada anclada al principio de legalidad<sup>8</sup>, bajo la concreción real de las normas universales de Derechos Humanos.

## 2. El principio de irretroactividad. Su apreciación jurídico-penal desde la perspectiva de la prescripción. La interpretación como fin de aplicación

La exégesis de la irretroactividad como manifestación de la ley penal en el tiempo se relaciona con la prescripción. La asunción de la aplicación de la ley más benigna al reo, la cual se considerará al analizarse la situación jurídica concreta, constituye un derecho reconocido en instrumentos internacionales, pero ade-

---

7 *Vid.* Ley No. 62 Código Penal, de fecha 29 de diciembre de 1987 (actualizado), artículos 64 y 65, publicado en la Gaceta Oficial de la República, extraordinaria núm.28 de fecha 13 de agosto del 2009.

8 El término legalidad en este caso es asumido en el sentido más amplio del mismo; sin procurarle ataduras formalistas. *Cfr.* FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Teoría del Derecho*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2000, p. 245 y ss.

más representa un límite al poder del Estado reconocido en las Constituciones<sup>9</sup>. Su estudio se extiende también al menor tiempo de prescripción, tomando en cuenta la naturaleza de la ley penal, que se impacta como seguridad jurídica para el individuo y colofón del Derecho.

Si bien es cierto que toda ley posterior deroga a la anterior (*lex posterior derogat priori*), en el plano normativo penal descendemos a la apreciación de la retroactividad de la ley más benigna, que actúa como recurso técnico de forma inmediata, impostergable e inquebrantable y obliga a su cumplimiento en juicio comparable como ley aplicable en el tiempo, ya sea en los términos de la comisión de los hechos o extinción de la condena, con las consecuencias procesales oportunas que incide en la extinción de la responsabilidad.

La aplicación de la retroactividad de la ley favorable no significa actuar sobre el pasado llanamente, su concepción en sentido técnico jurídico debe ser reconocida a partir de los efectos que produce una ley a un hecho jurídico si hubiera estado vigente, para ordenar y prever los efectos que habrían de producirse en beneficio del individuo, así por ejemplo la amnistía<sup>10</sup> por ser una medida de carácter impersonal y general, se identifica como ley que paraliza la condena, y todos sus efectos. Significa el olvido de un hecho delictivo para restablecer la calma y la estabilidad social.

Como bien se ha apuntado, la ley debe aplicarse en concreto teniendo en cuenta el límite de la retroactividad benigna al momento de pronunciarse el fallo. El menor tiempo de la prescripción, se limitará a la ley correspondiente, y como sabiamente apuntara Manzini la interpretación consiste en la operación de “poner de acuerdo a la ley penal, abstracta y genérica por naturaleza, con lo concreto y variable del caso particular”, es la aplicación actualizada y orgánica del resultado evaluado jurídicamente a un hecho determinado.

En este sentido, los principios de legalidad y reserva intervienen mancomunadamente como garantía para el individuo, en la medida que la interpretación de la ley discurre también, como bien anotamos con anterioridad, para el menor término de prescripción como una consecuencia jurídica de la sucesión de leyes comprometidas, de lo contrario se modificaría el contenido de la proyección de la aplicación más benigna. Se trata del evidente imperio de la ley atendiendo a razones de justicia y equidad.

---

9 Vid. Constitución artículo 61, adoptada el 24 de febrero de 1976(actualizada). Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba* extraordinaria número 3.del 31 de enero de 2003.

10 Cfr. Artículo 75 inciso t), *Ibidem*, p. 79.

### 3. La prescripción en los procedimientos de extradición. Tratamiento teórico doctrinal

El reconocimiento de la Comunidad Internacional, como el conjunto de actores que participan activamente en las relaciones internacionales, ha propiciado la internacionalización de la vida y el movimiento constante de personas, que trascienden las fronteras de los Estados, en relaciones intersubjetivas por encima de los intereses nacionales, ello permite reconocer los derechos del individuo fundados en la intangibilidad e inviolabilidad, cuya protección representa una de las principales obligaciones establecidas por el Derecho Internacional.

La prescripción aparece como un principio en los procedimientos de extradición, aunque existen opiniones controvertidas para apreciarla. Por ejemplo Fierro<sup>11</sup> aboga por la aplicación de la Ley del Estado requerido, argumentando que un Estado no puede prestar su apoyo para castigar a una persona residente en su territorio cuando, de acuerdo con su legislación, los hechos ya no sean perseguibles ni punibles, no se aprecia el requisito de la doble incriminación, razonada con relevancia en la tutela del ordenamiento interno de la conducta que ha infringido el individuo.

Su dimensión efectiva la explica Jiménez de Asúa a partir de que el hecho por el que se solicita la extradición esté tipificado como delito, tanto en la legislación del Estado requerido, como en la del Estado requirente en el momento de su comisión, como en el de solicitud o de entrega por tanto, no se debe extraditar<sup>12</sup>. Este criterio es seguido en los tratados firmados por Cuba con Bélgica en 1904 en el artículo V, con España en 1905 en el artículo IV b), con Venezuela en 1910 en el artículo V b), con Francia en 1925 en el artículo V, con México en 1925 en el artículo VII apartado 1).

A contrario sensus, Fiore<sup>13</sup> nos plantea que la única legislación aplicable para apreciar la prescripción es la del Estado requirente. El argumento de esta posición alude a que hay que atender a la legislación afectada por el ilícito y al Estado que posee el verdadero interés de castigar al individuo.

También existe una tercera interpretación del principio abordado, que habría de consistir en validar la entrega si los hechos constitutivos de delito, en el

11 Cfr. VILARIÑO PINTOS, E, "La extradición: régimen jurídico y práctica internacional", *Cursos de Derecho Internacional de vitoria de Gasteiz* (s.e), País vasco, 1984, p. 12, y FIERRO, G, *La ley Penal y el Derecho Internacional*, Ed. Palma, Buenos Aires 1977, p. 292-29.

12 Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 3.a edición. Ed. Losada, Buenos Aires, 1964. p. 941.

13 Cfr. FIORE, P, *Tratado de Derecho Penal Internacional y de la Extradición*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880, p. 106.

momento de solicitud y en el de la entrega, no se consideran prescritos al amparo de las legislaciones de ambos Estados. Esta posición se constata en los textos de diversos tratados como los firmados por Cuba con Gran Bretaña en el artículo IV apartado 3), con Colombia en 1932 en el artículo IV apartado b) y con República Dominicana en 1933 en el artículo III apartado b)<sup>14</sup>.

Ante estas alegaciones, consideramos que debe primar el criterio asumido en cada tratado. Sin embargo, en lo particular favorecemos la última que se expuso, por entender que es la que presenta mayor sincronía con lo que informa el principio de doble incriminación considerado trascendental para que se produzca la entrega a partir de la observancia de las legislaciones internas de los Estados que intervienen en el procedimiento. En la Jurisprudencia encontramos un ejemplo, el Tribunal Supremo de Venezuela decidió en el auto de casación penal, la improcedencia de la solicitud de extradición del ciudadano Ignacio Echeverría Landazábal, de nacionalidad española, reclamado por el Reino de España a la República Bolivariana de Venezuela:

De la decisión del Tribunal conocimos, que existe un Tratado de Extradición entre la República Bolivariana de Venezuela y el Reino de España, publicado en la Gaceta Oficial N° 34.476 del 28 de mayo de 1990, en cuyo literal B del artículo 10 se establece que: "No se concederá extradición: (...) b) cuando de acuerdo con la ley de alguna de las partes se hubiere extinguido la pena o la acción penal correspondiente al hecho por el cual se solicita la extradición (...)". Precisa la Sala de Casación Penal en su sentencia, (...), que Ignacio Echeverría Landazábal es un ciudadano español, presuntamente involucrado en la tentativa del delito común de asesinato, acaecido el 4 de abril de 1981 en Bilbao, España, recayendo en el Auto de Procesamiento Judicial, emitido el 22 de noviembre de 1993, por el Juzgado Central de Instrucción N° 4 de la Audiencia Nacional del Reino de España, conforme al cual, el Juzgado acordó otorgarle al ciudadano Ignacio Echeverría Landazábal el carácter de procesado.<sup>15</sup>

En materia de extradición se reconocen como sujetos de forma general, a los Estados intervinientes en el procedimiento (requerente y requerido). No obstante, a partir del reordenamiento de la Comunidad Internacional motivado por los procesos de integración se ha precisado un reanálisis de los parámetros originarios de este postulado, unido al reconocimiento de la subjetividad del individuo en el Derecho Internacional, lo cual no resulta anfibológico a los efectos de reconocimientos de sus derechos.

---

14 Cfr. CORDOVA CASTRO, F, *Extradición, Doctrina, Legislación y Tratados*, Publicaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Consultoría legal, S.ed. La Habana, 1961, pp. 1-59

15 Disponible <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/796/599>, consultado 19 de mayo del 2013.

Dada cuenta la prescripción como límite a la extradición debe consignarse como causa denegatoria de la entrega, pues como expresa Manzini<sup>16</sup>, el olvido y la presunción de enmienda, y con ello la inutilidad de la pena mediante la prescripción, el Estado renuncia al castigo del culpable, autolimitando su soberano poder de sancionar.

El transcurso del tiempo afecta el significado social del delito, por lo que un tribunal no puede mezclar preceptos de una u otra legislación para conceder la entrega del individuo reclamado, o aplicar retroactivamente nuevos plazos de prescripción desfavorable, ni aplicar nuevas normas de interrupción de la prescripción que hiciese renacer la acción de los delitos prescritos. Se trata de aplicar el principio establecido en el tiempo del procedimiento extradicional, sin excluir que la no coincidencia de término entre las legislaciones de los Estados sí puede dar lugar a otras formas de cooperación en materia penal como sería el traslado de un sancionado.

### 3.1. El principio de buena fe

La buena fe fue una exigencia del Derecho Romano clásico, su evolución nos ha permitido apreciar el compromiso establecido entre los Estados, como requisito constitutivo complementario a la protección a la apariencia jurídica, se proyecta como salvaguarda de la seguridad jurídica en el tráfico de las relaciones internacionales, y por su trascendencia se relaciona con el fundamento de la obligación del tratado. Es una constante histórica en el Derecho ajustada a conceptos éticos y a su manifestación volitiva creadora, nos ha permitido el reconocimiento doctrinal<sup>17</sup> como “el posee” suficiente para la producción del efecto deseado, o como el “licere”, que significa la licitud de dicha voluntad, uno conduce a la validez y el otro supuesto a la reparación, todo ello relacionado con la interpretación del objeto y fin del tratado.

Es lógico explicar que la buena fe y la apariencia jurídica aunque complementarias se perfeccionan unidas, aunque una no deriva de la otra. La publicidad es el instrumento para construir la apariencia, consiguientemente la falta de publicidad presupone su no conocimiento y para acreditarla es necesaria la buena fe, la cual se presume a través de criterio de oponibilidad por lo que buena fe, apariencia jurídica y publicidad se conectan como requisitos complementarios en el tráfico jurídico. La Convención de Viena sobre Derecho de Tratado nos acerca a lo antes aludido si apreciamos el objeto y fin en el contexto del tra-

---

16 Cfr. MANZINI VICENZO, F, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t.1, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1951, p. 601.

17 GÓMEZ ACEBEDO, F, La buena y la mala fe : su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el C. c. ., *Revista de Derecho. Privado* , Madrid, 1952, p.p. 119 y 120

tado: "Un tratado deberá interpretarse de buena fé conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin"<sup>18</sup>.

Coincidimos con los profesores Prieto Valdés, Matilla Correa, Pérez Gallardo y Valdés Díaz al plantear que el principio de la buena fe "es un eslabón más en el apuntalamiento de la seguridad jurídica como cimiento del ordenamiento jurídico. Es perfectamente lícito apreciar que así como un sistema jurídico no puede estar de espaldas a la provisión y garantía de la seguridad jurídica como requisito de vida del mismo, so pena de colapsar, más pronto que tarde, en su funcionalidad como sistema, con todas las consecuencias que ello genera en otros planos; un sistema jurídico tampoco puede prescindir de incorporar en su estructura y funcionalidad a la buena fe, ni dejar de proveer a su garantía y observancia como principio jurídico, porque pondría en juego la seguridad del tráfico jurídico y la credibilidad del sistema"<sup>19</sup>.

#### **4. Intangibilidad de los derechos humanos. La cláusula de discriminación en instrumentos internacionales. El juicio de identidad como norma imperativa. Su concepción jurisprudencial**

El reconocimiento de los derechos humanos en los diferentes instrumentos internacionales, descansa en normas del Derecho Internacional reconocidas como tales por todos los pueblos y, consiguientemente constituyen principios generales de Derecho Internacional<sup>20</sup>. En este mismo orden de ideas, podemos agregar que los derechos fundamentales no se encuentran jerarquizados, son intangibles e irrevocables independiente de las circunstancias individuales, como la pertenencia a una determinada etnia, creencia, cultura o nacionalidad entendida en los tratados como cláusula de discriminación<sup>21</sup>. Su protección de-

---

18 *Vid.* art 31 Convención de Viena sobre Derecho de Tratados de fecha 23 de mayo de 1969. En SÁENZ DE SANTA MARÍA Y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, I, *Legislación Básica de Derecho Internacional*, 8va edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2008 p. 75-105.

19 *Cfr.* PRIETO VALDÉS, M., MATILLA CORREA, A., PÉREZ GALLARDO, L B. Y VALDÉS DÍAZ, C. C, "Aproximación al estudio de algunos principios generales del Derecho y de su reconocimiento legal y jurisprudencial", en *Revista Jurídica*, Año 8, núm. 13, Publicación semestral auspiciada por el Ministerio de Justicia (MINJUS), La Habana, Enero-Diciembre 2006, p. 73.

20 *Cfr.* VERDROSS, A, "Ius dispositivum and *ius cogens* in International law", *American Journal of International Law*, vol. 60, núm. 1, New York, 1966, pp. 55-63.

21 Ejemplos entre otros de cláusulas de discriminación, *vid.* Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de fecha 15 de noviembre del 2000 en el artículo 15, también en Convenio Internacional de Terrorismo de represión de los actos de terrorismo nuclear de fecha 13 de abril del 2005 en el artículo 16, Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de fecha 9 de Diciem-

viene en normas imperativas que se deben respetar independientemente a la manifestación de la voluntad de los Estados.

Variada es la jurisprudencia internacional, al respecto resulta destacable el conocido *dictum* de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia, en el asunto de *Barcelona traction light and power company limited*, de fecha 5 de febrero de 1970, que sostuvo que los Estados poseen una obligación general de protección y respeto a tales derechos ante la Comunidad Internacional en su conjunto. Estas obligaciones sostiene el Tribunal son *erga omnes* insertas en el Derecho Internacional Contemporáneo. La Corte Internacional de Justicia en el párrafo setenta, de su opinión consultiva de fecha 8 de julio de 1996, sostuvo: "(...) aunque las resoluciones de Naciones Unidas no son vinculantes *per se*, en ocasiones tienen valor normativo y, en ciertas circunstancias pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una *opinio iuris*"<sup>22</sup>.

Cabe advertir que se ha ido consolidando certeramente la protección de los derechos fundamentales entre los principios generales del Derecho Internacional por el desarrollo que han experimentado los Derechos Humanos, considerados como un bien común que todos debemos respetar. Estos no se reducen solamente a normas convencionales, la admisión por los Estados de la existencia de normas imperativas que vician de nulidad tanto a los actos unilaterales como los tratados contrarios a las mismas. En este sentido coincidimos con Roperero Carrasco al afirmar que la dignidad humana representa, ante todo, el reconocimiento del individuo como valor esencial, en cualquier orden social o jurídico: de su existencia, de su vida, de sus aspiraciones de desarrollo y libertad<sup>23</sup>.

## **5. La configuración de los rasgos excepcionales de la prescripción. Posiciones de concurrencia**

Uno de los temas discutido en la doctrina es la configuración material de la prescripción cuando se presenta excepcionalmente proporcional a la gravedad del delito, la obligación de sancionar por la comisión de los delitos que constituyen crímenes de guerra, y de lesa humanidad, cometidos tanto en tiempo de

---

bre de 1999 en su artículo 15 en SÁENZ DE SANTA MARÍA Y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, I, *Legislación Básica de Derecho Internacional*, *op.cit.* p.p.897 y ss

22 Cfr. CARRILLO SALCEDO, J. A, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, 2a edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, p. 279.

23 Cfr. ROPERERO CARRASCO, J, "La relación entre la teoría de los derechos universales del hombre y el Derecho Penal más allá de los crímenes internacionales", *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional*, ed. Tecnos, Madrid, 2009, p.272.

guerra como en tiempo de paz, son imprescriptibles para los Estados<sup>24</sup>. Así logra reafirmarse que desde esta posición los individuos pueden ser juzgados en cualquier momento bajo las condiciones acordadas en el Tratado, significa un reforzamiento del principio de la responsabilidad penal ante las graves violaciones de los derechos humanos<sup>25</sup>.

La adopción del Tratado sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad<sup>26</sup> constituye la culminación de un largo proceso que comenzó en los primeros años de la década de 1960, cuando la prescripción amenazaba en convertirse fuente de impunidad de los crímenes practicados durante la Segunda Guerra Mundial, puesto que se acercaban los veinte años de la comisión de estos, anotando específicamente la doctrina alemana la extensión del término de prescripción, constituyendo la irretroactividad de la ley penal un principio absoluto en la práctica penal.

La dimensión de la doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de las Cortes internacionales o supranacionales realza para las partes los efectos vinculantes de su contenido, pero además nos conduce a una interpretación armónica en relación con el derecho interno teniendo como patrocinio la protección de los derechos fundamentales, lo cual ha devenido como observancia imperativa para los Estados.

En este sentido cabe señalar el precedente "Priebke". El gobierno italiano requirió la extradición de Erich Priebke para su juzgamiento por hechos calificables por tratados internacionales como "genocidio" y "crímenes de guerra", por haber ordenado la masacre de la aldea Ardeatinas en la que murieron 335 italianos, pero respecto a los cuales, desde la perspectiva del Derecho interno, la acción penal se encontraba prescripta. A pesar de ello, esta Corte hizo lugar a la extradición, por entender que, conforme al Tratado para la Prevención y la San-

---

24 El tratado sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y lesa humanidad disponible en <http://www2.ohch.org/spanish/are/crimenes..guerra.htm>, consultado el día 19 de mayo del 2013. Cuba ratificó el 13 de setiembre de 1972.

25 La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contribuye a ello al delinear la inadmisibilidad de la prescripción ante "violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos". Cfr. Caso *Barrios Altos v. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo), párrafos 41 y 42, caso *Tibí v. Ecuador*, sentencia de 7 de setiembre de 2004, párrafo 259 caso *La Cantuta v. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrafos 226 y sgtes.

26 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la resolución 2391(XXIII), de fecha 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor; el 11 de noviembre de 1970.

ción del Delito de Genocidio, no resultaban aplicables las reglas de la prescripción de la acción penal previstas en el Código Penal<sup>27</sup>.

En la jurisprudencia de algunos Estados que no son parte del Tratado sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad pueden encontrarse soluciones que van en el sentido de la misma. Con el argumento de su recepción general por parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con carácter de *ius cogens*<sup>28</sup>.

La prohibición de la concurrencia de un régimen jurídico en la concepción de sucesión de leyes para la aplicación de la más benigna le ha permitido al legislador expresar su validez condicional, inspirándose en la interpretación de las normas internacionales sobre imprescriptibilidad, que independientemente de los tropiezos para aplicar los adecuados criterios se ha concebido una *opinio iuris* sobre la perpetuidad de la acción y la pena en el tiempo<sup>29</sup>.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional también contribuye a ello<sup>30</sup> al otorgarle competencia a este tribunal para juzgar a los responsables por comisión de crímenes<sup>31</sup>, en concordancia con la competencia universal que le otorga el referido instrumento y su carácter complementario al orden penal interno de cada Estado, obviando la selectividad como principio excluyente a la justicia.

Ciertamente la imprescriptibilidad de los delitos apuntados con anterioridad constituye un reconocimiento a la norma vigente por el deber de respeto a los derechos fundamentales en función del Derecho Internacional. El tratamiento doctrinal al tema presupone que no existe jurisdicción para aplicar la retroactividad favorecida en el marco de la institución estudiada, la cual transita intrínsecamente como fundamento de una norma internacional a los efectos de extradición para aplicar el derecho extranjero. La irretroactividad ha sido una solución efectiva del Derecho Penal Internacional a comportamientos injustos.

---

27 Cfr. Sentencia de la Corte Superior de la Nación de Argentina, frente a supuestos similares ya ha sido reconocida por este tribunal en Fallos 326:2805 ("Videla, Jorge R."), voto del juez Petracchi, 326:4797 ("Astiz, Alfredo I." [45]), voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni. Disponible [http://www.en\\_la\\_Jurisprudencia\\_de\\_la\\_csnj\\_pdf](http://www.en_la_Jurisprudencia_de_la_csnj_pdf), consultado 19 de mayo 2013.

28 Cfr. ARTETTAZ, F., "Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad: Una perspectiva latinoamericana," Trabajo realizado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenuo 2010 *El tiempo de Derecho*, Universidad Zaragoza, 2010, p. 67.

29 Se deduce que las medidas de gracias amnistía e indulto resultan contrarias a este Tratado, así la Corte Interamericana de Derechos Humanos las relaciona como excluyentes ante instituciones del Derecho como la cosa juzgada y la aplicación de la ley penal más benigna que resultan causas eximentes de la responsabilidad penal. Cfr. *Caso Barrios Altos v. Perú*, párrafos 41 y 42.

30 Vid. artículo 29 del Estatuto de Roma.

31 *Ibidem* artículo 5.

## 6. Comentarios finales abreviados

El estudio evolutivo de la prescripción está sujeto al principio de legalidad y se ha redimensionado a tenor de las exigencias de la Comunidad Jurídica Internacional. Su carácter bidimensional en sentido fáctico irradia hacia la obligatoriedad de los Estados en la premisa exclusiva de protección de los derechos fundamentales del individuo, desentrañando las consecuencias materiales derivadas de la comisión de crímenes graves que atentan contra la paz, por comprometer la buena fé como complemento de la seguridad jurídica del individuo.

El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha contribuido a la nueva extensión de la extradición, al incluir la noción jurídica de dignidad intrínseca como normas *ius cogens*, imponiéndoles barreras objetivas a los Estados para hacer respetar los principios y reglas del Derecho Internacional, lo que evita justificar desde la perspectiva jurídica la amnistía y el indulto de crímenes graves.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ, U, *Curso de Derecho Romano, s/e*, Madrid, 1955.
- ARTETTAZ, F, "Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad: Una perspectiva latinoamericana," Trabajo realizado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 *El tiempo de Derecho*, Universidad Zaragoza, 2010.
- CAFFERATA NORES, J. I, *La Prueba en el Derecho Penal*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1998.
- CARRILLO SALCEDO, J. A, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, 2ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1976.
- CÓRDOVA CASTRO, F, *Extradición, Doctrina, Legislación y Tratados*, Publicaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Consultoría legal, S.ed. La Habana, 1961.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J, *Teoría del Derecho*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2000.
- FIERRO, G, *La ley Penal y el Derecho Internacional*, Ed. Palma, Buenos Aires 1977
- IORE, P, *Tratado de Derecho Penal Internacional y de la Extradición*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B, *La extradición en el Derecho Interno, Internacional y Comunitario*, Ed. Comares, Madrid, Granada, 2005.
- GÓMEZ ACEBEDO, F, La buena y la mala fe : su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el C. c ., *Revista de Derecho .Privado* , Madrid, 1952.
- GÓMEZ - ROBLEDO GÓMEZ ACEBEDO, F, La buena y la mala fe : su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el C. c ., *Revista de Derecho .Privado* , Madrid
- VERDUZCO, A, *La extradición en el Derecho Internacional. Aspectos y Tendencias relevantes*, Universidad Autónoma de México, México, 1996.
- HENKEL HEIWCH, *Strafoetfahretuecht. Ein Lehrbuch*, Stuttgart u.Köln, 1953.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 3.a edición. Ed. Losada, Buenos Aires, 1964.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F, *La Corte Penal Internacional*, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 3ª edición, Dilex S.L, Madrid, 2007.
- KNIGHT SOTO, I, Legalidad y Competencia en la extradición en Cuba, *Revista Equipo Federal*, núm. 71, Argentina ISSN 16 4031.
- MANZINI VICENZO, F, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t.1, Ed. EJE, Buenos Aires, 1951.
- MEDINA CUENCA, A, "Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad". Disponible en versión digital CD, Escuela de Verano de Ciencias Penales, La Habana, 2008.
- PUGLIESE, *Prescripciones estintiva, s/e*, Torino.

- ROPERO CARRASCO, J, "La relación entre la teoría de los derechos universales del hombre y el Derecho Penal más allá de los crímenes internacionales", *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional*, ed. Tecnos, Madrid, 2009.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA Y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, I, *Legislación Básica de Derecho Internacional*, 8va edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2008.
- SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, A, *Curso de Derecho Internacional Público Americano: sistemática y exégesis*, Ed. Montalvo, Ciudad Trujillo, 1943.
- VALDÉS DÍAZ, C.C, *Derecho Civil. Parte General*, Edit. Félix Varela, Habana, 2000.
- VERDROSS, A, "Ius dispositivum and ius cogens in International law", *American Journal of International Law*, vol. 60, núm. 1, New York, 1966.
- VILARIÑO PINTOS, E, "La extradición: régimen jurídico y práctica internacional", *Cursos de Derecho Internacional de vitoria de Gasteiz (s.e)*, País vasco, 1984.
- ZAFFARONI, R, *Tratado de Derecho Penal*, t I, Ed. Comercial, Industrial y Financiera Tucumán, Buenos Aires, 1999.

### **Legislaciones**

- Constitución de la República de Cuba adoptada el 24 de febrero de 1976(actualizada). Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba* extraordinaria número 3 del 31 de enero de 2003.
- Ley No. 62 Código Penal, de fecha 29 de diciembre de 1987 (actualizado), artículos 64 y 65, publicado en la *Gaceta Oficial de la República*, extraordinaria núm.28 de fecha 13 de agosto del 2009.

### **Sitios web**

- <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/796/599>, consultado 19 de mayo del 2013.
- <http://www2.ohch.org/spanish/are/crimenes..guerra.htm>, consultado el día 19 de mayo del 2013.
- [http://www.en\\_la\\_Jurisprudencia\\_de\\_la\\_csnj\\_pdf](http://www.en_la_Jurisprudencia_de_la_csnj_pdf), consultado 19 de mayo 2013.

## Las ventajas de una nueva Constitución \*

Jacinto Héctor Pino Muñoz \*\*

*RESUMEN: Hay varias razones que justifican la aprobación de una nueva Constitución para México, entre éstas se encuentran principalmente las siguientes: Ausencia de la soberanía popular en la mayoría de las reformas aprobadas; el propósito de perfeccionar la democracia existente desde un punto de vista jurídico, político, económico y social; la necesidad de que realmente se respeten todas las normas de la ley suprema; porque no es posible seguir reformando una Constitución en forma indefinida; por la conveniencia de contar con una carta política que realmente sea aprobada por el pueblo de México a través de un referéndum y en que se incorporen más formas de participación ciudadana. Se hace presente, además, que es necesario una época en que se cuente con una correlación de fuerzas que sea favorable para aprobar un nuevo texto y para que se pueda perfeccionar la democracia existente en el país.*

*Palabras Clave: Constitución, Soberanía, Democracia, Referéndum, Normas constitucionales, Participación ciudadana.*

*ABSTRACT: There are several reasons that justify the adoption of a new Constitution for Mexico. The reasons, between others, are as follow: Absence of the popular sovereignty in the majority of the amends; the objective to improve juridical, political, economic and social democracy; to respect all the constitutional laws; because it is not possible to continue reforming the Constitution indefinitely; for the convenience of having a political cart, which really is approved by the people of Mexico through a referendum and that incorporate other forms of citizen participation. For to approve the new Constitution it is necessary to count with a favorable correlation of forces to get a better democracy in the country.*

*Keywords: Constitution, Sovereignty, Democracy, Referendum, Constitutional rules, Citizen participation.*

\* Artículo recibido el 28 de agosto de 2013 y aceptado para su publicación el 21 de octubre de 2013.

\*\* Licenciado y Maestro en Derecho, Doctor en Ciencias Políticas y Sociales, por el Centro de Investigación y Docencia en Humanidades del Estado de Morelos, CIDHEM. Profesor en los seminarios de Instituciones políticas y administrativas y de Economía y finanzas públicas en maestría de doble título del CIDHEM con la Université de Bretagne Occidentale. Profesor externo de Derecho constitucional en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; y profesor de esa materia en la Universidad Politécnica del Estado de Morelos. Ha sido también profesor en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2009-2011; Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 1974; y en la Universidad de Chile, 1965-1973. Libros publicados: *Legislación aérea de México y Centroamérica*, IJ-UNAM, México D.F., 1978; *Tras la copa*, novela y cuentos, Offset Santiago, México D.F. 1986; y *Prolegómenos a la teoría y reforma constitucional*, IJ-UNAM, México D.F., 2011.

**SUMARIO:** Introducción. 1. Las críticas al texto vigente y las razones que justifican una nueva constitución. 2. Consideraciones generales acerca de las propuestas señaladas. Bibliografía.

## Introducción

En la vía por retomar sendas de crecimiento y equidad en la sociedad mexicana, lo más trascendente es realizar los cambios institucionales que son necesarios y concretarlos lo más pronto posible porque la situación existente es grave y los riesgos de una ruptura están cotidianamente presentes. Dentro de estas tareas debe fortalecerse el orden jurídico, lo cual es una misión que no puede hacerse en forma abrupta y surge entonces el dilema de seguir reformando la Constitución o bien nombrar una asamblea constituyente con plena representatividad democrática que tenga la tarea de elaborar un nuevo ordenamiento supremo. No se puede centrar la discusión en los mayores conflictos que involucra un nuevo ordenamiento superior porque éstos ya se encuentran presentes en la actualidad sea cual fuere la opción que se pretende elegir. Se está en presencia de un Estado acosado por la inseguridad, con 53 millones de pobres, de los cuales 11.5 millones están en pobreza alimentaria, y un mediocre desarrollo del país que impide el fortalecimiento del mercado interno y la creación de suficientes empleos. De tal manera que el entramado institucional corre el peligro de deteriorarse aún más debido a las condiciones que prevalecen.

### 1. Las críticas al texto vigente y las razones que justifican una nueva Constitución

**Ausencia de la soberanía popular en las reformas aprobadas.** En la página de la Cámara de Diputados, en la parte relativa a las reformas constitucionales, se informa que desde los inicios del gobierno de Alvaro Obregón, el 1° de diciembre de 1920, hasta el **8 de octubre de 2013** en que es Presidente Enrique Peña Nieto, existen **568** reformas a los artículos del ordenamiento supremo. Según Jorge Carpizo, reputado constitucionalista y profundo conocedor del sistema político nacional, hay por décadas un fuerte predominio de la voluntad presidencial sobre el Poder Legislativo y se trata, en consecuencia, de reformas, en que se impone la voluntad del Titular del Ejecutivo a cualquier otra consideración<sup>1</sup>.

---

1 Carpizo señala que: El presidente de la República fue por décadas quien presentaba el proyecto de reforma constitucional. Por su gran fuerza política, derivada de que era el jefe real del partido hegemónico, que

Por otra parte, corresponde observar que las encuestas que se han realizado sobre el Congreso Nacional y la llamada clase política, en los últimos años, dan como resultado que el pueblo de México no confía mayoritariamente en sus representantes y, en consecuencia, es indudable una crisis de representatividad. De tal manera que es aconsejable un nuevo texto supremo para rescatar el principio de la soberanía popular que de alguna manera fue sojuzgada en la mayor parte de los sexenios señalados y también desafortunadamente en épocas recientes en que los miembros del Congreso no han estado sujetos al poder presidencial, pero si a los dictados de sus cúpulas partidarias o en defensa de los intereses de ciertos grupos de los llamados poderes fácticos y una buena prueba de ello es el injusto régimen de consolidación fiscal.

**Numerosas reformas con contenido ideológico diferente.** La Constitución vigente fue aprobada en el año 1917 y tiene numerosas reformas aprobadas en distintas épocas y que obedecen a diferentes concepciones políticas sobre cómo debe regirse la vida nacional. No se puede afirmar que se trata de un ordenamiento obsoleto porque sigue prestando útiles servicios a la comunidad nacional en la regulación de muchos temas y sus modificaciones la han puesto al día en varios aspectos, por ejemplo, en materia de acciones colectivas, en el tercer párrafo del artículo 17. Hay distintas maneras de contabilizar estas modificaciones, pero lo trascendente es que a todas luces es un número muy elevado de cambios constitucionales que obedecen a concepciones políticas o ideológicas diferentes lo que puede dificultar la interpretación de las normas del texto supremo.

**Superación del reglamentarismo.** Que se trata de una Constitución demasiado reglamentaria lo prueban, verbi gratie, algunos artículos entre los cuales están los siguientes: 27 que, en general se refiere a la propiedad de tierras y aguas de la Nación, a los recursos naturales y a los derechos que sobre todos éstos pueden constituirse; y el 41 que regula varios temas, entre éstos partidos políticos, su financiamiento, liquidación, regulación de las precampañas y campañas electorales, propaganda electoral y organización del Instituto Federal Electoral y determinación de sus funciones. En tiempos recientes, se aprobaron diversas modificaciones constitucionales sobre educación, competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión, publicadas el 9-02-2012 y el 11-06-2013 que tornaron aún más reglamentaria a la Constitución. De tal manera que hay un armazón normativo demasiado detallado, impropio de un texto

---

contaba con las mayorías legislativas para la aprobación de ese proyecto; generalmente los mismos eran aceptados sin mayor dificultad. *La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad*, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/131/art/art3.pdf>, p. 33.

supremo, y que además es complejo, extenso y difícil de entender para quienes no son abogados o politólogos, en circunstancias de que deberían existir facilidades para que todos los habitantes de la República pudieran conocer y comprender la Constitución.

**El desconocimiento del orden jurídico, de la Constitución en particular y el mejoramiento del civismo.** Debe quedar en claro que el conocimiento que los ciudadanos, en general, deben tener de su sistema jurídico no tiene porque ser exhaustivo sino limitarse a conocer sus derechos y obligaciones fundamentales y la forma en que está organizado, a grandes rasgos, el Estado mexicano porque las normas que regulan estas materias tienen trascendencia para la calidad de vida, las condiciones de trabajo, las expectativas y las esperanzas de los habitantes de la República. Hay que recordar además que la segunda encuesta de cultura constitucional, efectuada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, reveló que existe un desconocimiento de las normas de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos por parte de la población que, sin embargo, está consciente de que sus normas deben respetarse. Todo lo cual aconseja una constitución más sencilla y breve acompañada de una ley constitucional que la complementa.

Alexis de Tocqueville, pensador y jurista francés, en su obra *Democracia en América*, publicada en dos tomos entre 1835 y 1840, consideró propio y exclusivo de la mayor parte de los habitantes EEUU el afán de solucionar sus asuntos y superar las dificultades a través de asociaciones de personas de diversa naturaleza y consideró asimismo que ésta era una característica notable de ese pueblo. Federico Reyes Heróles se refiere también a esta calidad del pueblo estadounidense. Señala que,

El 85 % de la población forma parte de una o más asociaciones de distintos tipos o características. En México, en cambio, el 85 % de la población afirma que nunca ha participado en ninguna actividad en beneficio de su comunidad, lo cual revelaría que hay una falta de solidaridad que preocupa; y existe además un 88 % de la población con desconfianza hacia otros mexicanos<sup>2</sup>.

Para Reyes Heróles falta, por tanto, la confianza intrapersonal que constituye un capital social que existe de manera importante en otros Estados y que es un tema que debe estudiarse por la trascendencia que tiene para el desarrollo del país. La sociedad mexicana tiene méritos extraordinarios, superiores en muchos aspectos a las de otros países, pero desafortunadamente en materia de or-

2 REYES HERÓLES, Federico, Conferencia presentada durante el *Seminario para el análisis de las encuestas nacionales sobre cultura política y prácticas ciudadanas*, en *Demos ante el espejo. Análisis de la cultura política y las prácticas ciudadanas en México*, Secretaría de Gobernación-UNAM, México D.F. 2005, p. 183.

ganización ciudadana hay todavía un largo camino que recorrer para que se constituya en un factor de presión en beneficio del interés común.

**Un lenguaje más comprensible para la Constitución.** Con el propósito de contar con una carta política más breve y que pueda ser ampliamente conocida es necesario realizar un esfuerzo con el propósito de hacerla más comprensible para los habitantes de la República. Las leyes actuales y a menudo las constituciones, debido a la complejidad de los asuntos que regulan tienden a utilizar un lenguaje muy técnico que las aleja del entendimiento de la mayoría de los ciudadanos. Esto no sucedía con las leyes en la antigüedad, como *Las Siete Partidas* de Alfonso X El Sabio, que eran más claras e incluso más didácticas porque a menudo explicaban la razón por la que se había dictado la norma respectiva. De tal manera que si se está de acuerdo en aprobar un nuevo ordenamiento supremo que consagre una nueva constitucionalidad y que sea más accesible para todos hay que utilizar un lenguaje más claro y tratar de dar las razones por las cuales se han dictado ciertas normas de gran trascendencia.

Hasta aquí ciertas críticas al texto vigente y algunas razones que podrían justificar la elaboración de una breve y comprensible Constitución para los habitantes de la República. Los argumentos que se exponen a continuación, en cambio, son válidos tanto para ese proyecto de carta política o bien, se pueden incorporar al ordenamiento jurídico superior ya existente. Sin embargo, se estima que sería de mayor provecho, dada la importancia de las ideas señaladas, la propuesta de incorporarlas a la nueva carta política. A estas sea razones, habría que agregar que la nueva, breve y comprensible constitución debería ser aprobada, y en su caso reformada, a través de un referéndum de los ciudadanos, según se explicará más adelante.

**El perfeccionamiento de la democracia y la participación ciudadana.** Ronald Dworkin propone superar la democracia de las mayorías, defendida frecuentemente por filósofos y cientistas políticos, y promueve el establecimiento de una democracia asociativa que supere a la anterior.

Indica que la concepción mayoritaria es radicalmente defectuosa porque no hay nada inherentemente valioso en un proceso que permite que un grupo numeroso de ciudadanos imponga su voluntad sobre un grupo que sea menor. La regla de la mayoría no es justa en sí misma, lo es cuando se reúnen ciertos requisitos de igualdad entre los participantes de un proceso político. Y distingue en la democracia asociativa tres dimensiones que deben resaltarse. La primera dimensión es la soberanía popular que implica una relación entre el pueblo en su conjunto y los diversos funcionarios que forman el gobierno. Se trata de que el

que gobierne sea el pueblo y no los funcionarios. La segunda dimensión consiste en que los ciudadanos participen como iguales, es decir que el sufragio de cada uno de los ciudadanos tenga un igual valor con muy escasas y justificadas excepciones y que sus posibilidades, como grupo, de influir en las decisiones tengan cierta relevancia. La tercera dimensión de la democracia asociativa consiste en que el discurso debe ser democrático. Si todos y cada uno de los ciudadanos son socios en una empresa política involucra que puedan deliberar juntos antes de tomar una decisión colectiva. Todos deben ser escuchados aun que no tengan éxito en su intento de convencer a los demás. Dworkin concluye señalando que ninguna Nación ha logrado que sus ciudadanos tengan un control cabal sobre sus gobernantes, una igualdad política o un discurso político que no estén contaminados. Sin embargo, se debe tener en mente estos ideales para el perfeccionamiento de la democracia<sup>3</sup>.

Por las razones señaladas precedentemente, conviene un nuevo ordenamiento que establezca bases más sólidas para el desarrollo de la democracia en el país y que se aleje de las tentaciones autoritarias y del predominio exagerado de un poder sobre los otros. De tal manera que hay que consagrar en el nuevo ordenamiento un sistema de representación más justo, que le cueste menos a los ciudadanos, y que se acerque al principio de un ciudadano un voto y crear más formas directas de participación ciudadana. La iniciativa popular en materia de ley ya se incorporó a la Constitución, pero falta incluirla en materia de modificaciones constitucionales para perfeccionar la democracia existente. Se trata de contar, en síntesis, con una Constitución más enraizada en la soberanía popular, con nuevos derechos para los mexicanos y en que los gobernantes tengan además que rendir cuenta de sus actuaciones.

Conviene reiterar que el nuevo ordenamiento superior debe conservar ciertas normas de la Constitución vigente que han probado ser útiles para el desarrollo de la República o para velar por el bienestar de sus habitantes como la rectoría del Estado en el desarrollo nacional. Estas clases de disposiciones deben conservarse en la nueva carta política.

**Creación de nuevas instituciones constitucionalmente autónomas.** Las regulaciones fundamentales relativas a los órganos constitucionales autónomos corresponde incluirlas también, en forma ordenada, en la nueva Constitución. Se propone determinar cuáles son estas instituciones y su organización básica, cuidando de que exista en su interior un consejo con representación ciu-

---

3 DWORKIN, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y práctica de la igualdad*, Paidós, México D.F. 2003. pp. 393 a 395.

dadana en que participen académicos de las universidades y otras personas de prestigio y velando, asimismo, que en su creación y funcionamiento no existan interferencias ajenas a sus fines. Dentro de los nuevos órganos convendría incluir una especie de contraloría general de la Nación independiente de todos los poderes federales que controle el legal y honesto ejercicio del presupuesto y contribuya a mejorar la administración pública. A esta nueva institución se le podrían asignar las atribuciones de control que tienen en la actualidad la Auditoría Superior de la Federación y la Secretaría de la Función Pública que dependen respectivamente de la Cámara de Diputados y del Poder Ejecutivo Federal. La idea es que este órgano tenga carácter federal, con delegaciones en los Estados, y que pueda controlar eficazmente también el ejercicio presupuestal de los recursos federales que se entregan a estados y municipios. Se tiene claro, sin embargo, que la corrupción, tanto en México como en otros países, es un fenómeno de índole cultural que no puede ser suprimido con la mera formación de una institución eficiente de control. Sin embargo, el establecimiento de un ente autónomo, con control ciudadano, es un mensaje a la sociedad mexicana y al exterior de que el combate a la corrupción va en serio. Este mensaje, sin embargo, debe estar acompañado de la tarea de fortalecer el proceso de inculcar valores en la población que es un proceso que toma tiempo y que debe promoverse en la familia, en la escuela y en los medios de comunicación.

Se requiere, asimismo, una Procuraduría General de la República que sea igualmente independiente del Poder Ejecutivo y de alguna manera cimentar en mejor forma su organización y sus instrumentos de supervisión. Hace falta igualmente crear, como órgano constitucional autónomo, un Consejo Económico, Político y Social, con amplia representación encargado de promover la elaboración, con consulta ciudadana, de un plan nacional de desarrollo de corto, mediano y largo plazo, promover su cumplimiento y las modificaciones que aconsejen las circunstancias. Un Consejo de esta naturaleza debiera crear entonces un proyecto de país y además realizar estudios de carácter geopolítico, análisis que son vitales para el desarrollo y supervivencia del Estado y que los actores políticos nacionales han descuidado desafortunadamente.

**Los derechos y su vinculación jurídica.** Los derechos humanos se encuentran protegidos jurídicamente en la mayoría de los casos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero hay algunos derechos como el derecho a la salud y los llamados derechos sociales que, en general, no están debidamente garantizados. Frente a los millones de mexicanos que se debaten en la pobreza hay que buscar fórmulas que permitan proteger estos derechos para

mejorar sus condiciones de vida y de trabajo y es papel de la Carta Magna no sólo establecerlos sino determinar también tribuir al perfeccionamiento de la administración que las autoridades los vayan cumpliendo. Sin embargo, es el Estado, a través de sus múltiples instituciones, quien tiene fundamentalmente la tarea de crear las condiciones para hacer efectivos estos derechos. No obstante, no se trata de incorporar obligaciones constitucionales que el Estado Mexicano esté en la imposibilidad de cumplir, pero sí de avanzar en la consagración de derechos más amplios y efectivos para la población para mejorar su calidad de vida.

**Una mejor clasificación de los derechos y la incorporación de otros nuevos.** En estos últimos años se han incorporado una serie de derechos que no existían anteriormente en las normas de la Constitución o bien se ha perfeccionado su regulación y son, por ejemplo, el derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad; y las normas relativas a los derechos humanos que se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. La incorporación de los derechos señalados constituye un gran avance en el proceso de democratización del país y en el camino por construir una sociedad más justa. Sin embargo, hay una serie de derechos que todavía falta incorporar en una nueva constitución y entre éstos se cuentan: El derecho a la integridad física, psíquica y moral que debe establecerse como un derecho que debe respetarse a toda persona que resida o se encuentre en el territorio nacional; el derecho a la dignidad del ser humano que de alguna manera está presente en la Constitución al prohibirse la esclavitud y toda forma de discriminación; y el derecho a la igualdad que está reconocido en el texto supremo en forma dispersa y poco clara.

Giovanni Sartori señala de que el mundo se estructura “naturalmente” en desigualdades y que la igualdad como “idea protesta” nada contra la corriente, según una metáfora de Richard Tawney, historiador británico. Este concepto es el símbolo contra las estructuras jerárquicas, los privilegios y desventajas agrega Sartori.<sup>4</sup>

La igualdad debería regularse en un par de normas en la nueva constitución. En la primera de ellas se determinaría la obligación de las autoridades de los tres niveles de gobierno para que en México se promueva y predomine la igualdad en beneficio de los individuos, de los grupos sociales e incluso entre los Estados de la Federación, en donde existen diferencias que se consideran abis-

<sup>4</sup> SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Santillana, México D.F., 2003, pp. 251 y 252.

males. En una segunda norma podrían contenerse los ámbitos donde más interesa la igualdad como: ante la ley y la administración de justicia; entre hombres y mujeres; para contribuir a los gastos públicos de manera proporcional y equitativa; para el trabajo, igual salario; con el propósito de que no existan tantas diferencias de ingresos entre los que más tienen y los más desposeídos; y en general, otorgar a la población, similares oportunidades jurídicas, política, económicas y sociales. No se trata por supuesto de buscar una igualdad absoluta, pero si de encauzar a las personas en un proceso hacia una sociedad más justa. La constitución debe ser entonces un instrumento que fortalezca el derecho a la igualdad en la sociedad mexicana no sólo por razones de equidad, las que deberían bastar, sino porque su consolidación permite una mayor seguridad y bienestar para los habitantes del país.

Otro derecho que es necesario comprender en el nuevo texto constitucional es el relativo a la protección civil en casos de emergencia y debe existir la obligación de las autoridades de los tres niveles de gobierno de coordinarse y auxiliar a las personas que, individual o colectivamente, tengan que enfrentar catástrofes provenientes de la naturaleza o de los propios seres humanos.

Debería considerarse asimismo el derecho a la seguridad social universal para todos los habitantes de la Nación y que comprendería salud de calidad para las personas, un trabajo decente, una pensión digna y el seguro de desempleo. Todo lo cual no es una quimera porque hay Estados donde existen estos beneficios.

Los derechos que se han incorporado a la Constitución en los últimos años hacen necesario una mejor clasificación y regulación de todos ellos en un esquema que puede consistir en: Derechos humanos individuales como el derecho a la integridad física, psíquica y moral de cada persona y derechos humanos de ciertos sectores de la población que deben ser protegidos, como los de los niños, adolescentes y jóvenes, de las mujeres y los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y de sus miembros; derechos sociales como el de la seguridad social universal y el acceso a las tecnologías de la comunicación e información; y derechos políticos como el derecho a la información pública gubernamental y el de asociarse libremente para tomar parte en los asuntos públicos del país.

Juan Silva Meza y Fernando Silva García al referirse a algunos de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución critican una serie de prejuicios que existen sobre su cumplimiento. De esta manera consideran que estos derechos no son "*normas programáticas*" cuya concreción se entrega a lo que se disponga en la legislación ordinaria sino que deben cumplirse; no se trata de

normas que sólo obligan a los poderes públicos sino también a los particulares, como en el caso de las relaciones laborales o en el ámbito de la información de los medios de comunicación de particulares; su interpretación no puede ser restrictiva sino debe ser extensiva —es decir, como señala el artículo 1° de la Constitución, deben interpretarse favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; y finalmente desaprueban la idea sobreponer la soberanía del Estado a los derechos establecidos en los convenios. Al superarse estos prejuicios hay un cambio de paradigma del estado de derecho y en la concepción de la democracia porque no se concibe el orden jurídico con base en el simple principio de la legalidad y en la omnipotencia del legislador frente a la sumisión del juez.<sup>5</sup>

Por otra parte, los autores citados consideran que las restricciones a los derechos humanos no pueden ser arbitrarias y deben cumplir los siguientes requisitos: deben estar contenidas en la Constitución y el legislador ordinario no puede limitarlos o suspenderlos con base en sus puras facultades; deben ser idóneas para cumplir los fines que señala la Carta Política; y debe existir una proporción entre las restricciones que se imponen y la finalidad perseguida por la Constitución, de tal manera que no puede haber una afectación innecesaria. En apoyo a estas posiciones señalan algunas sentencias de la Primera y Segunda Sala de la Suprema Corte.<sup>6</sup>

**Transición y gobernabilidad.** Se está en presencia de un contexto político, económico y social diferente al que predominaba al aprobarse la Constitución de 1917 y también al de los años que siguieron del Siglo XX. Se tiene como base el sistema presidencial, el cual funcionó con eficacia durante un largo período de predominio de una fuerza política, el Partido Revolucionario Institucional, PRI. Esa época, se caracterizó por una concentración del poder político en manos de quien detentaba la Presidencia de la República, como cabeza indisputada de la Administración Pública, con poderes de hecho para nombrar a quienes dirigían dicho partido, designar a quienes debían ser candidatos a ambas Cámaras del Congreso Nacional que, en la práctica, significaba elegirlos, nombrar a los candidatos a gobernar las Entidades Federativas e influir decisivamente en el nombramiento de los más altos magistrados del Poder Judicial, incluyen-

---

5 SILVA MEZA, Juan N. y SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos fundamentales*, Porrúa, México D.F., 2009, pp. 49, 106, 108, 122, 138, 163, 174, 186 y 191.

6 *Ibidem*, pp. 275. Novena Época. Primera Sala. Tesis aislada LXVI/2008. Amparo directo en revisión 173/2008. Yaritza Lissete Resendiz Estrada. 30 de abril de 2008. Novena Época. Primera Sala. Tesis aislada LXXVIII. Amparo en revisión 1121/2007. Diego Pérez García. 21 de mayo 2008. Novena Época. Segunda Sala. Tesis aislada. Amparo en revisión 50/2008. Rosario Liévana León. 12 de marzo 2008.

do a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ese poder sin contrapesos del Titular del Ejecutivo se debilita en las elecciones intermedias de 1997, en el sexenio de Ernesto Zedillo Ponce de León, en que el PRI pierde la mayoría del Congreso. Los presidentes que asumen a continuación, Vicente Fox Quesada y Felipe Calderón Hinojosa, que emanan del Partido Acción Nacional, PAN, tampoco alcanzan la mayoría en el Congreso lo que produce situaciones de ingobernabilidad que no son deseables para México y para ningún país.

Se produce entonces la necesidad de buscar solución a los problemas de ingobernabilidad. Las propuestas de los partidos políticos se presentaron y especificaron a raíz de la Ley de Reforma del Estado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril del 2007, con una vigencia de doce meses, y su finalidad fue establecer los mecanismos para el análisis, negociación y construcción de acuerdos para el proceso de concreción de la reforma del Estado. En síntesis, las propuestas promovieron la conservación del régimen presidencial y oscilaron entre quienes preferían un jefe de gabinete y un gabinete nombrados por el Titular del Ejecutivo y aprobados por el Senado, lo que es cercano a un régimen semiparlamentario; y quienes preferían reforzar las facultades del Presidente tanto en materia de relaciones exteriores como en el manejo de la agenda legislativa.

La solución de fondo a los problemas de gobernabilidad tiene relación con la posibilidad de que los partidos políticos alcancen acuerdos y acoten la influencia de los poderes de facto tanto nacionales como internacionales. Se requiere una clase política realmente profesional, que defienda los intereses generales del pueblo, que vele por el respeto del orden jurídico, que combata la corrupción y la impunidad y que tenga que rendir cuentas a sus electores para que los cambios institucionales produzcan buenos resultados.

También es necesario reforzar ciertas atribuciones del Poder Ejecutivo para permitirle un mejor manejo de la rectoría del desarrollo nacional que tan necesaria es en estos tiempos de crisis del entorno global y nacional. Este fortalecimiento debe estar acompañado de instrumentos de rendición de cuentas más efectivos que junto con fortalecer las atribuciones de ese Poder permita hacer efectivas las responsabilidades de quienes gobiernan, en especial, para evitar la consolidación de un régimen que consagra la desigualdad y la injusticia y que condena a la pobreza a millones de mexicanos y con el propósito igualmente de combatir la corrupción.

**Federalismo hacendario.** El federalismo está presente en la Constitución de 1917 y en la realidad política del país. En efecto hay elecciones de gobernadores, de diputados estatales, de presidentes municipales, síndicos y regidores, de Jefe del Distrito Federal, Jefes Delegacionales y Asambleístas del Distrito Federal que gobiernan efectivamente sus respectivas demarcaciones territoriales. Sin embargo, lo que no existe en el país es el federalismo hacendario porque la mayor parte de los recursos que ejercen estados y municipios tiene un origen federal. De tal manera que en un nuevo ordenamiento supremo deben establecerse las bases más efectivas de este federalismo hacendario con el propósito de que los estados y municipios cuenten con recursos propios que reciban oportunamente, lo cual debe ir acompañado de mejorías en la recaudación y administración de estos recursos e igualmente deben establecerse mecanismos de rendición de cuenta más eficaces y eficientes.

**Cumplimiento de los compromisos contraídos en los convenios internacionales.** México ha suscrito una serie de convenios internacionales en materia de derechos humanos, políticos y civiles y también en materia de derechos sociales. Algunos de estos compromisos no están contenidos en la legislación nacional y es necesario examinar cuales de éstos conviene incorporarlos a una nueva Constitución. Un ejemplo puede ilustrar la bondad de esta argumentación. México ha suscrito y ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de octubre de 2007, que determina en su artículo 1º que es propósito de ese ordenamiento: “...promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.” La Constitución en su artículo 1º, párrafo final se limita a prohibir toda forma de discriminación, entre otras causas, derivada de la incapacidad. Sin embargo, no hay una disposición que señale en términos positivos los derechos que corresponden a las personas discapacitadas como sí lo expresa la Convención mencionada. Se estima que una nueva Constitución debe reconocer en forma expresa los derechos de estas personas y las autoridades de los tres niveles de gobierno deben velar porque se apliquen las disposiciones respectivas. Todo ello sin perjuicio de lo que determine la legislación complementaria que se encuentra en la Ley General de las Personas con Discapacidad publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 10 de junio de 2005.

## 2. Consideraciones generales acerca de las propuestas señaladas

Las ideas que se han planteado si se consideran individualmente pueden regularse a través de nuevas reformas a la Constitución vigente. Sin embargo, consideradas en su conjunto justifican razonablemente una refundación del Estado mexicano y un nuevo texto supremo porque introducen y fundamentan una nueva constitucionalidad que debe basarse efectivamente en la libertad, en la dignidad de los habitantes de la República, en una sociedad más equitativa en que exista la cohesión social y que conduzca al Estado Mexicano por sendas de crecimiento y justicia social. Se trata, además, de contar con una cabeza del orden jurídico que sea respetada y conocida por los habitantes de la República y que se instituyen mecanismos de rendición de cuentas realmente aplicables con el propósito de que los representantes populares cumplan efectivamente su misión de velar por los intereses generales del pueblo de México y de la Nación en su conjunto.

Al plasmar en la Constitución el conjunto de las reformas que se estiman necesarias, ¿se puede asegurar que ésta no se seguirá reformando indefinidamente? Lo que ha sucedido hasta la fecha, en el país, parece indicar que lo más probable es que se pretenda continuar con nuevas reformas que puedan desdibujar el contenido central del ordenamiento supremo. Por lo expuesto, es aconsejable contar con una breve constitución, aprobada por referéndum, en que se contengan los derechos fundamentales, sociales y políticos y que cuente con la estructura básica de la Nación, es decir el núcleo central del orden jurídico. Texto que debería ser conocido y respetado por todos los habitantes del Estado y cuyo cumplimiento no estaría sujeto a negociación alguna. La que se acompañaría con una ley constitucional, aprobada de acuerdo al procedimiento vigente en el artículo 135 constitucional, es decir con los dos tercios de los miembros presentes de ambas Cámaras y la mayoría de las Legislaturas estatales, la cual complementaría sus disposiciones y juntas, más los convenios internacionales en materia de derechos humanos, constituirían lo que se ha dado en llamar el bloque de constitucionalidad del país. Este bloque estaría basado en los derechos humanos como sucede en el caso de Francia, pero también en el fortalecimiento de la soberanía del pueblo mexicano a través de más formas de participación ciudadana.

Finalmente, se deja constancia que hace falta una nueva constitución porque la Carta Política vigente tiene los inconvenientes que se han enunciado y porque es necesario un nuevo paradigma constitucional que se funde en el perfeccionamiento de la democracia existente y se establezcan bases más sólidas para una mejor calidad de vida de los habitantes de la República.

## Bibliografía

- Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, UNAM, México D.F. 2002, p. 257.
- Carpizo, Jorge, *La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad*, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/131/art/art3.pdf>, p. 57.
- Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y práctica de la igualdad*, Paidós, México D.F., 2003, p.536.
- Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, UNAM, México D.F. 2003, p. 339.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Editorial Trotta S.A. Madrid, 2001, p. 689.
- Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998.
- Pino Muñoz, Jacinto, *Prolegómenos a la teoría y reforma constitucional*, IIJ-UNAM, México D.F., 2011, p. 395.
- Reyes Heroles, Federico, *Conferencia presentada durante el Seminario para el análisis de las encuestas nacionales sobre cultura política y prácticas ciudadanas*, p. 183, en *Demos ante el espejo. Análisis de la cultura política y las prácticas ciudadanas en México*, UNAM-Cámara de Diputados, México D.F., 2005, p. 445.
- Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?* Taurus, México D.F., 2003, p. 483.
- Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos fundamentales*, Porrúa, México, D.F., 2009, p. 540.
- Valadés, Diego, *Consideraciones preliminares*, en Concha Cantú, Hugo y otros coautores, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*. UNAM, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Comisión Federal de Mejora Regulatoria, México D.F., 2004, p. 250.
- Vega G., Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid 2011, p. 312.

# RESEÑAS



## Opciones para la reivindicación de la familia

Sara Luz C. Quiroz Ruiz \*

**GAMBOA DE TREJO ANA, Elia Mendoza Téllez, María De Lourdes Rosa Morales, Manuela Pardavé Ángeles y Esperanza Sandoval Pérez, *La Familia*, Colec. Grupos Vulnerables, Universidad Veracruzana, Facultad de Derecho, Porrúa Xalapa, Ver., México, 2013. 114p.**

En los tiempos recientes los flujos de información tratan la crisis y la manera para solucionar o abatir en el ámbito planetario, el desequilibrio ecológico, salud y seguridad disminuida, deficiente alimentación y una lucha constante por la democracia.

Tal escenario corresponde a la atención que se centra en el desarrollo la persona humana y el ambiente que la circunda: eso es la posglobalización o globalización con rostro humano en que vivimos observado por los científicos a partir de las instituciones, definidas por Duglas North como las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Desde la vertiente formal enfoca al ordenamiento legal y regulatorio y en las no formales son los procesos culturales sociales y cognitivos, en lo individual o en lo colectivo por cierto tiempo para evaluar su transición.

La institución familia es reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el artículo 16 Parágrafo 3 como "... el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"; entre los estudiosos de la perspectiva sociológica Inés Alberdi la ha considerado como, una idea abstracta que construimos a partir de las relaciones básicas de consanguinidad y de afinidad que vinculan a unos y otros individuos y que constituye la base fundamental del orden social. Las familias estructuran la vida social y dan al individuo el sentido básico de pertenencia, de incorporación al grupo y a la sociedad. Y en todas las sociedades existen formas de regulación de estas relaciones familiares<sup>1</sup>

---

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

1 ALBERDI, Inés, *La nueva familia española*, Ed. Taurus, 1999 p.29.

Por lo tanto el Derecho estudia cómo reivindicar a la persona en el núcleo de la familia, transiciones político institucionales originadas del avance de la Ciencia y de la Tecnología, de la democratización de la sociedad, el ambiente y las relaciones económicas; que el Derecho de Familia aborda como la democratización de la familia.

La obra en comento se ocupa de su reivindicación y al respecto es pertinente abrir un espacio al Informe sobre felicidad en México 2012, cuyo argumento inicial expresa: “ningún gobierno es capaz de proporcionar felicidad por sí mismo, pero sí cuenta con la capacidad de proporcionar las condiciones idóneas para que ésta florezca;... por ello algunos países e instituciones han realizado estrategias para conocer, medir e impulsar la felicidad.

Esas reflexiones se iniciaron en el reino de Bután en el Himalaya en la década de los setenta, al proponer sustituir el Producto Interno Bruto como indicador de bienestar por el de Felicidad Nacional Bruta, debate al que se han apuntado premios Nobel como Joseph E. Stiglitz, Amartya Sen y líderes occidentales como Nicolás Sarkozy, Gordon Brown. La empresa Gallup especializada en estudios demoscópicos incursionó en estudios sobre la felicidad en Estados Unidos desde hace varias décadas; en 2007 La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) inició estudios sobre el Progreso de las Sociedades, de donde surgió en Francia la creación de la Comisión Stiglitz-Sen-Fitoussi para que entre los indicadores que dieran noticia sobre el progreso social fuera incluida la felicidad. Posteriormente la Comisión de las Comunidades Europeas publicó estudios sobre un mundo cambiante donde se analizan los factores que inciden en la felicidad. En México, ahora en el 2013 el grupo ImaginaMéxico y Andrés Roemer coordinaron estudios sobre el tema.

De tal manera que en la búsqueda integral del desarrollo y crecimiento personal, la prosperidad, el acceso a la cultura, el afán de logro, una mayor disponibilidad de tiempo libre y el acceso a los bienes culturales y la estética, se va delineando la felicidad holística, afirmó el Rector de la Universidad Popular Autónoma de Puebla José Alfredo Miranda López.

Y hacia ese concepto de felicidad holística considero orientados los cinco trabajos de investigación que conforman esta obra sobre la reivindicación de la familia, crisis atribuible, dice Ana Gamboa Coordinadora de este grupo de investigación, a la falta de cohesión de sus miembros y es preciso recuperarla.

Las investigadoras y docentes proponen alternativas de solución construidas conceptualizando el Derecho como saber, posición no coyuntural sino resultado del trabajo de investigación que sitúan a la persona y su ambiente,

como consta en cada libro de la Colección Grupos Vulnerables a la que se agrega la obra en comento, cuyo contenido metodológicamente elabora una respuesta en función de espacio y tiempo; en consecuencia las autoras explican el desarrollo de la institución familiar, desde el ámbito de los derechos humanos, como el elemento natural y fundamental de la sociedad, hasta su convergencia con el subsistema jurídico para tutelarla.

En la "*Redefinición de la familia*", proponen las autoras visualizan la institución de la familia como un proyecto y en tal sentido consideran que el Estado diseñe estrategias cuyas acciones privilegien la información sobre la corresponsabilidad familiar, así el proceso integral incluirá: el proyecto inicial, dada la naturaleza consanguínea de sus integrantes; otro proyecto en consolidación, al extender, dicha corresponsabilidad, a los integrantes por extensión, incluso a la modalidad de reconstrucción, esto es, cuando su nacimiento se sustente en un rompimiento.

Concluyendo que al rescatarse la familia se preservará el lugar donde se pueden sumar todos los valores de los que el hombre pueda tener conciencia y ayudará a los hijos, quienes de encontrarse en medio de un conflicto, se evitará que lleguen a constituirse en víctimas de sus padres.

Situación del ámbito de la Victimología al que dedican el siguiente Capítulo intitulado: *La crisis en la institución familiar, una consecuencia de la expropiación del derecho de la víctima*; donde la atención se centra en la transición de los conflictos de ofensa a uno de nuestros semejantes a ofensa al Estado; situando en materia penal, la expropiación del conflicto y la desintegración familiar; crisis que evidencian con las etapas de desarrollo en lo político económico y social sobre la composición de la familia en sus modalidades: extendida rural y la familia monogámica nuclear producto de la sociedad industrial, cambios que se compensan, dicen las autoras, con la sensibilidad de la comunicación con los demás integrantes del subsistema social, sin la cual se pierde la paciencia y el ser humano que ha nacido inacabo biológicamente, como ha dicho Habermas, necesita la ayuda el respaldo de su entorno social toda la vida. Por lo cual la familia hogar debe considerarse como el refugio donde se encuentre descanso de las dificultades y disturbios del mundo exterior, marco idóneo para que el hombre desarrolle su espacio-cognitivo en colectivo y en el macro sistema.

Hacia la ruptura de confianza en el núcleo familiar las autoras canalizan su ponderación bajo el título *Los valores como inhibidores de la conducta criminal*, para "determinar si la carencia de valores es un factor que predispone la conducta del sujeto que daña la estructura interna de la sociedad (poder, autori-

dad, individuos, etcétera).” Puesto que “los valores que las personas poseen acerca de estados finales y/o conductas deseables, trascienden a realidades concretas, guiando la selección y evaluación de situaciones y comportamientos. La moral como valor, orienta al ser humano a construir y dar significado a su vida y cambia con las necesidades y experiencias personales... Los valores se aprenden, cobran forma y significado en la mente del ser humano, generando satisfacción. Y de esa convicción sostenida por el colectivo autor de esta obra no dejan a la flexión ¿por qué los niños delinquen?... Los niños de Parral sueñan con ser sicarios y forman mini-cártel...

Y por último esta obra puntualiza la deconstrucción y reconstrucción de la familia al ponderar *La Familia homoparental: análisis y discusión*, transición político institucional de las interrelaciones sociales de naturaleza multifocal y en la cual los hijos son visualizados con un doble rol, como agentes marginados en la decisión de constituirlos y receptores directos de la misma, polémica que enfrentan por una parte la familia monoparental, la familia homoparental.

Así el volumen de la Colección Grupos Vulnerables aporta opiniones integradas a una institución de naturaleza formal e informal, en la que confluyen derechos, obligaciones y las emociones, que hace imperecedero el anhelo de un retrato de familia.

## **COMENTARIOS RELEVANTES**



## Resumen legislativo de la reforma educativa en México

Jaqueline Jongitud Zamora \*

La reforma educativa en México tiene como base las modificaciones al art. 3º de la constitución federal de 26 de febrero de 2013.<sup>1</sup> Como bien se sabe, la reforma a tal dispositivo reconoció el derecho a recibir una educación de calidad en los niveles preescolar, primaria, secundaria y media superior;<sup>2</sup> amplió la participación social en el sistema educativo; introdujo al examen de oposición como vía de acceso y promoción en el servicio docente y en las funciones de dirección y supervisión educativa y creó el Sistema Nacional de Evaluación Educativa (SNEE), el cual quedó bajo la coordinación del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE), un organismo autónomo cuyo objetivo es la evaluación de la calidad, el desempeño y resultados del sistema educativo nacional.

La referida reforma implicó modificaciones, adiciones y derogaciones a la Ley General de Educación y la creación de la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, así como de la Ley General del Servicio Profesional Docente; todas estas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de septiembre del año en curso (2013).

La Ley General de Educación (LGE) incorporó<sup>3</sup> el reconocimiento constitucional de los derechos a una educación de calidad; de participación de los padres de familia en el proceso educativo;<sup>4</sup> del trato de maestros a alumnos acorde

---

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

1 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de febrero de 2013.

2 *Vid.*, artículo 3º, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y el inciso d) de la fracción segunda del mismo numeral.

3 *Vid.*, artículos 2, primer y tercer párrafos; 3, 8, fracción IV, 14, fracción XI bis; 21; 29; 32; 34; 42; 48; 56; 57, 65, 69 y 70-72 de la Ley General de Educación.

4 Esta participación abarca desde atender cualquier problema relacionado con la educación de sus hijos; conocer la relación oficial, capacidad profesional y el resultado de evaluaciones de la planta académica; ser observadores en las evaluaciones; conocer criterios y resultados de las evaluaciones; opinar respecto de actualizaciones y revisiones a programas de estudios; conocer el presupuesto asignado a cada escuela, así como su aplicación y resultados de ejecución; y presentar quejas sobre el desempeño de docentes, directores, supervisores y asesores y sobre las condiciones de la escuela.

con los derechos reconocidos en la constitución, tratados internacionales y legislación aplicable a niños y jóvenes; a un salario docente digno, a la disposición de tiempo para la preparación de clases y para actividades de desarrollo profesional y personal y a recibir estímulos con base en los resultados de evaluación. Además, incorporó al INEE conforme al perfil constitucional y sentó las bases para su regulación.

Dentro de los cambios a la LGE destacan: el que obliga a autoridades educativas a regular el destino, aplicación, transparencia y vigilancia de cuotas y donaciones educativas; el que prohíbe que se impida o condicione el servicio educativo al pago de cuotas;<sup>5</sup> y, el que determina que la autonomía de gestión de las escuelas debe dirigirse al uso de los resultados de las evaluaciones para la mejora continua, a la planeación con metas verificables, a una administración eficiente, transparente y orientada a resolver problemas básicos de operación y a propiciar la participación entre padres, maestros y alumnos.<sup>6</sup>

También resulta destacable la derogación del último párrafo del artículo 75, gracias al cual, con antelación, las infracciones y sanciones que contemplaba la LGE no eran aplicables a trabajadores de la educación; de ahí que conductas que podían ser atribuibles e imputables a éstos no tenían vía de responsabilidad. Se adicionan también a la LGE las infracciones de incumplir medidas correctivas derivadas de visitas de inspección y expulsar o negarse a prestar servicio educativo a personas con problemas de aprendizaje; así como la obligación de las autoridades de prestar sus servicios y brindar todas las facilidades necesarias a las personas en rezago educativo para concluir la educación básica y media superior.<sup>7</sup> Por último, la ley define atribuciones exclusivas de autoridades federales (art. 12)<sup>8</sup> y estatales<sup>9</sup> (art. 13 y 16), así como concurrentes entre am-

---

5 *Ibidem.*, artículos 6, 8 y 67

6 *Ibidem.*, Artículo 28 bis.

7 *Ibidem.*, Artículos 33 y 44.

8 A saber: actualizar y formular planes y programas para la educación normal de calidad y para que respondan a las necesidades detectadas en las evaluaciones realizadas; emitir lineamientos generales para la formulación de programas de gestión escolar y la regulación del sistema de formación, actualización, capacitación y superación profesional de maestros de educación básica; crear, regular, coordinar, operar y mantener actualizado el sistema de información y gestión educativa; planear y programar el sistema educativo nacional en atención a las directrices emitidas por el INEE, y establecer lineamientos nacionales para escuelas públicas de educación básica y media superior para el ejercicio de su autonomía de gestión escolar.

9 A saber: prestar los servicios de formación, actualización, capacitación y superación profesional para maestros de educación básica; coordinar y operar un padrón estatal de alumnos, docentes, instituciones y centros escolares, un registro de documentos académicos y un sistema estatal de información educativa en coordinación con el sistema de información y gestión educativa nacional, y participar con la autoridad federal en la operación de los mecanismos de administración escolar.

bas<sup>10</sup> (art. 14) para el aseguramiento de una educación de calidad, la cual es definida por la LGE como aquella que es congruente entre objetivos, resultados y procesos del sistema educativo, conforme a las dimensiones de eficiencia, eficacia, pertinencia y equidad.

Por otra parte, la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación regula tanto al SNEE como al INEE. Determina a la independencia, transparencia, objetividad, pertinencia, diversidad e inclusión como principios para su aplicación, y ordena que su interpretación atienda al derecho a una educación de calidad, al interés superior del niño y a lo prescrito por los art. 1º, 3º y 4º de la constitución federal, la LGE y los tratados sobre derecho a la educación suscritos por México.<sup>11</sup>

La Ley determina que el objetivo del SNEE es contribuir, mediante la evaluación del sistema educativo nacional,<sup>12</sup> a garantizar la calidad de los servicios educativos prestados por el Estado y por los particulares con autorización o reconocimiento de validez de estudios.<sup>13</sup> Para ello el sistema se integra, entre otros componentes,<sup>14</sup> por el INEE, quien coordina el sistema y diseña y expide lineamientos de evaluación; las **autoridades educativas**<sup>15</sup> que, entre otras cosas, deben proveer la información necesaria, cumplir los lineamientos y atender las directrices emitidas por el INEE, recopilar, sistematizar y difundir los resultados de las evaluaciones, proponer criterios de contextualización para el diseño e interpretación de las evaluaciones, hacer recomendaciones sobre los instrumentos de evaluación, su aplicación y uso de resultados, y promover la

---

10 A saber: realizar evaluaciones para el ingreso, promoción, reconocimiento y permanencia en el servicio profesional docente; ejecutar programas para la inducción, actualización, capacitación y superación de maestros de educación media superior; participar en la realización de exámenes de evaluación de los educandos; diseñar y aplicar instrumentos de evaluación que garanticen la calidad educativa; coordinar y operar un sistema de asesoría y acompañamiento a las escuelas públicas de educación básica y media superior; promover la transparencia en las escuelas que se imparta educación obligatoria vigilando que se rindan informes a toda la comunidad después de cada ciclo escolar, e instrumentar un sistema accesible a ciudadanos y docentes para la presentación y seguimiento de quejas y sugerencias respecto del servicio educativo.

11 Artículos 1 a 4 de la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación.

12 La ley define que los fines de la evaluación son contribuir a la mejora de la calidad de la educación, a la formulación de políticas y al diseño e implementación de los planes y programas que deriven de ellas; ofrecer información sobre el grado de logro de los objetivos de mejora educativa; mejorar la gestión escolar y procesos educativos; y, fomentar la transparencia y rendición de cuentas en el sector.

13 Artículos 10 a 21 de la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación.

14 A saber: los componentes, procesos y resultados de la evaluación; los parámetros e indicadores educativos y la información relevante; los lineamientos y directrices de evaluación; los procedimientos de difusión de los resultados de las evaluaciones y los mecanismos, procedimientos e instrumentos de coordinación del SNEE.

15 La SEP, las Secretarías de Educación de los Estados y del DF y de los municipios, así como los organismos descentralizados que emiten actos de autoridad en materia educativa.

congruencia entre los planes, programas, acciones y las directrices emitidas por el INEE; y, la **conferencia** cuyo fin es intercambiar información y experiencias en evaluación educativa, y que se integra por la Junta del sistema, cuatro representantes de la SEP de los cuales al menos dos deben ser subsecretarios y los titulares de las secretarías de educación de los estados que determine la Junta, en atención a criterios de representación regional.

El INEE, por su parte, se constituye por la **Junta** (integrada por cinco miembros designados por el Senado para un período de siete años<sup>16</sup> y con posibilidad de una sola reelección) que es el órgano de dirección del INEE; la **presidencia**, que recae en el consejero presidente de la Junta, quien es electo por el voto mayoritario de sus miembros y dura un máximo de tres años en el cargo, sin posibilidad de ser reelecto; y por unidades administrativas, órganos colegiados, un consejo social consultivo de evaluación de la educación y una contraloría interna.

Por último, la Ley General del Servicio Profesional Docente rige al servicio docente y fija criterios, términos y condiciones para el ingreso, promoción, reconocimiento y permanencia en el servicio. En este sentido, es una ley que regula el servicio docente y los derechos y obligaciones de sus miembros, que establece los perfiles, parámetros e indicadores que han de tenerse en cuenta para la evaluación de ellos y que busca el aseguramiento tanto del derecho a una educación de calidad como la transparencia y rendición de cuentas en el sector educativo.<sup>17</sup>

La Ley prescribe como principios de aplicación de la misma a la legalidad, certeza, imparcialidad, objetividad y transparencia. Distribuye competencias en materia de servicio docente en educación básica y media superior entre el INEE, autoridades educativas locales y organismos descentralizados; asimismo establece reglas para la elaboración de lineamientos por parte del INEE para la evaluación docente.<sup>18</sup>

En la Ley destacan las reglas relativas a: **1) La evaluación interna de las escuelas**, misma que tendrá el carácter de permanente, formativa y dirigida a la mejora de la práctica del docente, del avance continuo de la escuela y la zona escolar, y cuyos resultados darán pie a establecer compromisos de mejora verificables; **2) El Ingreso al servicio docente** será por examen de oposición público y por convocatoria que debe precisar el perfil convocado, las plazas sujetas a con-

16 Dentro de una terna propuesta por el Ejecutivo Federal.

17 Artículos 1 y 2 de la Ley General del Servicio Profesional Docente.

18 *Ibidem.*, artículos 6 a 12.

curso; los requisitos, términos y fechas de registro; las etapas, aspectos y métodos que comprenderá la evaluación; las sedes de aplicación; la publicación de resultados y los criterios de asignación de plazas; dichas convocatorias deben ser publicadas con anticipación de acuerdo con la programación autorizada. El ingreso a una plaza dará lugar a nombramiento de base definitivo después de seis meses de prueba sin nota desfavorable en el expediente; el personal de nuevo ingreso será acompañado por un tutor designado durante dos años, si durante tal período el maestro no atiende a los programas de formación que se ofrezcan, no se somete a la evaluación que debe realizar al año de servicio o muestra insuficiencia en su desempeño, se dará por terminado el nombramiento sin responsabilidad para la autoridad educativa; **3) La promoción a cargos de dirección y supervisión**, se llevará a cabo por examen de oposición y por convocatoria que reúna los requisitos señalados para docentes; el logro de la promoción obliga a un período de inducción de dos años no interrumpidos en los que se han de cursar los programas de desarrollo de liderazgo y gestión escolar; concluido el término debe evaluarse el desempeño para determinar si se cumple con las exigencias propias de la función directiva, de ser así procede el nombramiento definitivo en educación básica, mientras que en educación media superior será sólo por tiempo fijo al igual que en las funciones de supervisión, pero en éstas podrá darse la renovación, con base en los resultados de la evaluación;<sup>19</sup> **4) Responsabilidad**, la ley prescribe que todo ingreso, promoción o incentivo que se realice de forma distinta a lo establecido en ella o que suponga alguna contraprestación será objeto de responsabilidad y nulidad; de igual forma determina que las autoridades que incumplan lo establecido en la ley incurrirán en responsabilidad. En particular en el caso del evaluador que incurra en conflicto de intereses será separado de su cargo; a quien dé documentación apócrifa o alterada le será desechado su trámite y a quien incumpla sus obligaciones docentes, de dirección o supervisión se le dará por terminado el nombramiento del que goce;<sup>20</sup> **5) La permanencia en el servicio** está sujeta a la evaluación de desempeño; así, una vez identificada la insuficiencia, el personal deberá incorporarse a programas de regularización, posteriormente se sujetará a una segunda evaluación en un plazo no mayor de doce meses, de ser insuficiente el resultado, el evaluado ingresará de nueva cuenta a programas de regularización para presentar una tercera evaluación que, en caso de no ser

---

19 *Ibidem.*, artículos 15, 20 a 22, 26 a

20 *Ibidem.*, artículos 25, 32, 40, 44 y 70 a 74.

superada, dará lugar a la terminación del nombramiento respectivo, sin responsabilidad para la autoridad educativa.<sup>21</sup>

Por último, interesa destacar tres disposiciones más: la que reconoce el recurso de revisión frente a autoridades educativas y de impugnación ante autoridades jurisdiccionales; la que estipula la separación del servicio por tres faltas consecutivas o discontinuas injustificadas en un periodo de treinta días naturales; y, la que contempla la hipótesis de empleos, cargos o comisiones incompatibles con las funciones docentes, de dirección o supervisión.

---

21 *Ibidem.*, artículos 52 a 54.

## **Bibliografía**

- DECRETO por el que se reforman los artículos 3º en sus fracciones III, VII y VIII; y 73, fracción XXV, y se adiciona un párrafo tercero, un inciso d) al párrafo segundo de la fracción II y una fracción IX al artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 26 de febrero de 2013.
- DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Educación, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 11 de septiembre de 2013.
- DECRETO por el que se expide la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 11 de septiembre de 2013.
- DECRETO por el que se expide la Ley General del Servicio Profesional Docente, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 11 de septiembre de 2013.



## *Cautelae Tabellionis*

José Antonio Márquez González \*

Es más o menos frecuente que en algunos contratos los otorgantes renuncien a las acciones para invocar la nulidad, por ejemplo, en los casos de dolo, violencia, error, mala fe, incapacidad, lesión, falta de forma, evicción y aun a las acciones por incumplimiento.

Es preciso hacer algunas observaciones al respecto. En general puede establecerse como principio el hecho de que los contratantes no pueden convenir en que “el acto sea firme y válido y para sus efectos renuncian a las acciones de nulidad y al plazo para su ejercicio”. Hay varias razones para pensar así:

- El acuerdo simple de los contratantes no puede convalidar un negocio irregular;
- Para que el fenómeno de la convalidación opere, es necesario en todo caso que los contratantes tengan conocimiento del vicio que hace inválido el acto, y lo reproduzcan sin él;
- No puede renunciarse en ningún caso a la acción de nulidad cuando ésta es absoluta o contra el interés público;
- La acción de nulidad absoluta es imprescriptible, y por tanto no hay plazo para su ejercicio;
- Los actos que la ley reputa como nulos no dejan de serlo por el sólo hecho de que las partes renuncien la acción de nulidad;
- En suma, porque la invalidez del contrato no se evita con la voluntad de las partes, sino con la debida estructuración de sus elementos.

No obstante todo ello conviene aclarar que, situados en el campo del derecho civil, los contratantes pueden convenir *algunas* renunciaciones que no afecten directamente el interés público ni perjudiquen derecho de terceros (artículo 6º CCF). Por tanto, es necesario analizar cada hipótesis por separado.

---

\* Notario Público y Profesor en la Universidad Veracruzana.

1. *Dolo y violencia*. Según lo dispuesto en los artículos 1822 y 2106, “No es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo o de la violencia”. La razón de esta disposición se encuentra sometida a un error precisamente procurado por la contraria, o a violencia que no pueda superarse. En general, creo que puede decirse que es nulo el acto que se haga bajo la influencia de amenazas contra una persona o contra sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes.

En todo caso me estoy refiriendo, desde luego, solamente a la hipótesis del dolo malo (*dolus malus*), puesto que el dolo bueno (*dolus bonus*) no vicia el contrato.

2. *Incapacidad*. Respecto a la incapacidad, debe decirse que la propia renuncia del menor o incapaz a la facultad de invocar esta circunstancia no puede tener valor. La *ratio legis* de los artículos que juzgan la incapacidad como un vicio se dirige especialmente a la protección de sus intereses. En mi opinión, la actitud del contratante que exige la inclusión de semejante cláusula presupone una conducta activa que no se ajusta a las normas de buena fe y paridad contractual que presiden la formación de los convenios. Aquí también hay que recordar, por analogía, que la incapacidad de alguna de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio (1799).

3. *Lesión*. Lo propio sucede con la lesión. Tampoco puede renunciarse, porque su inclusión no tendría otro efecto más que perpetuar las condiciones de evidente desproporción en que fue consumado el contrato. También por analogía puede decirse de esta hipótesis que la acción de “explotar” (artículo 17) supone una conducta activa al procurarse la firma de la renuncia al derecho de invocar la lesión. Una tesis de la Corte con relación a la legislación de Puebla ha confirmado el aserto:

[...] el derecho a promover la nulidad por lesión de un contrato de compraventa que tiene por objeto un inmueble destinado a casa habitación, ya sea cuando la parte que adquiere da dos tantos más o si la que enajena recibe el cincuenta por ciento menos del precio o estimación del bien, es de interés público.

[...] la sentencia que declara no probada la acción de nulidad por lesión fundada en la desproporción entre el precio pactado en la compraventa con el valor comercial de un inmueble destinado a casa habitación, por considerar que existe renuncia para reclamar la indicada nulidad, en ese aspecto resulta ilegal.<sup>1</sup>

---

1 Tirso Iturbide Galicia y otra [2002], Suprema Corte de Justicia de la Nación, XVII, p. 1082.

Es cierto que los actos mercantiles, por su parte, no se rescinden por causa de lesión (385 CCo), pero de todas formas hay una penalización si la falta llega a constituir un delito y, desde luego, se conserva la acción de daños y perjuicios.

4. *Forma*. Respecto a un acto celebrado por los propios contratantes, la forma puede eventualmente renunciarse. No obstante, es realmente inútil convenir en ello cuando precisamente, como en el caso de escrituras públicas, se ha observado la forma debida. En puridad, no se renuncia por virtud de la declaración, sino por la correcta formalidad del acto verificado. Prueba de ello es que si el acto no fuera correcto, no se convalidaría por la declaración de renuncia, sino por el transcurso del tiempo o por el abandono efectivo del derecho a la impugnación. Es ésta, por lo tanto, una razón de carácter procedimental que no puede autorizar la renuncia del derecho a invocar la forma irregular.

5. *Evicción*. En general, el vendedor se encuentra desde luego obligado a garantizar, como dice la ley, las calidades de la cosa enajenada, y está específicamente obligado a responder por la evicción, incluso aunque no se haya convenido en el contrato (2120), pero sí se pueden regular convencionalmente sus efectos (2121), siempre que no se proceda de mala fe en la celebración del acto (2122).

En casos como la donación es realmente inútil hacer renunciar al donatario al ejercicio de este tipo de acciones, pues el donante solamente es responsable por la evicción si expresamente lo ha convenido (basta con no decir nada, 2351). Constreñir al donante a responder por la evicción puede llegar a constituir en algunos casos hasta una descortesía pues, como dice el refrán, “a caballo regalado no se le ve el colmillo”.

6. *Pacto comisorio tácito*. ¿Puede renunciarse a la facultad de hacer valer un pacto comisorio tácito (artículo 1949)? En mi opinión, en estos casos hay que distinguir una doble situación: si se trata de actos de realización simultánea o de actos de realización instantánea. En el primer caso, considero que sí puede renunciarse, puesto que se trata de una mera facultad que se concede al particular, y éste podría valorar en el momento si le conviene o no la renuncia. Por la razón inversa, no me parece que esta facultad pueda en cambio renunciarse para el futuro — por ejemplo, en los contratos de ejecución diferida o a plazos —.

7. *Superveniencia de hijos e ingratitud*. En distinto tema, con referencia al contrato de donación, cabe decir que tampoco puede renunciarse anticipadamente el derecho de revocación del acto por superveniencia de hijos (2366) o por ingratitud (2372). En sentido contrario el donante sí puede renunciar en el momento en que se produzca cualesquiera de estas dos circunstancias. En mi

experiencia, es mucho más raro que se dé la primera situación, es decir, que al donante le sobrevengan más hijos, y aun suponiendo que éste sea el caso, puede ser que no llegue a mudar de opinión, aunque la ley concede un largo, larguísimo plazo de cinco años para el ejercicio del acto revocatorio (2359).

Es mucho más frecuente el caso de ingratitud, sobre todo de ingratitud genérica, aunque la ley se cuida de acotarla precisamente a la comisión de delito y a la omisión de socorro (2370). En estos casos el plazo resulta mucho más breve (sólo un año). Para seguridad del donatario, vale la pena hacer la renuncia – por tanto, ya no anticipada – que prescriben los artículos 2366 y 2372, pero aun en estas condiciones ya puede adivinarse un deterioro en la situación sentimental o afectuosa entre donante y donatario, aunque también este último puede esperar pacientemente el transcurso de los plazos de rigor.

8. *Vicios ocultos*. Todo enajenante responde por los vicios ocultos, es decir, por aquellos defectos en la cosa vendida que no sean ostensibles, aunque desde luego no basta que los defectos estén solamente ocultos, sino que es necesario que disminuyan la capacidad funcional del objeto. Sin embargo, la ley permite que esta responsabilidad pueda en efecto ser regulada (2158, aunque exige desde luego buena fe en ambos contratantes).

9. *Acción redhibitoria*. ¿Y procede esta acción redhibitoria en las daciones en pago? En principio sí procede, y en los mismos términos que se refieren al cumplimiento común de las obligaciones, según lo previsto en el artículo 2142, ya que este artículo es aplicable a todos los contratos conmutativos en general (1838). El problema es la dificultad práctica en el resarcimiento, porque ya se ve que la dación en pago es en sí una forma alternativa que con frecuencia extrema las posibilidades del deudor. Desde el punto de vista del acreedor, insistir en el cumplimiento cabal de la obligación ya modificada, no deja de ser un contrasentido. Renunciar en cambio a prevalerse de esta facultad pasa a ser un gesto bondadoso de parte del acreedor al recibir el objeto alternativo en las condiciones que se encuentre, visto que no tiene otro remedio. Creo que es aplicable por razón analógica el artículo 2162, que sólo se refiere expresamente a remates y adjudicaciones judiciales.

La renuncia a esta misma acción redhibitoria por parte del donatario es ciertamente inútil, pues el artículo 2351 exige que el donante asuma expresamente esta obligación, de manera que si no lo hace así, no puede quedar constreñido. Igual actitud se requiere en el donatario para la satisfacción de las eventuales cargas de la cosa donada (2368).

Puede haber, sin duda, más casos de renuncia de derechos, válidas o no. Lo que más me preocupa de la inclusión de este tipo de cláusulas en una escritura es que el notario pueda propiciar, en algunos casos, una disparidad contractual que entonces se perpetúe, es decir, que ahonde la brecha habitual entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el afortunado y el desvalido. Todo ello en nombre, según creo, de una mal entendida actitud proteccionista a favor no solamente de la parte que impone las cláusulas de marras, sino también del propio fedatario que las redacta.

Pretender asegurar de esta forma y a toda costa la validez del instrumento es a mi juicio reprobable, porque la misión del fedatario estriba precisamente en cuidar de la limpieza del negocio y de la ausencia consecuente de vicios. Imponer semejantes cláusulas al redactar el instrumento sin cuidar antes su pulcritud, constituye un acto de evasión que ya los antiguos conocían como una forma viciada de la denominada *cautelae tabellionis*, una elocuente frase que en términos castizos significa apenas “curarse en salud”.

Al final, y desde el punto de vista de los intervinientes, esta cuestionada práctica no refleja sino la clásica actitud de quien se aprovecha del más débil, y no contento con abusar de él, le impone además la amenaza del silencio, es decir, de la renuncia a buscar la protección que sin duda merece.



## La doble faz de la Constitución

Arnaldo Platas Martínez \*

A partir de la inauguración de la nueva época jurisprudencial con motivo de la reforma Constitucional de 2011 ha aparecido una serie de criterios que intentan regresar al viejo estado de cosas del sistema jurídico mexicano, dejando el discurso de los Derechos Humanos como una simple declaración, pero que no afecte de forma directa a la estructura jurídica mexicana.

Hay que recordar dos puntos en este tema, el primero de ellos que la interpretación que hace la Suprema Corte de Justicia se convierte en una extensión de la aplicación de la norma, y en muchos casos es restrictiva de la aplicación de la norma. Y en segundo lugar, en lo que toca a la jurisprudencia que unifica criterios a partir de los tribunales inferiores, se convierte en un control de constitucionalidad que rebasa por mucho los méritos de los textos legales de cuyo seno se obtiene la jurisprudencia en nuestro país.

Quedan muchas palabras en el tintero de los juristas para comentar la reciente resolución de la corte en el expediente 293/2011 en una jurisprudencia de unificación de criterios. Y, también, queda mucho que decir porque los Derechos Humanos yacen subrogados a las decisiones internas de los intérpretes, y no como se puede desprender de la Norma Fundamental implantados por el principio *pro personae* como se había pensado que era la voluntad del legislador. Y todo lo anterior tiene una historia larga y accidentada que posee, para algunos, un momento feliz en la reforma de 2011, donde se reconoció por el legislador que en materia de Derechos Humanos, particularmente en el principio denominado en favor de la persona se debía actuar por arriba de la Constitución.

Sin embargo, en la resolución reciente la óptica cambio de tal forma que ahora nos enfrentamos a una actitud regresiva del texto constitucional, el cual vulnera la órbita de los Derechos Humanos que se reconocen internacionalmente. En esta historia que constituye la biografía del Estado mexicano por mantener

---

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

una hegemonía del poder por encima de las personas hay una serie de hechos y actores que tratan de mantener un statu quo, que va contracorriente con los avances del Derecho en los tiempos modernos. Las justificaciones y explicaciones pueden venir desde todas las perspectivas posibles, pero hay un punto que no puede perderse de vista: que las normas de derecho no pueden ser pensadas para legitimar el ejercicio de la fuerza del Estado, sino en función de la dinámica y el ejercicio de los derechos humanos, que constituyen el plexo patrimonial de cada sujeto en este planeta. Pienso que debe verse la enorme polémica que se ha armado en los últimos días desde dos grandes aspectos. En primer lugar el texto constitucional y en segundo, la propia interpretación que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del mencionado texto. En primera instancia el texto es lo suficientemente claro para recodificarlo en la idea de que el eje que mueve la legitimación jurídica del Estado mexicano y del pacto de su estabilidad se encuentra en el reconocimiento pleno de los Derechos que manan de la carta fundamental y además de los tratados internacionales de la materia. En este sentido no hay contradicción, e incluso, la Corte lo acepta como la premisa central de las relaciones jurídicas modernas. Declara que tanto la Constitución como los tratados internacionales en la materia respectiva se encuentran en el mismo nivel. Es un avance importante en el sentido que desarrolla la idea central de las democracias modernas de colocar en el plano de igualdad a las instituciones jurídicas derivadas del respeto a los Derechos Humanos.

Pienso que en materia de jurisprudencia falta mucho camino por andar y las resoluciones de nuestra Corte dejan mucho que desear, pues nuestro sistema jurídico y sus intérpretes todavía se encuentran en la idea de conservar un sistema que sirvió al positivismo clásico, pero que en los tiempos modernos debe cambiar por un positivismo mucho más amplio.

Pero donde viene el problema fuerte es el caso de la contradicción entre norma constitucional y una del mismo tratado. En este sentido el criterio de desubica de forman completa y da un vuelco hacia las tesis más regresivas del Estado hermético. Y es aquí donde vienen los problemas centrales de la resolución de la contradicción de tesis a que hago referencia líneas arriba. La primera cuestión se haya en la lógica de los ministros donde colocan en la misma balanza a los derechos humanos y a la seguridad jurídica, y le dan mayor peso a esta última, con lo cual hacen un camino de regreso hacia las viejas instituciones del positivismo jurídico. Ya que con ello enfatizan la idea de que el orden constitucional interno prevalece por encima de los derechos humanos. En segundo lugar dejan atrás a la ponderación. En palabras muy simples, con la complejidad de los

lógicos y de los juristas, la ponderación consiste en la idea donde la autoridad que juzga pone en la balanza diversas disposiciones y principios jurídicos con el fin de valorar la adecuada y la que mejor se orienta a favorecer a la persona en sus derechos humanos. Con la resolución de la semana pasada lo que sucede tiene un giro trágico, ya que niegan la ponderación al colocar como única posibilidad para el juez aplicar la norma constitucional, a pesar de que la norma del tratado internacional sea mejor y más extensiva en el reconocimiento de los derechos de los sujetos que se encuentran al interior del Estado mexicano. Bordar más en el terreno es profundizar en un tema que deja en grave crisis al sistema jurídico mexicano en la materia esencial de la contemporaneidad: los derechos humanos. Por ello decía en el principio de mi colaboración nuestra Constitución tiene una doble faz. La que le dio el legislador viendo en lo posible los avances de la materia, y la que le ha otorgado la Suprema Corte de Justicia viendo solamente el modelo positivista de un Estado que hace como política del mismo las detenciones arbitrarias, los arraigos y muchas instituciones que sonríen plácidamente ante un estado que se cierra una vez más.



# Cuando la demografía es dinero: comentarios a la Controversia Constitucional 41/2011<sup>1</sup>

Mauro Arturo Rivera León \*

## 1. Introducción

El presente comentario jurisprudencial no pretende ser una investigación exhaustiva sobre las competencias del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (en adelante INEGI) o los institutos censales locales. Intentaré reseñar brevemente una sentencia que puede ser importante en tanto se analizan en vía Controversia constitucional aspectos como a) la incidencia que puede tener un censo en las participaciones de un municipio; b) la coordinación que tiene que existir para llevar a cabo un censo poblacional y c) el sujeto que finalmente determina las demarcaciones utilizadas para levantar el censo en una entidad federativa.

En la CC 41/2011 el Municipio de Tultepec del Estado de México demandó diversos actos y oficios del INEGI, IGECM (Instituto de Información e Investigación Geográfica, Estadística y Catastral del Estado de México) y la Comisión de Límites del Estado de México.

En opinión del Municipio promovente, el resultado del Censo General de Población y Vivienda del 2010 se había realizado excluyendo injustificadamente a diversos ejidos y poblaciones que pertenecen a Tultepec. Tal exclusión le ocasiona un perjuicio directo en tanto las participaciones fiscales a las que el municipio tiene derecho, de conformidad con la Ley de Coordinación fiscal, emplean como variable mayoritaria de asignación el número de habitantes. En este caso, tener menos habitantes implicaría un monto económico menor en participaciones fiscales. Es decir, población igual a dinero.

---

\* Doctorando en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos. Universidad Complutense de Madrid. @MauroArturo

1 Me gustaría agradecer las sugerentes observaciones de Alfonso Herrera a este comentario. Los errores son, naturalmente, de mi exclusiva responsabilidad.

Nótese que la demanda fue presentada el 30 de marzo de 2011, con lo cual, aún no se encontraba en el texto constitucional la reforma de los artículos 46, 76 y 105 constitucionales que trasladaron la facultad de conocer de conflictos limítrofes del Senado de la República a la Suprema Corte. El marco constitucional que rige en esta sentencia, debe entenderse como impeditivo para que la Corte resuelva un conflicto limítrofe.

## 2. Discusión competencial

Antes de entrar a la discusión sustantiva, la Corte resuelve una excepción de falta de legitimación pasiva *ad causam* planteada por el director de asuntos jurídicos del INEGI. En la Controversia constitucional aquí analizada, aún estamos en el marco normativo previo a la reforma de junio de 2013, es decir, los órganos constitucionales autónomos no se encontraban mencionados en el artículo 105 constitucional.

A esta excepción la Corte replica reafirmando la doctrina que había sostenido sobre la legitimación en la Controversia constitucional. A juicio de la SCJN, la autonomía constitucional del INEGI<sup>2</sup> le permitía, aún previo a la reforma, ser sujeto pasivo de la Controversia constitucional.

No puedo evitar abrir el interrogante sobre el antiguo criterio de la Corte. La Controversia constitucional es un mecanismo de control configurado en el artículo 105.I constitucional con una especial taxatividad en los sujetos legitimados. En sus antiguas 11 fracciones, hacía una enumeración sumamente precisa no sólo de quiénes gozan de legitimación activa, sino también contra quiénes es posible plantear la *litis*. No sólo se adopta la forma de *numerus clausus* en el listado de sujetos legitimados sino que también se prevén las relaciones entre los sujetos. Piénsese en la forma del listado: “Un Estado y un municipio”; “un Estado y un municipio de otro Estado”; “La federación y un Estado”; “La federación y un municipio”, etc. Una lectura cuidadosa nos permitirá entrever que en el artículo 105 se establecía (o así parece ser) no sólo una lista de sujetos que pueden plantear Controversias constitucionales, sino que también se especificó contra qué sujetos pueden plantearse estas controversias. Una interpretación diferente podría ser adoptada si la redacción del precepto constitucional fuese “Resolverá las Controversias constitucionales planteadas por la federación, Estados y

---

2 Consideraciones análogas hace la Sentencia respecto al ICEGEM que, siendo un órgano estatal descentralizado y no autónomo, no tiene dependencia jerárquica con algún órgano originario y actúa dotado de autonomía.

Municipios”. En este caso, no existe una interrelación de los sujetos. El artículo 105 parece ir más allá.

Tal exhaustividad generó muchos problemas (antecedentes directos de la reforma constitucional de junio de 2013). El riesgo de intentar preverlo todo es, evidentemente, la posibilidad de omitir elementos importantes. En nuestro caso, los órganos constitucionales autónomos habían sido claramente omitidos y no parece que pudieran encajar interpretativamente en ninguna de las categorías previstas.

En respuesta a esta *omisión*, la Corte configuró en su momento un criterio interpretativo flexible que busca garantizar al máximo las competencias de los sujetos efectivamente legitimados. Para ello, la regla general<sup>3</sup> es que, si se goza de autonomía respecto a los “órganos originarios” y las decisiones son tomadas con independencia, el ente puede ser demandado en Controversia constitucional. Esto no dejaba de presentar un aspecto dudoso al permitir que existan muchos sujetos más que pueden ser demandados que los sujetos que tienen legitimación activa. Además, si el criterio era la autonomía constitucional ¿sólo los órganos constitucionales autónomos podían invadir la esfera de autonomía de los “órganos originarios”? ¿No podríamos pensar que, por ejemplo, en algún momento sea el municipio, una entidad federativa o la propia federación la invasora de competencias de los OCA?

Por tanto, el criterio interpretativo de referencia no deja de ser un esfuerzo garantista de la Corte que, no obstante, presenta ciertos problemas. Ahora bien, frente a dichos problemas se adicionó en junio de 2013 una fracción L) al artículo 105 constitucional “Dos órganos constitucionales autónomos, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales”. La legitimación sigue presentándose en forma de un listado exhaustivo, pero ya incluye a los órganos constitucionales autónomos. No existe discusión acerca de su legitimación activa o pasiva.

La Corte también analiza una causal de improcedencia esgrimida por los Institutos demandados, la Procuradora General y dos municipios —en su carácter de terceros interesados—. Se alegaba que la interposición de la Controversia implicaba no haber agotado la vía legalmente prevista para solucionar el

---

3 No modificada por la reforma. El criterio sigue siendo que la independencia (que no parece requerir necesariamente en ser un órgano constitucional autónomo), implica legitimación pasiva.

conflicto<sup>4</sup>, en términos de la Ley Reglamentaria del artículo 105 (art. 19). Esta alegación será desestimada argumentando que, en realidad, no se está en presencia de un conflicto limítrofe sino que se impugna el Censo correspondiente al año 2010 en lo que respecta a Tultepec. Lo que se pretende, no es así el reconocimiento de ciertos límites políticos, sino la inclusión de los núcleos poblacionales excluidos sin haber mediado, precisamente, un conflicto limítrofe<sup>5</sup>. La Corte entonces no resuelve un conflicto de límites, sino tutela la previa demarcación que ha sido modificada para efectos censales sin haberse acudido al conflicto limítrofe (sobre ello abundará el voto particular discrepante de González Salas).

Si se acepta el argumento de la Corte, el interés legítimo del municipio es evidente. Existe una afectación a su hacienda con motivo de la exclusión de las poblaciones del censo poblacional impugnado.

El Código Financiero del Estado de México y Municipios (en adelante CFEMM) establece en su artículo 224 el mecanismo de cálculo de las participaciones del sistema de coordinación fiscal percibidos por la propia entidad (art. 219.I.h, CFEMM). El método consiste en distribuir el 30% de las participaciones por partes iguales en todos los municipios del Estado. El restante 70% se distribuye en proporción directa al número de habitantes "...con base en la última información oficial que hubiere dado a conocer el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (art. 224 CFEMM).

Una vez dicho esto, es entendible que se comparta la existencia de un perjuicio a la hacienda pública del municipio. Realizar un censo poblacional tomando en cuenta distintos límites puede traer como consecuencia una radical diferencia en la distribución de participaciones fiscales. Así, el municipio demanda el censo poblacional levantado por el INEGI al no incluir ciertos núcleos poblacionales. Dicha exclusión estuvo basada en opiniones del IGCEM y la Comisión de Límites del Estado de México.

A partir de aquí, el análisis de la Corte se dirige a demostrar que ha existido una modificación del mapa político de la entidad federativa aceptado por todos los actores en el último censo. Tal modificación no habría sido realizada ni de

4 Que sería un conflicto limítrofe ("diferendos limítrofes intermunicipales" en la terminología del artículo 61 de la Constitución del Estado de México y su ley reglamentaria respectiva).

5 El argumento es sólido. Si acudimos a la propia Ley, encontraremos que existen 3 hipótesis en las que es posible iniciar un procedimiento sobre "diferendos limítrofes intermunicipales": 1) Inexistencia de delimitación de límites entre dos o más municipios; 2) Cuando aun existiendo decretos de delimitación, no se haya precisado la delimitación territorial de dos o más municipios y, finalmente 3) Discrepancias en la interpretación de un decreto que fije límites municipales -la delimitación existe, pero hay discrepancia en cómo debe ser entendida- (art. 4 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones XXV y XXVI del artículo 61 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México).

acuerdo a los cauces procedimentales respectivos ni por los actores competentes para tal efecto.

De esta manera, es el IGECEM quien solicita al INEGI que se utilice el mapa con la división política impugnada señalando que el mapa remitido tiene carácter de oficial. La nueva demarcación fue elaborada por la Comisión Estatal de Límites (que es distinta de la Comisión Legislativa de límites del Congreso local). La Comisión Estatal, como órgano de consulta del ejecutivo, no tiene atribuciones para modificar *per se* los límites, sino que dicha facultad corresponde al Congreso Local. Así, al no haber una resolución del Congreso Local en un conflicto limítrofe, ni apreciarse que se votó una modificación de las demarcaciones existentes, la determinación del IGECEM para utilizar dicha información con carácter oficial contraviene el marco estatal. Otorga validez y carácter de información oficial a una demarcación que sólo es de carácter técnico y enunciativo y de ningún modo puede considerarse vinculante<sup>6</sup>.

El juego de remisiones es curioso. Se declara la inconstitucionalidad de censo del INEGI que atendió a la información de los oficios del IGECEM<sup>7</sup> en los cuales éste confiere carácter oficial al mapa elaborado por la Comisión de Límites del Estado de México en ausencia de un pronunciamiento definitivo de la legislatura local.

Aquí la Corte no duda en terminantemente declarar que “resulta inconstitucional el Censo General de Población y vivienda dos mil diez, al haberse levantado con base a dicha información, sin el pronunciamiento del Congreso del Estado...”. La declaratoria es inmediatamente matizada sosteniendo que tal inconstitucionalidad se ciñe exclusivamente al municipio de Tultepec, cuyo censo debe realizarse integrando las poblaciones excluidas<sup>8</sup>. Esta faceta —y sólo ésta— será enjuiciable ante la jurisdicción constitucional federal; el resultado

---

6 Resulta curioso que es el propio mapa de la división política emitido por la Comisión de Límites del Estado de México el que afirma que “La información proporcionada sólo es de carácter técnico, por lo que *no constituye resolución en materia de límites* (...) por lo que el presente documento sólo es de carácter *enunciativo*”. Las cursivas son nuestras.

7 Si bien es cierto que el IGECEM tiene competencia para dar carácter oficial a la información, argumenta la Corte, también lo es que debe hacerlo con la colaboración de los tres poderes, entre los que destaca el legislativo, que tiene competencia para fijar los límites de acuerdo a la Constitución local. (Nótese que la competencia de “definir, registrar y emitir formalmente el carácter de oficial” a la información del IGECEM no es lo mismo que el de establecer los límites). Inclusive existe jurisprudencia al respecto. Véase la tesis “Controversia constitucional. Corresponde en exclusiva a la legislatura estatal fijar los límites y el territorio de cada municipio”. 9ª época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, mayo de 2005, Tesis P./J. 26/2005, p. 1004.

8 Contra la postura de la Ministra Luna Ramos que argumentaba que sólo debía hacerse una anotación marginal al censo.

del censo no podría ser juzgado nuevamente a menos que precisamente se alegue incumplimiento de la sentencia (omisión de agregar las poblaciones controvertidas al censo). Para el Ministro Pérez Dayán, la importancia de esta controversia constitucional radica en:

...dar a entender, que el INEGI depende de manera absoluta de los datos que le dé cada uno de sus homólogos en los Estados; y que éstos no pueden variar, por sí mismos la información y límites que tienen respecto de cada uno de sus municipios, a menos de que el órgano competente en cada Estado, determine cuáles son éstos<sup>9</sup>

Empero, no todo fueron consensos. El ministro González Salas formuló un voto particular discrepante, señalando que lo que subyacía a esta controversia, era un conflicto limítrofe material, que tenía una vía previa de solución y, por tanto, que no se habían agotado todos los medios de defensa previos. El argumento del ministro disidente considera que existe un conflicto limítrofe ¿ha sido éste un conflicto resuelto por la legislatura? No. Entonces, si no se ha resuelto aún un conflicto por la legislatura, ni se ha pronunciado así quien tiene competencia para ello ¿es resolver un conflicto limítrofe el pregonar el respeto del *status quo*? La Corte no determina que las poblaciones excluidas pertenecen a Tultepec sino a efectos censales (mientras la legislatura no determine otra cosa). La Comisión de Límites y el IGCEM no pueden determinar una variación en la adscripción de dichas poblaciones. Contrario a lo sugerido por el voto particular, creo que el INEGI no puede determinar la existencia de una vía previa ante la legislatura local señalando que “esta inconformidad deberá ser canalizada ante el Congreso local”. Este señalamiento no altera el hecho de que el censo se haya realizado tomando como base datos que no pueden tener el carácter de oficiales pues no constituyen un pronunciamiento por autoridad competente susceptible de cambiar la demarcación limítrofe. En opinión de la Corte, la limitación municipal está clara (por lo menos la de 2005 con carácter consentido) y es la alteración de dichos límites —y no un conflicto subyacente— lo resuelto en esta Controversia constitucional. De hecho, no se declara la pertenencia de las poblaciones a Tultepec, sino su inclusión en el censo de 2010 a efectos demográficos.

### 3. Conclusiones

A modo de breve conclusión podemos señalar que esta sentencia debe despertar interés por la materia controlada (la conversión de la demografía en dinero) y el complicado juego de remisiones internas. Se intenta clarificar cuál es el co-

---

9 Cito aquí la versión taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la SCJN de fecha 12 de febrero de 2013, p. 14.

recto papel de distintos actores dentro del proceso censal; el IGECEM, INEGI, Comisión de Límites y la legislatura estatal. Existe entre ellos una interrelación delicada para generar la información que será utilizada para efectos censales. Ello no hace sino realzar la percepción de la importancia del INEGI.

El INEGI genera información estadística que posteriormente es utilizada para diversos fines oficiales; he allí una de las razones (se esté de acuerdo o no) en que se haya juzgado conveniente otorgarle la categoría de órgano constitucional autónomo. Cabe preguntarse, por ejemplo, si existiría un mecanismo para denunciar un censo alegando inexactitud numérica (demarcaciones pacíficamente aceptadas pero un conteo poblacional disputado) fuera del recurso interno ¿procedería la controversia constitucional en contra de la resolución del recurso interno<sup>10</sup>?

Este tipo de cuestionamientos en donde cada vez “desconstitucionalizamos” más el debate de la controversia constitucional nos debe llevar a reflexionar qué tipo de controversia constitucional queremos y qué vicios son impugnable y deben serlo ante la jurisdicción constitucional – sin perjuicio de que se consideren causas alternos distintos –.

Aunque en este caso es cierto que la afectación y el interés legítimo del municipio es evidente, la vulneración indirecta de la Constitución procede de un complicado juego de remisiones internas y violaciones sólo entendibles después de la exposición del complejo marco jurídico, incluso a nivel reglamentario. Y deja con un sabor extraño preguntarse si en vía controversia constitucional debería enjuiciarse este problema o si, como ocurriría en otras latitudes, deberíamos posibilitar una vía contenciosa-administrativa o jurisdicción constitucional a nivel de entidades federativas como instancia final<sup>11</sup>.

---

10 Discusión a la que podría arrojar algunas luces la acción de inconstitucionalidad 165/2007, aún pendiente de resolución.

11 Preventivamente responderé a la objeción de que 1) las controversias constitucionales locales no contemplan conflictos entre un municipio y un órgano constitucional autónomo local o que 2) La jurisdicción local no podría conocer de un conflicto en donde un órgano constitucional autónomo federal está involucrado. En cuanto la primera objeción, efectivamente, ninguna de las 3 controversias locales enumeradas en el artículo 88 bis, fracción II de la Constitución del Estado de México prevé conflictos con organismos como el IGECEM. Empero, tampoco lo prevé la Constitución federal (puede ser que esto cambie a raíz de la nueva fracción “I”) y una interpretación generosa ha permitido que, por lo menos pasivamente, tomen parte en las controversias constitucionales (por ejemplo, en la fracción c). Podríamos esperar una interpretación similar aquí, permitiéndoles participar en las CC locales, aunque reconozco que no es forzada. En segundo lugar, si este conflicto se hubiese resuelto en controversia constitucional local el INEGI no habría participado como autoridad porque, en *stricto sensu*, su única intervención se debió a la intervención accesoria que tuvo en atención a la interacción con el resto de autoridades locales, a las cuales efectivamente se imputa la lesión. De hecho, la declaratoria de inconstitucionalidad del Censo del INEGI –sólo en lo que respecta a Tultepec– deviene no de una violación autónoma, sino de la declaratoria de inconstitucionalidad de los oficios emitidos por el IGECEM. Un resulta-

No puedo dejar pasar la oportunidad de hacer observaciones sobre la forma de la Sentencia<sup>12</sup>. Como viene siendo costumbre de nuestra Suprema Corte, la Sentencia es excesivamente larga. La dificultad técnica del asunto es desproporcionada a la cantidad de páginas que tiene la resolución. Piénsese que esta sentencia tiene más del doble de extensión que la sentencia del matrimonio entre personas del mismo sexo del Tribunal Constitucional español y casi 5 veces la extensión de la Sentencia sobre ADN y búsquedas prospectivas de la Suprema Corte de Estados Unidos. Sobra decir que ambos asuntos son mucho más controversiales que el que nos ocupa. Pero ¿es un esfuerzo argumentativo importante (que siempre debe agradecerse) lo que hace que la Sentencia se alargue a estos extremos? En lo absoluto. Sólo los antecedentes abarcan 47 páginas que destacan por la falta de concisión en explicar los argumentos de las partes y los terceros intervinientes. Ya dentro de los considerandos sobresalen las transcripciones innecesarias de artículos y jurisprudencia, frecuentemente transcribiendo incluso preceptos no aplicables al caso concreto. ¿Era necesario transcribir el artículo 105 constitucional para sostener que en él no se mencionaba anteriormente a los órganos constitucionales autónomos? Se insertan extensas tesis jurisprudenciales que no son determinantes dentro de la *litis*. Todo ello con toques de comicidad; se transcribe un artículo para inmediatamente sostenerse que de su lectura se desprende exactamente lo que el artículo dice. Es decir, puede reducirse fácilmente 20 páginas de la Sentencia sólo removiendo las transcripciones innecesarias. En suma, parece que la Corte confundiese la *cantidad* de la argumentación con la *calidad* de la argumentación. Esta práctica difícil y desincentiva la lectura de la jurisprudencia constitucional. Existe un temor a que la sentencia sea calificada de inmotivada por tener escasa extensión. *Marbury vs Madison* (1803) no llega a tener 20 páginas en un archivo de Word con un interlineado normal. Nuestra primera Sentencia de amparo no tiene ni dos páginas de extensión. Es perfectamente posible mantener —y elevar!— la calidad de nuestras sentencias si disminuimos su extensión drásticamente eliminando los vicios en los que frecuentemente incurrimos.

---

do análogo podríamos esperar si la justicia constitucional local hubiese resuelto el caso y en atención a la sentencia respectiva, el INEGI hubiese rectificado el censo, atendiendo a la definitividad de la resolución a efectos internos de la entidad federativa.

12 Algo por lo que también han abogado, por ejemplo, BÁRCENA, ARTURO y HERRERA, ALFONSO, "Veto al presupuesto y dogmática constitucional. Un comentario a propósito de la controversia constitucional 109/2004", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 8, 2007, pp. 357-387.

## **NOTICIAS RELEVANTES**



## **2° Coloquio Internacional Estudios Institucionales “Los DESC en el Estado Constitucional. Políticas públicas, exigibilidad, justiciabilidad”**

El pasado 21 y 22 de junio de 2013 se realizó en la ciudad de Veracruz el 2° Coloquio Internacional Estudios Institucionales., titulado “Los DESC en el Estado Constitucional. Políticas públicas, exigibilidad, justiciabilidad”.

El encuentro, organizado por la Universidad Veracruzana (UV) en colaboración con el “Cuerpo Académico Estudios Institucionales José Ramón Cossío Díaz”, contó con la participación de prestigiados juristas connacionales e internacionales, quienes dialogaron sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en el Estado constitucional.

La inauguración corrió a cargo del Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, José Ramón Cossío Díaz; quien en conferencia magistral aseguró que bajo el nuevo diseño jurídico-constitucional de nuestro país – generado a partir de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos (junio-2011) y la nueva ley de amparo, – , los DESC no son derechos programáticos, sino prestacionales; respecto a la justiciabilidad de los DESC.

En la conferencia titulada “La justiciabilidad de los DESC en México. Retos y perspectivas”, advirtió que la discusión de los próximos años será en torno al aspecto económico, esto es, qué tanto los juzgadores pueden, y deben disponer o direccionar el presupuesto público a través de las respectivas resoluciones judiciales.

Asimismo, el Ministro de la SCJN señaló que esto no sólo propiciará la implementación de políticas públicas para la atención y satisfacción de los DESC, sino que además influirá en la aprobación anual del presupuesto de egresos.

Los asistentes en su mayoría estudiosos del derecho y científicos sociales, también gozaron de las intervenciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Christian Courtis; y de los académicos Luis Ignacio Gordillo (Universidad de Deusto-España), Andrea Navarro Marañon (Universidad de la Patagonia-Argentina), y Sara Gordon Rappoport (Instituto de Investigaciones Sociales-UNAM. México).

Las ponencias y mesas de trabajo permitieron abordar desde distintos ángulos la problemática de referente a los DESC y la generación de propuestas para hacer efectivos estos derechos humanos de segunda generación.

## UV rinde homenaje al Doctor Jorge Witker Velásquez

En el marco de las Jornadas de Investigación organizadas por la Facultad de Contaduría y Administración, la Universidad Veracruzana (UV) entregó el reconocimiento “Mérito Científico” al Dr. Jorge Alberto Witker Velásquez, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), por su destacada contribución en el pensamiento de las Ciencias Administrativas y Jurídicas.

Durante la ceremonia protocolaria, realizada el pasado 13 de junio de 2013 en las instalaciones de la Unidad de Servicios Bibliotecarios y de Información (USBI) de la ciudad de Xalapa, Jerónimo Ricárdez Jiménez, coordinador del Doctorado en Ciencias Administrativas y Gestión para el Desarrollo agradeció a Witker Velásquez su loable aportación en la formación de profesionales dentro y fuera del aula.

Asimismo, el homenajeado inauguró las Jornadas de Investigación con la Conferencia Magistral *“Interés Nacional y Globalización”*, disertación en la que señaló que la globalización económica, más que apoyar los mercados internos o nacionales, ha tratado de obstaculizar el interés nacional al ponerse en práctica la “dispraxis”, entendida como comportamientos fundamentales que en distintos sectores se realizan o ejecutan, omitiendo beneficios y ventajas de interés público a cambio de favorecer intereses privados, nacionales o extranjeros.

El destacado miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México desde hace un poco más de 36 años, explicó que la dispraxis se da por parte de los funcionarios públicos que por desinformación, ignorancia, presiones de grupos o corrupción, velan más por el interés privado que por el público.

Witker Velásquez, comentó que el campo mexicano, la política petrolera y los acuerdos de equivalencia respecto a las normas oficiales mexicanas, son los mejores ejemplos de la “dispraxis” en la política económica del país.

El investigador Nacional nivel III del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT, lamentó que en México se haya desarrollado la dispraxis, ya que en lugar de apoyar al campo mexicano, incentivar a las empresas nacionales y motivar la innovación nacional en marcas y patentes para alcanzar el desarrollo y afianzar el mercado nacional, se apuntala a los grandes monopolios y oligopolios, en algunos casos de origen extranjero.

“Deberían revisar los apoyos al campo, ¿por qué Bimbo o por qué Cargill reciben apoyo y no los productores directos que laboran en Sinaloa? Esta pregunta debería hacérsela un buen gobierno. En el campo del petróleo, deben revisarse los contratos con refinerías porque estamos desangrándonos todos los años con divisas y cada mes nosotros, los consumidores, padecemos los gasolinazos. Aquí hay una perspectiva de interés nacional, no tiene nombre, no tiene partido, no tiene ideología”, aclaró el conferencista.

Al hablar de la innovación, el académico opinó, “cómo vamos a aceptar que todos los productos que vienen de afuera cumplen con la norma oficial mexicana *a priori*, eso no lo hace nadie, ni la Unión Europea que tiene un mercado mucho más integrado; los productos son registrados y controlados porque ellos defienden el interés nacional, porque eso es lo importante”.

Advirtió que el mejor modelo de políticas que asisten al interés nacional, es el presentado por Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica (BRICS), economías emergentes que han confiado en su mercado interno y velado por su interés de sus ciudadanos. “Estas naciones no han confiado en el libre mercado, sino que han fortalecido el mercado interno y apoyado a sus empresarios, lo que les ha generado una tasa de crecimiento anual entre cinco y nueve por ciento e incluso han dejado atrás la pobreza, en el caso de Brasil”.

El destacado docente e investigador mexicano dijo que la “dispraxis” crea para México desventajas trascendentes ante la competencia de productos y servicios extranjeros en el mercado interno, las empresas productivas nacionales están totalmente des-protegidas y deja a los consumidores en total indefensión de los daños y perjuicios que eventualmente se produzcan.

“La políticas públicas deben apoyar el interés nacional, desafortunadamente es un valor que se ha perdido porque se relaciona con la idea de proteccionismo o de un Estados paternalista”, finalizó.

## Otorgan “Premio al Decano” a la Dra. Socorro Moncayo Rodríguez

La académica Socorro Moncayo Rodríguez, coordinadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana (UV), fue galardonada con el “Premio al Decano”, por su distinguida y fructífera trayectoria como académica de la máxima casa de estudios del Estado de Veracruz.

Durante la ceremonia realizada el pasado 26 de junio de 2013, en la Unidad de Servicios Bibliotecarios y de Información (USBI) del campus Xalapa, el entonces rector de la UV, Raúl Arias Lovillo expresó: “Ha sido un mérito de la academia reconocer a sus más distinguidos miembros, porque si algo hace grande a la UV desde siempre, son sus académicas y sus académicos. Hoy podemos estar orgullosos de los avances de los últimos años porque la Universidad es más digna académicamente”.

Tocó a Miguel Ángel Casillas Alvarado, Director General del Área Académica de Humanidades, leer la semblanza de la Dra. Moncayo Rodríguez, en la que destacó que hace 33 años ingresó como académica, “después de realizar sus estudios de licenciatura en la Universidad Veracruzana; de maestría en la Universidad de Camerino, Italia; y de doctorado en la Universidad de Roma, La Sapienza”.

Señaló que desde su incorporación a la comunidad UV, la encargada del cuerpo académico de *Transformaciones Jurídicas*, “ha participado en la elaboración de los planes de estudio e impartido clases de licenciatura y posgrado; ha dirigido tesis de todos los niveles; participó en la conformación del Doctorado en Derecho Público del Instituto de Investigaciones Jurídicas; y además ha sido evaluada por sus estudiantes con las más altas calificaciones.”

Recordó que en el ámbito de la investigación, la investigadora nacional nivel II del Sistema Nacional de Investigadores, “ha publicado 8 libros en el área del Derecho Romano y el Derecho Civil, 2 libros en co-autoría, siete capítulos de libros y múltiples artículos en revistas especializadas.”

En su participación, Porfirio Carrillo Castilla, exsecretario académico, aseguró que el reconocimiento entregado este día no proviene de la administración, sino de un grupo de universitarios, incluidos los decanos nombrados en años anteriores, quienes reconocen su trayectoria y exaltan sus cualidades y capacidades.

Además de la Dra. Socorro Moncayo, los académicos Patricia Eugenia Castillo Díaz, Mario Cabrera Salgado, Javier Gómez López, Joaquín Murguía González, Stefan Marian Waliszewski Kubiak y Ranulfo Osvaldo González Paredes, también recibieron esta distinción.

## Entrevista a Manlio Fabio Casarín León, Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana

Manuel Francisco Cruz Florencia

**Pregunta (P).** A 69 años de su fundación, la Universidad Veracruzana se encuentra —como casi todas las universidades públicas del país— en una encrucijada; mientras algunos plantean la necesidad de una mayor cobertura, otras voces proponen sobre todo dignificar la calidad del proceso de aprendizaje. Ante esto, **¿Cuál es el rumbo que debe tomar la UV? ¿Calidad o cantidad, se pueden ambas?**

Respuesta (R). Nuestra universidad debe encontrar un equilibrio. No cabe duda que debemos decidir si a la expansión y a la mayor cobertura, pero siempre tomando en cuenta la adjetivación de la calidad. En pleno siglo XXI, no podemos apostar al esquema de masificación en detrimento de la finalidad esencial de la universidad, que es formar ciudadanos competentes y con un amplio sentido de responsabilidad social.

Apostando únicamente por la masificación de la educación, menospreciando la calidad en la formación del estudiantado, esto es, no otorgándoles una formación ética, basada en la dignidad y en el servicio a los demás, corremos el riesgo de caer en la cosificación de los estudiantes. Es decir, darle calidad de cosa a las personas.

**P.** La opinión mayormente aprobada señala que el futuro de la educación y del progreso se encuentra en el desarrollo de las ciencias técnicas y la tecnología. En su opinión **¿Por qué también es preciso apostar en las ciencias humanísticas?**

R. Sin duda, la competencia voraz de los capitales lo único que ha hecho es quitar despiadadamente al ser humano el propio sentido de la dignidad. La necesidad de detonar el desarrollo científico y tecnológico ha provocado que algunos países decidan apostar por las ciencias técnicas o duras, áreas que tienen su punto de realización en tareas mecanicistas, apegadas a fórmulas estrictas, que no alcanzan a darle sentido pleno al hombre, incluso lo desnaturalizan en su esfera individual y colectiva.

Ahora, las humanidades junto con las artes, son áreas que sí dan naturaleza, dignidad, sentido y finalidades específicas al hombre. Por ello su importancia.

Además la ciencia y la tecnología son elementos fríos, que de ninguna manera te dicen cual es el nivel de felicidad y satisfacción de las sociedades.

**P. Respecto de la cobertura, una de las principales críticas a la UV tiene que ver con la casi absoluta concentración de la oferta educativa del área de humanidades en la ciudad capital, ¿Qué tan conducente es la idea de multiplicar la oferta educativa en las otras regiones de la Universidad Veracruzana?**

R. Cuando hablamos de la extensa cantidad de territorio que tiene Veracruz, y la significativa presencia que tiene la UV en las principales regiones del Estado, lo que se tiene que hacer de inicio, es apostarle a un paulatino proceso de desconcentración y descentralización de la oferta académica del área humanística.

Una gran oportunidad para comenzar con la descentralización es ofrecer la licenciatura en idiomas en todas las regiones de la UV. Y es que, en casi todas las regiones operan los Centros de Auto-acceso, es decir, ya se cuenta con las herramientas tecnológicas y con la presencia de docentes preparados para incentivar el aprendizaje de los idiomas. Es inadmisibles que sólo en Xalapa tengamos las licenciaturas en idiomas.

**P. La globalización, los movimientos sociales, los avances tecnológicos, las reformas legales, exigen a la UV y a las universidades en general, la actualización de los Planes de Estudio, e incluso la creación de nuevas carreras y posgrados que estén en consonancia con las necesidades de la región. ¿Cuál es la postura de la UV en este tema?**

R. No necesariamente hay que apostarle a ofertar grados académicos tradicionales; el técnico superior universitario se está convirtiendo en el actor de los grandes mercados emergentes, sobre todo porque exige mano de obra muy calificada. Aquí tengo dos ejemplos con amplia pertinencia social; primero, el del paramédico, es un técnico ampliamente requerido en los sectores donde se necesita la medicina preventiva y reactiva; segundo, el del podólogo, en Veracruz existe

un porcentaje alarmante de personas diabéticas, y una persona en esta condición no puede ser tratada en el corte de las uñas por cualquiera, tiene que ser un experto el que le realice esa tarea.

Es imperioso para nuestra universidad pugnemos por la diversificación y ampliación de la oferta educativa, en razón de la pertinencia social.

P. Hablando de la calidad educativa, **¿Con qué calidad desempeña actualmente sus funciones sustantivas el área de humanidades de la UV, tales como la docencia y la investigación?**

R. Este es un tema complejo. En nuestra universidad, las humanidades han realizado estas funciones sustantivas por separado, tal es el caso de la Facultad de Derecho. Tradicionalmente, Derecho se ha considerado como un área ajena de la Antropología, Historia, Filosofía, etc. Esta postura es inverosímil, cuando el día de hoy, nos encontramos inmersos en la globalización del conocimiento. Claro es, que no se puede explicar la ciencia jurídica sino a través de todas las disciplinas auxiliares que la enriquecen.

Es preciso que todas las disciplinas del área humanística de la UV concurren en senderos similares, porque si todas las disciplinas caminan por su lado, es decir, realizan sus funciones de docencia e investigación de manera aislada, evidentemente, las humanidades no podrán capitalizar su objeto para impactar favorablemente a la sociedad.

P. Con fundamento en todas sus respuestas anteriores, **¿En qué sitio considera se encuentra la Universidad Veracruzana en una comparativa nacional?**

R. A nivel nacional, nos encontramos entre las 10 primeras universidades de carácter público. Generalmente, nos hemos inclinado a indicadores referentes a la eficiencia terminal, infraestructura, cobertura educativa, pero hemos dejado de lado uno de los mayores activos que tiene nuestra universidad, que es el arte y la cultura.

Podemos ir a Rusia, Eslovaquia, Austria, Brasil y lo primero que conocen de nuestra universidad, son sus grupos artísticos y culturales; la Orquesta Sinfónica, el Ballet Folklórico, el Tlen Huicani, etc. La UV es de las pocas universidades en el país, en las que coexisten la formación científica junto con una amplia tradición cultural y artística.

Con esto último, concluyo que la UV, de acuerdo con su plantilla académica, con el espacio geográfico donde desarrolla su labor, con el éxito de sus egresados, y con esta amplísima tradición cultura, pudiera ubicarse entre las 3 primeras universidades públicas nacionales.



## Entrevista a José Luis Martínez Suárez, Director General del Área Académica de Humanidades de la Universidad Veracruzana

Manuel Francisco Cruz Florencia

**Pregunta (P).** A 69 años de su fundación, la Universidad Veracruzana se encuentra —como casi todas las universidades públicas del país— en una encrucijada; mientras algunos plantean la necesidad de una mayor cobertura, otras voces proponen sobre todo dignificar la calidad del proceso de aprendizaje. Ante esto, **¿Cuál es el rumbo que debe tomar la UV? ¿Calidad o cantidad, se pueden ambas?**

**Respuesta (R).** Indudablemente todo proceso educativo que no considere el binomio de calidad y cantidad necesariamente tendrá una apuesta segura al fracaso. Estos son dos elementos objetivos que nos permiten cuantificar la integridad de un sistema educativo.

En el caso de nuestra universidad, desde las últimas administraciones, se ha apostado por la ampliación de la cobertura, tratando de responder al compromiso social que tiene la UV. Sin embargo, yo advierto algo muy positivo en la propuesta que articula la nueva rectora, Sara Ladrón de Guevara, y es no desatender la calidad y la tradición con la ampliación de la cobertura, y con la innovación.

P. Respecto de la cobertura, una de las principales críticas a la UV tiene que ver con la casi absoluta concentración de la oferta educativa del área de huma-

nidades en la ciudad capital, **¿Qué tan conducente es la idea de multiplicar la oferta educativa en las otras regiones de la Universidad Veracruzana?**

R. Es una exigencia que no se puede desatender. Por razones históricas la oferta educativa del área humanística se ubicó en la ciudad capital, pero esto no puede continuar así, creemos que una forma de extender la oferta humanística a las regiones del norte y sur del Estado, es precisamente mediante la educación a través de la red de internet.

Sin embargo, el ideal para nuestra universidad sería lograr una educación de corte renacentista, es decir, una educación en la que no existe separación entre el interés por lo científico en relación con lo artístico, filosófico y literario.

La tradición cultural del siglo XX, dividió —erróneamente— el conocimiento científico del humanístico. Esto nos ha hecho mucho daño. Ahora, lo importante para nosotros es que lo humanístico y lo científico penetren juntamente nuestros distintos programas de estudio. Con esto lograríamos alcanzar el perfil integral de ciudadano que pretendemos egresar.

P. La opinión mayormente aprobada señala que el futuro de la educación y del progreso se encuentra en el desarrollo de las ciencias técnicas y la tecnología. En su opinión **¿Por qué también es preciso apostar en las ciencias humanísticas?**

R. Hay un experimento que se conoce como la botella de “Klein”, el cual, consiste en crear una botella con el pico unido al fondo de la misma; de tal manera que se crea un objeto inquietante, a la vista parece que tiene dentro y fuera, pero si se mira con detenimiento descubrimos que carece de interior, es pura exterioridad.

En este sentido, si no logramos establecer un diálogo entre la formulación del mundo desde el cálculo numérico, y la formulación del mundo desde la óptica del humanismo y del arte; entonces estaríamos formando sujetos que carecen de interior, sujetos que son pura exterioridad.

Debemos enriquecer el cause educativo con los conocimientos necesarios en matemáticas y humanidades, para que quien se bañe en ese cause realmente salga construido como un ser humano integral.

P. La globalización, los movimientos sociales, los avances tecnológicos, las reformas legales, exigen a la UV y a las universidades en general, la actualización de los Planes de Estudio, e incluso la creación de nuevas carreras y posgrados que estén en consonancia con las necesidades de la región. **¿Cuál es la postura de la UV en este tema?**

R. Principalmente, nuestro primer propósito es no preparar homogéneamente a nuestros estudiantes. Unas son las necesidades del programa educativo de Pedagogía en Poza Rica, otras son las necesidades en Minatitlán, y otras son las necesidades de Pedagogía en el Sistema de Enseñanza Abierto. Esto no se estaba considerando.

Actualmente, la UV atendiendo esta situación, trabaja en las vocaciones regionales. Es decir, hoy estamos considerando la flexibilidad de los planes de estudio y las necesidades regionales, para realizar las transformaciones pertinentes, en los planes de estudio de las distintas carreras.

P. Hablando de la calidad educativa, **¿Con qué calidad desempeña actualmente sus funciones sustantivas el área de humanidades de la UV, tales como la docencia y la investigación?**

R. Algo que debemos considerar es que, en todas las áreas que integran la UV están inmersas en la cultura de la evaluación y de la acreditación.

En el caso de humanidades, tenemos 26 programas de licenciatura, de los cuales 22, son nivel I de CIEES. Ante esto, podemos decir — con la objetividad que todo proceso de acreditación merece — que tenemos programas educativos de calidad, y que las funciones sustantivas del área de humanidades están evidenciando un nivel alto.

P. En México se invierte anualmente cerca del 5.8% del PIB en educación, cantidad considerable para un país que tiene casi la mitad de su población en situación de pobreza. En este sentido, **hablemos del trabajo de vinculación con la sociedad.**

R. Debemos construir planes educativos con un sólido programa de vinculación social, pues entonces entregaremos a la sociedad individuos comprometidos con su entorno. Sabemos que muchos de nuestros programas educativos no están evidenciando esta relación con lo social. Y es que estamos partiendo de identificar lo que se necesita, y como institución educativa, debemos adelantarnos y plantear lo que se va a necesitar.

P. Con fundamento en todas sus respuestas anteriores, **¿En qué sitio considera se encuentra la Universidad Veracruzana en una comparativa nacional e internacional?**

R. Por casi 30 años he vivido la realidad universitaria como estudiante, académico y funcionario. Puedo entonces decir — dejando que la emoción me gane — que estoy en la mejor universidad del mundo.

No tengo los elementos para decir en que lugar se sitúa la UV a nivel nacional e internacional, lo que sí tenemos es un capital humano – académicos y estudiantes – que convenientemente conducido puede alcanzar niveles importantes.

Mas allá de valorar a la universidad con términos cuantitativos, y decir que la UV se encuentra en un escaño determinado, yo la valoro por su capital humano. En estos casi 70 años, los académicos, investigadores y estudiantes le han dado lustre al lema “Arte, Ciencia y Luz”.

## Lineamientos para los autores

El objetivo de la revista *Letras Jurídicas* es ser un órgano especializado de divulgación científica que presente los resultados de investigaciones relevantes sobre líneas de generación y aplicación del conocimiento en áreas afines a la ciencia jurídica y con una visión multidisciplinaria que contribuya a la discusión de problemáticas actuales, tanto locales como globales.

Las colaboraciones se recibirán y se turnarán a dos árbitros especializados. En el caso de haber sido aceptado el artículo o reseña, pero con observaciones o comentarios por parte de los lectores especializados, éstos se remitirán al autor, para que sean incorporados al texto a la brevedad posible. El comité editorial se reserva el derecho de realizar ajustes menores al texto, que no modifiquen su contenido, como resultado de la revisión de estilo en el proceso editorial para su publicación. Las colaboraciones deberán ser inéditas y en su defecto el autor deberá hacer del conocimiento del comité editorial del lugar donde fue publicado su trabajo previamente, quedando a reserva de éste la autorización de su publicación. Asimismo, el comité editorial incorporará las colaboraciones en estricto orden de recepción definitiva y considerando siempre los límites físicos y presupuestales de cada número.

Las colaboraciones deberán enviarse únicamente al correo electrónico: [letrasjuridicas@hotmail.com](mailto:letrasjuridicas@hotmail.com).

El autor entregará la versión electrónica al correo indicado, sirviéndose para ello del procesador de textos *word*. Se utilizará letra *Book antiqua* en 12 puntos, con hojas numeradas en la parte central, a un centímetro del margen inferior, a espacio sencillo, con márgenes (superior, izquierdo, derecho e inferior) de 3 cm, y con un total aproximado de 30 a 32 líneas.

Los artículos tendrán una extensión de 8 a 15 cuartillas, evitando las transcripciones textuales excesivas o demasiado largas. En la página inicial se dejará un margen superior de 6 espacios. El título del artículo se anotará al centro. Éste deberá escribirse con altas y bajas, en 14 puntos y negritas. A continuación se escribirá el nombre del autor en 12 puntos, sin negritas. Se indicará con un asterisco y nota de pie de página la identificación del autor. En el caso de los autores que participen por primera vez deberán anexar un *curriculum vitae* resumido.

Las reseñas bibliográficas se referirán a libros científicos de reciente publicación que sean relevantes para la investigación o el aprendizaje del Derecho, no deberán exceder de 4 cuartillas y los comentarios legislativos o jurisprudenciales de 5. Incluirán un título, abajo nombre del autor y enseguida los datos de identifi-

cación del documento que se comenta (libro, artículo, sentencia, reforma de ley, etc.) Se evitará la transcripción excesiva e incluirá un comentario final del autor, para los demás aspectos seguirán los lineamientos de los artículos.

En el caso de los artículos, deberán comenzar con un **resumen** en español y un **abstract** en inglés de no más de 200 palabras, que sintetice el contenido del artículo, y deberá incluir además las palabras clave o *keywords* que permitan la clasificación del contenido de la colaboración.

El artículo incluirá un sumario de contenido con numeración decimal. Los encabezados de cada apartado se escribirán en altas y bajas, en negritas y 14 puntos.

Respecto a las citas, se deberá tener presente las indicaciones cuando sean de una extensión de hasta 40 palabras, en cuyo caso deberán ir dentro de cuerpo del texto, entrecomilladas o, si rebasan esta extensión, deberán ir separadas del texto, con margen de 5 espacios en el margen izquierdo, sin comillas, con letra 10 puntos.

Las notas a pie de página deberán presentarse de la siguiente manera: Las llamadas de nota deberán indicarse con números volados o en superíndices, con un carácter de 10 puntos y sin paréntesis.

No deben confundirse las notas a pie de página con las referencias bibliográficas. Dichas referencias deberán comenzar con el apellido del autor en mayúsculas o versales, seguido por su nombre, el título del libro o el nombre de la revista en cursivas, "título del artículo", editorial, colección, lugar y año de publicación, así como el número de la página de donde se extrae la cita o el número de páginas totales del libro en caso de que sólo se cite una idea general.

La bibliografía general se incluirá al final del artículo, sin omitirse en ningún caso, con la leyenda Bibliografía al centro y en la parte superior de la cuartilla en 14 puntos, y con un colgado de 3 cm. aproximadamente del resto del texto.

El apellido o los apellidos del autor se ordenan alfabéticamente y el nombre, en altas y bajas. Después de una coma (,) aparece el *título* (y el *subtítulo* en caso de que lo haya) en cursivas, o el nombre del artículo entrecomillado. Luego de una coma (,) se incluye la editorial, colección, lugar, año de edición y número total de páginas del libro.

En caso de ser aceptado el artículo, cada autor recibirá dos ejemplares si son extranjeros, tres para nacionales y cinco para locales.

La dirección del Centro de Estudios sobre Derechos, Globalización y Seguridad es Galeana y 7 de Noviembre, Zona Centro, Xalapa, Veracruz, México, C.P. 91000. Para mayor información dirigirse al correo [letrasjuridicas@hotmail.com](mailto:letrasjuridicas@hotmail.com)

Esta revista se terminó de imprimir y encuadernar en el mes de diciembre de 2013. En CÓDICE-SERVICIOS EDITORIALES, Xalapa, Veracruz. El tiraje fue de 300 ejemplares. El cuidado de la edición estuvo a cargo de Rebeca Elizabeth Contreras López.



