

REFLEXIONES JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS

Libro Homenaje al Doctor Pedro López Ríos

Coordinación Editorial General
Teresita Rendón Huerta Barrera
José Jesús Soriano Flores

Asistencia editorial, formación y corrección
Jessica Rosalía Velázquez Sierra

Corrección
José Jesús Soriano Flores
Juan Luis Hernández Macías

Cuerpo Académico
Ciencia Penal, Estado de Derecho y Derechos Humanos:
Luis Felipe Guerrero Agripino
Teresita Rendón Huerta Barrera
Julio César Kala
José Jesús Soriano Flores
Manuel Vidaurri Aréchiga

Diseño de Portada: Adriana Chagoyán Silva
Fotografía: Pedro Vázquez Nieto

Primera edición, 2015
Copyright © 2015
División de Derecho, Política y Gobierno
Universidad de Guanajuato
Lascraín de Retana no. 5, Centro, 36000, Guanajuato, Gto.
www.ddpg.ugto.mx

Impreso en México
Printed in Mexico

ISBN 978-607-441-336-6

Los trabajos que se incluyen en el presente libro, fueron arbitrados por pares académicos mediante dictámen ciego.



REFLEXIONES JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS

Libro Homenaje al Doctor Pedro López Ríos

Coordinadores

Teresita Rendón Huerta Barrera

José Jesús Soriano Flores



UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO

José Manuel Cabrera Sixto
Rector General

Rosa Alicia Pérez Luque
Secretaria General

Juvencio Robles García
Secretario Académico

Luis Felipe Guerrero Agripino
Rector del Campus Guanajuato

Teresita Rendón Huerta Barrera
Directora de la División de Derecho, Política y Gobierno

José Cervantes Herrera
Secretario Académico de la División de Derecho, Política y Gobierno

Antonio González Arroyo
Director del Departamento de Derecho

ÍNDICE

Prólogo <i>Manuel Vidaurri Aréchiga</i>	9
Nueva Ley de Asociaciones Público Privadas <i>Gerardo Arroyo Figueroa</i>	13
La participación ciudadana en el municipalismo <i>Patricia Begné</i>	37
El feminicidio en Guanajuato: análisis dogmático y político-criminal <i>Pablo Alfonso Cervantes</i>	51
Los pilares de la jurisdicción contencioso-administrativa en México <i>Miguel Ángel Cervantes Flores</i>	79
La licencia en la ley del notariado para el Estado de Guanajuato <i>José Cervantes Herrera</i>	107
Bases para la construcción de un modelo anticorrupción partidista en el ámbito del derecho electoral mexicano <i>Guillermo Rafael Gómez Romo de Vivar</i>	129
El juez constitucional ante el juicio de ponderación <i>Juan Luis Hernández Macías</i>	145
Antecedentes del <i>non bis in idem</i> <i>Liliana Hernández Mendoza</i>	163
El sistema de mérito en la administración pública de cara al siglo XXI ¿Está el marco jurídico del municipio mexicano a la altura de los nuevos desafíos que enfrenta la administración pública municipal? <i>Carlos Eduardo Hernández Pérez</i>	175

Cultura política Referente de la cultura de la legalidad <i>Julio César Kala</i>	187
Control constitucional. Los orígenes, contrastes históricos y funcionales del control difuso y control concentrado ejercido en México <i>Antonio Silverio Martínez Hernández</i>	211
El Derecho internacional administrativo y su relación con el Derecho internacional ambiental <i>José Ángel Méndez Rivera</i> <i>Antonio Olguín Torres</i>	233
La participación electoral en el México de la transición democrática. El reto del abstencionismo <i>Enoc Morán Torres</i> <i>Angélica Yedit Prado Rebolledo</i>	255
Aproximación a una experiencia de intervención territorial en municipios de la región 01 noreste del Estado de Guanajuato <i>José de Jesús Ramírez Macías</i>	279
Propuesta para regulación de la participación ciudadana municipal. El caso de los consejos municipales de León, Guanajuato, como consejos gestores de políticas públicas <i>Alejandro Armando Ramírez Zamarripa</i>	307
Elementos jurídicos para el aprovechamiento energético de los residuos sólidos urbanos <i>Teresita de Jesús Rendón Huerta</i>	329
Las cartas de fundación y la defensa de la constitución. La construcción de un paradigma <i>Juan Antonio Rodríguez Corona</i>	347
Integridad patrimonial y reparación del daño. Procedimiento y alcances en la responsabilidad patrimonial del estado en el funcionamiento de la administración de justicia. Derecho comparado <i>Jessica C. Romero Michel</i>	363

Propiedad intelectual y derechos humanos <i>Salvador Francisco Ruiz Medrano</i>	393
Coacción física legítima y coerción fiscal como fundamentos del Estado moderno, un enfoque sociológico y jurídico <i>Jean Eddy Saint Paul</i> <i>Elizabeth Zapata Azpiri</i> <i>María Guadalupe Márquez Algara</i>	407
El derecho fundamental a la buena administración pública en el Derecho constitucional mexicano <i>Alejandro Sánchez García</i>	431
Nuevas tecnologías en materia de prueba en el derecho familiar <i>Salvador Soto Guerrero</i>	455
Derechos políticos como Derechos Humanos: Reflexiones introductorias <i>Manuel Vidaurri Aréchiga</i> <i>Fátima Rostro Hernández</i> <i>José Jesús Soriano Flores</i>	491

PRÓLOGO

Los cuidadosos responsables de la edición de este libro me han distinguido con su invitación a prologarlo. Considero lo anterior como la privilegiada oportunidad de sumarme al reconocimiento que muchos colegas, amigos y discípulos le brindan al doctor Pedro López Ríos, fundador junto con otros apreciados profesores del Departamento de Investigaciones Jurídicas, perteneciente a la otrora Escuela de Derecho -hoy División de Derecho, Política y Gobierno- de la Universidad de Guanajuato.

El impulso y concentrada acción del profesor López Ríos en pro del desarrollo de la investigación jurídica en la Universidad, el Estado y la región, debe serle reconocida sin cortapisa. Y si la anterior es una razón importantísima para este homenaje en forma de libro, lo es también su desempeño como integrante del Tribunal Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato donde por muchos años desplegó su labor jurisdiccional con objetividad, imparcialidad y elevada calidad técnica, como corresponde a quien se precia de ser un auténtico juzgador. Del mismo modo, su labor docente, de asesoría jurídica, el trabajo como directivo universitario, pero sobre todo, su bonhomía, suman, sin duda, cualidades y virtudes que se reconocen en el texto que ahora se presenta.

Generalmente, los libros como el que tiene el lector en sus manos se caracterizan por la diversidad de temas y autores. No siempre se consigue ordenar las aportaciones en torno a un hilo conductor, básicamente porque las y los escritores provienen de diversos ámbitos de la ciencia jurídica, que no necesariamente coincide con la que cultiva el homenajeado. Por lo demás, cuando el afecto es sincero, ni falta hace ese hilo conductor. El resultado es lo que cuenta: un testimonio de gratitud, pero también un volumen de gran riqueza temática que, bien visto, constituye esa invaluable oportunidad de hacer un repaso de los grandes problemas que interesan hoy a los juristas. En pocas palabras, este libro es algo así como el obligado temario de un *curso de actualización jurídica*, preparado por distinguidos expertos nacionales e internacionales.

Este compendio de reflexiones jurídicas es autoría de veintiocho investigadores, a través de 23 trabajos desde los cuales es posible conocer el estado de la discusión académica en los temas tratados. Debe destacarse que los compiladores pusieron especial interés en que las aportaciones pasaran por

un riguroso análisis y evaluación de pares académicos de cara a su definitiva inclusión.

Otra nota de especial significado distingue este libro: nos referimos a la procedencia de los investigadores y articulistas. A los académicos de la Universidad de Guanajuato se unen aquellos que pertenecen a otras instituciones educativas como la Universidades de Aguascalientes y Colima, del Poder Judicial del Estado de Guanajuato, del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y de la Red Estatal de Profesoras y Profesores en Derechos Humanos de Guanajuato, entre otros. También se integran aportaciones de jóvenes que inician su andadura en el Programa Universitario de Investigaciones Jurídicas de la División de Derecho, Política y Gobierno, aspecto que abre en el horizonte la esperanza de una nueva generación de investigadores que continuarán con el proyecto iniciado por el doctor López Ríos el 21 de Septiembre de 1981, fecha de la constitución del Departamento de Investigaciones Jurídicas.

En este libro, por otro lado, participan varios integrantes del cuerpo académico *Ciencia Penal, Estado de Derecho y Derechos Humanos*, quienes en armoniosa sintonía han orientado sus energías a la generación de ésta y otras iniciativas académicas, mismas que, como en esta ocasión, aparte de brindar testimonio de honesto agradecimiento al apreciado profesor López Ríos, también facilitan igualmente el acceso al conocimiento jurídico de las presentes y futuras generaciones de abogadas y abogados en México y más allá de sus fronteras.

Antes de concluir, quiero dejar sentado mi agradecimiento a quienes han coordinado eficazmente la obra, la doctora Teresita de Jesús Rendón Huerta Barrera y el maestro José Jesús Soriano Flores. Su invitación a redactar estas palabras introductorias me ha permitido expresar al colega Pedro López Ríos mi aprecio por todo su esfuerzo académico al promover incansablemente la investigación jurídica, que es, sin duda, una más de las rutas que nos llevan a la comprensión de los problemas de una sociedad como la nuestra, ahora tristemente envuelta en la confusión y la barbarie.

Manuel Vidaurri Aréchiga
Profesor Titular en la División de Derecho, Política y Gobierno
Junio de 2015

TRABAJOS

NUEVA LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

Gerardo ARROYO FIGUEROA¹

«Por la libertad, se puede y debe aventurar la vida»²

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de recursos para satisfacer las múltiples demandas de la sociedad, ha llevado a los Estados nacionales y subnacionales a buscar nuevas fuentes de financiamiento, que por un lado sean eficientes y oportunas, pero por otro no acrecienten el déficit presupuestal que a su vez origina un acelerado endeudamiento público.

En el caso del gasto necesario para diseñar, construir, conservar y operar infraestructura para bienes y servicios públicos, esa generación de nuevas fuentes de financiamiento se convierte en una política pública de capital importancia, más aún en los países latinoamericanos, en donde la media de inversión en infraestructura no ha alcanzado los niveles precisos para incentivar la economía y generar activos y servicios de alta calidad para la sociedad.

En ese contexto, los Proyectos de Prestación de Servicios (en adelante PP's), como contratos de servicios integrales a largo plazo —que abarcan el diseño, construcción, mantenimiento, conservación u operación de diversa infraestructura—, son parte de las llamadas asociaciones públicas privadas (en adelante APP's), constituyendo en estos tiempos una de las más novedosas formas de financiamiento inmediato para el sector público, al

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato, Maestro en Fiscal en la misma Universidad. Actualmente colabora como Coordinador de Asesores del Órgano de Fiscalización Superior del Congreso del Estado.

² CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de, *El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, parte 2, Capítulo 58.

margen de la deuda pública y con cargo a recursos diferidos amortizables en el tiempo.

Con la reciente publicación oficial efectuada en el mes de enero de 2012 de la denominada Ley de Asociaciones Público Privadas, se consolidó en el país dicho esquema financiero alternativo para proyectos de inversión pública productiva a largo plazo.

En ese contexto, este trabajo de investigación se propone realizar el estudio de esa novedosa legislación federal, partiendo de sus antecedentes normativos previos, exponiendo su naturaleza jurídica, objeto material de regulación, alcances y conceptos, así como su integración dentro del sistema jurídico mexicano. Destacando particularmente las innovadoras instituciones y regulaciones que inserta en dicho régimen normativo.

Es importante puntualizar, que el ordenamiento sujeto a estudio se disecciona en cada uno de sus apartados y numerales relevantes, correlacionando unos con otros, incluso con los de otros ordenamientos, esto al tratarse de un texto normativo sistémico y complejo. Estamos en presencia de una legislación que aborda tanto temas financieros como administrativos e incluso ecológicos.

Resulta oportuno señalar, que no obstante que se trata de un ordenamiento de índole federal, su espectro de regulación abarca incluso proyectos de entidades federativas y municipios en los que subsista una valiosa concurrencia de recursos federales.

Luego entonces, podemos afirmar que la ley que nos ocupa, otorga certeza jurídica a una de las alternativas más concretas y sustentables que se vislumbran para el financiamiento de todos los niveles de gobierno para los próximos años.

I. ANTECEDENTES

El esquema proyectos de prestación de servicios fue desarrollado a partir de la experiencia del Reino Unido en la aplicación de una nueva política pública conocida bajo el nombre de «iniciativa de financiamiento privado» (PFI por sus siglas en inglés) y el desarrollo que la misma detonó en otros países, particularmente en Australia, Sudáfrica, Canadá y varios países de Europa continental. La estructura contractual de los proyectos ejecutados bajo el esquema PFI es compleja e involucra una serie de relaciones contractuales entre la entidad pública contratante, la empresa proveedora de servicios, las instituciones financieras y las empresas subcontratadas por la empresa proveedora. El esquema PFI permite ejecutar proyectos de infraestructura y servicios públicos sin necesidad de que el sector público

tenga que afectar de inicio sumas importantes de recursos o hacer pagos en las etapas iniciales.

Por su parte el concepto genérico de «*public-private partnership*» (PPP o P₃), o colaboración público privada (CPP), se desarrolló en la segunda mitad de los años noventa en los países anglosajones, siendo su antecedente el referido PFI, esto es, los PP's o CPP son especies de PFI o asociación pública privada en México, aun cuando como veremos, en este país se utilizan ambos conceptos de forma análoga.

En tratándose de asociaciones público-privadas, en México el antecedente histórico más añejo, es desde luego la concesión de servicios o de infraestructura, regulándose ambos esquemas a nivel federal por diversos ordenamientos, dependiendo de la materia a concesionar, como son: Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal, Ley Federal de Telecomunicaciones; y la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con la Misma, por citar las más trascendentales. Lo anterior, sin perjuicio de que dicha modalidad es también regulada por las entidades federativas, las cuales cuentan con esa competencia en el ámbito de su circunscripción territorial, tal es el caso del Estado de Guanajuato que emitió su Ley de Concesiones de Servicios e Infraestructura Pública para el Estado de Guanajuato, en el Periódico Oficial de fecha 24 de diciembre del 2002, en su momento, se incorporó la figura de la concesión de infraestructura, así como la mixta o con participación de recursos privados³.

Empero, el modelo más cercano a los PFI, y que podemos considerar como el antecedente directo más lejano de los Proyectos de Prestación de Servicios (PP's) en México, es el de los proyectos de infraestructura productiva de largo plazo diferidos en el registro del gasto, también conocidos como PIDIREGAS. Dicho esquema deviene de las reformas promulgadas en diciembre de 1995 a la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y la Ley General de Deuda Pública en sus artículos 30 y 18, respectivamente.

Por su parte, el esquema PPP del Reino Unido o colaboración público privada (CPP) en España, fue adoptado y adaptado en México bajo el nombre de «proyectos para prestación de servicios» a través del Acuerdo por el que se establecen las Reglas para la Realización de Proyectos para

³ No obstante ello, y seguramente por la falta de recursos estatales para esta tipología de proyectos, a la fecha sólo subsiste una concesión pública de este tipo en Guanajuato, como lo es la concesión otorgada en el año de 2010 para la rehabilitación, operación, explotación, conservación y mantenimiento del Libramiento Sur de Celaya, así como para el diseño, construcción, operación, explotación, conservación y mantenimiento del Libramiento Nororiente de Celaya.

Prestación de Servicios que fue emitido conjuntamente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) y por la Secretaría de la Función Pública en marzo de 2003, modificadas posteriormente en abril de 2004 (Reglas PP's). Dichas reglas regulaban, entre otras cosas, la autorización del órgano hacendario federal para este tipo de proyectos, así como el análisis costo-beneficio previo, la adquisición de activos para los referidos esquemas y su posterior evaluación. Dado lo anterior, el 16 de enero del 2012, fue publicado por el Ejecutivo Federal en el Diario Oficial de la Federación, sección primera, el Decreto por el cual se expide la Ley de Asociaciones Público Privadas. Es de destacarse, que en el referido decreto publicado en tal órgano de difusión federal, igualmente se reforman disposiciones de otros ordenamientos, tales como: Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; Ley de Expropiación; Ley General de Bienes Nacionales; y Código Federal de Procedimientos Civiles. Empero, estas reformas no están vinculadas directamente al tema de las APP's, sino que tienden a fortalecer la contratación pública genérica.

II. NATURALEZA, OBJETO Y ALCANCES DE LA LEY

La normatividad en análisis es una ley de orden público, siendo así catalogada por su propio ordinal 10. Así, se entiende que las leyes de orden público son aquellas en las que están interesadas de una manera muy inmediata y directa la seguridad, las buenas costumbres, un sentido primario de la justicia y la moral. Dicho en otras palabras, las leyes fundamentales y básicas que forman el núcleo sobre el que está estructurada la organización social.⁴

En ese contexto, las disposiciones de la Ley de Asociaciones Público Privadas son irrenunciables e imperativas, dado que se anteponen siempre al interés particular y no están sujetas al concurso de voluntades o consentimiento previo; siendo entonces que en su interpretación deben de prevalecer estos principios. Es por ello que los contratos que regula son públicos y administrativos, no sólo por la participación del sector público contratante, sino porque subsisten cláusulas exorbitantes que trascienden a la voluntad de las partes y tienden a tutelar a dicho órgano administrativo adquirente del servicio, aunado a que a tales actos volitivos les precede un procedimiento o trámite de contratación reglado. Esta primera naturaleza

⁴ Véase entre otras, la Jurisprudencia de la Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, 5a época, tomo CXX, Pág. 590, bajo el rubro: LEYES DE ORDEN PÚBLICO.

de la ley en estudio adquiere significación especial, si se advierte que la misma regula relaciones entre el sector público y los particulares contratantes en su carácter de desarrolladores e incluso, como iniciantes o proponentes en algunos casos de proyectos.

La Ley de Asociaciones Público Privadas es un ordenamiento complejo, tanto sustantivo como adjetivo, y en este último aspecto regula en su artículo 38 el procedimiento de contratación para adjudicar los contratos de asociación público-privada; es decir, efectivamente atiende la regla general prevista en la norma constitucional. En otro orden de ideas, la normativa federal multicitada es una ley especial, por cuanto que regula una tipología específica de contratación en detrimento de la normatividad genérica para contratar servicios y obra por el sector público; así, el artículo 20. de la ley, señala que los proyectos de asociación público-privada regulados por dicho ordenamiento, son aquellos que se realicen con cualquier esquema para establecer una relación contractual de largo plazo entre instancias del sector público y del sector privado, para la prestación de servicios al primero y en los que se utilice infraestructura provista total o parcialmente por el sector privado. Esto es, dicha ley no regula todo tipo de contratación, sino únicamente la tasada por la propia norma; más aún, la ley en comento no sólo es especial por su objeto específico de regulación, sino porque excluye la aplicación de otros ordenamientos generales; al efecto, su numeral 7 preceptúa que la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, así como la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, no serán aplicables a los proyectos de asociaciones público-privadas, salvo que la misma ley señale expresamente lo contrario.⁵

Es interesante dicha previsión, que no encuentra parangón en otros ordenamientos especiales federales, por cuanto que excluye la aplicación de las leyes genéricas en materia de contratación pública, estableciendo un régimen administrativo «*sui generis*» para los proyectos de asociación pública privada. Igualmente la ley además de ser especial, es opcional y excluyente respecto a determinadas materias, dado que su artículo 10 señala que la instauración de los proyectos de asociación público-privada son opcionales y podrán utilizarse sólo en relación con actividades que permitan legalmente la libre participación del sector privado, excluyendo los rubros reservados

⁵ Como apuntaremos más adelante, la propia ley remite expresamente a la citada legislación federal en materia de adquisiciones, cuando alude a los trabajos, estudios o proyectos ejecutivos previos que se requieran contratar para instaurar o concursar el proyecto respectivo; empero, dicha remisión expresa es sólo para estos casos particulares, conforme lo previene la ley en estudio.

al control del Estado mexicano, como es el caso de los hidrocarburos en algunas de sus actividades de extracción y distribución.

Es de llamar la atención que la Ley de Asociaciones Público Privadas, podría entenderse que abarca conceptual o semánticamente más esquemas de colaboración entre ambos sectores, esto es, dicha denominación alude a un género y lo que en realidad regula la norma es sólo una especie de APP's, concretamente una tipología de contratos de prestación de servicios integrales a largo plazo. Resulta claro, si se considera tanto el concepto del numeral 2, como la previsión del ordinal 13, fracción I, ambos de la ley de marras, que el tipo específico de contrato a regular es integral, por cuanto que abarca tanto acciones de obra o infraestructura, como actos operativos diversos, tal integralidad como característica del contrato a regular se reafirma incluso con el contenido del numeral 19, el cual lo establece como regla general sujeta a excepciones justificadas (trabajos o estudios previos). Aún más, el ordinal 96 señala que el desarrollador será responsable de aportar los recursos para la ejecución de la precitada obra y la prestación de los mencionados servicios, sin excluir la posibilidad de que el sector público realice aportaciones al proyecto.

De lo anterior es de destacarse, que se alude a un arquetipo específico de contrato a largo plazo que tiene como nota distintiva esa integralidad (obra-servicios), incluso con cargo a recursos del inversionista privado, aún de forma parcial; estamos pues en presencia de una ley especial excluyente que introduce de facto una tipología novedosa de contrato administrativo dentro del sistema legal mexicano.

Decimos que dicha ley es administrativa bajo dos perspectivas, una subjetiva, al ser sus sujetos de regulación determinados órganos administrativos, concretamente el artículo 40 de la legislación en cita, establece que sus disposiciones son aplicables a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, fideicomisos no considerados entidades paraestatales, organismos autónomos, y, a las entidades federativas, municipios y a los entes públicos de unas y otros, cuando estos últimos ejerzan recursos federales en proyectos de APP's de conformidad con los convenios que celebren para tales efectos con la Federación. Siguiendo al mismo artículo 40, advierte que las entidades federativas y los municipios podrán desarrollar con su propia normatividad los aludidos PP's y sólo les aplicará la referida Ley de Asociaciones Público Privadas, en aquellos casos que en los proyectos respectivos estén involucrados mayoritariamente recursos federales y siempre que se firme previamente un convenio con la Federación. Con tal alcance es posible que en la práctica, gran parte de leyes locales de PP's queden sin aplicabilidad, esto dado que en la mayoría de los casos los

proyectos tienen esa concurrencia de recursos, en un Estado federal donde el gasto en su parte medular está centralizado en la federación, incluso por el diseño mismo de la coordinación fiscal o hacendaria, donde el cúmulo de las contribuciones las recauda y ejerce el ámbito de gobierno nacional.

Ahora bien, así como aseveramos que la ley en estudio es administrativa en su parte subjetiva, también lo es en su vertiente objetiva, dado que como ha quedado apuntado supralíneas, regula procedimientos, actos y contratos de índole administrativa, incluso si atendemos a los medios de control o impugnación que en sede administrativa establece la propia norma. Lo anterior queda de manifiesto en el artículo 59, el cual señala que contra el fallo que adjudique el concurso procederá, a elección del interesado, el recurso administrativo de revisión, de conformidad con la Ley Federal de Procedimiento Administrativo o bien, el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Aunado a ello, es claro que dicho ordenamiento también regula a los particulares, cuando estos adquieren la calidad de concursantes, desarrolladores, contratistas e incluso como interesados en presentar propuestas no solicitadas. Como ha quedado apuntado, la ley especial y administrativa que nos concierne es de índole federal, no sólo por los sujetos públicos que norma y su objeto material de regulación, sino porque en términos de su ordinal 140, corresponde a los tribunales federales conocer de las controversias que se susciten con motivo de su interpretación o aplicación.

Siendo además una norma de índole adjetiva, dado que regula procesos administrativos específicos, tales como el concurso, la invitación a tres personas, la adjudicación directa, la negociación de bienes y la solución de controversias; aludiendo además a otros procedimientos, que si bien no son propios al regularse por otras normas, pero establece algunas particularidades sobre los mismos, como es el caso de la expropiación.

A respecto de su ordenamiento reglamentario, norma a nivel específico o pragmático, algunas figuras o instituciones legales, como es la participación de las entidades federativas y municipios en este tipo de proyectos de alcance federal.

III. SUPLETORIEDAD E INTEGRACIÓN DE LA NORMA

En otro orden de ideas, la Ley de APP's tiene una inserción más o menos forzada en el sistema jurídico mexicano, al regularse por éste de forma genérica todo lo relativo a la contratación pública, incluyendo sus procedimientos de adjudicación, concurso o licitación, pero más al referirse la ley que nos ocupa, a una multiplicidad de actos previos o concomitantes para

el desarrollo de los proyectos especiales que regula y que en mucho exceden a las prevenciones contenidas en los ordenamientos generales administrativos imperantes en el país. En tal sentido, el artículo 60. de la analizada legislación administrativa especial, establece una jerarquía normativa privilegiada, que es además congruente con el principio constitucional establecido en el ordinal 133 de la Carta Magna, del cual se desprende que dichos tratados son norma suprema de la nación.⁶

En esa medida, todos los actos y contratos que regula la ley, deben atender en su caso a dichos tratados internacionales de que México sea parte -formalmente celebrados-, esto es importante sobre todo en la parte de las impugnaciones o arbitrajes internacionales a que pudieran acudir los particulares afectados por algún acto; considerando que en los concursos que previene la legislación en estudio, pueden participar inversionistas extranjeros residentes o no en el país.

Por otra parte, el artículo 90. de la Ley de APP's, aplica de manera supletoria, en el siguiente orden: El Código de Comercio; El Código Civil Federal; La Ley Federal de Procedimiento Administrativo y El Código Federal de Procedimientos Civiles. Es interesante hacer notar que el propio texto normativo señala de ordenamientos del orden privado y continuando con los de índole administrativa. Según la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁷ cuando la referencia de una ley a otra es expresa, debe entenderse que la aplicación de la supletoria se hará en los supuestos no contemplados por la primera, complementándola ante posibles omisiones. Por ello, la referencia a leyes supletorias es la determinación de las fuentes a las cuales una ley acudirá para deducir sus principios y subsanar sus omisiones. La supletoriedad expresa debe considerarse en los términos que la legislación la establece. Ahora bien, conforme al numeral 2 del Código Co-

⁶ Véase entre otras, la tesis del Poder Judicial de la Federación publicada en el Semanario Juridicial de la Federación, séptima época, 151-156. Sexta Parte, página: 196, bajo el rubro: TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUÍA, la cual en su parte medular refiere: El artículo 133 constitucional adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo.

⁷ Respecto a la supletoriedad, subsisten múltiples tesis y jurisprudencias del Poder Judicial Federal, de las cuales destacamos la contenida en el Semanario Juridicial de la Federación, novena época, tomo V, enero de 1997, Pág. 374 Tercer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa del Primer Circuito, bajo el rubro: SUPLETORIEDAD DE LEYES. CUANDO SE APLICA.

mercio, se aplica supletoriamente al mismo, precisamente el Código Civil Federal; esto es, existe congruencia en la ley de APP's con lo establecido en la codificación mercantil. Atendiendo sus aspectos sustantivos —obligacionales—, mientras que las restantes normas —administrativa y civil—, suplen en su caso la parte adjetiva o procedimental de la ley. Cabe señalar, que existen otras suplencias expresas que la misma ley en análisis refiere, tal es el caso de la contenida en el artículo 81, al señalar que tratándose de la expropiación prevalecerá lo dispuesto en la ley de APP's y sólo en lo no previsto por ésta, se aplicarán de manera supletoria las disposiciones contenidas en la Ley Agraria. Sumado a ello, el texto de la ley hace una serie de remisiones expresas a otros ordenamientos, lo que pudiera considerarse como suplencias específicas de acuerdo a las materias tratadas en dicha legislación compleja.

IV. ACTOS PREVIOS AL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

Para llegar a contratar los servicios de largo plazo que regula la ley en análisis, la misma previene para el sector público un procedimiento restrictivo de contratación al que denomina concurso; empero, y para llegar a instaurar éste, requiere a su vez de ciertos actos que justifiquen, preparen o incluso autoricen el proyecto a desarrollar, tales actos están contenidos medularmente en el Capítulo Segundo del ordenamiento legal en comento, el cual precisamente alude a la preparación e inicio de los proyectos. Así las cosas, el numeral 14 previene la necesidad de contar con determinados análisis para establecer la viabilidad de un proyecto de asociación público-privada, destacándose entre los mismos: el de rentabilidad social; impacto ambiental, asentamiento y desarrollo urbano; estimaciones de inversión o aportaciones; los de viabilidad jurídica, técnica económica y financiera; bienes y derechos necesarios; e incluso el llamado comparador público-privado, que no es otra cosa que definir la conveniencia de llevar a cabo el proyecto mediante dicho esquema confrontándolo respecto de otras opciones. Dicho ordinal 14 refiere que en términos de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, se precisa igualmente de contar con una evaluación del impacto del proyecto respectivo en las finanzas públicas durante su ciclo de vida.

Aunado a ello, el artículo 15 de la misma legislación en examen, refiere que debe considerarse en los diversos estudios previos que soporten y sustenten este tipo de proyectos. Asimismo, tal ordinal señala que debe considerarse adicionalmente el Plan Nacional de Desarrollo y los programas regionales o sectoriales que correspondan, esto es, que el proyecto se

encuentre alineado a las políticas públicas del Estado mexicano. De hecho, los numerales 16 y 17 señalan, respectivamente, las particularidades que deben tener los análisis sobre los bienes y derechos necesarios para el proyecto, así como la composición del citado comparador público-privado, integrándose el mismo con un análisis de costo beneficio y con la rentabilidad social correspondiente. Es interesante resaltar, que la propia norma —artículo 18— remite a su reglamento para el contenido y demás alcances de los estudios antes referidos, pero puntualizándose que no pueden establecerse requisitos adicionales, igual idea queda reforzada con el contenido del artículo 23, el cual señala que deben contarse con los análisis mencionados totalmente terminados. Por otra parte se establece que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público coordinará y publicará un registro para efectos estadísticos con la información relativa a los proyectos, previéndose por el mismo dispositivo los requisitos de dicho registro y su calidad de público, salvo que la ley de la materia establezca expresamente lo contrario, invocándose a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Este registro, es adicional a la información que la Secretaría de la Función Pública debe publicitar en su sistema electrónico de información pública gubernamental conocido como «CompraNet», según el numeral 11 de la misma ley de APP's.

Para la generación de dichos estudios o trabajos previos —incluyendo el del proyecto ejecutivo—, se posibilita —artículo 20— que los mismos se contraten con terceros a través de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, aún más, la misma Ley de Asociaciones Público Privadas, previene un procedimiento especial para la contratación de los estudios o trabajos previos en comento, mediante invitación a cuando menos tres postores o a través de adjudicación directa, siempre que el monto de los honorarios pactados no exceda del tope líquido que consigna la propia ley. Dentro de esos mismos actos previos, tanto el artículo 21 como el 24, consignan como acción primordial para el inicio de los proyectos de asociación público-privada, y una vez agotados los estudios previos de factibilidad o pre factibilidad mencionados supralíneas, la autorización de la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación, en términos de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria. La precitada comisión, es un órgano interno permanente de la administración pública centralizada, conformada por las secretarías de Hacienda y Crédito Público; de Desarrollo Social; de Energía; de Economía; de Comunicaciones y Transportes; de la Función Pública, y del Trabajo y Previsión Social. Esto significa que la autorización de dicha comisión es un acto esencial para considerar el proyecto de aso-

ciación pública-privada dentro de la programación del gasto público anual en la correspondiente cartera de inversión. Bajo ese mismo tenor, el invocado numeral 24, previene el concepto de la plurianualidad presupuestal en este tipo de proyectos, para que en su caso dichos compromisos sean aprobados por la Cámara de Diputados a fin de proceder a su contratación y ejecución. Donde resulta aplicable el numeral 50 del primer ordenamiento hacendario en cita, por cuanto que éste permite la celebración de contratos de servicios plurianuales acorde a la norma aplicable.

Respecto a las demás autorizaciones federales que se requieran para este tipo de proyectos, en materias tales como: protección ambiental, asentamientos humanos, desarrollo urbano, construcción o uso de suelo, entre otros, el artículo 22 establece que las dependencias o entidades federales competentes ante las cuales se tramiten, darán prioridad en los mismos cuando el solicitante o promovente manifieste de forma expresa que dicha autorización se requiere precisamente para los proyectos de asociación público privada. Aunado a ello, en una previsión novedosa en el ámbito jurídico nacional mexicano, se propone la figura de afirmativa ficta exclusivamente en las autorizaciones federales que se requieran para iniciar proyectos de asociación pública privada.

Dentro de los actos previos al procedimiento de contratación, el Capítulo Tercero de la ley en desarrollo, regula la presentación de las denominadas propuestas no solicitadas. Así, prevé que los particulares interesados en desarrollar un proyecto de asociación público-privada, podrán presentar sus propuestas, sin que se hayan solicitado y sin que subsista convocatoria a concurso alguno. Con ello, se propiciarán condiciones e incentivos para que el sector privado presente proyectos que de ser de interés del sector público, puedan llevarse a la práctica. Es de señalarse a ese respecto, que dicha figura fue tomada de algunos países europeos que ya consideraban determinadas prácticas que tienden a dar el sector privado la oportunidad de tomar la iniciativa en una operación de contratación público privada. Estas prácticas permiten sondear la intención del mercado para invertir en determinados rubros o proyectos. Asimismo, incitan al desarrollo de técnicas innovadoras.⁸ En algunos estados europeos miembros de la Unión Europea, la iniciativa privada es objeto de una normativa específica, como en Italia la Ley Merloni ter de 18 de noviembre de 1998 y en España el Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1995 y la Ley 13/2003,

⁸ Véase a RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Guía Práctica de las Nuevas Formas de Contratación del Sector Público*, España, Aranzadi, 2009, pp. 87-88.

reguladora del contrato de concesión de obras públicas, de 23 de mayo de 2003.⁹

V. PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN O ADJUDICACIÓN

En principio, es necesario puntualizar que para el desarrollo de un proyecto de asociación público-privada, la ley de APP's establece dos procedimientos de contratación, uno de convocatoria pública, como es el caso del concurso, el otro más discrecional pero de carácter excepcional, el cual sólo se instaura al cumplirse con algunos de los extremos que la propia norma indica, es casuístico. La ley en análisis señala en su ordinal 38, que el referido concurso deberá llevarse a cabo conforme a los principios de legalidad, libre concurrencia y competencia, objetividad e imparcialidad, transparencia y publicidad, en igualdad de condiciones para todos los participante, buscando adjudicar los proyectos en las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes. En una previsión novedosa e importante en el ámbito jurídico nacional, señala la posibilidad de que el sector público contrate los servicios de un agente para que, por cuenta y orden de aquél, celebre el concurso respectivo sin que por ello tal concurso pierda su carácter de procedimiento administrativo de orden público. Sin embargo la ley alude a que en todos los casos, incluyendo el anterior, los servidores públicos siempre serán responsables del cumplimiento de las bases del concurso. Así como para la contratación de estudios o trabajos previos —invitación a tres o adjudicación directa de acuerdo al monto previsto para el contrato—. Para fortalecer tales principios rectores, el artículo 47 refiere, que no podrán establecerse requisitos que tengan como resultado limitar el proceso de competencia y libre concurrencia. En otro orden de ideas, en los procedimientos que regula dicha normativa legal, particularmente en el concurso -incluyendo notificaciones, se previene la posibilidad de utilizar medios electrónicos, esto es, se establece la factibilidad legal del concurso electrónico, como un medio de agilizar los procesos, dotarlos de transparencia y certeza, homologándolos a nivel internacional.

Ahora bien, en los concursos podrá participar toda persona, física o moral, nacional o extranjera, que cumpla los requisitos establecidos en la convocatoria, las bases y en las disposiciones aplicables al proyecto de que se trate, que asimismo no se encuentren en los supuestos de inhabilitación contenidos en la propia norma. La Ley de Asociaciones Público Privadas

⁹ *Ídem.*

también previene que las personas físicas participantes deberán obligarse a constituir, de resultar ganadoras, una persona moral de propósito específico SPE, dado que conforme a dicho ordenamiento, los contratos de APP's sólo pueden celebrarse con personas jurídico-colectivas cuyo objeto social o fines sean de manera exclusiva realizar las actividades necesarias para desarrollar el proyecto respectivo. Es oportuno señalar, que la ley no establece una figura o modalidad específica de sociedad, por lo que se entiende que podrá ser cualquiera de las reguladas por la Ley General de Sociedad Mercantiles. En resumidas cuentas, toda persona física o moral puede participar en un concurso de APP, incluso en forma conjunta, siempre y cuando no se encuentren impedidas para ello por la normatividad aplicable, siendo que al momento de contratar deberá constituirse una SPE. Esto es, los contratos de APP's sólo se celebraran con personas morales calificadas.

Por otra parte, se previene por la ley en estudio, que cualquier persona podrá asistir a los diferentes actos del concurso en calidad de observador, previendo la figura de testigos sociales. De esto se colige, que el concurso es un procedimiento abierto, transparente y público, con participación ciudadana, incluso bajo la novedosa figura de la testimonial aludida.

Igualmente se norman por la legislación en análisis, los elementos mínimos necesarios que deben cumplir las bases de dicho concurso, entre otros aspectos: información general básica del servicio requerido y de la convocante, requisitos de presentación de las propuestas, bienes, derechos y autorizaciones requeridas, términos, plazos y demás condiciones. Dichas bases pueden modificarse, sólo tenga por objeto facilitar la presentación de las propuestas y la conducción de los actos del concurso. Así las cosas, la ley de APP's señala que previo a la presentación y apertura de las propuestas, la convocante puede efectuar el registro de los participantes y varias revisiones preliminares, así como dos o más etapas de consultas o aclaraciones en las que en su caso la convocante desahogue por escrito las dudas o preguntas de los participantes. Los concursantes sólo podrán presentar una propuesta en sobre cerrado con su respectiva oferta técnica y económica. Dicha propuesta se presentará en firme.

En materia del fallo, como acto que pone fin o resuelve el procedimiento del concurso, la ley indica que deviene de una evaluación de las propuestas donde se puede utilizar el mecanismo de puntos y porcentajes, criterios de costo beneficio, que tengan como premisa una comparativa cuantificable, objetiva e imparcial de las propuestas presentadas y aceptadas. Con dicha amplitud, es de suponerse que pueden utilizarse instrumentos como la

subasta inversa, como mecanismo comparativo o de medición de las propuestas, combinando incluso varios simultáneamente o de forma sucesiva.

Refiere la norma que se adjudica el concurso al participante que haya presentado la propuesta solvente que cumpla con todos los requisitos legales, técnicos y económicos. Es de advertirse entonces, que el criterio económico no es el medular, sino que sólo se aplica en casos de empate. Es de destacarse, que la norma permite optar por adjudicar el concurso, aun cuando sólo concorra un concursante, siempre y cuando su propuesta sea solvente, sin que la ley establezca mayor requisito en este eventual escenario; sin embargo, al señalar que es opcional, podemos colegir que no necesariamente tendría que hacerlo.

Contra el fallo del concurso procede de forma opcional para el interesado: el recurso administrativo de revisión conforme a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo o el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. En ambos casos, la ley que nos concierne señala que puede solicitarse la suspensión del proyecto por el interesado que interponga el medio de defensa, siempre que no se afecte el interés social o el orden público y no sean de difícil reparación los daños y perjuicios —caución que no deberá ser menor al diez ni mayor al treinta por ciento del monto de la propuesta económica del inconforme—.

En otro orden de ideas, la Ley de APP regula, respectivamente, las figuras de descalificación, declaratoria de desierto el concurso y la cancelación del mismo, la primera como una sanción para los participantes que realicen conductas desventajosas, utilicen información privilegiada o acuerden con otros los precios u otras ventajas indebidas, por lo que aquí subyace un margen discrecional para la autoridad o bien; si sobreviene respecto a tales participantes una causal de inhabilitación o impedimento para concursar;

Por su parte, la declaratoria de desierto se configura cuando ninguna de las propuestas reúnan los requisitos o cuando las ofertas económicas fueran inaceptables, o se extinga la necesidad de contratar o para salvaguardar el erario público, solamente en este último escenario de la cancelación, se previene un reembolso a los concursantes respecto a sus erogaciones no recuperables debidamente acreditadas.

Ahora bien, como procedimientos de contratación excepcionales al concurso, la ley de APP's establece la invitación a cuando menos tres personas y la adjudicación directa, tales procedimientos se generan exclusivamente bajo los supuestos que la propia ley establece de forma limitativa —artículo 64—, causales variadas que atienden a diversas circunstancias, entre otras: a la existencia de un solo posible oferente en el mercado por tener marcas, patentes o derechos exclusivos; por fines militares o de seguridad nacio-

nal; por la rescisión o terminación anticipada de un contrato adjudicado. Es de destacarse, que la aludida invitación no sigue las mismas faces del concurso, ni se hace necesario en tal proceso una convocatoria o bases. La ley sólo consigna que en estos procesos se invite a personas con posibilidad de respuesta adecuada, que cuenten con la capacidad financiera, técnica, operativa y demás necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones que contraigan.

En un enunciado muy general y dogmático, la ley expresa que los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas y de adjudicación directa, deberán realizarse conforme a los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad, transparencia e igualdad de condiciones, así como prever las medidas para que los recursos públicos se administren con eficiencia, eficacia, transparencia y honradez.

VI. LA DISPOSICIÓN DE ACTIVOS PARA LA CONTRATACIÓN

En el Capítulo Quinto de la ley, se prevé lo relativo a los bienes necesarios para el proyecto respectivo, señalándose como premisa general, que la responsabilidad de adquirir los inmuebles, bienes y derechos necesarios para la ejecución de una asociación público-privada podrá recaer en la convocante (sector público), en el desarrollador —concurante adjudicado— o en ambos, según se señale en las bases y se convenga en el contrato de PP's respectivo. En este tipo de proyectos, y dentro del contexto nacional mexicano, la mayor parte de los bienes raíces que sirven de recipiente para las obras a realizarse por parte del inversionista proveedor, se adquieren por el sector público, esto dada su eficaz gestión, su expertiz negociadora y porque es dicho ámbito gubernamental el que puede instaurar los procesos de expropiación. En este sentido, la ley de APP's regula dos tipos de adquisición onerosa por parte del sector público, a saber: por la vía convencional y mediante la expropiación, siendo atribución de la autoridad optar por uno u otro. En ambos casos, la norma en estudio previene que se requiere avalúo del Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales (INDABIN), o bien, formulado por instituciones de crédito nacionales, o por corredores públicos o profesionistas con postgrado en valuación, en los términos que indique el reglamento de la ley. Ahora bien, dicho ordenamiento legal establece como garantía de los afectados, que en ningún caso el valor de sus bienes o derechos será inferior al valor fiscal; la

cual se obtiene en términos de las disposiciones fiscales y administrativas de índole municipal.

En el caso del procedimiento de negociación, la ley de APP's posibilita que el ámbito público cubra, contra la correspondiente posesión del bien, anticipos hasta por el equivalente a un 50% del precio acordado, así también que siga solventando dicho monto en pagos parciales o diferidos. Con esta previsión, se permite que el proyecto inicie con la mera detentación física y formal del bien por parte del sector público. Es claro, y la ley así lo reitera, que si la adquisición se da por parte del inversionista proveedor con cargo a sus propios recursos privados, el mismo no estará sujeto a los límites y demás requisitos antes mencionados.

Respecto a la expropiación, la ley de APP's remite al ordenamiento aplicable, esto es, a la Ley de Expropiación o a la Ley Agraria, según el régimen legal de propiedad, privada o social, respectivamente. Finalmente, se previene, como un requisito ineludible de este tipo de proyectos, además de que es parte de sus características intrínsecas, que a la terminación del contrato los inmuebles, bienes y derechos de carácter público, incorporados a la infraestructura o indispensables para la prestación del servicio, pasarán al control y administración del sector público contratante, igualmente la norma refiere que éste tendrá en su caso opción de compra en relación con los demás bienes que siendo propiedad del desarrollador el mismo haya destinado a la prestación de los servicios contratados.

VII. EL CONTRATO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Una vez adjudicado el contrato de APP, su formalización, según la ley de la materia, se efectuará en los plazos que las bases del concurso señalen; de no suscribirse por causas imputables al adjudicado, se hará efectiva la garantía correspondiente, es decir, la caución que otorgan los concursantes como seriedad de su propuesta, además de que el proyecto podrá —es potestativo— adjudicarse a favor del segundo lugar y en forma descendente a los subsecuentes lugares del concurso, en la medida en que éstos cumplan con las bases. En otro orden de ideas, en la sección segunda del Capítulo Sexto, y en los capítulos Séptimo, Octavo, Noveno y Décimo, de la ley de APP's, se regula todo lo relativo a los contratos, desde sus requisitos, pasando por su ejecución, modificación, término o conclusión y supervisión.

En ese tenor, la norma legal que nos interesa, establece los requisitos mínimos formales que el contrato de asociación público-privada deberá contener —Art. 92—, enunciándolos de forma general, desde los elementos básicos o comunes a todo acto volitivo consensual, hasta temas más es-

pecíficos como son las condiciones o características del servicio, estándares de calidad, régimen financiero, bienes requeridos, distribución de riesgos, seguros, relación con acreedores, pudiendo adicionarse más en las bases o en el reglamento respectivo, según el tipo de proyecto de que se trate. Y en sintonía con lo anterior, la propia ley señala el objeto general que este tipo de contratos debe tener, que no es otro sino la prestación del servicio integral, así como la ejecución de la infraestructura necesaria para ello. Asimismo, el ordenamiento establece de forma enunciativa, los derechos y obligaciones generales que en este tipo de contratos asume el desarrollador o contratista, sin perjuicio, se señala por la norma, de los que establezcan las demás disposiciones aplicables. Incluso en su artículo 100, la ley refiere algunas prestaciones adicionales que pueden pactarse a cargo del desarrollador, entre otras: rembolsar el valor de los inmuebles, pago de supervisión y vigilancia de obra, seguros y garantías adicionales.

En otra temática referente a esta clase de contratos, la ley en comento señala que la vigencia de dichos actos consensuales, con sus prorrogas respectivas, no deberá exceder en su conjunto de 40 años, lo que de entrada refrenda el carácter multianual de estos actos como pasivos¹⁰ a largo plazo, prorrogables —convenio modificatorio¹¹— pero sujetos a un límite perentorio legal.

En el tema específico de las garantías de cumplimiento que deben consignarse en estos contratos, la ley refiere de forma específica dos tipos: una equivalente al 15% del valor de las obras, durante la construcción de la infraestructura, y otra del 10% de la contraprestación pactada, para el caso de la prestación de los servicios requeridos, siendo éstos límites máximos para la suma de todas las cauciones en cada rubro.

Por lo que hace a la subcontratación por parte del contratista desarrollador, y como una previsión importante de la ley, se permite en la medida en que lo prevengan las bases y previa autorización de la contratante, señalándose que el desarrollador será el único responsable ante el sector público de los servicios que debe prestar en la calidad y cantidad requeridas. Por otra

¹⁰ El tratamiento contable y presupuestal de los PP's es uno de los temas de mayor discusión en la definición del marco legal y reglamentario aplicable. El punto de partida del debate ha sido el considerar que las obligaciones de pago de estos contratos no se registrarán como deuda pública, además de que los pagos se asumirán en el sector público como gasto corriente.

¹¹ Dicha prórroga puede otorgarse por la contratante dentro de la vigencia del contrato primigenio, siendo que al tenor de la ley de APP, debe considerarse para tal modificación cualquier cambio en las condiciones materiales, tecnológicas y económicas, bajo las cuales se lleva a cabo la prestación de los servicios, revisándose por partes las condiciones del contrato respectivo.

parte, Igualmente se facilita por la ley que los desarrolladores puedan dar en garantía, fuente de pago o afectar de cualquier forma a favor de terceros, sus derechos derivados del contrato de APP. Con estas últimas previsiones, se reconoce la necesidad del desarrollador de acudir a mercados financieros bursátiles o crediticios, nacionales o internacionales, lo que incluso hace atractivo al eventual financiamiento requerido de terceros. Aunque el mismo ordenamiento también señala como una restricción fundamental, que si dichas garantías o afectaciones se hicieren efectivas, los terceros titulares de las mismas sólo tendrán derecho a los flujos generados por el proyecto, después de deducir los gastos y gravámenes fiscales de los mismos. Por otro lado, y en lo que respecta a la ejecución del contrato de APP, señala que el desarrollador será responsable de la prestación de los servicios con los niveles de desempeño pactados y, en su caso, de la construcción, equipamiento, mantenimiento, conservación y de la infraestructura, necesarias para la prestación de los citados servicios, en congruencia con lo anterior, la ley también enuncia que los riesgos de operación, prestación de los servicios y, en su caso, de construcción de la infraestructura y financiamiento del proyecto, serán asumidos por el desarrollador, salvo lo que excepcionalmente se pacte en el contrato respectivo. Así mismo la norma también indica, que el desarrollador deberá prestar los servicios de manera continua, uniforme y regular, con los niveles de desempeño pactados, bajo las autorizaciones para la prestación de los servicios, así como conforme a las disposiciones aplicables.

Así podemos afirmar, que en los contratos de APP la prestación del servicio no sólo es cuantitativa, sino en esencia cualitativa, por lo que el tema del desempeño se convierte en un requisito cardinal, vinculado al de la supervisión que da seguimiento a tales niveles. Precisamente por las características mencionadas de continuidad y regularidad de los servicios a proporcionar por el desarrollador, y considerando que éstos en la mayoría de los casos se traducirán al final en algún servicio público a la ciudadanía la ley contempla en un apartado específico la figura de la intervención, señalando que la contratante podrá intervenir cualquier etapa del proyecto, cuando a su juicio el desarrollador incumpla con sus obligaciones por causas imputables al mismo y con ello se ponga en peligro grave —cualificado— el desarrollo del proyecto. Dicho supuesto de la intervención, consistente en que la autoridad tome por su cuenta y riesgo la prestación del servicio o bien, las acciones de infraestructura u operación correspondientes, esto puede derivar, como lo indica la ley, en una terminación anticipada del contrato. Incluso se previene, que el sector público contrate a un nuevo desarrollador previa la instauración de un nuevo concurso, lo que posibi-

lita que en este escenario extraordinario, el ente gubernamental continúe el proyecto mientras realiza nuevamente dicho procedimiento de contratación. El desarrollador podrá solicitar la terminación de la intervención cuando demuestre que las causas que la originaron quedaron solucionadas, y al concluir con la misma se devolverá al desarrollador la administración del proyecto y los ingresos percibidos, una vez deducidos todos los gastos que haya originado la intervención.

En otra temática, se contempla por la ley en ciernes las causales bajo las cuales pueden modificarse los términos del contrato original, previo consenso de las partes, dentro de la vigencia del contrato original y a través del convenio modificatorio respectivo, siendo dichos supuestos legales: cuando sea para mejorar las condiciones de la infraestructura, si bien las modificaciones se encuentran tasadas por la norma, las mismas son muy generales por lo que permiten cierto margen al sector público e incluso al desarrollador para ajustar los proyectos, mismos que por su complejidad y largos plazos de vigencia, son dinámicos y evolutivos, requiriendo en esa medida ser congruentes con las realidades económicas, técnicas y sociales siempre mutables. Empero, no obstante dicha afirmación sobre la laxitud de las causales de modificación contractual, la ley de APP's consigna ciertas restricciones imperativas para dichas modificaciones. En el primero de los casos restrictivos, se previene que ninguna modificación deberá implicar transferencia de riesgos de una de las partes a la otra, en términos distintos a los pactados en el contrato original. La otra limitante a la modificación, refiere que el importe de la compensación adicional o de la disminución de obligaciones del desarrollador, deberán demostrarse con dictamen de expertos independientes, amén de que durante los primeros 2 años inmediatos siguientes a la adjudicación del proyecto. Es de destacarse, que en la ley en análisis la modificación se restringe por costos y riesgos, como medida de transparencia y para evitar evidentes actos de corrupción. Una parte importante de la modificación al contrato que contempla la ley, como una novedad interesante que da certeza a los inversionistas privados, es la relativa a restablecer el equilibrio económico del proyecto.

En otro rubro referente a los contratos, la ley regula la conclusión de los mismos en tres vertientes, las cuales son: por conclusión de su vigencia, que es una causal natural de todo acto consensual; por rescisión; y finalmente por terminación anticipada, estos dos últimos casos como escenarios extraordinarios o eventuales. La rescisión, como es connatural a dicha figura jurídica, se da por incumplimiento o controversia de alguna de las partes, incluso por la revocación de alguna autorización esencial vinculada al proyecto. Cuya resolución será por los tribunales federales, o en su

caso, mediante el procedimiento arbitral correspondiente. La terminación anticipada no se origina por incumplimiento culposo, sino que se genera de acuerdo a lo pactado en el contrato, regularmente por causales supervenientes, excepto en el supuesto de la intervención antes comentada, donde puede darse al extenderse tal figura sin respuesta del desarrollador. Por lo que la ley que en este caso, proceda el reembolso al desarrollador del monto de inversiones que demuestre haber realizado. Finalmente por lo que hace a la ejecución del contrato, la ley de APP's establece, en un apartado concreto, lo relativo a la supervisión del proyecto y del contrato, siendo que en el primer caso, corresponderá a la Secretaría de la Función Pública vigilar el inicio y adjudicación de los mismos. Por su parte, la supervisión de la prestación de los servicios y en su caso de la ejecución de la obra y, en general, del cumplimiento y desarrollo del contrato de asociación público-privada, corresponderá exclusivamente al ente público contratante y demás autoridades que resulten competentes. En ese sentido, la norma permite contratar con terceros los servicios de control y supervisión de los proyectos.

Resulta importante subrayar, que dado el alto desempeño cualitativo requerido en los servicios contratados en este tipo de proyectos, dicha supervisión se convierte en un rubro esencial y permanente a considerar en el contrato y sus costos agregados, siendo que la ley no profundiza en tal mecanismo.

VIII. INFRACCIONES Y SANCIONES

La ley de APP's refiere dos tipos de sanciones, una por incumplimiento de los servidores públicos a las disposiciones de dicha norma, remitiendo para ello a la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, estableciendo que será la Secretaría de la Función Pública, como órgano interno de control de la administración pública federal, el ente sancionador. En el caso de los desarrolladores, se previene que el incumplimiento de las obligaciones del contrato dará lugar a las penas convencionales, las cuales podrán incluir reducciones en las contraprestaciones a favor del desarrollador incumplido. Tal sanción convencional es medular en esta clase de contratos, ya que está estrechamente vinculada no sólo con la prestación cuantitativa y permanente de los servicios, sino con los niveles de desempeño, siendo en esa medida que se realizan los pagos respectivos. Como puede apreciarse, la ley en estudio no contempla sanciones pecuniarias específicas por incumplimiento de la ley o del contrato, sino que simplemente remite a las penas convencionales pactadas

por las partes. No obstante ello, la ley si consigna como sanción factible ante dichos incumplimientos del concursantemente o del desarrollador, la inhabilitación temporal para participar en procedimientos de contratación o celebrar contratos con el sector público federal en cualquier materia; dicha inhabilitación tiene como parámetro que no será menor a tres meses ni mayor a cinco años. Es interesante puntualizar en este tema, que la ley permite no sólo sancionar al infractor material o directo, que en el caso del desarrollador siempre será una sociedad (SPE), sino incluso a la persona física o moral que tengan el control sobre de dicha sociedad. Todas las anteriores sanciones administrativas o contractuales son con independencia de las consecuencias de orden civil o penal que puedan derivar de la comisión de los mismos hechos, así lo afirma la ley de APP's.

XI. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En su Capítulo Duodécimo, la ley de APP's se refiere a la solución de controversias, donde prevé la solución de mutuo acuerdo y con apego al principio de buena fe respecto a las diferencias técnicas o económicas entre las partes, en el plazo que las mismas hayan pactado en el contrato primigenio o sus modificaciones. De no resultar lo anterior, el diferendo podrá dirimirse a través de un comité de expertos que se integra por tres expertos en la materia de que se trate, designados uno por cada parte y el tercero por los dos anteriores. Este comité conocerá sólo de las divergencias técnicas o económicas y no de cuestiones jurídicas. Los dictámenes que el comité emita por unanimidad, en un plazo no mayor de sesenta días hábiles, serán obligatorios para las partes. De lo contrario quedan a salvo los derechos de cada una de ellas para proceder conforme a sus intereses. La ley agrega también la eventualidad de que las partes puedan pactar en el respectivo contrato acudir ante la Secretaría de la Función Pública mediante una solicitud de conciliación por desavenencias derivadas del cumplimiento del contrato, tramitándose conforme al procedimiento previsto en la Ley de Adquisiciones o en la Ley de Obras Públicas, según corresponda. De esta manera se recupera el uso de estos esquemas, los cuales han resultado atingentes en la experiencia previa. Se plantea en segundo término la posibilidad de que las partes puedan dirimir sus diferencias con base en el procedimiento arbitral de estricto derecho, en términos de lo dispuesto en el Código de Comercio.

Por último, se prevé que las cuestiones relacionadas con la validez legal de los actos administrativos que dan sustento al contrato de asociación

público-privada, así como de los propios contratos, deberán de resolverse por los tribunales federales.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

Presentaciones del Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el Desarrollo de la Infraestructura y Servicios, Monterrey, Instituto Tecnológico de Monterrey y Banco Interamericano de Desarrollo, Agosto-Febrero de 2012.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Guía Práctica de las Nuevas Formas de Contratación del Sector Público*, España, Aranzadi, 2009.

Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Presentación PP's, Enero 2007.

HEMEROGRÁFICAS

Centro de Documentación Europea, Universidad de Alicante, España, disponible en: <http://www.cde.ua.es/cde/doce.htm>

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Asociaciones Público Privadas

Ley de Coordinación Fiscal Federal

Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas

Código Fiscal de la Federación.

Dictamen y Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Gaceta Parlamentaria número 3411-II, Martes 13 de Diciembre de 2011, disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

Tesis y Jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sus
Tribunales federales, disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx>

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL MUNICIPALISMO

Patricia BEGNÉ¹

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es abordar la relación del ciudadano común y el Municipio como el medio más idóneo para manifestar inquietudes, problemáticas o señalar cualquier situación de la vida comunitaria que afecte el bienestar de la colectividad, y cómo esta relación pudiera, en algún caso, fortalecer al Municipalismo del Siglo XXI.

II. DESARROLLO

La participación ciudadana es el conjunto de acciones o iniciativas que pretenden impulsar el desarrollo local y la democracia participativa a través de la integración de la comunidad al ejercicio de la política. Esto es, que la población tenga acceso a las decisiones del gobierno de manera independiente, sin necesidad de formar parte de la administración pública o de un partido político.²

En mi opinión, la participación ciudadana es muy importante porque aporta el punto de vista del usuario a cualquier proyecto o plan de la autoridad municipal, con lo que se aumenta la aceptación general de dicho proyecto o plan sabiendo que su opinión es tomada en cuenta.

La Constitución de cualquier país es la norma suprema, ya que ha sido creada por un poder constituyente, cuya autoridad deriva del reconocimiento que le otorga la misma sociedad a la que pretende regir. La Constitución contiene las reglas que permiten la convivencia social pacífica y su prioridad es la protección de los derechos fundamentales de todas las

¹ Profesora de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato y Procuradora Universitaria de los derechos académicos de la Universidad de Guanajuato.

² PRUD'HOMME, Jean-Francois, "Consulta Popular y Democracia Directa", *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, Instituto Federal Electoral, 1997, p. 25.

personas. La Constitución pretende construir un gobierno de leyes, perfilando únicamente sus rasgos generales y realizar el ejercicio del poder, a través de su clásica división de poderes dejando a las leyes secundarias la reglamentación --interpretación-- de sus preceptos y a sus destinatarios el efectivo cumplimiento.³ Para ello, se vale de instituciones y aun cuando las instituciones ofrecen la paz y permiten la convivencia armónica en una sociedad, a veces son muy imperfectas, y puesto que la sociedad evoluciona con el tiempo, las instituciones también se transforman con los años.

Muchas veces las instituciones tienen mecanismos para su reforma de manera rápida y pacífica. En otras ocasiones, son tales las presiones de cambio, que se requieren reformas a fondo, apoyadas en el consenso social, o las presiones surgen en formas de rebeliones, migraciones o revoluciones. Cuando un Estado se da cuenta, ya sea por sí mismo o por presiones externas de la necesidad de un cambio, entra en un proceso de transición, si entendemos por transición "...el intervalo que se extiende entre un régimen político y otro..." de acuerdo con Guillermo O'Donnell y Philippe Schmitter.⁴

Por tanto, para que un proceso de transición llegue a una democracia firme, se necesita que ésta quede inserta en la cultura del país como el medio para resolver conflictos y forme parte del modo de pensar de la sociedad, la democracia necesita cristalizar en instituciones firmes.

Con esto en mente, abordemos el caso de México. ¿Cuál es el significado de la democracia para el mexicano común? De acuerdo con los datos citados por Guillermina Martínez Bermúdez,⁵ en su artículo Competencia y participación política, para el 26.5 de la población, el concepto democracia significa "libertades civiles e individuales," para el 20.5% de los mexicanos significa "igualdad y justicia", seguido de un 13.7 % para el que representa "derecho a voto" y por último el 8.6 % asume que la democracia es "un gobierno de, por y para el pueblo".

Continúa señalando la autora que para el mexicano, las características más importantes de la democracia son en primer lugar, el contar con elecciones regulares, limpias y transparentes, segundo, tener un sistema judicial

³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Prólogo, notas y actualización de Miguel Carbonell, 165a. ed., México, Porrúa, 2012.

⁴ O'DONNELL GUILLERMO, y SCHMITTER, Philippe (eds.), *Transiciones desde un gobierno autoritario*, p.37 [Http://www.madridmas.org/blogs/Historia](http://www.madridmas.org/blogs/Historia)

⁵ MARTINEZ BERMÚDEZ, Guillermina, "Competencia y participación política. Vínculo esencial entre representantes", en Gimete-Welsh, Adrián (coord.), *Representación, Ciudadanía y calidad de la Democracia en América Latina*, 2012 p. 111.

que trate a todos por igual, tercero, contar con una economía que asegure el ingreso digno y por último tener libertad de expresión.⁶

El ciudadano mexicano, se encuentra insatisfecho con su democracia, pero a la vez, considera que la democracia es el único sistema con el que el país puede alcanzar su desarrollo.⁷ Para mejor comprensión de lo anterior, veamos un poco de nuestro antecedente histórico.

A lo largo de su historia, nuestro país ha pasado por numerosos cambios: los intentos centralistas de mediados del siglo 19 y el sistema federalista expresado por primera vez en la Constitución de 1824 que ahora se traducen en los preceptos constitucionales Artículos 73 y 124 de nuestra Constitución vigente. El artículo 73 señala las materias sobre las cuales tiene competencia el Congreso de la Unión, es decir, nos dice en que asuntos son competentes las autoridades federales, y por otra parte, el artículo 124 nos dice que aquellas competencias que no estén expresamente reservadas a la Federación, corresponden a las autoridades locales. Sabemos que en materias como educación, salud, medio ambiente, por su importancia, las autoridades de todos los ámbitos de gobierno deben tener competencia y coordinación para su eficaz implementación. Por tanto, esta coordinación entre ámbitos de gobierno permite que el gobierno más cercano a los ciudadanos sea el Municipio, cuya regulación es el artículo 115 de la Constitución.

Continuando con el aspecto histórico, en años anteriores a la Constitución de 1857, las fallas en los sistemas previos nos llevaron a innumerables levantamientos, a la pérdida de la mitad de nuestro territorio, a las dictaduras de Antonio López de Santa Ana y Porfirio Díaz y a la Revolución de 1910, base del actual régimen. La Constitución de 1917, la cual nos rige, definió y reglamentó los derechos sociales. Con el sistema emanado de la Revolución, con todos sus aciertos y defectos, México alcanzó por primera vez en su historia, más de 50 años de paz, estabilidad y crecimiento. Sin embargo a fines del siglo XX, experimentamos períodos de inestabilidad con una constante: la crisis tanto política como económica y social.

El Dr. Miguel Basáñez⁸ en su libro *El pulso de los sexenios. 20 años de crisis en Mexico*. expresa cuatro causas para la crisis:

⁶ *Ibidem*, p. 112.

⁷ *Idem*.

⁸ BASAÑEZ, Miguel, *El pulso de los sexenios. 20 años de crisis en Mexico*, 4a. ed., México, Siglo XXI, p. 28.

1. El movimiento estudiantil de 1968 derivado (se comprobó que el Estado ya no tenía la capacidad de responder a todas las demandas sociales).

2. La devaluación de 1975, producto de conflictos del gobierno con grupos empresariales por motivo de la estrategia económica de expansionismo estatal. Si bien, posteriormente se logró la reconciliación con este sector, la devaluación la primera en 22 años, dejó a la deriva la estrategia económica conocida como “el desarrollo estabilizador”. Fue hasta mediados de los años ochenta con el modelo neoliberal que México volvería a tener un rumbo definido en economía.⁹

3. La nacionalización de la banca en 1982 llevada a cabo por José López Portillo y causada por la baja de los precios del petróleo. Como dato curioso, a los tres meses de expropiación de la banca, el presidente Miguel de la Madrid, sucesor de López Portillo, otorgó el 33 % de las acciones bancarias a los antiguos accionistas y le dio a la Bolsa Mexicana de valores el perfil de “Banca paralela” basada en la especulación.¹⁰

4. El desplome de la Bolsa Mexicana de Valores en octubre de 1987, y la sucesión presidencial, de julio de 1988, en la que se cuestionó la legitimidad del régimen desde el punto de vista electoral, situación que muchos analistas políticos consideran que fue entonces cuando se inició la transición de poder en México.¹¹

Más adelante, la aparición del EZLN en Chiapas, el asesinato de Luis Donaldo Colosio, candidato del PRI a la presidencia de la República, la recesión económica y el miedo a una votación cerrada entre dos fuerzas electorales como son el PRI y el PAN, nos llevó a otra crisis que tiene causas políticas y no económicas, como menciona el politólogo norteamericano, Samuel P. Huntington: “... un rápido cambio social y la movilización política, traen consigo la inestabilidad”.¹²

Podemos observar que México en sus años de crecimiento y paz social, pasó de ser una nación compuesta por élites y masas, a una sociedad de clases, destacando la expansión y fortalecimiento de las clases medias. El

⁹ *Ibidem*, p. 56.

¹⁰ *Ibidem*, p. 76.

¹¹ *Ibidem*, p. 104.

¹² HUNTINGTON, P. Samuel, *El Choque de Civilizaciones*, Simon and Schusters, 1996.

país pasó de ser un país rural y analfabeta, a un país urbano y con niveles de analfabetismo “relativamente” bajos.

Este cambio social que tuvo su primer movimiento en 1968, originó presiones sociales cada vez mayores. El gobierno al enfrentar esas presiones, decidió por primera vez, privilegiar la vía de la modernización económica, el llamado proyecto neoliberal, dejando a un lado la política, esto es, estableciendo una verdadera democracia y validez del Estado de derecho y el aspecto social, es decir, proporcionar acceso a los servicios básicos a toda la población.

Por lo anterior, en mi opinión, es urgente una reforma del Estado, que fortalezca a la sociedad civil, con mecanismos de participación ciudadana. La solución a los grandes problemas nacionales no es exclusiva del Estado. El Estado no puede enfrentar por sí solo los retos y obstáculos del desarrollo. El Presidente William Clinton de los Estados Unidos en el discurso de toma de posesión dijo: “Hoy, podemos decir que el Gobierno no es el problema, y el Gobierno no es la solución. Nosotros, la gente de los Estados Unidos, somos la solución”.¹³

Por ello, se debieran impulsar reformas, y adecuaciones legislativas que favorezcan el trabajo y los mecanismos entre el Estado y la sociedad civil. Es decir, crear una nueva relación entre el gobierno y los ciudadanos, y desarrollar una educación cívica que conduzca a una cultura de participación ciudadana, pero no solo a través de partidos políticos, sino a través de mecanismos —como podría ser, audiencias públicas— que en algunas administraciones ya se realizan, para que la sociedad se involucre en los asuntos públicos y se escuchen opiniones en los problemas que le afectan.

La participación ciudadana es una de las más altas manifestaciones de la calidad personal, humana y comunitaria. Hace referencia al interés por la vida, la búsqueda de armonía, deseo de superación, compromiso con quienes nos rodean y la capacidad de participar propositivamente en el desarrollo de nuestras sociedades.

En el estudio citado anteriormente¹⁴ de Martínez Bermúdez, y con datos obtenidos del latinobarómetro, en relación al significado de la democracia para el mexicano y en cuanto a participación ciudadana, ante la pregunta formulada al ciudadano común de si para resolver problemas en su vecindario se ha contactado con alguna autoridad municipal, medios de comunicación u otros, la respuesta negativa oscila entre 50 y 80 por ciento.

¹³ Discurso inaugural, 20 de Enero 1997. Segundo período presidencial.: <http://www.clintonlibrary.gov>

¹⁴ MARTÍNEZ BERMÚDEZ, Guillermina, *Op. Cit.*

Estos datos, nos muestran que son una mayoría de ciudadanos pasivos que tienen muy bajo nivel de participación en materia de actividad comunitaria, que se encuentran alejados de las autoridades y que no hacen escuchar sus demandas en forma directa.¹⁵

Otra manifestación de participación ciudadana es a través de las ONGs las cuales pugnan por ciertos temas sociales sin sustituir en las funciones del gobierno sino evaluándolas, cuestionándolas o apoyándolas. También puede proponerse a través de la discusión de temas de importancia de los ciudadanos organizados o por otras vías para llegar a un consenso. Últimamente, organismos estatales forman consejos ciudadanos para la administración o evaluación de las políticas públicas, formados de ciudadanos interesados o expertos independientes.¹⁶

En vía de ejemplo, me permito señalar que en la Constitución Política para el Estado de Guanajuato, se llevó a cabo una reforma en el año 2002, que culminó con la Ley de Participación Ciudadana¹⁷ que contemplan figuras como la iniciativa popular, el referéndum, y el plebiscito.

III. MEDIOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Referéndum. Es un mecanismo de participación directa mediante el cual la ciudadanía manifiesta su aprobación o rechazo a una decisión del gobierno.

Plebiscito. Sirve para que los ciudadanos decidan entre aceptar o rechazar una propuesta que concierne a la soberanía.

Iniciativa popular. Es el procedimiento que permite a los votantes proponer una modificación legislativa o una enmienda constitucional, al formular peticiones que tienen que satisfacer requisitos predeterminados.

Consulta Ciudadana. Es una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional que se somete a consideración del pueblo, para que éste se pronuncie formalmente al respecto.

Hasta ahora, 17 entidades cuentan con una ley de participación ciudadana, y 10 de ellas tienen, además, una ley de transparencia y una comisión de participación ciudadana. Estos elementos adicionales fortalecen el ejercicio de la democracia al menos en entidades como Colima, Coahuila,

¹⁵ MARTÍNEZ BERMUDEZ, Guillermina, . *Op. Cit.*, p. 119.

¹⁶ ALBERICH, T., *Guía fácil de la participación ciudadana*, Dykinson S.L. 2004

¹⁷ Ley de Participación Ciudadana. Publicada en el *Periódico Oficial* numero 126 segunda parte de 22 de octubre de 2002. Poder Ejecutivo del Estado de Guanajuato.

Distrito Federal, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Morelos, Tabasco, Yucatán y Zacatecas.¹⁸

La participación ciudadana sugiere que precisamente la sociedad sea el promotor de cambios. Sin embargo, si ésta no se ve favorecida por legislaciones adecuadas, por falta de acuerdo o de voluntad política deja de cumplir su objetivo y razón de ser.

Algunos autores como Butler y Ranney,¹⁹ alegan que la distinción entre “plebiscito” y “referendum” no es muy clara. El uso del primer término es más antiguo y deriva directamente de las prácticas romanas de legislar por vía de consulta a la plebe de Roma. La noción de referéndum aparece más tarde (finales del siglo XIX) aunque ya se utilizaba en Suiza unos 200 años atrás, proviene del latín *ad referendum*, que alude a la práctica de referir ciertas cuestiones de gobierno al pueblo. En español la palabra plebiscito es de uso más común.

Cabe señalar que es difícil que se observen los presupuestos que señala la ley para su aplicación y se puedan suscribir debidamente cualquiera de estas figuras, por lo anterior y como ejemplo, comentaré un asunto que fue muy controvertido desde el punto de vista mediático en la ciudad de Guanajuato, México, sobre la urbanización del cerro conocido como La Bufa en el año 2010. El Cerro de La Bufa, es un lugar tradicional para visitar y conocer la ciudad de Guanajuato, y en el cual se practican deportes extremos en algunas épocas del año. Tradicionalmente, el 31 de julio se lleva a cabo la peregrinación a la cueva de San Ignacio, porque hay una cueva en el cerro en la que se considera a San Ignacio de Loyola, como patrono del lugar y donde un gran número habitantes sube a la punta de La Bufa. Las peregrinaciones inician con la víspera del 31 de julio. A medianoche, el cerro se ilumina con antorchas y velas que llevan los peregrinos. Durante las noches del festejo, se dejan ver espectáculos de juegos pirotécnicos de colores en el cielo oscuro. Durante estos festejos la gente suele pasar la noche visitando las varias cuevas que se encuentran en lo alto de la peña. La riqueza de la ciudad, originada por la actividad minera surgida en la colonia, fue de las más grandiosas del país, gracias a la cantidad de plata extraída del subsuelo. Fue una época de gran auge que permitió el desarrollo y esplendor en Guanajuato durante casi dos siglos. Por tanto, esta tradición es de enorme importancia para los habitantes de la ciudad de Guanajuato.

El asunto surgió, cuando se pretendió urbanizar los terrenos aledaños al cerro de La Bufa, por parte de una empresa constructora que había adqui-

¹⁸ *Contralinea.info/.../incipiente-participacion-ciudadana-en-mexico/*

¹⁹ PRUD'HOMME, J.F. *Op Cit.*, p. 25.

rido parte de esos terrenos con anterioridad. La ciudadanía se manifestó desde el primer momento en contra de la declaración de factibilidad de cambio de uso de suelo a la constructora para urbanizar el predio denominado “Granja la Bufa”.²⁰

Dada la importancia del tema, el Municipio convocó a un plebiscito para conocer la opinión de la ciudadanía, que ya se había organizado en un movimiento ciudadano en defensa del Cerro La Bufa. Dicho movimiento ciudadano se opuso al plebiscito y a que se invirtiera dinero en un acto administrativo que era violatorio del desarrollo urbano y ecología de la zona.

Por su parte, el municipio se comprometió a respetar el voto ciudadano aun cuando no cumpliera con los porcentajes que requiere la Ley de Participación Ciudadana. El resultado del plebiscito constituye un mandato legítimo para los gobiernos estatal y municipal por conservar el área, y conlleva una obligación ética de cumplimiento.

Así las cosas, este ejercicio, dio por resultado que de 12500 ciudadanos, el 84 % de ellos votaron por el NO a la urbanización de la zona conocida como La Bufa, para conservar y proteger el entorno natural de la ciudad de Guanajuato.²¹

Además se realizó por parte de la Secretaría de Seguridad Pública a través de la Coordinación Ejecutiva de Protección Civil del Estado de Guanajuato²² un estudio de Identificación de Peligros Geológicos, para contar con información técnica certera, confiable y actualizada acerca de las condiciones de inestabilidad en que se encuentran las laderas del cerro La Bufa entre otros, lugar en donde el crecimiento habitacional se está extendiendo.

El estudio concluyó que en la zona de La Bufa, que se conforma con escarpes de paredes casi verticales, y en donde la erosión pluvial favorece la posibilidad de desprendimiento y caída de bloques con riesgo de afectación a las zonas de asentamientos humanos y de otras infraestructuras cercanas a la zona, se consideró zona de alto riesgo.

De igual manera, a instancia del movimiento ciudadano, se creó una Fundación como parte de un proyecto integral de protección y restauración del cerro La Bufa. Dicho proyecto consta de dos partes: Por una parte los propietarios de una porción del cerro, han decidido poner limitaciones al uso de sus terrenos para la conservación ambiental y de desarrollo sus-

²⁰ <http://rescatandolospicachos.wordpress.com>

²¹ *Idem.*

²² Secretaría de Seguridad Pública. Gobierno del Estado de Guanajuato, Informe de Evaluación de Peligros Geológicos en el cerro La Bufa de Guanajuato, Gto. www.Rescatandolospicachos.wordpress.com.

tentable. La otra parte del proyecto es la gestión de recursos económicos, gubernamentales y privados para que un Consejo Ciudadano plural implemente las acciones necesarias para la preservación de la zona, conciliando los intereses de la ciudadanía sin violentar los derechos de los propietarios.²³

En marzo de 2011 un grupo de ciudadanos solicitaron formalmente y por escrito al Gobernador del Estado que se declararan los cerros de La Bufa, Los Picachos y El Hormiguero como Área Natural Protegida. El oficio se turnó al director del Instituto de Ecología del Estado, sin que a la fecha el destinatario se haya pronunciado al respecto ni exista una sola acción concreta en este sentido.

A pesar de la legítima demanda de la población del municipio por garantizar jurídicamente la protección del área, no se ha tenido respuesta concreta de los gobiernos estatal y municipal a la demanda ciudadana.

Aún más, desde enero 2011 la empresa constructora presentó una demanda contra el municipio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, que pone en riesgo el mandato ciudadano. La demanda fue resuelta declarando la nulidad,²⁴ por lo que quedó subsistente la factibilidad de cambio de uso de suelo, mediante el cumplimiento de requisitos que estableció el Municipio.

El movimiento anterior nos demuestra que la ciudadanía —independientemente de las posturas políticas que se tengan— cuando se organiza y participa activamente para manifestarse pacíficamente y tomar decisiones sobre un asunto en particular o que afectan la vida comunitaria, se obtienen excelentes resultados y son lecciones de participación ciudadana muy eficaces.

En la década de los noventas, hubo un importante auge del movimiento municipalista que se expresó, entre otros elementos, en la creación de las tres principales asociaciones de Municipios (AMMAC, AALMAC Y FENAMM),²⁵ se crean diversos organismos civiles para impulsar el desarrollo local, se diseñó una agenda para el fortalecimiento municipal, publicaron materiales relacionados con la autonomía de los gobiernos locales, todos esos esfuerzos se concretaron en la reforma al Artículo 115 que reconoce al Municipio como orden de gobierno. En los dos últimos sexenios de

²³ Palabras del Diputado Jorge Gómez Salazar en el Congreso del Estado de Guanajuato. 28 de Octubre de 2011. www.Rescatandolospicachos.wordpress

²⁴ Expediente 91/1ª. Sala/ 2011. Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato. Entrevista con el Magistrado Arturo Lara Martínez. Feb. 2013

²⁵ VARGAS ANAYA, Enrique, “El Municipalismo en México”, Jefe Delegacional en Azcapotzalco, Mexico, D.F. 2009-2012. Artículo publicado en la página web del sitio Zocalo .

gobierno panista no ha habido avance y fortalecimiento de los municipios y su impacto en la vida pública. Si bien hubo avances en el sentido de reconocer en los hechos a las asociaciones de municipios e invitarlas a formar parte de diversos consejos consultivos, esto no se tradujo en una mayor influencia en el diseño de las políticas públicas, ni en una redistribución de los recursos fiscales. Contrariamente a lo esperado, en los últimos 12 años encontramos municipios que ceden potestades y acciones a gobernadores, producto de su sistemática debilidad institucional y política.²⁶

En una encuesta realizada entre ciudadanos del Distrito Federal, para analizar lo que los autores llaman “ciudadanía crítica” es decir, a los ciudadanos que generalmente, se quejan o critican a las instituciones, o a la función gubernamental, o cómo funciona la democracia en México, encontramos que hay ciudadanos críticos que utilizan medios de comunicación o medios electrónicos para dar a conocer sus opiniones, sobre tal o cual asunto o tema de su interés.²⁷

El estudio en cuestión que incluía preguntas sobre valores, ciudadanía y democracia en la ciudad de México, reveló que con base a las preguntas que se les formuló en torno al “ciudadano consciente” y sus derechos y obligaciones, se desarrolló una tipología de los ciudadanos del Distrito Federal.

1) *el ciudadano institucional*, caracterizado por su actitud de respeto a las instituciones, a los derechos de otros ciudadanos, y el acuerdo con el pago de impuestos,

2) *el ciudadano crítico y vigilante* guiado por la necesidad de vigilar y monitorear las decisiones del gobierno, de denunciar los abusos de autoridad y de exigir cuentas a los gobernantes,

3) *el ciudadano participativo* quien participa en las elecciones, se asocia con otros ciudadanos para buscar fines comunes, y tomar parte en protestas y manifestaciones,

4) *el ciudadano solidario* quien expresa altos grados de solidaridad con otras personas cuando tienen necesidad, y contribuye en colectas o donaciones,

²⁶ VARGAS ANAYA, Enrique, *Op. Cit.*

²⁷ MORENO, Alejandro, “La ciudadanía crítica en México” en Gimate-Welsh, Adrián (coord.), *Op. Cit.*

5) *el ciudadano cultural*, aquellos que participan en festividades populares y patrióticas así como fomentan las tradiciones culturales del país, y por último,

6) *el ciudadano responsable*, aquellos que tienen una actitud de rechazo a los actos fraudulentos y de corrupción y que procuran mantenerse informados sobre los asuntos públicos.²⁸

De esta información, resalta el ciudadano *crítico y vigilante*, que es un ciudadano quejumbroso, que tiene cierta frustración y resentimiento, y cuya percepción para el resto de sus vecinos es que es un inconforme y amargado. Pareciera que solo crea conflictos y no aporta nada bueno. Sin embargo, esta categoría de ciudadano, tiene la posibilidad de contribuir de manera muy importante a la democracia del país con sus actitudes y puntos de vista.²⁹ Es según el autor, un recurso muy útil y esencial para nuestra democracia. Se debe considerar la crítica como un proceso de reflexión. En México, no estamos muy acostumbrados a la crítica y por eso la rechazamos. Termina el autor señalando, que valorar a la ciudadanía crítica puede tener un gran impacto en el desarrollo y la calidad de nuestra democracia.

IV. REFLEXIÓN FINAL

En México nos encontramos en una democracia incipiente. La mayoría de nosotros nos excluimos de las decisiones públicas, por encontrarnos desinformados y no saber como actuar. Siempre atribuimos a factores externos y ajenos a nosotros mismos lo que ocurre a nuestro alrededor. Como ciudadanos, nos corresponde informarnos adecuadamente, esto es madurar socialmente y responsabilizarnos de las fallas de nuestro sistema político y por ende del lento desarrollo nacional. Siendo los municipios la autoridad más cercana a la población, no se ha creado un sistema de incentivos y de objetivos para lograr la vinculación con la ciudadanía. La relación del ciudadano con su municipio es prácticamente inexistente. Estimo que como ciudadanos debemos ir más allá de obedecer las leyes, votar y pagar impuestos. Tenemos una responsabilidad social. Somos responsables del desarrollo de nuestra comunidad y por tanto de nuestro país. Como ciudadanos, todos podemos participar en la vida comunitaria, a través del diálogo, el debate, la concertación, con la capacidad de concebir y diseñar pro-

²⁸ *Ibidem*, p. 84.

²⁹ *Idem*, p. 85.

yectos, planear y gestionar, demandar, denunciar. Ser un ciudadano en toda la extensión de la palabra, crítico y autocrítico. En la búsqueda del orden social, es necesario que las personas estemos informadas, que conozcamos las leyes y las normas que nos rigen, que escuchemos con interés y atención a los demás, y que expresemos con firmeza el pensamiento, las emociones y los proyectos propios, para de esta manera fortalecer al Municipalismo.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

ALBERICH, T, *Guía fácil de la participación ciudadana*, DYKINSON S.L. 2004.

BASAÑEZ, Miguel, *El pulso de los sexenios. 20 años de crisis en México*, 4a. ed., México, Editorial Siglo XXI.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Prólogo, notas y actualización de Miguel Carbonell, 165a ed., México, Porrúa, 2012.

HUNTINGTON, P. Samuel, *El Choque de Civilizaciones*, Simon and Schusters, 1996.

MARTÍNEZ BERMÚDEZ, Guillermina, “Competencia y participación política. Vínculo esencial entre representantes”, en GIMATEWELSH, Adrián (coord.), *Representación, Ciudadanía y calidad de la Democracia en América Latina*, 2012

MORENO, Alejandro. “La ciudadanía crítica en México” en GIMATEWELSH, Adrián (coord.), *Representación, Ciudadanía y calidad de la Democracia en América Latina*, 2012

O´DONNELL, Guillermo, y SCHMITTER, Philippe (eds.), *Transiciones desde un gobierno autoritario*, 1988, p. 37 [Http://www.madridmas.org/blogs/Historia](http://www.madridmas.org/blogs/Historia)

PRUD’HOMME, Jean-François, “Consulta Popular y Democracia Directa. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, Instituto Federal Electoral, 1997.

VARGAS ANAYA, Enrique, “El Municipalismo en México”, Jefe Delegacional en Azcapotzalco, Mexico, D.F. 2009- 2012. Artículo publicado en la página web del sitio Zocalo.

HEMEROGRÁFICAS

Secretaría de Seguridad Pública. Gobierno del Estado de Guanajuato, Informe de Evaluación de Peligros Geológicos en el cerro La Bufa de Guanajuato, Gto. *www.Rescatandolospicachos.wordpress*.

Palabras del Diputado Jorge Gómez Salazar en el Congreso del Estado de Guanajuato. 28 de Octubre de 2011. *www.Rescatandolospicachos.wordpress*

Ley de Participación Ciudadana.. Publicada en el Periódico Oficial número 126 segunda parte de 22 de octubre de 2002. Poder Ejecutivo del Estado de Guanajuato.

Expediente 91/1ª. Sala/ 2011. Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, entrevista con el Magistrado Arturo Lara Martínez, febrero de 2013.

http://rescatandolospicachos.wordpress.com. Contralinea, info/.../incipiente-participacion-ciudadana-en-mexico/

Discurso inaugural, 20 de Enero 1997. Segundo período presidencial.: *http://www.clintonlibrary.gov*

EL FEMINICIDIO EN GUANAJUATO: ANÁLISIS DOGMÁTICO Y POLÍTICO-CRIMINAL

Pablo Alfonso CERVANTES¹

Con profunda admiración y gratitud al profesor Pedro López Ríos.

I. REFLEXIONES PRELIMINARES

La visión de género es algo mágico, o al menos así lo percibía. De otro modo no me explico por qué, antes de emprender esta investigación, mi punto de vista sobre el feminicidio era opuesto a lo que ahora expongo. En ese entonces opinaba que no era necesario crear un tipo penal específico para proteger la vida de las mujeres, pues existía ya un tratamiento penal que atendía la problemática (el homicidio). Creía que las fallas se encontraban en los aplicadores de la ley —por crear espacio de impunidad con investigaciones deficientes, por ejemplo—, pero no en la ley.

Evidentemente no había analizado la problemática bajo la visión de género.² Cuando se realizó dicho análisis, comprendí la verdadera dimensión del asunto y la opinión del mismo dio un giro de ciento ochenta grados. Eso es lo que hace la visión de género: revoluciona ideas y remueve velos.

Con el presente estudio pretendo aportar reflexiones que ayuden a remover los velos que produce una visión androcéntrica. Y es que la labor no se agota³ al tipificar el feminicidio —pues los problemas no desaparecen al dibujarlos en el código penal, eso sí no es mágico—, sino que es necesaria la aplicación de la norma con perspectiva de género. De lo contrario, el tipo

¹ Egresado de la División de Derecho Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato. Exasesor del Procurador General de Justicia de Guanajuato, adscrito a la Dirección General Jurídica.

² En este punto Facio, Alda, “Con los lentes de género se ve otra justicia”, *El otro derecho*, Colombia, núm. 28, julio, 2002, p. 89, señala que la visión de género “no es una perspectiva sesgada hacia el género femenino. Una perspectiva sesgada hacia el género femenino es la otra cara de la perspectiva androcéntrica y sería la perspectiva gynecéntrica.”

³ En este sentido *vid.* BEGNÉ, Patricia, “Género, violencia y Derecho penal”, en Cervantes Herrera, José (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al maestro Néstor Raúl Luna Hernández*, México, Universidad de Guanajuato, 2007, p. 103.

penal podría correr el riesgo de ser pulverizado por una praxis judicial y ministerial⁴ que “solucione” los casos mediante el tipo penal de homicidio, lo cual acabaría por derogar tácitamente (por falta de uso) el feminicidio.⁵

II. APARTADO CONCEPTUAL

2.1. APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA

Diana E. H. Russell definió por primera vez al *femicide* como “el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres”.⁶ Por mi parte, estimo que, en términos generales, el *feminicidio* —que es la traducción más aceptada⁷ para *femicide*— podría definirse como “el asesinato misógino de mujeres”,⁸ sin hacer referencia a que sea “cometido por hombres”, pues, aunque es un tema discutible —al cual dedicaremos mayor extensión en líneas posteriores—, en algunas legislaciones penales no se hace distinción en relación al sexo del sujeto activo.

2.2. UBICANDO LA PROBLEMÁTICA (¿DE QUÉ SE HABLA CUANDO SE UTILIZA LA EXPRESIÓN “FEMINICIDIO”?)

Sin una perspectiva de género⁹ es común que se pronuncien opiniones en contra de la tipificación del feminicidio, razonando que es innecesario

⁴ FACIO, Alda, *Op. Cit.*, p. 94, dice que es “indispensable que las y los jueces no sólo sean autónomos/as e independientes en la interpretación de las normas legislativas para su correcta aplicación, sino que puedan interpretarlas a la luz de la teoría y práctica de los derechos humanos desde una perspectiva de género”.

⁵ FACIO, Alda, *Op. Cit.*, p. 93, expresa que “de poco sirve mejorar el acceso a la justicia si la justicia que se imparte es sesgada a favor de los hombres”.

⁶ Los datos están tomados de SAGOT, Montserrat, voz “feminicidio”, en GAMBÁ, Susana Beatriz (coord.), *Diccionario de estudio de género y feminismos*, 2ª edición, Argentina, Biblos, 2007, pp. 141 y 142.

⁷ TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, *Feminicidio*, México, Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, p. 25, señala que “en la traducción del término *femicide* al castellano ha habido dos tendencias: como *femicidio* o como *feminicidio*. La diferencia entre estas dos expresiones ha sido objeto de profunda discusión a nivel latinoamericano [...] y aún en la actualidad [...] no existe consenso a nivel teórico en cuanto al contenido de cada uno de estos conceptos”.

⁸ La aproximación conceptual que propongo se acerca más a los conceptos que aporta TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, *Op. Cit.*, p. 24, cuando señala que el feminicidio ha sido definido como “muerte violenta de mujeres, por el hecho de ser tales” o “asesinato de mujeres por razones asociadas a su género”.

⁹ Para una aproximación a la importancia de la introducción de la perspectiva de género en el ámbito del Derecho penal, véase FARALDO CABANA, Patricia, “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica

saría e, incluso, discriminatoria, pues —se dice—, si existe el “feminicidio”, es necesario también que el código penal contemple una especie de “masculinicidio”.¹⁰

No obstante, cuando se hace referencia al “feminicidio”, no se habla de agravar la sanción únicamente porque la víctima sea mujer. En otras palabras, no se trata de que el Derecho penal reaccione en forma más intensa sólo porque en la construcción genética del sujeto pasivo se encuentra una combinación de cromosomas XX. No, la mayor reacción punitiva del Estado en el feminicidio no encuentra su justificación en razonamientos de tipo *biológico*, si no, ante todo, de tipo *social*.

Incluso, el componente clave no se encuentra en el sujeto *pasivo*, si no, ante todo, en el sujeto *activo*, pues es en éste en donde reside el elemento subjetivo que justifica una reacción penal más severa: *la misoginia*.¹¹ *En efecto, la ratio essendi* del feminicidio no se encuentra en el sujeto pasivo (mujer) porque no consiste en “matar a una mujer” lisa y llanamente —pues para atender esta situación ya se encuentra el tipo penal de homicidio—, sino en “matar a una mujer *por razones de género*” —situación que el tipo penal de homicidio no alcanza a proteger del todo—.

III. ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL SOBRE EL FEMINICIDIO

3.1. LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Corresponde ahora indagar si, bajo enfoques de política criminal con perspectiva de género, resulta apropiado crear un tipo penal autónomo, diverso al homicidio, que sancione el asesinato de mujeres por razones de género. Comencemos señalando que las diversas manifestaciones de violencia en contra de las mujeres *por razones asociadas a su género* constituyen una realidad innegable que se presenta en prácticamente todo el mundo,¹² pues

1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal* núm.17, enero 2006, pp. 72-94.

¹⁰ HUACCHILLO NUÑEZ, Yenny, “El delito de feminicidio a propósito de la incorporación en el Código Penal peruano”, *Revista Jurídica Alerta Informativa*, Lima, 2012, p. 7, dice que la ley “no puede discriminar a los varones que son víctimas de muerte por parte de una mujer”.

¹¹ ANDRADE GALINDO, Jorge Antonio *et al.*, *Glosario de términos sobre violencia contra la mujer*, México, Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, 2010, p. 87, señala que la misoginia es el principal elemento explicativo de la violencia de género.

¹² MOLINA CAÑIZO, Elena, “Aspecto penales y criminológicos de la violencia de género en México”, en (AA.VV.), *Pensamiento jurídico y político contemporáneo. Libro home-*

así lo reflejan los abundantes estudios¹³ criminológicos y sociales que, bajo parámetros objetivos y científicos, se han llevado a cabo.

Sólo por citar un ejemplo, un estudio en Costa Rica de Ana Carcedo y Montserrat Sagot¹⁴ encontró diferencias entre los homicidios de hombres y de mujeres, ya que éstas “murieron más frecuentemente por arma blanca en sus casas o cerca de ellas, a causa de la violencia intrafamiliar y la violencia sexual, y por el contrario, los hombres murieron más frecuentemente por armas de fuego en riñas, asaltos y rencillas personales y sólo una minoría murió por violencia intrafamiliar o violencia sexual.” Las autoras¹⁵ interpretan estos hallazgos señalando que “si se erradicaran las muertes por violencia intrafamiliar y sexual, los homicidios de mujeres disminuirían drásticamente al menos en un 58%, no así los homicidios de hombres, que se mantendrían en el 91%.”

Estos estudios evidencian que el fenómeno del feminicidio no es una quimera inventada por los grupos feministas, pues descubren que sí existen importantes asimetrías entre los homicidios de hombres y de mujeres.¹⁶ Susana Velázquez¹⁷ comenta que “mediante estos estudios e investigaciones se evitó reducir las violencias [mortales] a experiencias individuales y/o casuales y se les dio una real existencia social”.

En el caso de nuestro país, el Estado mexicano negó —dentro del asunto del *Campo Algodonero*¹⁸— el feminicidio, dando a entender que era sólo un mito. No obstante, la CIDH determinó “que la violencia de género,

naje a Cuauhtémoc Ojeda Rodríguez, México, Universidad de Guanajuato, Departamento de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 216.

¹³ Por citar algunos ejemplos véase: Amnistía Internacional, *Está en nuestras manos. No más violencia contra las mujeres*, España, 2004; y Macassi León, Ivonne (coord.), *La violencia contra la mujer: feminicidio en Perú*, Perú, Flora Tristán, Amnistía Internacional Sección Peruana, 2005.

¹⁴ CARCEDO, Ana y SAGOT, Montserrat, *Feminicidio en Costa Rica. 1990-1999*, Costa Rica, Organización Panamericana de la Salud. Programa Mujer, Salud y Desarrollo, 2000, p. 64.

¹⁵ *Ibid.*, p. 65.

¹⁶ *Ibid.*, p. 64.

¹⁷ VELÁSQUEZ, Susana, voz “violencia de género”, en GAMBA, Susana Beatriz (coord.), *Diccionario de estudio de género y feminismos*, Argentina, Biblos, 2007, p. 358.

¹⁸ En este tema MEDINA ROSAS, Andrea, *Campo Algodonero. Análisis y propuestas para el seguimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano*, México, Red Mesa de Mujeres de Ciudad Juárez A.C., Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, 2010, p. 24, expresa que “en el proceso de Campo Algodonero, así como durante los últimos quince años, México ha negado reiteradamente que los hechos que ocurren en Ciudad Juárez tengan características que permitan identificar un patrón de conducta sistemático de violación a los derechos humanos. El Estado mexicano ha calificado los hechos como

incluyendo los asesinatos [...], no [son] casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades de una cultura de violencia y *discriminación basada en el género*". En suma, "la violencia ejercida contra la mujer es un problema que obedece a estructuras jerárquicas patriarcales que reproducen una cultura donde las mujeres son vistas como objetos desechables y maltratables".¹⁹

3.2. EL PLUS DE INJUSTO O MAYOR ANTIJURIDICIDAD DEL FEMINICIDIO

Hoy ya nadie niega que el Estado deba hacer frente a la realidad descrita *ut supra*, pero, ¿debe recurrir al Derecho penal? De acuerdo con el principio de *ultima ratio*, el Estado debe tener al Derecho penal como última opción y, por ello, debe evitar su intensificación y extensión. Al respecto, creo que la tipificación del feminicidio no rompe los principios de fragmentariedad y *ultima ratio*, como expondré a continuación.

El poder punitivo del Estado en estos supuestos sí debe intensificarse, no porque la víctima sea del *sexo* femenino, sino por el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del *ámbito relacional* en el que se produce. Este aspecto relacional no es nuevo, pues está presente en el homicidio en relación de parentesco, ya que su mayor severidad se fundamenta en el *plus de injusto o mayor antijuricidad* que evidencia atentar contra una persona de la que se es pariente o con quien se está casado.²⁰ Como ya se señaló, en el feminicidio, el plus de injusto no encuentra su fundamento en el *sexo*²¹ del sujeto pasivo —*pues ello vulneraría el derecho humano de igualdad— sino en la situación relacional de género*²² en la que se encuentra el sujeto pasivo.

La *ratio esendi* de la intensificación punitiva es ese elemento subjetivo, consistente en el *desprecio hacia la mujer*. De hecho, aludir a las razones que *motivan* una conducta criminal para basar el incremento o disminución de la reacción punitiva tampoco es novedoso, pues siempre se han tomado en

tristes o graves, pero como hechos aislados, y como responsabilidad de otros, de particulares, o justificando su inacción en el clima general de delincuencia organizada [...]."

¹⁹ MACASSI LEÓN, Ivonne, *Op. Cit.*, p. 7.

²⁰ TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, *Op. Cit.*, p. 63.

²¹ Aunque todavía no está materializada, la voz "feminicidio" que se encuentra proyectada en la próxima edición del diccionario de la RAE ya es blanco de críticas, precisamente por aludir a "sexo" y no a "género".

²² MAQUEDA ABREU, María Luisa, "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas propuestas desde un discurso feminista crítico", *InDret*, España, 2007, p. 22, apunta que por el plus de vulnerabilidad se da un plus de pena en razón de lo que se conoce como "agravantes de género".

cuenta por el Derecho penal. Así, *e.g.*, no es posible dar el mismo tratamiento penal a la mujer que mata a su hijo recién nacido por encontrarse en un *estado de perturbación anímico*, que a aquella que lo hace en forma vil porque lo detesta. De ahí que, por ejemplo, el Código Penal de Guanajuato (en adelante CPG) establezca un tratamiento benévolo para la mujer que priva de la vida a su hijo por motivos psicosociales.²³

Pero las *motivaciones* no sólo pueden disminuir la intensidad punitiva, sino también aumentarla. En este último supuesto, la dogmática ha distinguido entre circunstancias *objetivas* y *subjetivas* que agravan la punibilidad²⁴ y, dentro de estas últimas, se han ubicado las motivaciones por razones de odio.

De hecho, el sistema anglosajón²⁵ ha dado tratamiento a estas conductas con los llamados hate crimes (crímenes de odio), en donde se encuentra presente el tipo básico (homicidio, lesiones, atentados contra la propiedad, etc.), pero se agrava cuando se presenta también un elemento de naturaleza subjetiva: el odio o la discriminación.²⁶

Como se observa—señala Ontiveros Alonso²⁷—, ya la dogmática penal se ha encargado de sustentar la posibilidad de agravar la punibilidad

²³ Con los “motivos psicosociales” se hace referencia a diversas situaciones que pueden presentarse durante el parto y post partum, y que pueden ir desde alteraciones *psicofísicas* que provoquen la disminución del entendimiento y de la auto-inhibición, tales como el desequilibrio hormonal y los trastornos nerviosos de origen tóxico, que son propias del estado puerperal, hasta aquellas de tipo social como la miseria, el estado de abandono, la violación, la inseminación artificial sin consentimiento, etc.

²⁴ Las *objetivas* denotan mayor peligrosidad del hecho, ya sea —explica Santiago Mir Puig— por “la especial facilidad de la comisión determinada por los medios (alevosía), por la especial facilidad de impunidad (disfraz, precio), pero también debido a la calidad del sujeto (servidor público o persona de confianza). Por su parte, las circunstancias subjetivas indican una motivación particularmente indeseable (motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación)”. Citado por Ontiveros Alonso, Miguel, “¿Tipificación del feminicidio? Apuntes para el debate”, en (A.A.VV.), Homenaje a Ricardo Franco Guzmán, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, p. 551.

²⁵ Pero no únicamente en la tradición del *common law* encontramos este tipo de regulación. Por ejemplo, el código español (artículo 22, circunstancia 4ª) prevé una agravación de la responsabilidad penal por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación, como su *sexo* u orientación sexual. Por otro lado, en Argentina, la Ley Antidiscriminatoria de agosto de 1984 dispone (artículo 2º) una agravación punitiva si el delito se comete por odio. De todo ello da cuenta Politoff, Sergio, “Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho penal comparado (A la luz del proyecto de ley sobre discriminación racial y étnica (Boletín N° 2142-17)”, *Ius et praxis*, Chile, año/vol. 5, núm. 002, Universidad de Talca, pp. 193-213.

²⁶ Véase la explicación de TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, *Op. Cit.*, p. 67.

²⁷ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Op. Cit.*, p. 551.

cuando exista una especial motivación del agente al cometer el delito. En consecuencia, puede concluirse que la *misoginia* puede servir de base para incrementar el grado de injusto y justificar una mayor punibilidad²⁸ con relación al homicidio genérico.

3.3. MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL

3.3.1. PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA NO DISCRIMINACIÓN

Además de las exigencias de política criminal descritas y de las exigencias derivadas de normas internacionales²⁹ —en las que no profundizaré por motivos de espacio—, pueden encontrarse exigencias constitucionales para la tipificación del feminicidio.³⁰ En su primer artículo, la CPEUM veda la discriminación³¹ motivada por el género y, si el feminicidio es la *manifestación más extrema de la discriminación por motivos de género*, luego entonces, el Constituyente obliga al legislador ordinario a atender la problemática, para que, en el ámbito fáctico, los hombres se abstengan de producir cualquier manifestación discriminatoria hacia la mujer.

Bajo esta tesis, es preciso recordar el carácter preventivo³² que tiene el Derecho penal, pues, cuando se crea un tipo penal se busca, de alguna

²⁸ Se sigue en este punto la reflexión que hace Ontiveros Alonso, *Op. Cit.*, p. 552.

²⁹ El artículo 2 de la CEDAW establece la obligación de adoptar medidas *legislativas* para modificar o leyes, reglamentos, *usos y prácticas* que constituyan discriminación. Si la violencia de género mortal es una práctica que tiene su base en motivos discriminatorios, el Estado mexicano debe concluir que el homicidio genérico no cumple con el espíritu de la convención, pues aunque su función es muy importante, sólo protege la vida, más no atiende la violencia mortal por razones de género. Por otro lado, la Convención Belém Do Pará señala (artículo 7) estipula que deben expedirse normas *penales* que sancionen la violencia contra la mujer. Como no hace distinción, debe entenderse que en la expresión “violencia contra la mujer” se encuentra incluida la violencia *mortal*.

³⁰ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Op. Cit.*, p. 545, afirma que la tipificación del feminicidio tiene un “fundamento constitucional indudable”.

³¹ Sobre el derecho a la no discriminación véase DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa, 2006.

³² En el caso del *Campo Algodonero*, La CIDH señaló que el Estado mexicano era responsable por haber violado el derecho a la vida, la integridad y la libertad personal bajo su deber de *prevención*. *Vid.* Medina Rosas, Andrea, *Op. Cit.*, p. 56; también sobre la obligación preventiva del Estado *vid.* Tamayo León, Giulia, “Violencia de género, seguridad ciudadana y políticas públicas: revisión de los deberes estatales de prevención y garantía de los derechos humanos de las mujeres y las niñas”, en Mendoza Bautista, Antia y García Amezola, Yolanda (comp.), *Seminario Internacional. Mujeres Seguras en las Ciudades Futuras. Hacia una vida sin violencia de género: visiones y propuestas*.

manera, evitar su actualización. Es decir, si se crea un tipo penal,³³ es precisamente porque el legislador ha recogido una realidad social indeseable y le ha otorgado un carácter simbólico de “prohibido”.³⁴

Al crear un tipo penal de *feminicidio* se enviaría el mensaje de que “privar de la vida a una mujer por razones de género” es un acto que el ordenamiento jurídico detesta. Este carácter simbólico³⁵ se encuentra ausente en el homicidio genérico, pues el bien jurídico que protege es la vida, mas no la violencia mortal de género, por lo que con él no se está cumpliendo, en el ámbito penal, con el mandato contenido en el artículo 1º de la Constitución federal.

Ahora bien, una pregunta que en este punto surge es, ¿entonces todos los derechos fundamentales deben ser protegidos mediante el Derecho penal? Por principio de cuentas, estamos con Vidaurri Aréchiga cuando señala que “así como no todos los bienes jurídicos deben o pueden ser protegidos penalmente, de la misma manera no todos los derechos fundamentales pueden o deben o salvaguardarse mediante el uso del derecho penal³⁶. El autor que seguimos en este punto agrega que “la decisión del legislador de otorgar protección penal a un derecho fundamental de la persona será tomado cuando se verifiquen en un supuesto concreto las exigencias que se derivan de los diversos principios ya mencionados de fragmentariedad

Memorias, México, Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, 2010.

³³ Vidaurri Aréchiga, Manuel, “Indagaciones a propósito del derecho a la no discriminación”, en (AA.VV.), *Pensamiento jurídico y político contemporáneo. Libro homenaje a Cuauhtémoc Ojeda Rodríguez*, México, Universidad de Guanajuato, 2008, p. 344, apunta que “es perfectamente posible establecer una protección penal a la dignidad humana atacada por actos discriminatorios graves”.

³⁴ Politoff, Sergio, *Op. Cit.*, p. 212, establece que “el significado *simbólico* de la represión penal, que eleva al rango de bien jurídico esencial la dignidad, la igualdad de las personas y su derecho a no ser discriminado, va acompañado de un innegable *valor instrumental preventivo contra la violencia*, de la que la discriminación es a menudo la necesaria antesala y supuesto.”

³⁵ SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena y VARGAS PINTO, Tatiana, “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el feminicidio y otras reformas relacionadas (ley n° 20.480)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, núm. 1, 2011, expone que “la creación de un tipo penal especial de feminicidio, con un nomen iuris propio, busca llamar la atención a la ciudadanía sobre el fenómeno.”

³⁶ *Ibid.*, p. 324.

y subsidiariedad, unidas a otras diversas consideraciones derivadas de la naturaleza y contenidos de ese bien en particular”³⁷.

En efecto, no se debe crear un tipo penal para cada derecho fundamental porque eso daría lugar a un código penal obeso, lo cual, no es acorde a un Estado de derecho democrático, en donde el recurso punitivo es la última opción. En ese sentido, sólo se deben “amparar como bienes jurídicos condiciones fundamentales de la vida social, en la medida en la que afecte a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social”.³⁸ Es evidente que la vida es el bien jurídico de mayor valía, por lo que su protección penal no se pone en duda. Pero además, los datos fácticos³⁹ sobre los siglos de discriminación por razones de género a la mujer, justifican que, para avanzar a su eliminación definitiva, se acuda también a la represión penal. Luego, la prohibición constitucional de discriminación por razones de género en su manifestación más extrema (feminicidio), implica la necesidad de la creación de un tipo penal específico.

Ahora bien, si hemos llegado a la conclusión de que, por mandato constitucional, el Derecho penal sí debe proteger la violencia mortal por motivos discriminatorios (misoginia), ¿entonces, acaso no deberían crearse tipos penales específicos para cada uno de los supuestos de los que habla el artículo 1º constitucional? Es decir, si hemos llegado a la conclusión de que, para atender en forma completa el mandato del Constituyente, se deben crear tipos penales que sancionen la discriminación, entonces, ¿acaso no deberían crearse tipos específicos sobre homicidios por razones de homofobia, xenofobia, de intolerancia religiosa, etc.?

Sí, creo que el Derecho penal debe atender estos fenómenos,⁴⁰ y el homicidio genérico no es suficiente. En todo caso podría acudir a una regulación similar a los *hate crimes* aludidos, a fin de evitar la creación de un tipo penal para cada forma de discriminación. No obstante, el problema sería que el carácter simbólico del feminicidio se perdería, pues, por ejemplo, si sólo se hace alusión a *homicidios por discriminación por razón de género*, cabrían también los homicidios de hombres asesinados por el sólo hecho

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Ibid.*, p. 328.

³⁹ VIDARRI ARÉCHIGA, Manuel, *Op. Cit.*, p. 332, señala que “la norma penal tiene su origen o debe tenerlo en la base social, ya que ésta (la norma) es producto de los procesos interactivos que tienen lugar en su seno”.

⁴⁰ POLITOFF, Sergio, *Op. Cit.*, p. 211, apunta que “la necesidad de proteger a las minorías contra el daño material y moral derivado de conductas discriminatorias, derivadas del odio racial, de la xenofobia y de otras conductas gravemente discriminatorias por razones raciales, étnicas o nacionales, *no se discute ya.*”

de ser hombre, pues con la palabra “género” no se hace distinción entre el masculino y el femenino. Y es precisamente eso lo que se busca con un tipo penal como el feminicidio, esto es, hacer *distinción* o, en otras palabras, *resaltar* la especial situación de violencia y sometimiento que por muchos siglos han padecido las mujeres.

3.3.2. IGUALDAD JURÍDICA Y ACCIONES AFIRMATIVAS

A primera vista, parecería que con la inclusión de un tipo penal de feminicidio se estaría violentando el artículo 4 de la CPEUM, el cual señala que “el varón y la mujer son iguales ante la ley”, pues, como ya se dijo, lo que se busca es hacer distinción legal entre el hombre y la mujer, más específicamente, en dar un trato diverso al asesinato de un hombre y de una mujer.

El cuestionamiento podría tener cierto sentido, pues podríamos preguntarnos cómo es que para eliminar la discriminación fáctica (consistente en la violencia de género mortal), el legislador acude también a herramientas normativas con contenido “discriminatorio”, como lo es un tipo penal específico que protege la vida de las mujeres y no la de los hombres.

Lo cierto es que la teoría constitucional ya se ha ocupado sobre el tema. Se ha dicho que, en efecto, este tipo de medidas normativas constituyen una forma de discriminación, pero se le ha calificado de “positiva”. Esa *discriminación positiva* se traduce en lo que la doctrina ha llamado *acciones afirmativas*,⁴¹ las cuales consisten en un “conjunto de medidas de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre mujeres y hombre”.⁴²

Luego, lo que la Constitución prohíbe es la *discriminación negativa*, pero permite — e incluso exige— la discriminación positiva. En pocas palabras, podríamos decir que la diferencia entre ambos conceptos estriba en la irracionalidad de la primera y la racionalidad de la segunda.⁴³ En efecto, a través de las *acciones afirmativas* se busca dar un trato jurídico especial a un grupo determinado que sufre de un trato fáctico negativo, a fin de que

⁴¹ Sobre las acciones afirmativas o positivas véase GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002.

⁴² ANDRADE GALINDO, Jorge Antonio, et al., *Glosario de términos sobre violencia contra la mujer*, México, Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, 2010, p. 14.

⁴³ Vid. la explicación de REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005, p. 23.

logre posicionarse en circunstancias sociales de igualdad.⁴⁴ Como se ve, no se trata de otra cosa más que del concepto de equidad,⁴⁵ que implica tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Una característica muy importante de las acciones afirmativas es su *temporalidad*, pues cuando llegue el momento histórico en el que, a través de estas medidas, se haya desterrado el trato desigual, las mismas también habrán de desterrarse. Cuando socialmente no exista más un trato desigual, jurídicamente no se justificará más un trato desigual (positivo).

Lo mismo pasaría con el feminicidio. Lo ideal sería que no existiera la necesidad fáctica de tipificarlo. Lo óptimo sería que en los datos estadísticos obtenidos al comparar los homicidios de hombre y mujeres, no se aprecie desigualdades derivadas de estereotipos sociales discriminatorios. Lamentablemente no es así. Y mientras esto siga siendo una atroz realidad social, se mantiene la exigencia jurídica de su tipificación.

IV. ANÁLISIS TÉCNICO-DOGMÁTICO SOBRE EL FEMINICIDIO

4.1. REGULACIÓN NORMATIVA

El artículo 153-a del CPG regula el feminicidio en los siguientes términos:

Habrá feminicidio cuando la víctima del homicidio sea mujer y la privación de la vida se cometa por razones de género, considerándose que existen éstas, cuando ocurra alguno de los siguientes supuestos en agravio de la víctima: I. Que haya sido incomunicada; II. Que haya sido violentada sexualmente; III. Que haya sido vejada; IV. Que se le hayan infligido lesiones o mutilaciones, infamantes o degradantes aún respecto del cadáver; V. Que haya existido amenazas, acoso, lesiones o violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar o cualquier otro que implique supra o subordinación del sujeto activo en contra de ella; VI. Que exista o haya existido con el activo relación íntima, de convivencia, de confianza, noviazgo, parentesco, matrimonio o concubinato; o VII. Que su cuerpo sea expuesto o arrojado en un lugar público.

⁴⁴ Sobre la igualdad real véase LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena, “La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en las jurisprudencias del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español”, España, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XL, 2007.

⁴⁵ ANDRADE GALINDO, Jorge Antonio, *Op. Cit.*, p. 52., señala que “equidad es el reconocimiento de la diversidad del otro o de la otra para propiciar condiciones de mayor justicia e igualdad de oportunidad, tomando en cuenta la especificidad de cada persona.”

4.2. ELEMENTOS DEL DELITO

4.2.1. CONDUCTA

El feminicidio es una figura compleja y pluriofensiva⁴⁶, pues se conforma, por un lado, con el *delito* de homicidio en donde la víctima es una mujer y, por el otro, con la presencia de cualquiera de las siguientes *siete circunstancias fácticas*: a) incomunicación, b) violencia sexual, c) vejación, d) lesiones o mutilación, e) violencia intrafamiliar, laboral o escolar, f) relación íntima o de parentesco, y g) exposición pública del cuerpo.

Digo que el feminicidio es una figura compleja, pero no creo que se esté ante aquella categoría dogmática que la doctrina identifica como *tipo complejo*,⁴⁷ ya que el verbo típico es uno (*privar de la vida*), pues las *circunstancias fácticas* no describen acciones típicas⁴⁸ ni constituyen figuras típicas autónomas. En todo caso, el feminicidio parecería identificarse más con los *tipos compuestos*, en donde las distintas acciones que los integran carecen de trascendencia penal,⁴⁹ al no ser necesariamente delictivas.

Así, cuando el tipo penal de feminicidio habla de, e.g. “violencia sexual”, no necesariamente debe presentarse la *conducta típica* de “violación”, sino que basta con una *conducta fáctica* (que puede revestir una multiplicidad de formas) que implique violencia de contenido sexual, incluso *post mortem*.

Luego entonces, la conducta en el feminicidio es la misma que en el homicidio, y consiste en *privar de la vida* (a una mujer). Por lo tanto, son aplicables todos los razonamientos que la dogmática penal ha hecho sobre la *conducta* del homicidio. Así, por ejemplo, el feminicidio también podría cometerse tanto por *acción* como por *omisión*. Si bien es cierto que el enñañamiento y brutalidad que acompaña a este tipo de delitos, hace pensar que en la mayoría de los casos el feminicidio es cometido por acción, no debe descartarse la posibilidad de que primero se cometa el homicidio de una mujer por omisión impropia⁵⁰ y, posteriormente, se realicen, por ejem-

⁴⁶ TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, *Op. Cit.*, p. 71.

⁴⁷ GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *Concurso de delitos. Análisis comparado entre España y México*, (Tesis para obtener el grado de Doctor), Universidad de Salamanca, 2010, p. 98, explica que los tipos complejos se conforman con “la unión de dos o más tipos penales con autonomía que su *existencia justificada en el caso concreto se resuelve como unidad de delito*”.

⁴⁸ Por ejemplo, la fracción VI no puede calificarse como verbo típico, pues no exige una acción, sino sólo un estado: que exista una determinada *relación*.

⁴⁹ GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *Op. Cit.*, p. 9.

⁵⁰ MAYTA ACEVEDO, César, “Reflexiones acerca de la Ley n° 30068. Delito de Feminicidio”, Estudio Loza Avalos Abogados, Lima, 2013, p. 15, pone el ejemplo del médico que

plo, actos vejatorios sobre el cuerpo de la mujer, en cuyo caso, estimo que podría actualizarse un feminicidio por omisión.

Por cuanto hace al tema de la *ausencia de la conducta*, veo difícil que se presenten las causales (*vis maior, vis absoluta*, actos reflejos, hipnotismo, etc.) dentro del feminicidio, debido a la necesaria presencia de la misoginia. Si se llega a presentar una causal sería respecto al homicidio, mas no respecto al feminicidio. Piénsese en el supuesto en donde una mujer muere a raíz de un acto en donde se esgrime un vicio de la voluntad (por ejemplo, *vis absoluta*) y posteriormente el supuesto sujeto ejerce violencia sexual sobre el cuerpo. Aquí, la ausencia de voluntad se daría respecto al homicidio —y no al feminicidio—, el cual no se actualizaría, aunque se configuraría la profanación de cadáveres, pero sin que el tema del feminicidio venga al caso.

4.2.2. TIPICIDAD

4.2.2.1. TIPICIDAD OBJETIVA

A) SUJETOS

- Sujeto activo. El sujeto activo es genérico, pues no se exige la concurrencia de alguna calificación especial. Se discute si únicamente el hombre puede ser sujeto activo, o bien, también la mujer. Por principio de cuentas, se observa que el tipo penal no es limitativo y, en ese sentido, nada impediría que la mujer también pueda ser sujeto activo.

Es cierto que los casos en los que una mujer mate a otra mujer por razones de género pueden ser muy escasos y —hasta cierto punto— raros, pero, en definitiva podrían presentarse supuestos de mujeres misóginas, sobre todo, me atrevo a pensar en las que cumplen un rol de género que no se identifica plenamente con su sexo, esto es, aquellas que tiene un rol social marcadamente masculino. A propósito de este tema, Molina Cañizo⁵¹ señala que “no es necesario ser hombre para ser machista: muchas mujeres también lo son, en una amplia variedad de contextos y roles.”

Por su parte, Ontiveros Alonso⁵² opina que no debería limitarse la calidad del sujeto activo, pues con ello “resolvemos también los problemas relativos a la autoría y participación, conforme a las cuales dos o más personas, independientemente de su género, pueden cometer conjuntamente un delito”. En efecto, pueden presentarse casos en lo que el autor material

omite suministrar el medicamento a su paciente por el solo hecho de ser mujer que, por tal causa, fallece.

⁵¹ MOLINA CAÑIZO, Elena, *Op. Cit.*, p. 217.

⁵² ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Op. Cit.*, p. 542, n. 23.

sea un hombre, pero una mujer actualice algún supuesto de intervención delictiva accesoria, como la instigación o la complicidad. Aunque en estos supuestos, lo que debería observarse con cuidado sería que, en efecto, exista en la mujer el aspecto subjetivo de misoginia, pues, de no ser así, creo que, por virtud de la incomunicabilidad de las circunstancias, la mujer sólo podría actualizar la hipótesis de instigación o complicidad del delito de homicidio, mientras que, si en el mismo evento, el autor material priva de la vida por motivos misóginos, él sí habría de responder por feminicidio.

- Sujeto pasivo. El sujeto pasivo es *calificado*, pues únicamente la mujer puede serlo. Parece que al respecto no existirían mayores complicaciones dogmáticas, no obstante, me gustaría hacer referencia a una circunstancia que podría presentarse: piénsese en el supuesto en donde el sujeto activo priva de la vida por motivos misóginos a quien él piensa que es una mujer, pero que en realidad es un travesti o un transexual. En este supuesto, es claro que, desde el punto de vista biológico, no se está privando de la vida a una “mujer”, y, bajo esta tesitura, el delito de feminicidio no se actualizaría, pues —en todo caso— lo que encuadraría en el supuesto típico sería el homicidio.

Ahora bien, si el tipo penal de feminicidio consiste en un tratamiento jurídico para los casos de violencia de *género*, y si además tomamos en cuenta que los vocablos sexo y género no son sinónimos, podría llevarnos a pensar que cuando el tipo penal utiliza la expresión “mujer”⁵³ no se está refiriendo al sexo sino al *género*.

En efecto, un sujeto del *sexo masculino*, puede desempeñar un rol social que se identifique con el *género femenino*, como podrían ser los transexuales o travestis. Los estudios de género de la psicología o la sociología sugieren que la misoginia subyace en la homofobia que sufren las personas del sexo masculino, pues, al final aquélla se origina en los sentimientos de aberración hacia todo lo femenino.

Evidentemente, este tipo de reflexiones sólo pueden aplicarse a los tipos penales que regulen cuestiones de género, pues en otros casos queda claro que el legislador se refiere al sexo y no al género. Por ejemplo, es claro que cuando se utiliza la expresión “mujer” en el aborto, se hace referencia al aspecto sexual y no al rol social, pues, sin lugar a dudas, biológicamente sólo las mujeres pueden estar en cinta.

⁵³ ANDRADE GALINDO, Jorge Antonio, *Op. Cit.*, p. 63, explica que lo femenino y lo masculino no son simples derivaciones de las diferencias biológicas, si no complejas construcciones sociales cargadas de significación, que se proyectan y activan en las estructuras discursivas y regulatorias de las sociedades.

B) OBJETO

- Objeto material. El objeto material es el *cuerpo de la mujer*, pues es en éste en el que recae materialmente la conducta de privar de la vida. Además, el cuerpo de la mujer es un elemento clave, pues tres de las siete circunstancias fácticas que acompañan al homicidio recaen en él: la violencia sexual, la mutilación, la vejación y la exposición pública.

- Objeto jurídico. El bien jurídico es el que le dota de autonomía al tipo penal de feminicidio en relación con el homicidio y, al mismo tiempo, justifica su existencia, pues —como ya se ha venido señalando a lo largo del presente estudio— el bien jurídico en el *homicidio* únicamente es la *vida*, mientras que el feminicidio tiene como objeto de protección una dualidad constituida por (a) la *vida* y, además, (b) la *condición de género* de la víctima.⁵⁴ Así, ambos bienes jurídicos deben lesionarse o ponerse en peligro por el autor para excluir la aplicación de un homicidio y estar en posibilidades de ubicarnos en el feminicidio⁵⁵.

Bajo esta tesis, técnicamente habría sido más apropiado incluir el artículo 153-a en un capítulo autónomo, que bien podría denominarse —siguiendo las ideas de Ontiveros Alonso— “de los delitos contra las mujeres por su condición de género”, en el que podría incluirse este tipo penal, pero además algunos otros que no necesariamente impliquen violencia mortal.

- Circunstancias típicas. El tipo penal contiene siete situaciones fácticas que, en otras legislaciones, tiene el tratamiento expreso de *medios comisivos*.⁵⁶ *No obstante, en el CPG no queda muy clara su naturaleza jurídica, puesto que, aunque algunas podrían ser medios de comisión, algunas otras no son concomitantes con la ejecución típica y algo que aparece con posterioridad a la comisión puede ser todo, menos un “medio” de comisión. Piénsese, e.g., en el arrojamiento o exposición del cuerpo de la víctima.*

Luego entonces, podríamos calificar a esas situaciones como *circunstancias típicas*, pero sólo en la medida en que son *circunstancias* que exige el tipo penal. Sin embargo no son *circunstancias típicas* en el sentido clásico

⁵⁴ A propósito, ROXIN dice que también son bienes jurídicos “los derechos humanos y los derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia o libertad de culto. Su privación conlleva perjuicios muy reales de la vida en sociedad”. Citado por VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Op. Cit.*, p. 341.

⁵⁵ En este punto se siguen las aportaciones de ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Op. Cit.*, p. 549

⁵⁶ Así, la Iniciativa al Código Penal de Chihuahua establecía lo siguiente: “Artículo 128 bis.- Comete el delito de feminicidio, el que priva de la vida a una mujer mediante cualquiera de las conductas o bajo algunas de las circunstancias siguientes: [...]”

del término, pues aunque pueden hacer referencia a tiempos, modos o lugares, no necesariamente coinciden temporalmente con la ejecución del hecho típico, como ya se explicó.

De hecho, yo podría calificarlas como *circunstancias típicas de carácter fáctico*, en el entendido de que no se trata ni de tipos penales autónomos, ni de categorías dogmáticas específicas, sino de aspectos de la realidad que confluyen en el surgimiento del feminicidio. A continuación analizaremos cada una de esas circunstancias:

(1) Incomunicación. No existen referentes en los debates parlamentarios ni en el derecho comparado que puedan auxiliar a interpretar cuál fue la teleología al incluir la circunstancia fáctica de incomunicación. Tomando el concepto en su acepción gramatical, debería entenderse por “incomunicar”, el hecho de impedir a la mujer dar a conocer “algo”. En este caso, creo que ese “algo” debe estar relacionado con el peligro que corría en manos de su agresor. Lo más común es que esto se presente cuando la víctima sea privada de su libertad y, posteriormente, privada de su vida.

(2) Violencia sexual. No se identifica necesariamente con un tipo penal autónomo, por lo que no debe confundirse con la *violación*, ni con cualquier otro tipo penal que proteja la libertad sexual, pues —como ya señalaba—, esta circunstancia es *fáctica*, mas no dogmático-jurídica. Bajo esa tesitura, no es necesario que se compruebe, *e.g.*, el delito de violación, para que se configure el de feminicidio. Basta con que se haya presentado cualquier tipo de violencia de carácter sexual, antes o después de la muerte. Esto es relevante, pues, de exigirse la violación, los actos necrofilicos, por ejemplo, estarían excluidos.

En este punto, debe decirse que, por lo general, los feminicidios son objetivamente constatables porque la escena del crimen está construida de modo que se observan agresiones sexuales en el cuerpo de la víctima, pues en ocasiones éste se encuentra con las piernas abiertas, desnudas y con su ropa interior desgarrada.⁵⁷ En ese sentido, se ha dicho que los *feminicidios sexuales* se presentan porque el sujeto activo fue movido por impulsos sádico-sexuales, bajo el concepto de que el hombre es el “dueño” *del cuerpo de la mujer*.

(3) Vejación. La vejación implica *humillación, ignominia o deshonra*, ya sea que se presente antes o después de la muerte. La que se presente du-

⁵⁷ Esto tiene su fundamento en la construcción patriarcal que establece que el cuerpo sexuado de las mujeres es propiedad de los hombres. Así, LAGARDE, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas*, México, UNAM, 2005, p. 59, expresa que “los hombres se empoderan mediante la apropiación sexual de las mujeres”.

rante la vida del sujeto pasivo menoscabaría la dignidad humana, mientras que aquella que se presente *post mortem*, en el cuerpo del cadáver, atentaría contra la memoria de los familiares respecto al sujeto pasivo.

(4) Lesiones o mutilación. La mutilación era la circunstancia fáctica más objetiva de todas y, a la vez, la que menos problemas de interpretación tenía, pues implicaba simplemente *amputar* algún elemento corporal del sujeto pasivo. No obstante, la reforma del 23 de mayo de 2014 añadió las *lesiones* y, además, difuminó el carácter objetivo, pues se agregó la exigencia del carácter *infamante* o *degradante* de la lesión o de la mutilación.

Cuando se acude a las definiciones que ofrece la RAE, se advertirá que no es fácil distinguir conceptualmente entre los adjetivos “degradante” e “infamante” e, incluso, entre el sustantivo “vejación” de la circunstancia anterior. Todas esas voces aluden, de alguna forma, a la “deshonra” causada a la víctima. La gran pregunta siempre será, ¿cuándo una lesión o mutilación deshonra a la mujer? La interpretación jurisprudencial⁵⁸ tendrá una gran labor en la delimitación de este tópico, no obstante, me parece que cuando el tipo aludía únicamente a la “amputación” era menos complejo, pues, para mí, en toda amputación está presente un efecto deshonoroso, lo cual no sucede en las lesiones, pues, es discutible que las lesiones levísimas causen ignominia.

(5) Amenazas, acoso, lesiones o violencia dentro de un ámbito de subordinación. Si las conductas descritas por la fracción IV (amenazas, acoso, lesiones o violencia) no se dan dentro de un ámbito que implique subordinación (familiar, laboral o escolar) — esto es, que le otorgue cierto poder al agresor—, no se actualizaría el feminicidio. Al respecto, es claro que la relación que hay entre una empleada y el superior jerárquico es de subordinación, al igual que aquella entre una alumna y el maestro o directivo, pero no es aceptable pensar que la concubina o cónyuge está subordinada al marido o concubino, por lo cual, me parece que la redacción de esta fracción es desafortunada. En todo caso, podría pensarse que la única subordinación (derivada del Derecho civil) que hay en el ámbito familiar sería entre el padre y la hija.

Por lo que hace a las *amenazas*, el sujeto activo debió haber intimidado a la subordinada con causarle daño y, posteriormente, privarla de la libertad. En ese supuesto, habría un concurso real entre el feminicidio y las amenazas, pues éstas no quedan consumidas en aquél. En cuanto al *acoso*, la norma no precisa que sea de tipo *sexual*, por lo que puede darse cualquier clase

⁵⁸ Vid. ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Op. Cit.*, p. 543.

de *mobbing*⁵⁹ (escolar, familiar, laboral, etc.), pero si se trata de un acoso de tipo sexual, el feminicidio entraría en concurso real con el hostigamiento sexual de los artículos 187-a y 187-b del CPG. Por lo que toca a las *lesiones*, la fracción ya no especifica que deben ser infamantes o degradantes, sino simplemente que deriven de una relación de subordinación. En este caso, entonces, sí cabrían las lesiones levísimas. Por cuanto hace a la *violencia*, la Ley de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia la define como “cualquier acción u omisión que les cause a las mujeres daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico, sexual o la muerte tanto en el ámbito privado como en el público”. Si se da en el ámbito familiar, el feminicidio podría entrar en concurso con la “violencia intrafamiliar”.

(6) Relación íntima o de parentesco. Tradicionalmente la doctrina había denominado *uxoricidio* al homicidio de la esposa en manos del esposo. En el caso de Guanajuato, el legislador no limitó el feminicidio a una relación formal de matrimonio, sino que lo abrió a situaciones de facto como el concubinato o, incluso, el noviazgo.⁶⁰ Al ampliar tanto los supuestos, el legislador provocó un problema de *unidad de ley*, pues parecería que cuando se da muerte a una mujer con quien se guarda parentesco, acuden dos tipos penales a regularlo, a saber, el feminicidio y el homicidio en relación de parentesco. Digo que es un asunto de unidad de ley, porque no habría concurso de delitos⁶¹ ya que mientras exista misoginia el feminicidio desplazará al homicidio en relación de parentesco.⁶²

(7) Arrojamiento o exposición pública del cuerpo. Opino que el feminicidio no se configuraría si, por ejemplo, el sujeto activo asalta a una mujer y en el acto la priva de la vida, *quedando tirado* el cuerpo en la vía pública. Esto es así porque creo que el verbo empleado no es “yacer”, sino “arrojar” o “exponer”. Éste implica “presentar el cuerpo *para que sea visto*”, mientras que aquél denota la idea de “impeler con *violencia* el cuerpo”.

⁵⁹ RIVAS SÁNCHEZ, Luis José, *Mobbing. Terrorismo psicológico en el trabajo*, España, Entrelíneas Editores, 2003, p. 15.

⁶⁰ HUACCHILLO NUÑEZ, Yenny, *Op. Cit.*, p. 9, propone que se establezca una limitante temporal para medir la ruptura de la relación pasada.

⁶¹ Me sorprende enterarme que en un caso reciente en Perú, la autoridad investigadora consideró que existía concurso real entre feminicidio y parricidio. Véase el sitio <http://peru.com/actualidad/nacionales/paul-olortiga-justicia-decidira-miercoles-9-si-si-va-pri-sion-noticia-265738>

⁶² MAYTA ACEVEDO, César, *Op. Cit.*, 17, pone el ejemplo de quien mata a su madre para heredar sus bienes y quien lo hace por misoginia. En el primer caso sería homicidio en relación de parentesco y en el segundo feminicidio.

4.2.2.2. TIPICIDAD SUBJETIVA

A) Dolo. Sólo puede ser cometido en forma dolosa, en virtud de que, como analizaremos más adelante, es indispensable un elemento subjetivo específico para su configuración.

Por esta razón, estimo que, *e.g.*, si se presenta el supuesto en el que se priva de la vida a una mujer en forma culposa (piénsese en un accidente automovilístico) y, posteriormente, el mismo sujeto activo (en quien recaen inclinaciones necrófilas) inflige violencia sexual al cadáver en forma dolosa, se cometería un homicidio culposo y entraría en concurso real con el delito de profanación de cadáveres, mas el delito de feminicidio no podría configurarse. Esto es así, porque el dolo debe presentarse en la *acción* típica, que es privar de la vida, no en las circunstancias fácticas, como lo es la violencia sexual.

Al respecto, debe tomarse en cuenta que el dolo es fácilmente constatable en los casos de feminicidio, pues casi siempre se presenta la premeditación, el ensañamiento⁶³ y la brutalidad, lo cual denota que las mujeres no fueron asesinadas por impulsos inesperados o ataques sin intención.

B) Culpa. Como ya expuse, el feminicidio no puede ser cometido en forma culposa, pues el requisito de los motivos misóginos excluye esta posibilidad.⁶⁴

Podría reflexionarse en este punto sobre el supuesto en donde el esposo realiza actos de violencia intrafamiliar sobre su esposa, pretendiendo únicamente “darle su merecido” a través de lesiones, las cuales, finalmente, evolucionan hasta producir el homicidio. La solución jurídica a este caso depende de las circunstancias en concreto que se presenten, pero, para los efectos de este trabajo, habría que señalar que el elemento subjetivo de misoginia ya se encuentra desde la violencia intrafamiliar, por lo que podría

⁶³ De igual forma, los lugares donde aparecen los cuerpos: descampados, toneles y barrancos, entre otros, también tienen el propósito de producir terror en las mujeres ya que sugieren cierto grado de planificación, no sólo para asesinar a la víctima, sino para mandar mensajes de “intimidación”. CARCEDO, Ana y SAGOT, Montserrat, *Feminicidio en Costa Rica. 1990-1999*, Costa Rica, Organización Panamericana de la Salud. Programa Mujer, Salud y Desarrollo, 2000, p. 52, ilustran la forma en la que se presenta el ensañamiento en la realidad.

⁶⁴ Un razonamiento analógico lo hace GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *Op, Cit*, p. 583, n. 2245, cuando dice que el parricidio no puede ser culposo, al presuponer un dolo directo.

acudirse a la figura del dolo indirecto para sustentar la responsabilidad del sujeto activo por feminicidio.

C) Elementos subjetivos específicos. El artículo 153-a no contempla en forma expresa algún elemento subjetivo específico, pero de una interpretación teleológica y sistemática, tendría que concluirse que, indefectiblemente, debe presentarse un elemento anímico diferente al dolo, consistente en las *motivaciones misóginas*.

Así, no basta que el sujeto activo quiera privar de la vida a una mujer, sino que además debe hacerlo por *motivos de discriminación basada en razones de género*. Sin este elemento subjetivo específico, el tipo penal perdería su razón de ser e, incluso, devendría en inconstitucional, al violentar, ahora sí, la garantía de igualdad jurídica.

Se desconoce el motivo por el cual el legislador omitió hacer referencia expresa a este elemento subjetivo específico. Es probable que haya tratado de facilitar la labor probatoria del órgano de acusación, al eliminar un referente subjetivo y sustituirlo por aspectos objetivos como son las cinco circunstancias fácticas que contempla el tipo penal.

En efecto, la redacción del tipo penal podría haber sido —en una forma simple— similar a “comete feminicidio quien priva de la vida a una mujer por razones de género”. No obstante, pudo haberse pensado que la expresión “razones de género” era demasiado subjetiva y daría lugar a un sin número de interpretaciones, lo cual contrastaba con la expresión “privar de la vida”, la cual denota aspectos marcadamente objetivos, pues, hasta cierto punto, resulta fácil saber cuándo existe “privación de la vida” por el auxilio de las ciencias exactas, las cuales no dan mucho lugar a la interpretación.

De esta manera, es posible que el legislador haya pretendido decir que el elemento subjetivo de “razones de género” se “objetivaba” en las circunstancias fácticas de incomunicación, violencia sexual, vejación, mutilación, violencia intrafamiliar, etc.

No obstante, prescindir del elemento subjetivo específico es inconstitucional e, incluso, peligroso. Piénsese en el supuesto en donde el esposo priva de la vida en forma culposa a su esposa y se comprueba que, en he-

chos previos y completamente aislados, había existido violencia familiar de aquél hacia ésta. Como la norma sólo requiere “que haya existido violencia intrafamiliar” más un homicidio, se llegaría a la conclusión de que, en efecto, se trata de un feminicidio, cuando, técnicamente y tomando en cuenta la ausencia del elemento subjetivo específico, debería tratarse como un homicidio culposo en concurso real con el delito de violencia intrafamiliar.⁶⁵

4.2.2.3. ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO

El tipo penal de feminicidio tiene dos elementos normativos: el homicidio y la víctima. Por cuanto hace al *homicidio*, se encuentra definido en el artículo 138 del CPG en los siguientes términos: “Comete homicidio quien priva de la vida a otro.” En cuanto a la *víctima*, el concepto lo define la Ley de Atención y Apoyo a la Víctima y Ofendido del Delito del Estado de Guanajuato (artículo 3) en los siguientes términos:⁶⁶

“Toda persona es víctima del delito cuando haya sufrido daños en su *integridad física* o mental, en su patrimonio o cuando sus derechos fundamentales se vean afectados sustancialmente como consecuencia de acciones u omisiones que estén tipificadas como delito en el Código Penal para el Estado de Guanajuato en vigor. También se consideran víctimas a los familiares o personas que tengan dependencia económica directa con el ofendido del delito”.

4.2.3. ANTIJURIDICIDAD

No podría darse ninguna causa de justificación (cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, consentimiento del sujeto pasivo, legítima defensa o estado de necesidad justificante), debido a las motivaciones de carácter misógino requeridas.

Si se presenta alguna causa de justificación sería porque el supuesto en específico es atípico del delito de feminicidio, aunque típico del de ho-

⁶⁵ El único caso de feminicidio que conozco en Guanajuato, a través de las notas periódicas, me hace pensar que no se tiene el entendimiento cabal del tipo penal, pues, de acuerdo a los inculpados, éstos sólo pretendían robar a la víctima y, al hacerlo, la privaron también de la vida. Consúltese el sitio <http://www.am.com.mx/movil/leon/sucesos/dictan-prision-preventiva-a-femicida-113952.html>

⁶⁶ Evidentemente el tipo penal de feminicidio hace referencia a las víctimas primarias contenidas en la primer parte del precepto transcrito, y no a las secundarias, como serían los familiares o dependientes económicos.

micidio. Así, piénsese en el caso en donde el sujeto activo se defiende de una agresión ilegítima e inminente proveniente de la mujer y, al hacerlo, la priva de la vida, y, posterior a su muerte, el mismo sujeto activo mutila el cuerpo (por ejemplo, para ocultarlo). En este caso, no hay legítima defensa respecto del feminicidio, si no respecto al homicidio y, además, se podría cometer el delito de profanación de cadáveres o a las leyes de inhumación.

4.2.4. CULPABILIDAD

Ni el *error de prohibición*, ni el *estado de necesidad disculpante*, ni la *no exigibilidad de otra conducta* podrían presentarse, pues, como se ha venido diciendo, se necesitan elementos subjetivos específicos que anulan la posibilidad. En cambio, sí podría presentarse la *inimputabilidad*, al menos por lo que hace a la edad, pues por mucho que un menor cometa un homicidio por motivos misóginos, existe una presunción legal de que no tiene la capacidad psíquica para entender el carácter ilícito del hecho y conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Cabe hacer mención a que el grado de ensañamiento que muestran los sujetos activos, ha sido considerado “como supuesta prueba de una especie de locura temporal, la llamada *emoción violenta*. Esto se convirtió en argumento de la defensa y fue frecuentemente acogido en los tribunales como un atenuante que restaba responsabilidad al femicida sobre sus actos y le disminuía la condena”.⁶⁷

Tampoco en esos casos caben causas de justificación porque “el ensañamiento, sin embargo, se relaciona más con el tipo de relación de control que el femicida tiene sobre la víctima y no con explosiones momentáneas e inexplicables o con un comportamiento patológico. Este control se manifiesta como imposición abierta, bajo la forma disfrazada de los celos o como ataque sexual. En estos casos, los celos se presentan claramente como sinónimo de control y no como amor o interés por la mujer”.⁶⁸

4.3. PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LA TIPICIDAD

4.3.1. TENTATIVA

Tanto la tentativa acabada e inacabada, como la tentativa idónea e inidónea podrían presentarse en el feminicidio. Piénsese en el supuesto en donde el sujeto activo quiere privar de la vida por razones de género a una mujer y,

⁶⁷ CARCEDO, Ana y SAGOT, Montserrat, *Op. Cit.*, p. 53.

⁶⁸ *Idem.*

en primer lugar, la violenta sexualmente, intentando posteriormente privarla de la vida, para lo cual realiza todos los actos ejecutivos encaminados a ello y, no obstante, no se produce el resultado.

4.3.2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

4.3.2.1. AUTORÍA

A) Autoría directa. Se presenta cuando el sujeto activo realiza materialmente la conducta por sí mismo. Así, esta sería la forma más común de intervención típica.

B) Autoría mediata. Piénsese en el sujeto que pretende cometer un homicidio por razones de género y se vale de un inimputable para llevarlo a cabo, en donde es éste el que la priva de la vida y, posteriormente, arroja el cuerpo a un lugar público.

C) Coautoría. Si existe acuerdo previo entre varios sujetos, a fin de privar de la vida a una mujer por razones de género y, por ello, existe en cada uno de ellos el dominio funcional del hecho, se da la coautoría.

4.3.2.2. PARTICIPACIÓN

A) Inducción. Si un sujeto determina a otro a cometer el delito de feminicidio, haciendo surgir en éste la idea criminal que, al final se concreta, tiene el grado de participación de un inductor.

B) Complicidad. Si un sujeto auxilia al autor directo en la comisión del delito de feminicidio, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, es cómplice del feminicidio. En este punto, creo —como ya había señalado— que, en virtud de la incomunicabilidad de las circunstancias, el cómplice debe estar movido, al igual que el autor material, por razones de misoginia.⁶⁹

4.3.3. CONCURSO DE DELITOS

4.3.3.1. CONCURSO IDEAL

Puede presentarse, por ejemplo, cuando un sujeto mantiene privadas de su libertad a dos mujeres y, por ende, incomunicadas. Al final, motivado por razones de discriminación de género, el sujeto decide privarlas de su vida

⁶⁹ MAYTA ACEVEDO, César, *Op. Cit.*, p. 16, dice que no es necesario que los partícipes tengan o conozcan la intención especial del autor.

y, para ello, arroja una granada al lugar en donde se encuentran ambas. Así, con una conducta, se cometen dos feminicidios.

4.3.3.2. CONCURSO REAL

El concurso real implica más complicaciones dogmáticas que el ideal, en virtud de la necesaria presencia de las circunstancias fácticas. Así, por ejemplo, podría presentarse un concurso real entre la violación y el feminicidio, si se violenta sexualmente a la mujer antes de privarla de la vida por razones de género. Si la violencia sexual se presenta con posterioridad a la privación de la vida, habría un concurso real entre la profanación de cadáveres y el feminicidio.

De igual forma, si se mutila a la víctima antes de privarla de la vida, se presentaría un concurso entre lesiones y feminicidio. Si se hace después de la muerte, sería un concurso entre profanación de cadáveres y feminicidio.

Un caso más sería cuando exista violencia intrafamiliar y se priva de la vida a la mujer, ya que el concurso real se daría, precisamente, entre el feminicidio y la violencia intrafamiliar.

4.4. PUNIBILIDAD

Antes de la reforma del 23 de mayo de 2014, el feminicidio era “considerado como calificado para efectos de su punibilidad”, pero, a partir de la aludida reforma, el feminicidio adquirió la autonomía punitiva que merecía (en razón del plus de injusto) y se elevó de 30 a 70 años, siendo, incluso, el tipo penal con mayor punibilidad.

Una cuestión interesante sería reflexionar si al feminicidio se le aplicarían las agravantes y atenuantes del homicidio genérico. Por ejemplo, ¿existirían las calificativas en el feminicidio? Aunque, de hecho, podría darse, e.g., la ventaja en un caso de feminicidio, lo cierto es que ya no se podría agravar la sanción, pues el Código Penal establece esa sanción específica de 30 a 70 para el feminicidio.

Respecto a las atenuantes y a las excusas absolutorias, ¿podría, por ejemplo, presentarse un *feminicidio consentido* o un *aborto feminicida*? Respecto al aborto feminicida,⁷⁰ creo que difícilmente podría presentarse, pues el producto en gestación no podría sufrir prácticamente ninguna de las circunstancias fácticas que exige el tipo, salvo aquélla referente a que el

⁷⁰ La legislación peruana (art.108°-B de la Ley 30068) agrava la punibilidad cuando la víctima se encuentre “en estado de gestación”.

cuerpo se arroje en el lugar público. En cuanto a un *feminicidio consentido*, tampoco se podría dar, puesto que el artículo 141 del CPG hace referencia expresa a “homicidio”, aunado a que sería prácticamente improbable que una mujer otorgue su consentimiento para que se le “prive de la vida por razones de *misoginia*”.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS:

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Está en nuestras manos. No más violencia contra las mujeres*, España, 2004.

ANDRADE GALINDO, Jorge Antonio *et al.*, *Glosario de términos sobre violencia contra la mujer*, México, Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, 2010.

BEGNÉ, Patricia, “Género, violencia y Derecho penal”, en Cervantes Herrera, José (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al maestro Nestor Raúl Luna Hernández*, México, Universidad de Guanajuato, 2007.

BOLEA BARDÓN, Carolina, “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, disponible en <http://www.criminet.ugr.es/recpc>.

CARCEDO, Ana y SAGOT, Montserrat, *Feminicidio en Costa Rica. 1990-1999*, Costa Rica, Organización Panamericana de la Salud. Programa Mujer, Salud y Desarrollo, 2000.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa, 2006.

FACIO, Alda, “Con los lentes de género se ve otra justicia”, *El otro derecho*, Colombia, núm. 28, julio, 2002.

GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *Concurso de delitos. Análisis comparado entre España y México*, (Tesis para obtener el grado de Doctor), Universidad de Salamanca, 2010.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, en Carbonell, Mi-

- guel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002.
- HUACCHILLO NUÑEZ, Yenny, “El delito de feminicidio a propósito de la incorporación en el Código Penal peruano”, *Revista Jurídica Alerta Informativa*, Lima, 2012.
- LAGARDE, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas*, México, UNAM, 2005.
- LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena, “La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en las jurisprudencias del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, España, XL, 2007.
- MACASSI LEÓN, Ivonne (coord.), *La violencia contra la mujer: feminicidio en Perú*, Perú, Flora Tristán, Amnistía Internacional Sección Peruana, 2005.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas propuestas desde un discurso feminista crítico”, *InDret*, España, 2007.
- MAYTA ACEVEDO, César, “Reflexiones acerca de la Ley nº 30068. Delito de Feminicidio”, Estudio Loza Avalos Abogados, Lima, 2013.
- MEDINA ROSAS, Andrea, *Campo Algodonero. Análisis y propuestas para el seguimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano*, México, Red Mesa de Mujeres de Ciudad Juárez A.C., Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, 2010.
- MOLINA CAÑIZO, Elena, “Aspecto penales y criminológicos de la violencia de género en México”, en (AA.VV.), *Pensamiento jurídico y político contemporáneo. Libro homenaje a Cuauhtémoc Ojeda Rodríguez*, México, Departamento de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Guanajuato, 2008.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del Derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, disponible en <http://www.criminet.ugr.es/recpc>.

- MONÁRRAEZ FRAGOSO, Julia, “Feminicidio sexual serial en Ciudad Juárez: 1993-2001”, *Debate feminista*, año 13, vol. 25, abril 2002.
- ONTIVEROS ALONSO, Miguel, “¿Tipificación del feminicidio? Apuntes para el debate”, en (AA.VV.), *Homenaje a Ricardo Franco Guzmán*, México, INACIPE, 2008.
- POLITOFF, Sergio, “Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho penal comparado (A la luz del proyecto de ley sobre discriminación racial y étnica (Boletín N° 2142-17)”, *Ius et praxis*, Chile, año/vol. 5, núm. 002, Universidad de Talca.
- RAMOS LIRA, Luciana y SAUCEDO GONZÁLEZ, Irma, “La agresión y la violencia de género en seres humanos”, en Muñoz-Delgado, Jairo/Luis Díaz, José/Moreno B., Carlos (comp.), *Agresión y violencia. Cerebro, comportamiento y bioética*, México, Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente, Herder, 2010.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005.
- RIVAS SÁNCHEZ, Luis José, *Mobbing. Terrorismo psicológico en el trabajo*, España, Entrelíneas Editores, 2003.
- SAGOT, Montserrat, voz “feminicidio”, en Gamba, Susana Beatriz (coord.), *Diccionario de estudio de género y feminismos*, Argentina, 2ª edición, Biblos, 2007.
- SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena y VARGAS PINTO, Tatiana, “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el feminicidio y otras reformas relacionadas (ley n° 20.480)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, núm. 1, 2011.
- TAMAYO LEÓN, Giulia, “Violencia de género, seguridad ciudadana y políticas públicas: revisión de los deberes estatales de prevención y garantía de los derechos humanos de las mujeres y las niñas”, en MENDOZA BAUTISTA, Antia y GARCÍA AMEZOLA, Yolanda (comp.), *Seminario Internacional. Mujeres Seguras en las Ciudades Futuras. Hacia una vida sin violencia de género: visiones y propuestas. Memorias*, México, Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, 2010.

TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, *Feminicidio*, México, Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.

VELÁZQUEZ, Susana, voz “violencia de género”, en GAMBA, Susana Beatriz (coord.), *Diccionario de estudio de género y feminismos*, Argentina, 2ª edición, Biblos, 2007.

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, “Indagaciones a propósito del derecho a la no discriminación”, en (AA.VV.), *Pensamiento jurídico y político contemporáneo. Libro homenaje a Cuauhtémoc Ojeda Rodríguez*, México, Departamento de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Guanajuato, 2008.

LOS PILARES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MÉXICO

Miguel Ángel CERVANTES FLORES¹

I. INTRODUCCIÓN

Se dedica esta aportación con aprecio sincero al maestro y amigo, doctor Pedro López Ríos, a quien con justicia homenajeamos ahora.

A veces los estudiantes universitarios ven en cierto profesor un modelo, una motivación, un ejemplo a seguir en su vida profesional. Personalmente tuve la fortuna de experimentar esa sensación con el doctor López Ríos, porque gracias a él descubrí mi vocación jurídica: el derecho administrativo; pero llegué más lejos, porque con el pasar del tiempo pude tratar a mi maestro, primero, como superior jerárquico en el ámbito laboral, para, finalmente, conocerlo como persona. En resumen, he aprendido bastante del doctor Pedro: como discípulo, como servidor público y como ser humano; así que pretendo que este artículo sirva de modesto, pero muy significativo reconocimiento público y en vida, a mi dilecto maestro y amigo.

Este opúsculo constituye la mayor parte del primer Capítulo de un libro que está en proceso de formación —al que pienso intitular *La Justicia Administrativa en México. Origen y evolución de los órganos jurisdiccionales administrativos*— y trata sobre el sustento histórico jurídico de nuestros tribunales administrativos: por una parte, la sección de lo contencioso administrativo del consejo de Estado creada por la *Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo* de 25 de mayo de 1853, obra legislativa del primer administrativista mexicano, don Teodosio Lares;² y, por la otra, el Tri-

¹ Profesor de tiempo parcial en el Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato.

² Pues habrá que destacar que la obra de don José María del Castillo Velasco —profesor de derecho constitucional y administrativo en la Escuela Especial de Jurisprudencia de México— intitulada *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, fue editada entre 1874 (el tomo I) y 1875 (el tomo II), es decir, casi un cuarto de siglo después de las Lecciones de Lares; siendo, en todo caso, ambos de los primeros estudios dedicados al derecho administrativo en nuestro país.

bunal Fiscal de la Federación, producto de la *Ley de Justicia Fiscal*, vigente el 1º de enero de 1937.

De don Teodosio Lares se proporcionarán algunos datos biográficos y una descripción panorámica de sus famosas *Lecciones de derecho administrativo*, así como de su *Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo* y su *Reglamento*; legado jurídico de gran valía, que por azares políticos, no florecería en su entorno inmediato, pero que constituiría la simiente del contencioso administrativo del siglo XX.

De la pluma de don Antonio Carrillo Flores —miembro de la comisión encargada de proyectar la *Ley de Justicia Fiscal*— se conocerá el contexto histórico y jurídico en que surgió el Tribunal Fiscal de la Federación. Y permítaseme relatar la siguiente anécdota que viene muy a cuento: el doctor Pedro López Ríos, en una ocasión me permitió amablemente el acceso a su biblioteca personal para cotejar unas copias que yo guardaba celosamente de la *Ley de Justicia Fiscal* y su exposición de motivos y que me inquietaban sobremanera, ya que no podía encontrar —por más que buscaba en internet—, su fuente; pero que felizmente concordaron con el texto contenido en un número de la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación que conservaba el doctor. La visita se prologó gratamente por unas cuantas horas que transcurrieron entre la plática y el recorrido por la casa del doctor, oportunidad que me permitió disfrutar de la cortés compañía de mi anfitrión. Aquella mañana gané varias cosas: disipé una duda y con ello pude avanzar en mi investigación y tuve el privilegio de conversar con un entrañable amigo.

Luego de casi un siglo de duda sobre la constitucionalidad del contencioso administrativo en México —en la que tuvo su aportación el ilustre Vallarta—, en 1946, se inició una serie de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que irían reconociendo a la institución en los tres niveles de gobierno. Lo que confirma, que no fueron en vano los esfuerzos de Lares en pro de la jurisdicción especializada desplegados a mediados del siglo XIX, pues florecerían durante el XX, proyectando sus frutos en pleno siglo XXI.

2. TEODOSIO LARES: PADRE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Teodosio Lares es el padre de la jurisdicción contencioso-administrativa en México, pues, cronológicamente, ha sido el primer autor de una obra

doctrinal —sus *Lecciones de derecho administrativo*,³ publicadas en 1852— consagrada a este tema; siendo además, el autor intelectual de la primera legislación patria —la *Ley para el arreglo de lo Contencioso Administrativo*, de 25 de mayo de 1853— que abrazó al novedoso contencioso administrativo de corte francés. Lo que, sumado a la afirmación de don Eduardo García de Enterría, de que la justicia administrativa fue una creación jurídica sin precedentes en los fundamentos históricos del derecho occidental, surgiendo súbitamente en 1789 con la Revolución Francesa,⁴ autorizan a decir que Lares es el pionero del derecho administrativo en nuestro país.

El estudio del control jurídico de los actos de la administración pública conduce insoslayablemente a términos como los de justicia administrativa y contencioso administrativo, ¿qué relación guardan entre sí? La respuesta nos la proporciona don Héctor Fix-Zamudio, para quien la justicia administrativa es “...un conjunto de instrumentos jurídicos y procesales para la tutela de los particulares frente a la administración pública, y entre estos mecanismos se encuentra la jurisdicción especializada en esta materia, que es uno de sus sectores más importantes...”⁵ Así entonces, según la opinión del reputado investigador de la UNAM, constituyen manifestaciones de la justicia administrativa (género): las leyes de procedimiento administrativo, los recursos y los tribunales administrativos —entre otros tópicos—, sobre lo que Lares fue el sembrador de la tesis continental europea en el México de mediados del siglo XIX.

2.1 ALGUNOS DATOS BIOGRÁFICOS

Teodosio Lares fue un jurista, intelectual y político mexicano, de los más sobresalientes conservadores del siglo XIX;⁶ que destacó —en las dos pri-

³ De hecho Francisco Wiechers ha manifestado al respecto: “Las *Lecciones* tuvieron capital importancia... (al ser el primer jurista en nuestro país en escribir una obra de ese género, más si se tiene en cuenta que el derecho administrativo era la vanguardia jurídica de la época)...” Cfr. WIECHERS VELOZ, Francisco, *Teodosio Lares. Un jurista del siglo XIX*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, (Episodios y personajes del Poder Judicial de la Federación, núm. 6), p. 67.

⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, España, Thomson Civitas, 2007, p. 11.

⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Reflexiones sobre el estado de derecho democrático y social y la justicia administrativa en el siglo XXI”, *Memoria del Congreso Nacional. La justicia administrativa en el siglo XXI*, Guanajuato, diciembre de 2007, p. 73.

⁶ TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la, *Teodosio Lares: nuestro jurista maldito*, México, Instituto de Capacitación del Poder Judicial del Estado, 2007, (Monografías, núm. 16), pp. 2-3.

meras facetas—, como un respetado administrativista y miembro del prestigioso Ateneo Mexicano.⁷

José Teodosio de Jesús Lares y Macías Valadez nació el 26 o el 29⁸ de mayo de 1806 en el mineral de Nuestra Señora de los Ángeles, “...Asientos de Ibarra, viejo distrito minero perteneciente a la Alcaldía Mayor de Aguascalientes...Subdelegación de la Intendencia de Aguascalientes...Intendencia de Zacatecas...hijo de don Vicente Lares y doña María de Jesús Macías Valadez Arcia”.⁹

Lares estudió derecho en el Colegio de San Ildefonso¹⁰ y terminados los estudios de licenciatura se trasladó a Jalisco, donde se tituló de abogado,¹¹ recibiendo el 6 de agosto de 1827.¹²

En 1842 fue nombrado ministro propietario de la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia de Zacatecas y en el Instituto Literario zacatecano impartió clase de derecho canónico y fue su director entre 1844 y 1847.¹³

Fue diputado y luego senador por el estado de Guerrero, desempeñando estos cargos entre 1848 y 1853; y fue electo presidente del senado en 1850.¹⁴

Fue Ministro de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Política durante la Dictadura Pactada de Antonio López de Santa Anna (1853-1855),¹⁵ así como ministro propietario de la Suprema Corte de Justicia.¹⁶ A la caída del dictador y por virtud del Plan de Ayutla, Lares deja la ciudad de México.¹⁷ Al asumir la presidencia Miguel Miramón, Lares ocuparía dos puestos: Ministro de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública y Ministro de Relaciones Exteriores, en ausencia de Juan Nepomuceno Almonte.¹⁸

Lares fue presidente de la Junta de Notables que determinó para el país la forma de gobierno monárquica;¹⁹ posteriormente, sería presidente del

⁷ WIECHERS VELOZ, *Op. Cit.*, pp. 21-22.

⁸ Torre Rangel dice que Lares nació el 26, mientras que Wiechers Veloz refiere el 29; cfr. Torre Rangel, *op. cit.*, p. 3 y Wiechers Veloz, *Op. Cit.*, p. 17.

⁹ TORRE RANGEL, *Op. Cit.*, p. 3.

¹⁰ WIECHERS VELOZ, *Op. Cit.*, p. 17.

¹¹ *Ibid.*, p. 18.

¹² TORRE RANGEL, *Op. Cit.*, p. 4.

¹³ WIECHERS VELOZ, *Op. Cit.*, p. 18.

¹⁴ *Ibid.*, p. 19.

¹⁵ TORRE RANGEL, *Op. Cit.*, p. 7.

¹⁶ WIECHERS VELOZ, *Op. Cit.*, pp. 30-31 y Alejandro Mayagoitia apud. TORRE RANGEL, *Op. Cit.*, p. 7.

¹⁷ WIECHERS VELOZ, *Op. Cit.*, p. 41.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 45-46.

¹⁹ *Ibid.*, p. 50.

Consejo de Ministros²⁰ del emperador Maximiliano de Habsburgo y, en 1867, se desempeñó como miembro de la también Junta de Notables que decide la no abdicación del emperador.²¹ No obstante, su contribución a la causa imperialista, Maximiliano lo tenía anotado en su *Libro Secreto*, por haberse dictado en su contra formal prisión por la Suprema Corte al haber dispuesto de nueve mil pesos por dos años de adelanto como Ministro Judicial.²²

Al triunfo del liberalismo Lares se exilia en La Habana, de donde regresa a la ciudad de México y muere el 22 de enero de 1870²³ a los 63 años de edad, aunque según otro autor su fallecimiento acontece en la capital cubana.²⁴

2.2 LAS LECCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Como miembro del prestigioso Ateneo Mexicano, Lares dictó en 1851 sus catorce lecciones o conferencias que fueron recogidas en su obra *Lecciones de derecho administrativo*,²⁵ fechadas en México el 19 de agosto de 1851,²⁶ las cuales fueron editadas originalmente por Ignacio Cumplido en 1852 y reeditadas por la UNAM en 1978, con el prólogo de don Antonio Carrillo Flores,²⁷ quien expresó:

...las Lecciones de Lares, que casi podrían considerarse como una amplia exposición de motivos de su ley de 1853, fueron un esfuerzo solitario en la doctrina jurídica mexicana de mediados del siglo XIX para orientar el desarrollo de nuestro derecho administrativo por el cauce, todavía en formación, de las construcciones de la literatura francesa de su tiempo y particularmente de las obras de Chaveau Adolphe y Laferriere.²⁸

En la primera lección, se hace referencia a la introducción, a lo que debe entenderse por derecho administrativo, a su origen y estado en Francia, España y México y a la importancia de esta ciencia. Al respecto, Lares dirá:

²⁰ *Ibid.*, p. 51.

²¹ TORRE RANGEL, *Op. Cit.*, p. 11.

²² WIECHERS VELOZ, *Op. Cit.*, p. 53.

²³ *Ibid.*, p. 54.

²⁴ Agustín Rivera *apud* Torre Rangel, *Op. Cit.*, p. 11.

²⁵ WIECHERS VELOZ, *Op. Cit.*, p. 22.

²⁶ LARES, Teodosio, *Lecciones de derecho administrativo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, edición facsimilar, p. 400.

²⁷ *Vid.* la nota al pie núm. 35, en Torre Rangel, *Op. Cit.*, p. 18.

²⁸ LARES, *Op. Cit.*, p. VI.

El derecho administrativo, considerado como ciencia, es de origen moderno. En todas épocas, y donde quiera que haya habido un gobierno, ha habido instituciones administrativas. No puede concebirse gobierno sin administración, ni ésta sin reglas destinadas á dirigir á los funcionarios en los diversos ramos administrativos. En todos tiempos y por los diversos gobiernos de las naciones, se habrán formado reglamentos, expedidose órdenes, librándose circulares sobre los diversos objetos de la administración pública; el conjunto de estas órdenes habrá formado las instituciones administrativas de los diversos pueblos; mas el derecho administrativo, no era aún constituido.²⁹

En la Francia, durante la antigua monarquía, dice Laferriere, la ciencia del derecho administrativo no pudo constituirse. Ni la reunion sucesiva de las provincias, ni la intervencion de los Estados generales, ni la accion política de la monarquía, ni la accion administrativa de los parlamentos, del consejo de Estado, ni de otros tribunales, pudieron producir un sistema uniforme de administracion, y menos se reconoció un principio general, que pudiera llegar á ser la base científica del derecho administrativo.

Este comenzó verdaderamente en Francia, en la época de la asamblea constituyente. Estableciendo la unidad nacional, establecia igualmente la unidad administrativa, y proclamando los derechos del hombre y los principios de la razón que habian de ser realizados por las instituciones administrativas, zanjaba los fundamentos de la ciencia...³⁰

...En vano seria buscar la ciencia de este derecho en la administración de los siglos medios; el feudalismo y la prepotencia de los señores era la base del sistema, los vasallos no sabian ni tenian algunos derechos. Las municipalidades con sus fueros, y los derechos y privilegios de las localidades, se sostuvieron despues contra las prerrogativas de la corona, y no podia haber unidad en la administracion, que es una de las bases de la ciencia... (*sic*)³¹

La segunda lección alude al lenguaje técnico que se precisa para construir la ciencia del derecho administrativo, a saber, nociones como las de competencia administrativa, poder ejecutivo, administración activa, poderes gracioso y contencioso, etc; Lares afirmará en ella: "...La *competencia* en

²⁹ *Ibid.*, p. 3.

³⁰ *Ibid.*, pp. 4-5.

³¹ *Ibid.*, p. 6.

general, es la medida de las facultades concedidas por la ley á cada uno de los funcionarios públicos. *La competencia administrativa*, es la medida de las facultades del poder ejecutivo...”,³² “...poder ejecutivo. Este se divide en poder ejecutivo puro, ó propiamente dicho, y poder administrativo, ó Administración activa”.³³

No hay administración sin acción, y esta se ejerce sobre las personas ó sobre las cosas de los individuos. Si la *Administración activa* toca á sus intereses, provoca sus reclamaciones, y se llama entonces *Poder gracioso*; si hiere sus derechos, da lugar á un recurso contra sus decisiones, y se denomina, Poder contencioso... (sic)³⁴

La tercera lección es la continuación del Poder Ejecutivo, tratados, capitulaciones militares, extradición y expulsión de extranjeros y aprobación de actos de la autoridad eclesiástica, etc. La cuarta, es continuación de los actos del Poder Ejecutivo, instrucciones, oficios y circulares, nombramientos de empleados civiles y militares, destitución de empleos y disciplina administrativa, militar y judicial, entre otros. La quinta, habla de la administración activa, etc. La sexta, es continuación de las atribuciones de la administración graciosa, concesiones, aguas, minas, sueldos y pensiones e indemnizaciones, entre otros. La séptima, es continuación de la administración graciosa, reglamentos especiales de policía y concernientes a establecimientos públicos, deslinde de territorios y estadística de población, etc.

La lección octava, trata sobre la administración contenciosa, la naturaleza de lo contencioso, la necesidad de la jurisdicción administrativa y de algunos casos que dan origen al contencioso (derechos a las variaciones de nombre y a trasladarse empleando pasaporte, etc); aquí Lares alude al concepto del contencioso administrativo, de la siguiente forma:

...La administración tocando el derecho de los individuos, se llama administración contenciosa, y el interés que busca la misma administración, discutido en contacto con ese derecho privado, es lo que se llama contencioso-administrativo. *Contencioso*, porque el respeto debido á los derechos particulares, exige que antes de sacrificarlos al interés común haya una discusión, y de esta nace la *contienda*, y *administrativo*, porque

³² *Ibid.*, p. 14.

³³ *Ibid.*, pp. 15-16.

³⁴ *Ibid.*, p. 16.

es la administración misma la que debe conocer y decidir de la contienda. (sic)³⁵

Es muy importante destacar que para Lares el contencioso administrativo debía ser depositado en la jurisdicción administrativa, que no era expresión equivalente a la de tribunales administrativos a cargo de magistrados, como en la actualidad los concebimos; así decía:

Lo contencioso-administrativo nace de las consecuencias, de los resultados, de la interpretación de los actos administrativos. Los tribunales no pueden ni explicar, ni modificar, ni anular un acto administrativo, porque entonces ellos administrarían, el juicio de lo contencioso-administrativo debe pues pertenecer á la jurisdicción administrativa.

Ya se percibirá desde luego que cuando decimos jurisdicción administrativa, no hablamos de tribunales administrativos compuestos como los civiles, de magistrados inamovibles. No, la creación de semejantes tribunales la juzgamos incompatible con la división de los tres poderes, y pernicioso á la administración, porque como dice M. de Broglie, ó estos tribunales eran verdaderos tribunales reuniendo todas las condiciones de independencia correspondientes á la magistratura, y entonces quedarían en pie los inconvenientes gravísimos que hemos indicado de que los tribunales juzguen los actos administrativos, el poder ejecutivo dejaría de serlo y se hallaría sometido á las decisiones de semejantes tribunales; ó no eran tribunales sino en el nombre, permaneciendo en la realidad bajo el poder é inspiraciones del gobierno, y entonces no sería sino un juego miserable, de que no podría resultar otra cosa que un compromiso que destruiría el gobierno representativo, ó degradaría la justicia según el lado á que se inclinase la balanza. Semejantes tribunales se convertirían en árbitros soberanos de la administración, serían los reguladores del poder ejecutivo; serían, en fin, los instrumentos de la anarquía, porque en ellos aparecería un cuarto poder, que destruiría el equilibrio que resulta de la división de los tres poderes generalmente adoptados. No habría ya justicia administrativa, no habría administración, habría dos poderes judiciales.

Con razón á M. de Broglie le ha parecido *desgraciada y aun grosera* la idea de cometer á tribunales administrativos el conocimiento de las materias contencioso-administrativas. Cuando hablamos de la necesidad

³⁵ *Ibid.*, pp. 147-148.

de la jurisdicción administrativa, hablamos de la que debe ejercerse por la administración misma por medio de sus agentes, ó de sus consejos administrativos. (*sic*)³⁶

Más delante, en la lección decimacuarta abundará sobre el tema, externando:

La jurisdicción contenciosa pertenece á los tribunales que deciden... La jurisdicción administrativa contenciosa, no es una jurisdicción excepcional, es una jurisdicción ordinaria y comun, que nace de la separación de los poderes públicos, que se versa sobre todas las materias que hemos designado como contenciosas, y que debe ejercerse por los tribunales á quienes la ley la conceda.

Estos tribunales no se componen de magistrados inamovibles, parecidos á los del orden judicial. Los tribunales ordinarios administrativos deben ser los *ministros*, cada uno en su respectivo ministerio; los *agentes* administrativos, llámense prefectos ó gefes políticos, colocados al frente de cada una de las divisiones del territorio del Estado; el *consejo* particular que debe tener cada una de las demarcaciones administrativas, y el consejo de gobierno... (*sic*)³⁷

[...]

...Deben los ministros ser el tribunal ordinario administrativo, de tal manera, que todos los negocios contenciosos cuyo conocimiento no atribuya la ley a otros agentes de la administración, debe entenderse que corresponden á los ministros...³⁸ y “El consejo de Estado debe ser el tribunal administrativo superior de segundo grado... (*sic*).³⁹

En la misma lección decimacuarta se hará mención a las dos instancias o grados que debe haber en la jurisdicción administrativa –la primera ante los ministros y la segunda ante el consejo de Estado–, basadas en que son necesarias para: “...Precaver el error, enmendar la injusticia, asegurar el

³⁶ *Ibid.*, pp. 152-154.

³⁷ *Ibid.*, pp. 377-378.

³⁸ *Ibid.*, pp. 381-382.

³⁹ *Ibid.*, p. 385.

acierto...”.⁴⁰ y, así mismo, para no entorpecer la brevedad que exigen todos los negocios de la administración.⁴¹

La justificación doctrinal de la jurisdicción administrativa la sustentaba Lares en los mismos argumentos esgrimidos en Francia para la tesis continental europea:

La necesidad de una jurisdicción administrativa, que conozca y decida de lo contencioso-administrativo está fundada en la separación de los poderes ejecutivo y judicial. En todos los países en que como en el nuestro, esté sancionado el principio de la división de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y donde se reconozca la verdad fundamental de que jamás pueden reunirse dos ó más de ellos en una corporación ó persona, la jurisdicción administrativa debe ser reconocida, porque ella se deriva naturalmente del poder ejecutivo que es su fuente, su origen. El poder administrativo, la administración, es el poder ejecutivo; si ha de haber independencia recíproca entre el ejecutivo y el judicial, es consecuencia precisa, necesaria, que la haya entre la administración y el poder judicial. El fundamento indestructible del poder de juzgar lo contencioso de la administración por la administración misma, se encuentra precisamente en la unión de este poder de juzgar, con la administración, de la cual es parte integrante, indivisible, inseparable. Es imposible que la administración exista sin la facultad ó sin el poder de juzgar lo contencioso administrativo, porque conocer y decidir acerca de los actos de la administración es administrar; administrar corresponde al poder ejecutivo, y el poder ejecutivo no puede ejercerse por el poder judicial como se ejercería si este poder conociese de los actos administrativos. Es así en efecto, la administración no consiste únicamente en ordenar y prescribir, sino principalmente en decidir y también en ejecutar lo que se ha ordenado y prescrito. ¿De qué serviría que la administración ordenase alguna obra de utilidad pública, si al realizarla había de suspenderla hasta que otra autoridad extraña allanase los obstáculos que á ella opusieran el interés, ó el derecho de los particulares? Los actos de la administración estarían sujetos á esta autoridad extraña, y de sus decisiones dependería el que se llevasen ó no á efecto. Esto no sería administrar. No habría entonces poder administrativo, sino confusión de poderes y desorden en la administración. (*sic*)⁴²

Al reproche enderezado contra el contencioso administrativo y consistente en que con él se convierte en juez y en parte a la administración, Lares

⁴⁰ *Ibid.*, p. 378.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 378-379.

⁴² *Ibid.*, pp. 151-152.

replicará que no es parte, porque la administración no defiende un interés particular, ni propio, sino que vela por el interés general y protege los intereses comunes o colectivos, lo cual lo hace diferir ampliamente de lo que constituye una parte en un proceso ordinario.⁴³

En la lección novena, se continúa con la referencia a casos que constituyen materia para la administración contenciosa, etc. En la décima, se alude a la separación de los poderes administrativo y judicial y a las atribuciones de éste último. La undécima es continuación de las atribuciones del Poder Judicial, cuestiones inherentes a la expropiación, etc. La duodécima, es continuación de las atribuciones del Poder Judicial, daños, intereses e indemnizaciones y cuestiones sobre contribuciones, entre otros. La decimatercia, refiere al poder administrativo y la cosa juzgada en materias judicial y administrativa. Y, la decimacuarta, trata sobre la jurisdicción administrativa, la jurisdicción graciosa, los consejos de ministros y el consejo de Estado, el procedimiento administrativo en Francia y España y los conflictos de jurisdicción.⁴⁴

La importancia de las *Lecciones de derecho administrativo* y de su autor, en el ámbito jurídico no solo de México, sino de toda latinoamérica, han sido precisadas por las palabras de Francisco Wiechers, las cuales se comparten plenamente:

“...En todo caso, es una obra medular y obligatoria para todo estudioso de la historia del derecho administrativo en nuestro país...”⁴⁵

Las *Lecciones de derecho administrativo* son la obra cumbre de Teodosio Lares...

...Se ha sostenido que Lares se ganó con creces el título de *Decano del derecho administrativo latinoamericano*.⁴⁶

2.3. LA LEY PARA EL ARREGLO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y SU REGLAMENTO

Con el retorno del destierro —al arribar a Veracruz el 1º de abril de 1853 y con su ulterior llegada a la ciudad de México el día 20 del mismo mes y

⁴³ *Ibid.*, pp. 154-156.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 401-407.

⁴⁵ WIECHERS VELOZ, *Op. Cit.*, p. 23.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 66-67.

año—⁴⁷ Antonio López de Santa Anna expide por decreto del gobierno número 3,861 de 25 de mayo de 1853, la *Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo* —en palabras de Antonio Carrillo Flores: “...la obra legislativa acaso más importante de don Teodosio Lares...”⁴⁸—, cuerpo normativo de breve extensión —solo 14 artículos— pero de gran relevancia jurídica, pues por vez primera en nuestro país se trató el tema del contencioso administrativo.

Algunas notas importantes de la ley y su reglamento son las que siguen:

1ª En los artículos 1º y 2º de la ley quedó marcada con nitidez la separación de las jurisdicciones administrativa y judicial, al establecerse que:

Art. 1º No corresponde á la autoridad judicial el conocimiento de las cuestiones administrativas.

2. Son cuestiones de administracion las relativas:

I. A las obras públicas.

II. A los ajustes públicos y contratos celebrados por la administracion.

III. A las rentas nacionales.

IV. A los actos administrativos en las materias de policía, agricultura, comercio é industria que tengan por objeto el interes general de la sociedad.

V. A la inteligencia, explicacion y aplicacion de los actos administrativos.

VI. A su ejecucion y cumplimiento, cuando no sea necesaria la aplicacion del derecho civil. (sic)⁴⁹

Pormenorizándose en el Reglamento las cuestiones de administración, en los siguientes términos:

⁴⁷ Cfr. COSÍO VILLEGAS, Daniel *et. al.*, *Historia mínima de México*, 2a. ed., México, El Colegio de México, 2003, p. 111.

⁴⁸ LARES, *Op.Cit.*, p. 5.

⁴⁹ DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, Biblioteca Daniel Cossío Villegas de El Colegio de México y Dirección General de

CAPITULO I

*De las cuestiones administrativas a que dan lugar las obras
públicas y otros objetos.*

Art. 1. Son obras públicas los caminos, Puentes, Canales, Diques, Ferrocarriles,

Construcción de edificios, y todas las demás obras ó trabajos que se emprendan con un objeto de utilidad general y por autorización ó concesión de la administración, ó á expensas de los fondos públicos.

En consecuencia, son contencioso-administrativas:

I. Las discusiones que se susciten entre la administración y el empresario de tales obras.

II. Las que se versen sobre el resarcimiento de daños temporales y perjuicios ocasionados por la ejecución de las mismas obras.

2. Se entienden por ajustes públicos, los remates ó adjudicaciones de las empresas ó de las contrataciones para atender á los objetos de utilidad general.

Son contencioso-administrativas:

I. Todas las cuestiones sobre contrataciones para la provisión del ejército ó para poder ejecutar las obras públicas.

II. Las relativas á la adjudicación, ejecución é interpretación de estos ajustes.

III. Las que se susciten entre el gobierno y los empresarios ó contratistas sobre la indemnización, por falta de cumplimiento del contrato de parte del gobierno; sobre la calidad de los efectos ministrados ó sobre el pago determinado en la contrata.

Servicios de Cómputo Académico de la UNAM, versión digital disponible en www.diputados.gob.mx (consultada el 14 de agosto de 2012).

Particularmente el artículo 1º de la *Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo*, guarda similitud con la parte inicial del 13 de la *Ley 16-24 de agosto de 1790*, en que la Asamblea Constituyente francesa determinó textualmente: «*Las funciones jurisdiccionales están y permanecerán separadas de las funciones administrativas...*»; cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Op. Cit.*, p. 34.

IV. Las que se versen snbre la inteligencia y cumplimiento de los contratos celebrados por la administracion que tengan por objeto algun servicio de utilidad comun.

3. Lo contencioso de las rentas nacionales es relativo A la contabilidad, A las contribuciones, A la deuda y crédito público, A los sueldos, A las pensiones, A todos los pagos puestos cargo del erario.

I. Son por lo mismo contenciosas: las cuestiones entre el erario y sus administradores, y las de éstos entre sí cuando en ellas sea interesado el fisco.

II. Las relativas á la contabilidad en las oficinas.

III. Las que se versen sobre la recaudacion, pago y liquidacion de las contribuciones y cuota impuesta á los contribuyentes, salvas las excepciones expresas en las leyes.

IV. Las que dicen relacion al reconocimiento, liquidacion y pago de la deuda pública, sus réditos, intereses é indemnizaciones por daños y perjuicios.

V. Las que se versen sobre asignacion, liquidacion y pago de sueldos, pensiones, jubilaciones y retiros liquidacion y pago de sumas debidas por obras públicas, indemnizaciones, daños y perjuicios ocasionados por ellas, ó sobre concesiones de pensiones civiles y militares establecidas por la ley.

4. En materias de policia, agricultura, comercio é industria, pertenecen á lo contencioso:

I. Las cuestiones sobre autorizaciones ó concesiones de talleres insalubres ó peligrosos.

II. Deseccacion de pantanos.

III. Reparacion por daños ocasionados en los caminos, canales, ferrocarriles y demás obras públicas.

IV. Alineamiento de las calles.

V. Establecimiento de caminos y de peajes para su conservacion.

- VI. Designacion de precio á los objetos de primera necesidad.
- VII. Diques y limpia de canales y acequias.
- VIII. Medidas para la provision de los lugares, de los objetos de primera necesidad.
- IX. Patentes y privilegios.
- X. Ejercicio de profesiones é industria.
- XI. Indemnizaciones á resulta de concesiones.
- XII. Concesiones en que la cuestion se verse sobre la autoridad para otorgarlas.
- XIII. Modificaciones en la tarifa de peajes arrendados.
- XIV. Violacion de derecho en las autorizaciones ó concesiones.
- 5. Son contenciosas las cuestiones sobre aplicacion de bienes á los ayuntamientos y establecimientos públicos, hechas por la administracion.

Las que se susciten sobre la falta de las condiciones impuestas en las concesiones, y sobre la existencia ó extension de éstas.

Las concesiones de grados determinados por la ley.

Las de suspension y destitucion de los empleados, salvo lo dispuesto por las leyes.

La imposicion de penas disciplinares faltando á las formas establecidas por la ley. (*sic*)⁵⁰

^{2ª} Se confrieron a la Primera Sala de la Suprema Corte —conformada por dos ministros propietarios y dos consejeros — las “competencias de

⁵⁰ DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Op. Cit.*

atribución” entre las autoridades administrativas y las judiciales (art. 6 de la ley).

3ª En materia de defensa de los derechos de los administrados contra los actos de las autoridades administrativas, se diseñaron los siguientes procedimientos:

a) En un primer momento, el afectado por una actuación de la administración pública debía presentar una *memoria* ante el ministerio competente, cumpliendo los siguientes requisitos (arts. 6 y 7 del reglamento): el nombre y domicilio del reclamante, la exposición sencilla y clara de los hechos y de los fundamentos legales de la reclamación, la fijación del objeto de ésta, la enunciación de las piezas que apoyaran la demanda y su presentación en “...papel del bello designado para las demandas...”⁵¹

Como la ley dotaba de competencia para resolver las cuestiones administrativas, además de los Ministros de Estado, a los Gobernadores de los Estados y del Distrito y a los Jefes Políticos de los territorios (art. 3 de la ley), en el reglamento se facultaba a éstos para recibir las memorias, de la siguiente manera:

28. Cuando la cuestion administrativa sea en razon de hechos ó actos que hayan pasado dentro de los límites de algun Estado, del Distrito ó territorios, ó en razon de propiedades situadas dentro de estos mismos límites, ó en fin, en razon de medidas administrativas dictadas por alguna autoridad ó corporacion del Estado, Distrito ó territorio, la reclamacion se hará en la forma prevenida en el art. 6º ante el gobernador ó jefe político respectivo.⁵²

30. En la secretaria del gobierno se hará la anotacion y se expedirá el recibo prevenidos en el art. 8º, y el gobernador remitirá dentro del término

⁵¹ Cfr. art. 7 del Reglamento de la *Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo* de 25 de mayo de 1853 en Id.

⁵² Cfr. el Reglamento de la *Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo* de 25 de mayo de 1853 en Id.

de ocho días, á más tardar, la reclamacion con el informe que le parezca conveniente, al ministerio del ramo á que corresponda. (*sic*)⁵³

En todos los casos, el negocio debía arreglarse ante el ministerio competente a más tardar en un mes (arts. 9 y 31 del reglamento); pues de lo contrario;

b) En un segundo momento, la demanda contra la administración se pasaba a la sección de lo contencioso del Consejo, avisando al Procurador General o al representante del fisco (en asuntos competencia de los gobernadores; art. 33 del reglamento) —para que procedieran a la defensa de aquélla— y obviamente al reclamante; aviso que fijaba el carácter contencioso del negocio (arts. 9 y 19 del reglamento).

Dentro del plazo de 20 días el Procurador General contestaba la reclamación adjuntando los documentos fundantes (arts. 11 y 12 del reglamento).

En el plazo de 3 días el reclamante podía imponerse de la contestación —previa notificación de la sección— y así fijar los hechos que le correspondiese probar (art. 13 del reglamento). Agotado este plazo, se señalaba término para desahogar las pruebas, sin exceder el de 30 días (art. 14 del reglamento); y, en caso de no haber sido necesaria prueba que requiriese desahogo, se emitía el auto a que alude el párrafo inmediato siguiente (cfr. art. 19 del reglamento).

Desahogadas las pruebas se emitía auto dando por concluido el negocio, otorgando 6 días a cada parte para presentar sus alegatos de bien probado (art. 17 del reglamento) y presentado el último de éstos la sección daba por concluida la discusión, dictando su resolución dentro de los 15 días siguientes (art. 18 del reglamento).

En los asuntos competencia de los gobernadores, si ante los ministerios no se arreglaban satisfactoriamente las reclamaciones, se les remitían a aquéllos los expedientes para sustanciarlos —en vía contenciosa— y para que los pusieran en estado de resolución (art. 32 del reglamento); procediendo además, como lo indicaban los artículos 33 y 34 del reglamento:

33. El gobernador procederá ajustándose en todo á lo prevenido en los artículos 6º y siguientes, oyendo en lugar del projurador general al representante del fisco.

⁵³ Cfr. *Id.*

34. Sustanciado el expediente, el gobernador lo remitirá á la seccion de lo contencioso del consejo, por conducto del ministerio respectivo, para la resolucion definitiva, avisándolo á las partes. (*sic*)⁵⁴

La resolución de la sección —que se podía adoptar por mayoría de votos de los consejeros (cfr. art. 39 del reglamento) — se notificaba a las partes y se pasaba copia de ella a todos los ministros (art. 20 del reglamento); pudiendo suceder que:

21. Si las partes se conformaren y ninguno de los ministros reclamare, dentro del término señalado en el artículo siguiente, el negocio quedará concluido, y se ejecutará la resolucion motivada de la seccion.

22. Si alguno de los ministros no se conformare, lo avisará así a la seccion le pedirá el expediente, dentro del término de diez dias, contados desde que reciba la copia de la resolucion, y el asunto quedará sometido á la decision del gobierno en consejo de ministros.

23. Si alguna de las partes no se conformare, lo manifestará así en el acto de notificársele la resolucion ó dentro del término de diez dias. Pasado el término sin hacerlo, se considerará que está conforme, sin que sobre esto se admita recurso alguno.

24. Hecha la manifestacion, la seccion preparará la resolucion del gobierno, de la manera siguiente: concederá el expediente á la parte que no se conforme, dentro de su secretaría, para que en el término de diez dias presente un escrito en que exprese los agravios que la cause la resolucion, y exponga los fundamentos por los cuales no se conforme con ella. Este escrito se comunicará á la contraria dentro de la secretaría, para que en igual término la conteste. El secretario de la seccion hará un extracto claro, breve y conciso del expediente, y lo remitirá juntamente con éste al ministerio respectivo.

25. El ministro lo someterá á la resolucion del gobierno en consejo de ministros, y lo que se resuelva se comunicará á las partes y se ejecutará sin recurso.

26. Cuando alguno de los ministros avisare á la seccion no estar conforme, estándolo las partes, la seccion mandará luego formar el extracto, y

⁵⁴ Cfr. *Id.*

lo remitirá con el expediente al ministerio respectivo, para los efectos del artículo anterior. (*sic*)⁵⁵

En resumen, conforme al sistema establecido por la *Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo* y su Reglamento, en una *primera etapa*, el ciudadano presentaba una reclamación ante la administración —ministerio competente— a la manera de un procedimiento administrativo; en una *segunda etapa*, si el administrado y la administración no llegaban a un arreglo dentro del plazo de un mes, se turnaba la memoria o, por mejor decir, la demanda a la sección de lo contencioso del Consejo de Estado —o al gobernador para que instruyera el procedimiento—, iniciando así la fase contenciosa administrativa —pero *también en sede administrativa*—, que culminaba con la resolución definitiva dictada por aquélla; y, finalmente, cabía la posibilidad de una *tercera etapa* de impugnación de la resolución de la sección por cuestiones de fondo —vía la inconformidad—, que era resuelta por el Consejo de Ministros. Todo, como se puede apreciar, en vía administrativa y sin la intervención de un tribunal administrativo integrado por juzgadores (jueces o magistrados) como en la actualidad lo concebimos.

La vigencia de la *Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo* fue sumamente efímera, del 25 de mayo de 1853 al 26 de noviembre de 1855 (o quizá un poco menos si se considera que Santa Anna huyó del país en agosto de 1855)⁵⁶ en que fue abolida por ley emanada de la Revolución de Ayutla, que desconoció los actos del gobierno de Santa Anna.⁵⁷

Según Wiechers Veloz, la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo y su reglamento de 25 de mayo de 1853, estarían de nueva cuenta en vigor durante la regencia del Imperio, el 18 de enero de 1864.⁵⁸

⁵⁵ Cfr. Id. Además, vale la pena puntualizar que el reglamento preveía los recursos de aclaración de la resolución (arts. 40 a 43) y de *nulidad* contra actuaciones defectuosas dictadas dentro del procedimiento contencioso administrativo o contra la resolución definitiva dictada por la sección, al no haber sido atendidas en su momento las violaciones enunciadas o por haberse dictado la resolución por un número menor de consejeros al requerido (cfr. arts. 45 y 46 del reglamento).

⁵⁶ Cfr. COSÍO VILLEGAS, *Op. Cit.*, p. 113.

⁵⁷ SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, 14a. ed., México, Porrúa, 1988, t. II, p. 676.

⁵⁸ WIECHERS VELOZ, *Op. Cit.*, p. 31.

2.4 LA LEY SOBRE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La *Ley sobre lo Contencioso-administrativo* constaba de 20 artículos -algunos de ellos muy parecidos e incluso idénticos a los de la *Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo* de 1853- y su Reglamento de 122 preceptos, también similares a los del reglamento de la referida ley de 1853; dichas normas fueron publicadas en el Diario del Imperio número 261 del 10 de noviembre de 1865.⁶⁰

Así entonces, como segundo contencioso administrativo en México, se contó con la sección de lo contencioso del *Consejo de Estado*, instituida por la ahora *Ley sobre lo Contencioso-administrativo*, expedida mediante decreto número 108 del 1º de noviembre de 1865 por el entonces emperador Maximiliano de Habsburgo; órgano jurisdiccional que secundó el modelo de su antecesor, como se puede inferir fácilmente de la lectura comparada de sendas leyes y de sus reglamentos, en los que incluso, se estableció literalmente en su encabezado: “MAXIMILIANO, Emperador de México: Oídos Nuestros Consejos de Ministros y de Estado, y vista la ley de 25 de Mayo de 1853...MAXIMILIANO, EMPERADOR DE MÉXICO: Visto el Reglamento de 25 de Mayo de 1853...”.⁶¹

Los trámites de la memoria ante el ministerio competente y de la demanda ante la sección de lo contencioso eran muy similares a los regulados por el reglamento homólogo de la ley de 1853.

Prácticamente contra las resoluciones en materia contencioso administrativa, no procedía más recurso que el de aclaración (art. 53 del reglamento) y, excepcionalmente, el de apelación ante el Consejo de Estado contra las decisiones de los Consejos de Prefectura (arts. 47 y 55 del reglamento). Conservándose la división triinstancial de las causas contencioso-administrativas como en el modelo de la normativa de 1853.

Nuevamente esta *Ley sobre lo Contencioso-administrativo* -obra del mismo Lares- al igual que su antecesora de 1853, tendría una efímera existencia: de noviembre de 1865 al 15 de mayo de 1867, fecha en que se rinde en

⁵⁹ Por ejemplo, eran idénticos los artículos 1º, 15, 16, 18, 19 y 20 de la ley de 1865 a los artículos 1º, 8, 9, 11, 12 y 13, respectivamente, de la ley de 1853; y parecidos el 14 y 17 de aquella al 7 y 10 de ésta, respectivamente.

⁶⁰ Cfr. la *Ley sobre lo Contencioso-administrativo* y su Reglamento en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/932/30.pdf> (consultada el 8 de marzo de 2014), pp. 390-403.

⁶¹ Cfr. Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Tabasco, *Colección de textos clásicos de justicia administrativa*, México, Diseñadores Gráficos e Industriales, 1998, pp. 29-33.

Querétaro el emperador, luego de quedar sin el apoyo militar de las tropas francesas de Napoleón III.⁶²

3. LA LEY DE JUSTICIA FISCAL

Por circunstancias histórico-políticas la obra doctrinal y legislativa de Larrea en materia administrativa fue casi olvidada por más de tres cuartos de siglo, hasta que el 1º de enero de 1937, con la entrada en vigor de la *Ley de Justicia Fiscal*, se reavivaría el interés por restablecer alguna forma de control jurisdiccional de la administración pública en el seno mismo del Poder Ejecutivo; y así se desprende de la exposición de motivos de la ley, en que se estableció:

El Tribunal Fiscal de la Federación estará colocado dentro del marco del Poder Ejecutivo (lo que no implica ataque al principio constitucional de la separación de Poderes, supuesto que precisamente para salvaguardarlo surgieron en Francia los tribunales administrativos); pero no estará sujeto a la dependencia de ninguna autoridad de las que integran ese Poder, sino que fallará en representación del propio Ejecutivo por delegación de facultades que la ley le hace. En otras palabras: será un tribunal administrativo de justicia delegada, no de justicia retenida. Ni el Presidente de la República ni ninguna otra autoridad administrativa tendrán intervención alguna en los procedimientos o en las resoluciones del Tribunal. Se consagrará así, con toda precisión, la autonomía orgánica del cuerpo que se crea; pues el Ejecutivo piensa que cuando esa autonomía no se otorga de manera franca y amplia, no puede hablarse propiamente de una justicia administrativa.⁶³

Tal vez no haya nadie mejor para referir los antecedentes históricos de la *Ley de Justicia Fiscal* y del Tribunal Fiscal de la Federación, que don Antonio Carrillo Flores, por haber sido uno de los tres juristas a quienes se encomendó la preparación del proyecto de la ley. Su testimonio —que se contiene en un artículo intitulado *Orígenes y desarrollo del Tribunal Fiscal de la Federación*, publicado primero en 1967 en el tercer número extraordinario de la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación y que fue reimpresso en 2006 en la obra *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (Tribu-*

⁶² Cfr. COSÍO VILLEGAS, *Op. Cit.*, p. 118.

⁶³ Ley de Justicia Fiscal. Exposición de motivos en Tribunal Fiscal de la Federación, *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, número extraordinario, 30 de enero de 1965, p. 17.

nal Fiscal de la Federación). *Magistrados Presidentes del Tribunal 1936-2006. Testimonios y Semblanzas*—, servirá de imprescindible guía para conocer el surgimiento del tercer órgano jurisdiccional administrativo en la historia de México.

Según refiere don Antonio Carrillo Flores,⁶⁴ *la Ley de la Tesorería de la Federación* regulaba un juicio sumario de oposición, tramitado ante los tribunales federales, a favor de los contribuyentes contra los procedimientos de cobro de créditos fiscales; juicio que cayó en desuso durante muchos años, pues los causantes podían acudir al amparo contra las resoluciones fiscales, medio de defensa que presentaba importantes ventajas sobre aquél: la rapidez en su tramitación, el no tener que asegurar el interés fiscal como requisito para la presentación de la demanda, sino solo para obtener la suspensión y la efectividad de las resoluciones de amparo. Sin embargo, en 1929 y a instancia del ministro Arturo Cisneros Canto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abandonó criterios muy firmes que había sostenido desde el siglo pasado, resolviendo la improcedencia del amparo cuando el particular dispusiera, en materia administrativa, de un recurso o medio de defensa ordinario, lo que obligó a los particulares a acudir al juicio sumario de oposición. Pero la verdad era que a ninguna de las partes, ni al juzgador, convenía proseguir el referido juicio, por tres razones fundamentales: primera, porque los agentes del Ministerio Público —como representantes de la Hacienda Pública— contaban con tan solo tres días para contestar las demandas y dada la falta de comunicación entre éstos y las autoridades fiscales había una defensa deficiente; segunda, centenares de expedientes se acumulaban y envejecían en los juzgados porque una vez obtenida la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución los actores perdían el interés en la prosecución de los juicios y el Código de 1908 no facultaba a los jueces para animar de oficio el procedimiento; y, tercera, los contribuyentes sí podían acudir al amparo ante la Suprema Corte contra la sentencia de segunda instancia, no así la autoridad. Este panorama motivó a don Antonio Carrillo (entonces jefe del Departamento Consultivo), en diciembre de 1934, a sugerir al Secretario de Hacienda —Narciso Bassols—, la supresión del juicio sumario de oposición y crear en su lugar “...un procedimiento moderno, rápido, eficaz, a cargo de un tribunal administrativo especializado e independiente, que recogiera y armonizara tanto las experiencias mexicanas como lo que fuese aprovecha-

⁶⁴ CARRILLO FLORES, Antonio, “Orígenes y desarrollo del Tribunal Fiscal de la Federación”, en TFJFA, *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (Tribunal Fiscal de la Federación). Magistrados presidentes del tribunal 1937-2006. Testimonios y semblanzas*, México, TFJFA, 2006, pp. 19-31.

ble de la legislación y la doctrina extranjeras.”⁶⁵ El ministro Bassols acordó entonces se formara una comisión para estudiar la idea y eventualmente redactar un proyecto; la comisión se integró por Manuel Sánchez Cuen, Alfonso Cortina Gutiérrez y Antonio Carrillo Flores. Para mayo de 1935 ya se tenía el proyecto que fue sometido al conocimiento del nuevo Secretario de Hacienda -Eduardo Suárez- quien estuvo de acuerdo con él, pero como se solicitó la opinión del Jefe del Departamento Consultivo de la Procuraduría —don Arturo Cisneros Canto—, y esta fue adversa al proyecto, se dejó en suspenso la expedición de la ley por más de un año; siendo Manuel Sánchez Cuen, quien convenció a don Eduardo Suárez, en agosto de 1936, de la conveniencia de que el Presidente Cárdenas promulgara la Ley de Justicia Fiscal. Así, el 27 de agosto de 1936 fue promulgada por el Presidente de la República, General Lázaro Cárdenas del Río —en ejercicio de facultades extraordinarias que le fueron conferidas por decreto de 30 de diciembre de 1935 para organizar los servicios públicos hacendarios— la Ley de Justicia Fiscal, conformada por 58 artículos, organizados en cuatro capítulos (de disposiciones generales, competencia, excusas e impedimentos y del procedimiento, respectivamente) y seis transitorios.

Lo más destacado de la *Ley de Justicia Fiscal*, para los efectos de este opúsculo, fue la creación del Tribunal Fiscal de la Federación como un órgano jurisdiccional que “...dictará sus fallos en representación del Ejecutivo de la Unión, pero será independiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de cualquier otra autoridad administrativa.”⁶⁶ Lo que significaba la existencia de un tribunal especializado en materia tributaria federal enclavado en el Poder Ejecutivo, cuyos magistrados —15—⁶⁷ serían nombrados por el Presidente de la República, a propuesta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y ratificados por el Senado,⁶⁸ retornándose así, en cierta forma, al modelo establecido por el sistema administrativista francés. Y, también es digno de resaltar, en cuanto al procedimiento con-

⁶⁵ *Ibid.*, p. 23.

⁶⁶ Segundo párrafo del artículo 1º de la Ley de Justicia Fiscal; cfr. Tribunal Fiscal de la Federación, *Revista del... Op. Cit.*, p. 27.

⁶⁷ Los magistrados fundadores del Tribunal Fiscal de la Federación fueron: Generoso Chapa Garza, Octavio R Velasco, Moisés Huerta, Ángel González de la Vega, Rafael Villagómez, Jesús Martínez García, Guillermo López Velarde, Juvencio Ibarra Gámez, Ignacio Navarro, Mariano Azuela, Fernando López Cárdenas, José Alfaro Pérez, Manuel Sánchez Cuen, Alfonso Cortina y Antonio Carrillo Flores; cfr. el pie de foto de los magistrados fundadores en TFJFA, *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa... Op. Cit.*, s. p.

⁶⁸ Cfr. arts. 2º, primer párrafo y 3º, primer párrafo de la Ley de Justicia Fiscal en Tribunal Fiscal de la Federación, *Revista del... Op. Cit.*, p. 27.

tencioso fiscal, que tendría tintes de oralidad, como se dijo en la exposición de motivos de la ley:

En cuanto al procedimiento, la ley acoge francamente el oral con sus cinco rasgos característicos. Acepta, pues: el predominio de la palabra, aunque reconociendo la doble función de la escritura como de documentación y de preparación de la contienda; el contacto inmediato de los jueces con las partes y con los elementos de convicción; la identidad física de las personas de los jueces durante el proceso; la inapelabilidad de las resoluciones interlocutorias y, lo que se señala como fundamental: la concentración del procedimiento, que en la ley se lleva al grado de que no se celebrará sino una sola audiencia (salvo los casos excepcionales de acumulación y de nulidad de actuaciones). El Ejecutivo espera que el procedimiento oral, cuyas excelencias son generalmente reconocidas, y que en México se ha experimentado ya, cuando menos en algunos de sus rasgos más importantes, en asuntos de amparo y en las controversias civiles del orden común, a partir de la vigencia del Código de Procedimientos Civiles en vigor, permitirá que se haga una pronta y eficaz justicia en los asuntos fiscales.⁶⁹

Una década después de haber iniciado su vigencia la *Ley de Justicia Fiscal*, una reforma al artículo 104 de la Carta Magna constitucionalizó al Tribunal Fiscal de la Federación. En 1987 se reconoció la potestad de las entidades federativas para crear sus tribunales de lo contencioso administrativo y, particularmente, para el Distrito Federal en 1993. Y a fines de 1999 sería abierta, con timidez, la puerta a la justicia administrativa municipal.

4. CONCLUSIONES

PRIMERA. Original, históricamente hablando, se entiende por contencioso-administrativo a aquellos *órganos del Poder Ejecutivo* encargados de resolver las contiendas surgidas entre los particulares y la administración pública, con motivo de la emisión de sus actos jurídicos (administrativos).

SEGUNDA. Si la justicia administrativa surge con la Revolución Francesa en 1789, Teodosio Lares fue el introductor del contencioso administrativo en

⁶⁹ Ley de Justicia Fiscal. Exposición de motivos en *Ibid.*, p. 23.

LOS PILARES DE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MÉXICO
nuestro país, con sus *Lecciones de derecho administrativo de 1852* y con su *Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo* de 25 de mayo de 1853.

TERCERA. A partir de la vigencia de la *Ley de Justicia Fiscal* el contencioso-administrativo en México sufre una importante transformación conceptual: la resolución de las controversias con la administración pública se encomienda a un *tribunal administrativo*, es decir, a un órgano jurisdiccional especializado, integrado por magistrados, enclavado en el Poder Ejecutivo. Modelo divergente del original contencioso-administrativo encomendado a autoridades también administrativas.

CUARTA. El nuevo modelo de jurisdicción especializada establecido por el Tribunal Fiscal de la Federación poco a poco se iría replicando en la mayoría de las entidades federativas; hasta alcanzar en algunas de ellas al ámbito municipal.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

CASTILLO VELASCO, José María del, *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, edición facsimilar, 1994, México (serie C, estudios históricos, núm. 45), t. I.

_____, *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, edición facsimilar, 1994, México (serie C, estudios históricos, núm. 46), t. II.

COSÍO VILLEGAS, Daniel *et al.*, *Historia mínima de México*, 2a ed., México, El Colegio de México, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, España, Thomson Civitas, 2007.

LARES, Teodosio, *Lecciones de derecho administrativo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, edición facsimilar (material fotocopiado).

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, 14a. ed., México, Porrúa, 1988, t. II.

TFJFA, *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (Tribunal Fiscal de la Federación). Magistrados presidentes del tribunal 1937-2006. Testimonios y semblanzas*, México, TFJFA, 2006.

TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la, *Teodosio Lares: nuestro jurista maldito*, México, Instituto de Capacitación del Poder Judicial del Estado, 2007, (Monografías, núm. 16).

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO DE TABASCO, *Colección de textos clásicos de justicia administrativa*, México, Diseñadores Gráficos e Industriales, 1998.

VALLARTA OGAZÓN, Ignacio Luis, *Votos. Cuestiones constitucionales*, México, Oxford, 2002, vol. 1.

WIECHERS VELOZ, Francisco, *Teodosio Lares. Un jurista del siglo XIX*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, (Episodios y personajes del Poder Judicial de la Federación, núm. 6).

HEMEROGRÁFICAS

CARRILLO FLORES, Antonio, “Orígenes y desarrollo del Tribunal Fiscal de la Federación”, en TFJFA, *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (Tribunal Fiscal de la Federación). Magistrados presidentes del tribunal 1937-2006. Testimonios y semblanzas*, México, TFJFA, 2006, pp. 17-38.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Reflexiones sobre el estado de derecho democrático y social y la justicia administrativa en el siglo XXI”, *Memoria del Congreso Nacional. La justicia administrativa en el siglo XXI*, Guanajuato, diciembre de 2007, pp. 73-149.

LEGISLATIVAS

Ley de Justicia Fiscal. Exposición de motivos en Tribunal Fiscal de la Federación, *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, número extraordinario, 30 de enero de 1965, pp. 11-44.

EN INTERNET

DUBLÁN, Manuel y Lozano, José María, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, Biblioteca Daniel Cossío Villegas de El Colegio de México y Dirección General de Servicios de Cómputo Académico de la UNAM, versión digital disponible en www.diputados.gob.mx (consultada el 14 de agosto de 2012).

LEY SOBRE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SU REGLAMENTO en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/932/30.pdf> (consultada el 8 de marzo de 2014).

LA LICENCIA EN LA LEY DEL NOTARIADO PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO

José CERVANTES HERRERA¹

Con afecto para el doctor Pedro López Ríos

I. INTRODUCCIÓN

La Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, establece diversas hipótesis que permiten u obligan al Notario Público solicitar licencia para separarse temporalmente del ejercicio de la función notarial. La licencia, como excepción, si consideramos que el ejercicio de la función notarial tiene la nota distintiva de la continuidad, en los términos de la Ley, comprende dos vertientes: la licencia potestativa y la licencia obligada, en atención a los diversos supuestos de la misma. Este trabajo, tiene por objeto analizar la licencia y su vinculación con el ejercicio de la función notarial, las diversas hipótesis para la solicitud, así como el procedimiento para su atención y resolución por parte de la Secretaría de Gobierno.

Lo anterior, en mi opinión, tiene importancia en el contexto de la función notarial, toda vez que la licencia debe fatalmente analizarse en el escenario de la continuidad o permanencia en el ejercicio de la función notarial, a efecto de que los diversos supuestos para la solicitud de la licencia, estén debidamente contruidos, desde el punto de vista normativo, para sustentar la pretensión, para motivar y fundamentar su otorgamiento, por parte de la autoridad, así como para salvaguardar el interés público en el ejercicio de la función notarial.

En esta ruta de análisis, estimo conveniente y pertinente, revisar el procedimiento para el otorgamiento de la licencia, para orientarlo y susten-

¹ Profesor-investigador adscrito al Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato. Titular de la Notaría Pública 2, Villagrán, Gto.

tarlo en los principios de objetividad, imparcialidad, seguridad y certeza jurídica.

Es de la mayor importancia, evitar que bajo el otorgamiento de la licencia, se oculten o se escondan pretensiones alejadas de la hipótesis legal, así como el consecuente daño o lesión a la función notarial y a la sociedad.

Este trabajo, es una pequeña, pero sincera, muestra del afecto y la amistad que me une al doctor Pedro López Ríos, con quien he andado un trecho largo en la actividad académica y, a quien le reconozco, su brillante trayectoria como estudioso del derecho.

II. LA FUNCIÓN NOTARIAL

La totalidad de los tratadistas en materia notarial, son coincidentes en cuanto a las características de la actividad del Notario Público, desglosándola de la manera siguiente:

Escuchar. Cuando alguna persona desea celebrar algún contrato o se encuentra envuelta en un problema jurídico, acude al Notario, y en una primera audiencia, le plantea sus conflictos, los cuales son escuchados con atención. El Notario trata de conocer todas las circunstancias que le puedan dar la oportunidad la inquietud de las partes y sus alcances. .

Interpretar. El Notario después de escuchar a sus clientes, se sensibiliza y busca los motivos y las causas que han tenido para llevar a cabo una operación, interpretando su voluntad y pretendiendo descubrir sus deseos. . .

Aconsejar. Una vez que los problemas han sido establecidos por las partes y asimilados por el Notario, éste dentro del repertorio jurídico, se encuentra en actitud de dar un consejo eficaz. . .

Preparar. Para la preparación y redacción de una escritura pública, se necesitan cumplimentar requisitos previos a la firma, por ejemplo, en las traslativas de dominio de un inmueble, debe obtenerse del Registro Público de la Propiedad, el certificado de libertad de gravámenes. . .

Redactar. Para la redacción es necesario expresarse con propiedad, claridad y concisión. Además el Notario debe utilizar lenguaje jurídico. . .

Certificar. En la certificación el Notario da fe adecuando la función notarial al caso particular. Es la parte donde manifiesta el contenido de la fe pública. . .

Autorizar. La autorización de la escritura es el acto de autoridad del Notario que convierte el documento en auténtico, quien ejerce sus facultades como fedatario público, da eficacia jurídica al acto. . .

Conservar y reproducir. El Notario satisface plenamente a los ideales de seguridad jurídica, no sólo por la actividad examinadora que integra su función, sino también porque responde a los principios de conservación y reproducción del documento.²

Estas actividades del Notario Público, son naturalmente esencia y consecuencia del ejercicio de la función notarial. La función notarial, en cuanto a su naturaleza, ha sido analizada de manera profusa por distinguidos tratadistas, cuya posición sobre el tema, en mucho se finca en la normativa aplicable en cada estado o país.³

La función notarial, en este sentido, ha sido estudiada desde la perspectiva de servicio público, servicio al público y como función pública, como se constata al acudir a la opinión de diversos estudiosos sobre el tema.

El notario presta un servicio público; satisface las necesidades de interés social: autenticidad, certeza y seguridad jurídica.⁴

Esta función notarial es un servicio público regulado por el Estado, el cual presta personalmente un particular a través de una concesión de servicio público.⁵

Hoy en día, el grueso de la doctrina, asume que la naturaleza de la función notarial, constituye una función pública:

² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, México, Porrúa, 2010, pp. 162-165.

³ Ver las posiciones distintas sobre el tema, desde Mengual y Mengual, José Ma., en su obra de *Elementos de Derecho Notarial*, Tomo III, Librería Bosch, Barcelona, España, 1930, pp. 60 y ss. Quien abre un interesante debate en el sentido de si el Notario es un funcionario público o es un profesional del derecho, a partir de la pregunta de si el notario en ejercicio de sus funciones lo hace como simple delegado del Poder Público, como funcionario o como profesional del derecho. Decantándose la posición hacía posiciones extremas e intermedias, fundamentalmente por la normativa reguladora de la función notarial.

⁴ *Op. Cit.* Nota 1, p. 177.

⁵ FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1982, pp. 27, 247 y 248.

el notario sí realiza una función pública, ya que auténtica hechos o actos jurídicos con fuerza de fe pública frente a todos, incluyendo al Estado; además, instruye a los particulares que a él acuden del alcance jurídico de esos actos, resguarda los documentos originales y expide copias.3. . . sus funciones las realiza de forma autónoma y bajo su responsabilidad. 4. . . esas funciones las desempeña de manera autónoma, no lo hace discrecionalmente, sino con estricto apego a toda una serie de normas jurídicas, que enmarcan su responsabilidad, pues de transgredirla se le pueden fincar responsabilidades penales, civiles, administrativas y fiscales.

Al ejercer la facultad originalmente estatal de “dar fe”, el Notario actúa de manera similar a un órgano, por lo que debe distinguirse entre el titular (persona física) y el órgano (Notario). . . el Notario público no es un funcionario público en cuanto que no forma parte de la estructura orgánica de la administración pública, le son aplicables su condición, por similitud, las características distintivas del órgano y el titular, puesto que como persona física, desempeña una función pública. . . atendiendo a diversos criterios emitidos por la Suprema Corte, sobre la naturaleza pública y de orden público de que participa la función notarial, se desprende que el ejercicio del notariado es una función de orden público- por la fe que las leyes conceden a los actos en que los notarios interviene-, que está bajo el control, dirección y dependencia del Ejecutivo Federal, por conducto de los órganos Jefe del Distrito Federal y Gobernadores de los Territorios Federales; y que la creación, organización, funcionamiento, nombramiento, suspensión o remoción de los encargados de esa función de orden público, están regidos por la ley del notariado respectiva.⁶

Como se observa, de considerar la función notarial como un servicio público, que deviene en la posición de que el notario asume la condición de funcionario público o por lo menos, de una categoría equivalente, ha mutado el concepto hacia una posición de mayor fortaleza jurídica, en el sentido de que se trata de una función pública.

Para efectos de este trabajo, asumimos que la función notarial, es una función pública, por lo que resulta conveniente, atender a los elementos distintivos de la función pública, para tener la condición indispensable en el análisis de la licencia.

Conforme al segundo párrafo del artículo primero de la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, “*la función notarial corresponde al titu-*

⁶ SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, Conferencia en el Colegio de Notarios del Estado de Veracruz, 18 de noviembre de 2003. www.sitios.scjn.gob.mx/oscgu/category/instituciones/colegio-de-.., fecha de consulta 24 de marzo del 2014.

lar del Poder Ejecutivo, quien podrá conferir su ejercicio en los términos de esta ley, y deberá regirse por los principios de rogación, profesionalismo, imparcialidad, legalidad y autonomía en su ejercicio”, por su parte, el primer párrafo del artículo tercero de la ley de referencia, apunta que el “notario es el profesional del derecho a quien se ha investido de fe pública para ejercer la función notarial”. De ambos preceptos, es fácil desprender que por el origen, la función notarial es de naturaleza pública, puesto que se inserta en el contexto de competencia funcional del Poder Ejecutivo, con la característica de que esa función, la puede conferir, para su ejercicio en personas físicas cualificadas y bajo el procedimiento que la ley establece, esta facultad de conferir o de trasladar su ejercicio, no abroga el carácter público de la función. Ahora bien, si estamos en presencia de una función pública, ésta tiene dentro de sus elementos definitorios el de la continuidad y permanencia, esto es, la función pública tiene una presencia constante, en tanto que la persona a quien se la ha conferido su ejercicio, no puede jurídicamente dejar de ejercerla, salvo en los casos que la Ley lo permita; lo anterior, consolida la certeza en el ejercicio y la presencia obligada, en este caso del Notario, para atender a las personas que requieren del servicio notarial.

Sobre este punto, destaco la obra de un distinguido Notario Público guanajuatense, quien al referirse a los principios rectores de la profesión del notario, hace un análisis claro de los mismos, a saber: autonomía, imparcialidad, permanencia, profesionalidad, rogación, autoría o redacción, legalidad, legitimación, fe pública, sanción, publicidad, reproducción y conservación. De los anteriores, en consideración al objeto de este trabajo, me refiero al principio de permanencia:

El principio de permanencia o inmovilidad del que nos ocuparemos en este apartado viene a reforzar esa confiabilidad. Cumplir con este principio de permanencia significa arraigar al notario en una comunidad, en donde debe conocer a los ciudadanos que la componen. . . generalmente todas las leyes del notario obligan al notario a establecer su domicilio particular y a vivir en esa misma circunscripción territorial de la que no puede separarse sin previo aviso o licencia según el caso. . . cumplir con este principio, desaparece la imperma-

*nencia, la rotación, la transitoriedad del fedante, tranquilizando a la población, que sabe que el notario siempre estará ahí para responder de sus actos.*⁷

La aportación académica del autor, en mi opinión, estriba en la correcta relación entre la naturaleza de la función notarial y el ejercicio de la misma, por parte de quien el Poder Ejecutivo le ha conferido esa función, lo que abona a la consolidación del principio inherente a la función que es la permanencia o continuidad, por la naturaleza de la misma y por quien la ejerce.

A partir de lo expuesto, la licencia, debe considerarse como una excepción al principio de permanencia o continuidad, que rige la función notarial.

III. LA LICENCIA Y SUS HIPÓTESIS

De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, “Licencia. (Del lat. *Licencia*) f. Facultad o permiso para hacer una cosa. II 2. Documento en que consta la licencia. II 3. Abusiva libertad de decir u obrar. II 4. Grado de licenciatura. II 6. pl. Las que dan a los eclesiásticos los superiores para celebrar, predicar, etc., por tiempo indefinido. II absoluta. Mil. La que se concede a los militares eximiéndolos completa y definitivamente del servicio. II de artes. Junta particular que en la universidad de Alcalá formaban los sujetos que por designación del claustro pleno examinaban a los bachilleres de ella, y, hallándolos hábiles, arreglaban el rótulo o graduación de preferencia con que habían de tomar el grado de licenciatura. II poética. Infracción de las leyes del lenguaje o del estilo que puede cometerse lícitamente en la poesía, por haberla autorizado el uso con aprobación de los doctos. II primero, segundo, etc., que en licencias se señalaban para que recibiesen por este orden el grado de una facultad. II tomarse uno una licencia. Fr. Hacer por sí e independientemente una cosa sin pedir la licencia o facultad que por obligación o cortesía se necesita para ejecutarla”.⁸

Para los efectos de este trabajo, tomaremos la primera acepción, en el sentido de facultad o permiso para hacer una cosa; que en tratándose del notario público, esta facultad o permiso, le permite ausentarse del ejercicio de la función notarial durante un tiempo determinado; por su propia natu-

⁷ CARBAJO ARELLANO, Clemente, *Derecho notarial*, México, Edición del propio autor, 2003, pp. 153 y 154.

⁸ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Vigésima primera edición, Madrid, Espasa Calpe, 1999, p. 1254.

raleza, la licencia tiene carácter temporal, lo que ratifica la excepción en la permanencia o continuidad en el ejercicio de la función notarial.

La Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, se refiere a la licencia en los artículos 102 y 103; en el artículo 102, encontramos las hipótesis de la licencia potestativa y en el artículo 103, las de la licencia obligada.

A) LA LICENCIA POTESTATIVA

El artículo 102 de la Ley del Notariado de nuestro Estado, señala de manera textual:

Artículo 102. Los notarios podrán solicitar licencia para separarse de la función notarial, en los siguientes supuestos:

I. Hasta por tres años, por razones de carácter personal;

*II. Por enfermedad, por el tiempo en que se acredita la existencia de la misma;
y*

III. Por causas de fuerza mayor o caso fortuito, hasta por un año.

La fracción primera, sustenta la licencia en razones de carácter personal, a partir de la hipótesis de que en el curso del ejercicio de la función notarial, el notario estima que por circunstancias propias, es conveniente o pertinente solicitar una licencia. En el concepto de “razones de carácter personal”, caben diversas variables que, naturalmente el notario debe valorar y, en su momento, decidir si tiene la debida justificación para sustentar la solicitud de licencia.

Por tratarse de razones de carácter personal, es posible intentar una lista enunciativa de las mismas, vinculándolas con el entorno personal, profesional, familiar y social; sin duda estas razones tienen en menor o mayor medida, una dosis de subjetividad, por cuanto el notario analiza la razón y decide si por la misma, solicita una licencia.

Por lo que se refiere al entorno personal y profesional, el notario podrá solicitar licencia, por ejemplo, para: A) realizar estudios de actualización o mejorar su grado académico, ya sea en el país o en el extranjero, que bien podríamos insertar en el interés del notario para atender estudios vinculados al ejercicio de la función notarial o estudios no vinculados a la misma. El interés o vocación en el ámbito académico, es una constante en el profesional del derecho, que hoy en día tiene un escenario favorable de oportunidad, por la pertenencia a los colegios y asociaciones, que de

ordinario tiene la natural relación con instituciones educativas, que permiten al notario ingresar a las mismas para cursar algún posgrado; pero, también el interés por realizar estudios, está presente en otras variables académicas, como: diplomados, talleres, actualizaciones, etc., que en algunos casos estaría justificando una licencia. Ya se trate de posgrados o de otro tipo de estudios, el notario valorará si éstos pueden constituir un impedimento temporal en el ejercicio de la función notarial, para así justificar la licencia. B) actividades recreativas o culturales, decididas por el notario, para el reposo o descanso necesario, desde el punto de vista de la salud física y mental, como el tomar vacaciones o realizar viajes de recreación o culturales, debe reconocerse que el notario, al igual que cualquier persona tiene el derecho de atender su propia condición personal para pretender su bienestar, que sin duda, incide de manera positiva en ejercicio de la función notarial. C) atención a familiares, la familia del notario, como todas, está expuesta a las contingencias o eventualidades propias de la vida en sociedad, como accidentes o enfermedades, que en ocasiones exigen la atención cercana con las personas que son parte de nuestra familia y, que en algún momento impiden, temporalmente, el ejercicio de la función notarial, incluso, podríamos considerar otras razones de carácter familiar, como los viajes recreativos con la familia e, incluso, compromisos sociales, que para su atención requiera la separación temporal del ejercicio notarial. D) otras razones, que no constituyan incompatibilidad con el ejercicio de la función notarial, el emprender un negocio o alguna otra actividad, incluso política, como el supuesto de la participación en un proceso electoral, que naturalmente concilia los derechos y libertades políticas, de los cuales es titular el notario, como ciudadano.

Si bien las razones personales pueden tener distintas variables, además de las señaladas, en mi opinión, en el escrito de solicitud de la licencia, el notario debe expresar con la mayor claridad y precisión, la razón en que funda y motiva la licencia, en primer lugar para acreditar que la razón invocada amerita el alejamiento temporal de la función notarial y, en segundo lugar, para que la autoridad disponga de los elementos necesarios para el otorgamiento de la licencia; porque la sola solicitud no conlleva la necesaria concesión, en razón de que hay que tener en cuenta lo que dispone el artículo 104 de la referida Ley del Notariado, que dice: “*La Secretaría de Gobierno recibirá la solicitud y, en su caso, concederá la licencia para separarse de la función notarial*”, lo que conlleva el necesario estudio de la razón

invocada por el notario y valorar la pertinencia de la misma, a la luz de la permanencia y continuidad que debe tener la función.

La fracción segunda, sustenta la licencia en la enfermedad, por el tiempo en que se acredite la existencia de la misma; en relación a esta hipótesis, se comenta lo siguiente, en primer lugar la Ley, habla de enfermedad y de un tiempo; en cuanto a la enfermedad, la Ley no precisa la consecuencia o el efecto de la misma en el ejercicio de la función notarial, cuando precisamente por la continuidad de la función, debe exigirse una necesaria vinculación entre la enfermedad y el ejercicio notarial, la consecuencia de la enfermedad debe ir en el sentido de una “*incapacidad temporal*” para el ejercicio de la función. En este tenor, si la Ley no distingue, la autoridad tiene inconveniente para fundamentar una negativa de licencia, por lo que es necesario una enmienda a la Ley, para que la licencia en esta hipótesis se otorgue con la acreditación de la enfermedad y su consecuencia impeditiva para el ejercicio de la función notarial.

En segundo lugar, esta fracción no hace referencia al accidente, que bien puede traer consecuencias iguales a la enfermedad, en el ejercicio de la función notarial, por lo que en mi opinión, es conveniente enmendar esta fracción, para adicionar el accidente. Lo anterior, no es una cuestión menor, toda vez que entre la enfermedad y el accidente hay notorias diferencias.

La enfermedad. Es un proceso morboso que se origina lentamente por efecto de la acción repetida y prolongada de elementos causales. . . Si bien es cierto que el accidente y la enfermedad provocan . . . un daño o una lesión corporal, existen entre ambas formas alguna diferencias, a saber:

- a) El accidente. . . tiene un carácter instantáneo.*
- b) La enfermedad. . . Tiene una evolución lenta.*
- c) Desde el punto de vista etiológico (en cuanto a la causa), en el accidente. . . la causa es súbita e impredecible; en la enfermedad. . . la causa deviene de una acción prolongada.*
- d) Desde el punto de vista cronológico, el accidente. . . se provoca por una acción instantánea y, la enfermedad. . . requiere de un lapso más o menos prolongado.*
- e) El accidente. . . produce un ataque al organismo humano, que deriva en una afección traumática.*

f) La enfermedad. . .es la acción del elemento externo, que de manera progresiva provoca un estado patológico.

g) El accidente. . .deviene de un factor anormal, que repentinamente surge y por naturaleza es inevitable.

h) La enfermedad. . .como estado patológico, deriva de causas que constituyen factores inherentes a la vida diaria.⁹

Considerando esta diferencia conceptual, entre enfermedad y accidente, emerge el argumento de la conveniencia de adicionar la fracción segunda del artículo 102 de la Ley en cita, con el objeto de darle precisión normativa a las hipótesis de la licencia y, para que la autoridad disponga de una mejor motivación y fundamentación, en el acuerdo de otorgamiento de la licencia.

La fracción tercera de este artículo 102, hace referencia al caso fortuito y a la fuerza mayor, que permite solicitar licencia, hasta por un año. En esta hipótesis, estamos frente a contingencias o eventualidades ajenas al notario, pero que por su naturaleza y consecuencia, inciden de manera negativa en la continuidad en el ejercicio de la función notarial.

El caso fortuito y la fuerza mayor, comparten elementos comunes en cuanto a su concepto, sin embargo, es posible hacer una distinción, atendiendo al origen:

- a) aquellos que tienen el carácter de accidentes o acontecimientos de la naturaleza, como lo son: el terremoto, el rayo, el granizo, la helada, las inundaciones, los ciclones, los maremotos, etcétera, se les conoce como “casos fortuitos” y, b) los que constituyen hechos del hombre, como son: la guerra, la invasión, los actos de autoridad, los ataques, etcétera, se les conoce como “fuerza mayor”.¹⁰*

Por lo que toca a los elementos comunes, que incluso se trasladan a sus consecuencias, que también son comunes, son: a) tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, constituyen acontecimientos, contingencias o eventualidades, ajenos a la voluntad de quien es parte de una relación jurídica o titular de una obligación; b) otro elemento común, es la imprevisibilidad, entendida como la imposibilidad material y formal, para prever el acontecimiento y evitar los resultados dañosos del mismo, incluso, en el caso

⁹ CERVANTES HERRERA, José, *Apuntamientos de Seguridad Social*, México, Universidad de Guanajuato, 2003, p. 126 y 127.

¹⁰ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Derecho de Obligaciones*, México, Porrúa, p. 340.

de que fuera previsible, debe ser inevitable y, c) el caso fortuito y la fuerza mayor, deben ser irresistibles, lo que implica la imposibilidad de actuar o de conducirse como lo indica la ley o las previsiones contractuales.

Tanto la imprevisibilidad, como la irresistibilidad, deben ser de carácter absoluto, válida para todo mundo; esto es un impedimento para el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, nos aporta un criterio importante sobre los elementos del caso fortuito y la fuerza mayor, en la tesis siguiente:

CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR. ELEMENTOS

Independientemente del criterio doctrinal que se adopte acerca de sí los conceptos fuerza mayor y caso fortuito tiene una misma o diversa significación, no se puede negar que sus elementos fundamentales y sus efectos son los mismos, pues se trata de sucesos de la naturaleza o de hechos del hombre que, siendo extraños al obligado, lo afectan en su esfera jurídica, impidiéndole temporal o definitivamente el cumplimiento parcial o total de una obligación, sin que tales hechos le sean imputables directa o indirectamente por culpa, y cuya afectación no puede evitar con los instrumentos de que normalmente se disponga en el medio social en el que se desenvuelve, ya que para prevenir el acontecimiento o para oponerse a él y resistirlo.¹¹

A partir de las consideraciones anteriores, es de concluirse que en el caso fortuito y la fuerza mayor, la consecuencia debe traducirse en la imposibilidad temporal de ejercer, por parte del notario, la función notarial. Ahora bien, a la solicitud de licencia, el notario deberá agregar los documentos o las evidencias que acrediten la consecuencia del caso fortuito o la fuerza mayor, particularmente en la circunstancia impeditiva de la obligación notarial.

B) LA LICENCIA OBLIGADA

El artículo 103 de la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, establece las hipótesis de la licencia obligada:

Artículo 103. Los notarios deberán solicitar licencia para separarse de la función notarial en los siguientes casos:

¹¹ Tesis Aislada, Semanario de la Suprema Corte de Justicia, séptima época, sala auxiliar, 121-126 séptima parte, p. 81.

I. Para desempeñar cualquier cargo público, por todo el tiempo que dure el encargo; y

II. Para ejercer la función de corredor público, mientras se ejerza la misma.

Se exceptúan de la obligación de solicitar licencia a los notarios que desempeñen un cargo docente o de elección popular, siempre que no se trate de Gobernador del Estado y de los presidentes municipales.

La fracción primera del citado artículo, señala que el notario deberá solicitar licencia para desempeñar cualquier cargo público, por todo el tiempo que dure el encargo.

Es importante hacer notar que esta fracción no sólo se refiere al desempeño de puestos de elección popular, sino que se extiende a cualquier cargo público. Al respecto, el término cargo público tiene dificultades conceptuales. Si acudimos a la Constitución Política para el Estado de Guanajuato, en su artículo 122, señala que son servidores públicos: *los representantes de elección popular, los miembros del poder judicial, los funcionarios y empleados del Estado y de los municipios y, en general, toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión, de cualquier naturaleza en la administración estatal o municipal.*

Si consideramos este espectro, el servidor público es aquella persona física que desempeña un empleo, cargo o comisión en alguno de los tres poderes del Estado o en los municipios. Ahora bien, en el propio artículo hay un distinguo en cuanto al cargo de elección popular, dentro del que caben: Gobernador del Estado, Diputado ante el Congreso del Estado, Presidente municipal, Síndico y Regidor. Asimismo, se detectan otras tres categorías: empleo, cargo y comisión.

En la categoría de empleo, en mi opinión, no hay duda que se hace referencia a la condición de trabajador al servicio del Estado o de los municipios, es decir a la existencia de una relación de trabajo, regulada por la Ley del Trabajo de los Servidores Públicos al Servicio del Estado y de los Municipios.

En la categoría de cargo, bien podría aplicarse a aquellas personas físicas, a quienes no les aplica la ley mencionada en el párrafo anterior, conforme lo establece el artículo 6, al referirse a la condición de trabajador de confianza.

En la categoría de comisión, cabrían aquellas personas físicas a quien el Estado o los municipios encomiendan una actividad específica, general-

mente de carácter temporal, sin que se ubiquen en la hipótesis de trabajador o trabajador de confianza.

En estricto, todas las categorías anteriores, implican que la persona física que ocupa un cargo de elección popular, un empleo, cargo o comisión, tiene y ejerce un cargo público.

En tal sentido, cuando el notario se encuentre en cualquiera de las categorías mencionadas, deberá solicitar licencia, en virtud de que la razón de la norma es la incompatibilidad entre el cargo público y el ejercicio de la función notarial, por cuanto que ambos implican una vinculación permanente y continua, lo que incide negativamente, en este caso, en la función notarial. Sin embargo, el último párrafo del artículo 103, precisa dos excepciones: tratándose de cargos docentes y de elección popular, siempre que no se trate de Gobernador del Estado o Presidente Municipal, de tal suerte, que los otros puestos de elección popular, como Diputado, Síndico y Regidor, en el supuesto de que se desempeñen por el notario, no lo obligan a solicitar licencia, aún cuando, en mi opinión, bien podría caer en la licencia obligada, por la naturaleza del cargo y por la exigencia en su desempeño.

En otro orden de ideas, pero sobre el mismo punto, en el caso de cargo de Diputado, Síndico y Regidor, valdría la pena analizar la pertinencia de una reforma a este artículo 103, considerando que el desempeño de los mismos, en la actualidad y por la naturaleza e importancia de las funciones que les competen, requieren una disponibilidad cualitativa y cuantitativa, de la persona que los ocupa, por lo que, en mi opinión, pueden caer en la licencia obligada.

La segunda fracción de este artículo 103, se refiere a la función de corredor público, por el tiempo en que se ejerza la misma. Conforme a la Ley Federal de Correduría Pública y de la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, no hay impedimento para que un notario obtenga la habilitación para ejercer como corredor público, ni para que un corredor público, obtenga el Fiat para ejercer como notario público; sin embargo, de ambos ordenamientos, se infiere la incompatibilidad entre ambas, en el caso de la Ley Federal de Correduría Pública se sus artículos 13 y 15y, en caso de la Ley del Notariado Estatal, del artículo 103 en comento; pero, con independencia de la normativa mencionada, la incompatibilidad deviene de la propia naturaleza y similitud de las funciones del corredor y del notario, desde la óptica de la permanencia y continuidad de la función .

IV. PROPUESTAS

Una vez analizadas las diversas hipótesis de la licencia y su necesaria vinculación con el ejercicio de la función notarial, en este trabajo, haré dos propuestas, la primera en el sentido de una enmienda a la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato y, la segunda, en cuanto al procedimiento para la sustanciación de las licencias.

A) ENMIENDA A LA LEY DEL NOTARIADO PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO

Propongo que se reformen los artículos 102 y 103 de la ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, para quedar como sigue:

Artículo 102. Los Notarios podrán solicitar licencia para separarse de la función notarial, en los siguientes supuestos:

I. Por razones de carácter personal, hasta por tres años, cuando por las mismas, se acredite la imposibilidad temporal de prestar los servicios notariales;

II. Por enfermedad o accidente, por el tiempo necesario, siempre que la consecuencia impida la prestación temporal de los servicios notariales; y

III. Por causas de fuerza mayor o caso fortuito, hasta por un año, siempre que las consecuencias impidan la prestación temporal de los servicios notariales.

Comentario. La enmienda, tiene por objeto, que se precise en la norma la imposibilidad temporal para la prestación de los servicios notariales, por parte del notario público, para garantizar la permanencia y continuidad de la función notarial, bajo la consideración, de que la licencia es una excepción. La reforma, también pretende que la autoridad competente para el trámite de la licencia, pueda disponer de los elementos de juicio necesarios y suficientes para otorgar o negar la licencia.

Artículo 103. Los notarios deberán solicitar licencia para separarse de la función notarial en los siguientes casos:

I. Para desempeñar cualquier cargo público, por todo el tiempo que dure el encargo; y

II. Para ejercer la función de corredor público, mientras se ejerza la misma.

Se exceptúa de la obligación de solicitar licencia a los notarios que desempeñen un cargo docente.

Comentario. La reforma tiene por objeto, que la licencia obligada aplique para todo cargo público, bajo la consideración de que hoy en día, el cargo público, tanto en su expresión de: cargo de elección popular, empleo, cargo público o comisión, tiene tal exigencia, que materialmente resultan incompatibles con el ejercicio de la función notarial.

En el caso de diputada o de diputado, me parece que no hay duda de que este cargo de elección popular, es altamente demandante, por cuanto que la o el diputado, no sólo asiste a las sesiones del Congreso, sino que también forma parte de comisiones permanentes, que devienen en un trabajo parlamentario y legislativo intenso, sin considerar el trabajo político y de gestoría que realizan; un igual o similar argumento, sería aplicable a quienes desempeñan otros cargos de elección popular como sindico o regidor. Otra vertiente de esta reforma es, naturalmente, garantizar la permanencia y la continuidad de la función pública.

B) PROCEDIMIENTO PARA LA SUSTANCIACIÓN DE LA LICENCIA

Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato y el Reglamento de la propia ley, son omisos en cuanto al procedimiento para la solicitud de la licencia y la concesión de la misma. Si bien el artículo 104 de la Ley de referencia, señala que la Secretaría de Gobierno recibirá la solicitud y, en su caso, concederá la licencia, existe normativamente un vacío en cuanto al procedimiento a seguir por la autoridad competente y por el notario solicitante.

Respecto de la autoridad, considero necesario que se contemple normativamente el procedimiento a seguir, por obvias razones de certeza y seguridad jurídica, por tratarse de la ausencia temporal del notario en el ejercicio de la función notarial, como excepción al principio de permanencia y continuidad, que importa a la propia autoridad, en el sentido de verificar y constatar las razones vertidas por el notario solicitante, para resolver apropiadamente sobre la misma; asimismo, es del interés del notario, conocer el procedimiento a seguir, para encauzar debidamente la solicitud.

Ante el vacío normativo señalado, estimo que el procedimiento para conocer y resolver sobre la licencia, debe contenerse en el Reglamento de

la ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, en virtud de tratarse de disposiciones que regulan y desarrollan las normas generales, que sobre la licencia establece la Ley, particularmente en los artículos 102, 103 y 104. Por lo que es menester, adicionar un Capítulo al mencionado Reglamento.

En particular, sugiero que se adicione un Capítulo VII-bis, justo antes del relativo al Archivo General de Notarías, por tratarse de disposiciones vinculadas a la función notarial, en la vertiente de la licencia para la separación temporal de la misma, de esta manera, habría concordancia normativa entre la Ley y el Reglamento.

La adición propuesta, tendría las siguientes características normativas:

CAPÍTULO VII-BIS

DEL PROCEDIMIENTO DE LA LICENCIA

Artículo 39-a. El trámite de solicitud y concesión de la licencia prevista en los artículos 102, 103 y 104 de la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, se sujetará al procedimiento siguiente.

Comentario. La adición tiene por objeto establecer en el Reglamento de la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, el procedimiento para conocer y resolver las solicitudes de licencia, para separarse de la función, que se presenten por los notarios, en atención a los diversos supuestos establecidos en los artículos 102 y 103, así como el ejercicio de la facultad, que sobre el tema tiene la Secretaría de Gobierno.

Artículo 39-b. La Dirección General de Registros Públicos y Notarías, auxiliará a la Secretaría de Gobierno en la sustanciación del procedimiento relativo las licencias que presenten los notarios para separarse de la función notarial, conforme a los diversos supuestos previstos en la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato.

Una vez sustanciado el procedimiento, lo pondrá en situación de resolución por parte de la Secretaría de Gobierno.

Comentario. En atención a lo dispuesto por el artículo 110 de la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, la Dirección de Registros Públicos y Notarías, es la unidad administrativa que auxilia al Titular del Poder Ejecutivo en la vigilancia para que las notarías funcionen con regularidad, por lo que de manera expresa e implícita, está jurídicamente facultada para

sustanciar el procedimiento para el otorgamiento de la licencia, por tratarse de una cuestión que tiene que ver con el funcionamiento regular de las notarías y, por ende, de quien es el titular de las mismas; considerando que la licencia se traduce en una excepción al funcionamiento regular.

Artículo 39-c. El procedimiento para la concesión de la licencia, se sujetará a lo siguiente:

I. Los notarios presentarán la solicitud de licencia, ante la Dirección General de Registros Públicos y Notarías;

II. El escrito de solicitud de la licencia, deberá contener lo siguiente:

a) Nombre del notario solicitante, número de licencia notarial, adscripción y residencia, así como domicilio para recibir notificaciones;

b) Expresar con precisión la razón de la solicitud de la licencia, indicando el supuesto en que finque la misma, conforme a lo previsto en los artículos 102 y 103 de la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato; así como la fecha a partir de la cual pretende la concesión de la licencia y, en su caso, la duración de la misma; en los supuestos previstos en el artículo 103, la fecha de inicio de la licencia, no podrá ser posterior a la fecha, en que el notario solicitante, deba desempeñar el cargo público o ejercer la función de corredor público;

c) Considerando el supuesto en que se finque la licencia, el notario deberá anexar la información, documentos o cualquier otra evidencia que acredite y justifique la separación temporal de la función pública; y;

d) La firma del notario solicitante y el sello de autorizar.

Comentario. La licencia, como excepción a la permanencia y continuidad de la función notarial, por tanto a su funcionamiento regular, debe normarse de manera clara y precisa, para el debido ejercicio de la facultad por parte de la autoridad competente, como para el conocimiento del notario, del trámite a seguir en la solicitud de la licencia; asimismo, es importante que si la licencia implica la separación temporal de la función notarial, la autoridad tenga los elementos suficientes para conceder la licencia, a partir de los diversos supuesto que establecen los artículos 102 y 103 de la ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, ya sea en la vertiente de la licencia potestativa o licencia obligada; además, no debe perderse de

vista el interés de la ciudadanía en la prestación regular de la función; es, en conclusión, la pertinente verificación de la razón invocada para que se conceda una licencia.

Artículo 39-d. La Dirección General de Registros Públicos y Notarías, dará entrada a la solicitud e integrará el expediente correspondiente.

La Dirección General de Registros Públicos y Notarías, una vez que de entrada a la solicitud, verificará que en esta se observe lo dispuesto en el artículo 39-C del presente Reglamento. De no ser así, requerirá al notario para que, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, contados a partir de la fecha de la notificación, aclare, corrija o complete la solicitud. De no hacerse, se desechará de plano la solicitud.

El desechamiento de la solicitud, no impide la presentación de una nueva solicitud por la misma razón.

Comentario. La integración del expediente, no sólo documenta el trámite, sino que, además, por razones de seguridad jurídica, la autoridad tendrá jurídicamente la oportunidad de subsanar la solicitud de licencia, cuando ésta incumple con los requerimientos establecidos, para de esta manera, procurar una actuación objetiva e imparcial, por la incidencia de la licencia en la regularidad de la función notarial; en este tenor, se le otorga al notario solicitante, la oportunidad de corregir su escrito de solicitud; incluso, en el supuesto de no hacerlo y la solicitud se deseche, tenga la oportunidad de volverla a presentar, lo que salvaguarda este derecho en la licencia potestativa o para encauzar la licencia obligada.

Artículo 39-e. De cumplir la solicitud de licencia con los requisitos previstos en el artículo 39-C del presente Reglamento o por haberse atendido de manera satisfactoria el requerimiento, la Dirección General de Registros Públicos y Notarías, la admitirá a trámite.

La Dirección General de Registros Públicos y Notarías, de estimarlo pertinente, acordará la práctica de diligencias para mejor proveer.

Comentario. La admisión a trámite, acorde con los principios de certeza y seguridad jurídica, es un imperativo para el ejercicio, por parte de la autoridad, de las facultades sobre el asunto y un respeto al debido proceso en el interés del notario solicitante; por otra parte, la práctica de diligencias para mejor proveer, permite a la autoridad allegarse elementos adicionales para

verificar o constatar las diversas hipótesis de la licencia, particularmente en aquellas que podrían representar cierto grado de dificultad, como, por ejemplo, el caso fortuito o la fuerza mayor, en donde, tal vez sea menester un estudio cuidadoso de la consecuencia de estas contingencias o eventualidades, respecto de la función notarial, en cuanto, no basta acreditar la presencia del caso fortuito o fuerza mayor, sino el efecto que impide que la función notarial se suspenda por algún tiempo; por ejemplo, que una tormenta o un incendio haya afectado la oficina del notario, que pudiera justificar la actuación de la autoridad para constatar que ese daño, se traduce en un impedimento temporal para el debido ejercicio de la función notarial.

Artículo 39-f. En la sustanciación del procedimiento, la Dirección General de Registros Públicos y Notarías, verificará lo siguiente:

I. Que la solicitud presentada, se refiere a algunos de los supuestos previstos en los artículos 102 y 103 de la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato; y

II. Que la solicitud, la información, documentación y evidencias presentadas, acreditan la procedencia de la solicitud.

Comentario. Es importante, establecer el rango jurídico de actuación de la autoridad, para orientar la motivación y fundamentación de la resolución en la concesión de la licencia.

Artículo 39-g. Sustanciado el procedimiento, la Dirección General de Registros Públicos y Notarías, elaborará un proyecto de resolución que pondrá a consideración de la Secretaría de Gobierno, quien resolverá sobre la concesión de la licencia.

Comentario.- Para preservar la facultad indelegable de la Secretaría de Gobierno, que le otorga el artículo 104 de la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, la unidad administrativa que le auxilia en la sustanciación del procedimiento, debe someter el proyecto de resolución a la Secretaría de Gobierno, para que ésta resuelva lo conducente.

Artículo 39-h. La resolución sobre la solicitud de la licencia, será notificada, por conducto de la Dirección General de Registros Públicos y Notarías, al notario solicitante, así como al Colegio de Notarios, a la Delegación a la que pertenece el notario y al notario suplente, en su caso, para los efectos conducentes.

Un extracto de la resolución se publicará en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato. Asimismo, una copia de la licencia concedida, se colocará en lugar visible de la notaría a cargo del notario a quien se le concedió.

Comentario. Es de interés de la autoridad y de la ciudadanía, considerando la importancia del ejercicio regular de la función notarial, que esta incidencia, como lo es la licencia, tenga la debida publicidad, por cuanto implica que el notario se ausenta temporalmente de la función y, por tanto, de la prestación del servicio, por lo que amerita la publicación en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato, la notificación al Colegio de Notarios y a la Delegación respectiva y, por supuesto, a la ciudadanía, por la suspensión del servicio notarial y, para informarla, sobre la consecuencia en el trámite de los actos notariales a cargo del notario a quien se le otorgó licencia.

Artículo 39-i. A partir de la fecha en que inicie la vigencia de la licencia, el notario a quien se le concedió, deberá separarse del ejercicio de la función notarial.

Los actos notariales en trámite o pendientes de autorizar, a la fecha de inicio de la licencia, serán atendidos por el notario suplente, conforme al convenio que para el efecto se haya suscrito y conforme al artículo 34 de la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato; de no haberse suscrito convenio de suplencia, el Titular del Poder Ejecutivo, en los términos de los artículos 38 y 39 de la citada Ley, designará el notario suplente; por lo que, en su caso, en la resolución de otorgamiento de la licencia, se deberá indicar el nombre del notario suplente.

Comentario. Es pertinente, que al otorgamiento de una licencia se garantice el interés de la ciudadanía en el trámite y curso de los asuntos y actos que se encomendaron al notario a quien se le otorgó licencia; para darle la seguridad de que éstos serán atendidos por otro notario, conforme al convenio de suplencia o por el notario que designe el Titular del Poder Ejecutivo.

IV. CONCLUSIONES

Primera. La licencia en la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, implica la separación o ausencia temporal del notarios, en el ejercicio de la función notarial, por lo que constituye una excepción al principio de

continuidad y permanencia de la función, lo que amerita un tratamiento normativo que asegure el interés de la autoridad en la prestación del servicio notarial, así como el interés de la ciudadanía en disponer del servicio de manera constante; lo que se hace necesario conciliar estos intereses, con los propios del notario.

Segunda. Conforme al artículo 102 de la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, la licencia tiene un carácter potestativo, en atención a la naturaleza de las diversas hipótesis que contempla, en tanto que es el notario, quien, en primera instancia, determina si la consecuencia de la contingencia o eventualidad incide en la prestación del servicio notarial, de tal manera que se justifica la separación o ausencia temporal de la función notarial.

Tercera. Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, la licencia tiene carácter obligado o imperativo, en consideración a las diversas hipótesis normativas, que se traducen, por su naturaleza, en incompatibilidad con el ejercicio de la función notarial.

Cuarta. La Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato y su Reglamento, son omisos en cuanto al procedimiento a seguir, tanto por el notario solicitante, como por la autoridad, en el trámite para conceder la licencia, por parte de la Secretaría de Gobierno.

Quinta. Ante la omisión, se proponen enmiendas a la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato y a su Reglamento, con el objeto de precisar las hipótesis de la licencia, como para establecer un procedimiento para la concesión de la misma, en el que la Dirección de Registros Públicos y Notarías, actúe como auxiliar de la Secretaría de Gobierno, en la sustanciación del procedimiento. El procedimiento propuesto, pretende conciliar el interés de la autoridad en la prestación del servicio notarial, el interés del notario en la solicitud de licencia y el interés de la ciudadanía en el acceso permanente al servicio notarial, y la certeza en de continuidad en el trámite de los asuntos o actos a cargo del notario a quien se le otorgó la licencia.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro, *Estudios de Derecho Notarial*, Editorial Montecorvo, Madrid, España, 1973.

CERVANTES HERRERA, José, *Apuntamientos de Seguridad Social*, Editorial Universidad de Guanajuato, México, 2003.

AGRAZ, Cesar Eduardo, *Derecho Notarial en Jalisco*, Editorial Porrúa, México, 2001.

BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan, *Derecho Notarial*, Editorial Cárdenas, México, 1894.

_____, Froylan, *Fundamentos del Derecho Notarial*, Editorial SISTA, México, 2003.

CARBAJO ARELLANO, Clemente, *Derecho Notarial*, edición del propio autor, México, 2003.

CARRAL Y DE TERESA, Luis, *Derecho Notarial y Derecho Registral*, Editorial Porrúa, México, 1989.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *El Notario*, Editorial Porrúa, México, 2002.

GATTARI, Carlos Nicolás, *Manual de Derecho Notarial*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1992.

MENGUAL MENGUAL, José María, *Elementos de Derecho Notarial*, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1930.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, Editorial, Porrúa, México, 2010.

EN INTERNET

www.sitios.scjn.gob.mx/oscgu/category/instituciones/colegio_de

LEGISLACIÓN

Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato.

Reglamento de la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato

BASES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN MODELO ANTICORRUPCIÓN PARTIDISTA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ELECTORAL MEXICANO

*Guillermo Rafael GÓMEZ ROMO DE VIVAR*¹

I. INTRODUCCIÓN

En la democracia actual, pese a diversas reformas electorales que atienden a nuevas figuras de participación ciudadana, los partidos políticos representan una pieza fundamental en el terreno de la competencia política y de vinculación con la ciudadanía, sus funciones y fines consagrados en legislación constitucional y electoral delimitan y definen claramente su quehacer político-jurídico dentro de la sociedad a la que representan, distintas acciones integran dicho quehacer partidista, mismas que no están exentas de caer en excesos, arbitrariedades, omisiones, ocultamientos de información, lo que provoca daños a su imagen y representación.

De ahí, el lamentable pero a su vez inevitable tema respecto de prácticas contrarias a la ley, invada en gran medida en el mundo de los partidos políticos, donde pese a que tanto el Derecho Electoral como sus instituciones, conforman un derecho relativamente de creación reciente y transformaciones constantes por su propio dinamismo, existen ya arraigas prácticas contrarias a sus fines y naturaleza que no sólo ensucian a sus componentes y elementos sino que además afectan directamente su sentido histórico, su actualidad, así como experiencias, usos, y prácticas normativas electorales.

A todo esto es innegable a los ojos del operador jurídico, la necesidad de fortalecer mediante un esquema o modelo óptimo las funciones que los partidos políticos realizan tanto en proceso electoral como en tiempo ordinario, ello mediante una adecuada regulación que exponga y contemple medidas que contribuyan a combatir actos de corrupción en los que se les involucra, tanto de forma interna como en complicidad con otros actores políticos, con el firme propósito de regresar la confianza ciudadanía hacia

¹ Doctorante en Derecho por el programa Interinstitucional de Doctorado (DID), adscrito a la Universidad de Guanajuato.

su figura y hacia la propia democracia, contemplando leyes electorales y reglamentos fiscalizadores de vigilancia en mayor medida sólidos y capaces de persuadir, evitar y en su caso sancionar actos de corrupción.

II. FUNCIONES Y REALIDAD DE PARTIDOS POLÍTICOS EN EL CONTEXTO ACTUAL

La democracia actual requiere del funcionamiento óptimo de partidos políticos, el propio Hans Kelsen manifestó que “sólo la ilusión o la hipocresía puede creer que la democracia sea posible sin partidos políticos”,² en el entendido de que no hay legitimidad democrática sin procesos electorales y por tanto sin competidores, es decir, sin partidos políticos. Ahora bien, es importante establecer que existen múltiples conceptos en la configuración de partidos políticos, los que pretenden establecer las bases de organización, representación y participación dentro de los mismos, ante ello, las interpretaciones de los autores especialistas en el tema atienden a establecer su conformación con elementos de índole sociológico, psicológico, político y jurídico.

Con independencia de las nociones que existan al respecto, toda vez que el objetivo no es profundizar en ellas en el presente trabajo, cabe apuntalar brevemente alguna interpretación de partidos políticos, como el caso de Moisei Ostrogorski quien señala que los partidos políticos son grupos de ciudadanos organizados para lograr un fin político,³ conceptualización que comparte elementos con la establecida por Weber, quien señala a los partidos como formas de socialización que tienen como fin proporcionar a sus dirigentes y a sus miembros la realización de determinados ideales, fines y objetivos.⁴

En función a ello, los partidos políticos son un medio indispensable en el desarrollo de la competencia electoral para la obtención del poder y el ejercicio del gobierno, por lo que sus acciones resultan de un alto grado de importancia en la democracia de representación, partiendo de lo cual se pueden establecer algunas de sus principales funciones, tal como lo señala Leonardo Valdés,⁵ al considerar las siguientes:

² KELSEN, Hans, *Esencia y Valor de la Democracia*, México, Editorial Fontamara, 2012, p. 80.

³ OSTROGORSKI, Moisei, *La democracia y los partidos políticos*, España, Editorial Trotta, 2008, p. 142.

⁴ BERNARDINO, Esparza, *Derecho de Partidos Políticos*, México, Porrúa, 2006, p. 142.

⁵ VALDÉS, Leonardo, *Sistemas Electorales y de Partidos*, México, IFE. 2007, p. 49.

- a) Estancias mediadoras de comunicación entre sociedad y gobierno.
- b) Lucha democrática por el poder.
- c) Obtención legítima de cargos de representación y de gobierno.
- d) Ejercicio democrático y efectivo de facultades legislativas.

Por su parte, Gunther y Diamond, realizan un análisis de partidos centrado en tres criterios primarios: el organizacional, el de funciones y el de bases sociales; con ello se logra comprender primeramente el tamaño de la organización formal y la amplitud de funciones que realiza; el segundo, si de acuerdo con sus objetivos se constituye como tolerante y pluralista; y finalmente si se caracteriza por adoptar y pugnar por compromisos pragmáticos e ideológicos, lo que implica el sustento del desempeño y observancia de valores como parte fundamental para determinar la correcta medición y análisis de estos.⁶ Partiendo de lo anterior, tales autores consideran que las funciones que han cumplido los partidos políticos a lo largo de la historia son: postulación de candidatos; movilización electoral; estructuración de temas de debate público; representación social; formación y sostenimiento de gobiernos e integración social.

Ahora bien, una vez mencionado tanto elementos como atribuciones que deben desempeñar los partidos políticos para su adecuado funcionamiento, cabe señalar que la realidad detona resultados distintos al deber ser de los mismos, ya que en la actualidad se reconoce un debilitamiento en el cumplimiento de sus funciones lo que refleja una crisis tanto de militancia como ideológica, incrementándose así la desconfianza y descrédito por parte de la ciudadanía hacia tales figuras de representación, por lo que un sistema de partidos que no sea capaz de cumplir de manera adecuada con sus encomiendas dejará de ser un medio efectivo de representación ciudadana.

Reforzando lo anterior, el Latinobarómetro,⁷ conocido estudio de opinión que aplica anualmente encuestas en países de América Latina representando a más de 400 millones de habitantes, ha levantado diversas encuestas relacionadas con el tema objeto de investigación, donde en su mayoría se refleja la poca confianza que representan los partidos políticos

⁶ GUNTHER, Richard y DIAMOND, Larry, *Types and functions of parties*, Baltimore, Hopkins University Press, 1999, p. 319.

⁷ Latinobarómetro, <http://www.latinobarometro.org/latino/LATANalyzeQuestion.jsp>, fecha de consulta: 27 de mayo de 2012.

en la actualidad a juicio y percepción de los ciudadanos, como se muestra a continuación:

1. CONFIANZA EN LOS PARTIDOS POLÍTICOS

BASE=17969 Ponderación		Identificador de país	
		México	
	Suma		
Confianza en los Partidos Políticos	Mucha confianza	3,1 %	3,1 %
	Algo de confianza	19,8 %	19,8 %
	Poca confianza	40,8 %	40,8 %
	Ninguna confianza	36,3 %	36,3 %
	Suma	17969 (100%)	17969 (100%)

Fuente: 1995, 1996, 1997, 1998, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010.

2. LOS PARTIDOS POLÍTICOS SON NECESARIOS

BASE=1230 Ponderación		Identificador de país	
		México	
	Suma		
Los partidos políticos son necesarios	Muy de acuerdo	7,3 %	7,3 %
	De acuerdo	45,2 %	45,2 %
	En desacuerdo	42,5 %	42,5 %
	Muy en desacuerdo	5,0 %	5,0 %
	Suma	1230 (100%)	1230 (100%)

Fuente: 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010.

Considerando lo anterior, vale citar a Jesús Orozco y José Woldenberg, que acertadamente precisan la conducta de los partidos políticos en tiempo electoral, donde poniendo en el juego democrático todas sus artes pretenden ganar la voluntad de los ciudadanos, empleando incluso medios éticamente inadmisibles, para alcanzar objetivos legítimos y a la inversa, usando instrumentos legales para lograr fines que pueden ser ilegítimos,

recurriendo continuamente en prácticas de deslealtad cívica y corrupción; por ello, la responsabilidad de los partidos políticos se incrementa como responsables directos de una democracia.⁸

En ese sentido Diego Valadés, menciona algunas deformaciones en las conductas de los partidos políticos que afectan directamente el desarrollo del sistema electoral tales como: manipulación del electorado; formación y consolidación de élites dominantes que tienden al reparto de candidaturas y cargos en el poder; conformación de burocracias partidistas que constituyen *modus operandi* a manera de parásitos afectando al partido político; negociación entre dirigentes para la repartición del poder dejando de lado la voluntad popular; modificación de principios doctrinarios según el talante del partido; ocultamiento de financiamiento de partidos; lo anterior trayendo como consecuencia un alto grado de corrupción y surgimiento de conflictos en la vida política del Estado, así como la alteración del funcionamiento normal de las instituciones.⁹

Como resultado de lo anterior, es evidente entonces que los partidos políticos como instituciones del Derecho Electoral deben realizar un exhaustivo análisis de sus funciones, a fin de erradicar el despliegue de acciones perjudiciales y contrarias a su esencia y fines, logrando con ello devolver la confianza ciudadana hacia su propia estructura en la esencia misma de su creación y funcionalidad efectiva.

III. INTEGRACIÓN DE UN MODELO ANTICORRUPCIÓN PARTIDISTA

Los partidos políticos en México tienen su marco normativo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son considerados como entidades de interés público, cuya finalidad es promover la participación de la sociedad en la vida democrática, contribuyendo en la integración de representación nacional y haciendo posible el acceso de la ciudadanía al ejercicio del poder público. Por ello, tienen derecho a participar en las elecciones de los tres niveles de gobierno: federal, estatal y municipal; la ley que regula la vida partidista de forma específica tanto en sus actividades cotidianas como dentro del proceso electoral, atendiendo la reciente reforma político electoral, es la Ley General de Instituciones y Procedimientos

⁸ Cabe precisar que la noción *juego democrático* atiende a un sistema de acciones e interacciones típicas donde aparecen sujetos con acciones diferenciadas los cuales deben atender a ciertas reglas técnicas e instrumentales como principios éticos con superioridad axiológica en todo estado democrático.

⁹ VALADÉS, Diego, *Partidos Políticos*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1374/25.pdf>, fecha de consulta: 26 de junio de 2013.

Electoral, la Ley General de Partidos Políticos, así como las distintas leyes electorales de las entidades federativas quienes establecen los procedimientos normativos en la materia.

Sin embargo, pese a que los partidos políticos cuentan con tales disposiciones específicas que particularizan su regulación ya sea dentro de un proceso electoral así como dentro de sus labores cotidianas, la inaplicabilidad e inobservancia de las mismas producto de falta de compromiso social, ignorancia, indiferencia o simplemente desconocimiento por parte de sus miembros, trastoca duramente su concepción por parte de la sociedad, provocando percepciones destructivas así como un alto grado de corrupción que afecta la naturaleza y funcionalidad del sistema democrático.

Por ende, el presente análisis tiene como objeto establecer medidas adecuadas respecto al combate de la corrupción en partidos políticos, partiendo de elementos normativos, lineamientos y directrices derivados de documentos como: a) Opinión sobre la Legislación Electoral en México, de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia); b) Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral, de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia); c) Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Por lo que respecta al documento Opinión sobre la Legislación Electoral en México, de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), atiende a un estudio realizado a solicitud del entonces Instituto Federal Electoral (IFE), hoy Instituto Nacional Electoral (INE), que comprende diversas observaciones sobre temas como libertad de expresión, cuotas de género, minorías y grupos vulnerables, destacando en gran medida recomendaciones sobre fiscalización de recursos de partidos políticos, así como compra y coacción de votos y sanciones contra posibles actos de corrupción.

En tanto que el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral, de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), desarrolla elementos y principios que garantizan los derechos fundamentales, la estabilidad del Derecho Electoral así como las garantías procesales esenciales para las elecciones, por lo que constituye un texto de gran trascendencia destinado a promover la armonización de las normas relativas al ejercicio democrático y promover la evaluación de las mismas.

Mientras que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, establece que los Estados parte de la misma conscientes de la gravedad que representa la corrupción para la estabilidad y seguridad de la sociedad así como de las instituciones que forman parte de la misma, han generado dicho documento a fin de promover medidas de prevención y

combate eficaz contra la corrupción; facilitando y promoviendo apoyo en cooperación internacional y asistencia en la prevención y lucha contra dicho malestar, así como la promoción de rendición de cuentas en asuntos y gestiones públicas.

Derivado de ello, es decir, atendiendo al resultado del análisis teórico-normativo, de tales documentos citados, resulta la construcción de un modelo sustentable que defina un trayecto a seguir en cuanto a prevención, regulación y vigilancia en materia anticorrupción por parte de partidos políticos, a fin de lograr el establecimiento de acuerdos funcionales que permitan la preservación del espacio público como un ámbito de competencia electoral libre, confiable y transparente, como se planeta a continuación:

MARCO NORMATIVO ANTICORRUPCIÓN PARTIDISTA

A) JUSTIFICACIÓN

Dentro del marco del desarrollo de las funciones de partidos políticos, emerge la necesidad de la integración de un modelo con elementos que permitan fortalecer medidas preventivas y regenerativas sobre actos de corrupción, de tal manera que constituya una pieza fundamental en aras de fortalecer su propia estructura interna así como su identificación social, permitiendo lograr un mayor desarrollo institucional en el que partidos políticos se ajusten a prácticas cotidianas de legalidad, transparencia y rendición de cuentas donde sus propios fines y funciones se encuentren al servicio y beneficio de la colectividad.

Particularizando en el tema, cobra importancia el sentido que estas instituciones deben concebir cambios y transformaciones que permitan obtener beneficios y consecuencias positivas en un ambiente social, pretendiendo armonización de contenidos en materia de combate a la corrupción, lo que implique la reorganización interna, apertura y acercamiento a la ciudadanía, generando procedimientos de participación tanto electivos como de toma de decisiones poseyendo efectos vinculatorios propios de su reglamentación establecida.

B) OBJETIVOS

- Promoción de mejora de procedimientos y reglas internas en la organización partidista en base a la cultura de la legalidad y combate a la corrupción.

- Fortalecimiento de una auténtica práctica anticorrupción que permita el adecuado cumplimiento de funciones y acciones encomendadas a partidos políticos mediante mandato expreso en la legislación electoral respectiva.

- Generación de un esquema de formación y dirección de partidos políticos en base a una perspectiva de renuncia a todo acto de corrupción, mediante la necesidad que representa evitar su consumación, su combate y erradicación, así como el respeto y observancia hacia la normatividad reguladora específica de tales conductas.

C) ELEMENTOS DE REGULACIÓN DEL MODELO ANTICORRUPCIÓN

1. Manejo de Recursos Públicos.
2. Cumplimiento de fines y funciones sociales.
3. Apoyo a la normatividad electoral.
4. Vigilancia y monitoreo ciudadano.
5. Efectividad de sanciones.

I. MANEJO DE RECURSOS PÚBLICOS

Como es sabido gran parte de las actividades de los partidos políticos se conciben con financiamiento público, teniendo fundamento en los artículos 50 al del 52 de la Ley General de Partidos Políticos, así como el artículo 41 fracción II inciso c) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que, atendiendo a ello, los órganos electorales cuentan con un órgano especializado de fiscalización encargado de la supervisión del manejo de recursos de los partidos políticos mediante la presentación periódica de informes tanto en proceso electoral como en tiempo ordinario. Atendiendo a ello, en el presente elemento de regulación se debe considerar lo siguiente:

- Reforzar medidas efectivas en la legislación que brinden mayor seguridad al órgano responsable de la revisión de gastos de partidos políticos, a fin de garantizar una mayor protección contra presiones políticas y mantener un compromiso firme de imparcialidad en sus resoluciones.
- Mayor efectividad en la transparencia en el financiamiento de partidos políticos y por tanto credibilidad en los reportes de gastos y rendición de cuentas, con ello se protegen los derechos de los electores en cuanto a recibir información pertinente y ser informados oportunamente.
- Reforzar medidas que contribuyan a evitar el desvío de recursos públicos para promoción de partidos políticos, candidatos y campañas. Así como participación de funcionarios públicos en acciones de promoción o difusión, teniendo con ello a un mejor control de recursos humanos y materiales así como de programas sociales, es decir fortalecer la prohibición total de usos de recursos del Estado.

2. CUMPLIMIENTO DE FINES Y FUNCIONES SOCIALES

Es importante considerar dentro del análisis del marco normativo regulador en materia electoral, lo señalado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 41 fracción I, primero y segundo párrafo donde establece una breve conceptualización de partidos políticos, así como los fines hacia los cuales deben orientar sus actividades, donde de forma clara, se observa el valor que representan dentro la participación ciudadana en la vida democrática, la contribución a la integración de la representación nacional y el acceso los ciudadanos al ejercicio del poder público, acciones indispensables para el buen funcionamiento del estado democrático. Atendiendo a ello, en el presente elemento de regulación se debe considerar lo siguiente:

- Recursos públicos de financiamiento que sean verdaderamente destinados a lograr los fines de participación ciudadana y representación política, lo que implica que el destino de los mismos sea manejado e incluido tanto en proceso electoral como en períodos ordinarios, considerando campañas electorales y cobertura de medios que permitan la cercanía y vinculación ciudadana.
- Vigilancia, verificación y supervisión efectiva por parte de la autoridad electoral en cuanto a la realización de actividades específicas destinadas a educación, capacitación, investigación socioeconómica y política, así

como a las tareas editoriales, mediante financiamiento público otorgado, a fin de que tales recursos sean únicamente en beneficio tanto de la población como para la mejoría y formación interna del partido político, evitando con ello cualquier tipo de desfalco, fraude, o acto de corrupción que implique utilizar tal financiamiento en acciones contrarias a los fines establecidos.

- Para el efectivo cumplimiento de sus fines sociales, debe preservarse como indispensable la igualdad de oportunidades partidistas, garantizando que no existan privilegios de uno sobre otros, tanto en militancia como candidatos, así como la existencia de neutralidad garantizada en todo momento por parte de las autoridades electorales.

3. APOYO A LA NORMATIVIDAD ELECTORAL

Resulta muy importante generar estabilidad en las leyes electorales, lo que brinde mayor credibilidad y consolidación democrática, lo anterior garantiza que las partes involucradas consideren al Derecho Electoral como un instrumento de coordinación cuyo fin sea garantizar el ejercicio de la voluntad popular, y no por el contrario como un instrumento de manipulación a favor de quienes ejercen el poder público. Atendiendo a ello, en el presente elemento de regulación se debe considerar lo siguiente:

- Brindar mayor estabilidad a la legislación electoral dentro de las leyes electorales y reglamentos de fiscalización, lo que implica fortalecer el sistema electoral nacional y por ende el sistema de partidos políticos, con ello se obtiene un incremento en el margen de seguridad y confianza en los actos partidistas, evitando manipulaciones, simulaciones e incluso evasión de responsabilidades y obligaciones de los mismos.
- Contribuir en la mejora, revisión y actualización constante del sistema electoral y de partidos políticos, aportando con ello propuestas de reformas a la legislación electoral con tiempo previo a la celebración de elecciones lo que implique tomar medidas oportunas que permitan realizar las mejoras conducentes para su correcto desarrollo.
- Establecer una directriz general que permita regular la materia de corrupción partidista, considerando que no existe uniformidad de reglamentos internos en temas específicos que rigen a los partidos políticos, ya que la autonomía partidista permite que temas que son importantes para algunos no lo sean considerados de la misma manera para otros.

4. VIGILANCIA Y MONITOREO CIUDADANO

La importancia de la vigilancia y monitoreo de las acciones de los partidos políticos es un requisito elemental dentro de cualquier Estado democrático, toda vez que por medio de dichas acciones se puede evaluar de manera crítica y objetiva las tareas, fines y metas alcanzadas y en base a ello corregir deficiencias y dar seguimiento en acciones fructíferas en beneficio de la sociedad. Tales acciones son realizadas mediante la figuras de autoridades de fiscalización pertenecientes a órganos electorales con personalidad reconocida para ello, sin embargo, los resultados demuestran la necesidad de la inclusión directa de la ciudadanía, pues en diversas ocasiones la falta de credibilidad y transparencia en las resoluciones rebasa a la propia autoridad electoral. Atendiendo a ello, en el presente elemento de regulación se debe considerar lo siguiente:

- La formación e integración de un comité de vigilancia ciudadana, que funcione de manera permanente, lo que implica su trabajo tanto en procesos electorales como fuera de los mismos, integrados con una estructura propia y por ciudadanos reconocidos por su trabajo y calidad social, pertenecientes a diversos sectores académicos o de investigación.
- Establecimiento de una mayor coordinación con las diversas áreas de la administración pública de los tres niveles de gobierno, a fin de lograr un trabajo conjunto en materia de vigilancia y prevención de corrupción partidista previniendo acciones como desvío de fondos públicos o pactos contrarios a la ley.
- Emisión de recomendaciones y observaciones ciudadanas vinculatorias con la autoridad electoral como medida de coadyuvar directamente en la vigilancia y cumplimiento de labores y funciones partidistas, lo que consigne una democracia auténticamente social e integradora donde la voz ciudadana sea escuchada y considerada en el tema.

5. EFECTIVIDAD DE SANCIONES

Las buenas prácticas para el financiamiento de los partidos y de las campañas electorales implican desarrollar reglas internas que completen y fortalezcan la legislación nacional relativa a la transparencia y rendición de cuentas; permitan el monitoreo del estatus financiero de los representantes electos antes, durante y después de ocupar el cargo; y garanticen la trans-

parencia y la buena gestión en las actividades del partido; lo anterior, con la finalidad de mantener la confianza de los ciudadanos y reforzar medidas preventivas y represivas con objeto de combatir la corrupción, aplicando sanciones adecuadas dentro de los partidos políticos. Atendiendo a ello, en el presente elemento de regulación se debe considerar lo siguiente:

- Valorar las causales de nulidad establecidas en la legislación electoral a fin de considerar la corrupción partidista plenamente comprobada y acreditada como un supuesto de nulidad de elección de manera tácita e implícita, con independencia de considerarse como causal abstracta, a fin de que partidos políticos cuiden internamente sus acciones para evitar caer en cualquier tipo de prácticas de esta naturaleza.
- Establecimiento de sanciones efectivas respecto de acciones vinculadas a delitos tipificados, atendiendo a lo señalado en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción como son: realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas; registro de gastos inexistentes; utilización de documentos falsos; y la destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley.

IV. COMENTARIO FINAL

El tema de la corrupción en los partidos políticos, es un tópico además de importante, sumamente necesario en cuanto su atención oportuna, la inactividad al respecto además de entorpecer sus propias funciones afecta la credibilidad ciudadana, desvirtuando todo un sistema de partidos y por tanto un sistema electoral en conjunto, toda vez que no representa poca cosa la celebración de elecciones mediante el respeto del ejercicio de la voluntad popular manifestada mediante el voto y consagrada por el propio Derecho Electoral, por lo cual la necesidad de reconocer primeramente el asunto es un importante avance en las medidas a considerar al respecto.

Por tanto, la propuesta expuesta en el presente trabajo se concreta en la debida inclusión de un modelo anticorrupción aplicable a partidos políticos que contemple los elementos descritos anteriormente, mismo que puede ser adoptado para fines procedimentales dentro de la Ley General de Partidos Políticos, recientemente promulgada, lo que permitiría reforzarla en cuanto a sus contenidos, a fin de que la misma se constituya como un

elemento integral no sólo en la conformación de partidos políticos, sino en una guía adecuada para el ejercicio de sus funciones y atribuciones.

Con ello, acciones y decisiones emprendidas por parte de los protagonistas políticos, serán en mayor medida corroboradas en cuanto a encontrarse verdaderamente implícito el sentido del Derecho, evitando la violación de órdenes jurídicos, la vulneración de derechos político-electorales, o en su caso la aplicación efectiva de una determinada sanción en el supuesto de la configuración de una falta o delito electoral.

El problema no es asunto menor, pues ante la ausencia de una adecuada revisión en materia de combate a la corrupción de partidos políticos, se afecta el funcionamiento de elementos fundamentales de la democracia en México, lo que representa que se vea alterada la concepción de nociones elementales como la justicia electoral, la cultura política y los procedimientos de participación ciudadana; obstruyendo y obnubilando el verdadero sentido del Derecho Electoral y por consecuencia causando grandes afectaciones a la vida democrática de todo el sistema, ante ello, su atención oportuna no solamente contribuye a la propia mejora, sino a evitar un mayor hundimiento en la enfermedad del desprestigio.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Joaquín, *Conceptos Políticos Fundamentales*, España, Alianza, 2011.

CHOMSKY, Noam, *Sobre Democracia y Educación*, 3a. ed., España, Paidós, 2006.

CONSTANT, Benjamín, *Principios de Política aplicables a todos los Gobiernos*, España, Katz Editores, 2010.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *Norberto Bobbio: Cuatro Interpretaciones*, México, Universidad Nacional Autónoma de México- Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006.

DAHL, Robert, *La Poliarquía*, 3a. ed., España, Tecnos, 2009.

DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, 6a. ed., España, Ariel, 1988.

DWORKIN, Ronald, *El imperio de la Justicia*, España, Gedisa, 2009.

- ESPARZA, Bernardino, *Derecho de Partidos Políticos*, México, Porrúa, 2006.
- EASTON, David, *Esquema para el análisis político*, 3a. ed., Madrid, Amorrortu Editores, 2012.
- ELIZONDO GASPERIN, María Macarita, *Temas selectos del Derecho Electoral*, México, Instituto Electoral de Chihuahua, 2005.
- GARCÍA CUADRADO, Antonio. *Estado, Derecho y Constitución. El estatuto científico y otros temas fundamentales del Derecho Constitucional*, España, Editorial Club Universitario, 2010.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *Derecho Penal Electoral*, México, Porrúa, 1995.
- GONÁLEZ LLACA, Edmundo, *El Perfil del Ciudadano en una Democracia*, México, Instituto Electoral de Querétaro, 2008.
- GUNTHER, Richard y DIAMOND, Larry, *Types and Functions of Parties*, Baltimore, Hopkins University Press, 2001.
- HELD, David, *Modelos de Democracia*, 3a. ed., España, Alianza, 2012.
- KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, México, Fontamara, 2012.
- MULLER, Wolfgang y STROM, Kaare, *Policy, Office or Votes?* Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- NIETO CASTILLO, Santiago, *La Interpretación de los Órganos Electorales*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S. C., 2002.
- NOHLEN, Dieter; ZOVATTO Daniel *et al. Tratado de Derecho Electoral comparado en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- LIJPHART, Arend, *Modelos de democracia*, Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países, España, Ariel, 2000.
- OSTROGORSKI, Moisei, *La democracia y los partidos políticos*, España, Trotta, 2008.
- SARTORI, Giovanni, *Partidos y Sistemas de Partidos*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2005.

ROSANVALLON, Pierre, *La Contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Argentina, Manantial, 2007.

TILLY, Charles, *Democracia*, España, Akal, 2010.

VALDÉS, Leonardo, “Sistemas Electorales y de Partidos”, México, *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, IFE, 2007.

EL JUEZ CONSTITUCIONAL ANTE EL JUICIO DE PONDERACIÓN

Juan Luis *HERNÁNDEZ MACÍAS*¹

*Con respeto y admiración al Profesor Dr.
Pedro López Ríos*

I. INTRODUCCIÓN

El estado constitucional supone, en muchas cuestiones, un cambio de paradigma epistemológico hacia la forma en que concebimos el derecho, principalmente en la función judicial. Los jueces constitucionales,² dadas las facultades y responsabilidades que los textos constitucionales densos —propios del modelo del nuevo constitucionalismo latinoamericano,³—le han conferido, se enfrentan a ciertos dilemas y coyunturas que no habíamos experimentado antes en países de tradición neorrománica (*civil law*).

Valga para ello, por ejemplo, decir que el juez se encuentra ante un texto denso, pero no claro ni concluyente, un texto que en los problemas cotidianos da lugar a contradicciones en las que se ve inmerso más de un principio axiológico. Ante esta situación, el juez no puede optar —por supuesto— por evadir la disyuntiva, aunque mucho menos debe decantarse por la visceralidad en sus decisiones, sino que debe buscar la solución en la que prevalezca el principio con más peso de los dos imbricados. No obstante la labor no es sencilla, y para ello se requiere de un modelo de juez que ni

¹ Integrante del Programa Universitario de Investigaciones Jurídicas (PUIJ) de la División de Derecho, Política y Gobierno. Correo electrónico: *jlhernandezmacias@gmail.com*

² Me decanto por utilizar el artículo “los” como genérico, en aras de brindar fluidez a la lectura de este manuscrito, entendiéndolo siempre que me refiero tanto a juezas como jueces.

³ Véase UPRIMNY, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 109-137.

la academia mexicana, el foro y el gremio judicial han logrado consensar. Ya no digamos un Juez Hércules, como Dworkin pensaba, sino un Jurista Hermes, como el que François Ost describe.⁴

Así las cosas, en este artículo me propongo describir, primeramente, el tipo de casos en los que el juez constitucional mexicano encontrará disyuntivas para decidir con base en razones de peso. Argumentaré que esos casos, son los llamados casos difíciles. En un siguiente apartado expondré brevemente los supuestos en los que el jurista alemán Robert Alexy propone que se haga uso del juicio de ponderación, además del modelo de raciocinio que el juez debe poner en marcha en esos casos, un modelo que —afirma Alexy— dota de cognoscitivismo a la función judicial. En un apartado más breve, pero imprescindible a mi entender, expondré los problemas de concebir que el juicio de ponderación se puede usar para cualquier caso como si fuera una especie de panacea jurídica. El abuso de esta herramienta ha dado lugar a una polémica que ya llegó a México: la polémica del activismo judicial. Cierra un apartado de conclusiones.

⁴ Escribe OST: “Hermes, el mensajero de los dioses. Siempre en movimiento, Hermes está a la vez en el cielo, sobre la tierra y en los infiernos. Ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras. Dios de los mercaderes, preside los intercambios; psicopompo, conecta los vivos y los muertos; dios de los navegantes, supera travesías desconocidas. Hermes es el mediador universal, el gran comunicador. No conoce otra ley que la circulación de los discursos, con la que arbitra los juegos siempre recomenzados. [...] La figura de Hermes no es desconocida en el pensamiento jurídico. Varios rasgos que representamos como la propia del «modelo de Hermes». 2.-Para Dworkin, el juez Hermes se consagra a interpretar la ley en el sentido correspondiente a la voluntad del legislador, mientras que, para nuestro jurista Hermes, la voluntad del autor del texto sólo representa un elemento entre otros que concurren a determinar el sentido óptimo de las normas a interpretar. En definitiva, el juez Hermes de Dworkin privilegia la voluntad del legislador, mientras que nuestro jurista Hermes se esfuerza por integrar, en la construcción del sentido jurídico, las creaciones normativas que emanan de otras fuentes como la jurisprudencia, las costumbres, las convenciones internacionales, los principios generales del Derecho, la doctrina, etc. diferencian nuestro Hermes del de Dworkin: 1.-Para Dworkin, se trata exclusivamente de un juez, mientras que, para nosotros, Hermes representa todo actor jurídico, todo locutor que se expresa en el discurso jurídico, aunque sea un simple particular, a condición de que adopte la actitud «hermenéutica», véase: OST, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, *Doxa*, núm. 14, 1993, p. 171.

II. EL JUEZ CONSTITUCIONAL ANTE UN CASO DIFÍCIL

Uno de los puntos más controvertidos, y quizás por ello más sustanciosos, de la polémica entre Ronald Dworkin y H.L.A. Hart,⁵ fue la acusación del primero de ellos al positivismo jurídico en el sentido de que —en la concepción de Hart— el derecho sólo estaba conformado por reglas, y por reglas me refiero a reglas en el sentido que Dworkin las entiende.

Dworkin dice que las normas jurídicas en el positivismo son este conjunto de normas que se utilizan directa o indirectamente por los operadores jurídicos para determinar obligaciones o bien ejercer coerción, pero estas normas jurídicas las diferenciamos de otro tipo de normas no por su contenido sino por su origen o procedimiento legislativo de elaboración, es decir por una especie de *fiat* de origen o test de *pedigree*. A este tipo de normas, Dworkin le llama reglas.

Ante esta situación, se deduce que los jueces deben aplicar las reglas simple y sencillamente cuando los hechos encuadren en éstas y cuando eso no suceda, el operador jurídico o el juez, ejercerá su discreción. Dworkin lo explica mejor:

El conjunto de estas normas jurídicas válidas [las reglas] agota el concepto de «derecho», de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir «aplicando la ley». Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que «ejerza su discreción», lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente.⁶

Es bien conocido, que ese “otro tipo de estándar que lo guíe” es lo que el jurista estadounidense entiende como principios, los cuales vienen a ser normas indeterminadas, carentes de supuesto de hecho, o bien, con supues-

⁵ Las bases de esta polémica pueden bien encontrarse en la obra de ambos juristas: Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 2a. ed., trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1989; HART, H.L.A., *El concepto del derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963; igualmente en la obra de otros tantos filósofos del derecho, recorriendo por todos: SHAPIRO, Scott, “The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed”, Documento de Trabajo núm. 77, University of Michigan Law School, marzo de 2007.

⁶ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, pp. 65-66.

tos tan amplios que su aplicación concreta sea complicada de identificar. Dworkin explica que “[c]uando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido”.⁷

La característica más importante a tomar en cuenta, en el estudio e identificación de los principios, es su inmanente naturaleza axiológica. Los principios impregnan al ordenamiento jurídico de valores y por consiguiente de contenido moral, el cual no se refiere necesariamente a valores trascendentes como los que los teóricos naturalistas —hoy por hoy escasos⁸—, sino valores compatibles con la moral objetiva, semejable a lo que en la tradición europea Ferrajoli esgrime como dimensión axiológica del derecho, cuya relación está en concordancia con la igualdad, la paz y la ley del más débil, en resumen, con la moral de los derechos humanos.⁹

No obstante, afirmar el talante moral de los principios, lejos de otorgar claridad y determinación, apareja sendos problemas para el operador judicial. Esta dimensión axiológica de *lo jurídico* es contraria a la identificación absoluta de *los derechos*, ante tal situación los jueces se encuentran ante la complicada labor de hacer valoraciones objetivas del peso de cada uno de estos principios:

Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren [...], quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia.¹⁰

Dworkin era consciente de lo que decía, estas controversias han sido frecuentes en la puesta en marcha de sus ideas. Pienso que para bien, los puntos de choque en cuanto a decisiones en las que los jueces deciden,

⁷ *Ibidem*, p. 77.

⁸ Son realmente pocos los filósofos naturalistas que sostienen sus dichos sin incurrir en la falacia naturalista, empero la excepción aparentemente consensuada entre la comunidad es el jurista australiano John Finnis quien todavía actualmente imparte cátedra en la Universidad de Oxford. Su principal obra, constantemente revisada, es consultable en: FINNIS, John, *Natural law and natural rights*, 2a. ed., U.K., Oxford University Press - Clarendon Law Series, 2011.

⁹ FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 15, 2006, pp. 113-136.

¹⁰ DWORKIN, Ronald, *Op. Cit.*, pp. 77-78.

han salido de la sede judicial para impregnar otro tipo de espacios como la ciudadanía o la propia academia. Sobre este punto vuelvo en el cuarto apartado de este texto.

Habiendo explicado lo anterior, no me queda sino afirmar —valiéndome de los aportes de estos filósofos del derecho— que la tarea en la que el juez constitucional debe hacer valoraciones objetivas sobre la dimensión de peso de un principio u otro, es necesaria ante un caso difícil, estos pueden ser de diversas naturalezas, a efectos de agilidad en la exposición podríamos citar los cuatro supuestos de Neil MacCormick: (1) de interpretación, (2) de relevancia, (3) de prueba y, (4) de calificación.¹¹

O bien, en el sentido en que Manuel Atienza entiende que cabe la actividad ponderativa, para lo cual detalla tres supuestos: “[Cuando], 1) no hay una regla que regule el caso (existe una laguna normativa en el nivel de las reglas); 2) existe una regla pero, por alguna razón, la misma resulta inadecuada, esto es, hay lo que cabría llamar una laguna axiológica (en el nivel siempre de las reglas); 3) o bien, simplemente, es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso”.¹²

No obstante, si nos situamos en el contexto del juez constitucional mexicano, un caso difícil bien podría ser aquel en el que dos principios constitucionales entren en juego y se encuentren imbricados en el caso en particular. Inclusive, dadas las condiciones y los supuestos, una contradicción entre principios podría ser no necesariamente hacia los adentros de la constitución, sino que podría presentarse entre el texto constitucional y los tratados internacionales que contengan derechos humanos.¹³

Para comprender estas contradicciones casuísticas y otorgar cierto cognoscitivismo para que su resolución no comparta ese carácter ese mismo carácter casuístico e indeterminado, Robert Alexy ha refinado las ideas de Dworkin, generando un modelo que bien es importable a los sistemas del *civil law*.

¹¹ MACCORMICK, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, New York, Oxford University Press - Clarendon Law Series, 1978, pp. 195-228; véase también: Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, IIJ-UNAM, 2003, pp. 105-147.

¹² ATIENZA, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Revista de filosofía jurídica y política*, núm. 44, 2010, pp. 54.

¹³ A este tipo de colisiones dentro del bloque de constitucionalidad se refiere Patricio Maraniello en lo que él llama *lid constitucional*, que bien podría calificarse como una variación del juicio de ponderación que a continuación expondré valiéndome de las ideas de Alexy. Véase: MARANIELLO, Patricio, “La lid constitucional, una justa y equilibrada solución a los conflictos entre los tratados internacionales y la constitución nacional de Argentina”, *Ciencia Jurídica*, núm. 5, 2014, pp. 35-43.

III. LA PONDERACIÓN EN ALEX Y

Para ponderar, es necesario que el operador se encuentre ante contradicciones que imbriquen principios, pues las reglas tienen sus propios métodos de superación de contradicciones, así lo explica Riccardo Guastini al enumerar los tres presupuestos para valernos del juicio de ponderación.

1. Es necesario encontrarnos en conflicto de principios P₁ y P₂, donde ambos tienen supuestos de hecho superpuestos parcialmente, relacionados entre sí por una antinomia parcial-parcial. Por lo tanto —como bien explica Moreso¹⁴— no es posible salvar el problema utilizando los métodos tradicionales de solución de conflictos normativos, ésto es, no vale *lex superior derogat lex inferiori*, porque estamos en normas del mismo rango; tampoco vale *lex posterior derogat priori* porque son normas expresadas en el mismo documento normativo, o bien en algunos casos, en el bloque de constitucionalidad, y; tampoco *lex specialis derogat generali* porque entre estos principios no hay relaciones de preferencia fijas.

2. El juicio de ponderación es el establecimiento de una jerarquía axiológica, es decir, una relación valorativa establecida por el intérprete u operador. Esta segunda característica fue introducida por el poder revisor de la constitución mexicana, cuando redactó en el artículo primero que “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”, es decir, la jerarquía no se da entre reglas que se caractericen por su origen o por su test de *pedigree*, sino a su contenido moral, su contenido que en el caso concreto *pese más*, o bien, haga prevalecer un valor más importante, lo que nos lleva a la tercer característica.

3. Esta jerarquía axiológica se establece en concreto y no en abstracto, lo que equivale a decir que a cada caso concreto le corresponderá una jerarquía acorde a sus particularidades, dicho de otra forma, la ponderación supone una «Jerarquía Móvil» de principios. Es posible que para el caso A corresponda la solución del principio P₁ o bien del P₂ y que para ese caso el juez determine que debe prevalecer P₂, pero también es posible que en otra situación, el mismo juez reciba el caso B donde confluyan los mismos principios P₁ y P₂ y esta vez el juez se decante por la solución de P₁.

En favor de la seguridad jurídica se ha escrito en contra del juicio de ponderación porque se afirma que ante estos niveles de *decisionismo judi-*

¹⁴ MORESO, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 102.

cial no hay una sola respuesta correcta para todos los casos, lo cual resultaría en un caso jurídico sin precedentes. Sobre este mismo tema, Ferrajoli ha escrito que la actividad jurisdiccional es *tendencialmente cognoscitiva*, o lo que es igual, es una actividad a la que se puede llegar por la vía tendencialmente objetiva y no subjetiva. Es decir, la calificación de *tendencialmente* querría decir que, la mayor parte de esa decisión judicial, proviene de una aplicación de principios en zona de claridad, pero que el resto, un pequeño resquicio proviene de la discreción en la zona de penumbra. Para ello, es necesario recordar que Ferrajoli todavía se adscribe a la escuela positivista del derecho.

Estas polémicas son las que Alexy se propuso superar en su teoría de la ponderación. Para comenzar, dice Alexy, en las *reglas* puede haber *conflictos* y en los *principios* pueden darse *colisiones*. Esta diferenciación, que pareciera ser estrictamente gramática, se sustenta en que a partir de este presupuesto es que enunciaremos que hay diferente solución al problema de la superposición parcial de consecuencias jurídicas.

Entonces —siguiendo la «Ley del Conflicto»— tendremos que hay dos formas de salvar la contradicción entre reglas: la primera es añadiendo una cláusula de excepción a la consecuencia jurídica de la regla, el ejemplo más claro son las causas de justificación del delito (legítima defensa, estado de necesidad, etcétera), hay una regla que otorga punibilidad al robo, pero hay otra que lo justifica bajo ciertas circunstancias; la segunda es declarando la invalidez de una de las reglas en conflicto por medio de los métodos tradicionales (*lex superior derogat lex inferiori*, *lex posterior derogat priori* o *lex specialis derogat generali*).

Por otra parte, y de forma muy diferente, los principios colisionan y requieren de otro tipo de solución a la que Alexy denomina «Ley de Colisión», la cual enuncia que, la colisión de los principios no encierra un problema de validez ni de excepción, sino de pesos, es decir, que bajo determinadas circunstancias un principio debe ceder ante otro porque tiene mayor peso. Por lo tanto, la ponderación que propone Alexy, otorga una relación inversamente proporcional a los principios en colisión, pues la satisfacción de uno debe aumentar en cuanto la satisfacción del otro se vea mermada.

Esta ley muestra que la ponderación se puede descomponer en tres pasos. En el primero se establece el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio; luego, se comprueba la comprobación de la satisfacción del principio contrapuesto; y, finalmente, se determina si la importancia

de la satisfacción del principio contrapuesto justifica la afectación o el incumplimiento del otro.¹⁵

La ponderación, como podemos entender, se diferencia de la subsunción porque en esta última la realidad coincide con los instrumentos normativos, las reglas coinciden con los hechos que están controvertidos en el caso. Por el contrario, en la ponderación, tenemos hechos cuyos supuestos pueden encuadrar de diversas formas y dar origen, en el mismo sentido, a diversas interpretaciones. Es por ello que el segundo paso de la fórmula de Alexy es, como tal, la propia subsunción. La fórmula de Alexy, permite al juez convertir un caso difícil en un caso fácil. Así lo explica Manuel Atienza:

[N]o se puede ponderar sin interpretar (aunque tenga sentido hablar de interpretar —en una de las acepciones del término— sin ponderar) y también que la ponderación no excluye la subsunción: como ahora veremos, la ponderación es un procedimiento argumentativo que consta de dos fases: la primera concluye con la formulación de una regla (de una regla general y abstracta) y, a partir de ahí (en la segunda fase), se procede a la subsunción.¹⁶

Por otra parte, para explicar la racionalidad de esta ley de colisión se ha solido recurrir reiteradamente a un supuesto hipotético de colisión de principios, estos casos han llegado, exactamente en el sentido de los supuestos, a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y sus resoluciones resultan orientadoras para explicar la teoría de Alexy. Se trata de dos casos que tuvieron mucha resonancia en los medios de comunicación del país, en ambos la colisión de principios es la misma: derecho al honor versus libertad de expresión.

El primero se resolvió a finales de 2011, se trata del caso *La Jornada vs Letras Libres*, a grandes rasgos, el diario *La Jornada* pedía que se le indemnizara en razón del daño moral que se le había causado porque en un artículo publicado en la revista *Letras Libres* el autor hace una crítica a la editorial del periódico por haber firmado un convenio con un diario español que en su haber tenía antecedentes terroristas. *La Jornada* alega que *Letras Libres* le imputa un delito sin ofrecer pruebas y por lo tanto excede su libertad de expresión. El proyecto de sentencia —bajo la ponencia del

¹⁵ ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, p. 9.

¹⁶ ATIENZA, Manuel, *Op. Cit.*, p. 52.

Ministro Zaldívar— se pronuncia en el sentido de que: 1. Las personas jurídico-colectivas, si bien no tienen sentimientos, sí pueden verse afectadas por el abuso de la libertad de expresión por gozar de cierta reputación, pero; 2. Lo expresado por Letras Libres constituye una opinión la cual — acertada o errónea— simplemente es una crítica a la política editorial del diario La Jornada y por lo tanto no constituye un abuso a su libertad de expresión sino una simple opinión divergente.¹⁷

El segundo¹⁸ se resuelve en marzo de 2013, también en la Primera Sala de la SCJN y también bajo la ponencia del Ministro Zaldívar. Se trata del caso Prida Huerta vs Núñez Quiroz, mejor conocido como el caso Expresiones Homóforas. En este caso, Prida Huerta alega que Núñez Quiroz excede su libertad de expresión al hacer una crítica a su línea editorial insultándolo con los calificativos *maricón* y *puñal*. La sentencia explica que estos calificativos constituyeron una referencia burlesca que implicó vincular la homosexualidad con la falta de pericia editorial. La sentencia ni siquiera se ocupa de indagar si Prida Huerta tiene preferencia homosexual porque no es relevante, lo que sí es relevante es que, de suyo, esas expresiones constituyen discurso vejatorio e incluso de odio y por lo tanto sí constituyen calificaciones injuriosas y sí se actualiza un abuso a la libertad de expresión.¹⁹

En el análisis de la resolución de este Amparo Directo en Revisión 2806/2012, Francisca Pou Giménez argumenta que:

A mi juicio, para dar peso constitucional en el caso a la presencia de lenguaje homofóbico era suficiente con usar la regla de la ofensividad u oprobiosidad, pero reinterpretada en clave de daño social ligado a la presencia de ciertos mensajes en instancias socialmente influyentes, como lo son los medios de comunicación o los poderes públicos. La sentencia

¹⁷ Amparo directo 28/2010.

¹⁸ La atención que atrajo este caso durante el primer semestre de 2013 es de especial peculiaridad. Convocó a la discusión en diversos espacios académicos, tales como revistas o foros de discusión, por ejemplo el realizado en el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), donde participaron académicos del mismo CIDE, ITAM Y UNAM, pero particularmente estuvieron Raúl Mejía Garza y Javier Mijangos y González, Secretarios de Estudio y Cuenta de los ministros Cossío y Zaldívar respectivamente. La discusión fue rica debido a la clara oposición de posturas entre ambos ministros en este caso de la Primera Sala. Personalmente difiero con el fondo de la resolución, compartiendo en gran parte la postura del ministro Cossío. Sin embargo el caso es ilustrativo para ejemplificar la forma de operar del juicio de ponderación y proporcionalidad según Alexy; cfr. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Palabras prohibidas”, *Letras Libres*, México, año XV, núm. 172, abril de 2013, p. 83.

¹⁹ ADR 2806/2012.

vierte consideraciones que podrían ayudar a construir un argumento de este estilo cuando alude a la especial responsabilidad de los medios en la preservación de un ambiente libre de lenguaje dañino asociado a prácticas discriminatorias arraigadas y, en general, al modo en que el lenguaje construye nuestra percepción de la realidad —aunque esta parte de la argumentación no viene suficientemente trabada con la anterior, relativa a la oprobiosidad, y da pie por ello a las observaciones de los ministros disidentes en torno a los problemas de reconocer el sentimiento de ofensa frente a las palabras homofóbicas—. ²⁰

A la luz de la teoría ponderativa de Alexy podríamos decir que, de estos dos casos se genera una regla de precedencia de principios que sirve para la resolución de la gran mayoría de los casos futuros en que los principios de libertad de expresión y derecho al honor colisionen. Como bien explica Moreso: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”²¹ y bajo esta regla es que —dice Alexy— se concilia el particularismo y la universalidad de las decisiones.

Por lo tanto, la regla generada a partir de estos dos casos en la SCJN es la siguiente, en los casos en que la libertad de expresión y el derecho al honor colisionen habrá que atender a la naturaleza de la expresión, si ésta es injuriosa se estará abusando de la libertad de expresión y el derecho al honor debe precederla; pero si ésta es veraz o es una simple opinión, entonces no habrá daño al honor y el principio de libertad de expresión debe preceder.

IV. LA PONDERACIÓN Y EL ACTIVISMO JUDICIAL

Es importante que nos demos cuenta de que en líneas precedentes hemos explicado cómo se argumentó para la resolución de un caso utilizando los recursos ponderativos que la filosofía del derecho ha generado en el ámbito académico en los últimos decenios. No obstante, este puede ser un discurso que desde la academia jurídica es discutible desde quienes se autoconciben adeptos al positivismo jurídico y por lo tanto no aceptarían la concepción principalista del derecho y su recurrencia a alzaprimar la razón práctica en la actividad jurídica; pero en parte bastante aceptaba desde el mirador del

²⁰ POU GIMÉNEZ, Francisca, “Libertad de expresión y discurso homofóbico en México: ¿es correcta la teoría constitucional de la suprema corte?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 140, mayo-agosto de 2014, p. 612.

²¹ MORESO, José Juan, *Op. Cit.*, p.114

paradigma del estado constitucional, quienes sí argumentan en favor de la razón práctica, es decir, en relación con fines y valores. Pero desde el ojo democrático, este modelo de juez genera problemas que han sido abordados por los estudiosos de la dificultad contramayoritaria de los jueces.

Los casos citados en supralíneas han generado discusiones que para algunos constituyen luz en la oscuridad, empero hay voces que no lo consideran así. Los estudios socio-legales, que comienzan a vislumbrarse en América Latina en los últimos años, han puesto la mirada en la capacidad de los tribunales para generar cambio social. Estas discusiones comenzaron en la década de 1990 en Estados Unidos con la polémica que sostuvieron Gerald Rosenberg y Michael McCann. El primero intentó demostrar que a pesar de los niveles de activismo de la llamada *Corte Warren* a pesar de haber generado sentencias tan distintivas en la justicia global como *Brown v. Board of Education* o *Roe v. Wade*, estas no fueron representativas para generar un cambio de pensamiento en la sociedad estadounidense.

Esta es la pregunta que los estudios socio-legales se hacen ahora, ¿puede la justicia en México y en América Latina aportar algo para la transformación de sus sociedades? Hay un discurso en México que relaciona directamente el ejercicio ponderativo con el activismo judicial, ellos refinan la pregunta: ¿deben los jueces constitucionales mexicanos llevar el ejercicio ponderativo al extremo del activismo judicial y tomar parte en las decisiones para así transformar la situación de desigualdad social que observamos actualmente?

El bastión del activismo judicial y de la actividad ponderativa es —me parece que sin oposición— la Corte Constitucional Colombiana. Su diseño ha permitido que sus magistrados sean académicos, algunos de los cuales conocen bien el trabajo de Robert Alexy. Su jurisprudencia es ilustrativa en materia de ponderación, las resoluciones en materia de desplazados, derechos sexuales y reproductivos, derecho a la salud y en general derechos sociales denotan un profundo conocimiento de las bases epistemológicas y filosóficas que permean en el discurso de la filosofía del derecho contemporánea. La pregunta es, ¿los jueces constitucionales colombianos son un modelo de exportación ideal? ¿Compartimos en México tanto el diseño como el contexto político necesario para importar la forma en que sus jueces deciden?

Una cuestión que hasta ahora no hemos mencionado, pero que bien podría haberse ya deducido, es que el juicio de ponderación ha tomado fuerza en los últimos años y es una actividad que es socorrida principalmente en los tribunales supremos o cortes constitucionales. No obstante, analicemos que los jueces constitucionales no sólo requieren de habilidades como las

que el Jurista Hermes de Ost tendría, antes de ello —aunque parezca obvio y simplón— requiere de casos para decidir. No me parece, esta última, una reflexión sosa, habría que plantearnos si —por ejemplo— nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación es un tribunal diseñado para resolver casos difíciles —como sí lo es la Corte Constitucional Colombiana con sus facultades de revisión de tutela y acción pública de inconstitucionalidad— o si más bien nuestra Corte es una a la que la constitución le ha delegado el control político de las instituciones. Si esta es una apreciación correcta —como afirman algunos politólogos— entonces parece que el diseño institucional de ese tribunal es más bien deseable que fuera formalista.²²

Sin embargo, y a pesar de que esta disertación me parece impostergable, no parece ser el momento para entrar de fondo en ella. Lo que importa de momento es que la Suprema Corte mexicana y en general los jueces constitucionales en este país, comienzan a encontrarse con casos difíciles en los que se les exige optar por un principio u otro, esto muy probablemente derivado de la incorporación de un catálogo extenso de derechos civiles y sociales como también de la incorporación de convenciones internacionales al derecho interno.²³

Lo que desde mi perspectiva sigue pareciendo curioso, es que en el diseño constitucional actual se le delegan tantas facultades a los jueces bajo

²² La literatura de la ciencia política cataloga que las cortes ponderan cuando tienen casos en los que la disputa se refiera a derechos fundamentales, mientras que las cortes se hacen formalistas cuando su función es la de árbitro político. Véase, por ejemplo: SCHOR, Miguel, “An essay on the emergence of constitutional courts: the cases of Mexico and Colombia”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 1, invierno de 2009, pp. 173-194; RÍOS-FIGUEROA, Julio, “Institutions for constitutional justice in Latin America”, en Ríos-Figueroa, Julio y Helmke, Gretchen (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012, pp. 27-54.

²³ Desde el nuevo constitucionalismo latinoamericano se ha explicado que difícilmente en países de tradición neorrománica (*civil law*) hubieran llegado a los jueces casos de derechos fundamentales mientras no estuvieran positivados, así lo afirma Gargarella: “Por otra parte, y en respaldo de la política de *más derechos constitucionales* auspiciada por la izquierda, puede decirse que siempre es conveniente contar con un respaldo constitucional explícito que avale la adopción de políticas de avanzada. En tal sentido, podría decirse que países con Constituciones más espartanas, como los Estados Unidos o Chile, han mostrado más dificultades para desarrollar —especialmente a través de la intervención del poder judicial— políticas sociales”, véase: GARGARELLA, Roberto, “Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, p. 97.

el pretexto de que ellos deciden con base en razones jurídicas y no —como en otras sedes o cuerpos del Estado— con razones políticas.

Hay argumentos serios que podemos tomar en cuenta para evitar que la actividad ponderativa permee en el raciocinio judicial, o si no, al menos para criticar lo que Alexy intentó esgrimir: una teoría de la ponderación dotada de racionalidad y cognoscitivismo. Para ello, podemos citar los casos de Juan Antonio García Amado y José Juan Moreso²⁴. García Amado entiende que la ponderación si bien significa una valoración de los principios, para él no existen criterios objetivos de valoración, pues la razón no le alcanza a los jueces para establecer fines ni valores de carácter objetivo, ello es posible únicamente atendiendo a razones ideológicas, lo cual no es deseable. Y Moreso, quien por su parte no comparte el valor de universalidad que explicamos en supralíneas, es decir, para él no es posible generar reglas, a partir de un caso concreto, que sirvan en lo absoluto para la resolución de casos futuros, aun cuando los principios imbricados sean los mismos.

La pugna entre formalismo jurídico y activismo judicial parece estar en sus tiempos más álgidos. Los segundos critican a los primeros y lo identifican como una de las enfermedades endémicas de la cultura jurídica latina. Los primeros critican a los segundos y los califican como la línea directa que hay que seguir para asistir a la arbitrariedad y a la dictadura de los jueces. Exageradas, desde luego, ambas acusaciones tienen sus puntos débiles y es ahí donde sus discusiones pueden volverse ricas y por demás necesarias.

La ponderación es evitable, no hay ninguna duda que el conflicto entre reglas es salvable a través de los métodos tradicionales, sin embargo tratar de evitar la ponderación, cuando de principios hablamos, es una labor peligrosa. Si la crítica de Dworkin a Hart fue acertada en el sentido de que los jueces aplican discreción cuando el asidero de reglas se agota, es necesario estudiar una vía en que esos principios sean sopesados en aras de dotar al sistema de seguridad jurídica, curiosamente, ese mismo objetivo es el que esgrimen los detractores del juicio de ponderación.

V. CONCLUSIONES

«En la duda, absténte» (*sic*), dice Hermes, el jurista. Y recordemos que el procedimiento es precisamente la institucionalización de la prudencia, la instauración de una tregua, el tiempo de la reflexión. [...] Pero es probable que esta temporalización y esta abstención prudenciales no sean

²⁴ Citados en: ATIENZA, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 56-57.

suficientes. Un día u otro, Hermes será constreñido a decidir. Nadie sabe cómo lo hará. Se puede, sin embargo, desear que él, el virtuoso de los juegos del lenguaje, se acuerde de que cada uno de ellos tiene su especificidad y de que, concretamente, no corresponde al juego del Derecho ir a remolque del juego de la ciencia. Derecho y ciencia constituyen la inaccesible «realidad» según sus propios paradigmas. Si la ciencia tiene sin duda la ventaja de la intervención operativa sobre lo real —es el «reino de la técnica»—, nada en cambio le asegura un privilegio sobre el plano de la «verdad», y todavía menos sobre el plano de la legitimidad, de su discurso.²⁵

Parece razonable, que no todo deba resolverse ponderando. No obstante los tiempos actuales por una parte amplían las facultades de discreción de los jueces y por otra minan los territorios de su imparcialidad e independencia. Ya los federalistas se preocuparon en sus épocas por el papel político y de legitimidad de los jueces, pero justamente ese modelo que en su momento criticaron éstos, Kelsen y en cierta forma quienes se declaran positivistas y no principialistas, es el que parece exigir el paradigma del estado constitucional.

No hemos definido, como mencionamos en las primeras líneas de este texto, cuál es el modelo de juez que México necesita. No sabemos si queremos un juez restringido o uno activo, no lo hemos discutido lo suficiente y lo cierto es que las consecuencias de esta omisión ya las estamos pagando. Hay un diseño decimonónico en el juicio de amparo y en el entramado constitucional que parece ser incompatible con las perspectivas teóricas contemporáneas. Nuestro pasado autoritario se habrá desdibujado en muchas de sus facetas, pero el formalismo en el discurso judicial, inclusive en la estructura barroca de las sentencias sobrevive y no parece haber mucha atención sobre esto. En ese pasado autoritario el entramado judicial estaba diseñado como una perfecta pirámide, la jurisprudencia sirvió sí para unificar criterios, pero por otra parte también fue funcional para limitar la creatividad de los jueces. Hoy por hoy, el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad no parece ser una herramienta que acepten desde

²⁵ OST, François, *Op. Cit.*, p. 194.

arriba de la pirámide, y mucho más preocupante, tampoco hay mucho entusiasmo desde la base de la misma.

El juez constitucional mexicano parece amedrentado por un sistema cerrado y antiquísimo de disciplina judicial que mina su creatividad, misma que tampoco es premiada en el sistema de ascenso, ya no digamos los incentivos que dicha conducta otorga para los partidos políticos al momento de elegir a los ministros de la Suprema Corte. Y si se piensa que la política incide para denostar al juez principalista, no deberíamos adelantar conclusiones y echar una mirada a la propia actitud de los jueces mexicanos. La principal puerta al juicio de ponderación entre principios constitucionales y derechos humanos en las convenciones fue cerrada por la mano judicial.

Así lo dicho, tendríamos que pensar si reformar instituciones como el poder judicial es eficaz sólo borrando y reescribiendo artículos. Un cambio de paradigma incluye quizás un cambio de operadores, desaprender es una tarea que aparentemente no comparten muchos jueces.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, pp. 3-13.

ATIENZA, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Revista de filosofía jurídica y política*, núm. 44, 2010, pp. 43-59.

_____, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, IJ-UNAM, 2003.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Palabras prohibidas”, *Letras Libres*, México, año XV, núm. 172, abril de 2013, p. 83.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 2a. ed., trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1989.

- FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 15, 2006, pp. 113-136.
- FINNIS, John, *Natural law and natural rights*, 2a. ed., U.K., Oxford University Press - Clarendon Law Series, 2011.
- GARGARELLA, Roberto, “Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 87-108.
- HART, H.L.A., *El concepto del derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- MACCORMICK, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Nueva York, Oxford University Press - Clarendon Law Series, 1978.
- MARANIELLO, Patricio, “La lid constitucional, una justa y equilibrada solución a los conflictos entre los tratados internacionales y la constitución nacional de Argentina”, *Ciencia Jurídica*, núm. 5, 2014, pp. 35-43.
- MORESO, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 99-121.
- OST, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, *Doxa*, núm. 14, 1993, pp. 169-194.
- POU GIMÉNEZ, Francisca, “Libertad de expresión y discurso homofóbico en México: ¿es correcta la teoría constitucional de la suprema corte?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 140, mayo-agosto de 2014, pp. 585-616.
- RÍOS-FIGUEROA, Julio, “Institutions for constitutional justice in Latin America”, en Ríos-Figueroa, Julio y Helmke, Gretchen (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012, pp. 27-54.
- SHAPIRO, Scott, “The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed”, Documento de Trabajo núm. 77, University of Michigan Law School, marzo de 2007.

SCHOR, Miguel, “An essay on the emergence of constitutional courts: the cases of Mexico and Colombia”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 1, invierno de 2009.

UPRIMNY, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 109-137.

ANTECEDENTES DEL *NON BIS IN IDEM*

Liliana HERNÁNDEZ MENDOZA

La sociedad se rige mediante reglas o principios que regulan la coexistencia humana, los cuales reflejan ideales de justicia convirtiéndose en leyes o mandatos configuradores de conductas individuales, dando como resultado un sistema jurídico normativo que obedece a los criterios que prevalecen en cada sociedad.

Es difícil determinar con certeza el origen del *non bis in idem*, dado que no existen fuentes concretas que lo señalen en la antigüedad, sólo se puede realizar una aproximación a través de la época o periodo en que se desarrolló. Específicamente, el reconocimiento del principio *non bis in idem* surge en los tratados internacionales, en los cuales se establecen las bases necesarias para su desarrollo.

I. EN EL DERECHO ROMANO

La ubicación del principio *non bis in idem* se hace con más realce a partir del acto procesal denominado *litis contestatio*, ya que uno de sus efectos es el carácter preclusivo que significa “si una cuestión cualquiera está pendiente de resolución procesal y por virtud de la *litis contestatio* es una *res in iudicium deducta* no puede iniciarse sobre ella un segundo proceso”². De esta forma se vienen a resolver las cuestiones relativas a la concurrencia de acciones que posteriormente se va a ir enlazando con la cosa juzgada.

La norma utilizada frecuentemente era que una vez cumplida con la obligación a través de la acción no puede ser reclamada de nuevo en el mismo sentido, ni en otro de diversa naturaleza. Se establecían algunos supuestos en los cuales de una relación jurídica derivan varias acciones y, eran las siguientes: 1. cuando un mismo hecho dé lugar a dos acciones, una

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Diploma de estudios avanzados por la misma universidad, Licenciada en Derecho por la Universidad de Guanajuato. lilianat@hotmail.com

² KASER, Max, *Derecho romano privado*, trad. de José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Reus, 1982, p. 368.

por delito y otra por causa no delictuosa, esas acciones se consideraban como independientes entre sí, y, por tanto, se podía ejercer una de ellas en contra de la otra. 2. Existía concurrencia de acciones cuando procedieran de un mismo delito, siempre que el delito fuera incluido en diferentes categorías por tener distinto fundamento ético, procediéndose a la absorción de la condena mayor y, si ya hubiese cubierto el importe de la sanción menor sólo tenía que completar lo restante hasta el importe de la mayor. 3. Cuando las dos acciones naciesen de un mismo supuesto ético, en este caso sólo se aplicaba una u otra, pues el empleo de una excluía el ejercicio de la otra. 4. Cuestión diferente es cuando se presentaban acciones por un delito privado y otra por un delito público, en este supuesto no se podían acumular las penas y se sancionaban ambas por separado y sucesivamente, la resolución que hubiese recaído en el juicio privado o civil no prejuzga el fallo que pudiera darse en lo criminal y, por tanto, mientras el juicio penal estuviera pendiente de decisión definitiva, o pudiera promoverse, no podía admitirse la acción civil.³ El objeto primordial que se perseguía era que el deudor cumpliera con su obligación y no volviera a ser sancionado reduciéndose únicamente a la persona en particular.

Por consiguiente la conceptualización del principio se debe, según lo señala GAYO, a las obras de los antiguos escritores.⁴

³ MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano*, Bogotá, Temis, 1991, p. 547-550.

⁴ GAYO, *Instituciones*. Comentario tercero (Derecho de las cosas) núm. 180-181. (Abellan Velasco, Manuel. Traductor), Madrid, Civitas, 1990, dice: “*Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissoluitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc <est> quod apud ueteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Vnde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo DARE MITHI OPORTERE, quia litis contestatione dari oportere desiit. Aliter atque si imperio continenti iudicio agerim; tunc enim nihilo minus obligatio durat, et ideo ipso iure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei iudicatae uel in iudicium deductae summoueri. Quae autem legitima <sint> iudicia et quae imperio continentia, sequenti comentario refemus*”. Traducción. “También se extingue la obligación por la litis contestatio, siempre que se realice en un juicio «legítimo», pues entonces la obligación principal se extingue y el demandado comienza a estar obligado por la litis contestatio; pero si es condenado ya no se atiende a la litis contestatio y empieza a estar obligado en virtud de la sentencia. Y esto es lo que está escrito en las obras de los antiguos: el deudor, antes de la litis contestatio debe dar; después de la litis contestatio debe ser condenado; después de la condena, debe cumplir la sentencia. De donde resulta que si reclamo una deuda en un juicio «legítimo», después no pueda ejercitar la acción por lo mismo, ya que inútilmente pretendo que se me debe dar, porque con la litis contestatio el deber de dar desaparece. Sucede lo contrario si yo pleiteo en un juicio basado en el

El Proceso formulario forma parte del desarrollo del principio *non bis in idem*, este proceso se desglosa en fases, una de ellas es la fase *in iure*; a mitad del siglo II a.C. fue primordial en esta fase la *lex Aebutia*, sus aportaciones más importantes fueron que la sentencia tendría valor *iudicium legitimum*, es decir, como si se tratará de una sentencia típica del proceso tradicional, además de que contenía las ventajas de seguridad y estabilidad propias del *ius inderogable* e incluía la imposibilidad de litigar dos veces por lo mismo, siendo necesariamente nulo cualquier intento de ejercitar la acción por segunda vez. Se encontraba también el *iudicium imperio continens* que tenía igual significado, con la diferencia de que éste no operaba de forma espontánea sino que el pretor trataba de impedir la reiteración del litigio utilizando el mecanismo de la *exceptio*, con la que se procuraba paralizar al actor en su segundo intento litigioso denominándose *exceptio rei in iudicium deductae vel rei iudicatae*, si bien no era nunca nulo pero sí anulable.⁵

Llegada la faceta procesal de la *litis contestatio*, se reiteraba la imposibilidad de litigar dos veces sobre el mismo asunto, plasmándose el aforismo latino *bis de eadem re ne sit actio, bis de eadem re agere non licet*, y más actualmente *non bis in idem*, son formulaciones probablemente con significado parecido que daban a entender imposibilidad de intentar un nuevo juicio sobre el misma materia. En ese sentido, podría decirse que el principio aplicaba no dos veces sobre lo mismo, independientemente del resultado que se hubiese producido en la primera ocasión.

Desde la antigüedad se planteaba el apelativo *ne* o *non bis in idem* sin que hubiera diferencia sustancial que afectara el principio, pues tanto el *ne* como en *non* implican negación. La partícula *ne* significa “que no”, depende de verbos de volición o actividad, que implica una función completiva, algunos de los verbos son: prohibir, impedir, rehusar, negarse. En cuanto al *non* deriva etimológicamente de *nōinum lit* “ni uno”, y su significado es “no”, se utiliza para negar oraciones como también un solo concepto.⁶ Esta partícula no requiere de la función completiva que necesita la partícula *ne*, ya que implica la negación por sí misma de los componentes que le siguen.

poder del magistrado, pues entonces la obligación, no obstante, persevera, y puedo por esto ejercitar la acción por lo mismo posteriormente, aunque debo ser rechazado por la excepción de la cosa juzgada o deducida en juicio”. pp. 283-285.

⁵ MURGA GENER, José Luis, *Derecho Romano Clásico. El proceso*, Zaragoza, Secretariado de publicaciones Universidad de Zaragoza, vol. II, 1980, p. 292-29.

⁶ BASSOLS DE CLIMENT, Mariano, *Sintaxis Latina II*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967, p. 50.

Con el desplazamiento de la partícula “*ne* al *ut non* en el latín decadente”, se produjo utilizar con más frecuencia el principio, además de analizar los elementos “*re*” o “*actio*” provocando el término “*bis*”. En lo que corresponde al término *idem*, se define como “al mismo tiempo, o a la vez”;⁷ todo ello originó la denominación del principio *non bis in idem*.

II. *Non bis in idem* EN EL DERECHO ESPAÑOL

El desarrollo histórico del *non bis in idem* en el Derecho español carece de fuentes específicas, remontándose generalmente al Derecho romano, lo que provocó confusión tanto en las asambleas judiciales como en la labor de los jueces. Con el transcurso del tiempo se recopilaron normas para regular los actos de los particulares y así resolver de manera más objetiva, plasmándose con ello los denominados fueros que surgieron a partir del siglo XII, donde se introdujo el principio *non bis in idem* aunque no de manera textual, pero sí el efecto preclusivo que impide una segunda “vuelta” sobre lo mismo. Así se estipuló en el fuero juzgo en su Ley XIV.⁸

En la misma línea se encuentra el Fuero Real del Rey Don Alfonso el Sabio libro II, Título XIV, que denomina *De los pleytos que fueren acabados que non sean mas demandados*, en su Ley I y Ley III estableció la imposibilidad de volver a abrir un nuevo pleito en los casos en que éste fuera acabado y no se recurriese en alzada, o cuando era vencido por alguna causa en juicio.⁹ En lo que corresponde a la Ley XIII, también hizo alusión a que no se puede juzgar el pleito que ya fue juzgado una vez.

⁷ QUINTILIANO, Marco Fabio, *Institución Oratoria*, Libro décimo, Barcelona, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1947, p. 134.

⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Fuero juzgo ó Libro de los jueces*, Libro II, Título I, Valladolid, Lex Novoa, 1815, señalaba en su Ley XIV “*El Rey Don Flavio Rescindo. Quales pleytos deven iugar: é á quales personas los deven dar á iudgar. Porque algunos juezes pueden iudgar de los pleytos, et de las mal fetrias, non deven iudgar de cabo de los pleytos, que ya son iudgados; mas dévenlos fazer cumplir. E si non fueren en la tierra, deven otros meter en su logar, que connoscan daquel pleyto, é que lo determinen, segund el derecho*”, p. 6 -15.

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Fuero Real del Rey Don Alfonso el Sabio*, Libro II, Título XIV, Valladolid, Lex Novoa, 1815, estipulaba lo siguiente: “*Ley I.- Si algun pleito fuer acabado por juicio afinado de que non se le alzó ninguna de las partes, o si se alzó e fue confirmado por aquel que lo devia confirmar, ninguna de las partes non pueda mas tornar aquel pleito, maguer que diga que falló de nuevo cartas, o testigos, o otra razon para tonar a su pleito*». *Ley III.- Si alguno demandare a otro heredit, o otra cosa qualquier, e dixiere razon porque la demanda, asi como por la compra, e de equella demanda fuer vencido por juycio, non la pueda mas demandar por aquella razon de que fue vencido;*

En las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, precisamente, en la partida tercera, Ley XIII, se estableció que no vale el segundo juicio que fue dado contra el primero cuando sean las mismas partes y sea la misma cosa.

A partir del siglo XIX comenzó a desarrollarse el sistema sancionador administrativo y penal, lo que produjo conflictos de competencia entre ambos órganos jurisdiccionales debido a la constante normativa de entre leyes y decretos, ello hacía que las soluciones en algunas ocasiones y como puede suceder en la actualidad fueran contradictorias.

El primer texto en recoger la autonomía de la Administración para sancionar fue el Código Penal español de 1822, concretamente en su artículo 182 señalaba: “tanto las culpas como los delitos no comprendidos en este código y que se cometan contra los reglamentos u ordenanzas particulares podrán ser sancionados por la Administración”, el problema radicaba en la distinción bipartita entre delitos y faltas, puesto que no mediaba definición alguna ocasionando un carácter anfibológico, además de la contienda sobre quien tenía competencia para resolver. Debido a lo anterior el Real Decreto de 18 de mayo de 1853, estableció la distribución de los casos en función del contenido afflictivo de la sanción impuesta. En lo que respecta a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 en sus artículos 286-289, especificaba que los gobernadores de las provincias serán los únicos que podrán suscitar cuestiones de competencia a nombre de la Administración.

El Real Decreto de 8 de septiembre de 1887 siguió la misma línea que el sistema anterior, referente al dictado de reglas para la resolución de competencias de atribuciones y de jurisdicción que ocurrían entre las autoridades administrativas y los Tribunales ordinarios y especiales; en esa época la Administración podía plantear conflictos de competencia en juicios criminales, esto daba lugar a un menoscabo de la actividad judicial que venía resolviéndose en la vía penal sancionando aquellos asuntos que la Administración ya había sancionado, dando como resultado la compatibilidad de sanciones penales y administrativas. Posteriormente, el Real Decreto de 28 de julio de 1897 no estuvo de acuerdo en la compatibilidad de sanciones prohibiendo la doble sanción y dando prevalencia a la vía penal, así como la potestad exclusiva para sancionar a los órganos judiciales. Finalmente el Real Decreto de 30 de julio de 1904, estableció un punto intermedio al señalar que no era admisible que un mismo hecho fuera juzgado y corregido dos veces por la Administración y por la justicia ordinaria, así como estipuló que se tenía que determinar

pero si la quisiere demandar de cabo por otra razon nueva, asi como por manda, o por donacion, o por otra cosa que sea derecha, puédalo hacer”, p. 60.

a quien compete cada caso atendiendo al hecho que se supone punible.

El pleno reconocimiento del principio se encuentra en el Código Penal de 1928 concretamente en su artículo 853 donde expresamente decía:

“Salvo, en su caso, lo dispuesto en la legislación especial que regula las atribuciones de los tribunales tutelares para niños, corresponderá a la jurisdicción ordinaria el conocimiento y castigo de las faltas previstas en este Código, aunque también los hechos a que se contraigan se hallen penados por Ordenanzas municipales y otras disposiciones administrativas. En ningún caso podrá castigarse un mismo hecho con sanción judicial y gubernativa”.

Posteriormente, el artículo 5.1 del mismo Código anuló lo anteriormente expuesto y señaló lo siguiente:

“Las disposiciones de este Código no excluyen ni limitan atribuciones que, por Leyes municipales o cualesquiera otras especiales, competan a los funcionarios de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno, así como para corregir gubernativamente faltas, en los casos en que su represión les esté encomendada por las mismas leyes. (...)”.

En ese sentido, se vuelve a la misma cuestión antes mencionada sobre la compatibilidad de la sanción penal con la administrativa dentro del terreno de competencia de la Administración y, que finalmente se resolvió con la acumulación de sanciones como se hizo en los códigos penales de 1932 y 1944.¹⁰

En la misma sintonía se pueden observar diferentes leyes, como lo es la Ley de 20 de febrero de 1942 que regulaba la conservación y fomento de la pesca fluvial, aquí se estipulaba la reincidencia, interpretándola como el paso de un ilícito administrativo a uno penal, específicamente en el artículo 57.2 decía: “Cuando en un solo hecho concurren dos o más infracciones de esta Ley se castigarán con la sanción que corresponda a la mayor gravedad, estimándose las demás infracciones como agravantes, que deberán ser tenidas en cuenta al dictarse la providencia resolutoria”, en el artículo 60 c) del mismo cuerpo normativo señalaba: son delitos la reincidencia mencionada en el artículo 57.2 ya aludido. En el mismo sentido lo expresaba así la Ley de Caza 1/1970 de 4 de abril, en su artículo 42.1 h declara que: “Son delitos de caza: h) El que cometa algunas de las infracciones comprendidas en el artículo siguiente, habiendo sido ejecutoriadamente

¹⁰ En el mismo sentido lo expresó el Código penal de 1932 en su artículo 599, de igual forma el Código penal de 23 de diciembre de 1944 en el artículo 603 y el Código penal de 1870 en su artículo 625.

condenado con anterioridad dos veces por delitos o tres veces por faltas de las previstas en la presente Ley”. Estas leyes operaban con normalidad hasta la STC 53/1994 en la que se presentó un escrito del presidente de la Audiencia Provincial de Huelva junto con el testimonio correspondiente al auto de la Sala de 15 de marzo de 1989, en el cual se planteó la inconstitucionalidad con relación a los artículos 57.2 y 60 c) de la Ley de 20 de febrero de 1942, además de que infringía el artículo 25 de la Constitución Española referente al principio *non bis in idem*, pero en lo que se enfocó el Tribunal Constitucional fue en la inconstitucionalidad devenida por artículo 25.1, no precisamente en la reiteración de la conducta que constituía delito, sino sobre todo de la previa actividad de la Administración.¹¹

¹¹ Así lo estipuló la sentencia: “En segundo término, aun admitiendo –por la remisión que el art. 60 c) hace al artículo 57, párrafo 2., de la Ley– que el tipo penal está definido por el hecho de haber sido castigada tres veces una persona, mediante resolución firme, por infracciones en materia de pesca fluvial y, como hecho determinante del ilícito, cometer una cuarta infracción –como ha sostenido el Abogado de Estado–, tampoco se satisfacen las exigencias derivadas del art. 25.1 CE. A) Cabe observar, en efecto, que la descripción de ilícito se basa en un elemento de carácter jurídico-formal, pues la Ley penal sólo tiene en cuenta la comisión por el sujeto de infracciones establecidas en el Reglamento previsto por el art. 59, lo que entraña en cada caso una entera remisión a esta disposición. Lo que le diferencia profundamente no sólo de los otros dos tipos penales descritos en los apartados a) y b) del art. 60 de la Ley, en los que se describe una concreta conducta del sujeto, gravemente atentatoria para el bien jurídico protegido por la Ley –la conservación y el ordenado aprovechamiento de los recursos vivos del medio fluvial– sino también de ciertas normas penales abiertas, incluidas en el Código Penal vigente, en las que se define una acción u omisión del sujeto aún cuando para completar la descripción del tipo se opere una remisión a lo previsto en normas reglamentarias. Aun en este segundo caso, la descripción del tipo penal en la Ley contiene «el núcleo esencial de la prohibición», según los términos de las mencionadas SSTC 127/1990, 118/1992 y 111/1993. Pero ello no ocurre en el tipo penal aquí examinado, ya que como se ha indicado antes, se configura exclusivamente por remisión a infracciones establecidas en el Reglamento previsto en el art. 59. Y éste último, conviene subrayarlo, tampoco define lo esencial de las conductas sancionables, pues únicamente dispone que «la relación de faltas se detallará en el correspondiente Reglamento», estableciendo la escala para clasificar dichas infracciones y las sanciones que pueden imponerse a las mismas. B) En segundo término, al aplicar el art. 60 en relación con el art. 57, párrafo 2., L.P.F., el Juez penal deberá llevar a cabo, en cada caso, una doble actividad: de una parte, para verificar el presupuesto del delito –la comisión de «las tres primeras» infracciones– habrá de remitirse, no sólo al Reglamento, sino, sobre todo, a la previa actividad de la Administración, apreciando si ésta ha procedido a imponer sanciones en materia de pesca fluvial, y si estas sanciones han devenido firmes. En realidad, el tipo penal definido en dichos preceptos no se configura en atención a una concreta conducta que puede lesionar el bien jurídico protegido, sino que se limita a describir el ilícito mediante un criterio formal –la comisión de «la cuarta infracción en materia fluvial» prescindiendo de cualesquiera otros elementos. Y ello con una relevante –y aquí

También se encontraba la Ley 209/1964, penal y procesal de la navegación aérea de 24 de diciembre;¹² el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de actividades insalubres, nocivas y peligrosas hizo referencia a la misma línea que se mencionó sobre la coexistencia de sanciones administrativas y penales, concretamente en su artículo 41 disponía siguiente:

“Materia delictiva: Las sanciones que se indican en los presentes artículos se aplicarán sin perjuicio de que la Autoridad gubernativa pase el tanto de la culpa a los Tribunales de Justicia si apreciase la existencia de materia delictiva en la actuación del propietario, tanto por el que se refiere a los fraudes o manipulaciones dolosas como por lo que a desacatos de que pueda ser objeto dicha Autoridad”.

El Decreto 485/1962, de 22 de febrero, del Reglamento de Montes se expresó en el mismo sentido en su artículo 408.2 declarando que:

“Cuando cualquiera de los hechos determinantes de la sanción, con arreglo a lo dispuesto en este artículo, pudiera revestir caracteres de delito o falta, o en el caso de otros que se estimara pudieran merecer esta calificación, la Administración Forestal sin perjuicio de aplicar la sanción que corresponda pondrá los hechos en conocimiento de la jurisdicción ordinaria para que exija la responsabilidad criminal a que, en su caso, hubiere lugar”.¹³

En este orden de ideas, se da la tramitación paralela de procedimientos sancionadores –penal y administrativo– y que este último se realizaba sin

determinante- peculiaridad: la apreciación de una conducta constitutiva de delito, resultaría, no de la aplicación de la norma en atención a la acción o acciones del infractor, sino fundamentalmente, de la eventualidad de una previa actuación represiva de la Administración. Por ello, y sin necesidad de analizar ya los restantes argumentos aducidos en las cuestiones planteadas, ha de declararse que los preceptos constitucionales aquí impugnados son inconstitucionales, por vulnerar al art. 25.1 C.E”.

¹² El artículo 16 de esta Ley disponía: «Serán castigados con arresto mayor o multa hasta 100.000 pesetas, o con las dos penas conjuntamente, según las circunstancias, los que no cumplieren las órdenes que hubiesen recibido de la autoridad competente, de paralizar o hacer desaparecer construcciones, plantaciones, u otras obras que contraviniesen las normas reguladoras de las servidumbres aeronáuticas a que se halle sometido el lugar de emplazamiento de aquéllas. Todo ello sin perjuicio de las facultades de la propia Autoridad para la ejecutoriedad de sus órdenes».

¹³ Así se puede continuar citando algunos otros como lo son: la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta, donde estipulaba en su artículo 66 lo siguiente: «La in-

interrupción de las actuaciones penales que se llevaban a cabo.¹⁴ La única excepción realizada antes de la aprobación del texto constitucional fue el Real Decreto-Ley 6/1977, de 25 de enero, por el que se modificaban determinados artículos de la Ley de Orden Público entre ellos el artículo 2 donde estableció: “No se impondrán conjuntamente sanciones gubernativas y sanciones penales por unos mismos hechos”. A partir de aquí, se comenzará una nueva doctrina en cuestión al *non bis in idem*.

Con la aprobación de la constitución de 1978 se introdujo el principio *non bis in idem* en el artículo 25.1, aunque parcialmente recogido debido a que no lo expresa de manera textual diciendo: “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento”.

III. ANTECEDENTES *non bis in idem* EN EL DERECHO MEXICANO

En lo correspondiente a México, los antecedentes del *non bis in idem* se remontan igual que en España al Derecho romano, con la figura denominada *litis contestatio*, por lo cual no volveré a hacer mención de ello. A nivel nacional este aforismo latino tiene su origen en la Constitución Centralista de 1836, así como en el Estatuto Provisional de Comonfort de 1856,

fracción de los preceptos legales y reglamentarios en materia de Prensa e Imprenta será sancionable en vía administrativa, independientemente de que sea o no constitutiva de delito»; Ley 17/1967, de 8 de abril, de estupefaciente en su artículo 35 señalaba «Unos para la determinación de la clase de sanciones y de su cuantía, gravedad o duración se tendrán en cuenta la clase y gravedad de la infracción y la condición y antecedentes de los infractores, incluida, en su caso, la reincidencia»; para no hacer reiterativa la cuestión sólo enunciaremos algunas otras normas que lo establecían de misma forma, sólo con matices diferentes, algunas de ellas son: la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971, específicamente en su artículo 157 y el Reglamento de Policía de Aguas, de 25 de mayo de 1972 en su artículo 32.1 hacía alusión al tema.

¹⁴ Así lo expresó la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas en su artículo 115 apuntaba que la intervención de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria no interrumpirán la tramitación administrativa de los expedientes sancionadores, en el mismo sentido se expresaban las demás Leyes y Reglamentos sólo con algunas matices, por ejemplo la Ley 21/1974, de 27 de junio, sobre Investigación y Explotación de Hidrocarburos, lo refiere en su artículo 82; Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, artículo 225; Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de Minería, específicamente en su artículo 141.

posteriormente se estableció en el artículo 24 de la Constitución de 1857, el cual señaló lo siguiente:

“Ningún juicio criminal puede tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda abolida la práctica de absolver de instancia”.

El precedente del artículo 24 es el artículo 25 del proyecto de la Constitución Política de la República Mexicana de 16 de junio de 1856, en la que se establecía “Nadie poder ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene”. Posteriormente en la constitución de 1917, la ahora vigente, se establece el principio non bis in idem en su artículo 23, sin que su contenido tenga modificación alguna a lo establecido en el artículo 24 de la constitución del 1857.

La finalidad que se persigue con la plasmación del principio en diferentes ordenamientos jurídicos, es la protección al derecho de defensa que tienen las personas frente al aparato sancionador del Estado, es decir, la imposibilidad de ser sancionado dos veces por lo mismo. Aun cuando existen normas sobre el tema, se debe señalar que en la actualidad se producen violaciones al principio debido a la invasión de competencias que existen entre el ámbito penal y el administrativo sancionador.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

BASSOLS DE CLIMENT, Mariano, *Sintaxis Latina II*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967.

BECCARIA, CESARE, *De los delitos y las penas*, trad. de J.A. de las Casas, Buenos Aires, Alianza, 1983.

JUSTINIANO, *El digesto de Justiniano*, Tomo III, (Versión castellana de D'ors, A., Traductor), y AAVV., Pamplona, Aranzadi, 1975.

KASER, Max, *Derecho romano privado*, trad. de José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Reus, 1982.

MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano*, Bogotá, Temis, 1991, p. 547-550.

MURGA GENER, José Luis, *Derecho Romano Clásico. El proceso*, Zaragoza, Secretariado de publicaciones Universidad de Zaragoza, vol. II, 1980.

- GARCÍA DE ENTERRIA, Enterría, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29, 1981.
- GAYO, *Instituciones*. Comentario tercero (Derecho de las cosas) núm. 180-181. trad. de Manuel Abellán Velasco, Madrid, Civitas, 1990.
- QUINTILIANO, Marco Fabio, *Institución Oratoria*, Libro décimo, Barcelona, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1947, p. 134.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Fuero juzgo ó Libro de los jueces*, Libro II, Título I, Valladolid, Lex Novoa, 1815.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Fuero Real del Rey Don Alfonso el Sabio*, Libro II, Título XIV, Valladolid, Lex Novoa, 1815.
- SANZ GANDÁSEGUI, Francisco, *La potestad sancionadora de la Administración. La Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Edersa, 1985.

LEGISLATIVAS

- Código Penal español de 1822
- Código Penal de 1928
- Código penal de 1932
- Código penal 1944
- Código penal de 1870
- Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870
- Ley de Caza 1/1970
- Ley 209/1964, penal y procesal de la navegación aérea de 24 de diciembre
- Ley de 20 de febrero de 1942
- Constitución de 1978
- Constitución centralista de 1836
- Estatuto Provisional de Comonfort de 1856

Constitución de 1857

DECRETOS

Real Decreto de 18 de mayo de 1853

Real Decreto de 8 de septiembre de 1887

Real Decreto de 28 de julio de 1897

Real Decreto de 30 de julio de 1904

Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades insalubres, nocivas y peligrosas.

Decreto 485/1962, de 22 de febrero, del Reglamento de Montes.

Real Decreto-Ley 6/1977, de 25 de enero, por el que se modifican determinados artículos de la Ley de Orden Público.

EL SISTEMA DE MÉRITO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE CARA AL SIGLO XXI

¿Está el marco jurídico del municipio mexicano a la altura de los nuevos desafíos que enfrenta la administración pública municipal del siglo XXI?

*Carlos Eduardo HERNÁNDEZ PÉREZ*¹

I. DESARROLLO

Para hablar del sistema de mérito en la administración pública es necesario, obviamente, considerar que el administrador público debe estar al servicio del administrado en una relación concreta de persona a persona, y su trabajo debe ser útil a la comunidad. Esta es la norma básica, el criterio fundamental para evaluar y juzgar su comportamiento.

El servidor público es el puente que comunica actitudes y soluciones de gobierno con necesidades y demandas sociales. Es también el modo en que los consensos se construyen, amplían y consolidan cuando los resultados de la acción gubernamental son positivos. Sin embargo, a través de él y cuando los gobiernos no consiguen los resultados deseados y esperados se pierden o disminuyen los consensos generales.

Por tal motivo debemos considerar que los intereses de la comunidad estén a cargo de sus mejores hombres y que su gobierno sea eficiente y suficiente, es una permanente y universal aspiración de los pueblos. Una necesidad tan obvia que el mérito personal de los funcionarios, particularmente de los altos mandos, se considera tan importante o de mayor significación que la estructura misma de los mecanismos administrativos dispuestos para facilitar el manejo de tales intereses.

Según lo demuestra la experiencia universal, un país puede ser llevado a la ruina, la postración material y aun moral en pocos diseños por ineficiencia de la conducción de los negocios públicos, del intervencionismo

¹ Dr. en Filosofía con especialidad en Administración Pública. Profesor Titular "A" de la Universidad de Guanajuato.

exagerado o de costoso, e innecesario e inútil crecimiento de la burocracia estatal.

Los motivos de esta ineficiencia difieren según el país de que se trate pero hay dos causas que creemos necesario destacar aquí como razón principal de los desaciertos en el manejo y preservación de los intereses del gobierno.

La primera se refiere a los gobernantes que frecuentemente olvidan que administrar un país es aplicar la Constitución, ponerla en acción, reconocer la existencia y el valor de sus ideales, su doctrina y los supuestos básicos previamente consentidos que es necesario realizar.

La segunda se relaciona directamente con la calidad, el mérito profesional y la motivación de los administradores que deben cuidar de dicha preservación y manejo.

En ese sentido nos dice el autor Ricardo Uvalle Berrones que “la misión de los gobiernos en la sociedad contemporánea es de importancia vital y creciente. Desarrollan tareas relacionadas con el mejoramiento, conservación y desarrollo de la vida pública y tienden, por cometido, a garantizar las comisiones objetivas que permiten a la sociedad desarrollarse como un cuerpo vigoroso y emprendedor”.²

En esta tesitura señalaremos que los gobiernos requieren modernizar sus procesos de gestión teniendo como punto de referencia las reacciones ciudadanas, democratizar a la administración pública, orientarla para que sea equitativa y eficaz y nutrirla de las ventajas del cambio organizacional, son requisitos a un nuevo servicio público.

Es más, un servicio público competente se preocupa por garantizar aspectos pilares fundamentales de la vida social: como la gobernabilidad, estabilidad institucional y participación ciudadana.

En tal virtud nos menciona Yolanda Cordero Nieves en su artículo “Un Sistema de Mérito”,³ el concepto de mérito ha tenido dos énfasis predominantes, uno de equidad social y otro de pureza administrativa. A mediados del siglo XX, el concepto se institucionalizó como un principio central de la administración pública en varios países que buscaban la solución a los problemas de desigualdad y privilegios dentro de sus estructuras gubernamentales. El mérito puede definirse como una filosofía de administración enmarcada en las capacidades de las personas que ingresan o aspiran a ingresar al servicio público, cuya aplicación persigue desalentar el uso de

² UVALLE BERRONES, Ricardo, *Institucionalidad y Profesionalización del Servicio Público en México*, Retos y Perspectivas, México, Plaza y Valdés, 2006, p. 65.

³ CORDERO NIEVES, Yolanda, “Un sistema de mérito”, *CLAD*, Reforma y Democracia, núm. 48, octubre de 2010.

criterios no relacionados con las ejecutorias profesionales de los empleados públicos o de los aspirantes a empleo.

Pero para que opere este sistema de mérito es necesario que abordemos brevemente el tema de la burocracia neutral, ¿por qué? Primero porque la burocracia debe ser neutral en materia política, entendiéndolo a este respecto por política la dirección partidaria, no en la forma y acción del gobierno según los preceptos de la ciencia de la administración y para ello es necesario actuar con el sentido de “idoneidad”, la cual es considerada como la actitud profesional que se exige a una persona para desempeñar su trabajo dentro de la administración pública pero investido de deberes tan importantes como el de secrecía, y fidelidad en cuanto a la actividad que desarrolla el funcionario para influir en el buen éxito de la política del estado.

De tal forma que uno de los aspectos más importantes del mérito es la garantía que le ofrece al empleado público y a la población que el empleado en un sistema de mérito y en una administración pública neutral sólo podrá ser removido del desempeño de su trabajo cuando se demuestre que ha faltado a los principios antes mencionados o una clara violación a alguna de las leyes o reglamentos que rigen al servicio público dentro de la administración pública.

De ahí que el sistema de mérito, entendiéndose la carrera pública, es el medio del cual se vale un sistema inmerso en la dinámica y actividad de la administración pública para asegurar la continuidad y la pureza en el funcionamiento de las instituciones administrativas. Esto creemos se logra en gran parte cuando al servidor público de carrera se le otorga una seguridad de empleo o permanencia en su puesto, de tal forma que los cambios y vientos políticos que afectan con la salida de los gobernantes en turno no alteren ninguna forma su relación contractual con el gobierno; esto es, una de las premisas es que el sistema de mérito *debe buscar una orientación hacia servir a la ciudadanía, servir al pueblo y no hacia los partidos políticos.* (Como desafortunadamente lo hemos vivido en nuestro país y en los últimos años en el estado de Guanajuato cuando vergonzosamente se ha prescindido de funcionarios públicos que no comulguen con las ideas del partido gobernante o que sean renuentes a afiliarse a dicho partido.)

Ahora bien, ¿qué beneficios reporta la implantación de un sistema de mérito en la administración pública? Pues han sido aquellos en los que se implanta la sistematización de procesos de reclutamiento y selección; la clasificación de los puestos de trabajo en consideración a las habilidades, destrezas y requerimientos para el desempeño del trabajo; (con esas medidas en gran parte se logra erradicar la improvisación y el famoso “mil usos” a que por desgracia estamos acostumbrados en nuestro país o pensar

también “que ahí en el camino aprenderán”; y, por supuesto, haber hecho la carrera pública.

Ahora bien, otro de los beneficios que reporta el sistema de mérito es lograr la igualdad social y, como lo señalamos en párrafos anteriores, la incorporación al gobierno de los mejores hombres y mujeres disponibles bajo un régimen de competencia por méritos y fuera de toda mala influencia ajena a una administración que debe ser neutral y que dé cabida a todos los ciudadanos a ingresar al servicio público de carrera sin importar su condición económica sino solamente tomar en consideración el potencial profesional del que son poseedores; esto conlleva que al implantar estos sistemas de competencia de habilidades y destrezas en función de las potencialidades tiendan a liminar los prejuicios de clase social bajo criterios discriminatorios que por mucho tiempo se han aplicado en la administración pública y que, de lograr implantar un sistema de mérito fuerte, sólido y coherente podemos mirar hacia el siglo XXI en que sólo las mejores mentes, sólo los mejores hombres y mujeres se incorporen al servicio público para otorgar a la ciudadanía un sentido de alta competencia y un servicio público que vea hacia los aspectos fundamentales de la vida social.

Llegar a este punto no puede ser tan fácil puesto que la tendencia en la administración pública durante la primera década del siglo XXI ha sido dominada por los principios de la nueva gerencia; varios son los aspectos que han influido en ello según los vaivenes que se den en el gobierno y los bruscos cambios políticos y económicos de nuestro país, como el de aumentar o disminuir la burocracia, encontrar nuevas formas de contratación y muy peligrosamente hablar de la subcontratación para llevar al servidor público a un estatus de servidor público de confianza en los cuales no le permite, a como están las cosas ahora, recorrer e insertarse en la carrera del mérito administrativo; al ocurrir esto así, obviamente que el ciudadano no se siente mejor servido por sus instituciones ya que, como equivocadamente piensas algunos gobiernos, tener “un gobierno más pequeño no significa ni garantiza que un gobierno funcione mejor”. Esto es, se mencionaba anteriormente que los cambios bruscos en la política y la economía han llevado a que el gobierno en estos rubros entre en pánico, por llamarlo así, y supuestamente “para reducir el gasto público procede a despedir a servidores públicos, obligarlos a presentar su renuncia o bien, de manera obligada pedir su jubilación, creándose con ello un caos administrativo y un descontrol en el servicio público de carrera, puesto que, como ya quedó

asentado, lo que más preocupa y afecta es la inconsistencia y la inestabilidad en el puesto.

En el sector público podemos señalar que el servicio de mérito ha sido el medio para alcanzar dos propósitos fundamentales: la equidad social y la pureza administrativa; según lo refiere la autora Yolanda Cordero Nieves⁴ en donde, de una manera muy acertada, la autora a su vez hace cita de lo mencionado en la Declaración de los Derechos del Hombre y los Ciudadanos firmada en París en 1789 y que ...” ya expresaba en términos claros la aspiración a la igualdad social que sería evidenciada por la elegibilidad de todo ciudadano francés a ocupar un puesto en el gobierno con base en sus capacidades:” “La ley es expresión de la voluntad de la comunidad. Todos los ciudadanos tienen derecho a colaborar en su formación, sea personalmente, sea por medio de sus representantes. Debe ser igual para todos, sea para castigar o para premiar; y siendo todos iguales ante ella, todos son igualmente elegibles para todos los honores, colocaciones y empleos, conforme a sus distintas capacidades, sin ninguna otra distinción que la creada por sus virtudes y conocimientos” (Artículo VI, 1789).

De seguir con esta filosofía del mérito podríamos señalar que personas talentosas que provienen de niveles socioeconómicos precarios podrían acceder a la carrera del servicio público pues, como ya antes se mencionó, todos sin excepción son igualmente elegibles para las colocaciones y empleos conforme a sus distintas capacidades, pero qué es lo que en realidad pasa?; que desafortunadamente estos grupos que consideramos vulnerables no tienen acceso o se les dificulta de sobremanera el acceder a la figura del servicio público de carrera por la simple y llana razón de carecer de contactos sociales porque aún logrando el acceso (y eso nos consta) se ven descartados ante otros candidatos provenientes de familias que tienen contactos con el gobierno, simpatías con el partido político en el poder, universidades “adecuadas”, etc. y esto, desde luego, no es justo. Se presenta la eterna dicotomía entre la administración pública y la política, porque ante la preparación, la virtud, la capacidad y conocimientos se impone la lealtad política como una moneda de cambio en la relación patronal luego imperan en ello el silencio, el encubrimiento, los favores, las prebendas y los sobornos que se convierten en el truco de todos los días en el funcionamiento de la administración pública y entonces las cosas cambian para desafortuna y vergüenza de este país, puesto que muchas veces para que un servidor público logre mantener su cargo puede ser coaccionado a cometer ilícitos o ser demandado con el despido por no servir a los intereses

⁴ *Ídem.*

de la parte patronal, que en este caso es el alto funcionario público. Ante esta situación se han hecho varios intentos de erradicar la corrupción en el sistema de mérito como el estudio publicado por la ONU, el sistema Canadiense y algunos otros más, en los que han intentado crear un sistema que privilegie al empleado público de carrera con salvaguardas contra el abuso político, pero como señalamos, han sido meros intentos puesto que la aplicación de estos sistemas no descarta que en la administración pública sigan trabajando empleados que no necesariamente satisfagan los criterios de desempeño.

Otro problema que debe ocuparnos es que el servidor público se encuentra con una baja motivación en el empleo público, que se traduce en el ausentismo y pobre calidad en el servicio, la falta de disposición ante el cambio en las políticas públicas, todo esto reduce una productividad satisfactoria en la prestación de los servicios públicos; de ahí que en algunos sistemas de administración pública se ha optado por la privatización de los servicios públicos, pero esto, a mi leal saber y entender, no es más que una forma mediática de resolver el problema.

Otros factores que han contribuido en forma significativa a debilitar los sistemas de mérito se pueden identificar como la alta burocratización de los procesos relacionados con los recursos humanos, su lentitud y su excesivo celo con los procedimientos y los documentos han sido el aliciente para que los gobernantes, viendo afectados sus esfuerzos por lograr rápidos resultados optaran por implantar sistemas de mérito de manera espontánea y sin bases administrativas y jurídicas que fueron propicias precisamente por esa incapacidad de administrar a caer en la corrupción y entrar al escenario de lo “neo-gubernamental”. ¿Qué quiere decir esto? Entrar a las concertaciones de intereses políticos muy fuertes, téngase de ejemplo el SNTE en el que, en gran medida se apropió de las políticas gubernamentales educativas, condicionando al gobierno a obtener prebendas políticas, sociales y económicas en favor de este sindicato, no obstante la deficiente impartición de la educación y no se diga de la impreparación de los servidores públicos en esta materia, entiéndase “los docentes”; esto lo citamos a manera de ejemplo, pero igual podemos voltear hacia el sector petrolero, la Comisión Federal de Electricidad, las asociaciones obrero-patronales, etc., en otras palabras, el gobierno ha sido botín de las políticas gubernamentales y la administración pública marcha al servicio de lo neo-gubernamental y no propiamente a lo que debe ser la política de estado y, por consecuencia,

no permite que se dé una administración pública eficiente, eficaz, dinámica y mutante en donde se propicie el florecimiento de la carrera al mérito.

Otro de los elementos que hay que tener en consideración es la nueva gerencia pública que se presentó como una formidable alternativa a la vieja burocracia administrativa. Su atractivo fue tal que, posiblemente la mayoría de los gobiernos democráticos del mundo han adoptado algunas de las características del nuevo modelo. Este se presentó como la antítesis de la lentitud de los sistemas burocráticos, de la ineficiencia administrativa y de la haraganería de los empleados. Su filosofía, fundamentalmente empresarial, buscaba convertir las organizaciones gubernamentales en unas más eficientes y efectivas, o más parecidas a las organizaciones del sector privado. Para ello, era necesario eliminar aquello que fuese ineficiente e innecesario desde un esquema valorativo empresarial. Exactamente esto sucedió en el estado de Guanajuato en tiempos del gobernador Vicente Fox Quesada, que entusiasmado o siguiendo las nuevas corrientes de la gerencia pública se aplicaron en nuestro estado, testimonio de ello fue una conferencia que se sirvió dictar en la entonces Facultad de Derecho precisamente sobre el tema de la nueva gerencia pública y que, desde luego, siendo gobernador la implantó en la administración pública creyendo que su gobierno iba a ser más eficiente, efectivo y relevante al aportar soluciones que, si bien algunas han sido eficientes a corto plazo, la propia naturaleza de esas soluciones parece haber creado otros problemas a largo plazo, sobre todo en el sistema de mérito. Cómo cuáles? Entre ellos la garantía de igualdad, oportunidad de competir, que es uno de los pilares del mérito y que impidió que los procesos de reclutamiento y selección fueran los adecuados; es decir, de alguna manera se vio a quien pretendía ingresar al servicio público de carrera como un objeto y no como un ser humano el cual presentaba exámenes de selección bajo un número y con sistemas automatizados pero que de ninguna manera valoraban las *virtudes y talentos* de la persona humana, toda la evaluación se establecía sobre un estándar y desde luego, los resultados no fueron los más óptimos puesto que lo que se suponía que era “la medida” del candidato no permitió distinguir que había mejores candidatos, con mejores cualidades y de los que ya nos hemos referido, con talentos y virtudes que además de los conocimientos deben ser tomados en cuenta en la administración pública.

Algunos estudiosos de la administración pública y del gobierno han planteado la teoría de que un gobierno más pequeño es mejor que uno grande, sin embargo esto no es una verdad contundente, ya que, por el contrario, existen muchos ejemplos que tanto los gobiernos pequeños como lo grandes según las gestiones que apliquen logran un mayor desarrollo

socioeconómico. Sin embargo, el proponer un gobierno pequeño resulta particularmente atractivo ante los electorados que esperan de sus gobernantes que hagan frente a lo que representa el elefante de la burocracia, sinónimo (hablando en términos peyorativos) de ineptitud, estancamiento y corrupción; es entonces cuando el gobierno, a través de un discurso generalmente retórico, logra obtener las simpatías de los electores cuando hace promesas de reducir la burocracia. Pero por otro lado, el asunto del tamaño del gobierno tiene que ver con el uso de los puestos públicos, sobre todo en aquellos gobiernos en los que hay un alto índice de desocupación en los que, bajo un espejismo, los gobiernos aplican o se convierten en grandes empleadores para bajar el índice del desempleo, lo cual es un error muy grande. Nos dice la autora Yolanda Cordero que de acuerdo a un informe de la ONU, “el efecto negativo de estas prácticas ha sido diverso y visible. No solamente han contribuido a inflar los costos de reclutamiento y a aumentar la carga contributiva de los contribuyentes, sino que también han tendido a devaluar el valor de la moneda del servicio público”.⁵

Hemos visto que el problema de la implantación del servicio de mérito en la administración pública es complejo, se han expuesto hasta aquí diversas facetas sobre las que trabaja la administración pública, tanto en aspectos políticos, sociales y económicos, la complejidad del gobierno, el tamaño del gobierno, etc., ahora bien, en sí en qué consiste la carrera pública profesional?; en la carrera pública descansan las garantías de la seguridad en el empleo de los empleados públicos y de la continuidad en la operación gubernamental. La permanencia actúa como contrapeso frente al poder político y evita el que se den presiones indebidas y de corrupción hacia quienes se encuentran en la carrera pública profesional. Es también muy importante el citar que sirve como mecanismo en las transiciones gubernamentales que se dan entre los gobernantes, puesto que el personal de permanencia es el que entera al nuevo gobierno sobre los programas y proyectos de la administración pública “que termina” y da continuidad a éstos para que de este modo sí pueda cumplirse una planeación administrativa y democrática que varíe entre los 25 y 40 años de proyección. (Desafortunadamente esto no ha sucedido ni en nuestro país ni en el estado de Guanajuato, cada gobernante hace caso omiso de los planes y proyectos que se tienen en marcha, y comienzan desde cero incurriendo en graves irresponsabilidades y en el dispendio del gasto público). Todo esto es producto de la frágil cultura de aprendizaje en las organizaciones gubernamentales, puesto que no se dan cuenta de los valiosos que son los recursos humanos

⁵ *Ibidem*, p. 6.

públicos que están plenamente capacitados y adiestrados en este campo y que son concededores de la administración pública con una vasta experiencia; no descartamos, desde luego, la idea de que al amparo de la carrera pública profesional se inserten y, por desgracia, lleven una vida parasitaria ciertos elementos humanos de la administración pública que al amparo de esta carrera pública profesional digan “que cuentan con experiencia” cuando por el contrario sólo cuentan con años de repetición de mecanismos obsoletos que aplican en los campos de acción que les corresponde. Pero esto no debe ser óbice para desalentarnos, sino para lo contrario, impulsar y consolidar fuertemente la carrera pública profesional, que nuestros servidores públicos puedan alcanzar sus expectativas de calidad en el servicio, agilidad, satisfacción de los clientes y usuarios, consolidar los sistemas de capacitación y desarrollo, etc.

Tan es así que la *Carta Iberoamericana de la Función Pública* fue uno de los primeros documentos de carácter oficial que plasmaron la importancia de los servidores públicos para la aspiración de lograr un buen gobierno. En ella se proponen cinco principios rectores, a saber: a) igualdad de todos los ciudadanos, sin discriminación de género, raza, religión, tendencia política u otras. b) mérito, desempeño y capacidad como criterios orientadores del acceso, la carrera y las restantes políticas de recursos humanos. c) eficacia, efectividad y eficiencia de la acción pública y de las políticas y procesos de gestión del empleo y las personas. d) transparencia, objetividad e imparcialidad y e) pleno sometimiento a la ley y al derecho.

Como podemos advertir, los sistemas de mérito como principio filosófico de desarrollo social han superado la prueba del tiempo, sin embargo, en la realidad y como se advierte en la obra de *El Servicio Público de Carrera en México, Experiencias y Perspectivas*, editado por el Instituto Nacional de Administración Pública A.C. en el año 2001, la realidad es totalmente distinta. Es de mencionar que el excelente artículo que nos presenta Omar Guerrero Orozco de la *Experiencia de la Formación Profesional y el Servicio Público en México* destaca “que hoy en día permanece latente la conciencia sobre la necesidad social que demanda la creación de la escuela profesional del servicio público, o de varios planteles especializados; pero también pesa la realidad misma donde es patente la inexistencia generalizada de la carrera administrativa en México, con las excepciones del servicio exterior, el servicio profesional electoral y el servicio fiscal de carrera”.⁶ Si bien es cierto, actualmente se han implantado otros “servicios

⁶ GUERRERO OROZCO, Omar, “La experiencia en la formación profesional y el servicio público en México”, *Seminario ‘Servicio Público de Carrera en México’*, INAP, Mé-

profesionales de carrera” en las diferentes áreas de gobierno y poderes del estado, pero desafortunadamente las leyes que regulan este servicio se han realizado sin tener en consideración la realidad objetiva que nos rodea.

Finalmente, la ética también juega un papel muy importante en la consolidación de los sistemas del mérito, ya que en la medida en que los miembros del servicio público posean solidez ética con respecto a su conducta profesional, se reducen las posibilidades de que se actúe al margen del derecho.

CONCLUSIÓN

Después de haber hecho este análisis podemos concluir que el concepto de mérito ha tenido dos énfasis predominantes:

1. Uno de equidad social y otro de pureza administrativa.
2. El mérito y la seguridad en el empleo constituyen dos de los aspectos de administración pública que son base para el establecimiento de un sistema de servicio de carrera profesional.
3. De lograr un sistema de mérito adecuado podrán ingresar a la administración pública personas talentosas que sin importar su raza, condición económica, ideología política, etc., integren y se inscriban en el servicio profesional de carrera los mejores, dejando atrás los compromisos políticos, afiliaciones partidistas, compromisos de campaña, tráfico de influencias, nepotismo y corrupción.
4. No siempre el tamaño del gobierno implica una mayor eficiencia y eficacia; son muchos los factores que concurren para ello, y uno de ellos no es aumentar o disminuir los recursos humanos en base a un supuesto ahorro en el gasto, sino que en mucho tiene que ver el sistema de mérito o servicio profesional de carrera, que mantenga realmente a quienes trabajan con eficiencia y eficacia y, desde luego, deshacerse de aquellos elementos que al amparo del tiempo y de un supuesto sindicalismo llevan una vida parasitaria dentro de la administración pública.
5. Los sistemas de mérito deben ser absolutamente transparentes, en donde se den a conocer los mecanismos de reclutamiento, las calificaciones que se

obtienen cuando se concursan plazas y, sobre todo, revestir y blindar este sistema seleccionando a funcionarios que, a parte de la neutralidad que les debe de caracterizar como administradores públicos, tengan un alto sentido de la ética tanto individual como la pública.

Creo que estos son algunos pasos para fortalecer o en todo caso implantar un real sistema de mérito en nuestro país y no seguir con las falacias a las que actualmente nos enfrentamos y que pomposamente llamamos servicio público de carrera; ojalá que estas líneas incentiven a las nuevas generaciones a abundar en el tema y que el día de mañana sienten las bases para lograr un servicio público de carrera profesional como se ha expresado en este trabajo.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

- BIELSA, Rafael, *Significación de la Burocracia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.
- CORDERO NIEVES, Yolanda, “Un sistema de mérito”, *CLAD Reforma y Democracia*, núm. 48, octubre de 2010.
- GUERRERO OROZCO, Omar, “La experiencia en la formación profesional y el servicio público en México”, *Seminario ‘Servicio Público de Carrera en México’*, INAP, México, pp. 15-20.
- HARO BÉLCHEZ, Guillermo, *El Derecho de la Función Pública*, México, ECASA, 1993.
- RODRÍGUEZ ARIAS, Julio C., *Cómo Administrar un País, Vocación y Motivación*, Buenos Aires, Depalma, 1987.
- UVALLE BERRONES, Ricardo, *Institucionalidad y Profesionalización del Servicio Público en México, Retos y Perspectivas*, México, Plaza y Valdés, 2006.
- V.V.A.A., *Servicio Público de Carrera en México, Experiencias y Perspectivas*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., 2001.

CULTURA POLÍTICA REFERENTE DE LA CULTURA DE LA LEGALIDAD

Julio César KALA¹

INTRODUCCIÓN

Sin embargo de la alternancia partidista al frente del ejecutivo, en cualquiera de los ámbitos de la administración pública; de la conformación de los congresos locales o federal, y de la integración del poder judicial, estatal o nacional, la seguridad pública continúa, siendo una de las demandas ciudadanas más importantes. La delincuencia ha trastocado la dinámica de las relaciones sociales; la tranquilidad de las personas se ha afectado alterando la dinámica de las relaciones sociales.

La respuesta institucional, desde hace más de tres lustros sigue centrada en el endurecimiento del sistema de justicia penal, preponderantemente en la reacción punitiva, cada vez más exacerbada, no obstante de sus magros resultados, por ello, el papel del ciudadano en el terreno de la prevención, con su intervención activa y comprometida representa una aporte fundamental en el desarrollo y consolidación de la democracia, en la reconfiguración de los compromisos del pacto social.

La reforma del Estado es una preocupación mundial desde finales del siglo pasado, la crisis económica de los países en desarrollo y los graves problemas financieros y políticos de los países emergentes hacen patente su necesidad.² La construcción de escenarios que fortalezcan la gobernabilidad, [...] *creación de estructuras de autoridad en distintos niveles de la so-*

¹ Profesor del Departamento de Derecho, División de Derecho, Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato, México. Miembro del Cuerpo Académico: Ciencia Penal, Estado de Derecho y Derechos humanos.

² GASCÓ, Mila, “¿Luces? y sombras de la reforma del Estado en América Latina”, España, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Documentos de trabajo, núm. 8 2004.. En: <http://www.escenariosalternativos.org/default.asp?seccion=biblioteca¬a=1308> [Consulta: marzo 02 de 2009].

ciudad [...] y propicien el desarrollo democrático constituyen condiciones indispensables para perfilar la reconfiguración del estado contemporáneo.⁴

I. CULTURA POLÍTICA

La complejidad del escenario social contemporáneo y el desarrollo de la democracia han modificado las relaciones entre mercado, sociedad y gobierno. *Gobernabilidad* ahora no se define sólo como Estado —administración pública— o como mercado, tampoco es posible identificarla exclusivamente como sociedad, es necesario construir y promover una nueva cultura política que oriente la agenda pública en el marco de las democracias constitucionales. La reconfiguración del pacto y los nuevos acuerdos que se realicen han de incorporar garantías de previsibilidad y de compromiso de los actores.⁵

Al margen de las diferencias en torno a la definición de cultura política,⁶ es posible identificarla como “el conjunto de ideas y valores capaces de de-

³ [...] indispensable para afrontar los procesos transnacionales que requieren una respuesta institucional, Hewitt de Alcántara, Cynthia, *Uso y abuso del concepto de gobernabilidad*, Francia, UNESCO, s/a. En: <http://www.unesco.org/issj/rics155/alcantarasp.html> [Consulta: enero 12 de 2009]. Desde la perspectiva trilateral el problema central de la gobernabilidad democrática es el desequilibrio entre el crecimiento de las demandas sociales y la incapacidad gubernamental para atenderlas. Eficacia, legitimidad y estabilidad en el ejercicio del poder político, caracterizan la gobernabilidad. Cfr. Camou, Antonio, *Gobernabilidad y democracia*, México, Instituto Electoral Federal, Cuadernos de divulgación de la cultura democrática, núm. 6 1995. Por su parte, Bobbio, refiere los problemas de gobernabilidad en las democracias a “[...] la incapacidad de los gobiernos democráticos de dominar convenientemente los conflictos de una sociedad compleja [...] no el exceso sino el defecto de poder [...]”. Además identifica tres circunstancias: i) sobrecargo, incremento de las demandas sociales y la capacidad —limitada— de respuesta del sistema político, ii) conflictualidad propia de las democracias y iii) distribución del poder, Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, trad. de José Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 103 y ss.

⁴ El desarrollo democrático amplía los derechos políticos del ciudadano, por ello, no se circunscriben sólo al sufragio, se identifican por su participación responsable en los asuntos públicos. Cfr. Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, por una teoría general de la política, México, Fondo de Cultura Económica, 1999. Asimismo, Corona Nakamura, Luis Antonio, “Democracia semidirecta, en México, Democracia y gobernabilidad” en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional II*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, s/a. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/93/9.pdf> [Consulta: febrero 25 de 2009]. También, González Schmal, Raúl, “Democracia directa y democracia participativa”, *Ibidem*.

⁵ Cfr. HEWITT DE ALCÁNTARA, Cynthia, *op. cit.*

⁶ Cfr. Mateos, Araceli: *Cultura política*. España, s/a. En: www.usal.es/~dpublico/areacp/materiales/Culturapolitica.pdf [Consulta: marzo 19 de 2009]. También se encuentra

terminar los límites, las mediaciones, las posibilidades y los intercambios entre el gobierno, el mercado y la sociedad civil⁷ en las que los valores democráticos: libertad, tolerancia y respeto entre otros, oriente las relaciones entre los actores sociales.

En la conformación de una cultura política que fortalezca el desarrollo democrático es posible distinguir cinco principios: i) relación compleja entre gobernabilidad y democracia; ii) compromiso estatal; iii) aldea global; iv) responsabilidad ciudadana e; v) integración de valores.⁸

El primer principio, *relación compleja entre gobernabilidad y democracia*, establece que por sí mismas las instituciones democráticas no resuelven los problemas de gobernabilidad. Es necesario distinguir la eficacia gubernamental —sobre actores clave: empresarios y líderes de opinión entre otros—, y los acontecimientos cruciales —por ejemplo devaluación y seguridad pública— de la forma de gobierno.

El segundo principio, compromiso estatal, está referido al gobierno del Estado, su cumplimiento requiere de una administración pública eficiente, eficaz y transparente, cuyos límites de actuación sean los derechos fundamentales.

En tercer lugar, el principio de globalización atiende a la estrecha interrelación entre los Estados contemporáneos, producto de la ampliación de los mercados y del desarrollo tecnológico de las telecomunicaciones. La vida interna de un Estado, las prácticas sociales a su interior y el diseño de la política pública no puede estar al margen del compromiso de ésta con la comunidad internacional, en el que es preciso preservar la identidad propia en marco de la diversidad y la multiculturalidad.

La Responsabilidad ciudadana, como principio de la cultura política subraya la responsabilidad plena, en el ámbito de su competencia, del ciudadano en dos sentidos, por un lado en la racionalidad de sus demandas y, por

disponible una revisión de la teoría de la cultura política en: García Jurado, Roberto, “Crítica de la teoría de la cultura política”, *Política y Cultura*. Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco. México, Departamento de política, núm. 26, 2006, pp. 13-155. En: www.xoc.uam.mx/~polcul/ [Consulta: marzo 20 de 2009] También está disponible un análisis entre igualdad y desarrollo a partir de la cultura deliberativa en: Calderón, Fernando: *Cultura política y desarrollo*. En: www.cultureandpublication.org/bijupdf/Calderon-Spanish.p [Consulta: marzo 20 de 2009].

⁷ Cfr. HEWITT DE ALCÁNTARA, Cynthia, *op. cit.*

⁸ *Ibidem*. También es posible considerar como supuestos: la secularización, la eficacia cívica, la legalidad. Cfr. PESCHARD, Jaqueline, “La cultura política democrática, México”, Instituto Federal Electoral, *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, núm. 2, 1994.

otro, en el cumplimiento de sus compromisos, por ejemplo lo que respecta a la cultura de la legalidad.

El último principio, integración de valores, atiende a la multiculturalidad, por ello a la diversidad, al respeto y a la inclusión.

Una cultura política delineada así, forja ciudadanos proactivos, responsables y comprometido capaces de nombrar a sus representantes, de organizarse para defender sus derechos, de influir en el rumbo político del Estado; atentos y vigilantes de la actuación gubernamental.

En este contexto, gobierno, sociedad y ciudadanos se encuentran comprometidos con la dirección de la política pública; son corresponsables de sus consecuencias. Por un lado, la administración pública es responsable por diseñarla y operarla. Por otra parte, la ciudadanía es responsable por avalar la política pública, por oponerse a ella o por su indiferencia y de conducirse conforme a la norma.

II. CULTURA DE LA LEGALIDAD

La seguridad pública⁹ constituye uno de los cometidos ineludibles del Estado contemporáneo, por ello la política pública orientada a garantizarla tiene que comprometer la acción estatal integralmente: a la administración pública y a la sociedad; no deben responder a coyunturas políticas, ha de tener objetivos claros y precisos, metas referidas preponderantemente al incremento de las condiciones reales de espacios sociales que posibiliten una convivencia social en el marco de los derechos fundamentales, antes que a criterios programáticos; su verificabilidad ha de realizarse en el corto, mediano y largo plazo.¹⁰

Por ello, la estructuración, la construcción, la operación y la evaluación de estas políticas públicas están destinadas a impactar, visiblemente, en la problemática social o, en su caso, a incrementar los estándares de bienestar y de seguridad en los escenarios sociales para promover mejores condiciones de convivencia social de los habitantes.

⁹ Concepto inicial que evolucionaría a seguridad humana, transitando por seguridad ciudadana, RICO, José María y CHINCHILLA, Laura, *Seguridad ciudadana en América Latina*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2002 y seguridad de los habitantes, Carranza, Elías, *Delito y seguridad de los habitantes*, San José de Costa Rica, ILANUD, Siglo XXI Editores, Unión Europea, 1997.

¹⁰ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Seguridad ciudadana: una propuesta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH, 2007.

En el ámbito de la seguridad pública, excepcionalmente se ha avanzado en el diseño exitoso de planes de acción interinstitucionales e interdisciplinarios de políticas públicas integrales que incidan en la reducción del delito y en los niveles de inseguridad.

La implementación y el diseño de políticas integrales en materia de seguridad no ha dado los resultados esperados, el incremento de la espiral de violencia es su resultado más notorio, no sólo por el incremento de muertes y desaparecidos, sino por el deterioro del marco democrático, a pesar de las reiteradas recomendaciones realizadas por organismos internacionales, entre otros, por el Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana (CESC), el *International Center for the Prevention of Crime*, o el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Por ello es necesario insistir desde los derechos humanos, la teoría constitucional, el derecho penal, la criminología y la victimología, entre otros espacios de reflexión, en la generación de propuestas de políticas públicas dirigidas a disminuir los impactos y la frecuencia de la violencia y de la delincuencia.

México, en los últimos años ha vivido en un ambiente altamente polarizado por la violencia, en el que el temor de ser víctima de la delincuencia es una constante y en donde la policía, las instituciones gubernamentales y la sociedad juegan un papel fundamental, sin que hasta el momento se haya logrado disminuir la violencia ni la inseguridad de los habitantes.

Describir la criminalidad significa, en primer lugar, aludir al cuerpo legislativo y a las instituciones responsables de aplicar la ley. Si el crimen es considerado como la transgresión de un valor unánimemente compartido y traducido en una prohibición legal; dichos valores están lejos de ser universales y sobre todo su jerarquización como lo demuestra no sólo la actividad de la denominada delincuencia organizada, sino también el desapego a la norma en muchas de las conductas sociales cotidianas de las personas.

México no es distante de contextos claramente afectados por la corrupción, la delincuencia y la violencia, como en su momento Palermo y Bogotá, entre otras ciudades, en las que a diferencia de México, ha surgido un enfoque centrado en el valor integrador de la legalidad y de la disminución de la violencia, enmarcado en la necesidad de aproximarse a estos problemas desde un punto de vista más allá de paliativos, centrado en el mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes, en la ampliación del ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, en el que la seguridad pública sea descrita como el escenario social en que las personas ejercen sus libertades sin temor a sufrir menoscabo en su patrimonio, lesiones en su persona o limitación de sus expectativas de crecimiento y desarrollo.

Desde esta perspectiva, el fortalecimiento de la cultura de la legalidad requiere de la comprensión cabal de la sociedad en su totalidad, de las implicaciones del Estado de Derecho como medio para propiciar las mejores condiciones sociales de bienestar y seguridad para todos, dónde la producción legislativa y la aplicación de la norma promuevan la ampliación de derechos de las personas y la rendición de cuentas de los funcionarios gubernamentales, y los habitantes, a partir de la participación responsable en la vida pública y social, se conduzcan a asimismo, en sus actividades cotidianas apeándose a la norma, por promover éstas mejores condiciones de convivencia social.

Asimismo, enfrentar la violencia y tratar de disminuirla, por su sustrato cultural, requiere de un análisis específico que permita identificar sus diversas manifestaciones y cómo éstas afectan la calidad de vida de las personas y deterioran el tejido social. En todo caso, la política pública ha de perseguir el estrechamiento de los lazos con las víctimas del delito; la reconstrucción del tejido social y el afianzamiento de la identidad comunitaria.

El apego espontáneo a la norma por aquéllos a quienes está dirigida constituye la cultura de la legalidad.¹¹ Es posible vincular este apego, entre otros factores, al convencimiento de que su cumplimiento favorecerá la construcción de escenarios sociales en los que se garantizará el ejercicio máximo posible de los derechos, así como de la percepción de una alta probabilidad de experimentar las consecuencias jurídicas por su omisión o quebrantamiento, independientemente de la magnitud de la consecuencia.

La cultura de la legalidad es un referente social de la estructura, dinámica y orientación política del Estado; revela: i) el paradigma legislativo en el que se generan las leyes, ii) la política de aplicación de la norma, iii) el grado de aceptación social de éstas, iv) la orientación de los mecanismos gubernamentales de supervisión y de control de su aplicación, v) el nivel de participación social en la supervisión y control de la aplicación de la norma, y vi) las estrategias políticas de difusión e introyección de la norma.

Como se desprende de lo anterior, la cultura de la legalidad es una variable teórica, compleja, integrada fundamentalmente por dos vectores interrelacionados: la actividad gubernamental y la participación de los habitantes.

¹¹ CASTELLANOS HERNÁNDEZ, Eduardo de Jesús, La cultura de la legalidad como política pública. Hacia una teoría democrática del derecho positivo mexicano, 2009 [en línea], disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx/noticias/noticiasOJN/culturalegalidad/LA%20CULTURA%20DE%20LA%20LEGALIDAD.pdf, [consultado el 22 de septiembre de 2012].

2.1. REFERENTES TEÓRICOS

Referirse a la cultura de la legalidad es aludir al tipo de Estado en que ésta manifestación de la cultura política se despliega; apunta, en primer término, al diseño que orienta y fundamenta la producción legislativa, la aplicación de la norma y los criterios para evaluar su vigencia social. Por ello, la cultura de la legalidad trasciende la evidencia empírica del registro de su violación, implica fundamentalmente al modelo político-jurídico de Estado.

2.1.1. ESTADO DE DERECHO

El Estado como formalización política-jurídica del pacto social¹² surge para proteger a sus asociados de la violencia ejercida por individuos o grupos más fuertes. Por ello, la disminución de la violencia, en cualquiera de sus manifestaciones, constituye el fin primario del acuerdo social, en el que la seguridad de los habitantes en su persona y en sus bienes; el bienestar personal, familiar, lo mismo que el social y el ejercicio efectivo de sus derechos son sus concreciones.

Por las expectativas que ofrece este modelo político de organización estatal para construir escenarios en los que la libertad y la seguridad sean el soporte de la vida social, ha sido adoptado como el paradigma político-jurídico de los estados occidentales contemporáneos.

Con la aparición del Estado de Derecho se dio un gran paso en la construcción de la democracia, del Estado conceptuado por Rousseau y Kant, entre otros; a sus configuraciones contemporáneas se ha logrado un avance importante. En la evolución de este modelo político-jurídico de Estado se aprecian dos estadios: el legislativo y el constitucional, y sus correspondientes paradigmas normativos: paleoiuspositivista y neoiuspositivista.¹³

El primero, el Estado legal, es producto del nacimiento del Estado moderno, se caracteriza porque la legitimación de la norma es producto de la autoridad, de la fuente de producción, de la legalidad y de la formalidad de los actos normativos. Sin embargo de las conquistas que en su momento representó el principio de legalidad en el que se basa este estadio y que fundamenta entre otras garantías, la de certeza del Derecho y de igualdad ante la ley, por vincular la validez de la ley a la fuente de producción, indepen-

¹² Desde la perspectiva contractualista de la formalización del Pacto Social emana el Estado y de su positivación, el Derecho.

¹³ FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y futuro del estado de Derecho", en Carbonell, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2005, pp. 13-29.

dientemente de su contenido; existía la posibilidad de que se disminuyeran derechos de las personas o restringiera su ejercicio como consecuencia de un acto legislativo, siempre y cuando éste atendiera a la formalidad jurídica prevista. La historia de la democracia es rica en ejemplos, tal es el caso mexicano, que hasta el 17 de octubre de 1953 se promulgó la reforma constitucional en la que se reconoce el derecho de las mujeres para elegir a sus gobernantes y a ser electas.

En este estadio, el modelo de cultura de legalidad es una representación cuasi unidimensional, fundamentalmente gubernamental; la participación de los habitantes se restringe al acatamiento de la prescripción normativa. La introyección de la norma como resultado del proceso de socialización y del convencimiento de su necesidad o utilidad social son innecesarias.

El segundo estadio, el Estado constitucional se caracteriza por que la legalidad está supedita a constituciones¹⁴ rígidas, por lo que las condiciones de validez de la ley trascienden la forma y fuente de su producción, dependen además, sobre todo, de su congruencia con el contenido de los principios constitucionales, por ejemplo los derechos fundamentales.

Por ello, es posible suponer la existencia de una norma formalmente válida, consecuentemente vigente, pero sustancialmente inválida debido a su sentido, a su contenido y a su contraposición con los principios constitucionales.¹⁵

¹⁴ El papel garantista de la Constitución es afectado, por un lado, por las peculiaridades de la democracia representativa, CAMOU, Antonio, *Gobernabilidad y democracia*, Instituto Federal Electoral, Cuadernos de divulgación de la cultura democrática, núm. 6, México, 1995; POLIMENI, Florencia, “¿Democracia representativa vs democracia participativa? La falsa disyuntiva”, en Ricardo Romero (comp.), *Democracia participativa, una utopía en marcha*. Reflexiones y experiencias y un análisis del caso porteño, Red de Ciencia Política Mariano Moreno, [en Centro de Estudios para la Investigación en Justicia y Democracia línea], Argentina, 2005, disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/libros/gedep/pdf>, [consultado el 29 de octubre de 2012] y por otro, por la injerencia de los centros económicos en las decisiones de los estados nacionales, Bobbio, refiere que la incapacidad de los gobiernos democráticos de dominar convenientemente los conflictos de una sociedad compleja se encuentran más en el defecto que en el exceso de poder, por el sobrecargo ocasionado debido al incremento de las demandas sociales y la capacidad limitada de respuesta del sistema político, por la conflictualidad propia de las democracias y por la distribución del poder. BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, trad. de José Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 103.

¹⁵ Esta circunstancia altera la función jurisdiccional, la aplicación de la ley sólo es posible si es constitucionalmente válida, por ello, la interpretación y la resolución constituyen un juicio sobre la ley misma. Esta situación, ausente en el viejo modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho, requiere, inicialmente, la evaluación de la consistencia de la ley a la luz de los principios constitucionales; la identificación y señala-

Asimismo, en este estadio se disciplinan las formas de producción legislativa, imponiendo prohibiciones y obligaciones relativas a los derechos de libertad y los derechos sociales respectivamente.

Por otro lado, el papel jurisdiccional se reorienta, ya que la aplicación de la ley sólo es posible si es constitucionalmente válida, únicamente si es congruente con los principios constitucionales, por ello su aplicación implica siempre una interpretación en este sentido, en la que el juez emite un juicio sobre la ley misma, y el control difuso de la constitucionalidad se convierte en una responsabilidad cívica del operador judicial.

La subordinación de la ley a los principios constitucionales representa un aporte importante en la construcción permanente de la democracia contemporánea, impone límites a los derechos constitucionales de las mayorías y configuran otras garantías de los derechos de todos. En este esquema el Derecho alcanza su más alto desarrollo:

[...] por la sujeción a la ley, incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación ya no sólo del ser del Derecho, es decir, de sus condiciones de «existencia», sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de «validez» [...].¹⁶

La legitimación del Estado constitucional radica en el principio de la igualdad en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, como límites y vínculos frente a los actos de gobierno, por ello, es posible caracterizarlo también con cinco principios: *i)* Principios fundamentales de la dignidad humana, *ii)* de la libertad, *iii)* de la igualdad, *iv)* de la estructura del Estado, *v)* de los fines del Estado social y democrático de derecho.

Es preciso anotar que entre los principios fundamentales y los principios relativos a la estructura y fines del Estado existe al mismo tiempo una estrecha relación y tensiones.¹⁷

En este tipo de Estado es en el que se inscribe el modelo de cultura de la legalidad propuesto, donde gobierno y sociedad civil participan en la construcción de escenarios en los que se amplíen los derechos de todos, y

miento de las antinomias y de las lagunas normativas; y en segundo lugar la resolución de éstas a través de las garantías existentes o de la proyección de aquéllas que falten.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *op.cit.*

¹⁷ ALEXY, Robert, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", trad. de Alfonso García Figuerola, en CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo* (s), Madrid, Trotta, 2005, p. 31.

el apego a la norma es una consecuencia natural del convencimiento de su utilidad social.

2.1.2 DERECHOS HUMANOS

Los estados con pretensiones democráticas se perfilan cada vez más hacia el constitucionalismo, sin embargo el tránsito es lento, Por ejemplo, en México con la reciente reforma constitucional en materia de Derechos Humanos del 10 de junio de 2011, el Estado mexicano se reorienta formalmente como un Estado constitucional, dejando atrás el Estado legislativo.

Las democracias constitucionales se definen por la primacía de los Derechos Humanos¹⁸ en el sistema jurídico estatal. Su relevancia y posición se identifican por cuatro proposiciones: i) Máximo rango, ii) Máxima fuerza jurídica, iii) Máxima importancia del objeto, y iv) Máximo grado de indeterminación,¹⁹ máximas que se objetivan tanto en la producción legislativa, como en la aplicación de la norma; particularmente la última cobra relevancia por el control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad.

El máximo rango de los derechos fundamentales en la estructura normativa del Estado es producto de su regulación en la Constitución, por ello fundamenta el principio: *lex superior derogat legi inferiori*, que establece una relación vinculante del Derecho con el local, por ello la norma jurídica que lo infrinja es inconstitucional y consecuentemente nula por regla general. Lo mismo sucede con los instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano.

El carácter vinculante de los derechos fundamentales se extiende tanto vertical como horizontalmente; permea a las tres esferas del ejercicio del poder público y a los tres ámbitos de gobierno, y representa su máxima fuerza jurídica.

El legislador ya no puede considerar los derechos fundamentales de los habitantes como producto de la ley, por el contrario, las leyes sólo podrán generarse y existir si son congruentes con los derechos fundamentales reconocidos, tanto en la constitución nacional como en los instrumentos internacionales generados con tal fin.

Asimismo, el ejecutivo únicamente podrá aplicar leyes que sean consistentes con los principios fundamentales. Si bien, en principio esto puede

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Característica del sistema jurídico alemán, *lato sensu* es posible vincularlo con el principio pro persona en la aplicación de la norma, referido a la jerarquía normativa, *Idem*.

identificarse con el ejercicio de control de constitucionalidad propio de los operadores judiciales, constituye una responsabilidad el examen de la norma a la luz de los principios constitucionales.

La máxima fuerza jurídica es posible identificarla en la esfera judicial, los principios constitucionales conforman la guía para interpretar y aplicar la ley. Este control ha de ser observado por todos los tribunales, del inferior al superior, pues es vital su cumplimiento, ya que con una sola disposición constitucional no controlable judicialmente se abre la puerta para la pérdida de su obligatoriedad,²⁰ la coercibilidad en este punto representa un papel relevante.

Los derechos fundamentales permean plenamente al sistema jurídico, como juicios de valor garantizan la realización plena de los cometidos del Estado. Por ello, la cultura de la legalidad inscrita en este contexto está referida, en primer término a los servidores públicos.

La máxima importancia del objeto está referida a la estructura básica de las sociedades. En este mismo contexto, Rawls²¹ concibe a la justicia como equidad, como un modelo democrático, como un sistema de cooperación social constituido por ciudadanos que se conciben como libres e iguales; parte de la idea de un acuerdo mutuo entre participantes que interactúan bajo condiciones equitativas de orden constitucional y político que da forma a la estructura básica de la sociedad,²² por lo que la cultura de la legalidad representa una manifestación más de este arreglo social. Con esta definición de justicia Rawls²³ enuncia dos principios: el de la libertad y el de la diferencia. El primero, establece que las personas que participan o son afectadas por alguna práctica social tienen el derecho a la más amplia libertad compatible con una libertad similar para todos; el segundo, que las desigualdades son arbitrarias, a menos que de ella pueda esperarse el beneficio colectivo, siempre y cuando éstas sean igualmente posibles para todos. [...] *Estos principios expresan la justicia como un complejo de tres ideas: libertad, igualdad y recompensa por servicios que contribuyan al bien común*

²⁰ El poder vinculatorio para el ejecutivo es evidente desde el Derecho positivo, el problema radica en el control del legislador, *Idem*.

²¹ RAWLS, John, "Justicia como equidad", *Revista española de control externo*, vol. 5, núm. 13, 2003, pp. 129-158, [en línea], disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069286>, [consultado el 30 de octubre de 2012].

²² CACHUMBÉ HOLGUGÍN, Nelson, "John Rawls: La justicia como equidad", *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, núm. 3, 2003, p. 206. [en línea], disponible en: http://criterio-juridico.puj.edu.co/archivos/09_225_nelson_cuchumbe_jhon_rawls.pdf, 45 [consultado el 01 de noviembre de 2012].

²³ RAWLS, John, *op.cit.*

[...]. La cultura de la legalidad ha de atender fundamentalmente a esto y evaluarse en estos mismos términos.

Finalmente, el máximo grado de indeterminación representa una de las características fundamentales en este esquema. No es posible deducir los derechos fundamentales sólo a partir del sucinto texto de la Carta Magna, éstos se identifican a través de la interpretación. “[...] la interpretación de la ley fundamental no s[ó]lo suscita meditaciones serenas, sino también confrontación en el área política. En este sentido, cabe hablar de una lucha por la interpretación de los derechos fundamentales [...]”.²⁴ La norma *stricto sensu* no es sólo el texto, es la idea, el principio; en general no existe un significado único previo a la interpretación.

La interpretación in abstracto, o in concreto es susceptible por lo menos de una interpretación boleana: ya sea en un sentido constitucional o en uno inconstitucional, la primera, adecuada por ser armónica con el ordenamiento supremo, requiere un serio y comprometido ejercicio de reflexión y apego a los principios constitucionales,²⁵ pues sólo así es posible referirse a la cultura de la legalidad desde una postura comprensiva.

²⁴ El árbitro, en el caso alemán, es el Tribunal Constitucional Federal. No obstante que a primera vista pudiera parecer incompatible con el principio democrático: todo poder público emana del pueblo, ALEXY, Robert, *op.cit.*, p. 37. El propio modelo de Estado, el constitucional, impide la producción legislativa contra los derechos fundamentales de todos, por ello, y para evitar la tiranía de las mayorías, incluso de las unanimidades, el Tribunal Constitucional se erige como árbitro máximo en los conflictos que atenten contra los irrenunciables: los Derechos humanos.

Respecto al problema de la aparente paradoja que plantea el binomio mayoría-minoría “[...] el control de un poder no-mayoritario, sujeto exclusivamente a la constitución, es imprescindible para dotar de eficacia la subordinación a las disposiciones constitucionales de los poderes mayoritariamente [incluso los unánimemente] legitimados [...]” GÓMEZ ROMERO, Luis, “¿Jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda”, *Juez, Cuadernos de investigación sobre la judicatura*, vol. II, núm. 4, primavera, 2004; véase, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Ética de la función de juzgar”, Ponencia expuesta en el *Seminario sobre Ética de las profesiones jurídicas*, organizado por la Universidad de Comillas, 2001, [en línea], disponible en: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/etica-funcion.pdf>, [consultado el 10 de noviembre de 2012].

En otro sentido, “[...] en relación con las estructuras de los catálogos no siempre resulta claro si a las diferencias terminológicas puede vincularse una diversa posición respecto de las garantías o jerarquía en cuanto a los niveles de tutela [...]” ROLLA, Giancarlo, “La actual problemática de los derechos fundamentales”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Universidad de Guanajuato, vols., XXII y XXIII, núms., 80-81, Enero-Diciembre 2006.

²⁵ GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, p. 56.

2.1.3. POLÍTICA JURÍDICA

La política jurídica es una política más del Estado, por definición es una política pública y como tal es el planteamiento gubernamental dirigido al cumplimiento de los fines del Estado²⁶ a través de la regulación jurídica de las relaciones entre particulares y entre éstos y el aparato público.

Inscrita en el modelo político-económico-jurídico estatal, orienta el sentido de actuación del poder público en sus tres esferas y en sus tres niveles. Conformar al sistema jurídico en el que la cultura de la legalidad representa un baremo para evaluar la actuación del Estado en términos del fundamento teórico y de la operación de las instituciones que lo conforman.

En principio, la política jurídica criminal por ser política pública ha de ser congruente con el modelo político-jurídico del Estado que la genera, en la realidad existen tonalidades de claroscuros más que blancos y negros. Los Estados con pretensiones constitucionales fincan las relaciones con las personas en el reconocimiento de éstas como entes autónomos, con derechos y garantías irrenunciables, por ello, el programa político jurídico ha de dirigirse hacia el fortalecimiento de los derechos en libertad; no es posible partir de la premisa que las normas jurídicas motivan por sí mismas, pues esto contradice el principio de libertad y devela el fracaso de las instituciones socializadoras, disciplinantes, en el proceso de introyección de la norma.²⁷

El precepto jurídico simplemente instruye o informa sobre las consecuencias jurídicas sociales de la conducta. Como ya se ha anotado, en las democracias constitucionales el poder público no se configura para limitar el ejercicio de los derechos de una persona o eliminarlo en cuanto tal.²⁸

La política jurídica ha de orientarse, como ya se anotó previamente, por los fines del Estado, por los principios constitucionales hacia la reducción de la violencia, iniciando por la institucional, ejerciendo la mínima necesaria en sí misma, no en relación a otra, lo que excluye por supuesto la

²⁶ ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994.

²⁷ Familia, escuela y religión entre otras como instituciones de control social suave, respecto de las instituciones de control social duro y la introyección de normas por medios coactivos FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1996.

²⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Política criminal y estado", *Revista ciencias penales*, 2010, [en línea], disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm>, [consultado el 02 octubre de 2012].

violencia excesiva, hay que privilegiar formas alternativas de control formal no *prima facie*, sino *ultima ratio*.

Considerar en este programa político algunos principios de política criminal puede aportar beneficios importantes en la disminución y prevención de la violencia, principalmente la institucional.

El principio de utilidad, el derecho se justifica en la medida que evidencie la necesidad de su intervención, en principio y en tanto sea posible que los particulares diriman sus controversias por propia cuenta “[...] Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránico [...]”.²⁹

Principio de intervención mínima, el despliegue de la represión estatal se justifica únicamente como respuesta a los conflictos sociales graves: “[...] La represión no es un fin en sí misma, [...] Y, dado que el Estado usa de la sanción más potente de la que dispone (la pena), la reserva a los supuestos extremos, sólo los más graves. Por eso ha de ser comedido. [...]”.³⁰ Por otra parte, este principio está basado en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del Derecho “[...] que llegaría de la mano de la recíproca interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos, a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida [...]”.³¹

De este principio se derivan dos subprincipios: el del carácter fragmentario y el de subsidiariedad. El primero, impide la intervención ante cualquier conducta, lo constriñe sólo a reaccionar ante las violaciones graves del pacto social;³² el segundo, principio de subsidiariedad o de última ratio, posterga la intervención del derecho hasta que hayan fracasado otras instituciones de control social.³³

²⁹ BONESANA, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, 6a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 9.

³⁰ VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, “¿Qué es el principio de intervención mínima?”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 23, año 2009, p. 4., [en línea], España, disponible en: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf, [consultado el 03 de noviembre de 2012].

³¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *Revista de Ciencias Penales*, núm. 15, Ciencias Penales Org, 2010, [en línea], disponible en: www.cienciaspenales.org/revista%2015/diez15.htm, [consultado el 10 de septiembre de 2012].

³² VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, *Op.Cit.*; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Op.Cit.*, y Bustos Ramírez, Juan, *Op.Cit.*

³³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 60.

Principio de mínima lesividad, que limita el ejercicio de la violencia institucional. Y el de proporcionalidad, que obliga al equilibrio entre la gravedad de la conducta y la respuesta estatal.³⁴

2.1.4. FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La función jurisdiccional, producto del Estado, se ejerce mediante órganos constituidos expresamente por los ordenamientos constitucionales con el propósito de resolver las controversias suscitadas entre particulares o entre éstos y el Estado, sometidas a su conocimiento y para reconocer derechos, producto de éstos últimos, por ejemplo, del paso del tiempo a través de la figura jurídica de la prescripción adquisitiva.

Esta intervención estatal se realiza por medio de un tercero imparcial -juez- al frente de un órgano ad hoc que se encuentra sobre las partes en conflicto y resuelve la controversia con base en las normas previstas o reconocidas por el Estado.³⁵ Los tribunales son la instancia gubernamental que aplica el Derecho,³⁶ incluso en contra de la voluntad de alguno de los involucrados en la controversia, ya que: El Derecho ordena una determinada conducta humana al proveerla de un acto coercitivo como una reacción contra la conducta contraria. Estos actos son 'coercitivos' en tanto que deben realizarse o ejecutarse aún en contra de la voluntad del individuo a quien van dirigidos y, en caso de resistencia, inclusive podrá emplearse la fuerza física.³⁷

Cuando una norma general se individualiza es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas in abstracto por la norma general se encuentran presentes *in concreto* a fin de que la sanción determinada abstractamente por la norma genérica pueda ser ordenada y ejecutada *in concreto*.

En la función jurisdiccional es factible identificar tres momentos: determinación del Derecho aplicable, determinación de los hechos que condicionan su aplicación y, los actos de decisión por los cuales se ordena

³⁴ BONESANA, César, *Op. Cit.*, y MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 5a. ed., Barcelona, Reppertor, 1998, pp. 99-100.

³⁵ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "La interpretación judicial constitucional", México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

³⁶ El Derecho positivo es un orden coercitivo cuyas normas son creadas por actos de voluntad de los seres humanos, KELSEN, Hans, *Introducción a la teoría pura del Derecho*, Perú, Hans Kelsen_Institut, 2002, p. 63.

³⁷ KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, p.160.

la ejecución de las consecuencias jurídicas.³⁸ En este proceso del ejercicio judicial interviene la interpretación normativa y la creatividad judicial, por ello la valoración jurisdiccional³⁹ en el marco de los Derechos fundamentales.

En la actualidad la función de los jueces no se restringe a la aplicación literal de la norma nacional. Los derechos fundamentales, los instrumentos internacionales y los principios de las democracias constitucionales⁴⁰ obligan al juez, en tanto funcionario estatal, a un ejercicio exhaustivo de hermenéutica jurídica.

2.1.4.1. OBJETIVIDAD, INTERPRETACIÓN Y DECISIÓN JUDICIAL

La resolución judicial implica, necesariamente, interpretar el sentido de la norma para desprender de ella las consecuencias jurídicas del caso concreto. Puede parecer ingenuo discutir entorno a la objetividad en el proceso de interpretación de la ley, ya que, en un sentido:

[...] cuando el juez o el jurista teórico proceden a interpretar lógicamente un texto legal, la discrecionalidad posible es inexistente o, en todo caso, sumamente reducida. Pues interpretar lógicamente un enunciado normativo, o un conjunto de ellos, supone derivar explícitamente las consecuencias deductivas de los mismos, y éstas están necesariamente determinadas por las reglas de inferencia utilizadas sobre los enunciados que son tomados como premisas [...].⁴¹

Sin embargo, también se sugiere que la función del juez es la de crear de modo activo el Derecho aplicable a cada caso concreto.⁴²

En esta controversia no es ocioso pensar al Derecho como formalización de un pacto político,⁴³ por ello mismo relativo. El Derecho contemporáneo,

³⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría del Derecho*, (Introducción al estudio de la ciencia jurídica), México, Themis, 1996, 172.

³⁹ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *Op. Cit.*, pp. 36.47.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.*

⁴¹ VERNENGO, Roberto J., *La interpretación literal de la ley*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1994, p. 113.

⁴² FLORES, Imer, “¿Enseño, pesadilla y/o realidad?, objetividad e (in)determinación en la interpretación del Derecho”, en Cáceres Nieto, Enrique *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, México, UNAM, 2005, p. 176.

⁴³ Respecto de la política jurídica en la práctica es posible distinguir cuatro elementos: i) problemas técnico-jurídicos de naturaleza sociológica-jurídica (política jurídica *stricto sensu*); ii) otros problemas políticos estrechamente conectados con aquellos en la prác-

liberal, es moderno en tanto racional.⁴⁴ Así, una norma racional es posible describirla como aquella que además de ser lógicamente consistente es coherente y congruente con las condiciones y circunstancias sociales de la comunidad que la origina y en la que se aplica.⁴⁵

Aplicar la norma no es sólo un acto intelectual, es un acto social, político por su propia naturaleza, y personal, matizado por la experiencia propia y la humana. La aplicación de la norma requiere de su comprensión, apropiación bajo los supuestos de la estructura de la tradición y el horizonte del sujeto que comprende frente a lo que quiere comprender.⁴⁶

En este escenario, en el proceso de interpretación interactúan sujeto y objeto, el primero se ve impedido a abandonar su subjetividad y es impactado por el objeto, el resultado está matizado de estos elementos, no obstante la existencia de los elementos objetivos y metodológicos que caracterizan el resultado.⁴⁷

Así mismo, es necesario reconocer que en la función judicial existe ineludiblemente un componente de discrecionalidad, caracterizado, entre otros elementos, por la subjetividad del intérprete. La existencia de lagunas en la comprensión del juzgador al enfrentarse a interpretar la norma conlleva invariablemente, en el ámbito de la decisión, la necesidad de allegarse de contenidos y materiales para-jurídicos,⁴⁸ lo que de ninguna manera se traduce en estricto sentido en inseguridad jurídica, los márgenes de apreciación judicial existen y es posible identificarlos en el Derecho positivo.

En este contexto es preferible hablar, en la medida de lo humanamente posible, de imparcialidad en lugar de objetividad, definida aquella como

tica, que por su índole pertenecen a un campo diverso respecto de los cuales el jurista aparece como un personaje secundario; iii) actividad judicial propiamente dicha y, iv) formulación lingüística de la resolución —difícilmente separable de la decisión misma—. GÓMEZ ROMERO, Luis, *Op. Cit.*; ROSS, Alf, *Op. Cit.*

⁴⁴ KANT, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, Selección, prólogo y notas de Arnoldo Córdoba, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, Col. Nuestros Clásicos, núm. 33, Serie Filosofía, 1968 y Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Crítica de la razón práctica, La paz perpetua, *Estudio introductorio y análisis de la obra de Francisco Larroyo*, México, Porrúa, 1986.

⁴⁵ CASTRO LOZANO, Juan de Dios, *La justicia constitucional y la interpretación de la Constitución en México*, México, UNAM, 2002 y SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *La interpretación conforme a la Constitución*, México, UNAM, 2008.

⁴⁶ GADAMER, Hans George, *Verdad y método I*, España, Sígueme, 2005, pp. 13-14.

⁴⁷ BONIFAZ, Leticia A., “La interpretación en el Derecho y en el arte, primeras aproximaciones”, *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, 2005, p. 101.

⁴⁸ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Op. Cit.*

honestidad intelectual en la actividad cognoscitiva a partir de la autocrítica del intérprete respecto de la posición frente al caso.

Con independencia de la esfera de subjetividad inherente a la interpretación de la norma, cualquiera que sea la ubicación de ésta en la pirámide jerárquica, el componente político caracteriza la decisión judicial. La comprensión que del modelo de Estado se logre permitirá la armonización de la resolución judicial.

En la aplicación de la norma y en la configuración de las democracias contemporáneas los derechos fundamentales resaltan por su trascendencia particularmente por cuanto corresponde a los estados orientados hacia las democracias constitucionales, “[...] la interpretación de la ley fundamental no sólo suscita meditaciones serenas, sino también confrontación en el área política. En este sentido, cabe hablar de una lucha por la interpretación de los derechos fundamentales [...]”.⁴⁹

2.1.5. JUDICATURA Y DEMOCRACIA

La legitimidad del poder judicial radica en su apego a la constitución, a los principios del Estado constitucional de Derecho, que salvaguardan los derechos de todos en contra de las decisiones de las mayorías y de las minorías. En esta función estatal el juez⁵⁰ es el primer actor.

La gran responsabilidad del juez está comprometida con la Constitución bajo el amparo, como ya se ha referido, de los principios del Estado constitucional de Derecho; no realiza una mera función técnica al aplicar la ley, independiente de su contenido, es su interpretación dentro del marco de los derechos fundamentales. Por ello el juez es, tendría que ser, uno de los garantes principales de los derechos fundamentales, incluso frente al legislador a través de la evaluación de la validez de la ley.

En las democracias constitucionales, el juez está orientado al fortalecimiento de éstas, debido a que en ellas el problema no es cuántos o quiénes deciden, respecto de la generación de normas y su aplicación, sino en el sentido de la misma, por ello las propuestas mayoritarias incluso por unanimidad, lo mismo que las de las minorías en estricto rigor no tienen sentido. Los límites de la decisión están referidos por la tutela de los derechos

⁴⁹ ALEXY, Robert, *Op. Cit.*

⁵⁰ El modelo de juez funcionario surge a raíz de la iniciativa napoleónica de organización judicial consolidado en la Escuela de la Exégesis, eran inamovibles y nombrados por el ejecutivo, por ello carecían de independencia respecto del ejecutivo, Gómez Romero, Luis, *Op Cit.*, p. 19.

fundamentales por ello no hay voluntad de mayoría, ni interés general, ni el bien común público por los que puedan ser sacrificados.⁵¹

El papel del juez como garante de los derechos fundamentales y de todos, y a la vez de la legalidad de los poderes públicos está fincado en la legitimación democrática a través del control de la legalidad de los poderes públicos. El juez en el modelo constitucional se configura como un contrapoder en un doble sentido, primero por el control de la legalidad sobre los actos inválidos y segundo, sobre los actos ilícitos de los órganos del Estado frente a las lesiones que de éstos se deriven para los derechos de los ciudadanos.

El principio de independencia de los jueces es a su vez el corolario de su sujeción a la Constitución, por ello ha de existir independencia externa de la magistratura respecto de los otros poderes, en particular del ejecutivo y de cada funcionario respecto de la propia organización judicial que pueda influir de modo alguno en la autonomía de la decisión judicial.

En la elección de los jueces es necesario tener cuidado de su representación política, ya que este tipo de consensos puede ser peligroso para el ejercicio de la función jurisdiccional, por ello el reclutamiento de los jueces al parecer ofrece más garantías cuando se realiza a través de exámenes públicos y abiertos, de los que la carrera judicial es su fundamento y su seguridad jurídica y laboral. Por esto mismo, los jueces, con independencia de su posición jerárquica, deben ser los primeros en defender y reivindicar, no sólo en la práctica judicial, sino también en el ámbito de la legislación, el pleno respeto a las garantías como condiciones irrenunciables de su legitimación.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Ética de la función de juzgar”, Ponencia expuesta en el *Seminario sobre Ética de las profesiones jurídicas*, organizado por la Universidad de Comillas, 2001, [en línea], disponible en: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/etica-funcion.pdf>, [consultado el 10 de noviembre de 2012].

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.*

- ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, trad. de Alfonso García Figueroa, en Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.
- BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- _____, *Liberalismo y democracia*, trad. de José Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989
- BONIFAZ, Leticia A., “La interpretación en el Derecho y en el arte, primeras aproximaciones”, *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, 2005.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Política criminal y estado”, *Revista ciencias penales*, 2010, [en línea], disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm>, [consultado el 02 octubre de 2012].
- BONESANA, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, 6a. ed., México, Porrúa, 1995.
- CACHUMBÉ HOLGUGÍN, Nelson, “John Rawls: La justicia como equidad”, *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, núm. 3, 2003, p. 206. [en línea], disponible en: http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/09_225_nelson_cuchumbe_jhon_rawls.pdf, 45 [consultado el 01 de noviembre de 2012].
- CALDERÓN, Fernando: *Cultura política y desarrollo*. En: www.cultureandpublication.org/bijupdf/Calderon-Spanish.p [Consulta: marzo 20 de 2009].
- CAMOU, Antonio, *Gobernabilidad y democracia*, México, Instituto Electoral Federal, Cuadernos de divulgación de la cultura democrática, núm. 6 1995.
- CARRANZA, Elías, *Delito y seguridad de los habitantes*, San José de Costa Rica, ILANUD, Siglo XXI Editores, Unión Europea, 1997.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

- CASTELLANOS HERNÁNDEZ, Eduardo de Jesús, *La cultura de la legalidad como política pública. Hacia una teoría democrática del derecho positivo mexicano*, 2009 [en línea], disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx/noticias/noticiasOJN/culturalegalidad/LA%20CULTURA%20DE%20LA%20LEGALIDAD.pdf, [consultado el 22 de septiembre de 2012].
- CASTRO LOZANO, Juan de Dios, *La justicia constitucional y la interpretación de la Constitución en México*, México, UNAM, 2002.
- CORONA NAKAMURA, Luis Antonio, “Democracia semidirecta, en México, Democracia y gobernabilidad” en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional II*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, s/a. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/93/9.pdf> [Consulta: febrero 25 de 2009].
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *Revista de Ciencias Penales*, núm. 15, Ciencias Penales Org, 2010, [en línea], disponible en: www.cienciaspenales.org/revista%2015/diez15.htm, [consultado el 10 de septiembre de 2012].
- FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 13-29.
- FLORES, Imer, “¿Ensueño, pesadilla y/o realidad?, objetividad e (in)terminación en la interpretación del Derecho”, en Cáceres Nieto, Enrique et al. (coords.), *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, México, UNAM, 2005, p. 176.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1996.
- GADAMER, Hans George, *Verdad y método I*, España, Sígueme, 2005.
- GÓMEZ ROMERO, Luis, “¿Jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda”, *Juez, Cuadernos de investigación sobre la judicatura*, vol. II, núm. 4, primavera, 2004.
- GARCÍA JURADO, Roberto, “Crítica de la teoría de la cultura política”, *Política y Cultura*. Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco. México, Departamento de política, núm. 26, 2006, pp. 13-155.

- GASCÓ, Mila, “¿Luces? y sombras de la reforma del Estado en América Latina”, España, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Documentos de trabajo, núm. 8 2004. En: <http://www.escenariosalternativos.org/default.asp?seccion=biblioteca¬a=1308> [Consulta: marzo 02 de 2009].
- GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, “Democracia directa y democracia participativa”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional II*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, s/a. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/93/9.pdf> [Consulta: febrero 25 de 2009].
- GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.
- HEWITT DE ALCÁNTARA, Cynthia, *Uso y abuso del concepto de gobernabilidad*, Francia, UNESCO, s/a. En: <http://www.unesco.org/issj/rics155/alcantarasp.html> [Consulta: enero 12 de 2009].
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Seguridad ciudadana: una propuesta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH, 2007.
- KANT, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, Selección, prólogo y notas de Arnoldo Córdoba, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, Col. Nuestros Clásicos, núm. 33, Serie Filosofía, 1968.
- _____, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Crítica de la razón práctica, La paz perpetua*, Estudio introductorio y análisis de la obra de Francisco Larroyo, México, Porrúa, 1986.
- KELSEN, Hans, *Introducción a la teoría pura del Derecho*, Perú, Hans Kelsen_Institut, 2002, p. 63.
- _____, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, p. 160.
- Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública*. En: Diario Oficial de la Federación, enero 02 de 2009.

- MATEOS, Araceli: *Cultura política*. España, s/a. En: www.usal.es/~dpublico/areacp/materiales/Culturapolitica.pdf [Consulta: marzo 19 de 2009].
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 5a. ed., Barcelona, Repertor, 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975.
- PESCHARD, Jaqueline, *La cultura política democrática*, México, Instituto Federal Electoral, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, núm. 2, 1994.
- POLIMENI, Florencia, “¿Democracia representativa vs democracia participativa? La falsa disyuntiva”, en Ricardo Romero (comp.), *Democracia participativa, una utopía en marcha. Reflexiones y experiencias y un análisis del caso porteño*, Red de Ciencia Política Mariano Moreno, [en Centro de Estudios para la Investigación en Justicia y Democracia línea], Argentina, 2005, disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/libros/gedep/pdf>, [consultado el 29 de octubre de 2012].
- RAWLS, John, “Justicia como equidad”, *Revista española de control externo*, vol. 5, núm. 13, 2003, pp. 129-158, [en línea], disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069286>, [consultado el 30 de octubre de 2012].
- RICO, José María y CHINCHILLA, Laura, *Seguridad ciudadana en América Latina*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2002.
- ROLLA, Giancarlo, “La actual problemática de los derechos fundamentales”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Universidad de Guanajuato, vols., XXII y XXIII, núms., 80-81, Enero-Diciembre 2006.
- ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994.
- Orden Jurídico Nacional, [en línea], disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/estatal.php?liberado=si&Sedo=11>, [consultado el 20 julio de 2010].
- SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *La interpretación conforme a la Constitución*, México, UNAM, 2008.

- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría del Derecho*, (*Introducción al estudio de la ciencia jurídica*), México, Themis, 1996.
- VERNENGO, Roberto J., *La interpretación literal de la ley*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1994
- VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, “¿Qué es el principio de intervención mínima?”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 23, año 2009, p. 4, [en línea], España, disponible en: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf, [consultado el 03 de noviembre de 2012].

CONTROL CONSTITUCIONAL.
SUS ORÍGENES, CONTRASTES HISTÓRICOS Y
LA FUNCIONALIDAD DEL CONTROL DIFUSO Y
CONCENTRADO EJERCIDO EN MÉXICO

Antonio Silverio MARTÍNEZ HERNÁNDEZ

A través del germen expuesto por los ideólogos de la ilustración, se observan las necesidades de racionalizar el poder, se enmarca de forma clara con actos que denotan la culminación de dicha época en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, y en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, a través de la debida búsqueda del respeto y protección de los derechos fundamentales del ser humano².

La justicia en manos de un poder especializado con facultades que reconozcan su competencia para proveer una solución en estudio y aplicación de una normatividad determinada, es una conquista relativamente reciente en la historia de la humanidad. La actividad jurisdiccional como una de las funciones del Estado con tribunales constituidos de forma *ex profesa* para resolver las controversias surgidas entre los propios particulares; de éstos con el Estado, y entre los mismos órganos del Estado, con la debida salvaguarda de la intervención de un tercero ajeno al conflicto que goce de pleno reconocimiento para ello, se ha logrado bajo la imposición del

¹ Licenciado en Derecho, por la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, con estudios concluidos de Maestría en Ciencias Jurídico-Penales; actualmente cursando el tercer semestre de la Maestría en Justicia Constitucional, ambos programas en la División de Derecho Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

² La Constitución, en sentido documental, como instrumento que contiene disposiciones sustanciales mediante las cuales el poder soberano, a través de diferentes pactos redactados entre el rey y personas del pueblo o bien confirmadas en un referéndum, a lo largo de la historia están la Carta Magna de 1215, los Fundamentos del Orden Político de Connecticut de 1639; el Acuerdo del Pueblo en 1647, el Instrumento de Gobierno de 1654, la Carta de Derechos de 1688, el Acta de Instauración de 1701 en Inglaterra, y la Constitución de Cadiz de 1812 en España. García Merino, Fabiola y Gómez Sánchez Torrealva, Francisco A., *Proceso de Inconstitucionalidad*, Lima, Grijley, 2009, Prácticos de Procesos Constitucionales, p. 50.

Estado constitucional sobre el primigenio Estado legal o legislativo y con notables aspiraciones actuales a un Estado constitucional, democrático y con las muestras sustanciales de Estado social.

Para ejemplificar lo que las ideas anteriores representan y esclarecer de forma narrativa lo que esto significa, se aborda una retrospectiva que nos marca el nacimiento de ese Estado legal o de producción legislativa del Estado moderno y lo distante que se encuentra del actual Estado constitucional en el que nos encontramos.

II. LA CARTA MAGNA

Reconocida por algunos como la primera constitución escrita, el 15 de junio de 1215 los barones ingleses imponen al Rey Juan sin Tierra, diversas obligaciones que limitaban el actuar del poder del rey y legitimaban a su vez, a un grupo para proceder en circunstancias específicas contra los bienes de un gobernado, aún cuando para ello se requiera como condición primera, ser un hombre libre por sí mismo. En apreciación de Burgoa, fue “*el documento político de los derechos y libertades en Inglaterra y origen remoto de variadas garantías constitucionales en diversos países, principalmente en América*”.³

Del documento destaca el artículo 39:

Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra el ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.

La protección se inclinaba sobre un grupo de favorecidos en cuanto al debido proceso legal o garantía de legalidad ante la jurisdicción de una autoridad competente,

...pero en Inglaterra la nobleza, que como dice Maurois fue de servicio más que de nacimiento, tuvo el acierto de unirse con el pueblo en la empresa de reivindicar sus derechos frente a la Corona [...] tarde o temprano el pueblo tendría que recibir su parte [...] la Carta Magna consagró los dos principios esenciales de los que se iba a nutrir el cons-

³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 35ª edición, México, Porrúa, 1999, p. 86.

titucionalismo del futuro: el respeto de la autoridad a los derechos de la persona y la sumisión del poder público a un conjunto de normas, que en Inglaterra integraban el *common law*.⁴

Si bien la Carta Magna no era una constitución atendiendo al concepto que actualmente conocemos, pues no establece claramente la intención de fijar principios dogmáticos u orgánicos de un Estado como ahora se expresa en los estudios de los constitucionalistas, quienes detallan estos puntos para identificar la división o necesaria identificación de derechos o facultades dirigidas a los seres humanos y la estructura estatal con la posibilidad o necesidad de actuación de ésta. Logra en cambio ser la consagración del reconocimiento inicial de prerrogativas básicas del súbdito inglés frente al poder público, pues no fue un estatuto transitorio al jurar el Rey que lo obligaba tanto a él y a sus herederos.⁵ Posteriormente el 11 de febrero de 1225, Enrique III aprueba la Carta Magna reiterando y ampliando en alguno de los casos lo de su predecesora.

La prohibición de aplicar multas, salvo que fueran impuestas por los pares de los nobles o jurado de doce vecinos; la prohibición de detenciones, desposesiones, exilios o molestias a los hombres libres salvo por juicio legal ante sus pares y según la ley del país, así como el derecho a una justicia expedita y gratuita, estaban previstas en el articulado de la Carta Magna⁶. Todas estas son muestras que limitaban el poder del monarca, estatuían diferentes derechos a favor de los particulares y, a su vez, establecían la necesidad de que fueran juzgados por un personal independiente, al que consideraban capaz de aplicar las resoluciones adecuadas a los casos concretos.

III. MODELOS DE ESTADO

De acuerdo a las concepciones contractualistas o si se quiere, de las narraciones evolucionistas de las relaciones sociales vinculadas a la necesidad de conservación del ser humano, se ha transitado de un estado de naturaleza,⁷ salvaje, anterior a cualquier pacto o establecimiento institucional con muestras de civilidad.

⁴ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 32da. ed., México, Porrúa, 1998, p. 213.

⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Op. Cit.*, nota 2, p. 87.

⁶ SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho Constitucional*, 8va. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 59 y 60.

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, et al., en Miguel Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2008, p. 44.

Al haberse fundamentado la necesidad del Estado y su correspondiente surgimiento como entidad, posteriormente nace el Estado de Derecho, y como lo apunta Ferrajoli, con la esa expresión se entienden habitualmente dos cosas. La primera radica bajo una postura lata, débil o formal, designando cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. Así, en este primer acercamiento, se pueden incluir todos los Estados con ordenamientos jurídicos, aún cuando sean antiliberales. La segunda acepción se muestra en un sentido fuerte o sustancial, en este el Estado de Derecho designa aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, tanto sujetos a la ley, como limitados o vinculados por ella, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos.⁸

El surgimiento del Estado de Derecho tiene así dos momentos cumbre, el nacimiento del Estado legislativo de Derecho o Estado Legal, que podemos ubicar con el Estado moderno de 1789, y el Estado constitucional de Derecho o Estado Constitucional, producto de la difusión posterior a la Segunda Guerra Mundial de las constituciones rígidas, y del control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias. Señala Ferrajoli, que los Estados con constituciones rígidas han positivizado principalmente los principios de respeto a las libertades fundamentales y la división de poderes, confiando la sujeción a ellos de los poderes públicos, no solamente con su espontáneo respeto, sino también con un control de constitucionalidad sobre sus violaciones, diferenciándose períodos en los que la conformación estatal obedece a un derecho premoderno, moderno o paleoliberal, y uno contemporáneo o de constituciones rígidas⁹. De igual forma nos muestra que tal situación no es apreciada en Inglaterra y no obstante, ante la ausencia de una constitución, puede observarse un Estado de derecho en sentido fuerte o estricto.

Con el nacimiento del Estado legislativo de Derecho que se ha expuesto líneas arriba, se llega a la garantía de certeza y libertad frente a la arbitrariedad. Del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación

⁸ FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, traduc. Pilar Allegue, en Miguel Carbonell (comp), *Neoconstitucionalismo(s)*, México, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, p. 13. Estas ideas las ha venido reiterando el autor en sus distintas obras y las ha mantenido a través del tiempo como se muestra en: Ferrajoli, Luigi, *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*, traduc. Gerardo Pisarello, et. al., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 66, 122 y 124.

⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, traduc. José Juan Moreso, 4a. ed., México, Fontamara, 2011, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, pp. 112 y 113.

del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valor como justo, la antigua jurisdicción que se encontraba en los doctos de la ley o en el propio monarca, dejan de ser producción jurisprudencial del derecho y se someten a la ley y al principio de legalidad como únicas fuentes de legitimación. Precisamente el hecho de que la ley sea preestablecida convencionalmente por una autoridad, sirve para transformar al juicio en verificación de lo que ha sido preestablecido por la ley, y sirve pues para dar fundamento a todo el complejo de garantías, que abarcan desde la certeza del derecho a la igualdad ante la ley, la libertad ante la arbitrariedad, de la independencia del juez a la carga de la prueba para la acusación y a los derechos de la defensa.

Un tercer modelo ampliado de Estado de Derecho, se orienta hacia una refundación del Estado social sobre la base de los principios de la sujeción a la ley, igualdad de los ciudadanos e inmunidad de éstos frente a la arbitrariedad, que requerirá la distribución de prestaciones atendiendo a una lógica de goce universal. El ejemplo paradigmático en esta dirección, es el de la satisfacción *ex lege*, en forma universal y generalizada, de los derechos a la subsistencia mediante la atribución de una renta mínima garantizada a todos a partir de la mayoría de edad; asistencia sanitaria y educación gratuita.¹⁰ Naturalmente dichas garantías sociales tienen un alto costo económico, pero en forma precisa, la efectiva satisfacción de los derechos en un plano general es la mejor protección del ser humano.

El panorama actual que tiene el Estado es notoriamente diferente al que lo formo como soberano, pues en términos democráticos ahora se presenta una igualdad de los poderes interiores e incluso la necesidad de consideración de la participación ciudadana es esencial. En cuanto a la soberanía externa, se ha desvanecido ante la comunidad internacional, en la que participa a través de convenciones que lo ligan a los estados firmantes y a las instituciones surgidas de las mismas convenciones.¹¹ A su vez, la soberanía no puede entenderse como el poder absoluto del pueblo o de sus representantes (la democracia implica que la mayoría no puede constitucionalmente suprimir o limitar las posibilidades de la minoría para convertirse en mayoría); referido al pueblo como un todo, la soberanía en cuanto principio de legitimidad de carácter negativo pertenece a todo el grupo, al conjunto, y no a un individuo o a un conjunto de individuos; re-

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y Futuro del Estado de Derecho", *Op. Cit.* nota 7, pp. 23-24.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 65, 144-147. También puede consultarse para verificación de la exposición citada en supralíneas: FERRAJOLI, Luigi, *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*, *Op. Cit.*, nota 7, p. 161.

ferido al pueblo en cuanto serie de individuos, de ciudadanos, la soberanía pertenece a todos y cada uno de ellos, o sea, la soberanía popular consiste en el conjunto de derechos políticos, civiles, de libertad y sociales de los ciudadanos. En conclusión, democracia, soberanía popular y derechos fundamentales vienen a ser perspectivas o aspectos de una misma realidad y, por lo tanto, las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantías de la democracia.¹²

IV. SISTEMA JURISDICCIONAL EN MÉXICO Y LA DEFENSA CONSTITUCIONAL

En el sistema constitucional mexicano se reconoce una función jurisdiccional con órganos judiciales que pertenecen a la Federación, así como tribunales de las Entidades Federativas, de conformidad al artículo 94 y la fracción III del artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo esto de acuerdo a la imitación e influencia de los Estados Unidos de Norteamérica, quienes plasmaron esta situación en su Constitución de 1787.¹³

La Constitución en sí tiene dos dimensiones, una formal y otra material. La primera de ellas se presenta en el hecho que da origen a su conformación, proviniendo de un órgano legislativo especial, asamblea nacional constituyente; de un órgano legislativo normal o Congreso, o la intervención directa de un cuerpo electoral a través de un plebiscito o referendo. La conformación material se logra con el conjunto de normas que tiene por objeto la organización del Estado, los poderes de los órganos de éste, así como los principios básicos para el respeto de los derechos y los mecanismos a los que se puede acceder como particular o como autoridad legitimada para obtener la protección o la restitución de estos derechos.¹⁴

A razón de su origen y de la trascendencia de su instauración dentro de la vida de los ciudadanos, la protección constitucional es materia de ciencia política, pues afectan a los órganos políticamente constituidos del Estado, a sus relaciones y su vinculación con las personas, así como a la integración del propio derecho.¹⁵ Con el control constitucional se busca mantener el

¹² ATIENZA, Manuel, "Sobre Ferrajoli y la superación del Positivismo Jurídico", *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, México, CAJICA, 2009, pp. 137-138.

¹³ FIX-ZAMUDIO, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 5ta. Ed., México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 804 y 805.

¹⁴ GARCÍA MERINO, Fabiola y Gómez Sánchez Torreálva, Francisco A., *Op. Cit.*, nota 1, pp. 12-13.

¹⁵ VEGA HERNÁNDEZ, José Rodolfo Arturo, "La Defensa y el Control Constitucional", en José de Jesús Gudiño Pelayo, *et. al.* (coord.), *Controles Constitucionales*, México,

orden inmerso en la Constitución mediante su salvaguarda, a través de una defensa que marca un límite al ejercicio del poder público, preservando así el orden jurídico¹⁶ y los derechos que se consagran en beneficio de las personas.

Así, en cita de Almagro Nosete y Castillo del Valle, Vega Hernández nos refiere que la defensa constitucional consistirá en reconocerle facultades a un órgano del Estado para hacer prevalecer el orden jurídico y constitucional, mediante la verificación de actos de los sujetos del derecho en su calidad de autoridades, o particulares, que deberán ajustarse a los principios reconocidos por la ley suprema, remediando los agravios contra de ésta de forma general o particular, verificando así la supremacía constitucional.¹⁷ La defensa constitucional se verifica en la existencia de instituciones mediante las cuales el Estado resguarda a la constitución desde dentro.¹⁸

La defensa constitucional se puede observar así en un sentido amplio y en otro restringido, donde el primero se constituye con la existencia de instrumentos jurídicos y procesales para conservar la normatividad constitucional frente a otros ordenamientos; para el aspecto restringido, es necesario que existan garantías mediante las que se preserven los derechos humanos, la justicia constitucional misma, y la actividad jurisdiccional en particular que se encargará del control constitucional.¹⁹ En cita de Álvarez Conde, García Merino y Gómez Sánchez nos refieren que la actividad jurisdiccional encierra un aspecto objetivo y otro subjetivo. El objetivo consiste en determinar con previsión normativa las funciones jurisdiccionales en defensa de la constitución, y el aspecto subjetivo consiste en el análisis concreto que hacen los órganos jurisdiccionales en ejercicio de las funciones determinadas en la normatividad.²⁰

Para todo lo anterior, es necesario que el Estado cuente con una constitución total o parcialmente rígida y en ningún caso flexible, con órganos jurisdiccionales facultados para ejercer una función de control constitucional y una situación de hecho que tiene que ser verificable, como es que la actividad judicial encargada de dicho control goce de una independencia,

FUNDAP, 2005, colección Constitucionalismo y Derecho Público, Estudios, p. 130.

¹⁶ SILVA MEZA, Juan, "La Interpretación Constitucional en el Marco de la Justicia Constitucional y la Nueva Relación entre Poderes", en Ferrer Mac-Gregor (coord.), t. II, *Interpretación Constitucional*, México, Porrúa, 2005, p. 1122.

¹⁷ VEGA HERNÁNDEZ, Jose Rodolfo Arturo, *op. cit.*, nota 14, p. 130.

¹⁸ GARCÍA MERINO, Fabiola y Gómez Sánchez Torrealva, Francisco A., *Op. Cit.*, nota 1, p. 14.

¹⁹ VEGA HERNÁNDEZ, José Rodolfo Arturo, *Op. Cit.*, nota 14, p. 130.

²⁰ GARCÍA MERINO, Fabiola y Gómez Sánchez Torrealva, Francisco A., *Op. Cit.*, nota 1, p. 15.

pues gozando de completa autonomía no puede estar controlado o sometido por otros entes estatales, y finalmente, una debida legitimación de los demandantes, quejosos, o personas perjudicadas con el acto o ley que vulnera sus derechos o su ámbito de actuación que tienen reconocido, para poder protegerlo o repararlo a través del control constitucional.²¹

De esta forma, el control constitucional debe atender a principios para que pueda llevarse a cabo con sentido analítico y exhaustivo para exponerlo en los casos de forma abstracta o concreta, pero siempre con la verificación de los postulados constitucionales, pues son la esencia de la defensa objetiva de la constitución, que esté basada en los fundamentos que la conformaron de origen y que la preservaran ante eventuales antinomias.

V. SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

El control constitucional puede ser ejercido por diferentes órganos, sean órganos políticos, teniendo como principales características el encomendar dicha función a un órgano independiente de los tres poderes, o excepcionalmente a alguno de ellos, en este caso el procedimiento no reviste contención, la recopilación de elementos suele ser discrecional, y la solicitud de determinación de inconstitucionalidad debe ser formulada por un órgano estatal o un grupo de funcionarios públicos; en el control constitucional por órgano judicial, se ejerce por un ente jurisdiccional, se lleva a cabo a través de un juicio o proceso, con reglas públicas y previas, y la solicitud de declaración de inconstitucionalidad puede ser formulada por una persona física o moral o por un órgano del Estado; y de igual forma, como una tercera opción, puede existir un control constitucional mixto, ejercido por un ente que tiene naturaleza política y judicial, o bien, por la acción combinada de dos diferentes órganos, uno político y otro judicial.²²

Por la oportunidad en la que puede desarrollarse el control constitucional puede ser preventivo, cuando le está permitido a un Tribunal Supremo preservar la Constitución de las violaciones ejercidas por los legisladores ordinarios, comprobando bajo un análisis y determinación judicial que las leyes se adecuan a los contenidos constitucionales, además de purgar y depurar los posibles vicios constitucionales,²³ sin que la determinación sea

²¹ *Ibidem*, pp. 15 y 39.

²² SILVA MEZA, Juan, *op. cit.*, nota 15, p. 1123. Vega Hernández, José Rodolfo Arturo, *Op. Cit.*, nota 14, p. 134.

²³ Para VEGA HERNÁNDEZ este control es de llamar la atención porque puede situar a los miembros del Tribunal Supremo sobre los otros órganos y poderes del Estado. Vega Hernández, José Rodolfo Arturo, *Op. Cit.*, nota 14, p. 133.

absoluta y perene, pues puede llegar a presentarse algún conflicto con la ley ya determinada y algún precepto constitucional bajo una inadecuada interpretación. El control constitucional es posterior o reparador en contraste al preventivo, cuando se hace uso de algún medio constitucional para restablecer el orden constitucional alterado por la ley o el acto de aplicación, anulando sus efectos a través de una determinación en manos de un tribunal constitucional u ordinario, según lo permita la legislación²⁴

De igual forma puede ser directo o abstracto, e indirecto o concreto. El primero se presenta cuando se impugna directamente una ley por considerarse inconstitucional, obteniendo su expulsión del sistema jurídico. El indirecto o concreto se presenta en el seno de litigio o controversia procesal, obteniendo la reparación o resolución del agravio constitucional.²⁵ De acuerdo a la vía ejercida, puede ser mediante una acción o una excepción, donde en el primer caso cualquier sujeto de derecho que este legitimado puede acudir ante el tribunal encargado de vigilar la constitucionalidad de los actos, para hacer valer este derecho. Se considera como vía de excepción cuando se presupone un proceso ante un tribunal ordinario y las partes o el propio juez considera que se puede presentar una infracción constitucional con el acto en estudio, pudiéndolo resolver el propio juez natural o bien un superior jerárquico a través de un proceso *ad hoc*, en otros casos es necesario remitirlo necesariamente a un Tribunal Constitucional.²⁶

Por la naturaleza del sistema constitucional, puede ser difuso o concentrado. Es difuso o de autocontrol²⁷ cuando la facultad de declarar la

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 134.

²⁶ *Ibidem*, p. 134.

²⁷ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. CÓMO DEBEN EJERCERLO LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES. El artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de su reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, tuvo importantes modificaciones que impactan directamente en la administración de justicia, porque evidencian el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos, mediante la expresión clara del principio pro persona como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, privilegiando aquellas que brinden mayor protección a las personas. De esta manera, todos los órganos jurisdiccionales nacionales deberán, en principio, ejercer el control de convencionalidad de las normas, atendiendo no sólo a los derechos humanos que consagra nuestra Carta Magna, sino también a los contenidos en los tratados internacionales que la Nación tenga suscritos en materia de derechos humanos. Así, actualmente existen dos vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados: Primero, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación mediante las acciones de inconstitucionalidad, las

inconstitucionalidad de una norma general la tienen todos los órganos judiciales,²⁸ en este caso los efectos se presentan entre las partes en un determinado proceso, y dependiendo del sistema puede carecer de una determinación general para actos futuros o en ese mismo acto generar la expulsión del sistema jurídico.²⁹ En tanto que es concentrado o único, cuando sólo un determinado ente, sea Tribunal Constitucional o una Corte Suprema, puede declarar la inconstitucionalidad de una norma general,³⁰ en estos casos el objeto del proceso lo constituye el acto mismo de solicitar la salvaguarda de la constitucionalidad por los sujetos facultados para ello

controversias constitucionales y el amparo directo e indirecto y, segundo, el control por parte del resto de los Jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. En estas condiciones, el parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los Jueces del país, se integra de la manera siguiente: 1) Todos los derechos humanos que contemple la Constitución Federal (con fundamento en sus artículos 10. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; 2) Todos los derechos humanos que dispongan los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; 3) Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sustentados en las sentencias en las que el Estado Mexicano sea parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no sea parte. De este modo, este tipo de interpretación por parte de los Jueces presupone realizar tres pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio. Significa que los Jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto. Se traduce en que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los Jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Ley Suprema y en los tratados internacionales en los que México sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la norma que menos beneficie cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los Jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte. Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jal. Tesis Aislada: III.40.(III Región) 5 K (10a.) Amparo directo 633/2011, unanimidad de votos, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IV, Tomo 5, enero de 2012, p. 4320.

²⁸ SILVA MEZA, Juan, *Op. Cit.*, nota 15, pp. 1123-1124.

²⁹ VEGA HERNÁNDEZ, José Rodolfo Arturo, *Op. Cit.*, nota 14, p. 138.

³⁰ SILVA MEZA, Juan, *Op. Cit.*, nota 15, pp. 1123-1124.

y cuando son procedentes derivan en la anulación con efectos generales de la ley en estudio.³¹

Los orígenes de estos sistemas de control constitucional se encuentran para el caso del control difuso en la *judicial review* de los Estados Unidos de Norteamérica, pues a este sistema se le deben los principios básicos en los que se asienta el orden constitucional, considerando la supremacía constitucional, en el que siendo la Constitución la norma fundamental, las otras leyes estarán por debajo de ésta, determinándose además la competencia de los jueces, incluyendo los de los Estados parte de la federación conformada, para arreglar todos sus actos a la Constitución a pesar de cualquier ley o acto que se encuentre en contra de la misma, como se desarrolla en el segundo párrafo del artículo VI de la Constitución vigente a partir de 1787, haciendo así patentes dos técnicas propias del *Common Law*, en primer lugar la *Fundamental Law*, término reservado para la Constitución, y por otro lado, la propia técnica del *judicial review*, proveniente del *common law* inglés, como Derecho Común, mediante el cual se podía exigir cuentas a los estatutos, a las leyes singulares o excepcionales que pretenden penetrar en un Derecho Común ya constituido. Este sistema sigue vigente en Inglaterra, al que se le denomina *The control of the Common Law over statutes*, siendo un principio interpretativo, que teniendo el Derecho Común como portador de los criterios restrictivos se atenderá primordialmente sobre todas las normas singulares y ordinarias dictadas por el legislativo.³² El hecho jurídico más representativo del control difuso se encuentra en la resolución del caso *Marbury vs. Madison* en 1803, determinándose que una ley contraria a la Constitución es nula, y los tribunales como los Departamentos del Estado, están obligados a atender primordialmente la constitución, así John Marshall determina:

La cuestión de si una Ley que repugne la Constitución puede llegar a ser Ley de la tierra es una cuestión profundamente interesante para los EE.UU.; pero, felizmente, no tan intrincada proporcionalmente a ese interés. Parece solo necesario reconocer ciertos principios, supuestamente antiguos y bien establecidos para decidirla: que el pueblo tenga un derecho original de establecer para su futuro gobierno tales principios que, en su opinión, le conduzcan a su propia felicidad, es la base sobre la cual la entera fábrica americana ha sido erigida. El ejercicio de este derecho original es un muy grande esfuerzo; no puede ni debe

³¹ VEGA HERNÁNDEZ, José Rodolfo Arturo, *Op. Cit.*, nota 14, p. 138.

³² GARCÍA MERINO, Fabiola y Gómez Sánchez Torrealva, Francisco A., *Op. Cit.*, nota 1, pp. 66 y 67.

repetirse frecuentemente. En consecuencia los principios así establecidos son profundamente fundamentales. Y como la autoridad de la cual proceden es suprema y pueden actuar raramente, tales principios se configuran para ser permanentes.- esta voluntad original y suprema organiza el gobierno y asigna sus poderes a los respectivos órganos. Puede o bien pararse ahí o establecer ciertos límites que no pueden ser trascendidos por dichos órganos o ramas.- El Gobierno de los EE.UU. es de los descritos en último lugar. Los poderes del legislativo son definidos y limitados; y esos límites no pueden ser tergiversados u olvidados, pues la Constitución es escrita. ¿Qué objeto tendría limitar los poderes y consignar esa limitación por escrito si luego tales límites pudiesen en cualquier momento ser transgredidos por aquellos a quienes se intenta limitar? La demoración entre un gobierno de poderes limitados y otro de poderes ilimitados resultaría abolida si dichos límites no vincularan a las personas a las cuales les son impuestos y si actos o leyes prohibidas y actos y leyes permitidas tuviesen igual eficacia. Es una proposición demasiado simple para que pueda discutirse que o bien la Constitución controla cualquier acto legislativo que la contradiga; o bien el legislativo podrá alterar la Constitución por una ley ordinaria. O la Constitución es un derecho superior o supremo, inmodificable por los medios ordinarios, o está al mismo nivel que los actos legislativos, y como cualquier otra ley, es modificable cuando al legislativo le plazca hacerlo.³³

El sistema concentrado de control constitucional se origina con la Constitución de Weimar de 1919, en el que se determina un tribunal facultado para resolver los conflictos constitucionales entre los poderes, y en especial, entre los entes territoriales que conformaban la organización federal alemana. De igual forma, el 29 de febrero de 1920 se instaura el Tribunal Constitucional de Checoslovaquia y el 1 de octubre de 1920 el de Austria, que a su vez fue perfeccionado con sus reformas en 1929, con la participación de Hans Kelsen. En este caso el hecho de buscar un tribunal constitucional se deriva de la necesidad de evitar que el control estuviera en manos de cualquier juez, considerando pertinente el establecer un órgano especializado para tal efecto, quien a razón de la especialidad y la atingen-

³³ Cfr. BALBUENA CISNEROS, Arminda, *Suprema Corte de Justicia de la Nación y Jurisdicción Constitucional en México*, México, Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, 2005, pp. 44-45.

cia, pudiera determinar de forma por demás clara que leyes se ajustaban a la Ley Fundamental.³⁴

El Tribunal Constitucional Austriaco se rigió por el sistema Kelseniano, en el cual se contempla la supremacía constitucional, pero se sujeta a todos los tribunales a la jurisprudencia de la Corte Suprema, concentrando la jurisdicción y la interpretación constitucional de las leyes en este órgano, en este caso, el proceso de compatibilidad entre una ley y la constitución se aislaran del proceso y bajo una vía de incidente previo se remitirá al Tribunal Constitucional, quien ejerciendo una facultad de legislador negativo, eliminara del sistema aquellas normas incompatibles con la Constitución, teniendo efecto *erga omnes*.³⁵

El sistema de control constitucional adoptado en México desde un inicio fue una combinación destacable, en cuanto a la normatividad confeccionada y las facultades ejercidas, así en la Constitución del 4 de octubre de 1824, se advierte una combinación de la Constitución de Cádiz, pues en el artículo 164 se facultaba al Congreso federal para emitir leyes y decretos que hicieran efectiva la responsabilidad de aquellos que quebrantaran la Constitución y el Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824, previendo además en el artículo 160 fracción I, un Consejo de Gobierno que desarrolla actividad durante los recesos del Congreso, en forma similar a las Diputaciones Permanentes de las Cortes españolas, teniendo como facultad el velar por la observancia de la Constitución. Al mismo tiempo se confirió a la Suprema Corte la facultad de conocer de las violaciones a la Constitución y a las leyes federales, de conformidad con el artículo 137 fracción V, inciso sexto, esto claramente inspirado en la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, pero dicho precepto no llegó a reglamentarse y por lo tanto no tuvo aplicación, siendo el Congreso de la Unión con apoyo en la facultad exclusiva para resolver las dudas sobre el alcance de los preceptos constitucionales, quien anulo leyes de los órganos legislativos de las entidades federativas, con apoyo en el artículo 165 de la Constitución federal de 1824, observándose en este actuar una notoria influencia hispana. También se reglamentaron las controversias constitucionales para efecto

³⁴ GARCÍA MERINO, Fabiola y Gómez Sánchez Torrealva, Francisco A., *Op. Cit.*, nota 1, pp. 39 y 40.

³⁵ *Ibidem*, p. 40.

de conflictos entre los Estados de la federación, de conformidad con la fracción I del artículo 137 del ordenamiento citado.³⁶

Como se observa, se han tenido notables influencias de modelos europeos y de los Estados Unidos de Norteamérica, de tal forma que estos aspectos se reflejan en el orden constitucional que hemos creado, con un sistema de control constitucional con características de ambas vertientes, como veremos en el presente estudio.

Los mecanismos que la actual constitución contempla para el control constitucional son el tradicional juicio de amparo, bajo vía directa y mas parecido a la casación, así como el indirecto, que como acción concreta de constitucionalidad está relacionada al amparo de mera legalidad, reservado para los juzgados de distrito y para los tribunales colegiados en su recurso de revisión de las sentencias o resoluciones de los juzgados de distrito, de acuerdo a la fracción I del artículo 81 de la Ley de Amparo. Doctrinalmente se puede establecer que el amparo constitucional es aquel que le corresponde directamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en segunda instancia bajo procesos de revisión de resoluciones de acuerdo a la fracción II del artículo 81 de la vigente Ley de Amparo, en los que se haya determinado en amparo directo:

...sobre la constitucionalidad de normas generales que establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de acuerdos generales del pleno.

Las limitaciones con las que cuenta actualmente el amparo es que no obstante a través de la impugnación de una ley, no pueda producir efectos *erga omnes*, en razón de la relatividad de las sentencias o formula Otero, que permite que una ley no obstante que se haya declarado inconstitucional se siga aplicando a otros ciudadanos.³⁷

La controversia constitucional deriva de la fracción I del artículo 105 de la Constitución federal, que a partir de las reformas del 31 de diciembre

³⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Op. Cit.*, nota 12, pp. 856 y 857.

³⁷ SILVA MEZA, Juan, *Op. Cit.*, nota 15, p. 1126-1127.

de 1994 contempla los mecanismos en la Ley Reglamentaria de las fracciones II y III del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 11 de mayo de 1995 en el Diario Oficial de la Federación. Con la controversia constitucional se pretende consolidar y mantener el sistema federado, a través del respeto al principio de la división de poderes y al respeto de la invasión de competencias, facultando a diferentes actores para que a través de un proceso contencioso, los órganos primarios del Estado, que estén constituidos y así reconocidos puedan lograr una expulsión del orden jurídico, alguna ley, pudiendo tener un efecto general o entre partes.

Será una resolución con efectos generales, cuando tenga por objeto:

- a) Una controversia entre el Poder Ejecutivo federal y el Congreso de la Unión, o cualquiera de sus Cámaras o la Comisión Permanente.
- b) Controversia entre dos poderes de un mismo Estado.
- c) Controversia entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal.
- d) Una controversia promovida por la Federación en contra de un Estado o un Municipio.
- e) Una controversia constitucional promovida por un Estado en contra de alguno de sus municipios.³⁸

La acción de inconstitucionalidad, es un medio de control *a posteriori*, que se ejerce independientemente de la aplicación de la norma, siendo un mecanismo en manos de las minorías sobre las mayorías que se han manifestado en un proceso legislativo para la conformación de una ley, pero que no obstante necesita de una representación calificada para poder surgir a la vida jurídica,³⁹ en este caso, el treinta y tres por ciento de los integrantes de los cuerpos legislativos, de conformidad con el artículo 62 de la Ley Reglamentaria de las fracciones II y III del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La declaración general de inconstitucionalidad, es un nuevo mecanismo en México, que a partir de la reciente Ley de Amparo vigente a partir del 3 de abril de 2013, se presenta como una forma de control constitucional, a través de comunicaciones entre el órgano garante de la supremacía cons-

³⁸ *Ibidem*, pp. 1129-1130.

³⁹ *Ibidem*, pp. 1130-1131.

titucional y los órganos encargados de la emisión de las leyes federales o locales, y de acuerdo al artículo 231 de la legislación citada, si las Salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelven la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, sean en una o en distintas sesiones, el presidente de la Sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora de la norma. De conformidad con el artículo 232 de la Ley de Amparo, si estos mismos órganos establecen jurisprudencia por reiteración, sobre la misma norma que fue declara inconstitucional de acuerdo a los supuestos del artículo 231,⁴⁰ en la que se determinó la inconstitucionalidad de la misma norma general, se procederá a la notificación a que se refiere el tercer párrafo de la fracción II del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las leyes que tienen como materia la recaudación tributaria a cargo del Estado, están a salvo de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

VI. UBICACIÓN JERÁRQUICA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MÉXICO

Ahora bien, en relación a la supremacía constitucional, Sánchez Cordero considera que esta característica no solo está reconocida en el artículo 133 constitucional, sino que además esta distribuida a lo largo de todo el texto en diferentes dispositivos, como el artículo 135 para la reforma constitucional o adiciones a esta, donde es necesario que el Congreso de la Unión, mediante el voto de las dos terceras partes de los integrantes presentes, y una vez realizado lo anterior, que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados, así como en la facultad del ejecutivo de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, como está previsto en la fracción X del artículo 89 de la Constitución federal, que esta ligada de origen a la aprobación que debe hacer el senado sobre dichos tratados, para que sean procedentes las acciones de política exterior mencionadas, de conformidad con la fracción I del artículo 76. De igual forma, la supremacía constitucional se vuelve a verificar en la sujeción de los usos y costumbres de los pueblos indígenas a

⁴⁰ ESTRADA JUNGO, Víctor Manuel, *La Nueva Ley de Amparo. Elementos para su estudio y aplicación*, México, Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, 2013, pp. 50 y 248.

los preceptos constitucionales, de acuerdo al artículo segundo constitucional, entre otras que menciona la autora.⁴¹

De igual forma, la autora menciona que la propia Constitución carece de una sistematización para llegar a establecer las fuentes del derecho en un nivel constitucional, sin contar con una referencia que permita ubicar jerárquicamente a los tratados internacionales en los esquemas de las fuentes y ni la doctrina ni la jurisprudencia proveen una solución unánime a lo largo de la historia del sistema constitucional, por lo que los tratados internacionales en general no tenían una validez intrínseca e inicialmente se podía llegar a concluir que tendrían un rango inferior a la Constitución.⁴² Lo importante en cualquier caso es que los tratados internacionales tengan una eficacia real, sobre todo en tratándose de derechos humanos, así como una ejecutividad donde en la casuística no se lleguen a anular el derecho interno y el externo, buscando que coexistan de forma armónica, de acuerdo a su naturaleza y conforme a la debida interpretación de los jueces facultados para ello, sin buscar criterios únicos, absolutos e inmutables.⁴³

Expone que a lo largo de la historia se le ha dado a los tratados internacionales la misma jerarquía normativa que las Leyes Federales emitidas por el Congreso de la Unión;⁴⁴ en algunos casos han tenido mayor jerarquía que las leyes emitidas por el mismo Congreso Federal, lo cual no es posible sostenerlo bajo una postura dogmática o positivista,⁴⁵ entre los argumentos

⁴¹ SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, “La Interpretación Constitucional de los tratados Internacionales. El Caso de México”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), t. II, *Interpretación Constitucional*, México, Porrúa, 2005, pp. 1034 a 1035.

⁴² *Ibidem*, pp. 1035, 1037 y 1038.

⁴³ *Ibidem*, pp. 1037, 1038, 1046 y 1051.

⁴⁴ LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional. Pleno. Tesis: P. C/92, Amparo en revisión 2069/91, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octava Época, núm. 60, diciembre de 1992, p. 27. Mayoría de quince votos. Nota: Esta tesis ha sido abandonada con base en el criterio sustentado por el propio Tribunal Pleno al resolver, el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98.

⁴⁵ TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la

esgrimidos en esa sentencia del pleno, se enfoca a reconocer el derecho fundamental y la necesidad de garantía constitucional del derecho a la libre asociación sindical.

De esta forma, los órganos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya han determinado como se debe de llevar el control constitucional en materia de derechos humanos a partir de la reforma constitucional del 10

interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal. Pleno. Tesis: P. LXXVII/99 Amparo en revisión 1475/98, unanimidad de votos, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, Noviembre de 1999, p. 46.

de junio de 2011, los tratados internacionales y las implicaciones derivadas a partir del expediente Varios 912/2010 y la contradicción de tesis 293/2011, en la que se determinan como debe implementarse el control difuso de constitucionalidad, que incluye la convencionalidad de tratados internacionales o convenciones obligatorias para el Estado mexicano, a cargo de los órganos jurisdiccionales, no así de las autoridades administrativas, ni de las legislativas, las que estarán obligadas únicamente a ejercer una interpretación más favorable para las personas o lo que en la doctrina se denomina como principio *pro persona* en materia de derechos humanos, estando reservado el control constitucional a las autoridades judiciales.⁴⁶

Desde una perspectiva que Sánchez Cordero ya consideraba antes de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, puede conformarse un criterio que determine la posibilidad de considerar a los tratados internacionales con la misma jerarquía que las normas constitucionales, bajo principios interpretativos que jurisdiccionalmente son aplicables a los tratados y a la propia interpretación de la Constitución.⁴⁷

Puede estimarse que la interpretación jurisdiccional del nuevo marco constitucional en materia de derechos humanos que existe hasta este momento en México, se encamina mucho a lo que era planteado por Sánchez Cordero, donde la protección de los derechos humanos se puede atender como supuestos que conforman la ampliación de la Constitución, inde-

⁴⁶ JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 10. constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos. Pleno. Jurisprudencia: P./J. 21/2014 (10a.), Contradicción de Tesis 293/2011, mayoría de seis votos, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época, Libro 5, Tomo I, Abril de 2014, p. 204.

⁴⁷ SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, *Op. Cit.*, nota 40, p. 1043.

pendientemente de la verdadera existencia de un bloque de constitucionalidad, o bien, la debida atención de la Constitución de acuerdo a la supremacía que guarda, en la que nunca podrá ser atendible la disposición de un tratado que atente contra el cuerpo constitucional, mas necesariamente condicionado a que la protección constitucional tendrá que ser más amplia que la disposición del tratado que se está inaplicando o desatendiendo bajo supremacía constitucional.

Como se menciona en la propia resolución del expediente Varios 912/2010, las vertientes del control constitucional difuso y concentrado que se ejercen de manera independiente con la existencia de este modelo general de constitucionalidad adoptado en México, permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales por declaración expresa de inconstitucionalidad o por inaplicación, los que finalmente se consolidan en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que sea ésta la que determine cuál es la interpretación constitucional que en última instancia debe prevalecer en el orden jurídico nacional. De igual forma, puede haber ejemplos de casos de inaplicación que no sean revisables en las vías directas o concentradas, pero esto no hace inviable la otra vertiente de control difuso, como una especie del modelo general adoptado bajo la concentración del control constitucional.

V. CONCLUSIÓN

De acuerdo al contenido del presente estudio podemos aceptar en forma definitiva que el control constitucional se ha nutrido notablemente del *Common Law* inglés y sobre todo de la supremacía constitucional que han acogido los Estados Unidos de Norteamérica, haciendo notar con sus interpretaciones jurisdiccionales, que el control de leyes secundarias frente a las leyes fundamentales no necesariamente se presentan en sistemas con una Constitución, pues existen casos en los que aún sin contar con ella, pueden identificarse los postulados esenciales de Estados sujetos a los principios fundantes que nutrieron y orientan el sistema normativo, como el caso de Inglaterra, que ante la eventual confrontación que pudiera existir con la generación de nuevas leyes se atiende el derecho primigenio o fundamental.

Se ha visto que el surgimiento de Tribunales Constitucionales erigidos para el específico análisis de la contradicción entre una norma secundaria y la Constitución, tiene como principal demanda la seguridad de que será una autoridad especializada quien pueda llegar a determinar con puntualidad, si una norma es acorde al sistema constitución o bien existe una

necesidad para prescindir de la existencia de dicha ley, ante la supremacía que debe reflejar una Constitución rígida.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, es la única autoridad facultada para determinar una interpretación constitucional en materia de control de constitucionalidad, debiendo ser el criterio adoptado por este alto tribunal el que debe prevalecer en el orden jurídico nacional, en el que predomina el control concentrado sobre el difuso reconocido al resto de las autoridades jurisdiccionales del país para inaplicar normas en materia de derechos humanos, reservando los casos de acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y las revisiones de los amparos bajo la especie del control concentrado de constitucionalidad, en nuestro Alto Tribunal.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel, “Sobre Ferrajoli y la superación del Positivismo Jurídico”, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, México, CAJICA, 2009.

BALBUENA CISNEROS, Arminda, *Suprema Corte de Justicia de la Nación y Jurisdicción Constitucional en México*, México, Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, 2005.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 35ª edición, México, Porrúa, 1999.

ESTRADA JUNGO, Víctor Manuel, *La Nueva Ley de Amparo*. Elementos para su estudio y aplicación, México, Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, 2013.

FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, traduc. Perfecto Andrés Ibáñez, et al., en Miguel Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2008.

_____, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, traduc. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

_____, *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*, traduc. Gerardo Pisarello, et. al., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

- , *Epistemología Jurídica y Garantismo*, traduc. José Juan Moreso, 4a. ed., México, Fontamara, 2011, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.
- , “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, traduc. Pilar Allegue, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, México, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 5ta. Ed., México, Porrúa-U.N.A.M., 2007.
- GARCÍA MERINO, Fabiola y GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA, Francisco A., *Proceso de Inconstitucionalidad*, Lima, Grijley, 2009, Prácticos de Procesos Constitucionales.
- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho Constitucional*, 8va. ed, México, Porrúa, 2003.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, “La Interpretación Constitucional de los tratados Internacionales. El Caso de México”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), t. II, *Interpretación Constitucional*, México, Porrúa, 2005.
- SILVA MEZA, Juan, “La Interpretación Constitucional en el Marco de la Justicia Constitucional y la Nueva Relación entre Poderes”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), t. II, *Interpretación Constitucional*, México, Porrúa, 2005.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 32da. ed., México, Porrúa, 1998.
- VEGA HERNÁNDEZ, Jose Rodolfo Arturo, “La Defensa y el Control Constitucional”, en José de Jesús Gudiño Pelayo, et. al. (coord.), *Controles Constitucionales*, México, FUNDAP, 2005, colección Constitucionalismo y Derecho Público, Estudios.

EL DERECHO INTERNACIONAL ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

*José Ángel Méndez Rivera*¹

*Antonio Olguín Torres*²

*En homenaje a nuestro amigo y profesor
Doctor Pedro López Ríos.*

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad existen muchas organizaciones internacionales y organismos no gubernamentales (ONG's) que han impactado el desarrollo de un conjunto de normas administrativas de carácter global que modifican al Estado en su aspecto administrativo en diversas áreas como comercio, regulación financiera, salud pública, y el medio ambiente.³ Estos debates nacionales sobre el derecho administrativo han incrementado su significado en relación con el derecho internacional. Aunque éste tradicionalmente ha regulado las conductas de los Estados y de las organizaciones internacionales, en la actualidad se reconoce que el derecho internacional también regula los conflictos entre individuos y Estados, sea que pertenezcan a su propio Estado o a uno extranjero.⁴

Consecuentemente, se viene considerando en la doctrina el fin de la era Hobbesiana de las relaciones internacionales y el surgimiento de una en la

¹ Profesor Investigador de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima, titular de la materia de Derecho Ambiental y líder del Cuerpo Académico Derecho Constitucional y Derechos de la Tercera Generación de la misma Unidad Académica.

² Doctorando en Derecho del programa académico del Doctorado Interinstitucional en Derecho de la Región Centro-Occidente de la ANUIES, inscrito dentro del PNPC del CONACYT, Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato.

³ BARAK-EREZ Daphne y PÉREZ, Oren, "Whose Administrative Law is it Anyway? How Global Norms Reshape the Administrative State", *Cornell International Law Journal*, Vol. 46, 2013, p. 455.

⁴ HEPBURN, Jarrod, "The Duty to Give Reasons for Administrative Decisions in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, Julio 2012, p. 642.

que predomine *the rule of law*. Dentro de estos nuevos desarrollos aparece el Derecho Administrativo Global que abarcando al derecho internacional en particular, parte de la tradición Wesfaliana de la necesidad de una regulación transfronteriza, apoyada por una aspiración normativa de un estado de derecho global.⁵

Las formas jurídicas, la doctrina, los principios y las instituciones propias de este nuevo derecho internacional administrativo, se encuentran en construcción para efecto de encontrar aquellas instituciones administrativas, que siendo propias del derecho interno, sean susceptibles de aplicación en el ámbito internacional; tal es el caso de la rendición de cuentas, la transparencia, proporcionalidad, la fundamentación y motivación de los actos administrativos internacionales, entre otros. Y obviamente existe la necesidad de conferir a este nuevo derecho una legalidad (que es derecho y que no lo es), así como una legitimidad (es decir, cuales son los fundamentos democráticos de este derecho).⁶ Esta idea se ha conjuntado en un proyecto conocido como GAL⁷ (Derecho Administrativo Global por sus siglas en inglés) que siendo acuñado en la Universidad de Nueva York, se ha extendido al mundo entero, incluyendo Latinoamérica.

Por ende, el Derecho Administrativo Global (que más bien es Internacional Administrativo), “podría ser considerado como uno de los principales marcos analíticos y teóricos sobre la gobernanza global”.⁸ De tal suerte que una regulación administrativa de carácter mundial requiere que el Estado ceda ciertas funciones administrativas a organizaciones internacionales, que anteriormente eran consideradas de la exclusiva competencia de los entes estatales; esta es una nueva realidad que hay que enfrentar como resultado de un proceso de globalización, no sólo económica sino también jurídica para determinar los procesos decisorios al interior de las administraciones públicas de los Estados en un contexto global⁹ con el ob-

⁵ KUO, Ming-Sung, “The Concept of “Law” in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury”, *The European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 4, 2010, p. 997.

⁶ *Idem*.

⁷ Global Administrative Law

⁸ RATTON SÁNCHEZ, Michelle, “El Proyecto “Derecho Administrativo Global”: Una reseña desde Brasil”, *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, núm. 24, Marzo 2010, p. 4.

⁹ BARAK-EREZ, Daphne & Perez, Oran, *Op. Cit.*, nota 3, p. 455.

jetivo de “plantear nociones y conceptos jurídicos comunes a los diferentes Estados”.¹⁰

De esta manera, el desarrollo del Derecho Internacional Administrativo relacionado con el Derecho Internacional Ambiental entran en el campo de lo que se conoce como la “globalización del derecho”, pues ambas áreas se encuentran íntimamente relacionadas para buscar soluciones comunes a problemas ambientales globales como la pérdida de la biodiversidad o el sobrecalentamiento global; entendiéndose por “globalización del derecho”: “El movimiento de armonización de los sistemas jurídicos a través del cual se formulan nociones comunes que permiten dar respuesta homogéneas a las necesidades jurídicas transnacionales introducidas por el fenómeno de la globalización”.¹¹

La interacción entre ambas ramas del derecho internacional (administrativo y ambiental) se ha dado bajo tres diferentes áreas de influencia: a) la sustitución de la discreción administrativa nacional por estándares globales en materia ambiental como el relacionado con la elaboración de estudios de impacto ambiental; b) el surgimiento de estándares universales de debido proceso administrativo como el del monitoreo e información de actividades con posibles repercusiones ambientales transfronterizas, y c) la transferencia global de responsabilidades coercitivas para hacer efectivas las medidas de limpieza de la contaminación causada en caso de que ésta trascienda fronteras o afecte un área fuera de la jurisdicción estatal.¹² Es decir, las actividades estatales cada vez son influenciadas por un mayor y creciente número de actividades, parámetros o estándares internacionales ambientales que les obligan a modificar sus propias estructuras internas o a crear leyes, instituciones y agencias conforme a las determinaciones elaboradas por organizaciones internacionales especializadas en materia ambiental.

Lo mismo ha sucedido con la creación de las áreas marinas protegidas, pues una organización no gubernamental como la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) en el año de 1988 en el seno de la Conferencia de las Partes (COP) celebrada en San José, Costa Rica, sugirió la creación de áreas geográficas determinadas de protección de la biodiversidad, recomendación que en los años noventa fue implementada por los Estados, modificando su legislación, estructuras y creando agencias

¹⁰ RINCÓN-SALCEDO, Javier G., “La Noción de “Servicio de Interés General”: Un Elemento Jurídico de Base para la Construcción de un Derecho Global”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 11, Mayo de 2008, p. 206.

¹¹ RINCÓN-SALCEDO, Javier G., *Op. Cit.*, p. 208.

¹² BARAK-EREZ, Daphne & PEREZ, Oran, *Op. Cit.*, p. 461.

y organismos especializados que atendieran estas recomendaciones internacionales.

Esta nueva realidad pone en entredicho el clásico paradigma del derecho administrativo consistente en que coloca a las *regulatory responsibilities solely within the administrative agencies of the state*.¹³ Es decir, el paradigma consistente en que el Estado es el único ente que puede determinar responsabilidades regulatorias ha sido abandonado para en su lugar desarrollarse uno nuevo en el que tanto el Estado como las Organizaciones Internacionales (PNUMA-ONU) y Organismos No Gubernamentales (UICN) participan conjuntamente en su determinación, a veces, incluso, estos dos últimos por encima del primero.

Estamos en una creciente intervención internacional en las actividades que en su momento se consideraron de competencia exclusiva de los Estados en el clásico concepto de soberanía estatal, sin embargo, en la medida en la que el Estado esté en posibilidad de implementar dichos estándares internacionales en materia ambiental, se podrá apreciar un mayor nivel de coordinación entre normas nacionales y normas internacionales relacionadas con el derecho administrativo y ambiental; además habrá una mayor coordinación en la emisión de actos por parte de las agencias tanto nacionales como internacionales en materias específicas como lo es el medio ambiente.

Tratar el derecho internacional ambiental en conjunción con el derecho internacional administrativo es una aproximación metodológica conocida como *the sector-specific approach*¹⁴ que es un método que busca realizar un análisis e interpretación del derecho en forma conjunta pero de manera sectorizada o sectorial a efecto de evitar ambigüedades por la diferencia que pudiera existir en el significado preciso, efectos o alcances de las normas y regulaciones administrativas en materia ambiental. Así se trata de identificar un nuevo concepto, sectorizado e identificado con un tema específico: las normas de la administración internacional ambiental.

II. CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL ADMINISTRATIVO

En la doctrina se han usado diferentes términos como: Derecho Internacional Administrativo, Derecho Administrativo Internacional, Derecho

¹³ *Ibidem*, p. 458.

¹⁴ CHATZIMANOLI, Despina, "Sector-Specific and Public Law Approaches to (International) Regulatory Law: A Rationale for the Combined Use of Global Administrative Law and New Governance as Tools for the New "International" Law", *Nordic Journal of International Law*, núm. 77, 2008, p. 219.

Administrativo Global, Derecho Administrativo Globalizado y Derecho Administrativo Transnacional. Ello se debe a que se trata de un derecho “en construcción, que asegura que los poderes públicos globales se ejercen al servicio del interés general global y de acuerdo con la justicia”¹⁵ y sobre el que los cimientos se están formando, alejándose de la posición tradicional doctrinaria que establecía que sólo el moderno Estado podía crear derecho administrativo.¹⁶

Para precisar este concepto, se utilizará el término de Derecho Internacional Administrativo por las siguientes razones:

- a) Como una forma de identificar un área especializada del Derecho Internacional, que en una clasificación original sólo se dividía en Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado, aunque para los autores anglosajones todo el Derecho Internacional es público. *There is only one international law –often called “public” international law.*¹⁷ En la actualidad se ha especializado este Derecho Internacional y ahora se tiene: Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional Financiero, Derecho Internacional Económico, Derecho Internacional en Inversiones y Derecho Internacional Administrativo, entre los más importantes.
- b) Como una forma de identificar aquellas normas, que surgiendo en el ámbito internacional, tienen impacto al interior de los Estados, mediante la adopción de parámetros, regulaciones y creación de agencias, instituciones y normas nacionales por la influencia de una norma internacional. En la idea kelseniana de “un orden jurídico supraordinado a los órdenes estatales”,¹⁸ y
- c) Como una forma de identificar las organizaciones internacionales y organismos no gubernamentales que crean esas disposiciones administrativas que sin ser categorizadas propiamente en las fuentes del derecho internacional establecidas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte

¹⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Los Principios del Derecho Global de la Contratación Pública”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 66, 2011, p. 30.

¹⁶ CHATZIMANOLI, Despina, *Op. Cit.*, p. 221.

¹⁷ KUNZ, Josef L., “The Systematic Problem of the Science of International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 53, núm. 2., abril de 1959, p. 379.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, 16a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 334.

Internacional de Justicia se convierten en parámetros de referencia obligada para las instituciones o agencias nacionales.

Es así que las organizaciones internacionales al llevar a cabo negociaciones jurídicas internacionales en la forma de Congresos, Conferencias, Reuniones, Consejos, Comisiones, entre otros, adoptan determinaciones de carácter general que ejercen una influencia notable en las disposiciones administrativas que se tienen en el interior de los Estados; es decir, existe una evidencia empírica de la presencia de estas disposiciones administrativas internacionales en el interior de los Estados.

Por esta sola circunstancia, las actividades que en su momento realizaba el Estado en forma exclusiva sin la participación de otros entes, se reducen considerablemente, al existir la obligación de adoptar estos nuevos estándares internacionales al interior del Estado, reduciendo con ello su capacidad de decisión única sobre ciertas materias o áreas en las que el propio Estado, en ejercicio de su poder soberano, decide participar.

Es así que existen diversas formas de denominar a este nuevo derecho internacional administrativo, una de ellas es la que lo conceptualiza como un Derecho Administrativo Internacional y que se refiere al conjunto de “reglas, procedimientos e instituciones a través de las cuales las organizaciones internacionales tratan las controversias laborales y otros asuntos internos”.¹⁹ Este concepto se considera rebasado pues solo trata de regular las relaciones propias de una “administración internacional”, es decir, entre instituciones internacionales y entre actores administrativos nacionales cuando tiene una actuación transfronteriza.²⁰ Además, esta definición es reducida en su conceptualización por que sólo hace referencia al ámbito laboral y deja de lado otros temas importantes como el financiero, económico y por supuesto, el ambiental.

Otro término es el que se denomina como Derecho Administrativo Global (GAL) que se refiere a:

[A]quel que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la rendición de cuentas de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de

¹⁹ KINGSBURY, Benedict *et al.*, “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global”, *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, núm. 24, marzo de 2010, p. 76.

²⁰ KUO, Ming-Sung, “Between Fragmentation and Unity: The Uneasy Relationship Between Global Administrative Law and Global Constitutionalism”, *San Diego International Law Journal*, Vol. 10, 2009, p. 444.

transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban.²¹

Aunque en la mayoría de los artículos analizados para la elaboración de este artículo, se utiliza con frecuencia el concepto de GAL ya referido, particularmente se considera que es muy amplio, pues no solamente incluye a las disposiciones que se encuentran en un tratado, sino también a todos aquellos estándares administrativos de carácter informal (llamadas regulaciones) que sin ser propiamente normas del derecho internacional convencional, si obligan tanto a los Estados, como a las organizaciones internacionales, organismos no gubernamentales e inclusive a los individuos. Al ser tan general, es difícil de conceptualizar, y más bien tiene un rol integrador,²² por lo que se insiste en la denominación de Derecho Internacional Administrativo, con una sólida base normativa de derecho internacional positivo. Tan es así que Kingsbury, uno de los creadores de este concepto, reconoce la complejidad de determinar el concepto de law en la definición de GAL, al señalar que se tiene que hacer una cuidadosa elucidación del concepto de derecho que está implicado en lo que se entiende como GAL.²³

Inclusive, cuando en el análisis del GAL se busca resolver los problemas jurídicos en torno a la solución de los posibles conflictos que pudieren existir entre distintos sistemas jurídicos en un espacio descentralizado de administración global como lo señala Kingsbury, se busca hacerlo recurriendo a las clásicas doctrinas de conflictos de leyes (*lex fori, lex causae y tercera escuela: dritte schule*) que son propias del Derecho Internacional Privado,²⁴ desarrollado bajo un sistema formal y positivo de derecho internacional. De tal suerte que la concepción del derecho administrativo global descansa en la interpretación del derecho y en la correcta aplicación de las doctrinas de conflicto de leyes.²⁵

Particularmente, se conceptualiza al derecho internacional administrativo como un conjunto de normas y regulaciones creadas por la acción de conferencias y comisiones internacionales que regulan las relaciones y actividades de las agencias nacionales e internacionales con respecto a los

²¹ KINGSBURY Benedict *et al.*, *Op. Cit.*, p. 76.

²² KUO, Ming-Sung, *Op. Cit.*, p. 1001.

²³ KINGSBURY, Benedict, "The Concept of "Law" in Global Administrative Law", *The European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 1, 2009, p. 26.

²⁴ PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado*. Parte General, 9a. ed., México, Porrúa, 2011, pp.225-229.

²⁵ KUO, Ming-Sung, *Op. Cit.*, p. 1002.

intereses materiales e intelectuales sobre los que han recibido autoridad de una organización universal.²⁶

De esta definición se desprenden dos puntos de análisis a considerar. Por un lado, se trata de un conjunto de normas y regulaciones. El concepto de “norma” es para considerar a la fuente principal del derecho internacional señalada en el primer párrafo inciso a) del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en lo que corresponde a los tratados, que es la fuente formal convencional que los Estados y organizaciones internacionales acuerdan para efecto de regular su interacción mutua y adoptar en su interior, mediante la adopción o modificación de su legislación interna, las disposiciones normativas internacionales acordadas. Esto es lo que se conoce como el *hard law* del derecho internacional.

Pero este concepto utiliza otra palabra “regulaciones”, es decir, habla de dos cosas diferentes al utilizar la conjunción copulativa “y”, consecuentemente, este concepto hace referencia a las diversas disposiciones administrativas, que sin derivarse propiamente de un tratado, son adoptadas en el seno de conferencias, comisiones o congresos relacionados con un tema específico, como lo puede ser la protección de la biodiversidad marina, en la forma de estándares, parámetros, reglas, disposiciones generales, etc., que son conocidos en la doctrina como el *soft law*. Este tipo de regulaciones son especializadas, generalmente de carácter técnico y focalizadas a un tema en particular.

Consecuentemente, las normas internacionales administrativas que tienen un impacto sobre las instituciones administrativas nacionales, se derivan tanto de los tratados como de los estándares fijados por las organizaciones internacionales y organismos no gubernamentales especializados en un tema; ambos tipos de normas tienen por finalidad ejercer una gobernanza global sobre un tema, como lo es el medio ambiente, a efecto de crear reglas de actuación universales, tal es el caso del GRI (*Global Reporting Initiative*) que es una organización internacional líder en el establecimiento de mecanismos de reporte ambiental.

Estas normas internacionales llegan al ámbito nacional de los Estados a través de dos vías: a) por un lado, las autoridades administrativas adoptan

²⁶ REINSCH, Paul S., “International Administrative Law and National Sovereignty”, *The American Journal of International Law*, vol. 3, núm. 1, enero de 1909, p. 5. *defining it as that body of laws and regulations created by the action of international conferences or commissions which regulates the relations and activities of national and international agencies with respect to those material and intellectual interests which have received an authoritative universal organization.*

los estándares desarrollados por organizaciones internacionales, lo cual se hace a través del desarrollo de legislación secundaria, o bien, de directrices administrativas; y b) adopción voluntaria de estándares internacionales elaborados por organizaciones no gubernamentales que tienen la calidad de organismos privados²⁷. Esta última forma de incorporación de directrices internacionales al ámbito nacional es lo que se conoce como *private transnational regulation* que se fundamenta en dos conceptos de autoridad. Una que es una autoridad epistemológica mediante la que se reconoce el conocimiento superior y experto de la organización no gubernamental que elabora las directrices administrativas; y otra, es la autoridad normativa que refleja el reconocimiento de la autoridad de estos organismos para crear normas obligatorias; esta autoridad es apoyada por los tratados internacionales.²⁸

Consecuentemente, se requiere elaborar nuevas vías de incorporación de este nuevo y creciente Derecho Internacional Administrativo al ámbito interno de los Estados, que lo haga legítimo y susceptible de ser “contestado” por los ciudadanos en lo particular (abatir el déficit democrático) sobre todo cuando se trata de normas y regulaciones que siendo elaboradas en el ámbito internacional obligan a las autoridades locales, dado que la globalización ha fomentado un proceso en el que se requiere que *domestic regulators to exercise their discretion according to globally determined decision-frameworks*.²⁹ De lo contrario, pensar en un modelo de Estado moderno ajeno a la globalización o al impacto de las determinaciones internacionales sería irreal, sobre todo cuando el concepto de Estado-Nación ha evolucionado a uno de Estado-Cooperativo en un mundo interconectado y con la existencia de problemas globales que requieren soluciones globales como lo son la pérdida de la biodiversidad, el sobrecalentamiento global o la contaminación transfronteriza, por ello, considerar a las instituciones administrativas de un solo Estado como las únicas que podrían atender dichos problemas, resulta también irreal.

En este sentido se requieren formas innovadoras de gestión gubernamental que incorpore la visión internacional en la visión local y viceversa, que las administraciones nacionales, locales y municipales encuentren una forma de participar en la definición de estándares internacionales. En este sentido, ya se han realizado acercamientos para lograr esto. Por ejemplo el Presidente de los Estados Unidos de América, Barak Obama, apenas en

²⁷ BARAK-EREZ, Daphne & Perez, Oran, *Op. Cit.*, p. 466.

²⁸ *Ibidem*, p. 467.

²⁹ *Ibidem*, p. 486.

el año 2011 presentó una iniciativa denominada como *Open Government Global Partnership (OGP)* con la idea de vincular los procesos administrativos de transparencia y participación nacionales y globales. Textualmente se señala que:

OGP was launched in 2011 to provide an international platform for domestic reformers committed to making their governments more open, accountable, and responsive to citizens. Since then, OGP has grown from 8 countries to the 64 participating countries indicated on the map below. In all of these countries, government and civil society are working together to develop and implement ambitious open government reforms.³⁰

En América Latina se ha venido incorporando esta visión nueva de crear un Derecho Internacional Administrativo con dos ejes de desarrollo “el primero a ser llevado a cabo en el orden nacional/regional, y el segundo en el debate global”.³¹ En el orden nacional/regional se busca “el debate sobre la gobernanza global en sus estructuras e instituciones domésticas y regionales, así como en las culturas jurídicas y políticas de sus países”³² y por lo que toca al debate global se busca discutir la teoría general sobre los modelos de derecho administrativo, conceptos normativos principales y los métodos y procedimientos de rendición de cuentas.³³

Estas propuestas se encuentran fundadas en la necesaria interacción que debe existir entre los gobiernos en una idea innovadora de crear una *Global Governance* con la participación de todos los gobiernos en la determinación, no solamente de estándares de actuación, que emergiendo en el ámbito internacional puedan ser aplicadas en el ámbito local tomando en cuenta la existencia de tratados internacionales o determinaciones de organizaciones no gubernamentales y organizaciones internacionales, sino también, formas novedosas de participación ciudadana internacional utilizando tecnologías de la información como el diseño de plataformas que hagan posible la transparencia y la rendición de cuentas, propósitos fundamentales de este nuevo Derecho Internacional Administrativo.

³⁰ Open Government Partnership, “What is open government?”, <http://www.opengovpartnership.org/>. 24 de Julio de 2014.

³¹ RATTON, SÁNCHEZ, Michelle, *Op Cit.*, p. 15.

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

III. PROPÓSITOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL ADMINISTRATIVO

En terminos generales, los propósitos de este nuevo Derecho Internacional Administrativo son tres:

Primero: Se busca que las mismas ventajas estén aseguradas para todos los ciudadanos con intependencia de la nación a la que pertenezcan. Esto sólo se puede lograr en la medida en que existan normas y regulaciones susceptibles de ser aplicadas para todos, sean ciudadanos nacionales del propio Estado o de uno extranjero.³⁴

Segundo: Existe un conjunto de actividades administrativas propias de un interés mundial (como por ejemplo la protección del medio ambiente por actividades de contaminación), por lo tanto, debe existir una regulación administrativa de acuerdo a su extensión e importancia. Esta normatividad puede ser completamente nueva a la existente, en la que participen Estados, organizaciones internacionales y organismos no gubernamentales para crear una regulación administrativa obligatoria que incluso propicie la creación o modificación de las normas administrativas nacionales en material procedimental.³⁵

Tercero: Cuando se piensa en un derecho internacional administrativo, se busca una uniformidad y universalidad de la regulación que persiga todos los ideales de los participantes en su creación³⁶. Esto es particularmente importante pues se busca la conformación de un derecho uniforme, con estándares, regulaciones, políticas y normas susceptibles de ser aplicadas a una escala global y en la que se incorporen los sistemas jurídicos de cada Estado relacionados con el derecho administrativo.

Estos tres objetivos buscaran uniformar, simplificar y facilitar la interacción entre las distintas agencias internacionales, principalmente en el ámbito comercial, industrial, médico, farmacéutico, de comunicaciones, laboral, de seguros, de transporte y por supuesto ambiental.

Es decir, para el logro de estos tres grandes objetivos, el Estado deberá tener claro que le conviene más el tener sistemas administrativos internacionales, que desarrollarlos exclusivamente desde una perspectiva nacional.

³⁴ REINSCH, Paul S., *Op Cit.*, p. 6.

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

Inclusive, en la actualidad se les solicita a los gobiernos informes anuales sobre una actividad o tema en específico que estén realizando conforme a determinados estándares internacionales (ejemplos: protocolos de actuación de las autoridades, respeto a los derechos humanos, actividades de prevención del delito, etc.); por lo que está en el propio interés de los órganos del Estado el actuar conforme a estándares internacionales pues de lo contrario serán sujetos de presión pública mundial proveniente de organizaciones no gubernamentales interesadas en el tema (por ejemplo Greenpeace en el tema ambiental, Amnistía Internacional en materia de derechos humanos, etc.), presiones diplomáticas de otros países, negación de créditos internacionales como los que otorga el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, y finalmente, la sanción consistente en la expulsión por violación grave del tratado internacional aplicable en el tema.

De esta manera los reportes que se les solicitan a los Estados son elaborados por los órganos del Estado facultados para ello en el ámbito de su respectiva competencia, quienes en su elaboración, deberán ser cuidadosos, manteniendo el apego a estándares internacionales. Un ejemplo de ello fue el sucedido durante la contingencia ocasionada por la gripe aviar o el virus del AH1N1 en México, en donde la Organización Mundial de la Salud le solicitaba constantemente a los órganos del Estado Mexicano encabezados por la Secretaría de Salud el seguimiento y las medidas de protección a la población que se estaban adoptando, incluyendo aquellas medidas tendientes a evitar que el virus afectara a otros países, pues dicha organización internacional “evaluaba los riesgos globales para la salud y la publicación de advertencias previas”.³⁷

Otro gran ejemplo se da precisamente en la relación que tiene el derecho internacional administrativo con el derecho internacional ambiental en temas relacionados con la protección del ambiente en la que participen tanto instancias nacionales como internacionales en el tema ambiental. Pero ¿qué es el derecho internacional ambiental?

IV. DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

La protección de la naturaleza ha sido una de las grandes preocupaciones de la humanidad en el siglo XXI. Su surgimiento como idea apenas comienza a fines del siglo XX, pero anterior a esa fecha, no se tiene registro de la acción humana para su protección. Aunque la afectación al ambiente

³⁷ KINGSBURY Benedict, *et al.*, *op. cit.*, p. 69.

se da por la misma presencia del individuo, pues “muchas actividades desarrolladas por el ser humano para satisfacer sus necesidades (e.g. petróleo para gasolina) han sido, también, la causa de los daños provocados al ambiente”.³⁸ Es esta nueva visión de la protección de la naturaleza lo que Lorenzetti considera como “paradigmática” pues implica “una cuestión que incide en la etapa del planteamiento de la hipótesis, y es, fundamentalmente una mudanza epistemológica”.³⁹

Al darse a conocer los efectos destructivos sobre la naturaleza y no obstante lo nuevo en el estudio y comprensión de los fenómenos naturales, ha surgido una gran preocupación de la comunidad internacional por proteger al ambiente. Nació un paradigma ambiental que buscaba explicar lo que antes había sido ignorado con un pensamiento científico que buscaba en su método la mejor manera de explicar esa nueva realidad que se estaba viendo con otros ojos, es decir, “sus componentes se vean de un modo nuevo que por primera vez hace posible su solución”.⁴⁰ De esta manera “el paradigma ambiental reconoce como sujeto a la naturaleza, que es un bien colectivo, lo define como escaso o en situación de peligro y está dispuesto a limitar los derechos individuales”.⁴¹

Cuando se utilizan las palabras “derecho ambiental”, se hace referencia, por lo que respecta a la palabra “derecho” a un conjunto de normas imperativo-atributivas que imponen deberes y conceden facultades;⁴² pero cuando se trata de conceptualizar la palabra “ambiente” se empieza a confundir su significado con otras palabras como medio ambiente, ecología, entorno, calidad de vida, etc. En relación al medio ambiente, es preciso atender lo que Raul Brañes señala: “El ambiente debe ser entendido como un sistema, vale decir, como un conjunto de elementos que interactúan en-

³⁸ SOTO FLORES, A., *Bases Constitucionales del Derecho Ambiental Mexicano y Derecho Comparado*, en: M. del C. Carmona Lara y L. Hernández Meza (coords.), *Temas Selectos de Derecho Ambiental*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, Serie Doctrina Jurídica, núm. 60, 2006, p. 325.

³⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*, México, Porrúa, 2008, p. 2.

⁴⁰ KUHN, Thomas Samuel, *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 228.

⁴¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *op cit.*, p. 6.

⁴² GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1990, p. 36.

tre sí, pero con la precisión de que estas interacciones provocan la aparición de nuevas propiedades globales”.⁴³

Entonces, siguiendo lo anterior, en una primera conceptualización el derecho ambiental se define como el conjunto de normas imperativo-atributivas que tienen por finalidad proteger los elementos integrantes del sistema en donde se da la vida. Pero para conocer dichos elementos del sistema, se requiere del conocimiento de otras disciplinas de la ciencia como la física, la química, la biología, la medicina, geografía, zoología, etc., dado que estas otras ciencias permitirán establecer la base sobre la que podrán crearse las normas que tengan por finalidad imponer obligaciones y conferir derechos para la protección de los elementos del sistema, de tal suerte que la ciencia jurídica requiere de las otras ciencias para formular sus reglas.

El derecho ambiental se relaciona con el derecho internacional y éste a su vez con el derecho constitucional de tal suerte que si viéramos todas las normas dentro de la pirámide normativa de *Alfred Merkl* que de manera tan extraordinaria utilizara *Hans Kelsen*, encontraríamos muchas normas que se relacionan en un mismo plano y hacia arriba y hacia abajo de la jerarquía normativa en una construcción monista del derecho.

Con esta idea piramidal de normas, surge el Derecho Internacional Ambiental como una derivación del Derecho Internacional Público de manera relativamente reciente “en tanto su objeto —la legislación (internacional) ambiental— se encuentra en una etapa de construcción de sus principios y de sus técnicas, a la luz de lo que hoy se considera como ambiente y de las exigencias que plantea su protección”.⁴⁴ Debido a la enorme complejidad que adquirieron las relaciones entre Estados y Organizaciones Internacionales, se requirió una especialización del Derecho Internacional Público, surgiendo ramas especializadas como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Económico, el Derecho Internacional Financiero, el Derecho Internacional Administrativo y por supuesto, el Derecho Internacional Ambiental.

En este contexto internacional, la preocupación por la protección del ambiente en lo general, y de la naturaleza en lo particular, fue marcada por el hito que representó la Conferencia Científica de las Naciones Unidas sobre Conservación y Utilización de Recursos que se reunió del 17 de agosto al 6 de septiembre de 1949, sin embargo, no fue sino hasta el 12 de

⁴³BRAÑES, Raúl, *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica y Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, 2000, p. 20.

⁴⁴*Ibidem*, p. 47.

mayo de 1954 cuando por primera vez se firma un tratado internacional ambiental conocido como Acuerdo Internacional para la Prevención de la Contaminación del Mar por Petróleo.

La contaminación del mar por petróleo fue una de las primeras preocupaciones ambientales de la comunidad internacional. La contaminación por hidrocarburos ha estado en la atención científica internacional desde el surgimiento mismo del Derecho Internacional Ambiental como una derivación especializada del Derecho Internacional Público.

Posteriormente, hubo otras dos conferencias internacionales que sentaron las bases del nuevo Derecho Internacional Ambiental. Ellas fueron la Conferencia de Estocolmo de 1972 y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (C.N.U.M.A.D.) también conocida como “Cumbre de la Tierra” o “Conferencia de Río” de 1992.

La primera fue “...el punto de partida de la conciencia mundial para la protección y el mejoramiento del medio ambiente...”,⁴⁵ pues en ella se institucionalizó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (P.N.U.M.A.) y como consecuencia de ello, muchos Estados, entre ellos México, paulatinamente fueron introduciendo en su legislación interna diversas disposiciones tendientes a la consolidación de un nuevo Derecho del Medio Ambiente. Así, “la Declaración de Estocolmo es una de las piedras angulares del derecho internacional ambiental, la cual a su vez ha sido orientadora de los esfuerzos de los Estados participantes a fin de desarrollar legislación y tomar medidas concretas para la creación de instituciones y estructuras que se dediquen a preservar y conservar el ambiente doméstico”.⁴⁶

Exactamente veinte años después, se celebró la otra conferencia internacional conocida como “Cumbre de la Tierra” que se reunió en Rio de Janeiro, Brasil en 1992 y que fue un evento clave para la consagración del nuevo Derecho Internacional Ambiental pues los Jefes de Estado y de Gobierno que participaron firmaron cinco instrumentos internacionales: a) la Declaración de Principios de Río; b) la Agenda 21; c) la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático; d) la Convención Marco sobre la Diversidad Biológica; y e) la Declaración de Principios para un Consenso Mundial Respecto de la Ordenación, Conservación y Desarrollo Sostenible de Bosques de Todo Tipo; que fortalecieron al nuevo derecho internacional ambiental y que dieron pauta a la creación de

⁴⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa*. Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1995, pp. 25-26.

⁴⁶ ACEVES ÁVILA, Carla Delfina, *Bases Fundamentales de Derecho Ambiental Mexicano*, México, Porrúa, 2003, p. 86.

otros acuerdos internacionales con sus respectivas instituciones administrativas internacionales especializadas en el tema ambiental.

De tal manera que los tratados internacionales en materia ambiental generalmente establecen dentro de sus disposiciones las instituciones o agencias administrativas que se encargarán de ejecutarlo. No solamente refieren la existencia de una “administración internacional”, sino que además señalan las autoridades ambientales nacionales responsables de su ejecución. Por ejemplo, la Asamblea General de las Naciones Unidas después de la puesta en vigor de la Declaración de Estocolmo de 1972 creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio ambiente (PNUMA-ONU) que se compone de un Consejo compuesto por 58 miembros y tiene su base en Nairobi; después se creó el Comité Inter Gubernamental sobre Desarrollo Sustentable en 1992, al igual que la Comisión sobre Desarrollo Sustentable compuesto por 53 Estados. Estas administraciones internacionales tienen funciones de supervisión, inspección, reporte, y el establecimiento de estándares, regulaciones y guías conforme a los tratados.⁴⁷

Otras de esas administraciones internacionales propiciadas por la existencia de acuerdos internacionales en materia ambiental, está constituida por las Conferencias de las Partes (COPs⁴⁸) encargadas de la implementación de los tratados al interior del territorio de los Estados y el desarrollo del régimen jurídico que se deriva de los propios tratados.⁴⁹ Particularmente, en materia de protección de la biodiversidad, la COP del Convenio sobre la Diversidad Biológica (COP-CDB) ha jugado un papel muy importante en la determinación de regulaciones adicionales como los Protocolos al Convenio. En otros casos, como en el Convenio de Ramsar sobre humedales, la COP ha especificado algunas de las disposiciones del tratado como por ejemplo el establecimiento del listado de criterios, o bien, ha desarrollado artículos propios de los tratados como sucedió con el desarrollo de los artículos 6, 12 y 18 del Protocolo de Kioto.⁵⁰

La principal actividad de los COP ha sido crear regulaciones (disposiciones administrativas) que especifican las disposiciones de los tratados para efecto de lograr una adecuada implementación y con ello proteger al medio ambiente mediante la creación de instituciones administrativas internacionales y la adopción de normas susceptibles de ser ampliadas en

⁴⁷ SHAW, Malcolm N., *International Law*, 6a. ed., U.K., Cambridge University Press, 2008, p. 846.

⁴⁸ *Conference of the Parties*, por sus siglas en inglés.

⁴⁹ CULLET, Philippe, “Governing the Environment without CoPs- The Case of Water”, *International Community Law Review*, núm. 15, 2013, p. 125.

⁵⁰ *Idem*.

el ámbito interno de los Estados por las dependencias encargadas del tema ambiental.

V. INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL ADMINISTRATIVO Y LA PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE

El surgimiento de la interdependencia entre las naciones, ha impulsado el surgimiento de un Derecho Internacional Administrativo en una gran cantidad de áreas que se consideran globalizadas, una de las cuales es la relacionada a la protección ambiental, ello con la finalidad de incrementar el “alcance y formas de regulación transgubernamental y de la administración diseñada a enfrentar las consecuencias [...] que no pueden ser adecuadamente afrontadas a través de medidas nacionales regulatorias y administrativas aisladas”.⁵¹

De tal manera que a efecto de lograr una adecuada protección del medio ambiente se han ido creando tratados internacionales, regulaciones y directrices de organizaciones internacionales tendientes a atender de manera global e integral la posible afectación al medio ambiente que pudiera surgir al ocurrir una contingencia ambiental. Ello ha propiciado que muchas de las determinaciones nacionales queden supeditadas a las regulaciones internacionales, y por lo tanto, constriñen el marco de actuación de las autoridades administrativas nacionales a los parámetros que les son fijados por instancias internacionales sea que deriven de un tratado (*hard law*) o de una regulación emitida por una organización internacional especializada o un organismo no gubernamental (*soft law*). “Como resultado de ello, se han establecido diversos sistemas transnacionales de regulación o de cooperación más informales, desplazando muchas decisiones regulatorias del nivel nacional al nivel global”.⁵²

De hecho, se reconoce que el surgimiento de la protección ambiental desde el punto de vista administrativo ha sido a partir del impulso de organizaciones internacionales no ambientales como el Banco Mundial (que incluso otorga financiamiento para proyectos relacionados con la protección del medio ambiente como es el caso de la biodiversidad), la Organi-

⁵¹ KINGSBURY, Benedict *et al.*, *Op Cit.*, p. 65.

⁵² *Ibidem*, p. 66.

zación Mundial del Comercio y de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.⁵³

“En el ámbito ambiental, sin duda uno de los más representativos del derecho administrativo global...existe una normativa administrativa global confeccionada...por estructuras y organizaciones nacidas al calor de las grandes declaraciones”.⁵⁴ Es así que, en la actualidad, paulatinamente se han ido creando y desarrollando organizaciones internacionales como la PNUMA-ONU, COP-CBD que han instaurado sus propias estructuras administrativas internacionales de protección al ambiente en una interacción con los gobiernos nacionales; además, han venido surgiendo organismos no gubernamentales como la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) que se han especializado en temas ambientales como el relacionado a la biodiversidad, y que paulatinamente han ejercido una influencia constante en las administraciones nacionales, locales y municipales.

Generalmente, las organizaciones internacionales han surgido al amparo de un tratado que ha propiciado su creación, aunque existen también los organismos no gubernamentales que sin surgir propiamente de un tratado emiten regulaciones subsidiarias, detalladas, derivadas de los tratados y que pudieran llegarse a considerar como una especie de legislación secundaria misma que deberá ser atendida por los gobiernos locales, ello es así porque, por ejemplo:

[L]os reguladores nacionales en materia ambiental que se ocupan de la conservación de la biodiversidad o de las emisiones de gases de efecto invernadero forman a menudo parte de la administración global, como también de la puramente nacional: son responsables de implementar el derecho ambiental internacional para el logro de los objetivos comunes, y sus decisiones conciernen por lo tanto a los gobiernos (y al público) de otros Estados, así como también al régimen ambiental internacional que están implementando.⁵⁵

Pero además, cuando se trata de la protección ambiental, las normas internacionales no solamente van dirigidas a los Estados y organizaciones internacionales que participan en su creación, sino que además buscan regular la conducta de las entidades privadas que pueden contaminar el ambiente, es decir, “lograr ciertos cambios deseados en la conducta pri-

⁵³ *Ibidem*, p. 67.

⁵⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Op cit.*, p. 36.

⁵⁵ KINGSBURY, Benedict, *et al.*, *Op Cit.*, p. 71.

vada imponiendo obligaciones regulatorias en los Estados y supervisando la manera en la cual los estados regulan a los actores privados sujetos a su jurisdicción”. Sobre todo a aquellas empresas que en el desarrollo de una actividad económica pueden ocasionar una afectación a la naturaleza como sería el caso de la extracción del petróleo en aguas profundas tal y como sucedió con la empresa *British Petroleum* en el Golfo de México.

VI. CONCLUSIONES

El Derecho Internacional Administrativo es un derecho en construcción resultado de la creciente interacción entre los distintos sistemas jurídicos nacionales y la aparición de una idea globalizadora del derecho. Sus objetivos, alcances, doctrina y principios requieren del esfuerzo intelectual de la comunidad jurídica que utilizando los elementos propios del derecho administrativo interno de los Estados, sea susceptible de aplicación internacional.

En su construcción, el Derecho Internacional Administrativo se relaciona con muchas otras áreas del derecho, una de ellas es en material ambiental, en la cual, por la propia naturaleza de las contingencias ambientales, como los derrames petroleros, la pérdida de la biodiversidad marina o el sobrecalentamiento global, que no respetan fronteras, las normas jurídicas administrativas de una nación son incapaces de enfrentar los retos que representa una adecuada gestión administrativa, resultando entonces la necesidad de ir conformando un nuevo conjunto de normas que atienda con atingencia y solvencia estos catástrofes nacionales y consecuentemente buscar mecanismos de coordinación entre dos subramas especializadas del Derecho Internacional Público.

El paradigma consistente en que son las administraciones nacionales las únicas capaces de regular sus propias conductas mediante el establecimiento de procesos administrativos al interior del Estado, necesita replantearse ante el surgimiento de situaciones que por su extensión e importancia requieren ser atendidas desde una perspectiva global.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

ACEVES AVILA, Carla Delfina, *Bases Fundamentales de Derecho Ambiental Mexicano*. México, Porrúa, 2003.

- AZUELA, Antonio, "Olor a NAFTA: El caso *Metalclad* y la nueva geografía del derecho mexicano" Congreso Internacional: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 2004.
- BARAK-EREZ, Daphne y PEREZ, Oren, "Whose Administrative Law is it Anyway? How Global Norms Reshape the Administrative State", *Cornell International Law Journal*, vol. 46, 2013, pp. 455-497.
- BRAÑES, Raúl, *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica y Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, 2000.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa*. Argentina, Abeledo-Perrot, 1995.
- CHATZIMANOLI, Despina, "Sector-Specific and Public Law Approaches to (International) Regulatory Law: A Rationale for the Combined Use of Global Administrative Law and New Governance as Tools for the New "International" Law", *Nordic Journal of International Law*, núm. 77, 2008, pp. 217-233.
- CULLET, Philippe, "Governing the Environment without CoPs- The Case of Water", *International Community Law Review*, núm. 15, 2013, pp. 123-135.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1990.
- HEPBURN, Jarrod, "The Duty to Give Reasons for Administrative Decisions in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, julio de 2012, pp. 641-663.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 16a. ed., México, Porrúa, 2011.
- KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico y STEWART, Richard B., "El Surgimiento del Derecho Administrativo Global", *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, núm. 24, marzo de 2010, pp. 60-90.
- KINGSBURY, Benedict, "The Concept of "Law" in Global Administrative Law", *The European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 1, 2009, pp. 23-57.

- KUHN, Thomas S., *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, México, 2012.
- KUNZ, Josef L., “The Systematic Problem of the Science of International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 53, núm. 2, abril de 1959, pp. 379-390.
- KUO, Ming-Sung, “Between Fragmentation and Unity: The Uneasy Relationship Between Global Administrative Law and Global Constitutionalism”, *San Diego International Law Journal*, vol. 10, 2009, pp. 439-467.
- KUO, Ming-Sung, “The Concept of “Law” in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury”, *The European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 4, 2010, pp. 997-1004.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*, México, Porrúa, 2008.
- OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP, “What is the open government partnership?” <http://www.opengovpartnership.org/>. 24 de Julio de 2014.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, México, Porrúa, 2011.
- RATTON SÁNCHEZ, Michelle, “El Proyecto “Derecho Administrativo Global”: Una reseña desde Brasil”, *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, núm. 24, marzo de 2010, pp. 3-17.
- REINSCH, Paul S., “International Administrative Law and National Sovereignty”, *The American Journal of International Law*, vol. 3, núm. 1, enero de 1909, pp.1-45.
- RINCÓN-SALCEDO, Javier G., “La Noción de “Servicio de Interés General”: Un Elemento Jurídico de Base para la Construcción de un Derecho Global”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 11, mayo de 2008, pp. 203-224.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Los Principios del Derecho Global de la Contratación Pública”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 66, 2011, pp. 29-54.
- SHAW, Malcolm N., *International Law*, 6a. ed., U.K., Cambridge University Press, 2008.

José Ángel Méndez Rivera
Antonio Olgúin Torres

SOTO FLORES, A. (2006). *Bases Constitucionales del Derecho Ambiental Mexicano y Derecho Comparado*. En: M. del C. Carmona Lara y L. Hernández Meza de Investigaciones Jurídicas y Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, Serie Doctrina Jurídica, núm. 60.

LA PARTICIPACIÓN ELECTORAL EN EL MÉXICO DE LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA: EL RETO DEL ABSTENCIONISMO¹

*Enoc Francisco MORÁN TORRES**
*Angélica Yedit PRADO REBOLLEDO***

“La apatía política de ninguna manera es un síntoma de crisis en un sistema democrático sino, como habitualmente se observa, un signo de perfecta salud; es suficiente interpretar la apatía política no como un rechazo al sistema, sino como benevolente al indiferencia”.

N. Bobbio

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

El paradigma del ejercicio y tutela de los derechos políticos en un mundo afectado por el fenómeno de la globalización representa uno de los mayores retos para el Estado Moderno. Esto es, la necesaria transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional Democrático de Derecho irroga, entre otros aspectos importantes, el redimensionamiento del concepto de Democracia Adjativa al propio de Democracia Sustantiva.

¹ Colaboración presentada con motivo de la obra colectiva en homenaje al Dr. Pedro López Ríos, Profesor Investigador de la Universidad de Guanajuato, destacado académico y docente comprometido con la enseñanza del Derecho.

* Doctor en Derecho egresado del programa de Doctorado Interinstitucional en Derecho, inscrito en el PNP del CONACYT; Profesor Investigador de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima; Líder del Cuerpo Académico UCOL-CA-87 “Derecho, Cultura y Sociedad”; perfil PROMEP y Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. México.

** Doctora en Derecho por el Instituto Internacional del Derecho y del Estado; Profesora Investigadora de la Universidad de Colima; perfil PROMEP; integrante del Cuerpo Académico UCOL-CA-87 “Derecho, Cultura y Sociedad.”

Sin embargo, en el caso mexicano, la democracia adjetiva o democracia electoral no es un tema acabado y perfecto, sino perfectible en el que se hace necesario incrementar el nivel de cultura democrática del ciudadano e incentivar la participación política y electoral del mismo mediante la estructuración de instrumentos de control que obliguen a la clase política a cumplir con las promesas de campaña no solo ofertadas a nivel discursivo sino registradas como parte de la plataforma electoral.

Lo anterior, sin lugar a dudas, representa apenas una de las tantas tareas que el Estado deberá desarrollar con la finalidad de lograr una mayor participación electoral y abatir los, cada vez más altos, índices de abstencionismo electoral. Por lo que la presente aportación académica versa sobre el análisis de los niveles de abstencionismo desde la elección presidencial del año 1988 hasta la propia del año 2012.

II. ANÁLISIS DEL FENÓMENO DE LA PARTICIPACIÓN ELECTORAL Y LOS NIVELES DE ABSTENCIONISMO

Hablar de participación electoral en nuestro país, considerada pieza clave en la democracia representativa,² no resulta posible si se obvia el abordar al abstencionismo como contraposición en el contexto de la transición democrática. Ello, resulta factible si se analiza que, en las últimas dos décadas, se han presentado una serie de altibajos en los índices de participación y se ha marcado una tendencia, al parecer inevitable, hacia el incremento del abstencionismo³ dado por circunstancias económicas, políticas y sociales propias de un mundo afectado por el fenómeno de la globalización.

Para efectos metodológicos, el estudio del fenómeno del abstencionismo se propone a partir de dos etapas: la primera antes del año 2000, siendo el parteaguas de la transición democrática en México, considerando al partido con mayor número de sufragios para el cargo de Presidente de la República y la segunda, después del año 2000, en la que el desempeño del Presidente en turno fue determinante para que se incrementaran los índices de abstencionismo.

² Instituto Federal Electoral, Estudio Censal de la Participación Ciudadana en las Elecciones Federales de 2012, Dirección Ejecutiva de Capacitación Electoral y Educación Cívica, p. 2, 2013, http://www.ine.mx/docs/IFE-v2/DECEYEC/DECEYEC-EstudiosInvestigaciones/InvestigacionIFE/Estudio_Censal_Participacion_Ciudadana_2012.pdf.

³ Los porcentajes de abstencionismo no pueden pasar desapercibidos por parte de los políticos, ya que con ellos, su proceso de elección se verá fuertemente afectado al cuestionarse su legitimación, poniendo en duda su triunfo.

Respecto a la primera de las etapas mencionadas, *ut supra*, se alude a los procesos electorales de 1988, en el que se dio la intervención de tan solo un poco más de la mitad de los votantes a nivel nacional, es decir se obtuvieron porcentajes del 58.32 %; en el proceso de 1991, el índice llegó a un 39.71 % y para 1994 disminuye con el 24.15 %, pero algo sucede en los comicios de 1997 dando un giro y logrando un 42.33 % de participación electoral⁴.

Después de siete décadas gobernadas por un solo partido político, se da el cambio de poder a otro partido ideológicamente opuesto. Por lo que, el 2 de julio del año 2000, la mayoría de los ciudadanos que emitieron el sufragio otorgaron su consentimiento para que el candidato postulado por un partido político diverso al hegemónico obtuviera el triunfo.

En esa tesitura, se ha discutido en diversos foros que la elección presidencial del año 2000 representó, para unos, la alternancia y, para otros, el inicio de la transición democrática en México. Incluso se habla de que dicho cambio denota la madurez del electorado y la llegada de la Democracia a nuestro país.⁵ ¿Será acaso una necesidad de tener un instrumento que nos indique como ser un verdadero ciudadano? o de acuerdo como lo cuestiona Robert Dahl: si necesitamos realmente una guía para la democracia?⁶

Un punto importante que debe de ser tomado en cuenta es la exigencia que la sociedad día con día va acumulando, exigencia enfocada en la obtención de la igualdad, en otras ocasiones es para la búsqueda de la justicia, y, en otras tantas, materializada en la participación electoral, en términos de Robert Dahl, tendremos competencia cívica, ¿de qué otro modo se puede garantizar la igualdad sino es teniendo las mismas posibilidades de que nuestras demandas sean escuchadas por quienes detentan el poder a las facilidades para conseguirla?⁷

⁴ No puede pasar inadvertido en los procesos electorales de 1998, 1991 y 1994 los índices de abstencionismo fueron aumentando.

⁵ Desde el punto de vista de los autores, el año 2000 representó la alternancia en el Ejecutivo Federal y el inicio de la transición democrática en México. Puesto que desde la segunda mitad del siglo XX se iniciaron, en nuestro país, una serie de reformas constitucionales y legales que coadyuvaron al redimensionamiento de la cultura democrática del ciudadano así como el diseño, construcción y fortalecimiento de las instituciones. Esto es, se estableció, en términos de Giovanni Sartori, la ingeniería constitucional que soportara dicha transición.

⁶ Cfr. DE LA PAZ, Gabriela, "Reseña de la democracia: una guía para los ciudadanos, de Robert Dahl", *Revista de Humanidades: Tecnológico de Monterrey*, México, núm. 09, 2000, pp. 315 - 319.

⁷ DE LA PAZ, Gabriela, *Op Cit.* p. 316.

Máxime si dicha participación o competencia cívica es incentivada por la propia autoridad electoral. Al respecto, el entonces Instituto Federal Electoral IFE estableció que la participación en cada una de las Entidades Federativas fue variable, hubo un importante incremento comparado con las elecciones de 1994 señaladas como las elecciones donde hubo mayor participación de la ciudadanía. Sin embargo, las autoridades electorales, conforme van organizando las elecciones de 2003 y 2006, cada vez se muestran más preocupadas por el incremento del abstencionismo y la promoción de algunas organizaciones civiles promoviendo el voto en blanco como señal de protesta para los candidatos en los distintos cargos de elección popular.

En ese sentido, no puede pasar inadvertido que durante la elección intermedia de 2009, los consejeros generales del entonces Instituto Federal Electoral así como autoridades eclesióstias, motivaron a participar en las jornadas electorales, argumentando que son los ciudadanos abstencionistas quienes tienen la responsabilidad de que el resto de la población elija a un gobernante a quien no podrán exigir el cumplimiento de sus compromisos de campaña, o bien, que fomentar el abstencionismo llevaría al país al fracaso democrático.⁸

En el año 2000 la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, en términos de participación electoral arrojó los siguientes datos: de los 58'762,737 ciudadanos inscritos en la lista nominal, tan solo se obtuvo el 63.97 %, es decir que emitieron sufragio 37'601,268 y el 36.03 % correspondiendo exactamente la cantidad de 21'181,469.

Respecto al año 2003, en la elección de diputados federales por el principio de representación proporcional, es perceptible que los índices son muy variados a los anteriores, claro la influencia de que en este proceso no se elige presidente de la República es una vertiente que hace disminuir la participación de la ciudadanía, quizá por la idea de que nos es tan importante el cargo como para que puedan influir en dicha decisión.

La abstención en el referido proceso electoral se vio ensombrecida por el abstencionismo de una manera alarmante ya que de las 32 entidades federativas 15 de ellas tienen un índice de abstencionismo superior al 60 %, las cinco con mayor índice son: en primer lugar Baja California con el 68.75 % equivalente a 1'216,328 votos, es decir que solo 552,936

⁸ Cfr. WONG, Alma Paola y ESCALANTE, Jorge, "Advierten obispos freno a la democracia", *Diario Reforma*, México, D.F. 8 de junio de 2009, <http://vlex.com/vid/204756379>, enlazado con <http://reforma.vlex.com.mx/vid/advierten-obispos-freno-democracia-204756379>.

personas sufragaron, en Chiapas con el 68.19 % significando con ello que 1'576,790 personas no participaron en la jornada electoral.

Por su parte, el estado de Coahuila tuvo el 66.75 % equivalentes a 1'031,756 ciudadanos que no asistieron a emitir su voto; Guerrero, ocupa el cuarto lugar con un índice porcentual del 66.72 % los cuales significan 1'272,355 faltantes y en quinto lugar localizamos a Tlaxcala con la abstención de 419,810 personas significando en índices porcentuales el 66.57 %. Si a esta información agregamos las entidades que obtuvieron un índice porcentual superior al 60 estamos hablando que más de la mitad de la ciudadanía a nivel nacional lo cual lo vemos reflejado como el 58.32 % de abstencionismo en toda la república mexicana.⁹

El año 2006 marcó un incremento en la participación ciudadana comparada con el proceso electoral intermedio, en el que las entidades con mayor grado son Tabasco con el 68.22 % equivalentes a 911,113 votos, segundo lugar le corresponde al Distrito Federal en el que obtuvo el 68.05 % de votos los cuales son 4,8329,285, en tercer lugar se ubica Yucatán con 789,155 votos equivalentes al 66.95 %, en cuarto lugar localizamos a Campeche con el 64.67 % que se refleja con los votos de 312,522 personas y en quinto lugar ubicamos a Querétaro con el 63.92 % equivalentes a 660,384 votos.

Como podemos observar en las cifras anteriores la entidad federativa que repite prácticamente en los tres periodos electorales es el estado de Querétaro, considerándose como el estado con mayor participación ciudadana, indicándonos el grado de compromiso que tiene la sociedad en la intervención de la elección de nuestros gobernantes. Sin duda un ejemplo para el resto de las entidades.

A continuación observamos el total de las entidades con sus diferentes índices de votantes así como de las abstenciones que en cada uno de los procesos se señalan:¹⁰

Aguascalientes consiguió inhibición del voto en un 33.28 puntos en el año 2000, para el siguiente periodo electoral se incrementó ganando terreno con 58.43 por ciento; en 2006 decayendo con 17.25 puntos porcentuales mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

⁹ Instituto Federal Electoral, Gráfica de La participación Ciudadana en las elecciones de 2003, elección de diputados federales por el principio de representación proporcional, http://www.ife.org.mx/documentos/wwworge/part2003/nacional/nac_t.html.

¹⁰ Datos obtenidos de la participación ciudadana en las elecciones federales de 200, 2003 y 2006 así como del Estudio Censal de la Participación Ciudadana en las Elecciones Federales de 2012 realizado por la Dirección Ejecutiva de Capacitación Electoral y Educación Cívica en el año 2013, <http://www.ife.org.mx>.

Baja California se observa que existe una diferencia entre el año 2000 y el 2003 de 26.3 por ciento señalando que en el año 2003 fue donde mayor abstención se advirtió, para el 2006 la abstención obtenida fue de 53.03 puntos porcentuales mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación bajo.

Baja California Sur señala una heterogénea participación de la ciudadanía, ya que en el primer año comparado el porcentaje que logró fue de 67.18 puntos, nivel que descendió en el siguiente proceso electoral alcanzando 37.52 y en el año 2006, obtuvo 54.81 puntos porcentuales mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

Campeche al igual que el anterior estado nos indican una importante participación de la sociedad civil alcanzando en el año 2000 un porcentaje de 67.86, en el año 2003 fue de 62.13 puntos y en el siguiente periodo de 64.67 por ciento, es una muestra clara del compromiso de la ciudadanía en el proceso de elección de las autoridades que gobiernan el país así como de su entidad mientras que en relación con la participación estatal tuvo un nivel de participación medio.

Coahuila apunta un 41.4 por ciento de abstencionismo en el proceso electoral del año 2000, para el siguiente periodo electoral mostró un incremento de 25.38 puntos porcentuales y en el año 2006 la participación ciudadana reveló una intensificación de 54.45 para que la inhibición del voto cerrara en 45.55 puntos porcentuales mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación alto.

Colima logra en el primer año de nuestra tabla comparativa un alto porcentaje de participación ciudadana ya que consigue 66.33 por ciento cuestión que disminuye en el siguiente proceso electoral de 2003 en el que obtiene 55.3 puntos; en el proceso 2006, el abstencionismo es de 37.09 por ciento. Es una de las entidades con mayor participación ciudadana a nivel nacional. Sin embargo, para el 2012 en relación con la participación estatal tuvo un nivel de participación medio.

Chiapas en el 2000 obtuvo 47.81 puntos porcentuales de abstencionismo y en el año 2003 aumentó un 20.38 por ciento y en el 2006 rompe la línea porcentual la inhibición del voto con 50.94 puntos mientras que en relación con la participación estatal en 2012 en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

Chihuahua tiene en el año 2000 un abstencionismo de 47.8 por ciento, en el 2003 se elevó ese índice al 65.2 por ciento y ya para el proceso electoral de 2006 disminuye el porcentaje del abstencionismo al 51.24 puntos, no deja de ser una de las entidades que menos participación electoral tiene a nivel federal mientras que en relación con la participación estatal en 2012 en 2012 tuvo un nivel de participación bajo.

Distrito Federal se mantiene entre los índices más altos de participación ciudadana, en el año 2000 en donde consiguieron un 29.41 en abstenciones, los cuales en el siguiente periodo electoral se incrementó hasta alcanzar 59.06 puntos porcentuales y en 2006 debilita ese porcentaje para quedar en 31.95 por ciento mientras que en relación con la participación estatal en 2012 en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

Durango indica un abstencionismo del 41.97 por ciento en el año 2000, ascendiendo en el año 2003 para alcanzar el 61.65 puntos, hace una diferencia de poco más de 19 puntos porcentuales, en el año 2006, hubo una disconformidad de 16.02 puntos porcentuales menor que en el año 2003 mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

Guanajuato es una de las entidades en donde la participación alcanza un porcentaje de 66.71 en el año 2000, para el 2003, el abstencionismo obtenido fue de 51 por ciento de la lista nominal y en el año 2006 indicó un abstencionismo de 42.74 puntos porcentuales mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación bajo.

Guerrero es la entidad en donde a pesar de tener poca participación ciudadana se mantiene un poco más o un poco menos de la media en puntos porcentuales, ya que en el año 2000 alcanzó un abstencionismo del 45.85 por ciento, en 2003 existió un crecimiento de 66.72 puntos porcentuales, puntos que disminuyeron en el 2006 de manera mínima obteniendo un 53.53 por ciento mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación bajo.

Hidalgo en la misma situación que otras entidades, señala una participación menor en el proceso electoral del año 2003 conquistando un 38.51 por ciento y en el proceso electoral anterior indica un 38.20 puntos porcentuales de abstencionismo, en el año 2006 la colaboración ciudadana ascendió a 58.31 por ciento, es decir que únicamente el 41.69 por ciento de la población electoralmente activa evitó emitir su voto por candidato alguno mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación alto.

Jalisco observa una diferencia mínima en los porcentajes ya que en el año 2003 que es el de mayor abstencionismo consiguiendo un marcaje de 45.55 puntos, muy cerca del año 2000 con 31.79 y para el 2006 obtuvo un 38.23 por ciento mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

México al igual que otras entidades indica el mismo fenómeno, en el año 2003 engrosa el porcentaje con más de 25 puntos porcentuales sobre los años 2000 y 2006 mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

Michoacán obtuvo una importante intervención de la sociedad ya que en el periodo 2000 solo dejan de votar el 39.21 por ciento, cifra que casi logra duplicarse en el año 2003 ascendiendo al 65.62 por ciento; en 2006 degradación fundamental para conseguir un 49.36 puntos porcentuales mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación bajo.

Morelos la tendencia de retraerse a la votación en el año 2000 consiguió 34.67 puntos porcentuales para el 2003 hubo un importante incremento el cual obtuvo un 51.77 puntos, y en el siguiente año electoral alcanzó atenuar esas cifras con un 39.73 por ciento mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

Nayarit se inhibió la ciudadanía votar en mayor número en el proceso electoral de 2003, con un alto porcentaje que advirtió el 62.66; es decir que en el año 2000 se abstuvieron el 37.3 por ciento y en 2006 reveló un 45.72 puntos porcentuales mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

Nuevo León exhibe un porcentaje alto de participación, para que los puntos porcentuales de abstencionismo para el año 2000 de 63.47 puntos, en el año 2003, el abstencionismo marcó 46.7 por ciento, lo que nos indica que está cerca de la media entre participación ciudadana y el abstencionismo; en 2006 muestra una disminución en los sufragios con un 39.98 por ciento mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación bajo.

Oaxaca presenta el fenómeno del abstencionismo muy alto en el año 2003 con un porcentaje del 61.04 por ciento alejándose del año 2000 con 19.75 puntos menos de diferencia que aquél año y en el año 2006 con un porcentaje casi igual al anterior, es decir que consiguió 41.92 por ciento de abstencionismo mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

Puebla tiene una muy buena participación ciudadana en el periodo electoral 2000 ya que en el primer periodo electoral de nuestra tabla consiguió el 62.55 por ciento, en el 2003, el fenómeno del abstencionismo estuvo muy marcado, ya que fue de 62.32 por ciento y para la jornada del 2006 solo logró el 42.26 por ciento de abstencionismo mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación alto.

Querétaro presenta una participación ciudadana en el proceso electoral del año 2000 alta con un 70 por ciento, dando un 30 por ciento de abstencionismo, para el año 2003, la participación ciudadana disminuyó un 13.9 por ciento y en el año 2006, el abstencionismo alcanzó un porcentaje de 36.08, es así como se observa reflejada la incidencia participativa de la ciudadanía para que en este tercer año en donde se marcan las elecciones presidenciales, hayan sufragado los queretanos mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

Quintana Roo 28.55 es la diferencia en porcentaje del proceso electoral de 2000 y 2003, en cambio para 2006, existe una pequeña disminución del abstencionismo llegando hasta el 42.93, es decir disminuye en relación con el proceso anterior un 23.55 por ciento mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

San Luis Potosí, es una entidad en donde el proceso electoral 2003, presenta mayor índice de abstencionismo con una 18.11 por ciento más que en el proceso 2000 y en el 2006, disminuye un 14.77 por ciento mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

Sinaloa el abstencionismo es menor en este estado, ya que tiene la mínima diferencia entre los años electorales de 2000 y 2006, el cual es de 3.34 por ciento, y en 2003, el cual aumentó fue de 15.7 por ciento mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

Sonora la diferencia de las abstenciones entre el año 2000 y el 2006, es mínima, ya que se trata de un 7.79, caso contrario a lo que sucedió en el año 2003, que es de 47.41 siendo de los más bajos porcentajes de abstencionismo considerando regularmente constante a los ciudadanos que no sufragaron mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación bajo.

Tabasco en éste estado el año porcentaje de abstencionismo se da en el año 2003, logrando un índice mayor al de la mitad de la lista nominal, es decir, que para el año 2000 el abstencionismo fue de 37.28 por ciento en cambio para el 2006 disminuyó para casi igualar el porcentaje con un 31.78 por ciento, siendo una de las entidades en que en este último periodo electoral el abstencionismo sea menor al del año 2000 mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

Tamaulipas las variantes de abstencionismo son menos holgados ya que la diferencia entre el primer periodo electoral donde no se elige presidente de la república es de 22.8 puntos porcentuales, en cambio hacia el año 2006, se incrementa hasta lograr un 44.91 por ciento de las abstenciones mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

Tlaxcala en el primer proceso electoral de nuestra tabla tiene un abstencionismo del 37.98 por ciento, en donde la participación y para el periodo de 2006 casi logra duplicarse con un 66.57 por ciento, en donde logra remontar un poco le porcentaje negativo de abstenciones es en el periodo 2006, llegando a disminuirse poco más de 24 puntos porcentuales, indicándonos que la ciudadanía opta por votar más cuando se elige al ejecutivo federal mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación alto.

Veracruz es una entidad en donde la participación ciudadana confrontándola con otras entidades federativas, el incremento del abstencionismo aumentó en el periodo electoral del 2003 con un 57.21 por ciento, en el proceso electoral anterior obtuvo mayor participación de la sociedad logrando un abstencionismo del 36.81 y en 2006, consiguió un incremento mínimo puesto que hay una diferencia menor a 3 puntos porcentuales, indicándonos que cuando existe elección para presidente de la república la ciudadanía se incentiva y acude a las urnas a sufragar mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación alto.

Yucatán es la entidad que mayor participación tiene a nivel federal con un importante aumento en el abstencionismo ya que si bien en el proceso electoral de 2000 es muy bajo con un 28.04 por ciento, en el siguiente proceso intermedio aumentó al 50 por ciento de la participación ciudadana, es decir que la población tuvo menos participación en el siguiente periodo electoral, para el año 2006, el abstencionismo disminuyó hasta lograr un 33.05 por ciento, dando un importante revés a la apatía electoral y la ciudadanía incrementando su ejercicio al voto mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación alto.

Zacatecas el incremento del abstencionismo va en crecimiento de manera paulatina, ya que de acuerdo con esta tabla, en 2000 va del 38.34, en 2003 va hacia los 57 puntos porcentuales y para 2006 disminuye 10 puntos porcentuales, esto nos lleva a creer que por ser una elección federal en la que se postulan los candidatos a la Presidencia de la república la ciudadanía se incentiva para esa jornada electoral mientras que en relación con la participación estatal en 2012 tuvo un nivel de participación medio.

Después de analizar a cada una de las entidades federativas nos damos cuenta que la sociedad requiere una amplia concientización para invitarles a ejercer el voto, ya que con ello además de elegir a las autoridades que estarán gobernándonos, nos sentiremos satisfechos como parte integrantes de la sociedad mexicana.

En cambio, para las elecciones federales del año 2012, la participación electoral alcanzó el 62.08%, a decir del entonces Instituto Federal Electoral, dicho porcentaje si bien representa un repunte aún éste se encuentra por debajo a los obtenidos en las últimas cuatro elecciones presidenciales.¹¹

Ahora bien, un dato que no puede pasar desapercibido es que, tratándose de elecciones estatales, la referida participación varía en razón del tipo de elección de la cual se trate. Esto es, se presenta una mayor afluencia de votantes cuando se trata de una elección concurrente que cuando se presenta una elección intermedia.¹²

III. INFLUENCIAS DEL ABSTENCIONISMO A PARTIR DEL AÑO 2000

Son prácticamente dos décadas que han dado impulso en nuestro país a la democracia, y tanto el entonces Instituto Federal Electoral como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de acuerdo con Enrique Krause “son instituciones garantes de la democracia, son jóvenes pero son vigorosas y sólidas, nos las hemos dado, han mostrado su rectitud, nadie debe ya ponerlas en entre dicho”.¹³

¹¹ Instituto Federal Electoral, Estudio Censal de la Participación Ciudadana..., *Op Cit.*, nota 2, p. 5.

¹² *Ibidem*, p. 127.

¹³ KRAUZE Enrique, “Conferencia Magistral del XII Curso Interamericano de Elecciones y Democracia”. Realizada el 24 de abril de 2006.

http://www.ife.org.mx/docs/Internet/IFE_Internacional_CAI/seminarios_CAI/seminarios%20y%20conferencias/seminarios_files/XII%20Curso%20Interamericano/2_Conferencia%20Enrique%20Krauze.pdf

Las opiniones de los actores políticos han contribuido en mucho la falta de participación por los ciudadanos, de acuerdo con Habermas la sociedad presenta una dinámica social en donde “el sujeto político de nuestra sociedad de masas no es el individuo del liberalismo, sino los grupos sociales y las asociaciones que desde los intereses de determinados sectores privados influyen en funciones y decisiones políticas”.¹⁴

Considerando esa postura de Habermas, debemos contemplar como dato importante a las insistentes llamadas de atención por parte de organizaciones civiles, periodistas, intelectuales a no participar en la elección ha venido marcando el territorio nacional con la idea de lograr el “voto en blanco”, lo que provocó que las mismas autoridades iniciaran campañas para motivar a los ciudadanos a participar; si bien es cierto que nuestra constitución otorga el derecho de votar y ser votado, en ningún ordenamiento está prevista el voto en blanco, considerándolo como una forma de participación de la misma ciudadanía, en la que está manifestando su negativa a aceptar los candidatos que han sido propuestos. De tal suerte que nos obliga a realizar un análisis de la legislación electoral en la que se observe la inclusión del “voto en blanco”, lo cual obligaría a los partidos políticos a dar una nueva propuesta de candidatos aspirantes en primer lugar a presidente de la república y en el resto de las elecciones a sus demás candidatos.

De realizarse tal propuesta, los partidos políticos tendrían que modificar sus estatutos para que puedan colocar a personas que cumplan las expectativas que la sociedad exige cada día más. Ahora bien de acuerdo con Habermas, es fundamental establece como concepto de espacio público, en la trascendencia e influencia en la participación electoral en nuestro país; “por espacio público, entendemos un ámbito de nuestra vida social, en el que se puede construir algo así como opinión pública”,¹⁵ con ello si lo nos percatamos, los actores políticos en cada periodo electoral, se constituyen para expresar sus opiniones acerca de las propuestas y compromisos que asumirán en caso de resultar vencedores en los comicios, de igual forma en ese espacio público los ciudadanos tendrán la oportunidad de escuchar las críticas y opiniones acerca de sus postulados e ideología vertiendo de manera convincente sus tendencias para que salgan favorecidos el día de la jornada electoral.

¹⁴ Cfr. HABERMAS J, en BOLADERAS CUCURELLA, Margarita, “La opinión pública en Habermas”, *Análisis* 26, Barcelona, España, 2001, p. 62. <http://www.bioeticanet.info/boladeras/oppubHab.pdf>.

¹⁵ HABERMAS, J., en BOLADERAS CUCURELLA, Margarita, *Op. Cit.*, p. 53.

Cada vez son más las agrupaciones y organizaciones de la sociedad civil, en la que manifiestan sus opiniones para que sean tomadas en cuenta por parte de quienes nos gobiernan y quienes están postulándose para cargos de elección popular, con ello podemos analizar dos influencias en la sociedad: la primera de ellas, entre mayor intervenciones de parte de los políticos en los espacios públicos más posibilidades tenemos como ciudadanos de allegarnos información tanto de ellos como personas públicas que son, así como de sus opiniones respecto a la problemática existente en nuestro país, de ahí partimos a comentar que para desgracia de la misma cultura democrática que vivimos existentes candidatos que al momento de tener el micrófono en mano e iniciar proselitismos, llevándolos a realizar campañas de desprestigio campañas “negras” hacia sus oponentes, provocando en muchas ocasiones una mala influencia y creando confusión, reflejándose en las urnas al momento de emitir su voto; considerando la opinión de Giovanni Sartori en su libro *Homo videns. La sociedad teledirigida* que “la democracia representativa no se caracteriza como un gobierno del saber sino como un gobierno de la opinión, que se fundamenta en un público sentir de res publica.¹⁶ En donde la opinión tiene un papel trascendental ya que en ella se analizarán puntos de vista tanto positivos como negativos.

Ahora bien, la opinión de quienes se interesan en la vida política como ciudadanos, debe ser escrupulosamente emitida para evitar la mala información y aprovechar los grandes avances tecnológicos en los medios de comunicación los cuales puedan provocar el abstencionismo que hemos vivido.

Por eso citando a José Núñez Castañeda y buscando una respuesta al abstencionismo que ocurre en nuestro país, se denota la existencia de partidos políticos que pareciera ser que buscan precisamente que no vayan las personas a las urnas a emitir su voto, “pero la falta de participación de la población en las cosas públicas puede abrir las puertas al fascismo o a otros regímenes antidemocráticos”.¹⁷

Los actores políticos deben comprometerse aun más con la sociedad, para lograr avanzar en nuestra democracia, y ese compromiso debe de verse reflejado en las urnas, proporcionar a los ciudadanos mayor confianza en sus actuaciones para incentivar a la sociedad a que salga a votar y evitar con ello que el ciudadano acuda a las urnas y deje la boleta en blanco.

¹⁶ SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, p. 21. <http://www.galeon.com/razonespanola/re93-sar.htm>.

¹⁷ NÚÑEZ CASTAÑEDA, José, “El fantasma del abstencionismo”, *Diario Reforma*, México Marzo 2006, <http://vlex.com/vid/202164375>.

IV. ANÁLISIS DEL VOTO EN BLANCO

Lo acontecido en la elección intermedia federal de 2009 representó no sólo una modalidad en la emisión del sufragio. Por el contrario, simbolizó, en cierta medida, la decepción del electorado por las opciones presentadas en la boleta electoral o, quizá, el desencanto del ciudadano por los pocos o nulos resultados de los servidores públicos que habían llegado al encargo por la vía del sufragio directo, universal, libre, secreto, personal e intransferible en la elección inmediata anterior.

La referida circunstancia, entre otros factores, obedeció a que en la citada elección la participación activa de los monopolios electrónicos permitió retomar:

[L]as banderas independientes del descontento de la sociedad civil hacia el régimen político e impulsaron la campaña del “voto neutro”, “voto nulo” o “voto en blanco” para cuestionar, con un alto grado de eficacia, a la clase política mexicana, pues obtuvieron el 5.39% de la votación total nacional en favor de esa causa electoral.¹⁸

Lo aseverado en el párrafo que antecede, no resulta una cosa menor. Puesto que si bien es cierto existen voces que denominan al voto en blanco como voto inútil o desperdiciado¹⁹ también lo es que, desde otro punto de vista, el día de la jornada electoral el ciudadano se tomó el tiempo para ejercer su derecho político al acudir a la mesa directiva de casilla, agotar el procedimiento para ejercer el sufragio previsto en la legislación electoral y manifestar, quizá mediante el voto en blanco, su no conformidad con las opciones ofertadas en la boleta electoral.

Aspecto poco grato si se considera que, desde la recta final de la segunda mitad del siglo XIX, la acotada o nula participación política de los ciudadanos generó la revolución mexicana a principios de siglo pasado y tuvieron que pasar varias décadas del México post revolucionario para generar las reformas legales y el diseño de las instituciones que coadyuvaran

¹⁸ ESTEINOU MADRID, Javier, “El poder mediático y su lucha contra la democracia electoral en 2009 en México”, *Revista Sociológica*, año 25, número 72, enero-abril de 2010, pp. 28-29 www.revistasociologica.com.mx/pdf/7202.pdf

¹⁹ La aseveración de voto en inútil o desperdiciado alude a que se invirtieron varios miles de pesos en generar las condiciones para que el ciudadano fuera a votar y éste no aprovechó la oportunidad para manifestar su voto por algunas de las opciones presentadas en la boleta electoral y contribuir con ello, en la elección de los sujetos constituyentes del poder público.

a un diseño constitucional que permitiese una mayor participación política y electoral del ciudadano común y el correspondiente control de los servidores públicos.

Por lo anterior, resulta poco viable equiparar la abstención electoral con el voto en blanco. Puesto que el primero de los supuestos implica que el ciudadano simplemente no ejerció el sufragio por no acudir a la mesa directiva de casilla el día señalado por la legislación electoral como jornada electoral mientras que, en el segundo, el ciudadano sí acudió, esperó su turno, tomó la boleta, decidió no marcarla y la depositó en la urna correspondiente. Aspecto, que resulta factible de ser considerado como una manifestación de la voluntad del sujeto ante el ejercicio de su derecho político de votar frente a la oferta política presentada en la boleta electoral.

Máxime cuando se considera que en México la llamada Democracia Electoral ya es tema superado y se requiere encauzar los esfuerzos políticos y legislativos hacia la Democracia Participativa al haber logrado a principios de 1990 la conformación del Instituto Federal Electoral y, en el año 2000, la transición democrática o alternancia en el poder y en el año 2014 crear las nuevas figuras en los órganos administrativos electorales como lo son: el Instituto Nacional Electoral y los Organismos Públicos Electorales Locales. Sin embargo, el decremento de los índices de participación electoral y la emisión del voto en blanco, representan aspectos a considerar en un país en el cual se presume que se posee una democracia si bien no consolidada sí en vías de consolidación.

Dicha democracia, aunque imperfecta, ha contribuido, en las últimas dos décadas, a generar las condiciones propicias para que el ciudadano pueda gozar de sus libertades constitucionales y el ejercicio de sus derechos políticos.²⁰ Prueba de ello es que, ese intento democratizador de la vida política de nuestro país, después del conflicto electoral de 2006 y la poco grata experiencia de la guerra de insultos y descalificaciones entre los candidatos a la presidencia de la república, es que los partidos políticos impulsaron, en el año 2007, una serie de reformas constitucionales en materia electoral tendientes a lograr procesos electorales más equitativos y más congruentes con la Democracia mexicana.

²⁰ En este aspecto, no puede pasar desapercibido la deuda del Estado Mexicano para garantizar el acceso a la Democracia Adjetiva y Sustantiva de los grupos más desfavorecidos.

En el caso de los grupos indígenas si bien se han tenido avances aún queda garantizar la tutela plena de los órganos jurisdiccionales electorales de los derechos políticos de los miembros, entre ellos el sector de las mujeres, de comunidades indígenas cuando los derechos políticos de éstos se encuentran en colisión con los usos y costumbres.

En ese sentido, la reforma electoral de 2007-2008²¹ marcó un parte aguas en la historia moderna de México. Puesto que los acontecimientos suscitados durante el proceso electoral federal de 2006 generaron una serie de circunstancias que orillaron a los legisladores federales a consensuar una reforma electoral que evitara, en la medida de lo posible, la réplica de acontecimientos tan desafortunados como las “campañas negras”, la intervención de diversos servidores públicos en el proceso electoral, el uso del recurso público para la promoción personal y política de los gobernantes así como la participación de sectores empresariales en la campaña mediante la compra de publicidad en medios de comunicación.

La referida reforma trajo consecuencias interesantes:²² se restringió el acceso de los partidos políticos y de los particulares a los medios de comunicación en materia electoral; se redujeron los tiempos de campaña; se crearon unidades y áreas en el Instituto Federal Electoral tendientes a la fiscalización de los partidos políticos y al acceso de éstos a los medios de comunicación; se prohibió el uso de “campañas negras” en los procesos electorales; se fortaleció el régimen sancionador electoral.

Dichos aspectos, desde la perspectiva del legislador, tenían como propósito contribuir a incrementar la cultura democrática mediante la regulación de diversos aspectos que habían puesto en riesgo la elección presidencial de 2006. Sin embargo, habiendo transcurrido 1 año de que la multireferida reforma se llevara a cabo, no se hicieron esperar reacciones en el sentido de que ésta coartaba la libertad de expresión, de participación política y que, incluso, hacia nugatorio el derecho de los ciudadanos de participación en aspectos de la vida pública.

Por dicha circunstancia, y ante las insatisfacciones que generó la reforma electoral en comento, en diciembre de 2009 el Presidente de la República presentó su propuesta de reforma política en la que presentó una serie de aspectos que pudieran permitir incrementar la participación política de los ciudadanos en los asuntos que, originariamente, se consideraba pertenecían de manera exclusiva al Estado. En esa tesitura, aspectos como:

²¹ No puede pasar desapercibidos los aspectos que impulsaron la reforma electoral de 2007-2008 entre los cuales se destacan los ataques mediáticos hacia uno de los candidatos a la presidencia de la República en particular así como la participación activa del Ejecutivo Federal y de diversos sectores empresariales en el proceso electoral.

²² Instituto Federal Electoral, Análisis comparativo de la reforma electoral y constitucional legal 2007-2008. Documento de difusión con fines informativos, México, Instituto Federal Electoral. Centro para el Desarrollo Democrático, 2008 www.ife.org.mx/documentos/Reforma_Electoral

la reelección de alcaldes, jefes delegacionales y legisladores; la iniciativa preferente del Ejecutivo; la Iniciativa ciudadana y la consulta popular, por mencionar algunos aspectos, representaron el interés manifiesto de fortalecer el sistema representativo ante un presidencialismo agotado.

V. IMPACTO DE LAS REFORMAS POLÍTICAS EN LA PARTICIPACIÓN ELECTORAL

Como ya fue apuntado con antelación, después del conflicto post-electoral de 2006, algunos actores políticos surgieron la necesidad de realizar una reforma electoral que permitiera una mayor equidad en la contienda y evitar las deleznable campañas negras que se habían suscitado en la elección presidencial inmediata anterior. Por lo que, el 12 de septiembre de 2007 la Cámara de Senadores y el 14 de septiembre la Cámara de Diputados aprobaron el dictamen de reforma constitucional en materia electoral enviado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Gobernación; de Radio, Televisión y Cinematografía; y de Estudios Legislativos.

De ahí que, el 13 de noviembre de 2007 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto que reforma los artículos 60., 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²³

En ese contexto los principales cambios que trajo consigo la reforma constitucional en comento fueron los siguientes:

- Se redujo de manera gradual el financiamiento público de los Partidos Políticos.
- Se estableció una vigilancia más estricta a los partidos políticos en lo que respecta a su financiamiento.
- Se reguló la duración de la precampaña y se redujo la duración de campaña electoral de los partidos políticos.
- Se establecieron Salas Regionales permanentes del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

²³ Secretaría de Gobernación, Decreto que reforma los artículos 60., 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 13 de noviembre de 2007, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5005999&fecha=13/11/2007.

- Se regulo el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación, estableciendo que el IFE se constituía en la autoridad única a nivel federal y local encargada de distribuir y asignar los tiempos del Estado para fines electorales.
- Se le otorgan nuevas competencias al IFE en materia de fiscalización de los recursos de los partidos políticos, la transparencia de su información y la racionalidad y eficacia en el ejercicio del gasto público utilizado para organización y desarrollo de los procesos electorales.
- Se estableció la suspensión de la propaganda gubernamental durante las campañas electorales.

No obstante lo anterior, el 15 de diciembre de 2009, el entonces Presidente de la República, remitió al Senado de la República su iniciativa de reforma política, misma que contempló los siguientes aspectos:²⁴ elección consecutiva de alcaldes, regidores y jefes delegacionales; elección consecutiva de legisladores federales y locales; reducir el número de integrantes en el Congreso; Aumentar el número de votos para que un partido político conserve su registro; incorporar la figura de iniciativa ciudadana; candidaturas independientes; sistema de elección presidencial por mayoría absoluta; atribución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para presentar iniciativas de ley; iniciativas preferentes al Congreso y observaciones a los proyectos de ley presentados al Congreso.

Varios meses después, el Partido Revolucionario Institucional presentó la propia iniciativa que, desde su punto de vista, era tendiente a darle más participación a la ciudadanía en los aspectos de la vida pública y que los servidores públicos pudieran entregar mejores cuentas a la sociedad. Es por ello que la coincidencia de ambos proyectos estriba en el cansancio de la ciudadanía de la dinámica presentada por la clase política en la que las grandes decisiones se toman a nivel cupular y solo se voltea a ver al electorado cuando se aproxima el año electoral.

Más de 18 meses después de la iniciativa remitida por el Presidente de la República, el 9 de agosto de 2012 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la

²⁴ http://www.presidencia.gob.mx/infografias/2009/12/15/reforma_politica/index.html

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia política.²⁵

Los principales cambios que trajo consigo la reforma en comento, fueron principalmente los siguientes:

- Se establece la consulta popular.
- Se establece la iniciativa ciudadana.
- Se establece la figura de las candidaturas independientes.
- Se establece la regulación de la forma de la toma de protesta del Presidente de la República.
- Se establece la iniciativa para trámite preferente.

Ahora bien, después de la elección presidencial del año 2012 en la que el partido que había mantenido el poder en los últimos dos sexenios, había perdido en las urnas y en el marco del Pacto por México²⁶, el 10 de febrero de 2014 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia política-electoral.²⁷

²⁵ Secretaría de Gobernación, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia política, Diario Oficial de la Federación, 9 de agosto de 2012, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5262910&fecha=09/08/2012.

No puede pasar desapercibida la reforma del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos que rompe el paradigma de la interpretación constitucional y que impacta en los derechos políticos del ciudadano. Además establece lo siguiente: Control de Convencionalidad; Principio pro homine o pro persona, que establece que cuando exista dos interpretaciones posibles de una norma deberá de interpretarse la que proteja en mayor medida los derechos humanos de la persona; asimismo que cuando se puedan aplicar dos normas jurídicas a un caso concreto se aplicará la que proteja en mayor medida los derechos humanos de la persona; la interpretación conforme de las normas jurídicas relativas a los derechos humanos, las cuales deberán de ser interpretadas a las luz de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y Los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; otorgan mayores facultades y atribuciones a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

²⁶ <http://pactopormexico.org/>.

²⁷ Secretaría de Gobernación, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia política, Diario Oficial de la Federación, 10 de febrero de 2014, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014.

La reforma en comento trajo consigo grandes cambios en el ámbito político-electoral del país entre los cuales destacan:

- Se establece una nueva regulación del Derecho de los ciudadanos a iniciar leyes, la cual fue complementada mediante la publicación del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en materia de Iniciativa Ciudadana e Iniciativa Preferente. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el martes 30 de mayo de 2014.
- Se establece la implementación y regulación de la figura de participación ciudadana denominada CONSULTA POPULAR en temas de trascendencia nacional. Las cuales podrán ser convocadas por el Congreso de la Unión a petición ya sea del Presidente de la República, del 33% de los mismos integrantes de cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión y por el 2% de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores. Asimismo la consulta popular se realizara el mismo día de la jornada electoral y su ejercicio y desarrollo será regulado por el Instituto Nacional Electoral, figura que fue complementada y regulada con la publicación del decreto por el que se expide la Ley Federal de Consulta Popular el 14 de marzo de 2014.²⁸
- Se establece las prerrogativas a que tendrán derecho los Candidatos Independientes durante las campañas electorales.
- Se modifica la integración, estructura, nombre, competencias y atribuciones del Instituto Federal Electoral, ahora Instituto Nacional Electoral.
- Se modifica la integración, estructura, nombre, competencias y atribuciones de los Institutos Electorales de los Estados, denominados como Organismos Públicos Electorales u Organismos Públicos Locales.

²⁸ Secretaría de Gobernación, Decreto por el que se expide la Ley General de Consulta Popular Electorales, Diario Oficial de la Federación, 14 de marzo de 2014, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5337123&fecha=14/03/2014.

- Se modifica la designación y elección de los magistrados electorales locales, anteriormente realizada por los Congresos de los Estados, para pasar ahora a ser competencia de la Cámara de Senadores.

- Se establecen nuevas causales de nulidad de las elecciones tanto a nivel federal como a nivel local por violaciones graves, dolosas y determinantes:

1. Se exceda el gasto de campaña en un cinco por ciento del monto total autorizado;

2. Se compre cobertura informativa o tiempos en radio y televisión, fuera de los supuestos previstos en la ley;

3. Se reciban o utilicen recursos de procedencia ilícita o recursos públicos en las campañas.

- Se establece la figura de la Elección consecutiva o reelección: para las dos Cámaras del Congreso de la Unión, para los Congresos de los Estados y para los ayuntamientos de las entidades federativas.

- Se establece el nuevo porcentaje que tendrán que cubrir los partidos políticos federales para mantener su registro el cual es el tres por ciento del total de la votación válida emitida.

- Asimismo la reforma en comento ordena la expedición de las siguientes leyes:

- a) Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de mayo de 2014.²⁹

- b) Ley General de Partidos Políticos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de mayo de 2014.³⁰

²⁹ Secretaría de Gobernación, Decreto por el que se expide la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Diario Oficial de la Federación, 23 de mayo de 2014, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5345952&fecha=23/05/2014.

³⁰ Secretaría de Gobernación, Decreto por el que se expide la Ley General de Partidos Políticos, Diario Oficial de la Federación, 23 de mayo de 2014, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5345955&fecha=23/05/2014.

c) Ley General en Materia de Delitos Electorales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de mayo de 2014.³¹

Sin embargo, en vísperas del proceso electoral federal del 2012, no puede obviarse que diversos sectores de la clase política aspirante a diversos puestos de elección popular, a lo largo de los últimos procesos electorales, han desarrollado actividades tendientes a eludir los postulados emanados de la reforma electoral de 2007 que, dicho sea de paso, la mayoría de legisladores federales y locales aprobaron. Aspecto que no puede pasar desapercibido puesto que la propia elección intermedia de 2009 dejó en claro la tendencia de cierto sector de la población de manifestar su no conformidad con dichas actitudes que lo único que abonan es al desencanto del electorado. Circunstancias a las que se deberán considerar las nuevas disposiciones en materia de instituciones y procedimientos electorales, delitos electorales, partidos políticos y responsabilidad de los servidores públicos, todas éstas derivadas de la citada Reforma Constitucional en Materia Política-Electoral del año 2014 y que, a decir de quienes impulsaron dichas reformas, pretenden obtener procesos electorales más equitativos e instituciones electorales más sólidas. Aspectos que pretenden influir en el ánimo de la población a fin de lograr una mayor participación electoral.

Por lo anteriormente expuesto, no queda lugar a dudas que el presidencialismo en México representa un sistema que requiere una pronta oxigenación que le permita su permanencia por algunos años más. Sin embargo, no es el único sistema que requiere de dicha revitalización puesto que el propio sistema representativo también lo demanda.

En esa tesitura, el sistema político y electoral mexicano no puede permitirse replicar la poco grata actitud que algunos candidatos mostraron durante los procesos electorales de los años 2006 y 2012. Puesto que con ello, lo único que se logra es ahondar más en la brecha existente entre gobernantes y gobernados. Aspecto que, sin lugar a dudas, impacta en la participación electoral del ciudadano común y en la reafirmación, *a posteriori*, del voto en blanco.

³¹ Secretaría de Gobernación, Decreto por el que se expide la Ley General en Materia de Delitos Electorales, *Diario Oficial de la Federación*, 23 de mayo de 2014, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5345956&fecha=23/05/2014.

LA PARTICIPACIÓN ELECTORAL EN EL MÉXICO
DE LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA:
EL RETO DEL ABSTENCIONISMO

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

- DE LA PAZ, Gabriela, “Reseña de la democracia: una guía para los ciudadanos, de Robert Dahl”, *Revista de Humanidades*, núm. 9, 2000.
- BOLADERAS, Cucurella Margarita, “La opinión pública en Habermas”, *Análisis* 26, Barcelona, España, 2001, p. 62. <http://www.bioeticanet.info/boladeras/oppubHab.pdf>.
- ESTEINOU, Madrid Javier, “El poder mediático y su lucha contra la democracia electoral en 2009 en México”, *Revista Sociológica*, año 25, núm. 72, enero-abril de 2010, www.revistasociologica.com.mx/pdf/7202.pdf.
- GOBIERNO FEDERAL, Iniciativa de la Reforma Política, http://www.presidencia.gob.mx/infografias/2009/12/15/reforma_politica/index.html. IFE, La Participación ciudadana en las elecciones federales de 2000. Elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.ife.org.mx/documentos/OE/wwworge/part2000/nacional/nac_t.html
- INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL, La participación Ciudadana en las elecciones de 2003, elección de diputados federales por el principio de representación proporcional, http://www.ife.org.mx/documentos/wwworge/part2003/nacional/nac_t.html.
- _____, Análisis comparativo de la reforma electoral y constitucional legal 2007-2008. Documento de difusión con fines informativos, México, Instituto Federal Electoral. Centro para el Desarrollo Democrático, 2008 www.ife.org.mx/documentos/Reforma_Electoral.
- _____, Estudio Censal de la Participación Ciudadana en las Elecciones Federales de 2012, Dirección Ejecutiva de Capacitación Electoral y Educación Cívica, p. 2, 2013, http://www.ine.mx/docs/IFE-v2/DECEYEC/DECEYEC-EstudiosInvestigaciones/InvestigacionIFE/Estudio_Censal_Participacion_Ciudadana_2012.pdf.
- KRAUZE, Enrique, Conferencia Magistral del XII Curso Interamericano de Elecciones y Democracia. Realizada el 24 de abril de 2006.

http://www.ife.org.mx/docs/Internet/IFE_Internacional_CAI/seminarios_CAI/seminarios%20y%20conferencias/seminarios_files/XII%20Curso%20Interamericano/2_Conferencia%20Enrique%20Krauze.pdf

NÚÑEZ CASTAÑEDA, José, “El fantasma del abstencionismo”, *Diario Reforma*, México Marzo 2006, <http://vlex.com/vid/202164375>.

SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, <http://www.galeon.com/razonespanola/re93-sar.htm>.

SECRETARIA DE GOBERNACIÓN, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia política, Diario Oficial de la Federación, 10 de febrero de 2014, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014.

_____, Decreto por el que se expide la Ley General de Consulta Popular Electorales, Diario Oficial de la Federación, 14 de marzo de 2014, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5337123&fecha=14/03/2014.

_____, Decreto por el que se expide la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Diario Oficial de la Federación, 23 de mayo de 2014, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5345952&fecha=23/05/2014.

_____, Decreto por el que se expide la Ley General de Partido Políticos, Diario Oficial de la Federación, 23 de mayo de 2014, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5345955&fecha=23/05/2014.

_____, Decreto por el que se expide la Ley General en Materia de Delitos Electorales, Diario Oficial de la Federación, 23 de mayo de 2014, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5345956&fecha=23/05/2014.

WONG, Alma Paola y ESCALANTE, Jorge, “Advierten obispos freno a la democracia”, *Diario Reforma*, México, D.F. 8 de junio de 2009, <http://vlex.com/vid/204756379>, enlazado con <http://reforma.vlex.com.mx/vid/advierten-obispos-freno-democracia-204756379>.

APROXIMACIÓN A UNA EXPERIENCIA DE INTERVENCIÓN TERRITORIAL EN MUNICIPIOS DE LA REGIÓN OI NORESTE DEL ESTADO DE GUANAJUATO. PAUTAS INICIALES PARA UN DIAGNÓSTICO BASADO EN POTENCIALIDADES

José de Jesús RAMÍREZ MACÍAS¹

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se inscribe en una línea de investigación que el autor sigue en relación al territorio y sus capacidades institucionales en la implantación de políticas públicas para el desarrollo regional y la competitividad territorial. Tenemos interés por lograr analizar los procesos de desarrollo de la política de regionalización que se ha impulsado en el estado de Guanajuato, estudiando y midiendo las capacidades institucionales y del propio territorio en el impulso e implantación de políticas de desarrollo, haciendo énfasis en las fases que comprenden el diseño e implementación de un esquema de ordenación y activación del territorio; así como en los dispositivos legales e institucionales que posibilitan este proceso. Sin embargo, los alcances de este artículo son más bien limitados, pues se ubica en la ruta del diseño técnico-metodológico de instrumentos de intervención territorial en espacios micro-regionales, tales como: *Agendas para el desarrollo regional y municipal; Banco de proyectos estratégicos, Documentación y sistematización de vocacionamientos y potencialidades, e Integración de una alianza regional promotora del desarrollo.* Todos estos instrumentos de intervención micro regional se consideran dispositivos *útiles que podrían permitir* a los actores locales de la región OI noreste del estado de Guanajuato disponer de recursos técnicos y metodológicos para integrar una ruta de gestión y ordenamiento de su territorio en el fortalecimiento de sus fuentes de financiamiento para el desarrollo de sus municipios.

¹ Profesor titular en la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato. Contacto: jramirez@ugto.mx

II. ¿QUÉ RAZONES TENEMOS PARA PENSAR INTERVENIR LA REGIÓN OI NOROESTE DE GUANAJUATO?

La intervención del territorio es una cuestión de múltiples significados y posibilidades que van desde examinar, controlar, disponer, dirigir o limitar, hasta interceder, mediar y quizá “tomar parte de un asunto”,² considerando que existen capacidades diferenciadas entre los territorios, que han implicado modelos de intervención diferenciados con características propias y resultados particulares. Una de las razones de intervención la encontramos en los factores de potencialidad,³ en principio asociados a la infraestructura y a otros conceptos como el de *capital social fijo*,⁴ referidos en concreto a los servicios sin los cuales ninguna de las actividades primarias, secundarias o terciarias que se desarrollan en los territorios podría funcionar. La intervención basada en potencialidades nos marca una ruta que se configura a partir de la combinación de factores y elementos que definen “la capacidad de una región para crecer y elevar el nivel de vida de la población” a partir del reconocimiento e identificación de los factores de potencialidad, su medición y con ello entonces, poder definir una política de intervención regional.⁵

Entonces, referirse a la intervención territorial basados en potencialidades es retomar uno de los aspectos clave de la modelización y de la gestión del territorio, que desde una perspectiva claramente endógena busca subvertir falencias territoriales como:⁶

² Las múltiples acepciones pueden consultarse en el *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia Española, <http://www.rae.es/>

³ BIEHL, D., *The Contribution of Infrastructure to the Regional Development. Final Report*, Luxemburgo, Comisión de las Comunidades Europeas, Infrastructure Study Group, 1986.

⁴ HIRSCHMAN, A., *La estrategia del desarrollo económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1961.

⁵ GUTIÉRREZ CASAS, L. E., “Potencial de desarrollo y gestión de la política regional. El caso de Chihuahua”, *Frontera Norte. Estudios territoriales*, vol. 19, núm. 38, 2007.

⁶ Estas son algunas de las conclusiones del Proyecto de Desarrollo Regional de la FAO, que se puede consultar en <http://www.rlc.fao.org/foro/desre/proy.pdf>; también se consideran las aportaciones vertidas en el marco de los ejercicios de evaluación de la Cátedra FODEPAL del Sur de Jalisco, de la cual el autor fue director por 5 años, y donde destacan la participación expertos como el Dr. Luis Aguilar Villanueva y el Dr. Gustavo Gordillo de Anda. Estos mismos problemas que enfrentan los territorios se expresaron en el texto “Regiones y Ciudades ante el desarrollo humano contemporáneo: la gobernanza democrática”, disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es>.

- Falta de integración de los distintos elementos que comprende el desarrollo local.
- Deficiente acercamiento a los distintos procesos y tiempos que comprende el desarrollo.
- Deficiente concepción de la heterogeneidad e idiosincrasia humana, social y cultural que comprende el desarrollo regional.
- Fallas en el desarrollo de los mercados internos y en la generación de vínculos con los mercados externos.
- Descoordinación y falta de interacción entre las distintas instituciones oferentes de recursos y programas para el desarrollo regional (secretarías estatales y regionales, entidades públicas, privadas, ONGs...) y entre las distintas políticas que afectan al desarrollo de una región/ localidad.
- Carencia de una adecuada orientación territorial de dichas políticas.
- Falta de continuidad, sistematización e incorporación de las lecciones aprendidas en la aplicación de las políticas.

Es decir, donde la potencialidad del territorio es un elemento que puede ser un “mecanismos de disparo” de las acciones y/o estrategias públicas y políticas es que nosotros encontramos motivos para la intervención en el territorio, pues gracias a las complejas relaciones que el entramado social teje, se demanda pautas de intervención estratégica destinadas a obtener el emergente sistémico; dicho de otra manera a lograr el efecto resiliente que los factores de potencialidad de un territorio posibilitan generar.

III. ¿DÓNDE INTERVENIR? UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA REGIÓN DE ESTUDIO

Para aproximar las características de la Región 01 Noreste de Guanajuato nos planteamos las siguientes preguntas:

¿Qué condiciones de pobreza y abandono existen en los micro territorios y localidades más marginadas de la Región 01?, ¿Se podrán revertir impulsando y fortaleciendo nuevas competencias y capacidades?, ¿Será posible brindar respuestas si comenzamos por considerar a las potencialidades y los vocacionamientos del territorio que comprende la Región

01 Noreste?, ¿Cómo revertir las tendencias de migración obligada, pérdida de productividad y falta de competitividad? y, ¿Cómo ayudar a que se generen los insumos necesarios para el desarrollo regional?

Teóricamente, una fuente de posibles respuestas la podríamos encontrar en la propuesta de los factores de potencialidad de Biehl, de los que destacan: factores de localización geográfica o distancia (D), factores de aglomeración (A), factores de estructura sectorial (S) y factores de dotación de infraestructura o capital público (I), cuya mezcla estará asociada tanto al nivel de ingreso regional como al crecimiento⁷. Nótese que los factores de potencialidad del desarrollo así como los vocacionamientos enfrentan una dualidad, pues se inscriben entre las coordenadas de lo local y lo global, es decir entre el contexto inmediato y el modelo macroeconómico que sistémicamente “envuelve” o “contiene” la iniciativa local.

Aquí el reto se refiere a conocer el territorio e incorporarlo desarrollando su vocación y apuntalar su desarrollo desde la exploración de sus potencialidades. Son muchas ya las experiencias que han retomado estos elementos, pues no sólo en la teoría hay avances —la de los factores de potencialidad—, sino también en estrategias concretas para mejorar la calidad de vida de los habitantes que ahí convergen.

¿Pero qué es lo que ocurre en nuestra región de estudio? La región or del estado de Guanajuato está ubicada al noreste y colinda con los estados de San Luis Potosí y Querétaro, es la región conocida por “La Puerta de la Sierra Gorda”; tiene una superficie de 5,664 km², que es el 18.5% de la superficie total de la entidad federativa. Esta región se integra por ocho municipios, y forma parte de la denominada Sierra Gorda, región montañosa que forma parte de la Sierra Madre Occidental. Los municipios que la conforman son: Atarjea, Doctor Mora, San José Iturbide, San Luis de la Paz, Santa Catarina, Tierra Blanca, Victoria, y Xichú.

En esta región los intentos de ordenamiento del territorio en términos de vocaciones, talentos y capacidades institucionales, han sido débiles y escasos, con antecedentes poco actualizados, que datan en su emisión más reciente del año de 2002, durante el gobierno de J. C. Romero Hicks, cuando la recién creada Secretaría de Desarrollo Humano y Social (SDSyH) elaboró un documento diagnóstico denominado “Programa de Desarrollo Regional 1 noreste, 2002”, producto de las acciones desde el Consejo de Planeación para el Desarrollo (Copladeg, con antecedente en la Ley de

⁷ GUTIÉRREZ CASAS, L. E., “Potencial de desarrollo y gestión de la política regional. El caso de Chihuahua”, *Frontera Norte. Estudios territoriales*, vol. 19, núm. 38, 2007.

Planeación para el Estado de Guanajuato y sus Municipios del año 2000). Otro antecedente data del año 2001 donde la SDSyH también había intentando rehacer algunos proyectos, programas y establecer un banco de proyectos de esa región, por microrregiones, enumerando 15 proyectos para el año 2001 y 12 proyectos para el año 2002.⁸

Es de destacar que en esta región la mayoría de las administraciones municipales no cuentan con instrumentos básicos de planificación, aunque la ley en la materia así lo exige. Según un recuento realizado por el autor, en el 2011, a nivel estatal el 39.13% de los municipios tenían reglamentos referidos a la planeación municipal; pero para el caso de la región OI Noroeste, solamente 3 municipios de los 8 tenían un reglamento en la materia. Un dato a destacar también es que para el mismo año 2011 en la región solo un municipio disponía de Plan de Ordenamiento Territorial (POT) medianamente actualizado: el municipio de Dr. Mora. En el resto de los municipios de la región solo se contaba con intentos escasos y no concluidos. Los casos más agudo lo representa el municipio de Tierra Blanca que hasta el año 2011 referían no haber tenido nunca un POT.⁹

De acuerdo a la información que ofrece el “Catálogo de Localidades” de la Secretaría de Desarrollo Social federal, (SEDESOL) los municipios de esta región observan las condiciones más agudas de marginación en su población y rezago en sus municipios, debido a la baja calidad de vida que se genera por la insuficiente infraestructura económica (aunque paradójicamente se ubiquen en los municipios de San Luis de la Paz y de San José Iturbide, sendos polos de desarrollo industrial), falta de servicios públicos, bajos niveles de ingreso y limitada cobertura en salud y educación; aunado a los altos índices de expulsión migratoria.¹⁰

Recopilada la información básica respecto a las condiciones humanas y territoriales que se viven en la región de estudio, y en un ejercicio heurístico de identificación de problemas, de acuerdo a la información recopilada en sus planes de desarrollo municipal, estadísticas disponibles en INEGI y

⁸ En aquel documento se proyectaban y se consensaban estrategias de trabajo que contenían tres ejes sustantivos: a) Caminos e infraestructura vial; b) Desarrollo económico mediante proyectos de microempresas, consolidación de éstas (proyectos productivos) y c) Recuperación de las tradiciones y costumbres mediante ferias locales; un tema del tejido social.

⁹ Enfatizamos el tema de la disposición del POT pues constituye un dispositivo esencial para la formulación de políticas públicas (FPP) que apunten hacia la identificación del vocacionamiento municipal, local y regional.

¹⁰ Secretaría de Desarrollo Social-Unidad de Microrregiones, *Catálogo de Localidades*. 2013, <http://www.microrregiones.gob.mx/catloc/>, fecha de consulta: 28 de octubre de 2014.

CONAPO y entrevistas con funcionarios municipales,¹¹ se identifica que en la Región o1 Noreste de la Sierra Gorda se manifiestan la problemática siguiente:

Baja competitividad económica y bajo nivel educativo.

Estructura económica basada generalmente en el sector primario.

Insuficiente infraestructura para el desarrollo.

Calidad de vida insatisfactoria y bajos niveles de ingresos.

Bajo índice de salud y deterioro ambiental.

Altos índices de expulsión migratoria.

Ausencia de financiamiento y apoyos a la comercialización.

Falta de coordinación entre instituciones.

Carencia de tecnologías modernas y sustentables de producción, así como carencia tecnológica para la disponibilidad, captación y manejo del agua.

Ausencia de modelos de aprovechamiento de las potencialidades territoriales y la fisiografía.

Tomando como punto de partida estos rasgos característicos de la región, el análisis con arreglo a sus vocacionamientos y potencialidades se llevó a cabo mediante cinco fases de aproximación, en un ejercicio de consulta y diálogo con algunos actores clave, y en particular con aquellos que se consideraban relevantes para el desarrollo de la investigación en campo:

Primera fase. Acercamiento y presentación de la investigación a las autoridades municipales de los ocho municipios y a los responsables de la planeación local, con el fin de desarrollar una serie de encuentros y sesiones informativas para socializar la metodología que se emplearía por parte del equipo de investigación en la integración de mesas de trabajo.

¹¹ Véase anexo 1.

Segunda fase. La convocatoria a mesas de trabajo con el propósito de integrar un diagnóstico de la región. Se convocó a participar a: funcionarios públicos, representantes de las cámaras de comercio, representantes de las instituciones educativas, líderes sociales y de las organizaciones locales pre-existentes en la región, con el propósito de recuperar en esas sesiones de trabajo una imagen lo más amplia y detallada posible.

Tercera fase. Sistematización y ordenación de datos, percepciones e impresiones de los participantes en los talleres.

Cuarta fase. Presentación de resultados y entrega de un Informe Final a las autoridades participantes en el proceso de diagnóstico de la región, a efecto de legitimar y validar los resultados obtenidos.

Quinta fase. Elaboración y generación de la agenda de investigación con aplicación regional desde el Departamento de Gestión Pública de la Universidad de Guanajuato.

IV. RESULTADOS DE LAS FASES DE ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO REGIONAL: MESAS DE ANÁLISIS, SISTEMATIZACIÓN Y AGENDA DE TEMAS DE APLICACIÓN REGIONAL

Con la información preexistente, y en el desarrollo de las fases, se obtuvieron datos que consideramos relevantes y que nos permitirán configurar escenarios de intervención público-social y a su vez, en un futuro, evaluar los impactos de esta relación entre sociedad y gobierno en procesos específicos.

En el ejercicio de diagnóstico para la identificación de problemas estratégicos, así como de vocacionamientos y potencialidades en los municipios de la región, se desarrollaron mesas de trabajo que implicaron la participación de 142 actores regionales, con las características que mencionamos antes. Con ellos se trabajó primordialmente las primeras preguntas indagatorias respecto de la situación en la región. La batería de preguntas que se propuso inicialmente fueron:

¿Qué ha provocado que las costumbres locales se pierdan?

¿Qué no hemos hecho para ofrecer a la sociedad y a los ciudadanos mejores condiciones de vida?

¿Qué ha impedido el desarrollo de mi municipio?

- ¿Qué ha impedido el desarrollo escolar y la eficiencia terminal?
- ¿Qué ha impedido que esta parte del estado de Guanajuato esté fuera del contexto regional estatal?
- ¿Qué ha provocado que la cuenca, si la hay, no sea parte de una agenda regional?
- ¿Qué ha *impedido aprovechar a nuestro favor los cerros y pliegues montañosos de esta parte del estado denominada "Sierra Gorda"*?
- ¿Qué ha impedido que los municipios no se asocien para buscar mejores resultados administrativos de gestión?

En el desarrollo de las actividades de campo para efectos de recolección de datos, se integraron 3 sedes: Tierra Blanca, con un municipio invitado: Santa Catarina; originalmente, estaban contemplados los municipios de Atarjea, Xichú, además de los dos primeros, empero no se lograron incorporar en esa mesa y fueron incorporados en las otras sedes previstas. San Luis de la Paz fue la otra sede y su invitado fue Xichú; San José Iturbide fue sede también y sus municipios invitados fueron Atarjea, Dr. Mora y Victoria.

En el desarrollo de los talleres se fueron incorporando también las siguientes interrogantes:

- ¿Qué no se ha hecho y se pudo haber hecho?
- ¿Qué estamos haciendo, pero no lo hacemos bien?
- ¿Qué hemos buscado, pero no hemos tenido los resultados esperados?
- ¿En qué forma se está involucrando la sociedad y los ciudadanos con el gobierno?
- ¿Qué deficiencias se encuentran en la región, micro región y zona?
- ¿Qué fortalezas se hallan en la zona y no se han explotado adecuadamente?
- ¿Qué puede hacer el cambio?

Como parte de la Fase tres de trabajo, presentamos la batería de percepciones colectivas de la región, recabadas en las mesas de trabajo:

APROXIMACIÓN A UNA EXPERIENCIA DE INTERVENCIÓN TERRITORIAL EN MUNICIPIOS DE LA REGIÓN OI NORESTE DEL ESTADO DE GUANAJUATO. PAUTAS INICIALES PARA UN DIAGNÓSTICO BASADO EN POTENCIALIDADES

<i>En el TEMA...</i>	LOS PARTICIPANTES DE LAS MESAS OPINAN QUE...
COSTUMBRES, HÁBITOS Y TRADICIONES	<ul style="list-style-type: none"> ○ Hay desintegración familiar. ○ La globalización afecta negativamente la región. ○ Brecha generacional entre los habitantes de la región y micro región. ○ Los movimientos migratorios entre los EE.UU. y los municipios aledaños a Guanajuato y viceversa. ○ Medios de comunicación (internet) de manera desmedida y los jóvenes están excesivamente absortos por la red. ○ Recursos financieros familiares deficientes.
DEMOGRÁFICO	<ul style="list-style-type: none"> ○ No hay planificación de nada. ○ Deficiente capacitación. ○ Poco fortalecimiento al empleo. ○ No hay participación entre el gobierno y la ciudadanía, la sociedad. ○ No hay prioridades en los proyectos.
ECONÓMICO	<ul style="list-style-type: none"> ○ Falta de empleo y servicios básicos. ○ Deficiente organización entre la población y el gobierno. ○ Deficientes vías de comunicación. ○ Falta de planeación. ○ Divisionismo económico y político.
EDUCATIVO	<ul style="list-style-type: none"> ○ Falta de calidad en los servicios educativos. ○ Mala alimentación de los alumnos. ○ Falta de economía en las familias. ○ Desintegración familiar. ○ Mal uso de la tecnología (<i>internet</i>). ○ Desinterés de los padres de familia. ○ Alto nivel de embarazos juveniles. ○ Migración. ○ Vandalismo y vicios (alcoholismo, drogas, etc.).
GEOGRÁFICO	<ul style="list-style-type: none"> ○ Marginación. ○ Desunión entre municipios. ○ Cartera de proyectos productivos que no tienen impacto regional. ○ Improvisación de los gobiernos y sus administraciones públicas. ○ No hay cartera de proyectos para la región.
HIDROGRÁFICO	<ul style="list-style-type: none"> ○ Por ser más alto el costo que los beneficios. ○ Región poco habitada. ○ No hay continuidad en los proyectos. ○ Falta de conocimiento sobre la cuenca. ○ Falta de interés por parte de la sociedad en los asuntos del gobierno. ○ Un programa que mejore el aprovechamiento responsable de la cuenca. ○ Falta de asociaciones civiles.
OROGRÁFICO	<ul style="list-style-type: none"> ○ Falta de recursos financieros. ○ Vinculación en términos académicos (universidades). ○ Falta de asociaciones civiles responsables de programas. ○ Falta de conciencia social de los recursos naturales. ○ Desastres naturales. ○ Tala clandestina.

SOCIAL	<ul style="list-style-type: none"> ○ Racismo y discriminación. ○ Deserción escolar. ○ Mal uso de los recursos tecnológicos y de comunicación. ○ Mala comunicación entre gobierno y sociedad. ○ Paternalismo. Equidad y género. ○ Baja participación de los habitantes y de la sociedad.
TERRITORIAL	<ul style="list-style-type: none"> ○ No hay identificación de los puntos de interés común. ○ Falta de planes para garantizar el seguimiento de los proyectos. ○ Diversidad de los partidos políticos. ○ Falta de capacidad política y de la institución municipal. ○ Falta de líderes. ○ Falta por agregar a los diputados en los distritos electorales.

Cuadro 1. Percepciones colectivas de problemas en la región 01 noreste de Guanajuato.
 Fuente: Elaboración propia con información proporcionada por los participantes en los talleres de consulta para la integración del Diagnóstico de la Región 01 Noreste del Estado de Guanajuato, llevadas a cabo por el autor y su equipo de investigación.

Sintetizando la información obtenida en esta etapa de percepción de problemas, se procede mediante métodos desarrollados con anterioridad a identificar un conjunto inicial de potencialidades y vocacionamientos en la Región,¹² para que en un tercer momento se empiecen a esbozar las ideas de proyectos regionales. Véase los detalles de la sistematización en el anexo de este trabajo.

POTENCIALIDADES DE LA REGIÓN 01 NORESTE

Es de considerar que la potencialidad territorial representa un mecanismo de apropiación y entendimiento de las realidades que se viven y construyen en el territorio, y que sirve de base estratégica al ejercicio de planificar un territorio, ante el supuesto de que se busca “provocar” y “detonar” acciones y/o estrategias públicas y colectivas en él. Dicho de otra manera: se parte del principio de posibilidad de un proyecto que pueda potenciarse aprove-

¹² Véase: Ramírez Macías, J. J., “¿Qué alternativas para el desarrollo regional? Fronteras, potencialidades y vocacionamientos territoriales”, *Revista Lider*, núm. 18, 2011; y Ramírez Macías, J. J., “Buscando posibilidades para nuevos vocacionamientos territoriales. Aproximaciones teóricas desde la noción frontera y potencialidad”, *Revista Buenaval*, vol. 9, núm. 89, 2011.

chando y movilizandolos recursos existentes en el propio territorio.¹³ Entre las potencialidades que se identificaron en las mesas de análisis regional, destacamos las siguientes:

MUNICIPIO	DESCRIPCIÓN BÁSICA DE ALGUNAS POTENCIALIDADES MUNICIPALES*
ATARJEJA	<p>“...El municipio tiene la siguiente fauna: reptiles como la víbora de cascabel, el coralillo, la Navaca (víbora con cocoles en su piel y puede comer un perro), la víbora azul. Mamíferos como el coyote, zorro, tlacuache, zorrillo, y por los bosques del charco, el toro, el carricillo habita el Venado de cola blanca, el tigrillo, el puma (que está en peligro de extinción). Tiene lugares muy hermosos como el presidio, el sótano del barro, la cueva del agua, y se pueden apreciar tumbas y lugares de nombre cuicillos (ruinas), sobre todo en el Charco (sic.). Hay flora como bosque de pino, encino, escobillo, cedro; además de especies forrajeras como zacate, triguillo, pajita, gigante, falsa grama, flechilla y otras de menor importancia. También existen otras especies tales como tascate, madroño, nopales, palma china, sotol, ocotillo, granjeno, huisache, mezquite, vara dulce, garambullo y órgano. En términos de minería se tiene mercurio como metal...”</p>
DR. MORA	<p>“...La única industria de importancia en Doctor Mora, es Taylor Farms de México, S. de R. L. de C.V. dedicada al procesamiento de vegetales para ensaladas y subsidiaria de Taylor Fresh Foods, Inc.. que se instaló en 2007...”</p>

* Se respeta la redacción original y sin editar de lo que se identificó como potencialidad, tal y como fue vertido en las mesas de análisis regional, para que se pueda apreciar el proceso de apropiación de los elementos que hemos discutido arriba.

¹³ Desde los pensadores clásicos griegos sabemos que la potencia es una parte constitutiva del ser en su acepción más esencial, pues como lo estableció el sabio Aristóteles “el principio del movimiento o del cambio que está en otro, o en el mismo en cuanto otro; por ejemplo, el arte de edificar, es una potencia que no está en lo que se edifica; pero el arte de curar, que es una potencia, puede estar en el que es curado, pero no en cuanto que es curado. Así, pues, la que es absolutamente principio del cambio o del movimiento se llama potencia en otro, o en el mismo en cuanto otro; pero hay también una potencia para ser cambiado o movido por otro, o por el mismo en cuanto otro (decimos, en efecto, que el paciente puede ser afectado por aquella potencia de la cual recibe alguna afección, unas veces si recibe una afección cualquiera, pero otras no según cualquiera afección, sino si la afección es para algo mejor...”. Aristóteles, *Metafísica*, Madrid, Gredos, 1970.

<p>SAN JOSÉ ITURBIDE</p>	<p>“...Este municipio se encuentra muy cerca de la 57 y por ende ha provocado el desarrollo de un polo económico industrial, especialmente dentro de los giros de agricultura, energía eléctrica, cosméticos e higiene (Colgate Palmolive), esto desde 1990. También la presencia de ganado vacuno, porcino, bovino y avícola, pero no es a gran escala. Existen algunas granjas porcícolas y avícolas. Hay especies forrajeras como zacatón, falsa grama, triguillo, gramilla, popotillo plateado y lobero. Además se cuenta con otras especies, como nopal, huisache, mezquite, maguey verde, granjeno, ocotillo, palma china, órgano, sangre de drago, garambullo, capulín, cayotillo, pirul y garaballo. Especies animales como el conejo, tejón y serpiente de cascabel, águilas, tacuaches. También es conocida la alfarería, velas aromáticas, rompecabezas de madera, dulces típicos, talavera, vitrales, y principalmente la ropa de punto y tejido. El municipio forma parte junto con Tierra Blanca un ANP...”</p>
<p>SAN LUIS DE LA PAZ</p>	<p>“...Es importante como centro agrícola y comercial de la Sierra Gorda. Además, es ideal para instalar actividades productivas (industria). Esta firmemente asentado cerca de la autopista federal 57, punto estratégico de la zona y de la región. Mineral de Pozos es una comunidad del municipio y está dentro del programa federal de “Pueblos Mágicos” de la Sectur. La Misión de Chichimecas es una zona étnica e indígena que tiene prelación en programas relacionados con ellos. Ver fichas técnicas por municipio...”</p>
<p>SANTA CATARINA</p>	<p>“...Principales Sectores, Productos y Servicios Agricultura. Los principales cultivos son maíz y frijol. De las 84 hectáreas sembradas durante el ciclo agrícola 2009-2010, el 100% fueron de temporal. Ganadería: La población ganadera se registró en las siguientes cifras: Ganado Cabezas Bovino 2,512, Porcino 313, Ovino 1,498, Caprino 1,980 y Aves 8,908. Industria: está constituida por maquila de acrilán en pequeños talleres, cuya explotación es la principal fuente de empleo en el municipio...”</p>
<p>TIERRA BLANCA</p>	<p>“...Su principal actividad es la agricultura temporalera y de maíz, frijol y leguminosas. Dentro de la Industria de la Transformación: segundo sector: manufactura, lana, tejido, dulces típicos. El municipio tiene el más grande de la región el jardín botánico reconocido de flora y fauna...”</p>

APROXIMACIÓN A UNA EXPERIENCIA DE INTERVENCIÓN TERRITORIAL EN MUNICIPIOS DE LA REGIÓN 01 NORESTE DEL ESTADO DE GUANAJUATO. PAUTAS INICIALES PARA UN DIAGNÓSTICO BASADO EN POTENCIALIDADES

<p>VICTORIA</p>	<p><i>“...Este municipio tiene los ecosistemas variados: bosque, ríos, presas, bordos, bosque de altura. Recorridos turísticos con actividades diversas: campismo, religioso, arquitectura de misiones y capillas...”</i></p>
<p>XICHÚ</p>	<p><i>“...Municipio que está ubicado a 50 kms del cruce con Victoria y San Luis de la Paz, es una zona de origen minero (plata, oro, cobre, estaño) y que en la década de los cincuentas, como consecuencia de la nacionalización de la industria minera y de la petroquímica, Xichú fue abandonado por los dueños de las empresas mineras de origen estadounidense. Hoy el municipio tiene una cabecera municipal poco densa y la mayor parte de los habitantes están en las comunidades rurales, presentes en el municipio. El 75% de la población está en lo rural y el 25% en la cabecera. Es un municipio que tiene micro climas y tiene importantes cosechas de frutas tropicales y de altura...”</i></p>

Cuadro 2. Potencialidades Regionales identificadas en mesas de trabajo regionales.

Fuente: Elaboración propia con información proporcionada por los participantes en los talleres de consulta para la integración del Diagnóstico de la Región 01 Noreste del Estado de Guanajuato, llevadas a cabo por el autor y su equipo de investigación

VOCACIONAMIENTO DE LA REGIÓN 01 NORESTE

Si entendemos a la vocación de un territorio como “aquellas características que definen el tipo de actividades económicas que se desarrollan o bien podrían desarrollarse en un espacio territorial”, entonces las características que predominan, serán aquellas que nos acercarán a identificar un vocacionamiento de actividades productivas, sociales, políticas y/o económicas en un espacio determinado. Así, vocación y potencia sintetizadas en el territorio implica que las “condiciones y características naturales propias de la región” estarán guiando la orientación de las acciones y de las políticas, pues lo que *podría ser* y lo que *ahora es* constituye la mezcla estratégica orientadora de las intervenciones en los territorios. En el caso que nos ocupa, en las mesas de análisis se definieron los siguientes vocacionamientos:

Vocacionamiento	PORQUE ...*
Ganadería	<p>“...En Guanajuato se tienen registrados más de 50 mil productores pecuarios en dos uniones ganaderas regionales** (Unión Ganadera Regional de Guanajuato y la Unión Ganadera de Porcicultores de Guanajuato). Por actividad pecuaria se entiende: ovino, caprino, avícola, pesca, apicultura, bovino y porcino. San Luis de la Paz, junto con otros municipios del estado (San Miguel de Allende) tienen el 95% de la producción de aves de postura y canal. En el caso de cerdo, Pénjamo, Abasolo y la micro región del noreste tienen el 4to lugar nacional. Guanajuato ocupa el lugar 20 a nivel nacional como productor de carne bovino y 6to. lugar como cuenca lechera. La región noreste tiene apenas un 18% de participación en el contexto del Estado para manejo cárnico, por lo que es un talento que puede potenciarse, pero que requiere de manejo normativo de carne mediante rastros TIF y TSS...”</p>
Recursos Naturales: agua, bosque, territorio	<p>“...en cuanto a recursos naturales, la región cuenta con un área natural protegida (ANP) según el Instituto de Ecología del Estado. Esta área abarca dos municipios: Tierra Blanca y San José Iturbide con actividades eco turísticas bien definidas, incluso por OSC’s que prestan servicios a la zona y en la zona. En San Miguel de Allende hay una OSC que presta servicios nacionales para ecoturismo y otras actividades de deporte extremo. Por otro lado, Victoria tiene bosques de altura y media altura que se suman a los bosques de la Sierra Gorda, colindando con los Estados de Querétaro y San Luis Potosí por los municipios de Xichú y Atarjea. Estos recursos pueden potenciarse a partir de los ya existentes talentos de la zona, si sólo se ejecutan proyectos colegiados puntuales dentro de los planes de gobierno de los municipios, considerando la conversión, la detonación y el fortalecimiento económico mediante soluciones de abatimiento al desempleo y migración...”</p>

* Se respeta la redacción original y sin editar de lo que se identificó como vocacionamiento, tal y como fue vertido en las mesas de análisis regional.

** Según la Secretaría de Desarrollo Agropecuario, SDA y SAGARPA. Sistema Nacional Agropecuario y Pesca. 2008. Con datos del INEGI. 2010.

APROXIMACIÓN A UNA EXPERIENCIA DE INTERVENCIÓN TERRITORIAL EN MUNICIPIOS DE LA REGIÓN 01 NORESTE DEL ESTADO DE GUANAJUATO. PAUTAS INICIALES PARA UN DIAGNÓSTICO BASADO EN POTENCIALIDADES

<p>Capital Humano</p>	<p><i>“...desde el punto de vista social, la región puede analizarse desde la óptica antro-po-social y étnico. El “Rancho Uza” comunidad indígena “Misión de Chichimecas”, reconocido por la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) como el último asentamiento indígena chichimeca del país. En el Estado de Guanajuato hay 7463 indígenas entre Otomíes, Chichimecas-jonaz-pamez, Mazahuas (17%) y Náhuatl (11%), de los cuales el 14% y 22% están en la microregión de San Luis de la Paz y Tierra Blanca (los dos primeros respectivamente). Por otro lado, la región tiene 271,676 habitantes, lo que significa que esta región aporta el 18.5% de la población total del Estado, así como también se tiene la densidad de 48 habitantes por Km², en tanto que la media nacional es de 57; y la del Estado de Guanajuato es de 160, la R-01 tiene la densidad más del Estado. Por otro lado, la población sustantivamente es mestiza y blanca, salvo los indígenas...”</i></p>
<p>Capital Social</p>	<p><i>“...efectivamente la región tiene problemas de migración en los dos sentidos...”</i></p>
<p>Capital Intelectual y Cultural</p>	<p><i>“...la R-01, cuenta con talentos que definen a la zona como productiva, por generaciones las familias de la zona se han dedicado al comercio, a las artesanías (palma, cestería, barro, metalistería, piedra, madera, etc.), además de toda la gama de fiestas, celebraciones y conmemoraciones a lo largo de todo el año...”</i></p>
<p>Historia, tradiciones y Costumbres</p>	<p><i>“...la zona tiene importantes ferias que revelan las actividades tradicionales, especialmente con las culturas indígenas...”</i></p>

Cuadro 3. Vocacionamientos Regionales identificadas en mesas de trabajo regionales. Fuente: Elaboración propia con información proporcionada por los participantes en los talleres de consulta para la integración del Diagnóstico de la Región 01 Noreste del Estado de Guanajuato, llevadas a cabo por el autor y su equipo de investigación

Finalmente se procedió a integrar las ideas que eventualmente tendrían el potencial para convertirse en proyectos regionales, como sigue:

IDEA	JUSTIFICACIÓN DE LA IDEA *	POSIBLE PROYECTO
Central de Abastos Regional	<i>"...los servicios de comercio básico se tienen que hacer en Querétaro o San Luis Potosí, de manera que sus gastos crecen mucho. Una razón para acercar el comercio en volumen a la región y abaratar los directos..."</i>	Mercado de Abastos.
Rastro Regional TIF-TSS	<i>"...Hoy no se tiene un rastro de tipo inspección federal (TIF). Las enfermedades gastrointestinales son importantes: salmonella. Además hay matanza clandestina, no regulada y matanza semi-municipal. A pesar que hay ganaderas, están poco organizadas..."</i>	Rastro TIF. Mejorar las condiciones hacia introductores, ganaderos y tablajeros.
Servicios Médicos: Hospital Municipal.	<i>"...El problema es que la distancia es grande para acercar a los pacientes que tienen urgencia. Servicios de urgenciología serían de mucha utilidad describen los habitantes..."</i>	Hospital con enfoque Regional, Cruz Roja y Bomberos.
Centro de Acopio para fines de material de reciclable-resuso-reutilización.	<i>"...Un buen argumento para comerciar con deshechos de residuos no orgánicos. (basura) de los municipios..."</i>	Centro de Acopio para materiales diversos.
Planta Productora de Biogas	<i>"...Combustible que se genera en medios naturales o en dispositivos específicos, por las reacciones de biodegradación de la materia orgánica, mediante la acción de microorganismos (bacterias metano génicas, etc.) y a otros factores, en ausencia de oxígeno. Este gas se ha llamado gas de los pantanos, puesto que en ellos se produce la biodegradación de residuos vegetales semejante a la descrita..." **</i>	No aplicable. Falta documentar. Se recomienda visitar la web al calce. Sagarpa, tiene un programa federal denominado: bioenergéticos. (Bioetanol, biodiesel y biogás).
Museo de Historia Natural Regional	<i>"...La zona es rica en experiencias históricas y culturales: misiones, indígenas, artesanía, etc. Colocar estas ideas en el mercado provocaría mejor derrama económica..."</i>	Centro Cultura Regional Interactivo de historia y naturaleza.
Centro Artesanal Regional		Centro Artesanal Regional.
Parque Recreativo e Interactivo con Rutas Turísticas		Rutas de turismo responsable: verde, montañismo, senderismo, ciclismo.
Relleno Sanitario conforme a NOM	<i>"...Hoy la zona no tiene un relleno y menos una zona conforme a NOM..."</i>	Relleno Sanitario Regional.

APROXIMACIÓN A UNA EXPERIENCIA DE INTERVENCIÓN TERRITORIAL EN MUNICIPIOS DE LA REGIÓN 01 NORESTE DEL ESTADO DE GUANAJUATO. PAUTAS INICIALES PARA UN DIAGNÓSTICO BASADO EN POTENCIALIDADES

Ferias de difusión local.	<p><i>"...se tienen varias ferias, concursos y fiestas populares, pero no hay consistencia salvo en casos excepcionales, como la Feria de San Luis de Paz. Una secuencia o serie de ferias podrían ser un buen argumento para reunir a la sociedad, comprometerla y producir sinergia para fines de posicionamiento en la región y en el ámbito nacional. Algo semejante como la Feria del Vino y del Queso en Tequisquiapan, Qro..."</i></p>	Ferias regionales con enfoque local y nacional. Internacional.
Viajes de excursión local.	<p><i>"...En este momento hay 8 empresas formales no locales, y 2 de ellas que se dedican a la venta de excursiones en la región. Hay una en San Miguel de Allende que vende rutas hasta Centro América desde el Sótano del Barro en Atarjea. El gobierno del Estado, a través de la Sedetur tiene paquetería turística por región, zona y pueblo..."</i></p>	Rutas de turismo diverso: arquitectura religiosa, misiones, productivo local, minero.
Zona de flora y fauna. El IEE tiene una zona protegida declarada.	<p><i>"...Hoy está la zona de la Biosfera, Sierra Gorda, Zona protegida de San José Iturbide, en fin hay varias vertientes, habría que explotarlas para fines de comercio de la zona..."</i></p>	Mejora de la calidad de la imagen en calidad de jardín botánico local y regional de conservación de flora y fauna.
<p>*Se respeta la redacción original y sin editar de lo que se identificó como ideas de proyecto, tal y como fue vertido en las mesas de análisis regional. ** Según se puede documentar en la página http://www.bioenergeticos.gob.mx/index.php/biogas/produccion-de-biogas-a-partir-de-basura.html?gclid=CI6Pmd6l_KoCFUVg-TAod8D56oQ, consulta del 17 de octubre de 2011.</p>		

Cuadro 4. Ideas de proyectos con impacto regional.

Fuente: Elaboración propia con información proporcionada por los participantes en los talleres de consulta para la integración del Diagnóstico de la Región 01 Noreste del Estado de Guanajuato, llevadas a cabo por el autor y su equipo de investigación

V. CONCLUSIONES. HACIA UNA AGENDA DE POLÍTICAS REGIONALES DIFERENCIADAS PARA LA REGIÓN OI NORESTE DE GUANAJUATO

La información recabada, organizada y motivo de análisis en las mesas regionales, nos acercan a una consideración preliminar y a la cual la evidencia obtenida nos remite: se requiere construir una agenda colectiva de temas objeto de intervención pública, la cual es pertinente mencionar, debe integrar a los ocho municipios que integran la Región OI, con miras a consolidar, negociar y generar el banco de proyectos para la región, permitiendo avanzar en la integración de una Alianza Estratégica para el desarrollo de los municipios del Noreste de Guanajuato, pues si la institución municipal ha sido sindicada a la noción del desarrollo regional —en virtud de la perspectiva endógena¹⁴ que asume que la dinámica económica y social de los municipios, determina y constituye su entorno, al grado de establecer un perfil propio generado en las propias regiones—, es que podemos pensar que la intervención en una región sin el concurso-agrupamiento (alianza) de los municipios es ignorar la base material de las actividades económicas, sociales, culturales y todas las que se realizan en esa determinada circunscripción, que se potencia al constituirse como plataforma para el diseño técnico-metodológico de instrumentos de intervención territorial en espacios micro regionales, que como dijimos antes, lo constituyen las agendas para el desarrollo, los bancos de proyectos estratégicos, la documentación de vocacionamientos y potencialidades y las propias alianzas regionales, que en tanto instrumentos de intervención micro regional se constituyen en dispositivos que permiten a los actores locales y regionales disponer de recursos técnicos y metodológicos para que integren una ruta de gestión y ordenamiento de su territorio.

Al ponderar y ordenar la problemática que se vive en la región, con sus vocacionamientos y potencialidades se desprende claramente un mapa de actividad heterogéneo y con disparidades muy evidentes, como lo muestra el cuadro siguiente:

¹⁴ Inostroza, L. et al., *Democracia y planeación del desarrollo municipal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.

APROXIMACIÓN A UNA EXPERIENCIA DE INTERVENCIÓN TERRITORIAL EN MUNICIPIOS DE LA REGIÓN 01 NORESTE DEL ESTADO DE GUANAJUATO. PAUTAS INICIALES PARA UN DIAGNÓSTICO BASADO EN POTENCIALIDADES

MUNICIPIO	AGRÍCOLA	PECUARIO	MANUFACTURA	TRANSFORMACIÓN	EXTRACTIVA	SERVICIOS
ATARJEA	BAJA	BAJA	NULO	BAJA	MEDIANO	BAJA
DR. MORA	ALTO	ALTO	MEDIANO	MEDIANO	NULO	BAJA
SAN JOSÉ ITURBIDE	ALTO	ALTO	ALTO	ALTO	NULO	MEDIANO
SAN LUIS DE LA PAZ	MEDIANO	MEDIANO	ALTO	ALTO	NULO	ALTO
SANTA CATARINA	MEDIANO	MEDIANO	BAJA	BAJA	NULO	BAJA
TIERRA BLANCA	MEDIANO	MEDIANO	BAJA	MEDIANO	BAJA	BAJA
VICTORIA	ALTO	ALTO	BAJA	MEDIANO	BAJA	MEDIANO
XICHÚ	ALTO	ALTO	BAJA	BAJA	NULO	BAJA

Cuadro 5. Panorama productivo de la región 01 noreste de Guanajuato.
Fuente: Elaboración propia.

Esta condición que se vive en los municipios de la Región 01 nos conduce a un conjunto de consideraciones que han sido discutidas, comentadas y compartidas con colegas en otros espacios de intervención regional¹⁵ además de lo que pudimos constatar en la observación y recorrido por la región, descubriéndola y re-conociéndola. El aporte de los funcionarios municipales participantes en las mesas de análisis regional nos confirmaron muchas de ellas. Veamos estas consideraciones:

Primera consideración: La región 01 noreste, presenta *disparidades territoriales* en sus niveles de desarrollo, en sus niveles de competitividad y de desarrollo productivo,¹⁶ evidentes en los niveles de acceso a los servicios públicos, dependiendo de la ubicación geográfica de las poblaciones. Un dato que preocupa son los elevados índices de marginación que se presentan en los municipios denominados de “frontera”. Esos territorios que forman parte de la nebulosa gubernamental, pero que no sólo no

¹⁵ Algunas notas de esta problemática han sido presentadas y discutidas en los ciclos de conferencias magistrales que la Cátedra FODEPAL-capítulo Jalisco, que contó con la participación de expositores como Luis F. Aguilar Villanueva y Gustavo Gordillo.

¹⁶ Así como existen disparidades en las entidades federativas. Al respecto puede consultarse el estudio sobre competitividad en los estados, difundido en: <http://www.imco.org.mx/informeestatal.php>, en consulta en 16 de junio de 2010.

son sujetos de inversión privada sino que día con día crecen sin ser considerados como una zona de atención que presenta problemas similares a los de los territorios de otros estados con los que colinda. Es en estos espacios, donde la restricción que da la frontera desnuda los alcances de la acción pública. Estas disparidades aconsejan la formulación de distintos tipos de intervención en términos de estrategias públicas (políticas públicas).

Segunda consideración: No existe un consenso en torno al modelo de desarrollo a impulsar, partiendo de que se trata de reconstituir y potenciar la noción de desarrollo de un espacio determinado desde una perspectiva endógena que implica:

- La capacidad de transformación socioeconómica
- La habilidad de responder a los retos exteriores
- El fomento del aprendizaje y la formación

La eficacia en la introducción de formas de regulación social a nivel local (uso de recursos locales, control del proceso de acumulación, capacidad innovadora y desarrollo y consolidación de un tejido productivo local).¹⁷ Las implicaciones del modelo de desarrollo endógeno inciden en la dimensión económica de los territorios principalmente y que, ciertamente involucran una serie de mecanismos impulsados desde las instancias públicas, reconociendo el rol estratégico del Estado en el fomento al desarrollo regional.

Tercera consideración: Existen fallas en la intervención estatal. Consideradas desde el propio diseño presupuestal en la direccionalidad de los recursos públicos, así como desde el diseño programático sectorial que aún prevalece. Identificamos *problemas en el gasto público*, a partir de la no admisión desde el ejecutivo de la duplicidad y dispersión de los recursos públicos; una ausencia de acciones coordinadas; falta de continuidad a los esfuerzos de políticas públicas y a la falta de una evaluación real e integral de los presupuestos públicos.

¹⁷ GUTIÉRREZ VIDAL, M. y PELLEGRINI MARTÍNEZ, S. “El papel de los gobiernos locales en el desarrollo regional”, en Revista Gestión y Política Pública, vol. III, núm 1, primer semestre, cide, México, 1994.

Cuarta consideración: Es necesario compactar, o en su caso consolidar políticas y programas a fin de reorientar estratégicamente las acciones públicas, eficientando los recursos económicos e intelectuales de que disponen nuestros territorios. De ahí la importancia de que las *capacidades técnicas y de liderazgo de los gobiernos estatales y municipales sean cada vez menos desiguales*. Ante ello, las instituciones de educación superior deberán decidirse a impulsar el desarrollo regional en sus territorios, generando las ofertas académicas necesarias para la transformación productiva.

Ante este panorama se antoja la noción simplista de que si reconvertimos la problemática a una declaración positiva esencialmente estaríamos vislumbrando una posibilidad más clara de atender los problemas socio-territoriales que se identifican. Sin embargo, se trata de algo mucho más complejo. Para el fortalecimiento de los territorios y de las regiones tenemos que considerar sus antecedentes y las condiciones mínimas para que la activación ocurra. Ya hemos referido un listado de acciones base y que no son altamente “novedosas” sino que se nos presentan como posibilidades para el desarrollo de nuestro entorno. Es en esta ruta, en que las nuevas tendencias en desarrollo, ante los dilemas y retos que nos plantea la globalización, son los espacios locales, municipales y las configuraciones regionales en donde se hace cada vez más posible y a la vez complejo, complicado y diverso las posibilidades de desarrollarnos y consolidarnos.

Si el centro de la atención gubernamental es la vida municipal como motor del desarrollo regional, entonces deberá cuestionarse el modelo de relaciones intergubernamentales vigente, derivado de las formas que hoy tiene el Estado Mexicano y el Municipio como figura que parte del pacto federativo y, por lo tanto, sujeto a la tutela de éste. Derivado de este análisis se concluyen acciones fundamentales que habrán de implementarse en la región:

- *Integrar una agenda formal en alianza* de los ocho municipios para consolidar, negociar y generar el banco de proyectos para la región.
- *Generar una Declaratoria de Alianza Estratégica* para Mejores municipios del Noreste de Guanajuato.
- *Fortalecer el ejercicio político de la región*, pulverizado en ayuntamientos y ediles; ello mediante dialogo y voluntades apartidistas.

- *Apoyar la generación de infraestructura para la accesibilidad de las regiones*, como un elemento de conectividad con los tomadores de decisiones; acceso a las innovaciones y desarrollos tecnológicos.
- *Fomentar una mayor disponibilidad de servicios avanzados a la producción* (consultoría tecnológica, innovación y acceso tecnológico, etc)
- *Sentar las bases para la Institucionalidad regional* (gobiernos regionales, cooperación intermunicipal, presupuestación regional, entre otros)
- *Garantizar el clima social favorable* (asociado a baja conflictividad laboral y cooperación entre las instituciones públicas y privadas)
- *Fomentar la presencia de pequeñas y medianas empresas* a partir del involucramiento e impulso coordinado para generar la incubación de proyectos de empresa.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR VILLANUEVA, L. F., *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, Madrid, Gredos, 1970.
- BIEHL, D., *The Contribution of Infrastructure to the Regional Development. Final Report*, Luxemburgo, Comisión de las Comunidades Europeas, Infraestructure Study Group, 1986.
- GUTIÉRREZ VIDAL, M. Y MARTÍNEZ PELLÉGRINI S., “El papel de los gobiernos locales en el desarrollo regional”, *Gestión y Política Pública*, vol. 3, núm.1, 1994.
- GUTIÉRREZ CASAS, L. E., “Potencial de desarrollo y gestión de la política regional. El caso de Chihuahua”, *Frontera Norte. Estudios territoriales*, vol. 19, núm. 38, 2007.
- HIRSCHMAN, A., *La estrategia del desarrollo económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1961.
- INOSTROZA, L. *et al.*, *Democracia y planeación del desarrollo municipal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.

RAMÍREZ MACÍAS, J. J., “¿Qué alternativas para el desarrollo regional? Fronteras, potencialidades y vocacionamientos territoriales”, *Revista Lider*, núm. 18, 2011.

RAMÍREZ MACÍAS, J. J., “Buscando posibilidades para nuevos vocacionamientos territoriales. Aproximaciones teóricas desde la noción frontera y potencialidad”, *Revista Buenaval*, vol. 9, núm. 89, 2011.

SECRETARÍA DE DESARROLLO SOCIAL-Unidad de Microregiones, Catálogo de Localidades. 2013, <http://www.microrregiones.gob.mx/catloc/>, fecha de consulta: 28 de octubre de 2014.

PÁGINAS *web* CONSULTADAS:

<http://www.vamosasanjoseiturbide.com.mx/>

<http://www.sanluisdelapaz.com/mexico/feria/index.1.html>

<http://tierrablanca.guanajuato.gob.mx/>

<http://www.doctormoraguanajuato.gob.mx/2011/>

<http://www.santacatarina.guanajuato.gob.mx/>

http://www.ecoturismo.com.mx/ex/ex_121.html

http://www.zonaturistica.com/ecoturismo/ecoalojamiento-en-san_jose_iturbide-125.html

http://www.naturamexico.com/destinos.php?id_dest=62

http://www.naturamexico.com/operadores.php?id_dest=30

<http://www.hotelesmexico.com/ecoturismo/eco-alojamientos.php?idCd=125>

<http://www.sanjoseiturbide.com/>

ANEXOS

TEMAS	RESUMEN DE LAS INTERROGANTES	CORRELACIÓN DE TEMAS POR MATRIZ EN VALORES DE 1 Y 0								
		A	B	C	D	E	F	G	H	I
	(conclusiones de las mesas de trabajo)	SOCIAL	CIUDADANO	COMUNITARIO	ECONÓMICO	FINANCIERO	POLÍTICO	GOBIERNO	TECNOLÓGICO	TOTAL
COSTUMBRES, HÁBITOS	1. Desintegración familiar.	1	1	1	0	0	0	0	0	3
	2. La globalización.	0	0	0	1	0	0	0	0	1
	3. Brecha generacional entre los habitantes de la región y microrregión.	1	1	0	0	0	0	0	0	2
	4. Los movimientos migratorios entre los E.E.UU. y los municipios aledaños a Guanajuato y viceversa.	1	1	0	1	0	1	0	0	4
	5. Medios de comunicación (internet) de manera desmedida y los jóvenes están excesivamente absortos por la red.	0	0	0	0	0	0	0	1	1
	6. Recursos financieros familiares deficientes.	1	0	0	1	1	0	0	0	3
DEMOGRÁFICO	1. No hay planificación de nada.	1	0	0	0	0	1	1	0	3
	2. Deficiente capacitación.	0	1	0	0	0	0	1	0	2
	3. Poco fortalecimiento al empleo.	1	0	0	0	0	1	1	1	4
	4. No hay participación entre el gobierno y la ciudadanía, la sociedad.	1	0	0	0	0	0	1	0	2
	5. No hay prioridades en los proyectos.	0	0	0	0	0	0	0	1	1
ECONÓMICO	1. Falta de empleo y servicios básicos.	1	0	0	0	0	0	1	0	2
	2. Deficiente organización entre la población y el gobierno.	1	0	0	0	0	0	1	0	2
	3. Deficientes vías de comunicación.	0	0	0	0	0	0	1	1	2
	4. Falta de planeación.	0	0	0	0	0	0	1	1	2
	5. Divisionismo económico y político.	0	0	0	1	0	1	0	0	2
EDUCATIVO	1. Falta de calidad en los servicios educativos.	0	0	0	0	0	1	1	1	3
	2. Mala alimentación de los alumnos.	1	0	0	0	1	0	1	0	3
	3. Falta de economía en la familias.	1	0	0	0	1	0	0	0	2
	4. Desintegración familiar.	1	1	1	0	0	0	0	0	3
	5. Mal uso de la tecnología (internet)	0	1	0	0	0	0	0	1	2
	6. Desinterés de los padres de familia.	1	1	1	0	0	0	1	0	4
	7. Alto nivel de embarazos juveniles.	1	1	1	1	0	0	0	0	4
	8. Migración.	1	1	0	0	1	0	0	0	3
	9. Vandalismo y vicios (alcoholismo, drogas, etc.)	1	1	1	0	0	1	1	0	5

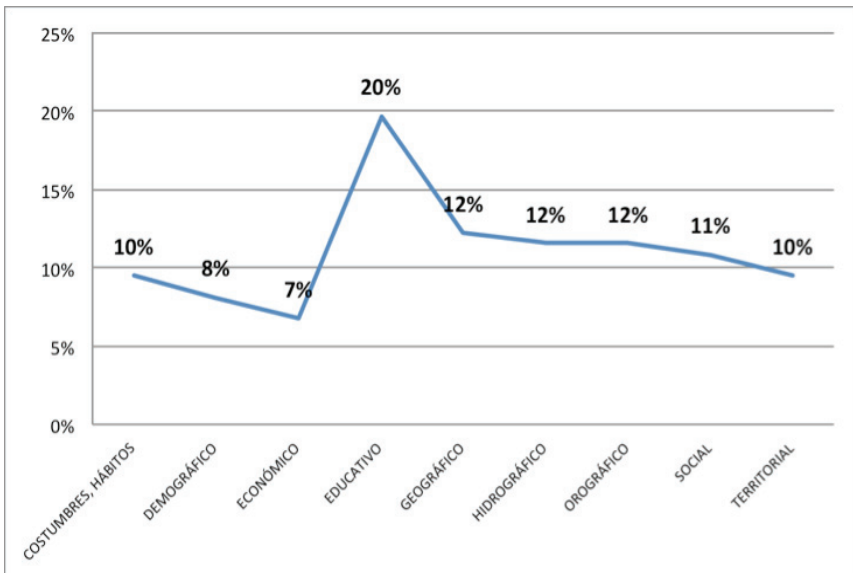
APROXIMACIÓN A UNA EXPERIENCIA DE INTERVENCIÓN TERRITORIAL EN MUNICIPIOS DE LA REGIÓN OI NORESTE DEL ESTADO DE GUANAJUATO. PAUTAS INICIALES PARA UN DIAGNÓSTICO BASADO EN POTENCIALIDADES

GEOGRÁFICO	1. Marginación.	1	1	1	0	0	1	1	0	5
	2. Desunión entre municipios.	0	0	0	0	0	1	1	1	3
	3. Cartera de proyectos productivos que no tienen impacto regional.	0	0	1	0	0	1	1	1	4
	4. Improvisación de los gobiernos y sus administraciones públicas.	0	0	0	0	0	1	1	1	3
	5. No hay cartera de proyectos para la región.	1	0	0	0	0	1	1	0	3
HIDROGRÁFICO	1. Por ser más alto el costo que los beneficios.	0	0	0	0	0	1	1	0	2
	2. Región poco habitada.	1	0	0	0	0	0	0	0	1
	3. No hay continuidad en los proyectos.	1	0	0	0	0	1	1	1	4
	4. Falta de conocimiento sobre la cuenca.	0	0	1	0	0	0	1	0	2
	5. Falta de interés por parte de la sociedad en los asuntos del gobierno.	1	1	0	0	0	0	1	0	3
	6. Un programa que de mejore el aprovechamiento responsable de la cuenca.	1	0	0	0	0	0	1	0	2
	7. Falta de asociaciones civiles.	1	0	0	0	0	1	1	0	3
OROGRÁFICO	1. Falta de recursos financieros.	0	0	0	0	1	0	1	0	2
	2. Vinculación en términos académicos (universidades).	0	0	0	0	0	1	1	1	3
	3. Falta de asociaciones civiles responsables de programas.	1	1	1	0	0	1	1	0	5
	4. Falta de conciencia social de los recursos naturales.	1	0	0	0	0	0	0	0	1
	5. Desastres naturales.	0	0	0	0	0	1	1	0	2
	6. Tala clandestina.	1	0	0	1	0	1	1	0	4
SOCIAL	1. Racismo y discriminación.	1	1	0	0	0	0	0	0	2
	2. Deserción escolar.	1	1	0	0	0	0	0	0	2
	3. Mal uso de los recursos tecnológicos y de comunicación.	1	0	0	0	0	1	1	1	4
	4. Mala comunicación entre gobierno y sociedad.	1	0	0	0	0	0	1	0	2
	5. Paternalismo. Equidad y género.	1	0	0	0	0	1	1	0	3
	6. Baja participación de los habitantes y de la sociedad.	0	1	0	0	0	1	1	0	3

TERRITORIAL	1. No hay identificación de los puntos de interés común.	1	0	0	0	0	1	1	0	3
	2. Falta de planes para garantizar el seguimiento de los proyectos.	1	0	0	0	0	1	1	0	3
	3. Diversidad de los partidos políticos.	0	0	0	0	0	1	0	0	1
	4. Falta de capacidad política y de la institución municipal.	0	0	0	0	0	1	1	0	2
	5. Falta de líderes.	1	1	0	0	0	0	1	0	3
	6. Falta por agregar a los diputados en los distritos electorales.	1	0	0	0	0	1	0	0	2
TOTALES	35	17	9	6	5	26	36	13	147	

Cuadro 5. Matriz de percepciones respecto a problemas que se viven en municipios de la región 01 noreste de Guanajuato.

Fuente: elaboración propia, con base a las percepciones de los participantes en los talleres de consulta para la integración del diagnóstico de la región 01 noreste del estado de guanajuato, llevadas a cabo por el autor y su equipo de investigación.



Cuadro 6. Preponderancia de temas y interrogantes.

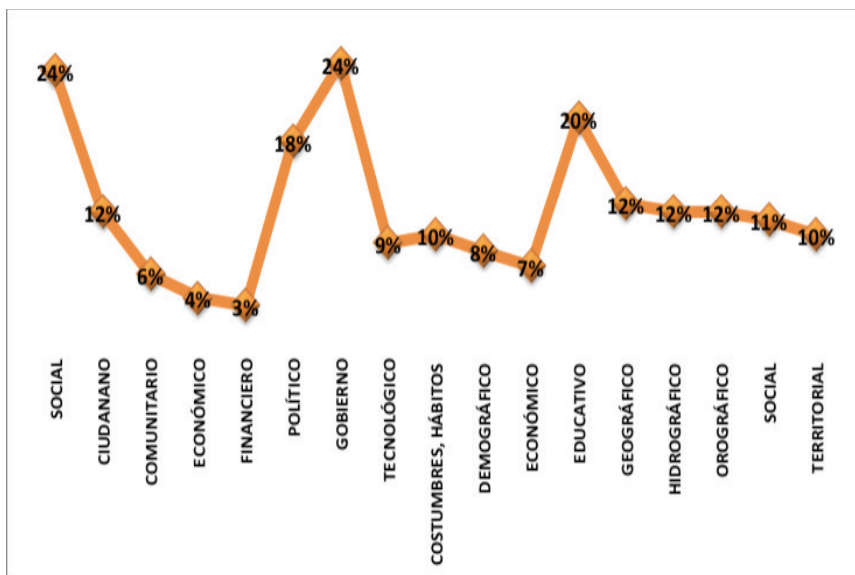
Fuente: Elaboración propia, con base a las percepciones de los participantes en los talleres de consulta para la integración del Diagnóstico de la Región 01 Noreste del Estado de Guanajuato, llevadas a cabo por el autor y su equipo de investigación.

APROXIMACIÓN A UNA EXPERIENCIA DE INTERVENCIÓN TERRITORIAL EN MUNICIPIOS DE LA REGIÓN 01 NORESTE DEL ESTADO DE GUANAJUATO. PAUTAS INICIALES PARA UN DIAGNÓSTICO BASADO EN POTENCIALIDADES

INTERROGANTES/PLANTEAMIENTO	PUNTOS	%
COSTUMBRES, HÁBITOS	14	10%
DEMOGRÁFICO	12	8%
ECONÓMICO	10	7%
EDUCATIVO	29	20%
GEOGRÁFICO	18	12%
HIDROGRÁFICO	17	12%
OROGRÁFICO	17	12%
SOCIAL	16	11%
TERRITORIAL	14	10%
TOTAL	147	100%

Cuadro 7. Resumen de interrogantes y líneas temáticas agrupadas.

Fuente: Elaboración propia, con base a las percepciones de los participantes en los talleres de consulta para la integración del Diagnóstico de la Región 01 Noreste del Estado de Guanajuato, llevadas a cabo por el autor y su equipo de investigación



Cuadro 8. Frecuencias de percepciones manifestadas por problema.

Fuente: Elaboración propia, con base a las percepciones de los participantes en los talleres de consulta para la integración del Diagnóstico de la Región 01 Noreste del Estado de Guanajuato, llevadas a cabo por el autor y su equipo de investigación.

PROPUESTA PARA REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA MUNICIPAL: EL CASO DE LOS CONSEJOS MUNICIPALES DE LEÓN, GUANAJUATO, COMO CONSEJOS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Alejandro Armando RAMÍREZ ZAMARRIPA¹

I. INTRODUCCIÓN

La participación ciudadana sigue siendo una de las principales tareas pendientes para los gobiernos locales en México. Al ser el municipio el ámbito de gobierno más cercano a los ciudadanos en el mismo se desarrollan una serie de relaciones complejas entre sociedad y gobierno.

El presente ensayo tiene como finalidad analizar la participación ciudadana más allá de la participación electoral, sino como una forma de fomentar la corresponsabilidad entre sociedad y gobierno para la resolución de los problemas públicos.

Para lo anterior, se analizará de manera concreta el caso de los consejos ciudadanos como órganos colegiados encargados de la generación e implementación de políticas públicas. Se tomará como base de análisis el modelo brasileño en virtud de contar con ciertas similitudes a las realidades de nuestro país.

Adicionalmente se hará una revisión del marco institucional del municipio de León, Guanajuato, con el propósito de aterrizar en un contexto local las realidades observadas en nuestros gobiernos locales.

Por último, a manera de conclusión, se describirán algunas de las principales características para construir un marco reglamentario en la con-

¹ Maestro en Administración Pública por la División de Derecho, Política y Gobierno, Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato y profesor de asignatura en la misma división. Alumno del programa de Maestría en Gestión Pública Aplicada del ITESM inscrito en el padrón de posgrados de calidad de CONACYT.

formación de consejos ciudadanos, así como una propuesta de reglamento para tal efecto.

Esperamos esta sea una simple idea que sirva para iniciar una discusión sobre la formalización de una responsabilidad pública entre sociedad y gobierno.

II. PARTICIPACIÓN CIUDADANA

En principio, es importante definir algunos elementos esenciales del concepto de participación ciudadana, con la finalidad de poder limitar los alcances del presente trabajo.

Alicia Ziccardi señala: «...la participación ciudadana, a diferencia de otras formas de participación [...] se refiere específicamente a que los habitantes de las ciudades intervengan en las actividades públicas representando intereses particulares (no individuales)»²

Por su parte, Manuel Canto, al proponer una definición de participación ciudadana establece: «...mediaciones entre sociedad y gobierno para que los distintos sujetos sociales intervengan, con base en sus diversos intereses y valores, e influyan en las políticas públicas y en las estructuras de gobierno, fundamentándose en el reclamo del derecho a la intervención en los asuntos que les competen».³

En este orden de ideas, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, define la participación ciudadana en la gestión pública como: «el proceso de construcción social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuesta o amplía los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de las personas, y los derechos de las organizaciones o grupos en que se integran, así como de las comunidades y pueblos indígenas».⁴

De las anteriores definiciones se concluyen como elementos de la participación ciudadana:

1. Los ciudadanos participan con intereses diversos dentro de una sociedad, cada grupo tiene un interés y, precisamente, lo que debe valorarse es la convivencia de todos ellos, con el objeto de formar un interés público o común para todos.

² ZICCARDI, Alicia, *Los actores de la participación ciudadana*, <http://www.iglom.iteso.mx/PDF/azzicardi.PDF>.

³ CANTO, Manuel, *Participación ciudadana en las políticas públicas*, México, D.F., Siglo XXI, 2010, p. 28.

⁴ Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Carta Iberoamericana de la Participación Ciudadana en la Gestión Pública*, en Canto, Manuel, *Op. cit.*, p. 256.

2. La finalidad inmediata de la participación es la de tener la posibilidad de incidir dentro de la toma de decisiones relacionadas con las acciones gubernamentales, buscando siempre el consenso entre los intereses particulares de los grupos.
3. El propósito último de la participación es la ampliación de los derechos ciudadanos, no sólo la corrección o ejecución de una acción gubernamental, sino ganar espacios para todos sus conciudadanos.

En atención a la función y posibilidad de los ciudadanos de influir dentro del actuar gubernamental es posible determinar diferentes niveles de participación ciudadana. Siguiendo las ideas de Manuel Canto, podemos clasificar estos niveles en los siguientes:

1. *Información*. Es el nivel más básico de la participación ciudadana, se relaciona con el conocimiento por parte de los ciudadanos del marco normativo, planes, programas y sus correspondientes presupuestos. Asimismo, se trata de una condición esencial para la existencia de cualquier tipo de participación.
2. *Consulta*. Es el proceso en el cual además de otorgar la información, se reciben opiniones de los ciudadanos, a través de reuniones, visitas o entrevistas, en este proceso la autoridad se da cuenta de las propuestas y sentimientos de la población.
3. *Decisión*. En esta etapa las consultas no funcionan como simples opiniones, sino se constituyen en instrucciones obligatorias para el órgano administrativo a quien se le otorga esa opinión.
4. *Delegación*. En este nivel de participación se concede a los particulares la posibilidad de poner en marcha algún proyecto para resolver un problema público. Es decir, el ente administrativo «delega» su potestad en los ciudadanos.
5. *Asociación*. El acuerdo de realización de programas en común, entre ciudadanos y autoridades.
6. *Control*. Las diversas formas de tener bajo su mando la política pública, no sólo la posibilidad de evaluarlas, sino, inclusive, corregirlas en el caso de no funcionar. En una frase, los ciudadanos tienen el control de la política pública.

Existen, según la propia experiencia de las administraciones públicas, diversos mecanismos de participación ciudadana.⁵ Cada una de ellas les con-

⁵ FONT, J., BLANCO, I., GOMÁ, I. y JAQUE, M., *Mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones locales: Una visión panorámica*, en Canto, Manuel, *Op. Cit.*,

cede una denominación diferente, lo cual hace complicado enlistar todos los nombres otorgados a los mismos. Sin embargo, hay una semejanza entre sus características con lo cual podemos hacer un listado de los principales mecanismos de participación ciudadana.

Como principales mecanismos de participación ciudadana⁶ podemos señalar:

1. *Asambleas*: Constituyen la base de la democracia moderna, se utilizan principalmente en Suiza e Inglaterra y tienen por objeto la celebración de reuniones deliberativas de los integrantes de una comunidad.
2. *Referéndum*: Consisten en consultar a todos los integrantes de la comunidad para la toma de decisión de la política pública. Este tipo de mecanismos se encuentran previstos en la legislación de nuestro país, sin embargo, sus requisitos de procedencia los hacen poco prácticos y sin efectos jurídicos sobre las decisiones de la actividad pública.
3. *Consejo de barrio*: Conjunto pequeño de habitantes electos o designados de diversas formas, los cuales se constituyen como portavoces de las necesidades de su comunidad.
4. *Fondos de barrio*: Constituyen pequeñas cantidades de dinero sobre las cuales se les otorgan facultades a los integrantes de un barrio o colonia para la decisión del ejercicio de dicho recurso.
5. *Presupuestos participativos*: Se trata de una vinculación de las decisiones sobre en qué gastar el presupuesto de una municipalidad completa, no sólo de un barrio o de una colonia.
6. *Jurados ciudadanos*: Es un pequeño conjunto de ciudadanos elegidos al azar, para la discusión y toma de ciertas decisiones.
7. *Consejos ciudadanos*: Cuerpos colegiados conformados por diversos integrantes de la sociedad civil, los cuales pueden ser de dos tipos, personas electas por los propios integrantes de las organizaciones o personas designadas por la autoridad entre los integrantes de las organizaciones ciudadanas, algunas veces representantes de asociaciones civiles o grupos de interés en el tema en el cual participan.
8. *Planes estratégicos y planes de desarrollo comunitario*: Pretenden vincular a los ciudadanos con las etapas de la planeación del desarrollo.
9. *Dispositivos de representación para ciudadanos usuarios de servicios públicos*: Se trata de mecanismos donde los usuarios de un servicio (como

pp. 56-104.

⁶ BACQUE, M. H., REY, H., y SINTOMER, Y., *La democracia participativa: ¿un nuevo paradigma de la acción pública?*, en Canto, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 105-149.

podría ser el transporte público) participan en la toma de decisiones en relación con la prestación del citado servicio.

En párrafos anteriores señalamos los elementos de la participación ciudadana, los cuales se resumen en: la convergencia de intereses distintos, el influir en la acción gubernamental y el poder crear nuevos derechos a favor de todos los ciudadanos.

Para los efectos del presente trabajo nos abocaremos a analizar los consejos ciudadanos, como un mecanismo que cumple mayoritariamente con los objetivos de la participación ciudadana. Ello no quiere decir que los demás mecanismos no cumplan con las finalidades de la participación, sino por el contrario, algunos de ellos contribuyen sólo a algunos de los tres objetivos, mientras que los consejos ciudadanos abarcan los tres tipos de finalidades analizadas.

CONSEJOS CIUDADANOS, COMO GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Los consejos ciudadanos, como consejos gestores de políticas públicas son el mecanismo de participación ciudadana objeto de análisis dentro de la presente investigación, para ello desarrollaremos las características básicas de los mismos, con base en la experiencia de los consejos brasileños.

Según Tatagiba,⁷ los consejos gestores de políticas públicas son: «*espacios públicos de composición plural y paritaria entre Estado y sociedad civil, de naturaleza deliberativa, cuya función es formular y controlar la ejecución de políticas públicas sectoriales*».

Por su parte, Manuel Canto señala:

Los CGPP (Consejos Gestores De Políticas Públicas) se desarrollan en Brasil en los diferentes órdenes de gobierno para áreas específicas de la acción pública (educación, salud, niños, adolescentes, por ejemplo); en ellos se encuentran representados los diferentes sectores concernidos en las políticas públicas[...] Los participantes en estos consejos no solamente son consultados, sino que deliberan las opciones, diseñan estrategias, presupuestan y supervisan, pudiendo llevar ante la autoridad judicial el funcionarios que se niegue a cumplir con lo acordado [...] Están reconocidos por la legislación y son una interesante combinación de democracia participativa y representativa, toda vez que quienes

⁷ TATAGIBA, L., "Los consejos gestores y la democracia de las políticas públicas en Brasil", en Dagnino, E., (coord.) *Sociedad Civil, esfera públicas y democratización en América Latina: Brasil*. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 313.

participan por la sociedad lo hacen justamente en representación de los sectores o tipo de agrupaciones a las que pertenecen.⁸

De las anteriores definiciones, podemos señalar las siguientes características de los consejos ciudadanos como gestores de políticas públicas:

1. Se trata de *espacios públicos*, es decir, foros donde se discuten los problemas relativos a la población, no sólo son clubes privados donde algunos elegidos pueden tener acceso, sino cualquier interesado puede acceder y, con ello, colaborar en la mejoría o reducción de los problemas que atañan a la colectividad. Eso mismo implica la posibilidad de participación en cualquiera de las materias de la administración pública no sólo en aquellas donde no se considere incómoda la participación de los ciudadanos.

2. Su *composición es plural*, es decir, no se trata únicamente de la pluralidad en relación con la dicotomía sociedad-estado, sino debe existir diversidad de las posturas sostenidas por diversos grupos sociales, todos deben tener a oportunidad de participar dentro del proceso deliberativo de las políticas públicas.

3. *Paridad de la participación* tanto de la autoridad como de los representantes de la sociedad civil. Es decir, las opiniones de cada uno de los involucrados deben tener el mismo valor, con independencia del cargo o posición social ostentada por cada uno de los participantes. La paridad no sólo se traduce como un número igualitario entre los integrantes del cuerpo colegiado, sino la posibilidad de ser escuchados y de escuchar las diferentes posturas en igualdad de condiciones dentro del proceso deliberativo.

4. Derivado de la pluralidad y la paridad entre sus integrantes, los procesos de toma de decisiones se basan en un *proceso dialógico*, es decir, deliberativo, de construcción del discurso.

5. Estos consejos tienen posibilidad de *controlar las políticas* públicas, no sólo para opinar o ser consultados sobre las mismas, sino inclusive para decidir modificar su contenido en caso de considerarlo necesario.

6. Están *reconocidos por un ordenamiento legal*, es decir, su formación tiene un sustento normativo no se trata únicamente de una creación momentánea, pues el reconocimiento institucional les otorga permanencia en el tiempo y, con ello, seguimiento a las decisiones tomadas.

En atención a lo anterior, podemos señalar como características de un consejo ciudadano gestor de políticas públicas lo relativo a su acceso, compo-

⁸ CANTO, M., *Op. Cit.*, nota 2, p. 31.

sición plural, paridad de participación de los sectores público y privado, proceso deliberativo y reconocimiento institucional.

Cada una de esas características se explica de la siguiente manera:

Acceso. Dentro de este apartado podemos señalar diferentes supuestos: acceso de quienes pueden integrar el consejo ciudadano, comunicación de los consejeros con sus representados y participación en las sesiones de aquellos que no integran el consejo.

Una de las características para garantizar el acceso de todo ciudadano interesado en participar es la emisión de convocatorias abiertas, en donde cada uno de ellos pueda postularse de manera independiente y ser partícipes en la resolución de los problemas públicos. A pesar de poder llegar a contar con una nominación unitaria dentro de la convocatoria, ello no implica que sólo representan sus intereses, pues no obstante la nominación personal y unitaria que pretendan obtener cada uno de ellos representa un sector particular de la sociedad civil cuya voz debe ser escuchada en los consejos colegiados de políticas públicas.

Una vez designados estos consejeros los mismos deben contar con comunicación con sus representados, en consecuencia, se les deben proporcionar los elementos mínimos para no perder esa comunicación, de lo contrario únicamente se estarían defendiendo intereses individuales (personales) y no particulares del grupo social del cual fueron propuestos.

Por último, el acceso implica la posibilidad de incorporar a grupos sociales no incluidos originalmente en la constitución del consejo ciudadano, en consecuencia deben promoverse la participación de nuevas propuestas ante el propio consejo ciudadano mediante reglas claras para garantizar la participación del mayor número de ideas en busca de una mejor solución a los problemas públicos. Asimismo, se debe prever el acceso público para las sesiones, a fin de transparentar su actuar y promover el mejoramiento de los procesos de toma de decisiones públicas.

En conclusión, en este rubro se deben considerar como elementos característicos de un consejo ciudadano gestor de políticas públicas los siguientes:

- a) Convocatorias públicas para la elección de los integrantes ciudadanos.
- b) Mecanismos de interacción entre consejeros ciudadanos y los grupos sociales de los cuales se origina su integración al consejo.
- c) Establecimiento de mecanismos para poder hacer llegar las propuestas de los grupos sociales cuyos miembros no hayan tenido la oportunidad de participar en la conformación de los consejos ciudadanos.

d) Sesiones abiertas a todo público para poder verificar la actuación de los representantes ciudadanos en la toma de decisiones.

Pluralidad. Otra de las características que debe prevalecer en este tipo de consejos es la pluralidad de los grupos sociales representados, no sólo se trata de ciudadanos que compartan la visión de las autoridades, sino debe garantizarse, para una adecuada deliberación, la proliferación de ideas diversas y formas de pensar distintas, con el objeto de poder determinar la mejor solución para los problemas públicos derivada no de la ocurrencia de unos cuantos, sino de un verdadero proceso deliberativo entre las ideas opuestas.

Por ello, es necesario establecer lineamientos para la toma de decisiones de los consejeros ciudadanos donde se garantice la manifestación plural y en igualdad de condiciones de la mayor parte de las posturas y formas del pensamiento, a fin de que la decisión final cuente con el mayor número de intereses particulares (no individuales) relacionados con el tema y representados en el órgano colegiado.

Paridad de la participación entre sociedad civil y autoridades formalmente establecidas. Al respecto Tatagiba señala: «*Paridad en la representación —o la exigencia de la igualdad en las posibilidades de afectar el resultado de la deliberación— se concreta en la medida en que los distintos actores involucrados conquistan y conceden, espacio para la expresión de las diferencias*».⁹

De lo anterior se desprende la necesaria existencia de mecanismos de interacción entre los actores sociales y la autoridad, sin dejar que los posicionamientos de alguno de ellos tenga un valor específico mayor que el del otro grupo.

Condiciones para el proceso deliberativo. Partiendo del concepto de ética discursiva desarrollado por Habermas, siguiendo las ideas de Moreno¹⁰ podemos señalar como principios de la situación ideal de un proceso discursivo los siguientes:

a) Todos los sujetos con capacidad de expresarse y actuar pueden formar parte del proceso deliberativo. Esto implica la no existencia de discriminaciones o la inclusión de consejeros sólo con voz, como sucede en algunos órganos colegiados. Se trata de la libertad de expresar sus argu-

⁹ TATAGIBA, L., *Op. Cit.*, nota 6, p. 334.

¹⁰ MORENO A., Jürgen Habermas: entre la ética del discurso y la ética de la especie, [versión electrónica] DIKAIOSYNE, Revista de Filosofía Práctica, t. X, núm. 19, Recuperado el 12 de marzo de 2012 de <http://www.saber.uia.ve/bitstream/123456789/19132/2/articulo4.pdf>, 2007.

mentos a favor de sus intereses. Esto es lo que se llama el principio de autonomía.

b) En la interacción deberá prevalecer siempre el mejor argumento. No se debe hacer caso de coacciones violentas, sino sólo de aquellas argumentaciones donde el mejor fundamento se imponga. Este es el principio de simetría.

c) Permitir que nuevas argumentaciones puedan mejorar la conclusión obtenida del consenso de los participantes. Este es el principio de falibilidad.

La inclusión de estas condiciones dentro de las reglas a desarrollar en un proceso deliberativo dentro de los consejos gestores de políticas públicas, es lo que garantiza la verdadera construcción de mejores soluciones en la toma de decisiones, al contar todas las posiciones con la misma posibilidad de ser parte de la solución de los problemas públicos.

Niveles de participación. La participación ciudadana debe gestarse no sólo en nivel de consulta, sino debe provocarse acciones concretas de participación, desde el nivel de decisión, hasta la posibilidad de poder determinar la suspensión de una política pública (control de la política pública).

En consecuencia, las facultades de los consejos ciudadanos gestores de políticas públicas deben abarcar todas las etapas de construcción de las mismas, en las cuales deben participar tomando decisiones, implementándolas en asociación con el poder público e inclusive teniendo el control sobre las mismas.

Reconocimiento institucional. Con el objeto de limitar la discrecionalidad en la creación de los consejos ciudadanos gestores de políticas públicas es necesario contar con un marco institucional en el cual se regule su existencia, es decir, deben existir reglas claras sobre la participación, tanto para los integrantes de los órganos colegiados como para los demás ciudadanos y autoridades.

Este marco institucional debe incluir no solamente reglamentos de creación y funcionamiento, sino también planes de trabajo, manuales de procesos, presupuestos, informes de actividades y mecanismos de evaluación de los mismos, como evaluación de los servicios que presta, de los empleados con los que cuenta o inclusive de sus resultados.

En resumen, estas son las características esenciales de un consejo ciudadano para ser considerado un verdadero gestor de políticas públicas. Cabe recordar se trata de un modelo ideal que será confrontado con la realidad

imperante, lo cual nos podrá dar una orientación para recomendar acciones a fin de mejorar la actuación de los órganos colegiados.

El presente ensayo no implica un trabajo concluido, cada vez se descubren nuevas formas de mejorar el desempeño de la administración, pero consideramos que se trata de un buen inicio para comenzar la discusión sobre el tema.

III. LOS CONSEJOS CIUDADANOS EN EL MUNICIPIO DE LEÓN, GUANAJUATO

La Ley Orgánica Municipal para el Estado de Guanajuato reconoce la existencia de las asociaciones de habitantes, como un mecanismo de participación ciudadana. Pero el mismo ordenamiento limita la participación de las asociaciones a la mera generación de propuestas en materia de medio ambiente, obra pública y servicios públicos municipales. Asimismo, también establece la posibilidad de que dichas asociaciones de habitantes participen en los consejos municipales, a los cuales no define, ni limita su actuación, sino por el contrario, deja en plena libertad a los ayuntamientos, a través del ejercicio de su potestad reglamentaria, el establecer sus características.

De lo anterior, concluimos la posibilidad de los ayuntamientos de establecer consejos municipales, en los cuales las asociaciones de habitantes colaborarán en la toma de decisiones municipales. Asimismo, no se establece ningún tipo de forma de organización para dichos consejos, ni facultades, ni la forma en la cual participarán en la generación de políticas públicas, sino que deja dichas características a la facultad reglamentaria de los ayuntamientos.

En uso de dicho ejercicio de la facultad reglamentaria, en el municipio de León, Guanajuato actualmente se cuenta con cerca de 90 reglamentos, acuerdos o disposiciones de carácter general aprobados por el ayuntamiento, en los cuales se prevé la existencia de 27 consejos ciudadanos, los cuales no todos están instalados, algunos aún están en espera de su renovación.

En relación con el acceso y pluralidad de los consejos ciudadanos de León, no existe, en ninguno de los consejos, la emisión de convocatorias públicas, donde los ciudadanos, sin pertenecer ni representar a ningún grupo de la sociedad civil organizada, puedan participar directamente en la conformación de dichos cuerpos colegiados. En algunos casos los espacios están destinados a organizaciones concretas (empresarios, universidades, sindicatos, colegios de profesionistas) y, en la mayoría de los casos, se en-

cuentra dentro de la decisión del presidente municipal el elaborar dicha propuesta.

Existe la tendencia de contar con espacios destinados exclusivamente a las cámaras empresariales, derivado de que es de éstas organizaciones donde tuvo su nacimiento la figura de los consejos ciudadanos, actualmente diez cuerpos colegiados son los que conservan la característica de origen empresarial o gremial de sus integrantes.

Asimismo, en ninguno de los reglamentos se hace referencia a la existencia de un proceso deliberativo para la construcción de las decisiones, a lo mucho se limitan a considerar la forma de votación o los quórum para la toma de decisiones, sin interesarse en los detalles del proceso.

Del análisis de los reglamentos municipales se puede observar que la principal etapa donde colaboran los consejos ciudadanos es la de implementación de las políticas públicas y carecen de participación en la construcción de la agenda y en la etapa de definición de los problemas públicos.

Por lo tocante a los niveles de participación, los primeros niveles de participación son los más nutridos de facultades como son los niveles de: información, consulta y decisión. En cambio, por lo que se refiere a la delegación, asociación y control es totalmente inexistente. Es decir tenemos una naciente participación ciudadana, la cual apenas se inicia en la toma de decisiones.

De lo anterior, se concluye la existencia de una participación ciudadana, con poder de decisión sobre la etapa de implementación de la política pública, es decir, sobre la materialización de la misma. Sin embargo, en lo relativo a la formación de la agenda y la definición de los problemas, no existe participación alguna, ni siquiera a manera de consulta, mucho menos en lo relativo a la evaluación o control de las mismas.

La mayoría de los consejos tienen facultades de decisión en lo relativo a la implementación de política públicas, pues se trata de consejos ciudadanos que constituyen el órgano de gobierno de las entidades paramunicipales (Bomberos, Parque Metropolitano, Explora, Feria, entre otros).

Otro grupo importante sólo tiene una participación a nivel de consulta (Indígena, Mejora Regulatoria, Ambiental, Urbanismo) dado que su función únicamente se trata de una opinión por parte de los consejos ciudadanos.

Una mención especial merece el consejo directivo del Sistema Estatal de Agua Potable y Alcantarillado de León (SAPAL) en el cual se prevén facultades para realizar acciones de implementación, evaluación, consulta, diseño de alternativas y su nivel va, dependiendo de la función, desde in-

formación hasta decisión. Podríamos poner este ejemplo como uno de los más avanzados en materia de participación ciudadana municipal.

Por lo tocante a su funcionamiento, no se prevén reglas claras sobre la construcción de las alternativas para la toma de decisiones, ni tampoco el manejo discursivo de las asambleas donde se garantice la posibilidad de argumentar por parte de todos los integrantes en condiciones de igualdad.

Su presupuesto no se encuentra definido, simplemente se carga al gasto ordinario de la dependencia o entidad responsable, pero no tienen asignada una partida específica la cual puedan ejercer de manera directa. Por eso mismo es complicado determinar su eficiencia, pues al no tener claro el presupuesto no se puede valorar cuál es su margen de actuación y determinar si cumplen o no con sus objetivos.

IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE CONTENIDO DE UN REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN DE CONSEJOS CIUDADANOS

Una vez realizado el análisis doctrinal de los consejos ciudadanos, así como revisados los reglamentos municipales de León, podemos señalar algunas características básicas en el diseño institucional de estos cuerpos colegiados, a saber:

1. Integración plural por parte de los diversos grupos sociales con intereses en el tema en particular.
2. Convocatorias abiertas para su conformación, con el objeto de que todos los involucrados en el tema y con interés en participar puedan hacerlo en igualdad de condiciones.
3. Señalamiento de los derechos y obligaciones tanto como órgano colegiado, como de cada uno de los integrantes en relación con los intereses que representa.
4. Reglas sobre la construcción discursiva dentro de su funcionamiento, con el objeto de garantizar la diversidad de opiniones y privilegiar la toma de decisiones basadas en la discusión argumentativa más que en el cabildeo político.
5. Establecer facultades en todas las etapas de construcción de las políticas públicas y no sólo en algunas de ellas con el objeto de garantizar su participación desde la creación de la agenda hasta el control y evaluación de las mismas.
6. Paridad en la integración entre los funcionarios y los ciudadanos con el objeto de fomentar el debate de ideas y encontrar la mejor forma de implementar políticas públicas.

7. Definición de la naturaleza jurídica de los consejeros ciudadanos.
8. Garantía del marco institucional de los consejos ciudadanos para su funcionamiento y facultades en el ciclo de políticas públicas.
9. Establecimiento de los derechos y obligaciones de sus integrantes tanto para con la administración pública como para sus conciudadanos.
10. Delimitación de la competencia materia de los consejos ciudadanos.
11. Procesos para el establecimiento de objetivos, planes de trabajo, misiones, visiones, metas y acciones.
12. Establecer mecanismos de comunicación tanto al interior de la administración pública, como con los ciudadanos de cuyo sector u organización social se originó su nombramiento.
13. Señalar sistemas para la evaluación sobre su desempeño.
14. Mecanismos para evitar la participación exclusiva de grupos afines a los gobiernos en turno, no encontrándose necesariamente representadas las diferentes opiniones sobre cada uno de los temas.
15. Evitar la complicidad entre los grupos sociales y el gobierno en turno.
16. Promover la participación de los ciudadanos individuales, sin vínculo con los actores políticos.

Propuesta reglamentaria
Anexo

REGLAMENTO DE LOS CONSEJOS CIUDADANOS DEL
MUNICIPIO DE LEÓN, GUANAJUATO

Capítulo I
Disposiciones Generales

OBJETO

Artículo 1. El presente reglamento tiene por objeto regular la operación y funcionamiento de los consejos ciudadanos del municipio de León, Guanajuato.

DEFINICIÓN

Artículo 2. Los consejos ciudadanos son órganos colegiados de composición plural y paritaria entre el Municipio de León y su sociedad civil, de naturaleza deliberativa para formular, controlar y evaluar políticas públicas municipales.

COMPETENCIA

Artículo 3. Cada uno de los reglamentos municipales en atención a la materia que regule determinará la existencia de consejo ciudadano, el cual se regirá bajos los principios establecidos en el presente ordenamiento.

PRINCIPIOS RECTORES

Artículo 4. Los consejos ciudadanos se regirán por los principios de transparencia, rendición de cuentas, paridad de participación entre el municipio y la sociedad civil, así como de libre acceso de los ciudadanos interesados.

Capítulo II

Integración y atribuciones de los consejos ciudadanos

INTEGRACIÓN

Artículo 5. Los consejos ciudadanos se integran por:

- I. Una Presidencia nombrada entre los integrantes del consejo ciudadano;*
- II. El número de representantes ciudadanos señalados por la normativa correspondiente, el cual no podrá ser menos a tres ni mayor de siete;*
- III. Los representantes de la administración municipal en el mismo número señalado para los consejeros ciudadanos; y*
- IV. Una Secretaría Técnica, a cargo del titular de la dependencia o entidad donde colabore el consejo ciudadano.*

Cada uno de los integrantes de los consejos ciudadanos contará con un suplente designado por ellos mismos, previa notificación por escrito al Presidente, por conducto de la Secretaría Técnica.

RENUNCIA TÁCITA

Artículo 6. En caso de inasistencia injustificada por parte de un representante ciudadano titular y su suplente a más de tres sesiones se entenderá renuncian al cargo para lo cual el Presidente Municipal presentará la propuesta al Ayuntamientos de entre los participantes en la convocatoria que no fueron electos, sin necesidad de una nueva convocatoria.

CARACTERÍSTICAS DE LOS CONSEJOS CIUDADANOS

Artículo 7. Los integrantes del consejo ciudadano no deberán ser servidores públicos municipales, ni dirigentes de algún partido político. Asimismo, no recibirán retribución, emolumento, ni compensación alguna por el desempeño de su función.

DERECHO A VOZ Y VOTO

Artículo 8. Los integrantes del consejo ciudadano cuentan con derecho a voz y voto en las sesiones, con excepción del Secretario Técnico, quien sólo contará con derecho a voz.

INVITADOS A LAS SESIONES

Artículo 9. El consejo ciudadano puede invitar a participar a sus sesiones a cualquier persona que considere pertinente para la atención de algún tema en específico. En este caso sólo contarán con derecho a voz en las mismas.

CONVOCATORIA PARA LA ELECCIÓN DE SUS INTEGRANTES

Artículo 10. Los integrantes de los consejos ciudadanos serán electos por medio de una convocatoria pública emitida por el Ayuntamiento, en donde se realizará un dictamen de cada uno de los candidatos inscritos para determinar a los integrantes del consejo ciudadano que corresponda.

ATRIBUCIONES DE LOS CONSEJOS CIUDADANOS

Artículo 11. Los consejos ciudadanos tienen las siguientes atribuciones:

- I. Definir las prioridades a atender por parte de la dependencia o entidad en la cual colaboran, con base en el plan de gobierno municipal;*
- II. Proponer alternativas de solución de los problemas públicos, para su discusión en el pleno del consejo;*
- III. Participar en las discusiones de las alternativas de solución de los problemas públicos;*
- IV. Aprobar la metodología, manuales e indicadores de evaluación de las políticas públicas a ejecutar por parte de la dependencia o entidad donde colaboran;*
- V. Aprobar su programa anual de trabajo, presupuesto y modelo de organización;*

- VI. Analizar y evaluar, mediante indicadores, el impacto de las acciones realizadas por la dependencia donde colaboran;*
- VII. Ordenar la reconducción de acción por parte de la dependencia o entidad donde colaboren;*
- VIII. Formar las comisiones necesarias para el cumplimiento de su objetivo atribuciones;*
- IX. Solicitar información a las dependencias y entidades relacionadas con los indicadores de evaluación; y*
- X. Difundir los trabajos, estudios, investigaciones y resultados que se generen con motivo del funcionamiento del consejo ciudadano, tanto a los actores sociales en él representados, así como a la sociedad en general.*

Capítulo III

Atribuciones de los integrantes de los consejos ciudadanos

ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE

Artículo 12. El Presidente tiene las siguientes atribuciones:

- I. Representar al consejo ciudadanos ante cualquier instancia;*
- II. Suscribir los documentos necesarios para el cumplimiento de las atribuciones del consejo ciudadano;*
- III. Ser el vocero de las opiniones y demás información a difundirse por parte del consejo ciudadano;*

Establecer medidas que permitan conservar el orden en el desarrollo de las sesiones; y

- I. Autorizar la integración del orden del día para las sesiones del consejo ciudadano y su notificación a los demás integrantes por conducto de la Secretaría Técnica.*

ATRIBUCIONES DE LOS INTEGRANTES

Artículo 13. Los integrantes de los consejos ciudadanos tienen las siguientes atribuciones:

- I. Emitir opinión y participar en los asuntos que se desahoguen al interior del consejo ciudadano;*
- II. Presentar propuestas y sugerencias que permitan cumplir de forma eficiente con el objeto y atribuciones del consejo ciudadano;*
- III. Participar en las comisiones donde sean designados, así como en los demás tareas que les sean encomendadas*

- IV. Cumplir con los trabajos que le sean encomendados; y*
- V. Las demás que les confiera el consejo ciudadano.*

ATRIBUCIONES DEL SECRETARIO TÉCNICO

Artículo 14. La Secretaría Técnica tiene las siguientes atribuciones:

- I. Auxiliar al Presidente en el desempeño de sus atribuciones;*
- II. Dar seguimiento a los acuerdos emitidos y compromisos adquiridos por el consejo ciudadano, así como al cumplimiento de su programa anual de trabajo;*
- III. Elaborar el orden del día, previo acuerdo con el Presidente;*
- IV. Convocar a las sesiones y anexar la documentación e información relacionada a los asuntos a tratar en la sesión;*
- V. Levantar las minutas de las sesiones y recabar la firma de sus integrantes;*
- VI. Expedir constancia de las minutas, acuerdos y compromisos del consejo ciudadano;*
- VII. Integrar y resguardar el archivo del consejo ciudadano; y*
- VIII. Las demás que determine el consejo ciudadano o su Presidente.*

Capítulo IV

Sesiones de los consejos ciudadanos

PERIODICIDAD DE LAS SESIONES

Artículo 15. Los consejos ciudadanos sesionarán de manera ordinaria por lo menos una vez al mes, conforme al calendario que se acuerde para esos fines, y en forma extraordinaria, cuando la importancia del asunto así lo amerite. Dichas sesiones serán públicas, a excepción de los asuntos que por su propia naturaleza deban ser reservados.

PLAZOS PARA CONVOCAR A LAS SESIONES

Artículo 16. Las convocatorias para las sesiones ordinarias deberán hacerse del conocimiento de los integrantes con una anticipación de cuando menos cinco días, y para las sesiones extraordinarias, con una anticipación mínima de cuarenta y ocho horas.

La Secretaría Técnica acompañará a las convocatorias el orden del día y la documentación que sirva de soporte para el desahogo de las sesiones.

Las convocatorias, así como la documentación que deba acompañarlas, podrán hacerse llegar por cualquier medio en el que conste fehacientemente su recepción.

VALIDEZ DE SESIONES Y ACUERDOS

Artículo 14. Las sesiones serán válidas con la asistencia de la mitad más uno de sus integrantes.

Los acuerdos de los consejos ciudadanos se tomarán por mayoría de votos de los integrantes presentes. En caso de empate, el presidente tendrá voto de calidad.

En todas las sesiones se deberán escuchar todas las posiciones en relación con los asuntos a votar, en igualdad de condiciones sin beneficiar alguna de las posturas representadas en el consejo respectivo.

Capítulo V Comisiones

CONFORMACIÓN DE COMISIONES

Artículo 17. Los consejos ciudadanos podrán conformar las comisiones que considere necesarias para la atención de los asuntos de su competencia.

INTEGRACIÓN DE LAS COMISIONES

Artículo 18. Las comisiones se integrarán con el número de miembros que determine el consejo ciudadano y serán dirigidas por un coordinador electo de entre quienes formen parte de ellas.

A las sesiones de las comisiones asistirá un integrante de la Secretaría Técnica, que será designado por su titular y se encargará de prestar el auxilio necesario para el cumplimiento de sus fines.

REUNIONES DE LAS COMISIONES

Artículo 19. Las comisiones deberán reunirse las veces que sea necesario para dar cumplimiento a su objeto y funcionarán conforme a su organización interna.

INFORME DE LAS COMISIONES

Artículo 20. Las comisiones rendirán ante el pleno del consejo ciudadano, por conducto de su coordinador, un informe de las actividades realizadas, sin perjuicio de la información que les sea solicitada.

VALIDEZ DE LAS SESIONES Y ACUERDOS

Artículo 21. Los acuerdos de las comisiones se tomarán por mayoría simple de sus integrantes, en caso de empate el coordinador tendrá voto de calidad.

Capítulo VI *Confidencialidad de la Información*

CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN

Artículo 22. Los integrantes de los consejos ciudadanos deberán guardar la confidencialidad y reserva debidas, sobre la información a la que tengan acceso por razón de su encargo.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR VILLANUEVA, Luis F., “Introducción”, en Aguilar Villanueva, (comp.), *Política pública*, México, Siglo XXI editores, 2010, pp. 17-60.

BACQUE, M. H., REY, H., Y SINTOMER, Y., “La democracia participativa: ¿un nuevo paradigma de la acción pública?”, trad. de J. Farrera, en Canto, Manuel (comp.), *Participación ciudadana en las políticas públicas*, México, Siglo XXI editores, 2010, pp. 105-149.

CANTO, Manuel, “Introducción”, en Canto, Manuel (comp.), *Participación ciudadana en las políticas públicas*, México, Siglo XXI editores, 2010, pp. 17-55.

_____, “Participación ciudadana: la gobernanza de las sociedades complejas” [versión electrónica], en Calva, J.L., *Democracia y gobernabilidad. Agenda para el desarrollo*, México, Porrúa/UNAM. 2004.

CANTO, R., “Políticas públicas. Más allá del pluralismo y la participación ciudadana”, en Aguilar Villanueva, (comp.), *Política pública*, México, Siglo XXI editores, 2010, pp. 151-175.

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. “Carta Iberoamericana de la Participación Ciudadana en la Gestión Pública”, en Canto, Manuel

- (comp.), Participación ciudadana en las políticas públicas, México, Siglo XXI editores, 2010, pp. 252-276.
- FONT, J., BLANCO, I., GOMÁ, I. Y JARQUE, M., “Mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones locales: Una visión panorámica”, en Canto, Manuel (comp.), *Participación ciudadana en las políticas públicas*, México, Siglo XXI editores, 2010, pp. 56-104.
- GARCÍA, R., “Los alcances del cambio y la innovación en las organizaciones municipales en México”, [versión electrónica], Tesis de grado sin publicación, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2009.
- KAUFFER M., E. F., “Las políticas públicas: algunos apuntes generales”, [versión electrónica], *Ecofronteras*, 16. El Colegio de la Frontera Sur, San Cristóbal de las Casas, México, 2002. pp. 2-5.
- LOWI, T. J., “Políticas públicas, estudios de casos y teoría política”, en Aguilar Villanueva, Luis F., (estudio introductorio y edición), *La hechura de las políticas*, 3a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, pp. 89-117.
- MAY, P. “Claves para diseñar opciones de políticas”, en Aguilar Villanueva, Luis F., (estudio introductorio y edición), *Problemas Públicos y Agenda de Gobierno*, 3a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2009, pp. 235-256.
- MORENO, A., “Jürgen Habermas: entre la ética del discurso y la ética de la especie”, [versión electrónica], DIKAIOSYNE, *Revista de Filosofía Práctica*, vol. X, núm.19, 2007, recuperado el 12 de marzo de 2012, en <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/19132/2/articulo4.pdf>
- RENDÓN HUERTA BARRERA, Teresita, *Diagnóstico y Diseño de la Reglamentación Municipal en México*, Guanajuato, Universidad de Guanajuato, 2010.
- TATAGIBA, L., “VII. Los Consejos Gestores y la Democratización de las Políticas Públicas en Brasil”, en Dagnino, E. (coord.), *Sociedad civil, esfera pública y democratización en América Latina: Brasil*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, pp. 305-368.

UNIDAD MUNICIPAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE LEÓN. Sistema de Normatividad Municipal, Portal de Transparencia de León, <http://www.leon.gob.mx/transparencia/normatividad/reglamentos.htm>, 2014.

ZICCARDI, Alicia, “Los actores de la participación ciudadana” [versión electrónica], consultable en: <http://www.iglom.iteso.mx/PDF/azzi-cardi.PDF>, 2004.

ELEMENTOS JURÍDICOS PARA EL APROVECHAMIENTO ENERGÉTICO DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS

Teresita Rendón HUERTA BARRERA

Al Dr. Pedro López Ríos, hombre íntegro y dedicado jurista, compañero de trabajo durante muchos años y perdurable amigo.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este estudio es determinar los elementos jurídicos para el aprovechamiento energético de la basura municipal, a partir de su potencial para la generación de energía.

Un estudio como el presente, conlleva reflexiones no sólo jurídicas, sino filosóficas, en tanto promueve la reflexión sobre la naturaleza² como un sistema perfecto y estructurado, en el que todo obedece a una ley necesaria. Ya los griegos en la época clásica, consideraban que la creación es un principio dinámico capaz de generar armonía. Los recursos energéticos de

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora Investigadora y actualmente Directora de la División de Derecho Política y Gobierno, campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato, México. Autora de la obra “*Derecho Municipal*”, Ed. Porrúa, México, 2007 y “*Ética del Juzgador*”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. Perfil *Promep*, del Programa de Mejoramiento del Profesorado de la Secretaría de Educación Pública de México. Perteneciente al Sistema Nacional de Investigadores (SNI) Nivel I. Miembro de la Red de Investigadores en Gobiernos Locales de México (IGLOM), Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Municipal (AIDEM). Miembro del Cuerpo Académico: Ciencia Penal, Estado de Derecho y Derechos humanos.

² RADKAU, Joachim. En su estudio “Naturaleza” no es un concepto teórico“, Goethe-Institute. V., Humboldt Redaktion, Noviembre 2009, traducción: José Aníbal Campos, dice: “En el siglo XVIII, “naturaleza” se vuelve una palabra de moda; (....) Cada vez con mayor frecuencia, los adeptos de las definiciones rigurosas empezaron a protestar de que la “naturaleza”, como concepto, no tenía valor alguno, ya que se dejaba definir al arbitrio de cada cual. Lo único curioso es que fuera imposible –y lo siga siendo, a pesar de todo–, acabar con esa palabra mágica! Algún sentido vital debe de tener.”

origen fósil son escasos. Es fácilmente previsible la crisis que se desatará en esos sectores en el curso de las próximas décadas. El aumento de las demandas de energía y el descenso de las reservas del planeta, nos lleva obligadamente a la sustitución de esas fuentes.

“Las leyes naturales determinan —conforme a la escuela tomista— el tipo de comportamiento que corresponde a cada cuerpo o ser.”³ Pero esa certeza se derriba cuando se ven con claridad las dimensiones del dominio del hombre sobre el medio ambiente, cuyas causas “antropogénicas”,⁴ originan impactos visibles a manera de cambio climático,⁵ reducción de la capa de ozono, marea negra, efecto invernadero, erosión o extinción de especies. Esta es la realidad presente y permanente, sobre la cual se está construyendo el futuro. Aunque el ser humano es la forma de vida más inteligente en el planeta, es también responsable de la mayoría de sus daños.

Mientras el debate climático domina la esfera pública, la ineficacia de medidas institucionales que tan sólo anestesian, y la pérdida de legitimidad de muchos actores políticos, han adquirido en su conjunto, características de un verdadero colapso en el que queda de manifiesto la incapacidad de los entes públicos para salvar ya los bosques tropicales, los manglares o los humedales, ya las praderas o los arrecifes de coral. Ante ese estado de cosas, la comunidad local siente ajeno, vacuo o insuficiente el argumento gubernamental ambientalista, para apropiarse de él, y también para emprender acciones comprometidas. Actitudes que esconden tras de sí, un nihilismo tan aniquilante como la propia catástrofe ecológica.

Ese maremágnun constituye un gran desafío para la sociedad, para el orden jurídico y para los jefes de Estado, corporaciones y empresas, para políticos, legisladores, y para quienes ejercen el poder a través de la riqueza, de manera tal, que es preciso cuestionar las bases políticas y axiológicas, en que se fundamenta el modelo universal del crecimiento económico, orientado por la economía del mercado donde la competitividad de la producción y del consumo, generan la cultura de lo “*superfluo imprescindible*”. La preservación de la naturaleza como sostén de la humanidad y la ad-

³ ECHEGOYEN OLLETA, Javier, *Historia de la Filosofía*. Volumen 2: Filosofía Medieval y Moderna. Libros PDF (Santo Tomás)

⁴ Se usa el término para describir contaminaciones ambientales en forma de desechos químicos o biológicos como consecuencia de las actividades económicas, tales como la producción de dióxido de carbono por consumo de combustibles fósiles. «Glossary» Earth Observatory, 2008

⁵ MORENO RODRÍGUEZ, J. M., *El Cambio Climático Antropogénico es un asunto de ayer, no de mañana: la acción no puede esperar*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2007

ministración de los recursos de la Tierra, deben ser siempre la base del desarrollo.

Aunque son cada día más intensos los estertores del planeta, y la amenaza que se cierne sobre toda la humanidad, es cada vez más fuerte, latente y continua, en muchos persiste la indiferencia. Es tremendo que los veranos e inviernos tan intensos, las tempestades, los terremotos, sean los encargados de exigir con urgencia a cada ser humano una actitud ética diferente, capaz de asumir el compromiso individual y colectivo que las condiciones actuales demandan. No se trata ya de contar sólo con instrumentos jurídicos internacionales. Esos están ahí: la Convención del Clima, la Cumbre de Copenhague, el Protocolo de Kyoto, las Cumbres de la Tierra de Río de Janeiro y de Johannesburgo, la Declaración del Milenio, entre otros, que prevén mecanismos precisos.

La ciudad habla de las acciones de sus habitantes; en sus calles, en sus parques, en su estructura queda impresa la actividad de cada persona. La ciudad se duele de tantas agresiones, la ciudad se expresa, rechaza tanta basura, protesta. La ciudad es un ser vivo que alberga nuestras vidas. Algún día las ciudades del mundo, hablarán de la grandeza de sus moradores, de esa grandeza que no radica en ocupar sitios de privilegio, ni reside en una posición social, en un cuantioso patrimonio, en una jerarquía política, ni en la capacidad inquisitiva de la razón. De esa persona cuya grandeza depende de su libertad, que le permite convertirse en artífice de sí misma, de su entorno, de su presente y su porvenir.

II. CAMBIO DE PARADIGMAS

En un país como México que tradicionalmente se ha movido por el petróleo, resulta difícil concebir la basura municipal como una fuente de energía. Sin embargo, la actual situación energética en el mundo, motiva a la búsqueda de nuevos paradigmas energéticos, basados en fuentes alternas que se caractericen por ser renovables, sustentables y compatibles con el medio ambiente.

Durante los últimos años, México ha tenido avances en materia de regulación energética, respecto de la energía hidroeléctrica, eólica, geotérmica, energía hidroeléctrica, biocombustibles, nuevas tecnologías en el campo de las energías renovables no convencionales y el gas metano procedente de los rellenos sanitarios, así como proyectos para la mejora de la eficiencia

energética en la transmisión de electricidad. No obstante, queda mucho por hacer.

Es manifiesta la necesidad de abrir un debate académico sobre aquellos paradigmas y desafíos a los cuales se enfrenta el sector energético en el país y teniendo como horizonte la construcción de una dimensión jurídica de largo plazo.

III. RECURSOS ENERGÉTICOS

Desde la antigüedad, e incluso desde la prehistoria, hasta nuestros días la energía se ha obtenido de diversas maneras y de diversas fuentes. Es claro que el término “energía”, no es propio del ámbito jurídico, sino de otras disciplinas. “El vocablo energía (del griego *ἐνέργεια*/energeia, actividad, operación; *ἐνεργός*/energos = fuerza de acción o fuerza trabajando) tiene diversas acepciones y definiciones. En física, “energía” se define como la capacidad para realizar un trabajo. En tecnología y economía, “energía” se refiere a un recurso natural (incluyendo a su tecnología asociada) para extraerla, transformarla y darle un uso industrial o económico.”⁶ En tecnología y economía, una fuente de energía es un recurso natural, así como la tecnología asociada para explotarla y hacer un uso industrial y económico del mismo. La energía en sí misma nunca es un bien para el consumo final, sino un bien intermedio para satisfacer otras necesidades en la producción de bienes y servicios. Al ser un bien escaso, la energía es fuente de conflictos para el control de los recursos energéticos.⁷ Entre los recursos energéticos de origen orgánico o convencionales, se incluyen fundamentalmente el carbón y los hidrocarburos naturales (petróleo y gas), que se forman no como consecuencia de la acumulación de los restos inorgánicos de organismos (sedimentación bioquímica), sino de la acumulación, degradación y evolución de los propios restos orgánicos de estos organismos.

La principal diferencia entre los tipos señalados es que el carbón se forma fundamentalmente a partir de restos de vegetales superiores (hojas, tallos, troncos...), mientras que petróleo y gas se forman a partir de microorganismos (plancton, algas, bacterias...)⁸.

Es común clasificar las fuentes de energía según incluyan el uso irreversible o no de ciertas materias primas, como combustibles o minerales

⁶ Energía. newton.cnice.mec.es/materiales_didacticos/energia

⁷ *Ibid.*

⁸ Recursos energéticos. <http://www.profesorenlinea.cl/Ciencias/RecursosEnergeticos.htm>. 7 de septiembre de 2012.

radioactivos. Según este criterio se habla de dos grandes grupos de fuentes de energía explotables tecnológicamente:

- *Energías renovables*: eólica, geotérmica, hidráulica, mareomotriz, solar, cinética, Biomasa, Gradiente térmico oceánico, energía azul, energía termoeléctrica generada por termopares, energía nuclear de fusión.
- *Fuentes de Energías no renovables (o nuclear-fósil)*: Carbón, Centrales nucleares, Gas Natural, Petróleo, Energía atómica o nuclear, que requiere de Uranio o Plutonio.

Los recursos energéticos son el conjunto de medios con los que los países del mundo intentan cubrir sus necesidades de energía. La energía es la base de la civilización industrial; sin ella, la vida moderna dejaría de existir. Durante la década de 1970, el mundo empezó a ser consciente de la vulnerabilidad de los recursos de energía. A largo plazo es posible que las prácticas de conservación de energía proporcionen el tiempo suficiente para explorar nuevas posibilidades tecnológicas.⁹

Estas formas de energía se han aprovechado controladamente a ritmos exponenciales en razón de la capacidad tecnológica y económica y por su importancia, han llegado a ser materia de regulación constitucional.

El punto es, entonces, cómo es que determinadas fuentes y formas de energía han llegado a incorporarse al ordenamiento constitucional, de qué manera y con cuáles alcances.¹⁰

IV. EL SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL DE LIMPIA, RECOLECCIÓN, TRASLADO, TRATAMIENTO Y DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS

Previsto en el artículo 115 fracción III, inciso c) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el servicio público de limpia se traduce en el aseo de la vía pública y demás lugares en que se desarrollan activida-

⁹ Recursos energéticos. <http://www.profesorenlinea.cl/Ciencias/RecursosEnergeticos.htm>. 4 de septiembre de 2012.

¹⁰ ESPINOSA FERNÁNDEZ, Jorge, "Evolución Constitucional de la Regulación de la Energía", *Regulación del Sector Energético*, Varios, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie E: Varios, Núm. 85, México, 1997, pp. 45-47.

des comunitarias, con el fin de evitar la proliferación de focos infecciosos y el mal aspecto que causa la basura.

Sin este servicio, el riesgo de epidemias sería muy grande, ya que la basura propicia la multiplicación de roedores e insectos que contaminan el aire y el agua. Contamos con escasos datos sobre este elemental servicio en épocas pretéritas, no obstante, se tienen noticias de que había disposiciones administrativas que debían ser acatadas por los particulares, para mantener limpias las ciudades, pero no hay base que indique la obligatoriedad de prestación de un servicio regular y continuo, por parte de la entidad pública.

Es hasta el surgimiento del Estado moderno, cuando va determinándose este servicio, como parte de la competencia municipal, para cuyo cumplimiento se requiere la intervención de los particulares, pero sin que ello implique su responsabilidad exclusiva.

El servicio de limpia o mejor denominado aseo público, consiste en barrer, recolectar la basura, depositarla en sitios destinados a ello, para que sea seleccionada y posteriormente utilizada.

Tomando en cuenta el grave problema que representa la basura, por las enormes cantidades que diariamente se recogen en nuestras ciudades, el Derecho administrativo prevé el otorgamiento de concesiones en esta materia, así como la venta de material seleccionado para su industrialización. La técnica y la ciencia, en este renglón, han registrado considerables avances, ya que lo que antes era sólo desperdicio, como bolsas de plástico, vidrio, hoja de lata, papel, metales, etc., mediante procesos especiales de tratamiento, se convierten en azulejo, cartón, suelas y tacones para el calzado, y en general, en artículos de gran valor utilitario. Por ello es que los municipios no deben descuidar el régimen de los esquilmos.

Asimismo, la basura puede utilizarse en rellenos sanitarios para la creación de áreas verdes y algunas otras obras de ingeniería urbana, que puedan embellecer o dar comodidad al entorno. Lo que no es recomendable, es la incineración a cielo abierto, porque es altamente contaminante. Este servicio es muy costoso, dado que para su adecuada prestación se requiere de personal, transporte, equipo, instalación de depósito, botes receptores, tolvas, crematorios de despojos de animales, etc., por esta razón, las autoridades municipales deben buscar el apoyo del gobierno federal, del estatal y sobre todo, el de los particulares que tienen obligación de limpiar los frentes de sus casas, y que deben evitar que los desechos por ellos generados, queden en la vía pública o en cualquier otro lugar inapropiado.

Los problemas del servicio de limpia, se agudizan en las ciudades preponderantemente por desechos industriales y comerciales, puesto que las

industrias y comercios establecidos, provocan altísimos incrementos de desperdicio. Por todas estas razones, es de primer orden, el papel que desempeña el Derecho municipal, en la regulación de tan necesario servicio público, así como en la formación de la conciencia cívica.¹¹

La recolección domiciliaria, comprende la recepción por parte de las unidades del servicio público de limpia de los residuos sólidos domésticos que en forma normal genere una familia o casa habitación. La prestación del servicio de recolección o condominios, unidades habitacionales o multifamiliares, se realiza en los sitios destinados para la concentración y recolección de la basura dentro de horarios de recolección general.

Se consideran generadores de residuos urbanos los que tienen una producción de desechos menor a 50 kg/día y generadores de alto volumen aquellos que tienen una producción de desechos mayor a 50 kg/día. Aquellos residuos sólidos domésticos o comerciales cuyo manejo represente un peligro para el personal encargado de su recolección y para prevenir accidentes, deberán ser colocados de manera visible o con el señalamiento adecuado. En el caso de residuos sólidos no domésticos que produzcan establecimientos comerciales, industriales o de servicios, entidades paraestatales, paramunicipales y similares, que exceden de 50 kg., en su caso podrán hacer uso del servicio de recolección a través de los servicios especiales de limpia, mediante convenio.

Las clínicas, hospitales y laboratorios de análisis clínicos o similares, deberán incinerar todos los desechos sólidos que produzcan, mediante el equipo o instalaciones autorizadas, o contratar a las compañías para tal fin. Los propietarios encargados de empresas dedicadas a la industrialización de alimentos, deberán incinerar todo residuo que sea producto de materia orgánica proveniente de animales. Son residuos de manejo especial: los provenientes de servicios de salud, cosméticos y alimentos caducos, actividades agrícolas, forestales, y pecuarias, servicios de transporte, demolición, mantenimiento y construcción, tecnológicos, lodos deshidratados, neumáticos, objetos voluminosos, laboratorios industriales, químicos, biológicos, de producción o de investigación.

La administración municipal debe prevenir la generación de basura, adoptando como estrategia operativa la minimización en la producción mediante el fomento al consumo sustentable, la separación desde las fuentes de origen de los residuos, su valoración y, en su caso, disposición final por separado. Para ello, podrá coordinarse y celebrar convenios con au-

¹¹ RENDÓN HUERTA BARRERA, Teresita, *Derecho municipal*, México, Porrúa, 2007, pp. 267-268.

toridades sanitarias y de protección del ambiente ya sea del estado, de la federación o de otros municipios.

De conformidad con el texto constitucional, la basura o los residuos sólidos, como productos del servicio público que presta el municipio, podrán ser aprovechados e industrializados por la administración municipal. Cuando existan propuestas para el aprovechamiento o industrialización de los residuos, de parte de personas e instituciones públicas o privadas, las autoridades municipales resolverán si procede. Generalmente los desechos no utilizables que se deriven de los procesos de aprovechamiento o de industrialización, son destinados a rellenos sanitarios. El ayuntamiento puede otorgar concesiones para recibir y procesar los residuos sólidos.

V. LA BASURA, RECURSO ENERGÉTICO DEL MAÑANA

Por dondequiera, la naturaleza está alterada por el desarrollo industrial y la urbanización. Y podemos preguntarnos con fundada razón, qué es lo que provoca en millones de individuos comportamientos que sólo conducen a la destrucción. En la sociedad industrial se identifica la felicidad con la abundancia, con el deseo de ascender en la jerarquía social. Lo mejor es sinónimo de tener más y progreso es igual a crecimiento económico. A consecuencia de ello, la distancia se hace inmensa entre el Estado y el gobernado, menguando el sentido de la responsabilidad individual. Así, la atrofia de la autonomía individual, produce el deterioro de la sociedad civil.

Alrededor del mundo, cada año, los seres humanos producimos dos billones de toneladas de residuos sólidos urbanos, sin incluir los desechos industriales y hospitalarios. Cerros de plásticos, madera, metales, papel, muebles, colchones, ropa, botellas, restos de comida, que ya a nadie sirven, se depositan en camiones recolectores que cerca de las áreas urbanas van a los tiraderos de basura, y que al descomponerse, liberan sustancias tóxicas, excediendo la capacidad de la naturaleza para degradarlos y provocando serios problemas de contaminación del aire, de mantos acuíferos, de bosques y ríos.

La ONU prevé que hacia 2025 el mundo desarrollado quintuplicará la generación de desechos per cápita. La situación parece haber llegado a su límite.¹²

Los tiempos actuales reclaman cambios radicales en los vínculos del hombre con la naturaleza. Y tiene que entenderse por naturaleza, el medio

¹² Los activistas desde finales de los años 80 del movimiento internacional Basura Cero, aseguran que existe la forma de convertir la basura en oro y diseñar sistemas producti-

ecológico y el medio personal, la naturaleza de la individualidad humana y la conciencia que cada uno tiene de sí mismo.

VI. LA TRANSFORMACIÓN DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS EN ENERGÍA

Existen dos procesos para este propósito, el biológico, efectuado en rellenos sanitarios, y el térmico en sus diferentes versiones. También existe la oportunidad de convertir la basura en energía que se puede aprovechar para alumbrado público, bombeo de agua y transporte masivo, entre otros usos más específicos. Paralelamente estos procesos y tecnologías son sustentables ya que son en sí mismos un tratamiento de la basura. Sin duda el potencial energético y los beneficios ambientales están a la vista, sólo falta la difusión y conocimiento real de las tecnologías que sin duda son el camino probado para aprovechar el potencial energético de la basura.

Cada día es mayor la cantidad de basura debido a:

- El crecimiento de las ciudades;
- La gran variedad de objetos que se producen día a día; y
- La forma como estos objetos se empaquetan y se venden.

Para considerar a la basura como una fuente de energía, se deben tomar en cuenta dos aspectos básicos: la cantidad que se genera y su contenido energético.

De acuerdo con cifras oficiales en nuestro país se genera un promedio de 103 mil toneladas al día de basura municipal, de las cuales se dispone el 58.1% en rellenos sanitarios, el 9.4 % en sitios controlados y el restante 32.5% en tiraderos a cielo abierto. En términos prácticos se genera 1 kg/habitantes/día.¹³

En los países con mayor desarrollo económico, el promedio de basura que cada persona tira al día es de dos kilos, aproximadamente, y este promedio va en aumento. En Estados Unidos sólo la basura urbana la llegado a más de 220 millones de toneladas. La basura de la Ciudad de México es

vos que no generen desperdicios. El gobierno de Canberra, que en 1995 se adhirió a estos principios, hoy, la capital de Australia asegura que está libre de desechos.

¹³ ARVIZU FERNÁNDEZ, José Luis, "La basura como recurso energético. Situación actual y prospectiva en México" *Revista de Ingeniería Civil*, edición 496, enero-marzo, México, 2011.

de más de 18 millones de toneladas al año. En Monterrey se produce cerca de un millón de toneladas al año. Para trasladar esta basura se necesitan, al día, mil viajes de camiones recolectores con capacidad de carga de tres toneladas cada uno. Trasladar esas cantidades de basura requiere de mucho combustible. En todo el país se generan 84 mil toneladas de basura diariamente. En el Distrito Federal se generan 12 mil 500 toneladas, un Estadio Azteca lleno de basura todos los días. Alrededor de 40% son reciclables, como el metal, los plásticos, el vidrio, el PET, cartón y el papel limpio, la cual ya tienen su nicho de mercado, lo cual debe suceder igualmente con las 8 mil toneladas de residuos orgánicos.¹⁴ De todo el mundo, México ocupa el lugar 10 de los países que más basura producen. Hace 50 años cada mexicano generaba 300 gramos de basura diario, hoy cada mexicano genera aproximadamente 900 gramos. Solamente en envases de plástico se tiran en las calles 90 millones de toneladas al año, 25 veces el Zócalo de la Ciudad de México. El problema de la basura en las coladeras es todavía más grave en lugares como tianguis sobre ruedas, en calles donde hay puestos ambulantes, paraderos o cualquier esquina, que sale a relucir en época de lluvias. El problema no es de clases sociales, es educación y cultura.¹⁵

El proceso de combustión con recuperación de energía conocido como *basura a energía* (WTE, por sus siglas en inglés), es una de las alternativas existentes para el manejo de la basura, ya que reduce la cantidad de materiales enviados a los rellenos sanitarios, previene la contaminación de agua y aire, permite mejorar los programas de reciclamiento, requiere menos espacio y disminuye la dependencia de los combustibles fósiles para la generación de energía.¹⁶

Para determinar el potencial de la basura como combustible y con base en la información sobre la cantidad de basura generada en nuestro país, el doctor Arvizu Fernández con metodologías propias, ha estimado la producción de biogás y electricidad de los rellenos sanitarios y basureros existentes en nuestro país, determinando la capacidad eléctrica de esta fuente de biomasa. Por cada tonelada de basura dispuesta en un relleno sanitario se pueden generar de 150 a 175 kWh, en tanto que por cada tonelada de basura incinerada se puede generar un promedio de 550 kWh. Con biogás existe un potencial estimado en 165 MW provenientes de la basura ya depositada en rellenos sanitarios. En tanto que si se genera electricidad

¹⁴ La basura del D.F. podría abastecer de energía eléctrica a 40 mil casas cada día. http://www.cronica.com.mx/nota.php?id_notas=629980. 2 de septiembre de 2012.

¹⁵ Retraso de 100 años en manejo de residuos. <https://journalmex.wordpress.com/2012/01/18/retraso-de-100-anos-en-manejo-de-residuos/>. 2 de septiembre de 2012.

¹⁶ ARVIZU, Loc. *Op.Cit.*

mediante incineración de la basura existe un potencial de 2,415 MW, distribuido por regiones en la República Mexicana.

La basura orgánica que se recolecta en un día en la ciudad de México podría generar suficiente energía para abastecer de electricidad a cerca de 40 mil casas habitación durante dos meses, por lo que lejos de ser un problema, la recolección de desechos podría convertirse en un recurso rentable y de gran beneficio. Por cada tonelada de basura se produciría gas metano suficiente para generar entre 1110 y 1300 kilovatios hora de energía, ya que en el proceso, 60% de la basura logra su reacción bioquímica. Esto equivaldría a abastecer el consumo de cinco casas durante dos meses, que multiplicado por el número de toneladas diarias de desechos, resulta sorprendente.

La implementación de tecnologías para la producción de energía mediante desechos, tiene ejemplos alrededor del mundo como el Bordo Poniente para la generación de energía del Distrito Federal, la planta productora de metanol en Singapur, el convertidor de biomasa y desechos comestibles en energía del Campus Davis de la Universidad de California y el sistema de producción de biogás a partir de agua ácida en Tanzania nos dan a entender que las oportunidades existen en esta materia.¹⁷

VII. ELEMENTOS JURÍDICOS PARA EL APROVECHAMIENTO ENERGÉTICO DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS

La industria de la energía ha avanzado en paralelo a la revolución industrial y social-urbana, con auge apenas desde las postrimerías del siglo pasado, por lo que no hay soluciones jurídicas, concluyentes, que puedan aplicarse universalmente. De ahí que formulo estas consideraciones sobre un terreno en el que están pendientes muchas definiciones.

¹⁷ Abramos los ojos a la maravilla que es la basura. <http://www.renewableenergymexico.com/?tag=energia-de-basura>. 4 de septiembre de 2012.

JERARQUÍA NORMATIVA EN MATERIA DE RESIDUOS SÓLIDOS

1.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
2.	Leyes = LGEEPA, LGPGIR
3.	Reglamentos derivados de las leyes federales, entre otros, el Reglamento de la Ley General para la prevención y gestión integral de los residuos y Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Residuos Peligrosos.
4.	Normas Oficiales Mexicanas = NOM, NMX
5.	Constitución Local
6.	Legislación Local
7.	Reglamentación local
8.	Normas Ambientales = NA-007-RNAT
9.	Reglamentos municipales = Reglamentos en materia de limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos.

Conforme al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Congreso tiene facultad: fracción X. *“Para legislar en toda la república sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123.”* De tal enunciado se desprende que el Constituyente ha considerado como estratégica toda la competencia en materia de energía. De ahí que tenemos como premisa la facultad del Congreso para legislar en toda la república sobre la materia energética, en tanto se refiere expresamente a los hidrocarburos, así como a la energía eléctrica y nuclear. Por su parte, el artículo 27 constitucional estipula que: *“Corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines.”* Conforme al artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: *“III. Los municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: c) Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos,”* Esta es la base legal para concluir que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en efecto, deja en manos de la

administración municipal, la utilización y aprovechamiento de los desechos sólidos, pero no así su conversión en energía.

Por su parte, la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de octubre de 2003 y cuya más reciente reforma fue publicada en el DOF 30 de mayo de 2012, en su artículo 7 contiene las facultades de la Federación, el artículo 9 prevé las facultades de las Entidades Federativas y el artículo 10 dispone que los municipios tienen a su cargo las funciones de manejo integral de residuos sólidos urbanos, que consisten en la recolección, traslado, tratamiento, y su disposición final, conforme a las siguientes facultades:

“ I. Formular, por sí o en coordinación con las entidades federativas, y con la participación de representantes de los distintos sectores sociales, los Programas Municipales para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos Sólidos Urbanos, los cuales deberán observar lo dispuesto en el Programa Estatal para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos correspondiente; II. Emitir los reglamentos y demás disposiciones jurídico-administrativas de observancia general dentro de sus jurisdicciones respectivas, a fin de dar cumplimiento a lo establecido en la presente Ley y en las disposiciones legales que emitan las entidades federativas correspondientes; III. Controlar los residuos sólidos urbanos; IV. Prestar, por sí o a través de gestores, el servicio público de manejo integral de residuos sólidos urbanos, observando lo dispuesto por esta Ley y la legislación estatal en la materia; V. Otorgar las autorizaciones y concesiones de una o más de las actividades que comprende la prestación de los servicios de manejo integral de los residuos sólidos urbanos; VI. Establecer y mantener actualizado el registro de los grandes generadores de residuos sólidos urbanos; VII. Verificar el cumplimiento de las disposiciones de esta Ley, normas oficiales mexicanas y demás ordenamientos jurídicos en materia de residuos sólidos urbanos e imponer las sanciones y medidas de seguridad que resulten aplicables; VIII. Participar en el control de los residuos peligrosos generados o manejados por micro generadores, así como imponer las sanciones que procedan, de acuerdo con la normatividad aplicable y lo que establezcan los convenios que se suscriban con los gobiernos de las entidades federativas respectivas, de conformidad con lo establecido en esta Ley; IX. Coadyuvar en la prevención de la contaminación de sitios con materiales y residuos peligrosos y su remediación; X. Efectuar el cobro por el pago de los servicios de manejo integral de residuos sólidos urbanos y destinar los ingresos a la operación y el fortalecimiento de los

mismos, y XI. Las demás que se establezcan en esta Ley, las normas oficiales mexicanas y otros ordenamientos jurídicos que resulten aplicables.”

Hay obligaciones de los habitantes para contribuir y obligarse a realizar acciones que protejan y preserven la salud pública o, dejar de hacer actos que afecten al ambiente, las cuales surgen de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su Artículo 4 prevé que: “*Toda persona tiene derecho a la protección de la salud.*” Asimismo, la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en el Artículo 2 señala: “*Se consideran de utilidad pública: I. El ordenamiento ecológico del territorio nacional en los casos previstos por ésta y las demás leyes aplicables;*” Por lo tanto, es de utilidad pública lo previsto en el Artículo 8 de la citada ley: “*Corresponden a los municipios, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y las leyes locales en la materia, las siguientes facultades: IV.- La aplicación de las disposiciones jurídicas relativas a la prevención y control de los efectos sobre el ambiente ocasionados por la generación, transporte, almacenamiento, manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos e industriales que no estén considerados como peligrosos,*” En consecuencia, el gobierno municipal está facultado para la aplicación de disposiciones jurídicas en materia de aseo público o limpia, que dicte el interés general, para obligar a la ciudadanía y a quienes transitan por la municipalidad, en beneficio social, a observar las normas aplicables a la materia, ejecutar las acciones municipales, así como de colaborar en las campañas de concientización para mantener limpio el municipio y no producir basura.

En conclusión, la jerarquía normativa para el aprovechamiento energético de los residuos sólidos urbanos, comprende nueve niveles de disposiciones, que hacen tortuosa y difícil la delimitación de competencias. Con base en las disposiciones constitucionales vigentes, la *energía eléctrica y nuclear* es materia exclusiva de la federación. Si atendemos al artículo 115 de la propia Ley Fundamental, podríamos llegar a concluir que la transformación de la basura en energía, es de competencia municipal, al aludir a: “*tratamiento y disposición final de residuos*”, en tanto una forma de disposición final de residuos, es su conversión a energía. Sin embargo, no puede interpretarse esta disposición en forma aislada. En todo caso, se trata de efectuar una interpretación sistemática, la cual conduce a que se trata de una competencia federal.

VIII. CONCLUSIONES

1. En un país como México que tradicionalmente se ha movido por el petróleo, resulta difícil concebir la basura municipal como una fuente de energía. Sin embargo, la actual situación energética en el mundo, motiva a la búsqueda de nuevos paradigmas energéticos, basados en fuentes alternativas que se caractericen por ser renovables, sustentables y compatibles con el medio ambiente.

2. Los recursos energéticos son el conjunto de medios con los que los países del mundo intentan cubrir sus necesidades de energía. La energía es la base de la civilización industrial; sin ella, la vida moderna dejaría de existir.

3. Los problemas del servicio de limpia, se agudizan en las ciudades preponderantemente por desechos industriales y comerciales, puesto que las industrias y comercios formales, provocan altísimos incrementos de desperdicio. Por todas estas razones, es de primer orden, el papel que desempeña el Derecho municipal, en la regulación de tan necesario servicio público, así como en la formación de la conciencia cívica. De conformidad con el texto constitucional, la basura o los residuos sólidos, como productos del servicio público que presta el municipio, podrán ser aprovechados e industrializados por la administración municipal.

4. Alrededor del mundo, cada año, los seres humanos producimos dos billones de toneladas de residuos sólidos urbanos, sin incluir los desechos industriales y hospitalarios. Cerros de plásticos, madera, metales, papel, muebles, colchones, ropa, botellas, restos de comida, que ya a nadie sirven, se depositan en camiones recolectores que cerca de las áreas urbanas van a los tiraderos de basura, y que al descomponerse, liberan sustancias tóxicas, excediendo la capacidad de la naturaleza para degradarlos y provocando serios problemas de contaminación del aire, de mantos acuíferos, de bosques y ríos.

5. En el Distrito Federal se generan todos los días 12 mil 500 toneladas, que equivale a un Estadio Azteca lleno de basura. Alrededor de 40% son reciclables, como el metal, los plásticos, el vidrio, el PET, cartón y el papel limpio, así como 8 mil toneladas de residuos orgánicos. De todo el mundo, México ocupa el lugar 10 de los países que más basura producen. Hace 50 años cada mexicano generaba 300 gramos de basura diario, hoy cada mexicano genera aproximadamente 1 kg. Solamente en

envases de plástico se tiran en las calles 90 millones de toneladas al año, 25 veces el Zócalo de la Ciudad de México.

6. Por cada tonelada de basura dispuesta en un relleno sanitario se pueden generar de 150 a 175 kWh (kilovatio hora), en tanto que por cada tonelada de basura incinerada se puede generar un promedio de 550 kWh. Con biogás existe un potencial estimado en 165 MW provenientes de la basura ya depositada en rellenos sanitarios.

7. La basura orgánica que se recolecta en un día en la ciudad de México podría generar suficiente energía para abastecer de electricidad a cerca de 40 mil casas habitación durante dos meses, por lo que lejos de ser un problema, la recolección de desechos podría convertirse en un recurso rentable y de gran beneficio.

8. La implementación de tecnologías para la producción de energía mediante desechos, tiene ejemplos alrededor del mundo como el Bordo Poniente para la generación de energía del Distrito Federal, la planta productora de metanol en Singapur, el convertidor de biomasa y desechos comestibles en energía del Campus Davis de la Universidad de California y el sistema de producción de biogás a partir de agua ácida en Tanzania nos dan a entender que las oportunidades existen en esta materia.

9. La jerarquía normativa para el aprovechamiento energético de los residuos sólidos urbanos, comprende nueve niveles de disposiciones, que hacen tortuoso y difícil el establecimiento y delimitación de competencias.

10. Con base en las disposiciones constitucionales vigentes, la *energía eléctrica y nuclear* es materia federal. El artículo 27 constitucional precisa que: “Corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines.” Conforme al artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “III. Los municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: c) Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos;” Esta es la base legal para concluir que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en efecto, deja en manos de la admi-

nistración municipal, la utilización y aprovechamiento de los desechos sólidos, pero no así su conversión en energía, quedando ésta, en el ámbito exclusivo de la federación.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

- ARVIZU FERNÁNDEZ, José Luis, “La basura como recurso energético. Situación actual y prospectiva en México” *Revista de Ingeniería Civil*, edición 496, enero-marzo, México, 2011.
- ASIMOV, Isaac, *La Búsqueda de los Elementos*, España, Plaza & Janés, 1983.
- BACHELARD, Gastón, *La Formación del Espíritu Científico*, México, Siglo XXI, México, 1984.
- ARAUJO, Joaquín, *Diccionario Ecológico*, España, Lunwerg, 2009.
- _____, XXI, *Siglo de la Ecología*, Madrid, Espasa-Calpe, 1996.
- ECHARRI, Luis, *Ciencias de la Tierra y del Medio Ambiente*, Barcelona, Teide, 1998.
- ECHEGOYEN OLLETA, Javier, *Historia de la Filosofía*. Volumen 2: Filosofía Medieval y Moderna. Libros PDF.
- ENTRENA DURÁN, Francisco, *La Naturaleza y el Desarrollo de la Sociología*, España, Comares, 1992.
- ESPINOSA FERNÁNDEZ, Jorge, “Evolución Constitucional de la Regulación de la Energía”, *Regulación del Sector Energético*, Varios, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie E: Varios, Núm. 85, México, 1997.
- MORENO RODRÍGUEZ, J. M., *El Cambio Climático Antropogénico es un asunto de ayer, no de mañana: la acción no puede esperar*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2007.
- RADKAU, Joachim, “Naturaleza” *No es un Concepto Teórico. Es un código, un “ábrete sésamo” que desata un caudal de imágenes y de experiencias colectivas*. Goethe-Institute, Humboldt (Tad.: José Aníbal Campos), Noviembre 2009.

RENDÓN HUERTA BARRERA, Teresita, *Derecho municipal*, México, Porrúa, 2007.

PÁGINAS WEB

<http://www.idae.es/index.php/mod.pags/mem.detalle/recategoria.1161/id.354>

<http://www.youtube.com/watch?v=L-SAy2FA6bW&feature=related>

<http://www.profesorenlinea.cl/Ciencias/RecursosEnergeticos.htm>.

<http://www.librospdf.net/historia-de-la-filosofia-javier-echegoyen-ollela/1/>

<http://www.internatura.org/educa/agua10.html>

<http://www.gipuzkoa.net/infojuven/guia1/inf310.html>

<http://www.enfemenino.com/mag/psico/d1150/x9394.html>

<http://www.youtube.com/watch?v=BkLlXFuoM6I>

http://www.fundacionentorno.org/xtras/pdfs/Guia_Buenas_Practicas.pdf

LAS CARTAS DE FUNDACIÓN EN NORTEAMÉRICA Y LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN. LA CONSTRUCCIÓN DE UN PARADIGMA

Juan Antonio RODRÍGUEZ CORONA¹

*A mi muy estimado Maestro, Dr. Pedro
López Ríos, en su merecido homenaje.*

Al constituirse las colonias inglesas en la costa este de Norteamérica, la mayoría de los emigrantes que ahí se establecieron llevaron consigo, como equipaje de mano, la flema jurídica británica con un importantísimo matiz: el concepto de libertad inglés habría de transformarse y dejaría de ser un concepto heredado para constituirse en una prerrogativa basada en el derecho natural inspirada esencialmente en las tesis liberales trazadas por Locke y Montesquieu. En no pocos textos se afirmarí­a que la revolución americana que se gesta en estos territorios en gran medida se logra gracias a la homogeneidad social que caracterizó este singular fenómeno migratorio. Se sabe también que muchos de estos emigrantes venían huyendo del gobierno opresor impuesto por la corona inglesa. Empero, cierto es también que existían quienes cruzaban el Atlántico en busca de riqueza y con el propósito de establecer empresas de vocación mercantil a fin de aprovechar los generosos recursos naturales existentes en América.²

Evidentemente, era precisamente el rey quien otorgaba las concesiones —bien a un individuo en lo particular o bien, a una determinada com-

¹ Magistrado del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y Profesor de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato.

² "...Tres grandes grupos pueden hacerse con los emigrantes de la metrópoli que formarían las trece colonias fundadoras de la nueva nación yanqui, a saber: los llamados "mercaderes aventureros", de las compañías mercantiles, que financiaban la instalación de gentes para la obtención de materias primas; las comunidades religiosas que se encontraban perseguidas o incómodas en el Viejo Continente, y que emigraban en busca de refugio espiritual; los grandes señores feudales, a quienes el rey concedía territorios, los cuales poblaban y explotaban. En resumen, los establecimientos británicos en América son empresas netamente privadas no fomentadas por la corona". GINER, Salvador, Historia del pensamiento social, España, Ediciones Ariel, p. 307.

pañía—, para establecer y organizar los nuevos territorios en América.³ El documento político que organizó todas y cada una de estas pequeñas *polis* se denominaría *carta de fundación o carta fundacional*, la cual habría de consignar el vínculo entre súbditos y corona y se definiría en ella la organización y estructura del poder político en cada una de las colonias.⁴ Como

³ “Las 13 colonias que se confederaron para formar los Estados Unidos de América fueron fundadas, menos una, como resultado de dos grandes corrientes de actividad colonizadora, así como las colonias francesas que llegarían a ser el único núcleo de comunidad canadiense. La primera de estas corrientes, que se inició en 1606 y perduró hasta 1637, estableció tres grupos de colonias inglesas y tres colonias francesas: Virginia y Maryland, en la bahía de Chesapeake; las repúblicas puritanas de Nueva Inglaterra, y las Indias occidentales Británicas. La misma época vio el establecimiento de los franceses en Acadia (Nueva Escocia), Quebec y las Antillas, así como la colonia holandesa de Nueva Holanda, que llegaría a ser Nueva York. La muerte de Isabel I y la subida de Jacobo I en 1603 trajo consigo la liquidación de las luchas seculares con España y Escocia, y dejó libres los capitales y esfuerzos ingleses para fértiles proyectos. La lección de que “las bolsas de los particulares son pobre aliento para los aventureros” había sido bien aprendida. Se habían obtenido ya excelentes resultados en el comercio exterior por parte de sociedades anónimas, que ponían el capital de muchos bajo la administración de unos pocos. La compañía Moscovita y la Compañía de Levante habían realizado excelentes operaciones mercantiles con Rusia y el Cercano Oriente, y la Compañía de las Indias Orientales estaba acumulando sorprendentes utilidades. Cada compañía obtenía un monopolio de comercio inglés con determinados lugares del mundo, y pleno control en cualesquier plazas mercantiles o colonias que creyera conveniente establecer”. MORISON, Samuel Eliot *et al.*, *Breve Historia de los Estados Unidos*, México, FCE, 1999, p. 29.

⁴ “En la narrativa del Sueño Americano, los Padres Fundadores diseñaron una nación en la que todos los hombres habrían de ser iguales ante la ley —siempre y cuando fueran eso, hombres y no mujeres, blancos y heterosexuales—. En realidad, la historia de la democracia estadounidense es el desgarrador relato de cómo poco a poco, a través de sangrientas pugnas, batallas cívicas y legales, encarcelamientos y pérdidas de vidas, quienes fueron originalmente excluidos a causa de su sexo, el color de la piel, sus orígenes raciales o sus preferencias sexuales han conseguido el reconocimiento de sus derechos. Las victorias nunca han sido fáciles: los anglosajones protestantes hicieron hasta lo imposible para que nadie les arrebataste su predominio. Primero, lograron que la constitución no descartase la esclavitud y hubo que esperar hasta la Guerra de Secesión para que ésta se aboliese. Aun así, debió transcurrir casi un siglo más para que de manera efectiva los negros dejasen de ser segregados. Entretanto, miles de nativos americanos fueron exterminados y sus descendientes enfrentan azarosas condiciones de vida en sus reservas. El que aún hoy haya quien vea en el color de piel de Obama su mayor triunfo es una prueba de que el racismo sigue arraigado en buena parte de la sociedad estadounidense. Pero hoy, a principios del siglo XXI, ningún otro grupo humano sufre una mayor discriminación que los hispanos —mexicanos y centroamericanos— que permanecen en territorio estadounidense “sin papeles”. Una nueva llaga en la narrativa del Sueño Americano: mientras que Estados Unidos se vanagloria de haber recibido los millones de inmigrantes —esencialmente europeos blancos— que llegaron

dato relevante es el hecho de que en dichas cartas se estableció la potestad de las asambleas para aprobar —como requisito *sine qua non*—, cualquier tributo. La inobservancia a esta disposición jurídica sería el detonante para que estos incipientes ensayos de gobierno democrático germinaran años después, en lo que hoy conocemos como los Estados Unidos de Norteamérica.

“Con excepción de los negros y los indios, los estadounidenses de las 13 colonias eran los seres humanos más libres al finalizar el siglo XVIII y exactamente antes de la Declaración de Independencia. A pesar de los grandes dominios pertenecientes a la Corona y a los nobles ingleses, el acceso a la tierra era relativamente fácil y las diferencias sociales mucho menos acentuadas que en Europa. Después del proceso Zenger de 1735, disponían de libertad de prensa y de reunión casi absolutas. No existían obligaciones corporativistas. Cada colonia estaba dotada de una organización estatal surgida de su seno, según lo había autorizado Inglaterra. En su *Histoire constitutionnelle de l'Union Américaine*, Jacques Lambert se refiere a la existencia de un “odio general contra toda clase de gobierno central”, sean cuales fueren las “preferencias políticas” de los colonos —las cuales pudieron haber sido “democráticas o aristocráticas”—. La representación en las asambleas elegidas estaba fundada en el principio mayoritario. Las elecciones eran frecuentes y la participación elevada. Desde luego, existían exigencias de propiedad mínima para ser elector, y los elegidos debían poseer una fortuna de acuerdo con las rigurosas calificaciones establecidas por los sistemas electorales”.⁵

Si cada colonia —en atención a su propio origen—, determinó el establecimiento de su derecho local (lo que significó el contar con una asamblea y sus propios tribunales), éste indudablemente vendría bien a complementar o bien, a modificar el sistema del *common law* inglés imperante al otro lado del Atlántico. Es decir, en la articulación del poder político en cada colonia estuvo presente —en mayor o menor medida—, la tradición

a la Costa Este, jamás le concedió ese estatuto a los mexicanos que ya se encontraban en sus tierras desde la guerra de 1847, o a quienes comenzaron a llegar en grandes oleadas para trabajar en los campos agrícolas (con los chinos pasó algo semejante). Los mexicanos quedaron excluidos de la condición de *inmigrantes*: siempre fueron vistos como “trabajadores temporales” imposibles de asimilar. Seres de segunda que jamás se beneficiarían de los privilegios de la ciudadanía. VOLPI, Jorge, “Los últimos”, *El Boomeran(g)*, blog literario en español. <http://www.elbomeran.com/blog-post/12/15092/jorge-volpi/los-ultimos/>.

⁵ TOINET, Marie-France, *El sistema político de los Estados Unidos*, México, FCE, 1994, p. 25.

jurídica británica cuya fortaleza puede explicarse desde los tiempos de Juan sin tierra, a quien los barones ingleses a orillas del Támesis le “*arrancaron*” en 1215 cada uno de los derechos que habrían de consignarse en lo que hoy se conoce como Carta Magna,⁶ hasta el impecable torneo de esgrima intelectual que celebran Jacobo I y el Justicia Mayor del Reino, Lord Eduardo Coke cuya disputa gravitó en descifrar la naturaleza del poder del rey vs la supremacía de la ley, lo que en castellano no era otra cosa que —como lo apunta Tena Ramírez—, “el destino de las libertades inglesas”.⁷

Esta práctica significó que, en puridad, fuese realmente imposible hablar de la existencia de un derecho genuinamente colonial, toda vez que para la conformación del sistema jurídico de cada una de las colonias —como ha quedado anotado—, se tomó en cuenta además de la naturaleza del vínculo con el imperio inglés, la idiosincrasia de los emigrantes que le habrían

⁶ “A pesar del sentido indudablemente constitucional de las disposiciones de la Carta, de su reconocida superioridad dentro del esquema del *common law* y de su gran influencia para el posterior desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales, cabe preguntarse si, en realidad, la Carta contenía derechos fundamentales. Para algunos autores es imposible pensar en derechos fundamentales fuera del Estado constitucional, pero podría considerarse a la Carta como una excepción?...Ahora bien, al margen de si contiene o no derechos fundamentales desde un punto de vista técnico. Su valor reside en la influencia que ha tenido como un precedente para el desarrollo del Estado constitucional: un precedente que ha tenido diversos significados según la época en que ha sido interpretado. Durante siglos fue el marco de referencia para ordenar las relaciones (y las luchas) entre la monarquía y los señores feudales en Inglaterra. Luego sirvió para inspirar el contenido de las declaraciones americanas de derechos, las cuales a su vez influenciaron los textos constitucionales del siglo XIX, incluidos los mexicanos...”. CARBONELL, Miguel, “Magna Carta de Juan sin Tierra de 1215” en CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, 3a. ed., México, t. II., Porrúa-UNAM, México, 2009, p. 953-954.

⁷ “El pueblo inglés no suele construir arquetipos, a los cuales deba plegarse su organización política; sino que, procediendo a la inversa, sabe extraer de la experiencia la organización, que mejor responde a sus necesidades y a su índole; de allí la flexibilidad de su constitución. Esta táctica de ir de los hechos a las instituciones, permitió dotar a aquel país de un conjunto de instituciones políticas, que eran a su vez hechos reales y vivientes. La organización política así nacida y elaborada espontáneamente, merecía ser organizada ella misma en doctrina. Tal fue el propósito de Montesquieu. Pero a partir de ese momento la doctrina que era un a posteriori fundamental del derecho político de Europa y de América. Inglaterra siguió fiel a su método experimental y en ella para nada influyó Montesquieu; las demás naciones hicieron, no del método inglés, sino de las instituciones inglesas elaboradas con ese método, el paradigma a que debía aspirar su organización política. La realidad se sometía al ideal y, en lugar de constituciones espontáneas y flexibles, se iban a reexpedir constituciones rígidas y escritas, donde quedarán fijados para siempre los postulados de Montesquieu”. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 30a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 216.

de imprimir en atención a la región geográfica de su origen, su singular impronta.⁸

Por otra parte, no existe duda de que en toda carta de fundación —amén del título de libertades públicas—, se plasmaría el principio liberal de división del poder y por virtud de éste, se vertebraría la organización política de cada una de las colonias; en este sentido, la propias cartas de fundación contemplarían también la forma en que se seleccionarían a las personas que habrían de desempeñar las potestades legislativas, ejecutivas y judiciales a fin de dotar de certeza jurídica a la incipiente estructura de gobierno.

Así, al independizarse las colonias de Inglaterra, una de las primeras medidas (y de la mayor trascendencia), tomadas por los Estados al crear una confederación fue precisamente la de sustituir las cartas de fundación por una Constitución. Estas constituciones que serían redactadas tomando como base los estatutos previstos en las mencionadas cartas, atesorarían como un invaluable patrimonio el prever tanto normas jurídicas de un elevado contenido axiológico, es decir, claramente a favor de la libertad de la persona como el principio de división de poder sobre el cual reposaría el sistema de equilibrios y autocontención del propio poder.⁹

En este sentido, si las cartas de fundación gozaban de legitimidad y anuencia jurídico-política, no resulta difícil pensar que las constituciones —como expresión política de un pueblo independiente— gozaran aún de mayor prestigio y aceptación entre la población de cada Estado sin que para este tránsito pudiera exigirse o suponerse la existencia o aplicación de procedimientos de democracia directa que responden más bien a nuestro tiempo y en sociedades con una sofisticada cultura jurídico-constitucional.

Por otro lado, si aceptamos primero la legitimidad política de las cartas de fundación y, después, la de las constituciones de los Estados, acepta-

⁸ “...las modificaciones al derecho inglés también se hicieron necesarias, porque los problemas que inicialmente enfrentaron los colonos de América del Norte eran distintos de aquellos con relación a los cuales el Common Law inglés se había venido desarrollando. Por otro lado, no hubo en las colonias, cuando menos al principio, juristas que conocieran sus principios y pudieran aplicarlos”. MORINEAU, Marta, *Una introducción al Common law*, México, UNAM, 1998, p. 73.

⁹ “A partir de 1776, en que aparecen las primeras constituciones de los Estados que iban a integrar la Unión Americana, todos los documentos constitucionales de la Europa continental y de América acogen la división de poderes como elemento esencial de su organización. Y no satisfechas con instituir los tres poderes, algunas de las primitivas constituciones formulan doctrinariamente el principio. Así, la Constitución de Massachusetts, de 1780, declara que el motivo de separar los Poderes en una rama legislativa, otra ejecutiva y otra judicial, es asegurar que su gobierno sea de leyes y no hombres...”. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Op. Cit.*, p. 216.

remos también que tanto en aquéllas como en éstas se prevé que al ser el documento fundacional de la vida en sociedad, cualquier norma jurídica aprobada por la asamblea legislativa que resultaba contraria a cualquiera de ellas, debía ser declarada nula por los tribunales. He aquí el importantísimo paradigma que se gestó y que desde entonces y a la fecha importa la idea de que ante una ley aprobada por el parlamento que contradiga a la Constitución, ésta debe ser reivindicada por el poder judicial declarando sin más la nulidad de aquélla.

“Cuando las colonias declararon su independencia de Inglaterra, en 1776, una de las primeras medidas tomadas por los Estados ya independientes fue el reemplazar la carta colonial por una constitución. Estas constituciones, a semejanza de las cartas, regularon la estructura general de gobierno y el método de seleccionar los principales funcionarios legislativos, ejecutivos y judiciales. Con mayor frecuencia, hasta que vino a ser modelo uniforme, también ofrecieron una declaración de derechos. Aunque las primeras constituciones fueron adoptadas por las legislaturas sin ninguno de los procedimientos especiales o ratificación popular, que hoy se consideran generalmente necesarios para introducir cambios en la ley fundamental, fueron consideradas, por su naturaleza misma, la ley básica del Estado. Puesto que cualquier ley contraria a las cartas había sido declarada nula por los tribunales, no es de sorprender que hubiera un fuerte apoyo para la opinión de que los tribunales debieran rehusar apoyo a cualquier ley que se adoptara en oposición a las sucesoras de las cartas, es decir, a las constituciones de los Estados...”¹⁰

Sin embargo, la Constitución de los Estados Unidos (Filadelfia, septiembre de 1787), no prevé de modo expreso la facultad a favor del poder judicial de ejercer la calificación constitucional de las leyes.¹¹ Esta determina-

¹⁰ BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El artículo 16 de la Constitución mexicana*, México, UNAM, 1967, p. 46.

¹¹ Antonio Carrillo Flores explica que si bien la potestad de otorgar a la Suprema Corte de Estados Unidos la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes constituye una creación genuinamente yanqui y le otorga a aquélla quizás su característica más singular y relevante; debemos también tener en cuenta que —afirma nuestro autor— la “idea semilla” provino paradójicamente de Inglaterra en lo que llamaríamos una <ruta natural de escape>: “...en efecto, el juez inglés Edward Coke quien en 1610, en el caso del doctor Bonham, sentó el postulado del que, como he explicado en otra parte, derivó el sistema americano. Igual que en otros casos célebres en la historia de la jurisprudencia, los hechos fueron muy sencillos: el colegio de médicos de Londres prohibió el ejercicio de su profesión a Bonham y lo multó. Coke anuló la decisión porque una porción de la multa iría a las Arcas del Colegio, quien así se constituía en juez y parte; cosa contraria a la razón dijo el magistrado aunque la apoyase una ley del Parlamento inglés. Coke incorporó esta tesis en una obra que, a juicio de Roscoe Pound, uno de los grandes ex-

ción del constituyente yanqui no respondió a otra cosa sino a la convicción de llevar a un plano químicamente puro la instrumentación del principio de división de poderes. Su tesis se explica a partir de la necesidad de respetar la separación de cada función y que cada una de éstas se desarrolle en un plano de equidad. Tiempo después y en este mismo renglón, sería crucial y decisiva la elevada figura de Alejandro Hamilton, quien —como un adelantado *Delacroix, en su clásico óleo la libertad guiando al pueblo (1830)*—, orienta en *El Federalista*, al pueblo norteamericano sobre las bondades de que sea precisamente el poder judicial el que ejerza el control constitucional de las leyes.¹²

Por su importancia, reproduzco *in extenso*, las ideas de Hamilton plasmadas en el capítulo LXXVIII, de su notable obra:

“El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que la sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa. No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es

positores del Derecho norteamericano, fue la “Biblia de los abogados de la época de la revolución americana”. Irónicamente, cuando Coke alcanzaba esa autoridad en los Estados Unidos, sus doctrinas la habían perdido por completo en Inglaterra, donde desde 1688 el Parlamento consolidó una autoridad que ningún juez se atrevería a desafiar”. *La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos*, México, Porrúa, 1981, p. 87

¹² “El punto no fue discutido en el Constituyente de Filadelfia, del cual formó parte Alejandro Hamilton, que en él hizo propuestas muy radicales, que no prosperaron, para fortalecer al poder federal, especialmente al Presidente de la República. Derrotado en el Constituyente, Hamilton, que presentía bien que sus ideas antidemocráticas no podrían prevalecer por mucho tiempo, buscó otro camino. Y en *El Federalista*, al explicar la nueva constitución a los neoyorquinos, que todavía no la ratificaban, expuso, recogiénola del ambiente cultural de su tiempo, pero ciertamente no de los debates del Congreso, la tesis de que la Suprema Corte estaba facultada para anular las leyes del Congreso Federal que consideraba contrarias a la Constitución. En otras palabras, atribuyó a los jueces el veto absoluto, que en vano él había pedido para el Presidente de la República en su intervención del 18 de junio de 1787”. *Ibidem*, p. 88

superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben. Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su *voluntad* a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”.¹³

Cuando Carrillo Flores afirma que Alejandro Hamilton inspirado en el “*ambiente cultural de su tiempo*”, pugnó por dotar a la Suprema Corte de la facultad de anular las leyes del Congreso consideró que ese ambiente no era otro que el heredado del régimen colonial. Es decir, su reflexión es producto del modelo primigenio de organización política en el que se nutrió prácticamente todo el pueblo norteamericano y que descansa en la idea de un gobierno en el que estarían divididas las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales y en la que el departamento judicial podría declarar nula una norma jurídica aprobada por la asamblea que fuese en contra de

¹³ HAMILTON, A. *et al.* *El Federalista*, México, FCE, 1957, p.332.

lo previsto en la propia carta colonial. El gran mérito de Hamilton descansa pues, en el hecho de que a través de su notable obra se proyecta una justificación evidentemente política a favor del control constitucional de las leyes y la defensa de la recién aprobada constitución norteamericana a cargo del poder judicial.¹⁴

Más de un siglo después y como es ampliamente conocido, el gran legado del Justicia Mayor John Marshall descansa en que al pronunciar el trascendente fallo *Marbury vs Madison* (1803)¹⁵, éste habría de reflejar precisamente el principio jurídico-político cuya data responde a lo más genuino

¹⁴ Sobre el particular, Roberto Gargarella afirma en un texto interesantísimo: “Los problemas más obvios que Hamilton vino a enfrentar se vinculaban con interrogantes como las siguientes: ¿cómo puede ser que los jueces tengan la capacidad de revertir decisiones tomadas por el poder legislativo –esto es, por los representantes de la ciudadanía? ¿cómo puede ser que en una sociedad democrática termine primando la voz de los jueces –funcionarios que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y cuyo mandato tampoco está sujeto al periódico escrutinio popular- sobre la voz de la ciudadanía? Hamilton se apresuró a dar respuesta a tales inquietudes y defendió así, pioneramente, la posibilidad de un control judicial de las leyes, negando (lo que hoy denominaríamos) las posibles implicaciones antidemocráticas de dicho control. El razonamiento de Hamilton fue el siguiente: En primer lugar, el hecho de que el poder judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa, no implica de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores. Dicha operación tampoco importa poner en cuestión la “voluntad soberana del pueblo”. Muy por el contrario, la decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular. Ello se debe a que, al anular una ley, el poder judicial ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo”. “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, abril de 1997, p. 56.

¹⁵ “El caso *Marbury vs Madison* se puede sintetizar de la siguiente manera: Marbury demandó a Madison, secretario de Estado del presidente Thomas Jefferson, reclamando la confirmación del nombramiento de juez de paz, hecho a su favor por el anterior presidente de los Estados Unidos. Marbury acudió directamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que expidiera un *writ of mandamus*, ordenando al secretario Madison, enviar el documento correspondiente, al quejoso. El señor Marbury apoyó su demanda en el *Judiciary Act*, promulgado por el Congreso de la Unión en 1789. La Suprema Corte por unanimidad de votos, decidió, que en este caso, era incompetente para expedir el *writ* solicitado por Marbury. Como base de esta decisión, el presidente de la Corte, *Chief Justice* Marshall, argumentó que aunque el nombramiento de juez de paz reunía los requisitos legales y Marbury tenía derecho a reclamarlo, la Suprema Corte no tenía competencia para librar el *mandamus*, ya que la Constitución de los Estados Unidos, establece, que la Corte, salvo en determinados casos, es sólo una instancia de apelación y que el caso de Marbury no figuraba entre aquéllos enumerados por la Constitución como de su competencia original, y como el tribunal no podía actuar en contra de la Constitución, el *Judiciary Act* debía ser considerado como una ley inconstitucional”. MORINEAU, Marta, op. cit., p. 94.

del sistema político en la pasada época colonial, para convertirlo después con toda solvencia y categoría, en el paradigma del Estado constitucional en Norteamérica.

Nos apartaríamos de nuestro objeto si nos adentramos a estudiar el alcance y consecuencias que ha tenido desde entonces y a la fecha el fallo *Marbury vs Madison*. Para efectos de este estudio, baste decir que en dicha sentencia se cristalizó lo que venía siendo santo y seña de la historia jurídico-constitucional de Norteamérica. En la exégesis de la resolución elaborada por Marshall, encontramos a título de síntesis, el ánimo del pueblo norteamericano de reivindicar los principios establecidos en su carta política, como se hacía desde las cartas coloniales por parte de los jueces de esta nueva nación frente a leyes que les fueren contrarias —en su propio tiempo y espacio—, a una u a otras.

Estamos convencidos de que si bien esta potestad reconoce como origen el derecho colonial de ese país, debemos también refrendar que dicha atribución no se confirió de manera expresa en su Constitución de 1787. En este apunte hemos seguido la raíz del pensamiento de don Antonio Carrillo Flores respecto a la evolución que tuvo Estados Unidos vinculada con la calificación constitucional de las leyes por parte de la función judicial. En ese sentido, hemos anotado que si bien no se discutió en el Constituyente Originario, ello no fue impedimento para que se desarrollara años después por Hamilton y, a partir de las teorías de éste, John Marshall la consolidará en forma magistral en la conocida sentencia de 1803, a partir de la cual se proyectaría un pilar indiscutible del sistema constitucional norteamericano: la *judicial review*.¹⁶

Resulta oportuno citar aquí el diferendo intelectual que surge entre las ideas expuestas por Carrillo Flores *vs* la tesis de Felipe Tena Ramírez —

¹⁶ Afirma Carrillo Flores: “Learned Hand, acaso el magistrado norteamericano que muerto Holmes gozó del mayor respeto en Estados Unidos, a pesar de que nunca formara parte de la Suprema Corte, escribió un bello y breve libro, *The Bill of Rights*, recogiendo conferencias que dictó en Harvard (Harvard University Press, 1958). En él explica algo que los estudiosos de este problema saben bien: que la Constitución Norteamericana no concede a los jueces —cuando menos de modo expreso— la facultad de calificar la constitucionalidad de las leyes. Los tribunales federales, dice, derivan todos sus poderes del pueblo de los Estados Unidos...y entre los concedidos a ellos no se encuentra potestad alguna para juzgar acerca de la validez de las decisiones ni sobre la amplitud de los poderes de cualquier otro “departamento”. Más aún, el propósito claro fue hacer a los tres separados e iguales cada uno con respecto de los demás, como una especie de mónadas leibnizianas”, mirando cada departamento al Cielo del Electorado, pero sin dependencia recíproca alguna”... “La doctrina de la supremacía judicial tampoco puede apoyarse en la cláusula de la supremacía (del derecho federal, número 2, artículo VI), que si alguna cosa prueba es más bien la tesis de que cuando se intentó conceder

dos figuras de gran estatura en el derecho constitucional mexicano—, por cuanto éste supone —a diferencia del primero, como ya lo anotamos—, que John Marshall se basó precisamente en la interpretación directa de preceptos de la Constitución para emitir la resolución en la causa *Marbury vs Madison*. El ilustre abogado michoacano lo explica así:

“Dicha teoría iba a encontrar su pleno desarrollo en un país de Constitución escrita y rígida, que como tal no puede ser modificada por el órgano legislativo ordinario. En la Constitución norteamericana hay un precepto que establece la supremacía de la Constitución, de las leyes de los Estados que se hagan en su prosecución y de los tratados, y que obliga a los jueces de cada Estado a someterse a dichos ordenamientos a pesar de lo que en contrario haya en las Constituciones o leyes de los Estados (Artículo VI, 2). Y existe otro precepto, según el cual el Poder Judicial se extenderá a todos los casos en derecho y equidad que emanen de la Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados hechos y por hacerse bajo su autoridad (art. III, sec. II, 1). De esos dos preceptos dedujo el Magistrado John Marshall, en el primer tercio del siglo XIX, la ineficacia de las leyes de la Federación o de los Estados y de los actos de gobierno, que fueren contrarios a la ley suprema, así como la competencia del Poder Judicial Federal para conocer directamente o en apelación de los casos respectivos”.¹⁷

Es decir, Antonio Carrillo Flores supone que el principio de calificación de las leyes por parte del Poder Judicial si bien halla su origen en las ideas de Hamilton (el cual a su vez, recoge la tradición colonial), traza su destino final en la trascendente opinión de Marshall sentada en el año de 1803. Por su parte, para Tena Ramírez la creación de este principio dimana de

a los tribunales la facultad de declarar nulas las leyes que estuviesen en conflicto con la Constitución, se consideró necesario otorgar esa facultad de manera expresa”... “Es obvio que la cláusula estaba dirigida exclusivamente en contra de los Estados, para impedir que invadiesen los poderes que habían delegado (a la Federación) y que dejaran de acatar las limitaciones que ellos habían aceptado en sus propios poderes. No puede extenderse semejante autoridad hasta convertirla en una de orden general para decidir otros supuestos de leyes en conflicto con la Constitución: antes deberíamos invocar la máxima *expressio unius, exclusio alterius*, y concluir que el reconocimiento expreso de dicha autoridad para un caso demuestra que no existe de manera general”, *Op. Cit.*, pp. 43-44.

¹⁷ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Op. Cit.*, p. 509.

la sentencia del propio Marshall en un ejercicio genuino de interpretación constitucional.¹⁸

Con independencia de lo anterior, lo cierto es que ambos autores coinciden en que resulta verdaderamente trascendente la figura y reflexiones jurídico-políticas de John Marshall —*vía el fallo Marbury vs Madison*—, para la edificación de un pilar indiscutible del sistema constitucional norteamericano y paradigma de no pocos países en todo occidente: el principio de supremacía constitucional y la defensa de la propia constitución por parte de la rama judicial del Estado.¹⁹

Deseo terminar este apunte citando al gran Jurista Tena Ramírez —en mi opinión, el mejor exégeta de nuestra Carta Política de 1917—, en su tesis sobre la supremacía de la Constitución y la defensa de ésta, a cargo del poder judicial, en la que se podrá advertir la notable influencia que sobre su pensamiento jurídico ejerció la experiencia norteamericana:

¹⁸ “Hand cita una opinión emitida por Marshall años antes de llegar a la Corte y de adoptar en ella las ideas que Hamilton había expuesto en el número 78 de El Federalista. Como abogado en el pleito *Ware vs Hylton* (3 Dallas 199, 211), el Justicia Mayor había dicho que “la autoridad judicial no tiene el derecho de discutir la validez de una ley a menos que semejante jurisdicción le haya sido dada expresamente por la Constitución”; a no ser, reflexionaba recordando tal vez a Coke, que la legislatura “hubiese violado evidentemente alguna de las leyes de Dios”. ¿Lo anterior significa que Learned Hand critique los principios que la Suprema Corte sentó en 1803 y que han sido desde entonces la base de la doctrina de la revisión judicial de las leyes? No. Quiere decir tan sólo que para Learned Hand esos principios no fueron incorporados a la estructura política de los Estados Unidos por los constituyentes de Filadelfia, que no tuvieron oportunidad de votar en pro o en contra de ellos, sino por los líderes del Partido Federalista, que pensaron, con visión extraordinaria, confirmada por la historia, que era necesario dotar a un órgano, la Suprema Corte, independiente y superior a los Estados (que en muchos puntos estaban divididos por intereses distintos cuando no contradictorios), del poder de establecer normas, con o sin la voluntad de Congreso Federal, que fuesen el marco o cauce para el desarrollo de Estados Unidos como una nación económicamente unitaria a pesar de su descentralización política. Sabían o presentían, que sin unidad económica no podía haber industria, ni, sin industria, riqueza”. CARRILLO FLORES, Antonio, *Op. Cit.*, pp. 44-45.

¹⁹ No resulta casual lo escrito por Toqueville (1835), al advertir la lógica jurídico-política bajo la cual operaba el poder judicial en los Estados Unidos. Evidentemente, nuestro autor advierte un poder judicial que se desenvuelve a partir de la sentencia *Marbury vs Madison* y los efectos de ésta en el sistema político yanqui: “Ha habido confederaciones fuera de Norteamérica; se han visto repúblicas en otros lugares además de las del Nuevo mundo; el sistema representativo es adoptado en varios Estados de Europa; pero no creo que hasta el presente ninguna nación del mundo haya constituido el poder judicial de la misma manera que los norteamericanos”. *La democracia en América*, México, FCE, 1963, p. 106.

“...bástenos con advertir que en la cúspide de todo orden jurídico la última palabra, la decisión inapelable que reclama la seguridad jurídica, corresponde decirla a quien jurídicamente tiene que ser irresponsable; la definitiva instancia estará siempre en la última linde de los jurídico y más allá sólo queda la responsabilidad social, política y personal del titular de tal instancia. La lógica del experimento americano consiste en que la irresponsabilidad jurídica de la Constitución se confunde con la de su intérprete; la suprema palabra de la una es la última palabra en el otro, con lo que queda a salvo el lugar que los principios han reservado para la Constitución”.²⁰

CONCLUSIONES

1. Los emigrantes que desde comienzos del siglo XVII cruzaron el Atlántico y se establecieron en diversas colonias en la costa este de Norteamérica trajeron consigo el propósito de organizarse políticamente bajo un ideario genuinamente liberal.
2. El documento político que habría de reflejar la estructura jurídico-política de cada una de las 13 colonias sería conocido como carta de fundación o carta fundacional.
3. Como expresión de la flema británica, se establecería en cada carta colonial el principio de división del poder y, paralelamente, la manera en que se habría de seleccionar a las personas que integrarían las potestades legislativa, ejecutiva y judicial.
4. Consumada la independencia en 1776, cada una de las cartas colonias habría de ser reemplazada por una constitución, en la que se respetarían —en esencia—, un apartado de derecho a favor de la persona y la estructura básica de gobierno.
5. Ergo, si en cada carta colonial se contempló que toda ley que fuese contraria a éstas sería declarada nula por los tribunales, este principio se habría de refrendar en las constituciones de los Estados.
6. Sin embargo, en la constitución federal de 1787, no se contempló en forma expresa que ante la existencia de una ley que resulte contraria a la constitución, ésta sería declarada nula por el poder judicial.

²⁰ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Op. Cit.*, p. 16.

7. Alejandro Hamilton sería la voz que en *El Federalista* pugnaría por establecer a favor del poder judicial la facultad de declarar la nulidad de las leyes que resulten contrarias al texto constitucional.

8. Sería hasta el año de 1803 cuando el presidente de la Corte de los Estados Unidos, John Marshall emitió su reconocida sentencia por virtud de la cual se otorgó a la Suprema Corte de los Estados Unidos la facultad de declarar la nulidad de una ley cuando se estime que ésta contraviene a la Constitución norteamericana.

9. Este ha sido desde entonces a la fecha, el más importante principio del Estado Constitucional en Norteamérica. Su existencia sin duda, constituyó un paradigma que sirvió de inspiración, referente y modelo para que no pocas naciones —entre ellas México—, deslizaran el principio de supremacía constitucional y proyectaran su sistema de control constitucional.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El artículo 16 de la Constitución mexicana*, México, UNAM, 1967.

CARBONELL, Miguel, “Magna Carta de Juan sin Tierra de 1215”, en Carbonell, Miguel, (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, 3a. ed., México, t. II, Porrúa-UNAM, México, 2009.

CARRILLO FLORES, Antonio, *La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos*, México, Porrúa, 1981.

GARGARELLA, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 6, abril de 1997.

GINER, Salvador, *Historia del pensamiento social*, España, Ariel, 1966.

HAMILTON, A. *et al. El Federalista*, México, FCE, 1957.

MORINEAU, Marta, *Una introducción al Common law*, México, UNAM, 1998.

MORISON, Samuel Eliot *et al.*, *Breve Historia de los Estados Unidos*, México, FCE, 1999.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 30a. ed., México, Porrúa, 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, México, FCE, 1963.

TOINET, Marie-France, *El sistema político de los Estados Unidos*, México, FCE, 1994

VOLPI, Jorge, “Los últimos”, El Boomeran(g), blog literario en español.
<http://www.elbomeran.com/blog-post/12/15092/jorge-volpi/los-ultimos/>.

INTEGRIDAD PATRIMONIAL Y REPARACIÓN DEL DAÑO. PROCEDIMIENTO Y ALCANCES EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. DERECHO COMPARADO

Jessica C. ROMERO MICHEL¹

I. INTRODUCCIÓN

El mal funcionamiento en la impartición de Justicia es un tema que siempre está en boca de los que directa o indirectamente se involucran en este ámbito, tampoco es un asunto ajeno a la sociedad, ya que en los distintos medios de comunicación, en revistas profesionales y en conferencias, se van planteando interrogantes y se hacen críticas sobre la problemática que impera en los juzgados, tribunales y demás instancias encargadas de impartir justicia, tales como: la falta de seguridad jurídica en las sentencias, los errores de interpretación de hecho y de derecho, contradicciones, lentitud en el pronunciamiento de los autos o incluso de las sentencias, extravío de expedientes, etcétera. Si bien, es verdad que el contexto actual nos dice que los juzgados tienen una excesiva carga de trabajo, que hay poco personal, que no se cuenta con los medios materiales suficientes para ser más eficientes; también es cierto, que estamos en una etapa en donde las reformas legales están impregnadas de cambios, hay una necesidad permanente de preparación, estudio continuo y actualización, sino el resultado es o será que los juzgadores y los responsables de impartir justicia no cuenten con el nivel necesario para enfrentar esa realidad. Situación que no es argumento

¹ Profesora Asociada del Instituto Universitario de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Colima y Profesora de la Facultad de Derecho de la misma Institución. Licenciada en Derecho por la Universidad de Colima, Especialista en Relaciones Intergubernamentales por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Colima, Maestra en Administración de Justicia por la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima, y Doctora en Derecho por el Doctorado Interinstitucional en Derecho de la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES) adscrita a la Universidad Autónoma de Nayarit.

suficiente para justificar que día a día los particulares estén sujetos a asumir la carga de los daños ocasionados por los órganos encargados de impartir justicia al someter sus asuntos para que sean dirimidos.

El problema que se plantea en esta investigación se genera debido a que el marco jurídico mexicano no contribuye a exigirle al Estado una responsabilidad directa y objetiva por los daños causados por los órganos encargados de impartir justicia, quienes en el ejercicio de sus funciones pueden llegar a causar daños como el error judicial o el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, haciendo complicado promover una acción indemnizatoria, especialmente en este momento, ya que con el criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia al resolver el tema relativo al posicionamiento de las normas sobre Derechos Humanos contenidos en tratados internacionales en relación con la Constitución señaló que “cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.”²

En este sentido cuando la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos³ reconoció expresamente como Derechos Humanos los contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte, e hizo obligatorio a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias “respetar, proteger y garantizar”, parecía que el constituyente abría una posibilidad jurídica debido a que el derecho de indemnización por error judicial y por dilaciones indebidas⁴ se convertían en derechos subjetivos.⁵ Pero dicha posibilidad se esfumó con el criterio de la Corte, todavez que la Constitución únicamente prevé la Responsabilidad Patrimonial del Estado contra acciones de la Administración Pública y no así de la Administración de Justicia.⁶

Es por ello que la presente investigación tiene como objetivo estudiar en qué consiste la tutela de la integridad patrimonial y la reparación del

² Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011, México, 2011.

³ Reforma constitucional del 10 de junio del 2011.

⁴ Supuestos que configuran la Responsabilidad Patrimonial del Estado en el Funcionamiento de la Administración de Justicia.

⁵ La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en sus artículos 10 la figura del derecho a la indemnización por error judicial, y 8.1 el derecho a ser juzgado en un plazo razonable; como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone en sus artículos 9,5 el derecho de toda persona a obtener reparación cuando haya sido ilegalmente detenida, y 14.3 inciso c el derecho de toda persona a ser juzgada en un proceso penal sin dilaciones indebidas.

⁶ Incluso pueden consultarse la tesis en la que el máximo tribunal ya ha dicho que la Responsabilidad Patrimonial del Estado solo procede contra actos de la Administración

daño por parte del Estado en el ámbito de la Administración de Justicia, conociendo el procedimiento legal a partir del estudio casuístico de los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado español y las sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

II. DE LOS DAÑOS QUE SON INDEMNIZABLES

“La existencia de un daño, entendido como lesión de un derecho o de un interés jurídicamente protegido, es un presupuesto imprescindible para la existencia de una obligación derivada de responsabilidad”.⁷ Daños que por su clasificación serán patrimoniales y extrapatrimoniales, entendiendo a los primeros como aquellos que sufre el particular en la esfera de su patrimonio, y que pueden surgir en forma autónoma como consecuencia del hecho lesivo o bien de un daño acompañado de otro tipo de daño. En este caso una correcta reparación del daño, bien *in natura* o bien por equivalencia puede reestablecer la utilidad perdida, siempre que esta sea medible y evaluable.

Respecto a los daños extrapatrimoniales, se refieren principalmente a los daños morales que recaen en bienes (de personalidad⁸ o corporales)⁹ o derechos cuya naturaleza no es patrimonial y por lo tanto carecen de la posibilidad de ser reparados en sentido estricto, pues el perjuicio recae en el acervo espiritual de la persona y se ven reflejados en el prestigio, la dignidad, la estima, el honor, la intimidad personal, la propia imagen, la inte-

Pública y no comprende la función materialmente jurisdiccional. Localización: [TA]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Septiembre de 2010; Pág. 199. 2a. XCIV/2010.

⁷ REGLERO CAMPOS, Fernando L. *et al.*, *Tratado de Responsabilidad Civil. La Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas*, España, Thomson Aranzadi, 2008, t. III, p. 905.

⁸ Se reconocen como el honor, la intimidad y la propia imagen, en los que el daño produce un efecto psicológico que ha toda persona producen las limitaciones orgánicas por mínimas que sean.

⁹ Son bienes como la salud, la integridad física y psíquica que recaen en la esfera del propio cuerpo, el cual puede tener consecuencias pecuniarias presentes y futuras, así como otras al margen de lo económico o consecuencias que llegan hacia los morales como el *pretium doloris* –dolor físico, sensación de malestar– mismos que en el sistema jurídico español se han extendido como daños a la salud tutelados por el artículo 32 de su Constitución, que entiende “el perjuicio que deriva de la lesión de uno de los derechos de personalidad “la integridad física” y es susceptible de valoración económica independiente. Reglero Campos, Fernando L., *et al.*, *Tratado de Responsabilidad Civil. Daños*, España, Thomson Aranzadi, 2008, t. I, pp. 351 y 352.

gridad corporal, etcétera, si bien pueden ser reparados económicamente, la satisfacción compensatoria del sufrimiento causado solo puede realizarse de modo aproximado todavez que su valoración o cuantificación dependerán de una serie de mecanismos propios del estudio estricto de cada caso.

De acuerdo con los supuestos previstos en el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) serán indemnizables los daños causados en cualesquiera bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, tal exigencia proyectada al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ocasionado por el notorio retraso con que el sistema de impartición Justicia opera, lo que podría generar algún problema si el Estado, con base en la insuficiencia de elementos personales y materiales “ya conocida”, tratara de eximirse de responsabilidad, amparándose en una supuesta causa de fuerza mayor. El problema no existe, señala Reyes Monterreal porque lo único admisible sería que lo alegaran los funcionarios al servicio del Poder Judicial a los que aquella responsabilidad podría afectar como fenómenos extrínsecos respecto de su personal actuación. Pero la responsabilidad que estudiamos no se ha establecido en consideración a la actuación u omisión inadecuada de Jueces o personal judicial de la que personalmente éstos deban responder, sino por *el impersonal hecho de que el concreto servicio no funcione normalmente*,¹⁰ y como aquella insuficiencia de medios se debe a que el Estado no la remedia, careciendo así de aquel carácter extrínseco respecto de la institución estatal, el mismo inexorablemente tendrá que responder.¹¹

Además, porque se debe tener en cuenta que el propósito de la Responsabilidad Patrimonial del Estado es reparar una lesión sufrida por un particular y que ese daño se produzca en los “bienes o derechos”.

De acuerdo con el precepto legal reglamentario los requisitos que deben integrar el daño para tener derecho a ser indemnizado, son: la efectividad; que sea evaluable económicamente, e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.¹² Por lo tanto, el que litiga en el proceso en el que se produjo el error judicial o el funcionamiento anormal se encuentra legitimado para pretender la indemnización por daños, debido a la finalidad de protección que persigue el artículo 121 de la Constitución española, ya que no se trata de producir ningún tipo de indefensión, lo único que debe existir, es la relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre

¹⁰ El énfasis es mío.

¹¹ REYES MONTERREAL, J.M., *La responsabilidad del Estado por error judicial y anormal funcionamiento de la Administración de Justicia*, Madrid, Colex, 1987. p. 30.

¹² España. Artículo 139.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

la actuación del órgano encargado de impartir justicia y el daño reclamado. Esto fue definido, desde 1986, cuando en la sentencia del 28 de julio se impone el criterio de la existencia de una “relación directa, inmediata y exclusiva, de causa efecto, sin intervención extraña que pudiera influir en el nexo causal”, asimismo, otra sentencia del 15 de noviembre del mismo año, señala que el nexo causal “implica un juicio valorativo de lo acreditado en autos o en el expediente y no se ha de llegar a exigir una prueba concluyente de difícil consecución en la mayoría de los casos, sí se ha de precisar, para su apreciación, deducir, conforme a las reglas del criterio racional, un enlace preciso y directo entre uno y otro, expresivo de esa dependencia entre ambos”.

Ahora bien, puesto que la Responsabilidad Patrimonial del Estado es directa y objetiva y deriva exclusivamente de la Administración de Justicia en particular, será necesario que el acto o la omisión del servidor público o funcionario se produzcan en el ejercicio de sus funciones y no cuando al margen de éstas se cause un perjuicio cuya omisión no era inherente a la función desempeñada. Así entonces, en el concepto de daños también se configura el denominado perjuicio, que incluye a los llamados daño emergente y lucro cesante, debido a que finalidad que persigue la Constitución y la ley secundaria, es la de garantizar a los particulares una indemnización por el error judicial o por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, lo que resultaría parcial si no abarcara todo beneficio que hubiera podido abstenerse de no haberse producido dichas causas, y como advierte Solchaga “el funcionamiento de esta responsabilidad estatal radica en la garantía constitucional del patrimonio del sujeto dañado”.¹³

Otro criterio señala que el daño tiene una doble acepción, pues no siempre es totalmente material, sino también moral, y así lo califica el Consejo de Estado español cuando admite que el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia puede producir daño moral, aun habiéndose ocasionado el propio material, y una vez verificada la efectividad del daño y su individualización se cumple la función esencialmente reparadora para eliminar las consecuencias del hecho lesivo.¹⁴ Siendo “labor jurisprudencial la determinación de los servicios de cuantificación oportunos, en atención a las circunstancias del daño, la índole del perjuicio, las cargas que la vida social impone en otros ámbitos, etcétera., para excluir del concepto mismo de daño o lesión meras molestias, incomodidades y afectaciones leves

¹³ SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús, “La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”, *Poder Judicial*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, vol. III, 1983, p. 2545.

¹⁴ España. Consejo de Estado. Dictamen que se emitió desde el 22 de octubre de 1970.

sin entidad suficiente”.¹⁵ En una sentencia dictada por el Tribunal en el supuesto de indemnización en favor de quien había sufrido prisión provisional, declaró que, para determinar la cuantía de aquella, se había de tener en cuenta “los salarios dejados de percibir, el tiempo indebido de prisión, la importancia y trascendencia de las lesiones, tanto en el puro orden personal como en el profesional, y el daño moral producido como consecuencia de todo ello”.¹⁶

Por lo demás, cualquiera que sea la clase de daño llamado a reparar por parte del Estado, lo esencial es que sea efectivo y real, que recaiga sobre bienes, derechos e intereses de quien pretenda la reparación, que es a lo que se contrae el requisito de “individualización”, y además que se acredite la existencia de aquél y del imprescindible nexo causal entre la actuación del órgano encargado de impartir justicia y el daño.

III. DE LOS SUJETOS QUE DAN LUGAR AL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Los sujetos que pueden generar un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ya sea por error judicial, prisión preventiva indebida o por el funcionamiento anormal, son los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial y magistrado del Tribunal Constitucional, de acuerdo con la regulación del artículo 121 de la Constitución española. Por lo tanto, dentro de la Administración de Justicia se consideran para efecto de aplicar este régimen jurídico al Tribunal Constitucional que responde solo por dilaciones indebidas; todos los órganos jurisdiccionales de todos los órdenes, desde el Tribunal Supremo¹⁷ hasta los Juzgados de Paz, incluyendo los tribunales castrenses y el Tribunal de Cuentas, éste último en cuanto a que es un órgano jurisdiccional que ejerce potestades jurisdiccionales aunque no pertenezca orgánicamente al Poder Judicial.¹⁸ También quedan incluidos los secretarios judiciales y el resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, en concreto, todos los funcionarios y servido-

¹⁵ SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús, *Op. Cit.*, p. 2563.

¹⁶ España. Sentencia STS 16 de julio de 1984.

¹⁷ El artículo 123.1 de la Constitución española señala que: El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

¹⁸ Artículo 136 de la Constitución española señala que: 1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público. Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.

res públicos de la Administración de Justicia siempre y cuando realicen o dicten actos directamente relacionados con el ejercicio de la autoridad jurisdiccional y que “la doctrina y la jurisprudencia reconocen mayoritariamente como la función que consiste en resolver un conflicto jurídico empleando las normas procesales establecidas para ello”.¹⁹

Por lo tanto, los actos no relacionados con la función jurisdiccional no quedan encuadrados dentro de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en el funcionamiento de la Administración de Justicia, dejando fuera todo aquello que se refiere a la actividad que tiene por objeto satisfacer las necesidades materiales, personales e instrumentales de la función jurisdiccional y que realizan mayoritariamente los secretarios judiciales y el resto del personal con los medios que ponen a su disposición las administraciones públicas.²⁰

En cuanto al Tribunal Constitucional, hasta el año 2009 no se admitía una reclamación en contra de una resolución o sentencia para obtener una indemnización de Responsabilidad Patrimonial en el Funcionamiento de la Administración de Justicia, porque constituía una jurisdicción propia “la jurisdicción constitucional” quedado excluido de la jurisdicción ordinaria, así contra sus sentencias no cabía recurso alguno, salvo el recurso de aclaración. Sin embargo con la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que dio reforma a la legislación procesal, adicionando un nuevo apartado al artículo 139 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, amplió un supuesto de procedencia más frente a la Responsabilidad del Estado, cuando el Tribunal incurra en un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad, estos es, en dilaciones indebidas.²¹ Lo interesante de esta reforma, fue precisamente que el legislador retomó y ratificó una tesis del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que consideraba que, aun cuando no existiera norma legal que regulara la Responsabilidad Patrimonial del Estado en el funcio-

¹⁹ GONZÁLEZ ALONSO, Augusto, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Administración de Justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 20.

²⁰ Para este supuesto entra la Responsabilidad Patrimonial del Estado por acción u omisión de la actividad de la Administración Pública.

²¹ Se adiciona el apartado 5, que señala: “El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado.

namiento de la Administración de Justicia contra actos del Tribunal Constitucional, la misma fue efectiva y exigible por imperativo constitucional.

Situación que en el sistema jurídico mexicano se podría alegar, toda vez que cuando el legislador introdujo al artículo 1º el reconocimiento de los Derechos Humanos regulados en los tratados internacionales, nos concedió el Derecho Fundamental a la indemnización por un error judicial y la indemnización por no cumplir el Estado con el mandato al desahogo de un proceso sin dilaciones indebidas, máxime que existe una obligación para todas la autoridades de velar por el respeto a los Derechos Humanos, aun cuando no exista una norma que los regule, ya que finalmente, para estos supuestos, de lo que se trata, es de corregir la violación de un Derecho Humano.

En resumen, lo que el sistema jurídico español realizó en este caso fue que el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, el 26 de noviembre del 2009 con motivo de la resolución del recurso 585/2008, declaró la Responsabilidad del Estado al Tribunal Constitucional por no haber cumplido debidamente con sus obligaciones incurriendo en un retraso indebido al resolver sobre un incidente en un recurso de amparo que, por lo demás, carecía de todo fundamento.

Sentencia de gran trascendencia, ya que dio un giro importante al criterio tradicional sobre la tutela de Responsabilidad Patrimonial del Estado, generando un supuesto específico en materia de dilaciones indebidas en el seno de un proceso que admitió el pago de una indemnización en contra del Tribunal Constitucional con el propósito de dar cumplimiento al mandato de congruencia y motivación en cuyo análisis se observa el principio de responsabilidad de los Poderes Públicos que proclama el artículo 9.3²² de la Constitución española el cual tiene un valor normativo y es el que otorga una garantía patrimonial frente a la actuación de todos los Poderes del Estado.

Por último se puede mencionar que este asunto no fue el primero, ya que tiene un antecedente en la Sentencia de la Sección Tercera de Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 8 de julio de 2008, que incluso adelantaba esta postura, ya que estimaba parcialmente el recurso contra unas resoluciones del Ministerio de Justicia que habían denegado la reclamación de Responsabilidad Patrimonial planteada por el funcionamiento anormal (dilaciones indebidas) del Tribunal Constitucio-

²² La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

nal, manteniendo, en lo esencial, la misma fundamentación jurídica, en la que incluso el propio Tribunal Constitucional ya había ido reconociendo que el concepto de dilaciones indebidas, como trasunto del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, era aplicable a cualquier tipo de proceso.²³

IV. EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA PERCIBIR INDEMNIZACIÓN

El Derecho a percibir una indemnización o reparación del daño “ha de entenderse como comprensivo de cualquier sujeto de Derecho que pueda experimentar un daño resarcible, incluyendo, por lo tanto, al personal al servicio de la Administración y a las personas jurídicas públicas que sufran daños como consecuencia de la realización de actividades imputables a otra distinta.”²⁴ Concepto que se traduce en un sistema universal desde la perspectiva del perjudicado, ya que se protege a cualquier sujeto que resulte lesionado en un sistema de reparación de alcance general, todavez que se genera tanto por la actuación como por la omisión de la actividad estatal, ya sea de naturaleza normativa, jurídica o material. Así entonces, el derecho percibir una indemnización a la reparación busca mitigar los efectos de los hechos dañinos, y otorga instrumentos para que la víctima se recupere del daño sufrido. En el caso de un error judicial es importante tomar en cuenta que no sólo se lesiona el patrimonio de la parte que sufrió el perjuicio, sino también, se causan daños morales, así como la pérdida de tiempo, la estabilidad familiar, el buen nombre, la aceptación social, la libertad personal, etcétera., por tanto, se debe buscar que la indemnización sea integral y que retribuya totalmente el daño producido.

Todo lo anterior no quiere decir que la reparación contenga todos los daños posibles, ni que se tenga derecho a ella de manera automática, pues debe estudiarse cada caso en concreto y no suponer que cuando existe un caso similar se presente también un perjuicio de la misma índole. Además de que este tipo de indemnizaciones comparten los mismos requisitos que suelen exigirse para la reparación en materia civil, debiendo demostrarse la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido, además de su debida cuantificación.

²³ España. Sentencia del STC 109/1997, de 2 de junio.

²⁴ BUSTO LAGO, José Manuel, *Tratado de Derecho Civil. La Responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, 5a. ed., España, Aranzadi, 2013, Colección Nuevos Clásicos, t. III, pp. 878 y 879.

4.1. LA ACCIÓN EN EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

Antes de iniciar con el procedimiento en materia de Responsabilidad Patrimonial del Estado en el funcionamiento de la Administración de Justicia e intentar la acción correspondiente, se deberá diferenciar si el daño se produjo con motivo de un error judicial o bien del propio funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, para ello el Tribunal Supremo español emitió un criterio de distinción meramente formal para determinar el ámbito, y señaló:

Cuando no existe una resolución judicial que directamente prive de bienes o derechos a alguna de las partes o la imponga indebidamente obligaciones o gravámenes, pero a pesar de ello de las actuaciones procesales llevadas a cabo se han generado daños y perjuicios injustificados para alguno de los litigantes, entonces es obvio que nos encontramos, no ante un supuesto de error judicial, sino ante un caso de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.²⁵

Por lo tanto, cuando el daño se produce por las actuaciones derivadas de la interpretación y aplicación del Derecho plasmadas en una resolución judicial, se entiende que se está frente a un error judicial, y cuando la lesión se originó como producto de las actuaciones propias de lo que es la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado entonces se está en el ámbito del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

4.2. INICIO DE OFICIO

De acuerdo con el artículo 5º del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial español, la iniciación de oficio opera para el supuesto del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en el caso de dilaciones indebidas, siempre y cuando la resolución judicial reconozca la existencia de la violación a este derecho, teniendo que hincar de oficio el procedimiento de indemnización ante el Ministerio de Justicia. Asimismo, por tratarse de un Derecho Fundamental consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución española, una vez declarada su vulneración por el Tribunal Constitucional español, la sentencia de amparo es un título suficiente para justificar la

²⁵ España. Sentencia del STS del 5 de febrero de 1992.

solicitud de indemnización de conformidad con el procedimiento administrativo previsto en artículo 293.2 de la LOPJ.

Por lo tanto, a través de esa vía será dónde el particular afectado deberá acreditar los demás requisitos, como lo es, principalmente la demostración de la existencia del daño y su cuantificación, pero ya no será necesario demostrar la existencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ante el Ministerio de Justicia, ni por la jurisdicción contencioso-administrativa en caso de controlar la legalidad de la resolución ministerial, toda vez que las dilaciones indebidas fueron debidamente declaradas por el Tribunal Constitucional. En Sentencia núm. 41 de 12 de marzo de 1996, señala dicho Tribunal que:

Se constata la violación entre otros, del Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y, a tal constatación, se anudan ‘las consecuencias de ese reconocimiento que deben ser hechas valer por las vías procesales adecuadas (SSTC 36/1984, fundamento jurídico 4º, y 128/1989, fundamento jurídico 2º y ATC 275/1992), a fin de obtener las reparaciones que sean procedentes en derecho’ (FJ 9, *in fine*); y al fallo se lleva también el restablecer al recurrente ‘en la integridad de sus derechos a cuyo fin le deberán ser reparadas las infracciones cometidas por la Audiencia Provisional de Málaga en la forma establecida por el ordenamiento jurídico.

En este supuesto, autores que estudian la reparación del daño como Diez Picazo²⁶ refieren que debería ser el propio Tribunal Constitucional el que defina el monto de la indemnización como parte del restablecimiento del derecho del particular que se vio afectado por la actividad jurisdiccional, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha emitido criterios en donde dice que al no ser posible la *restitutio in integrum* del Derecho Fundamental, el restablecimiento sólo podrá hacerse por la vía indemnizatoria, pero, si señala en sus fallos como segundo apartado el de “restablecer al recurrente en la integridad de su derecho mediante la correspondiente indemnización, en su caso, a cargo del Estado”.²⁷

4.3. INICIO A INSTANCIA DEL INTERESADO

En la legislación española se encuentran previstos básicamente dos procedimientos, uno que es en realidad el trámite administrativo para el reclamo

²⁶ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1983, t. I, p. 156 y ss.

²⁷ España. Sentencia STS del 12 de noviembre Núm. 180/1996.

del Derecho de Indemnización por cualquiera de los supuestos de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en el funcionamiento de la Administración de Justicia, esto es, por error judicial, funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y prisión preventiva indebida; y el otro, que es un procedimiento específico para la reclamación de daños por error judicial, además de que en la práctica ya se han ido generando procedimientos específicos que abren una alternativa más para hacer valer el derecho a la indemnización por parte del Estado o bien como la denomina Solchaga “la garantía constitucional del patrimonio del sujeto dañado”.²⁸

4.3.1. TRÁMITE ADMINISTRATIVO

El trámite del procedimiento administrativo se sigue de conformidad con las normas reguladoras de la Responsabilidad Patrimonial del Estado previstas en los artículos 139 y siguientes de la Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial y la petición indemnizatoria deberá dirigirse siempre ante el Ministerio de Justicia.

Para este procedimiento el derecho a la indemnización prescribe en un año a partir del día en que pudo ejercitarse; esto es, de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, para el caso del error judicial el plazo comenzará desde que fue declarado judicialmente el error o notificada la sentencia dictada en recurso de revisión; en el supuesto del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia desde que se produjo de forma efectiva el daño reclamado; y en el supuesto de la prisión preventiva, desde que adquiriera firmeza la sentencia absoluta o el auto de sobreseimiento.

La resolución que se dicte en el procedimiento pone fin a la vía administrativa y contra la misma cabe interponer, con carácter potestativo el recurso de reposición, o bien directamente el recurso contencioso-administrativo.

4.3.2. PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO POR DAÑOS DERIVADOS DE UN ERROR JUDICIAL

En la reclamación del derecho a indemnización promovido por causa de error judicial, es requisito necesario la existencia previa de una resolución

²⁸ SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús, *Op. Cit.*, p. 2545.

judicial que expresamente lo reconozca, la que asimismo puede resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de un recurso de revisión. Cuando no se tiene la resolución que lo reconozca deberá promoverse la declaración del error judicial ante la Sala del Tribunal Supremo del mismo orden jurisdiccional que el órgano al que se le imputa el error, procedimiento que el sistema jurídico español denomina como procedimiento especialísimo de carácter declarativo, ya que su propósito es precisamente la obtención de un título jurídico que permita al particular reclamar ante el Ministerio de Justicia la indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de una resolución judicial. En este supuesto la acción judicial deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse.

No procederá la declaración de error de una resolución judicial mientras previamente no se hayan agotado contra la misma los recursos ordinarios, por lo que no supone en ningún caso un ataque a la cosa juzgada como tal, ni altera lo resuelto en el proceso principal, pues en ningún momento la autoridad entra a valorar consideraciones subjetivas ni mucho menos admite una nueva valoración de la prueba, su efecto es meramente “declarativo”. Una vez reconocida la existencia del error judicial, mediante sentencia dictada en recurso de revisión, o declaración judicial de la Sala correspondiente del Tribunal Supremo, se podrá solicitar la indemnización ante el Ministerio de Justicia.

V. DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Del estudio casuístico de las sentencias emitidas, se observó que en un principio no fue sencillo cuantificar los perjuicios sufridos con motivo del error judicial o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, lo que hacía complicado y en ocasiones confuso el obtener una apreciación exacta de la suma para ser reclamada, por ejemplo, un día de privación de la libertad, no es fácilmente cuantificable. Sin embargo, los jueces fueron superando esa dificultad encontrando criterios para crear un sistema indemnizatorio confiable. En ese sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo español emitió diversos criterios de indemnización y aunque es complejo, destacan aspectos como son: la importancia del error; el daño

moral; el lucro cesante; el daño emergente; la valoración de la economía familiar, la economía profesional, etcétera.²⁹

La doctrina española³⁰ no critica estos criterios, pero si estudia una tentativa de reequilibrio de los agravios sufridos, ya que la determinación de la cuantía de la indemnización también está sometida a ciertas cautelas cuya extensión y alcance dependen de las distintas políticas de gobierno en materia administrativa.

5.1. FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Para los casos de indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es muchísimo menos significativa respecto del alcance real que tiene su reconocimiento, pero en cambio el conjunto de dictámenes emitidos por Consejo del Estado permite observar una perspectiva más amplia respecto del alcance de éstos. Para el análisis casuístico se han clasificado los supuestos por dilaciones indebidas; por omisión; por pérdida o sustracción de objetos a disposición judicial, y otros supuestos específicos.

A. POR DILACIONES INDEBIDAS

El retraso en las actuaciones jurisdiccionales viene considerándose como la especie más indiscutida del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia³¹ cuyos criterios de aplicación fueron emitidos por el Tribunal

²⁹ España. Sentencias del STS de 26 de septiembre de 1977 que hace referencia sobre el daño individualizado y económicamente evaluable; STS de 30 de junio de 2006, considera que el daño moral es un elemento integrante del concepto de daños evaluable y reconoce su existencia y la consecuente responsabilidad patrimonial; STS de 6 de noviembre de 1998, que define al daño emergente y lucro cesante y señala que entre los conceptos evaluables, en virtud del principio de total indemnidad, está el daño emergente y el lucro cesante; asimismo la STS de 16 julio 1982, 24 marzo 1983, 23 febrero 1988, 20 febrero 1989, 15 octubre 1990, 9 marzo 1992, 14 mayo 1993, 22 mayo 1993, 18 octubre 1993, 22 enero 1994 y 29 enero 1994 que refieren que el lucro cesante se produce por la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes. La jurisprudencia recuerda que el lucro cesante debe probarse, al menos, de modo indirecto.

³⁰ BUSTO LAGO, José Manuel *et al.*, *Op. Cit.*, pp. 873-1091.

³¹ España. Sentencia STC 36/1984, de 14 de marzo. Se ocupó *in extenso* del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

Constitucional y son utilizados tanto por el Consejo General del Poder Judicial como el Consejo de Estado.

Estos criterios básicamente son: la complejidad del asunto; la conducta seguida tanto por el litigante como por el órgano judicial afectado; y las consecuencias del proceso en concreto. Cabe mencionar que cada caso tiene una conclusión diversa y aunque son las más numerosas, las resoluciones emitidas por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) que fueron estimatorias hacen extensos relatos del *iter procesal*, que a continuación se resumen:

- En un asunto penal cuya fase de plenario duró más de tres años, cuando podía haber estado resuelto en uno a juicio del CGPJ.
- Otro caso en donde durante “la tramitación del procedimiento penal se incurrió en graves dilaciones, con frecuentes e injustificadas lagunas en el seguimiento de los autos e indebidas paralizaciones procesales que dieron, en definitiva, lugar a una desmedida duración del proceso que no puede explicarse en modo alguno por la complejidad del asunto a enjuiciar –realmente inexistente, al tratarse de un evento automovilístico en que sólo intervino un vehículo con cuatro ocupantes-, ni por una eventual actuación dilatoria de ninguna de las partes procesales”.³²
- Un asunto denominado el caso *Sanders*, donde la empresa formuló un recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional al no apreciarse dilaciones indebidas violatorias del artículo 24.2 de la Constitución española, que años más tarde sí se consideraría que se había incumplido el plazo razonable para la resolución de la causa y en Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 7 de julio de 1989³³ que fue reconocida por el Consejo de Estado³⁴ se les otorgó causa para las reclamaciones por daños generados.

B) POR OMISIÓN

- La omisión de una diligencia judicial necesaria (la omisión de la citación –notificación– de un tercer poseedor al que se le colocó en situa-

³² España. Diligencia 24/1985. Cfr. HERNÁNDEZ OLIVENCIA, Antonio Rafael, *El error judicial en la jurisprudencia del TS*, Madrid, Trivium, 1995, p. 87.

³³ Caso citado por COBREROS MENDAZONA, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 38.

³⁴ España. Consejo de Estado. Dictamen No. 54344 de 22 de octubre de 1990.

ción de indefensión y se le privó de intervenir en el avalúo y subasta de la finca a que se correspondía el procedimiento ejecutivo en cuestión.

- La omisión constitutiva de anormal funcionamiento de Administración de Justicia, en el caso en donde un juzgado incurrió al no haber notificado a los interesado de un oficio de la Autoridad Portuaria en que se le comunicaba al Juzgado del hundimiento de un buque previamente embargado, con lo que la ignorancia de tal circunstancia impidió a los interesado toda posible reacción y frustró definitivamente la posibilidad de ejecutar la Sentencia que reconocía su derecho de crédito.³⁵

C) POR LA PÉRDIDA O SUSTRACCIÓN DE OBJETOS A DISPOSICIÓN JUDICIAL

“La pérdida de cosa depositada en los Juzgados es, junto con la demora en terminación de los procesos, el supuesto más común de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”³⁶ lo que representa un quiebre del deber funcional de custodia y conservación de efectos, que se traduce en la pérdida de objetos de muy variada naturaleza cuyo común denominador generalmente es su valor, hecho que efectivamente genera un perjuicio para las partes, así desaparecen joyas,³⁷ dinero en efectivo, cheques, letras de cambio, etcétera.

Así también lo que desaparece no son objetos valiosos, sino que lo que se “extravía” son las propias actuaciones judiciales originando con eso el perjuicio correspondiente.³⁸

Ejemplo de ello, es la pérdida de documentos unidos al expediente “en cuerda separada”; pérdida de los autos y documentación anexa cuya nueva expedición supone importantes costas.³⁹

³⁵ España. Consejo de Estado. Dictamen No. 1145/96, de 30 de mayo de 1996.

³⁶ España. Consejo de Estado. Dictamen No. 1109/93, de 23 de septiembre de 1993, reiterado en el No. 1601/93, de 13 de enero de 1994.

³⁷ Un ejemplo de esto se observa en la desaparición de unas joyas presumiblemente objeto de un delito, en la indemnización que se informa el Consejo de Estado. Dictamen No. 50087, de 26 de marzo de 1986.

³⁸ Ejemplos de esto: la desaparición de autos de un juicio ejecutivo, indemnización que se informa por el Consejo de Estado. Dictamen No. 588/95, de 11 de mayo de 1995; otro de documentos probatorios incorporados en un recurso de apelación ante una Audiencia Provisional, cuyo extravío fue considerado por el Tribunal Supremo como la causa de indefensión del perjudicado, indemnización que se informa por el Consejo de Estado. Dictamen No. 2654/94, de 19 de enero de 1995.

³⁹ España. Diligencia 21/1987. Cfr. HERNÁNDEZ OLIVENCIA, *Op. Cit.*, p. 86.

D) OTROS SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE FUNCIONAMIENTO ANORMAL.

Del estudio de los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado español de entre 1985 a la fecha, se desprenden una variedad de supuestos cuyo nexo en común es haber sido reconocidos como constitutivos de un funcionamiento anormal cuya relación aquí tienen un valor meramente ilustrativo de casos reales que se presentaron en la práctica jurídica.

- Un caso donde un supuesto depositario de un vehículo (por orden judicial) que, al final de proceso, no puede cobrarse los gastos generados por dicho depósito.
- Otro caso es aquel en donde se ha otorgado indemnización cuando se ha producido un error en el embargo decretado por el juzgado, debido a que había una coincidencia en el nombre y los apellidos del propietario de un piso y del deudor condenado por sentencia y en donde, además, el embargo, la subasta y la adjudicación se realizaron pese al rechazo por parte del Registrador de la propiedad de la anotación del embargo, porque el nombre de los cónyuges no era el mismo.⁴⁰

5.2. ERROR JUDICIAL

Los casos basados en los supuestos de error judicial prosperan en menor medida que en los supuestos de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, especialmente tratándose de prisión preventiva sufrida indebidamente, y se reduce a casos esporádicos especialmente si trata de reclamaciones fundadas en el contenido de las resoluciones judiciales. Para el análisis se han clasificado los supuestos de la siguiente manera: por el contenido de las resoluciones, y diligencias basadas en la prisión preventiva sufrida indebidamente.

A) POR EL CONTENIDO DE LAS RESOLUCIONES⁴¹

El error contenido en la resolución combate con la estructura interna de la misma, ya que desde un punto de vista jurídico-material, la propia resolución es la que pide ser modificada, y esto, por lo tanto, puede hacerse en cualquier momento, pero eso sí, sin que dicha corrección implique un

⁴⁰ España. Consejo de Estado. Dictamen No. 868/95, 18 de octubre de 1995.

⁴¹ Cabe aclarar que para el análisis de este supuesto se hizo referencia a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Español.

juicio valorativo, ni exija operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni suponga resolver cuestiones discutibles u opinables, sino que el error ha de evidenciarse directamente del propio texto de la resolución judicial, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones.⁴²

Así por ejemplo, en la corrección del error material o fáctico, dice el Tribunal Constitucional Español:

[...] entraña siempre algún tipo de modificación, en cuanto la única manera de rectificar o subsanar alguna incorrección es cambiando los términos expresivos del error, de modo que en tales supuestos no cabe excluir cierta posibilidad de variación de la resolución judicial aclarada, si bien la vía de la aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial.⁴³

En tales casos, señala que:

las rectificaciones de los errores materiales cometidos mediante el correspondiente cauce procesal, pese a desembocar en la alteración del sentido del fallo, han sido consideradas por este Tribunal acordes con el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales al no implicar la reinterpretación de la Sentencia, la corrección de errores de Derecho o la realización de operaciones jurídicas. De manera que, pese a las llamativas consecuencias de la rectificación, la utilización del art. 267 LOPJ se consideró plenamente justificada, por ceñirse a la subsanación de errores puramente fácticos o materiales manifiestos. Todo lo cual nos ha llevado a concluir, en la STC 48/1999, de 22 de marzo, que cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada “sea un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin reali-

⁴² España. Sentencia del SSTC 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 4º; 142/1992, de 13 de octubre, FJ 2º.

⁴³ España. Sentencia del SSTC 19/1995, de 24 de enero, FJ 2º, 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 3º, 141/2003, de 14 de julio, FJ 4º.

zar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano jurisdiccional podrá legítima y excepcionalmente proceder a la rectificación ex art. 267 LOPJ, aun variando el sentido del fallo. Por el contrario, cuando la rectificación (con alteración del sentido del fallo) entrañe una nueva operación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho, el órgano jurisdiccional se habrá excedido de los estrechos límites del citado precepto legal y habrá vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de las partes en el proceso.⁴⁴

Citando un ejemplo, en el ámbito de un recurso de apelación en el que se discutía la prescripción de un delito, sobre si el plazo era de 3 o de 5 años, el magistrado de la Audiencia Provincial equivoco las redacciones de los arts. 33 y 131 del Código Penal de 1995, y de la reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, y resolvió que el delito en cuestión prescribía en 3 años desestimando el recurso de apelación. Frente a dicho auto se formuló recurso de aclaración; pues para el delito debatido, dichos artículos, en ninguna de sus redacciones, habían establecido el plazo de prescripción en 3 años, sino de 5 años, situación que llevó a la Audiencia a rectificar el error, que califiqué de material en la identificación de la norma, y resolvió estimar, por tanto, el recurso de apelación, declarando la no prescripción del delito y ordenando la celebración del juicio.

Posteriormente la defensa recurrió la aclaración operada promoviendo el recurso de nulidad, al entender que se había producido una modificación del derecho aplicable una vez firme la resolución, pero la Audiencia, con mejor criterio confirmo aquella aclaración y desestimo la solicitud de nulidad, pues, no se había alterado ni los hechos ni la fundamentación jurídica, ni la estructura de la resolución y, en esencia, la verdadera aplicación de aquellos artículos suponían el establecimiento de la prescripción de ese delito en 5 años y no en 3 años; y ello implicaba, indefectiblemente, la modificación del fallo de la resolución aclarada en tal sentido, aunque esto significase un cambio radical de la decisión primeramente adoptada, completamente contraria a su inicial sentido.

El Tribunal Supremo español,⁴⁵ que también ha analizado esta situación y que la denomina principio de intangibilidad de las resoluciones dice que:

⁴⁴ España. Sentencia del STC 262/2000, de 30 de octubre.

⁴⁵ España. Sentencia del TSS 2ª, 313/2011, de 13 de abril, FJ 5º, 2ª, S 88/2011, de 11 de febrero, FJ 5º; TS 2ª, S 271/2010, de 30 de marzo, FJ 4º.

[L]as excepciones a dicho principio no pueden entenderse como una fuente abierta a la rectificación sin límites o al cambio sobrevenido a partir de una nueva ponderación de los elementos fácticos y jurídicos sobre los que se ha construido la estructura de la resolución finalmente aclarada.

Además hace referencia a otra Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que:

[E]l derecho a la tutela judicial efectiva impone un límite a que los órganos judiciales puedan modificar o revisar sus resoluciones firmes al margen de los supuestos y cauces procesales taxativamente previstos en la Ley. Esta intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes no es un fin en sí misma, sino un instrumento para la mejor garantía de aquella tutela judicial efectiva, en conexión con la observancia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), pues de tolerarse la modificabilidad sin trabas de las resoluciones judiciales firmes se vaciaría de contenido el instituto de la firmeza, dejando al albur de las partes o del propio órgano judicial el resultado final de los procesos judiciales. El art. 24.1 CE, sin embargo, no veda por completo la posible alteración de las resoluciones judiciales firmes, pues tan lesivo de la tutela judicial efectiva puede ser que aquéllas puedan revisarse en cualquier tiempo y de cualquier forma como que las partes en el proceso se beneficien de simples errores materiales o evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo de la resolución en cuestión, que bien pudieron corregirse a la vista de lo que fácilmente se deduzca, con toda certeza, de su texto.

B) DILIGENCIAS BASADAS EN LA PRISIÓN PREVENTIVA SUFRIDA INDEBIDAMENTE

La dispersión de criterios que rigen las indemnizaciones ante las prisiones indebidas obliga a proclamar que se trata de una cuestión de hecho, que exige un examen particularizado para apreciar si en la resolución judicial en que así se hubiera declarado hubo aplicación ilógica o indebida de los preceptos procesales que afectan al caso, pero la imprecisión y subjetividad que los inspira hacen muy difícil la reclamación por este concepto, por lo

que en su mayoría el procedimiento que se sigue es el de la vía administrativa.⁴⁶

Como ejemplo se encontraron varios casos similares en donde se encarceló a persona distinta, por confusión con los nombres y apellidos –al parecer muy comunes–, no constatando en la requisitoria más datos o circunstancias diferenciadoras.⁴⁷ Otro ejemplo es aquel, en donde el recurrente pasó privado de su libertad más de 130 días de los debidos legalmente, y fue finalmente absuelto por falta de pruebas, o bien un caso en donde el solicitante fue detenido y se acordó la prisión preventiva una vez prescrito el delito.⁴⁸

Sin embargo, la postura o el criterio que recientemente ha emitido el Tribunal Supremo sobre la indemnización por error judicial solicitada al amparo del art. 294 de la LOPJ, como consecuencia de prisión provisional seguida de absolución, se limita a los supuestos de “inexistencia objetiva del hecho imputado”, esto significa que si al no valorarse adecuadamente o razonarse las pruebas de cargo en el juicio (fuera por inexistencia material y por falta de tipicidad) se genera una desconexión del hecho delictivo o inexistencia subjetiva del hecho, la indemnización por error judicial no es procedente, lo que significa que comienza a configurarse un límite en la Responsabilidad Patrimonial en el ámbito de la Administración de Justicia remitiéndolo a los supuestos de funcionamiento anormal.

Por lo que el Tribunal Supremo ha considerado que se ha de atender al auténtico significado de la resolución pronunciada por la jurisdicción penal, sin que para ello resulten decisivas las expresiones, más o menos acertadas, de la sentencia absolutoria o del auto de sobreseimiento libre, sino que es preciso deducirlo del relato de hechos probados y de la valoración de las pruebas realizada por el juzgador o tribunal penal, ya que sólo

⁴⁶ Según el criterio jurisprudencial del artículo 294 de la LOPJ, era de aplicación tanto a los supuestos de inexistencia objetiva del hecho imputado es decir, ya fuera por inexistencia material o por falta de tipicidad, por el que se decretó la prisión provisional, como a los de inexistencia subjetiva, entendiéndose como tal a los supuestos de absolución por razón del pleno acreditamiento de la no participación del imputado en el hecho criminal. Así en esta categoría de inexistencia subjetiva, pese a estar al margen de la literalidad del precepto, que sólo se refiere a la inexistencia del hecho, se entendía que quedaba amparada por su *ratio*. Es por ello, que la inexistencia del hecho y la falta probada de participación del sujeto, eran dos supuestos equiparables y subsumibles en la regulación de esta disposición. SSTS de 2 junio 1989 y 21 enero 1999.

⁴⁷ España. Diligencias 12/1987, 13/1987, 23/1987 y 34/1987. Cfr. HERNÁNDEZ OLIVENCIA, *Op. Cit.*, p. 90.

⁴⁸ España. Diligencias 31/1986, 30/1986 y 22/1987. Cfr. HERNÁNDEZ OLIVENCIA, *Op. Cit.*, p. 90.

de su examen conjunto es posible obtener la conclusión de si se está ante una absolución o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado (bien por no haber acaecido o por no ser constitutivo de infracción punible bajo el supuesto de inexistencia objetiva). Por ejemplo, en un caso se negó al actor una indemnización por 176,760 euros solicitada por el periodo en que estuvo en prisión al haber sido acusado por el Ministerio Fiscal de un delito de homicidio del que finalmente resultó absuelto debido a la insuficiencia de las pruebas de cargo practicadas. En el que el Tribunal señaló que:

El citado precepto contempla un supuesto específico de error judicial, que no está sujeto a la previa declaración judicial del mismo, configurando un título de imputación de responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia, consistente en la apreciación de error judicial en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, que el legislador entiende que se revela sólo cuando la resolución penal de absolución o sobreseimiento libre se produce “por inexistencia del hecho imputado”, lo que no es el caso, y no de manera genérica o en todo caso de absolución o sobreseimiento libre.⁴⁹

VI. ASEGURAMIENTO DE LOS DAÑOS. UNA PROPUESTA PARA AFRONTAR LOS PROBLEMAS FINANCIEROS DEL ESTADO FRENTE AL DERECHO DE REPARACIÓN

En México, el Poder Judicial se niega a ser el causante del costo que significaría para el Estado indemnizar a las víctimas de resoluciones erradas o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Sin embargo ya en 1962, Antonio Carrillo Flores relataba en el prólogo de su obra *la justicia federal y la administración pública*,⁵⁰ que cuando él le presentó al entonces Presidente de la República, Adolfo López Mateos, un proyecto de Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado, el presidente la rechazó por considerar que los recursos del Estado no alcanzarían para que además de gastarse en servicios públicos e inversiones, se usaran para indemnizar

⁴⁹ España. Sentencia del TS del 23 de noviembre de 2010. En sentencia 131/2.002 de 3 de Junio de 2.002 del tribunal de jurado (sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Valencia), confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 16 de Septiembre de 2002, que le absolvió con veredicto de no culpabilidad.

⁵⁰ CARRILLO FLORES, Antonio, *La justicia federal y la administración pública*, México, Porrúa, 1973.

a la población por actos irregulares de la administración federal.⁵¹ Así lo que en su momento fue un gran obstáculo financiero, hoy en día es una realidad. En ese mismo sentido, cuando se constitucionalizó la Responsabilidad Patrimonial del Estado, la iniciativa promovida por el Diputado Marcos A. Bucio Mújica señalaba que “la experiencia que se ha tenido en diversos países con la adopción del régimen de Responsabilidad Patrimonial del Estado, nos permite advertir que lejos de afectar negativamente las finanzas públicas permite, por el contrario, lograr ahorros económicos en función de una mayor eficiencia. Al respecto podemos señalar que en los casos de España, Francia y Alemania los resultados son satisfactorios ya que las cifras oficiales sobre el monto de las indemnizaciones que el Estado ha tenido que pagar no implican una excesiva carga financiera”.⁵² De lo que se infiere que esa afirmación se extiende también a la Administración de Justicia, todavez que el régimen de Responsabilidad de los tres países en mención contempla la Responsabilidad Patrimonial del Estado en el funcionamiento de la Administración de Justicia.

Por ello, no tendría por qué ser distinto, aunque es una realidad que la situación económica del Poder Judicial de la Federación es limitada y el presupuesto que se le asigna año con año no varía mucho. Pero a pesar de esto, el mecanismo para la indemnización no tendría que afectar directamente su presupuesto, ya que actualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación contempla una partida específica para responder por la actividad irregular de la Administración en donde se incluye la actividad administrativa del Poder Judicial,⁵³ ya que fue un mandato expreso por el legislador al momento que entró en vigor la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Otra posibilidad es hacer frente a esta responsabilidad como se hace actualmente en España, es decir, a través de seguros. Política pública que ha funcionado desde los años noventa para hacer frente a la insolvencia y asegurar el ejercicio presupuestal con la suscripción de seguros de respon-

⁵¹ DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, p. 63.
<http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2301/11.pdf> Consultado el 23 de febrero de 2010.

⁵² BUCIO MÚJICA, Marco, “Iniciativa para incorporar la Responsabilidad Patrimonial del Estado al orden jurídico mexicano propuesta por la diputación priista”, en *La Responsabilidad Patrimonial del Estado: Memoria del Seminario Internacional sobre la*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, A.C. 2000, p. 83.

⁵³ Artículo 2. Son sujetos de esta Ley, los entes públicos federales. Para los efectos de la misma, se entenderá por entes públicos federales, salvo mención expresa en contrario, a los Poderes Judicial...

sabilidad civil por distintos entes y organismos integrantes de las Administraciones. Y a pesar de que la solución pueda resultar discutible desde la perspectiva estrictamente económica, la forma de gestión de los presupuestos públicos fue decisiva en razón de optar por soportar el costo de las primas de seguros de responsabilidad civil que, por elevadas que sean, son presupuestariamente previsibles, y no por asumir el riesgo que supone el soportar directamente el pago de las indemnizaciones a las que se tenga que hacer frente en virtud de los daños que resulten imputables al Estado. Situación que puede considerarse una práctica habitual en países como Alemania, Italia y Francia.⁵⁴

En México como sucedió en España, podrían presentarse algunas dificultades para la introducción de los seguros para hacer frente el pago de las indemnizaciones, sin embargo éstas poco a poco fueron superadas, principalmente en materia procesal, todavez que los criterios emitidos por el Tribunal Supremo español y después con las reformas legales pertinentes, hicieron que el sistema de pagos mediante un seguro sea tan eficaz como si fuese el erario mismo quien lo cubriera. Se menciona esto, ya que desde su origen, la cuestión que se planteó fue si el asegurar la Responsabilidad Patrimonial por su semejanza con la Responsabilidad Civil prosperaría, lo que llevo a doctrinistas⁵⁵ a proponer dos premisas:

1. “la llamada responsabilidad ‘patrimonial’ (...) no es otra cosa que la responsabilidad civil de una persona jurídica pública que supone la posibilidad de afección del patrimonio de ésta por el perjudicado como consecuencia de la realización de sus actividades propias (...) y
2. que el seguro de responsabilidad civil es el contrato en virtud del cual el asegurador se obliga a cubrir, dentro de los límites establecidos por la Ley y el contrato, el riesgo de quedar gravado el patrimonio del asegurado por el nacimiento de una obligación de indemnizar, derivada de su responsabilidad civil”.⁵⁶

Lo que en la práctica para la celebración de los contratos no originó problemas al implementarse, debido a que no había disposición legal alguna que prohibiera que una entidad pública suscribiera contratos de seguros con instituciones privadas, además de que el seguro en la cobertura de

⁵⁴ Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando L. *et al.*, *Op. Cit.*, p. 973.

⁵⁵ TORRENT I RIBERT, Pavelek, Gamero.

⁵⁶ SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro*, 2a. ed., p. 1211. Citado por Reglero Campos, Fernando L. *et al.*, *Op. Cit.*, p. 974.

responsabilidad civil “puede referirse tanto al nacimiento de una prestación indemnizatoria por unos daños y perjuicios causados, cualquiera que sea el origen de esta obligación, siempre que se derive de un hecho previsto en el contrato de seguro, por lo tanto, con independencia de si la obligación indemnizatoria surge o no de la comisión de un ilícito dañoso culposo, o de si surge de un ilícito dañoso no culposo del que el asegurado esté obligado a responder en virtud de un régimen de responsabilidad civil de naturaleza objetiva (...) para los daños causados por la Administración”.⁵⁷

El problema que en la práctica se comenzó a presentar con este sistema, fue en el momento en que el particular afectado quería promover una acción indemnizatoria contra el Estado como asegurado (por la vía contenciosa-administrativa), o bien que el perjudicado pudiera dirigir la acción reclamando la reparación del daño contra la institución aseguradora (por la vía civil) o incluso, de forma simultánea, y ello porque con ambas acciones se pretendía la misma finalidad, esto es, la reparación del perjuicio sufrido por quien no está obligado a soportarlo.⁵⁸ Un argumento teórico que surgió en contra de esta problemática, partía de las dificultades procesales que implicaban el articular el régimen de la acción directa frente al asegurador con la determinación de los daños de los que era responsable el Estado como asegurado, incluso por las distintas jurisdicciones en las que debían promoverse las reclamaciones, ya que se confrontaban la aplicación de disposiciones del orden civil contra disposiciones del orden contencioso-administrativo, además de determinar qué procedimiento era el adecuado y que jurisdicción era la competente, hecho que en la práctica jurisdiccional provocó una diversidad de criterios entre los tribunales del orden civil y del orden contencioso-administrativo, en lo que incluso surgieron una serie de contradicciones.

Finalmente, la solución se encontró en la doctrina con origen en el Derecho francés que fue adoptada por la jurisprudencia de la Sala Especial de Conflictos de Competencias del Tribunal Supremo,⁵⁹ que por decirlo de alguna manera, contravino lo previsto por las normas, con la denomi-

⁵⁷ REGLERO CAMPOS, Fernando L., *et. al*, *Tratado de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, nota no. 14, p. 976.

⁵⁸ En palabras de Garrigues, *Contrato de Seguro Terrestre*, 2a. ed., p. 391, esa conexidad es el fundamento que permite considerar que entre asegurador y asegurado, y frente al tercero perjudicado se da un *litisconsorcio pasivo* facultativo, de manera que si la acción se ejercita frente a los dos simultáneamente, la sentencia estimatoria puede ejecutarse frente a ambos.

⁵⁹ España. Sentencia del STSJ del principado de Asturias 11 de febrero de 2003 (JUR 2003, 122293) en la que se resuelve un caso contra el Ayuntamiento de Oviedo y su aseguradora MAPFRE Industrial, S.A.

nación “actos separables” o “actos administrativos separables del contrato privado” en cuanto a las normas que habían regulado la adjudicación del contrato mismo, refiriéndose a que serán considerados como contratos públicos los que han sido celebrados por entes, organismos y entidades del sector público que tengan por objeto servicios como los financieros, bancarios y de inversiones así como los servicios de seguros.⁶⁰ Resolviendo con ello el problema de la jurisdicción, todavez que al ser contratos públicos según la norma que reguló su adjudicación, la vía por la que se tendría que promover la acción contra el Estado y la aseguradora sería entonces la contenciosa-administrativa, y cuando se refiriera a cuestiones litigiosas que afectarán la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebraran con entes que no tuvieran el carácter estatal en su ejercicio se promovería por la vía civil.

Criterio jurisprudencial que motivo al legislador a promover una reforma en el 2003 a la Ley Orgánica del Poder Judicial, para confirmar de manera expresa la viabilidad de los seguros de responsabilidad civil suscritos por las distintas Administraciones, y en donde otorgó competencia expresa a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo para conocer de las reclamaciones de responsabilidad ejercitadas por el particular perjudicado contra el Estado responsable junto con la institución privada o aseguradora que fungirán siempre como codemandadas, y en donde además se precisó que las Administraciones Públicas no podrían ser demandadas por la vía civil en virtud del ejercicio de las acciones de responsabilidad civil.⁶¹

VII. CONCLUSIONES

La Responsabilidad Patrimonial del Estado en el funcionamiento de la Administración de Justicia (error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia) “no busca convertir al patrimonio público en una especie de ‘aseguradora universal’, ni menos aún entorpecer la actividad de las funciones públicas. Se trata, de un mecanismo de distribución de las cargas públicas que busca terminar con la corrupción y la impunidad de las actividades lesivas del Estado que causen daños a particulares que no

⁶⁰ Así lo prevé la categoría 6 del Anexo II de la LCSP.

⁶¹ España. LO 19/2003, de 22 de diciembre, de modificación de la LOPJ, que adicionó un segundo inciso al párrafo 2º del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, adicionó el inciso e) al artículo 20 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa; y añadió un inciso c) al artículo 21.1 de la misma ley.

tengan la obligación jurídica de soportarlos”.⁶² Inclusive no se debe olvidar que el Estado tiene derecho a repetir en contra del servidor público o funcionario cuando éste resulta responsable de la actividad lesiva al particular, por lo que a través de diferentes mecanismos éste tiene que reintegrar al erario público lo que el Estado ya pagó.

El aspecto positivo de que la Constitución española prevea en su artículo 121 la responsabilidad como una subespecie de otro tipo de responsabilidad más amplia, quedó analizado, lo que permite aseverar que la existencia del precepto, su propio rango de norma fundamental y su posterior desarrollo legislativo, demuestra que su regulación cambió la mentalidad de las personas respecto de sus relaciones con la Administración de Justicia y del reflejo con el propio Estado.

Del estudio casuístico de las sentencias emitidas, puede afirmarse que ni la reparación es automática, ni todos los errores y anomalías producen los mismos daños, ni se puede declarar anticonstitucional la fijación de condiciones o límites, incluso, el daño sufrido, ni, en definitiva, se tratará siempre de la misma indemnización, además se observó que en un principio no fue sencillo cuantificar los perjuicios sufridos con motivo del error judicial o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, lo que hacía complicado y en ocasiones confuso el obtener una apreciación exacta de la suma para ser reclamada, por ejemplo, un día de privación de la libertad, no es fácilmente cuantificable. Sin embargo, los jueces fueron superando esa dificultad encontrando criterios para crear un sistema indemnizatorio confiable.

Si bien hay una cierta insatisfacción en el procedimiento que se fijó en las leyes secundarias, porque en lugar de hacer a esta reclamación un sistema ágil y sencillo, lo vuelve complicado y hasta cierto punto tardado, (se pudo apreciar que desde 1985 fecha en que entró en vigor la Ley Orgánica del Poder Judicial español, hasta la actualidad el porcentaje de indemnizaciones reconocidas por el Ministerio de Justicia en el total de expedientes sometidos a su conocimiento, es ínfimo comparado con la expectativa que se tenía en su inclusión en la propia Constitución), lo que sí es una realidad es que el derecho a una reparación patrimonial existe y se puede hacer valer.

Razón por la que en México si tomamos esta experiencia, se podría implementar una regulación más sencilla evitando cometer el mismo error que cometió el legislador español al regular el artículo 121 constitucional,

⁶² BUCIO MÚJICA, Marco, *Op. Cit.*, p. 85.

todavez que el hecho de que el particular no se coarte a la hora de accionar contra la comisión de errores judiciales, o ante cualquier supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, supone de por sí un avance importante que es preciso tomar en consideración, aunque sea solo para mantener avivada la llama de la esperanza, y no como el fatalismo que sucede actualmente en la tarea de la imposible forma para hacer valer el derecho a una indemnización frente al Estado.

Las razones de índole presupuestal podrían ser una causa para seguir retrasando este Derecho, pero si se considera la fórmula prevista en el sistema jurídico español con la suscripción de contratos de seguros como una opción para equilibrar el presupuesto, aun cuando el costo de las primas pueda resultar elevadas, porque finalmente estas si son previsibles a diferencia del riesgo que supone el soportar directamente el pago de las indemnizaciones que tenga que pagar el Estado frente a los daños que le resulten imputables. Habrá que pensar, en la integración de un sistema en donde el Estado es responsable, que haga justicia y repare el daño que ha causado a quien no tiene que soportarlo.

Se aboga por una mayor seriedad en ello, y más al argumentar que una Administración de Justicia responsable, otorga mayor certidumbre e inspira mayor confianza a los particulares coadyuvando a consolidar el Estado Social y Democrático de Derecho como meta deseable de un sistema de libertades.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

AUGUSTO GONZÁLEZ, Alonso, *Responsabilidad Patrimonial en la Administración de Justicia: funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

BLASCO ESTÉVEZ, “La responsabilidad de la Administración por los daños causados por actos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 91.

BUCIO MÚJICA, Marco, “Iniciativa para incorporar la Responsabilidad Patrimonial del Estado al orden jurídico mexicano propuesta por la diputación priista”, en *La Responsabilidad Patrimonial del Estado: Memoria del Seminario Internacional sobre la*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, A.C. 2000.

BUSTO LAGO, José Manuel, *Tratado de Derecho Civil*, “La Responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, 5a. ed., España, Aranzadi, 2013, t. III, Colección Nuevos Clásicos.

CARRILLO FLORES, Antonio, *La justicia federal y la administración pública*, México, Porrúa, 1973.

COBREROS MENDAZONA, Eduardo, *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Madrid, Civitas, 1998.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2301/II.pdf>

DIEZ-PICAZO, Luis María, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1983, t I.

GARCÍA PONS, Enrique, *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*, Barcelona, José María Bosch Editor, S.L., 1997.

HERNÁNDEZ OLIVENCIA, Antonio Rafael, *El error judicial en la jurisprudencia del TS*, Madrid, Trivium, 1995.

REGLERO CAMPOS, Fernando L. *et al.*, *Tratado de Responsabilidad Civil. La Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas*, España, Thomson Aranzadi, 2008, t. I.

-----, *Tratado de Responsabilidad Civil. La Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas*, España, Thomson Aranzadi, 2008, t. III.

REYES MONTERREAL, J.M., *La responsabilidad del Estado por error judicial y anormal funcionamiento de la Administración de Justicia*. Madrid, Colex, 1987.

SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús, “La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”, *Poder Judicial*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, vol. III, 1983.

LEGISLACIÓN

México. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2014.

- México. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2014, Compilación de Tratados Internacionales celebrados por México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- México. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 2014, Compilación de Tratados Internacionales celebrados por México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- México. Código Civil Federal, 2013.
- México. Código Federal de Procedimientos Civiles, 2013.
- México. Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, 2013.
- México. Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, 2013.
- México. Decreto que reforma y adiciona la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, 14 de junio de 2002. Diario Oficial de la Federación.
- España. Constitución Política de España.
- España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Artículos 292 a 297.
- España. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.
- España. Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHOS HUMANOS

Salvador Francisco RUIZ MEDRANO¹

I. INTRODUCCIÓN

Al momento de analizar el origen de la propiedad intelectual y a lo largo de la historia, se puede observar que existe y siempre ha existido la relación entre unos derechos por parte de los creadores / inventores que si bien no siempre fueron reconocidos por el Estado si se consideran que la parte de carácter moral que obtiene el creador/inventor sobre la obra, tal y como lo es la paternidad de la misma, es inherente a él, intransmisible, irrenunciable y en esencia mismo eterno, puesto que no importa cuánto siglos han transcurrido, el creador de la Gioconda, siempre será Leonardo Da Vinci.

Estas ideas de carácter dualista que reconocen dos tipos de derechos, patrimoniales, conocidos también como una suerte de monopolio de carácter temporal para que el creador/inventor pueda obtener una serie de ganancias económicas derivadas de la explotación de su obra/creación, y morales de los autores, que es la que en esencia misma abrió los debates en torno a considerar si este tipo de propiedad *especial/híbrida* era o no un Derecho Humano y merecía figurar esta esencia en la Declaración Universal de Derecho Humanos.

Así pues, surgió una importante inquietud al momento de la creación de la Declaración Universal de Derecho Humanos y los debates originados a partir de la redacción del artículo 27 de la misma Declaración. Es justamente el seguimiento histórico de este debate así como sus conclusiones lo que dan pauta a la presente investigación que pretende dar un poco de luz al porque se considera a la propiedad intelectual como un derecho humano.

¹ Doctor en Derecho Internacional Privado por la Universidad de Valencia, España, con especialidad en Propiedad Intelectual, Maestro en Derecho Internacional Privado y Licenciado en Derecho.

I. EL ACCESO A LA CULTURA COMO ELEMENTO *sine qua non* DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO UN DERECHO HUMANO

I.I. CONSIDERACIONES PREVIAS. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El estudio de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual resulta uno de los temas más polémicos y difíciles de la materia, razón por la cual no se ha llegado a una conclusión que satisfaga a todos, habiéndose formulado infinidad de teorías que varían de país en país y de época en época. Por tanto, la preocupación por determinar la naturaleza y el lugar que le corresponde a la propiedad intelectual dentro del Derecho privado aparece hacia el último tercio del siglo XIX, una vez que fue superada la etapa de los privilegios y el derecho de autor se encontraba ya implantado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

En este momento, en países como Francia, Portugal y España se optó por ahondar en el concepto de propiedad, dándole suficiente flexibilidad como para amparar las especialidades de la propiedad literaria. En Alemania, por el contrario, la doctrina decidió abandonar la idea de propiedad especial y buscó nuevas fórmulas para explicar la esencia del derecho de autor. Así surgieron dos nuevas tendencias, por un lado apareció una corriente doctrinal que consideró que el derecho de autor es un derecho patrimonial exclusivo sobre la obra, entendida como un bien inmaterial. Al mismo tiempo reconocía al creador una serie de prerrogativas morales que se reconducían a la categoría de los derechos de la personalidad. La facultad primaria y matriz de ese derecho sería la disposición de la obra, y a partir de ella se explicarían todos los demás elementos de su contenido, incluidos los de carácter personal y los de carácter patrimonial.²

Igualmente, podemos encontrar dos posiciones doctrinales muy generales que intentan explicar la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual. La primera pretende incluir a la propiedad intelectual en alguna de las estructuras del derecho romano³, y dejar toda tarea clasificadora en una

² De ROMÁN PÉREZ, R., "Naturaleza jurídica del derecho de autor", en Rigel Vide, C., *et al. Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, Madrid, Reus, 2005, pp. 19-20.

³ Respecto a este punto, conviene aclarar que es frecuente el empleo indistinto de los términos "propiedad" y "dominio" que, desde Roma y los glosadores han sido considerados como sinónimos. No obstante, la pureza del léxico jurídico impone reservar el vocablo "dominio", para el derecho real, que se aplica tan sólo a las cosas en el comercio; al paso que el sustantivo "propiedad" conviene a todo género derechos susceptibles de

actitud descriptiva que únicamente pretende captar y comprender los hechos que van surgiendo nuevos, tal y como ya se mencionó anteriormente. Una segunda posición señala a la propiedad intelectual como una serie de derechos privilegiados o simplemente como monopolios legales; es decir, se le encuadra en virtud de las características económicas que posee.⁴

El planteamiento propuesto por la doctrina al querer ubicar a la propiedad intelectual en las estructuras que se idearon en el derecho romano o en los conceptos generales del derecho resulta muy simple y hasta cierto punto útil para la mayoría de los juristas ya que permite ver sus fronteras en el universo jurídico y delimitarla. No obstante, se ha enmarcado a la propiedad intelectual en los conceptos más amplios posibles tal y como lo son “derechos reales”, “de obligaciones”, etc., sin darse la oportunidad a analizar el hecho de que se trata de una materia que necesita un tratamiento jurídico especial nuevo y reformado, que permita ampliar el espectro del entendimiento y análisis de la propiedad intelectual.

Así pues, la doctrina ha adoptado tres posiciones contrapuestas al respecto:

1) Para algunos, la propiedad intelectual es un bien jurídico de tipo personal perteneciente a la esfera “espiritual” del individuo (como el derecho al nombre, al honor, la propia imagen, etc.). Esta primera tesis suscita objeciones: los derechos de la personalidad, se dirá, protegen aspectos inseparables de la persona, mientras que la obra producto de la inteligencia asume una existencia separada de su autor; se trata, de algún modo, de un objeto perfectamente independiente que, además, puede ser cuantificable desde un aspecto económico; por consiguiente, no encaja exclusivamente en la órbita de los derechos de la personalidad.

2) Antitéticamente, para otros, el derecho de autor es un derecho patrimonial de carácter absoluto, y como tal se le encuadra en el círculo específico del derecho de propiedad. Esta afirmación será matizada por unos, calificando al derecho de autor de “propiedades especiales” o de “propiedad sobre los bienes inmateriales”, para distinguirlo así de los otros aspectos del derecho de propiedad; o “propiedad intelectual”.

apreciación pecuniaria, es decir, a los bienes. Véase. CORREA, M. C., y BERGEL, S., *Patentes y Competencia*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, Editores, 1996, p. 13.

⁴ Véase BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1993. pp. 375-376.

3) Por último, se abre una tercera vía, muy extendida, que distingue, en el derecho de autor, entre un derecho moral y otro patrimonial, constituido éste por la facultad exclusiva de disfrute de los beneficios económicos que la obra produzca a favor de su creador.⁵

Sin embargo, se ha de considerar, que ni el concepto, ni los alcances del derecho de propiedad se han mantenido intangibles; ni menos se le puede ocurrir a un jurista contemporáneo aplicar sin más a la materia de la propiedad intelectual principios referidos a la propiedad inmueble. Por tanto, se establece la necesidad de reconstruir un concepto que delimite y establezca los alcances del “derecho de propiedad” referido a las creaciones del espíritu.⁶

1.2. CONCEPTO DE CULTURA Y PROPIEDAD INTELECTUAL

La cultura y el acceso a la misma es la esencia de que la propiedad intelectual llegue a ser considerada un Derecho Humano, puesto que la propiedad intelectual es en si misma una creación de carácter cultural y al mismo tiempo su vehículo de promoción donde el Derecho reserva y reconoce una serie de prerrogativas al creador/inventor, puesto que hay que recordar que si bien la creación/inención puede tener diversos fines y utilidades, no menos cierto es que, el fin incuestionable de las obras/inenciones es el desarrollo de la humanidad en su conjunto, aumentar su acervo cultural y mejorar aquellos aspectos de carácter práctico ofreciendo soluciones novedosas que a su vez tuvieron su origen en anteriores ideas que fueron ordenadas, mejoradas y sistematizadas hasta crear una idea radicalmente diferente, elemento de novedad, necesario para su protección.

Sin embargo hay que preguntarnos primeramente que debemos de entender por cultura, así, en el Preámbulo de la Declaración adoptada por la Conferencia Mundial de Políticas Culturales hecha en México D.F. en 1982 a la letra señala: “...*el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan una sociedad o un grupo social. Ello engloba, además de las artes y de las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores*”.

De lo arriba señalado se puede mencionar, que si bien la manifestación de la cultura es una parte inherente al ser humano y por tanto su libre

⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J., *Una Nueva Sistematización Jurídica De Las Propiedades Especiales*, Madrid, Dykinson, 1990, pp. 57-58.

⁶ CORREA, M. C., y Bergel, S., *Patentes y...*, *Op. Cit.*, p. 17.

expresión un derecho del ser humano, también se ha de reconocer que la propiedad intelectual es el medio a través del cual la cultura se mueve y circula a través de los diversos elementos *mecánicos* de los que dispone la tecnología haciendo que la idea⁷ fluya hacia otras personas, por tanto son inseparables, puesto que siempre la idea necesitara un vehículo para su transmisión además de que la idea en sí misma no puede ser protegida por el Derecho, puesto que esta pertenece al llamado *corpus mysticum* del plano de existencia del hombre, por lo que la idea necesita de un cuerpo donde se encuentre plasmada para su protección por parte del Derecho.

Sin embargo cabe preguntarnos si debe existir o existe un límite del derecho de acceso a la cultura que puede infringir el derecho de los autores/creadores en cuestión de Derechos morales o patrimoniales, por lo que para dar una respuesta se debe de analizar cuáles son los principios para la protección de la propiedad intelectual.

I.3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Se suelen reconocer por parte de las legislaciones vigentes en el mundo, tres principios de carácter general y universal en materia de propiedad intelectual. Sin embargo, se ha de señalar la existencia de otro principio que es considerado de carácter complementario y que es reconocido, igualmente, en una gran parte de las legislaciones positivas en el mundo. Los tres principales son: el hecho de que el derecho de autor protege la creación de formas, el hecho que la forma deba de ser original, y la indiferencia del destino de las obras. Estos tres principios constituyen de alguna manera un derecho común de la propiedad intelectual, ya que son aceptados por todas o casi todas las legislaciones nacionales. El principio de carácter complementario es referente al registro como condición de protección, sin embargo, esto no ha sido reconocido por todas las legislaciones.⁸

Así pues, se ha de destacar a la forma y a la originalidad como la base del derecho de propiedad intelectual en las legislaciones actuales en el ámbito internacional, dichos conceptos pueden ser definidos de la siguiente manera:

⁷ Aquí se menciona el concepto de idea puesto que la cultura se compone de una serie de ideas interconexas entre si derivadas del deseo del ser humano de dar a conocer sus propias interpretaciones de la realidad que le rodea o bien dar a conocer nuevas formas de realizar un acto que ayude al hombre a alcanzar sus objetivos, metas o fines.

⁸ COLOMBET, C., *Grandes Principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el mundo*, Madrid, UNESCO/CINDOC, 1997. p. 9.

1) *Forma*. Por lo que respecta a la protección de la forma, el derecho de autor es una construcción jurídica destinada a proteger la creación de formas; una regla universal descansa sobre la distinción entre la forma y el contenido; la propiedad literaria y artísticas excluye las ideas de su campo de aplicación y sólo toma en cuenta la forma en que éstas expresan y se componen. A partir de este principio, el derecho de autor aprehende esta idea, desde el momento en que esta deja una huella tangible.⁹

2) *Originalidad*. En materia de la originalidad, esta se suele entender conforme a la doctrina francesa, en donde se considera a la originalidad la piedra angular en materia del derecho de autor, y que se opone a la novedad, que es un criterio fundamental de la propiedad industrial. La originalidad se puede apreciar subjetivamente de la siguiente forma: es la marca de la personalidad que resulta del esfuerzo creador, mientras que la novedad se mide objetivamente, puesto que se define como la ausencia de un homólogo anterior. Lo más común es que la novedad se compruebe a través de un depósito que probará la primacía de una creación respecto de otra. Aquí también, en el ámbito internacional, existen similitudes, ya que numerosos países se abstienen de mencionar expresamente este criterio de originalidad; incluso Francia en cuya doctrina -como se ha apuntado ya- se ha hecho particular hincapié sobre la necesidad de este concepto, no lo menciona más que en relación con la protección de los títulos, y la originalidad es sinónimo de mérito, lo cual es muy discutible.¹⁰

Igualmente, se puede señalar que uno de los requisitos de protección de una obra del ingenio es el de la creatividad. El concepto de creatividad va en conexión con la definición de creación, la cual supone la inexistencia de algo al que el hombre va a dar forma externa mediante una actividad intelectual¹¹ Igualmente, se ha de considerar que son las propias legislaciones las que exigen que las obras o creaciones del ingenio deban estar expresadas en cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. Por tanto, para que se dé el presupuesto de tutela jurídica a través del derecho de autor, es necesaria -en primera instancia- que la creación, al margen de la originalidad, salga de la mente de

⁹ COLOMBET, C., *Grandes principios de...*, *Op. Cit*, p. 9.

¹⁰ COLOMBET, C., *Grandes principios de...*, *Op. Cit*, p. 13.

¹¹ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *Derecho de autor: La facultad de decidir la divulgación*, Madrid, Civitas, 1993, p. 144.

su autor, es decir, se exteriorice o se exprese a través de cualquier forma o medio.¹²

Sin embargo, hay que dar respuesta a la cuestión de si la protección se reduce tan sólo a esa forma expresiva, o si, por el contrario, abarca las propias ideas que incorpora. Es decir, se trata de dilucidar si las ideas son protegidas una vez que se expresan o si, en cambio, lo protegible es únicamente la forma en la cual se manifiestan. A este respecto, la doctrina ha venido sosteniendo, de forma casi unánime, la no protección de las ideas con base en el principio de su libre utilización o circulación, tal y como ya se mencionó al principio de este trabajo.¹³

II. LA ESENCIA DEL DEBATE DEL ARTÍCULO 27 COMO BASE DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO UN DERECHO HUMANO

II.I RAZONAMIENTOS Y FUNDAMENTACIÓN

Resulta sumamente interesante ampliar lo ya antes dicho con relación a la observancia de la propiedad intelectual como un Derecho Humano, es decir, un derecho que resulta inherente al ser humano y que debe de reconocerse y protegerse en el ámbito internacional.

De tal manera, en los instrumentos internacionales fundamentales en materia de Derechos Humanos se han reconocido que los productos intelectuales poseen un valor intrínseco como expresión de la creatividad y dignidad humanas. En varios se menciona el derecho de los autores, creadores e inventores a cierta forma de reconocimiento y a que se beneficien de sus productos intelectuales.

Sin embargo, para que se hubiese llegado a esta conclusión que quedó reflejada en la Declaración Universal de Derecho Humanos fue necesaria una serie de arduos debates que se originaron en el seno de la ONU.

Según la reseña de Johannes Morsink de la historia de la redacción del Artículo 27 de la Declaración Universal, no hubo mucho desacuerdo con respecto a la noción del derecho de toda persona a disfrutar de los beneficios del progreso científico y a participar en la vida cultural. En cambio,

¹² VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A., *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Granada, Comares, 2000, p. 155.

¹³ *Ibidem*, pp. 167-168.

el debate sobre las cuestiones de propiedad intelectual suscitó mucha más polémica.

Así, las deliberaciones preliminares sobre la propiedad intelectual, presentadas por la delegación francesa, se centraron principalmente en dos cuestiones. La primera era el derecho moral de un autor a restringir las alteraciones y otros usos indebidos de la creación. La segunda era el derecho de los autores y creadores a una remuneración por su trabajo. Por otra parte, los miembros mexicanos y cubanos del comité de redacción de la Declaración Universal apoyados por la delegación francesa introdujeron la terminología sobre derechos de autor para armonizar la Declaración Universal con la Declaración Americana.¹⁴ El representante de México adujo que las Naciones Unidas necesitaban la autoridad moral para proteger todas las formas de trabajo, tanto intelectual como manual, a fin de salvaguardar la producción intelectual en las mismas condiciones que la propiedad material. De hecho en las disposiciones del proyecto de la Declaración Universal de Derechos Humanos se reconocía ya el derecho al trabajo.

La disposición sobre la propiedad intelectual fue rechazada en la Comisión de Derechos Humanos, pero aprobada en la Tercera Comisión. Sobrevivió a las críticas en el sentido que la propiedad intelectual no era un Derecho Humano fundamental propiamente dicho. También se alegó que la propiedad intelectual no necesitaba protección especial además de la que le conferían generalmente los derechos de propiedad (recogida ya en el Artículo 17 de la Declaración Universal), así como a las afirmaciones de otros miembros del comité de redacción de que la protección especial de la propiedad intelectual entrañaba una perspectiva elitista. Manifiestamente, los motivos de los que votaron a favor de la aprobación de la disposición sobre la propiedad intelectual eran muy diversos. Algunos votaron a favor de la disposición sobre la cuestión de los “*derechos morales*”. Otros trataban de apoyar los intentos de internacionalizar la legislación sobre el derecho de autor, a la que ya había dado un impulso el Convenio Internacional de Berna para la protección del derecho de autor, aprobado ese mismo año en una fecha anterior.¹⁵

La elevación del derecho de la propiedad intelectual a la categoría de un Derecho Humano, también se encuentra presente en el texto del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cultura-

¹⁴ Esta Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

¹⁵ CHAPMAN, A. R., “La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de

les que es muy similar al del Artículo 27 de la Declaración Universal. Al igual que ésta, tiene tres partes relativas al derecho a la cultura, el progreso científico y la propiedad intelectual. Sin embargo, el traslado de las tres disposiciones de la Declaración Universal no fue en absoluto automático. La Redacción del Pacto entrañó un animado debate sobre si debía incluirse la disposición sobre la propiedad intelectual.

El proyecto de Pacto sometido al duodécimo período de sesiones de la Tercera Comisión de la Asamblea General por la Comisión de Derechos Humanos en el otoño de 1957 carecía del texto de lo que pasaría a ser el apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15, en el que se reconocen los derechos de autores y creadores. En las deliberaciones iniciales hubo un fuerte apoyo a las disposiciones relativas al derecho a participar en la vida cultural y a disfrutar de los beneficios de los avances científicos, pero no la de los derechos del autor. La delegación francesa volvió a propiciar la inclusión de una disposición relativa a la propiedad intelectual. Sin embargo, la entonces U.R.S.S y los países del bloque del Este, en razón de sus intereses propios de su ideología y de la dinámica de la guerra fría, se opusieron firmemente a incorporar la disposición sobre propiedad intelectual, alegando que el derecho de los pueblos a beneficiarse de la ciencia no debía mezclarse con los derechos de propiedad.

A pesar de esto, los delegados de Uruguay y de Costa Rica copatrocinaron una enmienda que reinsertaba la disposición sobre la propiedad intelectual aduciendo para ello varias razones: en la Declaración Universal ya se reconocía ese derecho; incorporando la disposición se daría un nuevo impulso y más prestigio a la labor de la UNESCO en esta esfera; el derecho del autor y el derecho del público eran complementarios y no opuestos; y el respeto del derecho del autor garantizaría al público la autenticidad de las obras que se le presentaban. En su declaración, el delegado israelí fue aún más lejos. Dijo que “sería imposible alentar efectivamente el desarrollo cultural a menos que se protegieran los derechos de autores y científicos”. Al final, prosperaron los argumentos de quienes defendían el derecho de la propiedad intelectual. La votación final sobre la disposición fue de 39 votos a favor contra 9 y 24 abstenciones.¹⁶

Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Boletín de Derecho de Autor UNESCO*, julio-septiembre de 2001, pp.11-14.

¹⁶ CHAPMAN, A. R., “La propiedad intelectual como...”, *Op. Cit.*, pp. 11-14.

LAS CONCLUSIONES Y EL ASPECTO DE LOS ADPIC EN MATERIA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO UN DERECHO HUMANO

Esta crónica pone de manifiesto cuatro aspectos interesantes con relación a la pretensión de equiparar a la propiedad intelectual con un Derecho Humano:

- 1) El hecho de que las pretensiones de considerar la propiedad intelectual como un Derecho Humano fuesen relativamente débiles;
- 2) Los componentes del Artículo relativos a la propiedad intelectual se respaldaron principalmente por su carácter accesorio para la realización de otros derechos que se consideraba se apoyaban en una base moral más fuerte, así, los derechos de los autores y creadores no sólo eran buenos en sí, sino que se entendieron como condiciones previas esenciales de la libertad cultural y la participación y el acceso a los beneficios de los avances científicos;
- 3) Las consideraciones de Derechos Humanos imponen condiciones sobre la manera en que se protege a la propiedad intelectual, así, los derechos de autores y creadores deben facilitar en lugar de limitar la participación cultural, por una parte, y el progreso científico y el acceso a la ciencia, por otra;
- 4) Al momento del debate sobre las disposiciones relativas a la propiedad intelectual no se esbozaron los alcances y los límites de la propiedad intelectual; por tanto, las consideraciones a todos los niveles de la redacción se concentraron primordialmente en analizar si la eventual disposición relativa a la propiedad intelectual debería incluirse y no en su contenido y repercusiones.¹⁷

Finalmente y retomando la esencia del multicitado artículo 27 de la Declaración Universal, se ha de observar que en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹⁸ en su apartado c) del párrafo 1 de Artículo 15, se prescribe que los Estados Partes, que son los países que han ratificado este instrumento, reconocen el derecho de toda persona a

¹⁷ CHAPMAN, A. R., "La propiedad intelectual como...", *Op. Cit.*, pp. 11-14.

¹⁸ 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.

“beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”. Al igual que en la Declaración Universal, en otras partes del Artículo 15 se vincula esta obligación a los derechos a *“participar en la vida cultural”* y a *“gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”*. Para alcanzar esos objetivos, el Pacto impone a los Estados Partes una serie de medidas, entre ellas *“las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura”*. Los Estados Partes tienen también que *“respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora”*.¹⁹

Debido a la función central que desempeña la propiedad intelectual en casi todas las esferas de la vida económica, los tratados internacionales, los códigos y leyes nacionales, y las decisiones judiciales que se refieren a la propiedad intelectual pueden tener considerables repercusiones en la protección y promoción de los Derechos Humanos. Esto es particularmente cierto en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales enumerados en el Pacto. Por ese motivo, cuando diversos agentes económicos se precipitan a reivindicar derechos sobre obras creativas y formas de conocimiento, se vulneran los Derechos Humanos. Los creadores corren el peligro de perder el control de sus obras. Se restringe el libre intercambio de información, tan indispensable para el descubrimiento científico, y los recursos de dominio público, incluyendo el patrimonio cultural y biológico de los grupos, se privatizan.

Teniendo en cuenta que existen conflictos reales o potenciales entre la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó una resolución sobre este asunto en su período de sesiones de agosto de 2000. En la resolución se afirma que el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que corresponden a una persona por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que es autora es un Derecho Humano, con sujeción a las limitaciones en el interés del público. Y se declara: que habida cuenta que la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC no refleja adecuadamente el carácter fundamental y la indivisibilidad de los Derechos Humanos, inclusive el derecho de toda persona a disfrutar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación y el derecho

¹⁹ *Ibidem*, pp. 5-8.

a la libre determinación, existen contradicciones aparentes entre el régimen de derechos de propiedad intelectual consagrado en el Acuerdo sobre los ADPIC, por una parte, y el derecho internacional relativo a los Derechos Humanos.²⁰

Conclusiones

De lo que hasta este punto se dicho, puede resultar doloroso para algunas personas, pero se ha de reconocer que la bandera de la propiedad intelectual como un derecho humano de carácter fundamental se ha tornado opaca e incluso, para algunas poderosos medios, negro, con calavera y tibias cruzadas, puesto que en el discurso puede escucharse que este concepto es la justificación de la piratería, del abuso del derecho de copia privada, de no pagar impuestos, de matar nuestra industria “nacional”, etc.

Realmente se puede comprender que, si se eleva a la propiedad intelectual como un derecho humano, la protección de la esencia misma que esto representa que lo es el acceso a la cultura debiera ser irrestricto, pero hay que comprender que este acceso debe estar regulado por un derecho de la propiedad intelectual que proteja los derechos patrimoniales y morales de los creadores/inventores. Para esto se debe de acotar este libre acceso.

Sin embargo también por el otro lado también existen excesos por parte del Estado llegando a una autentica paranoia y sujeción del individuo a reglas que solo podrían clasificarse como de auténtico terrorismo, véase como ejemplo el caso SGAE en España, o sus nuevas reformas donde se pretende limitar el acceso al Internet del usuario que infrinja la Ley de Propiedad Intelectual.

Ambos extremos, son peligrosos y molestan al individuo de a pie que en la mayoría de los casos actúa de buena fe. Es necesario llegar a un punto de equilibrio que permita mantener un libre acceso a aquello que nos ha permitido evolucionar de una manera tan vertiginosa como especie, las ideas, pero que a su vez permita proteger los derechos de los creadores/inventores en su justa proporción. Esta tarea que pareciera titánica es uno de los objetivos del autor que modestamente se plantea como meta de vida.

²⁰ *Idem*, pp. 5-8.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

- ANGUITA VILLANUEVA, L., “Derechos Fundamentales y Propiedad Intelectual: El acceso a la Cultura” en RIGEL VIDE, C. *et al.*, *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, Madrid, Reus, 2005.
- BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1993.
- CHAPMAN, A. R., “La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Boletín de Derecho de Autor UNESCO*, julio-septiembre de 2001.
- COLOMBET, C., *Grandes Principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el mundo*, Madrid, UNESCO/CINDOC, 1997.
- CORREA, M. C., BERGEL, S., *Patentes y Competencia*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 1996.
- DE ROMÁN PÉREZ, R., “Naturaleza jurídica del derecho de autor”, en RIGEL VIDE, C., *Et al. Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, Madrid, Reus, 2005.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *Derecho de autor: La facultad de decidir la divulgación*, Madrid, Civitas, 1993
- RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J., *Una Nueva Sistematización Jurídica de las Propiedades Especiales*, Madrid, Dykinson, 1990.
- VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A., *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Granada, Comares, 2000.

COACCIÓN FÍSICA LEGÍTIMA Y COERCIÓN FISCAL COMO FUNDAMENTOS DEL ESTADO MODERNO, UN ENFOQUE SOCIOLOGICO Y JURÍDICO

Jean Eddy SAINT PAUL¹
Elizabeth ZAPATA AZPIR²
María Guadalupe MÁRQUEZ ALGARÁ³

En homenaje al Dr. Pedro López Ríos

I. INTRODUCCIÓN

El Estado moderno no siempre ha existido; y en tanto que creación social, su construcción obedece a un proceso histórico bien específico. Lo que *se conoce* en Occidente como el Estado moderno, es la resultante de un gran proceso de transformación transitada por muchas fases y etapas y que se ha venido institucionalizándose desde la primera modernidad (modernidad temprana o primera modernidad). De conformidad con este raciocinio, Antonio Azuela escribe: “Los Estados no se crean de una vez, y para siempre, sino que están sujetos a un proceso de (trans)formación. Sobre todo, los Estados no son sólo productos de pactos a los que pueden llegar

¹ Doctor en Ciencia Social con especialidad en Sociología por El Colegio de México. Núcleo Académico Básico (NAB) del Doctorado Interinstitucional en Derecho (DID) y del Doctorado en Estudios Jurídicos, Políticos y de Gobierno, es –desde enero de 2010– Profesor de Carrera de la División de Derecho, Política y Gobierno del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato.

² Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Tiene una especialidad en Derecho Fiscal por la Universidad Autónoma de Aguascalientes donde realizó estudios de Maestría en Derecho, doctorando en el Doctorado Interinstitucional en Derecho (DID) en la Universidad de Guanajuato, campus Guanajuato, generación 2012-2015. Ha sido docente en varias universidades (Cuauhtémoc, campus Aguascalientes; Universidad del Valle de México (UVM), campus Aguascalientes).

³ Licenciada en Derecho, maestra en Derecho y Administración Pública por la Universidad Nacional Autónoma de México

actores relevantes en momentos estelares (como el de la aprobación de una constitución)".⁴

Existen dos grandes criterios que son *conditio sine qua non* para hablar de la construcción de cualquier Estado moderno: el monopolio de la violencia física legítima, la capacidad y competencia en materia de fiscalización. Respecto al primer elemento es bastante conocida la idea de Max Weber quien sostiene que una de las funciones primordiales del Estado moderno consiste en brindar la seguridad física a sus ciudadanos tanto en el plano interno como en el ámbito externo. En uno de sus más citados ensayos sociológicos: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Max Weber escribe que: "de una manera general, el "Estado" se define como una institución política poseedora de una Constitución" escrita. Un derecho racionalmente establecido y una administración orientada por reglas racionales o "leyes" [y] de funcionarios competentes.⁵

En conformidad con este raciocinio, Weber aseveraba que: "sociológicamente se puede definir el Estado como aquella comunidad o asociación política que, dentro de un determinado territorio reclama con éxito para sí el monopolio de la violencia física legítima". Y de acuerdo con el sociólogo de Heidelberg, el Estado es la única fuente del "derecho" a la violencia ya que es el único patentado para la institucionalización de las normas.⁶ Es decir, el Estado funciona como una supra esfera autónoma y que se diferencia institucionalmente de los ámbitos religiosos y dinásticos y, pues, como el poder supremo y/o soberano en un territorio delimitado y soberano, recordando a Benedict Anderson.⁷

Weber era de la creencia de que el buen funcionamiento del Estado y para fines de legitimación política, cualquier Estado funcional, estructural-

⁴ AZUELA, Antonio, "Prólogo", en Jean-François Bayart, *África en el espejo. Colonización, criminalidad y Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 11.

⁵ D'une façon générale, l' "État", défini comme une institution politique ayant une « constitution » écrite, un droit rationnellement et une administration orientée par des règles rationnelles ou « lois », des fonctionnaires compétents, n'est attesté qu'en Occident avec cet ensemble de caractéristiques, WEBER, Max, *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme, suivi de Les sectes protestantes et l'esprit du capitalisme*, 2a. ed. corregida, París, Plon, 1967, p. 11, Coll. Agora.

⁶ WEBER, Max, *El Político y el científico*, México, Colofón, 2005; Keane, John, "Ensayo 2, El Legado de Max Weber", en John Keane, *La vida pública y el capitalismo tardío. Hacia una teoría socialista de la democracia*, Patria, México, 1992; Rabotnikof, Nora, *Max Weber: desencanto, política y democracia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1989, Coll. Filosofía Contemporánea.

⁷ Salazar Carrión, Luis, *Para pensar la política*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, 2004, p. 9-37.

mente diferenciado y dotado de poderes infraestructurales se fundamenta en una coacción normativa al recurrir a la movilización de la fuerza bruta.⁸

Por su parte, el sociólogo Norbert Elias quien ha leído y citado a Weber ha trabajado también la cuestión del monopolio de la violencia por parte del Estado y además ha enfatizado en el tema de la fiscalización como elemento integrante de la *estructura de la personalidad* jurídica del Estado moderno, en su constante proceso civilizatorio.⁹ Asimismo, disertando sobre la sociogénesis del Estado, Elias desarrolla la idea de que “la técnica militar, financiera y la disciplina fiscal”¹⁰ han participado siempre en la configuración histórica de la “gubernamentalidad”¹¹ del Estado, desde los regímenes monárquicos hasta los poderes liberales más contemporáneos.

Este artículo es una contribución cuyo valor consiste en hacer inteligible la idea de cómo el monopolio de la violencia física debe de irse de la mano con el de la coacción fiscal para construir en México un Estado dotado de poderes infraestructurales, sobre todo en un contexto sociopolítico, donde los científicos sociales se han metido a las discusiones teóricas y empíricas en torno a nociones como: Estado fallido,¹² el fomento de la cultura de la

⁸ WEBER, Max, *Économie et société / 2. L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, París, Pocket, 1995, p. 11-49.

⁹ ELIAS, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

¹⁰ ELIAS, Norbert, *La dynamique de l'Occident*, trad. de Pierre Kamnitzer, París, Calmann-Lévy, 1975.

¹¹ Al evocar la noción de “gubernamentalidad”, nos inscribimos en la perspectiva analítica de la microfísica del poder de Michel Foucault que plantea “el arte de gobernar como un complejo de relaciones de poder, un poder circular y reticular configurado alrededor de relaciones polimorfos en las cuales se evidencian procedimientos, análisis, reflexiones, tácticas y técnicas de dominación de sí mismo y dominación que se dan en distintos espacios de una misma sociedad”, véase BARRET-KRIEGLER, Blandine, “Michel Foucault et l'État de police”, en *Michel Foucault Philosophe, Rencontre internationale Paris 9, 10, 11 janvier 1988*, París, Seuil, 1989; Bayart, Jean-François, *Le gouvernement du monde: une critique politique de la globalisation*, París, Fayard, 2004.

¹² Existen varios académicos que se han metido en las discusiones en torno a si México es o no es un Estado fallido. Estas discusiones se han dado tanto en el marco de estrategias políticas nacionales, como el combate al narcotráfico plasmado en el Plan de Desarrollo Nacional (PND), 2007-2012 durante el sexenio de Felipe Calderón Hinojosa como en el marco de cuestiones coyunturales como la captura de Joaquín Guzmán Loera popularizado como el “Chapo Guzmán”. Sobre las controversias y los desacuerdos de los académicos en torno a esta adjetivación del Estado mexicano, véase Encino, Froylán, “Los fracasos del chantaje. Régimen de prohibición de drogas y narcotráfico”, en Arturo Alvarado y Mónica Serrano (coords.), *Seguridad nacional y seguridad interior*, tomo XV, Los grandes problemas, México, El Colegio de México, 2010, p. 62-101; Méndez, José Luis, “Introducción general”, en José Luis MENDÉZ (coord.), *Políticas Públicas*, tomo XIII. Los grandes problemas, México, El Colegio de México, 2010.

legalidad, “transparencia y *accountability*”,¹³ la ciudadanía jurídica, la profesionalización de la administración pública y del servicio civil de carrera, la fiscalización del gasto público, así también la coacción física y psíquica como formas de ‘control social’ que hacen parte de la dominación simbólica del Estado.

Además, este trabajo de investigación pretende hacer el enlace entre la sociología (específicamente la teoría sociológica y la sociología del derecho) y la ciencia jurídica (derecho fiscal y administración de la justicia) al proporcionar una novedosa interpretación del concepto de Estado moderno que resultará útil para los profesionistas y estudiantes del derecho y buscará suscitar en ellos el interés de acercarse más a la lectura de los teóricos clásicos de la teoría sociológica, de la ‘sociología fiscal’¹⁴ y de la sociología del derecho.

Cabe resaltar que la pretensión del artículo va más allá de lo teórico en la medida en que los autores parten de las premisas teóricas para analizar un problema empírico: “la administración de la justicia fiscal en México en la época contemporánea”, tema fundamentado en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) que estipula que:

Los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

¿En México, la administración de los recursos públicos se da de manera eficiente, eficaz y transparente?, es una de las preguntas empíricas que trataremos de responder a la luz del sustento analítico de la teoría sociológica.

Finalmente, *en último lugar aunque no menos importante*, esta investigación es una forma de honrar la trayectoria académica del profesor Pedro López Ríos, uno de los primeros guanajuatenses en especializarse en el

¹³ MERINO, Mauricio, “Transparencia y rendición de cuentas”, conferencia pronunciada el 14 de junio de 2013 en la sala del Consejo Universitario de la Universidad de Guanajuato, Guanajuato.

¹⁴ La sociología fiscal como subcampo disciplinario de la sociología ha sido el objeto de reflexiones de destacados científicos sociales como Joseph Schumpeter y Daniel Bell, quien en su conocido libro *Las contradicciones culturales del capitalismo* consagra todo un capítulo al tratamiento de esta cuestión. Véase Bell, Daniel, *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Madrid, Alianza editorial, 2006, p. 209-264.

derecho fiscal. Más allá de la calidad humana y de la trayectoria académica del Dr. López Ríos, le queremos homenajear con este trabajo por el hecho de que fue una pieza clave en el Doctorado Interinstitucional en Derecho (DID) y nos ha brindado (profesores y estudiantes de la Generación 2012-2015) invaluable asesorías en materia del derecho fiscal, administrativo y de la administración de la justicia tributaria, en el marco de una tesis de doctorado en curso.

Hemos dividido la investigación en dos partes, en la primera tratamos de esclarecer o explicitar lo que es el monopolio de la violencia legítima y dejar claro su importancia para dar seguridad jurídica, política y social a los individuos-ciudadanos. Por lo tanto, uno de los grandes argumentos que desarrollaremos puede ser estipulado, más o menos así: “Inscribiéndonos en la dominación legal-racional de Max Weber es inconcebible pensar el Estado moderno (por supuesto el mexicano) como el patrimonio de una “oligarquía”¹⁵ económica que decide cuándo y cómo cumplir con sus obligaciones fiscales. El Estado tiene una dimensión comunitaria que rebasa toda actitud solipsista y por lo que no puede ser la propiedad personal e individual de nadie”. Como derivación lógica del anterior argumento en la segunda parte del artículo analizaremos desde una perspectiva jurídica el tema de la seguridad fiscal como herramienta para encaminar hacia la construcción de la justicia, *conditio sine qua non* podrá construirse en México un Estado funcional puesto al servicio de la ciudadanía.

II. UNA NUEVA INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA EN TORNO AL ESTADO MODERNO: DE LA PREMODERNIDAD A LA MODERNIDAD

2.1 ESTADO MODERNO COMO COMUNIDAD POLÍTICA INSTITUCIONALIZADA

Como hemos asentado en líneas anteriores, el Estado moderno, en la historia universal, fue precedido por diferentes prototipos de Estados conocidos como premodernos que generalmente han operado con base en una dominación de tipo tradicional. Es decir, una forma de dominación en la

¹⁵ Al hablar de “oligarquía”, en primer lugar, seguimos al sociólogo francés François Bourricaut citado por Alain Touraine quien en *La parole et le sang* expresa la idea de que la oligarquía, por lo general, alude a un grupo de individuos –un número restringido de familias– que funciona conforme con una lógica de clan y cuya motivación fundamental gira alrededor de las ganancias que pueden sacar de sus mercancías, TOURAINE, Alain, *La parole et le sang: société et politique en Amérique Latine*, París, Odile Jacob, 1988, 74. Amén de eso, un régimen político oligárquico se caracteriza por ser altamente desigual, ya que los resortes del poder económico están concentrados en poquitas manos. Lo que hace del oligarquismo un modelo bastante excluyente.

que la legitimidad del régimen político descansa fundamentalmente en la santidad de ordenaciones y poderes. Los conceptos de “esclavos” y de “sier-vos” cobran gran relevancia. El administrador (que podremos concebir en la actualidad como funcionario público) no tenía derecho propio sobre su cargo. Los medios materiales de la administración se aplicaban en nombre y por cuenta del un señor patrimonial y tampoco se evidenciaba garantías (provisiones jurídicas) contra los límites de su arbitrariedad. Por lo que estábamos en presencia de una administración totalmente heterónoma y heterocéfala.¹⁶

Asimismo, la historia universal, recordando a Weber, está repleta de ejemplos de Estados premodernos que han existido desde los tiempos inmemoriales hasta el medioevo, por lo menos. Mesoamérica, Noreste de África, Europa y Asia antigua fueron los principales continentes que experimentaron esta forma de dominación.¹⁷

2.2. DEL PACTO DE SUJECCIÓN HOBBSIANO COMO METÁFORA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO MODERNO EN TANTO QUE GUARDIÁN DE LA LEGITIMIDAD

Uno de los grandes argumentos que desarrollaremos en este apartado tiene que ver con el hecho de que los estudiosos de la Administración de la Justicia, los sociólogos y juristas interesados en la cuestión de orden, de la justicia fiscal en México no pueden perder de vista la filosofía política de Thomas Hobbes, uno de los grandes pensadores de la “teoría moderna del Estado moderno”, científico social que creía que la salvación de los hombres está intrínsecamente vinculada con la existencia del Estado, en la medida en que se trata de la entidad que se encarga de determinar las reglas y las normas de toda índole que posibilitarán la supervivencia entre los individuos.¹⁸

Basándose en la teoría de la soberanía elaborada por Jean Bodin, Hobbes con el objetivo de superar la teoría bodina, se dio la tarea de teorizar o

¹⁶ WEBER, Max, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 709; Zabludovsky Kyper, Gina, *La dominación patrimonial en la obra de Max Weber*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Fondo de Cultura Económica (FCE), 1989.

¹⁷ Para detalles acerca de los ejemplos concretos, véase WEBER, Max, *Economía y Sociedad, Op.Cit.* p. 711, 753 y ss.

¹⁸ MACHÉREY, Pierre, “Pour une histoire naturelle des normes”, en CENTRE MICHEL FOUCAULT, *Michel Foucault Philosophe, Rencontre internationale Paris 9, 10, 11 janvier 1988*, París, Seuil, 1989, p. 219; Serrano Gómez, Enrique, *Filosofía del conflicto político: necesidad y contingencia del orden social*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2001,

más bien disertar sobre los mecanismos adecuados para la creación de una entidad moderna con capacidad de brindar la seguridad y de procurar la justicia (social, fiscal y de otro tipo) a los individuos. Cabe recordar que de acuerdo con el planteamiento de Bodin, existe Estado o República si, de antemano se evidencia la puesta en marcha de un derecho gubernamental (orden jurídico) y una autoridad definida por la autoridad¹⁹. Pero, ¿De dónde Hobbes sacó su material empírico para construir su teoría acerca del Estado moderno?, ¿Cómo se construye el susodicho Estado?, ¿Cuáles son sus alcances y limitaciones para pensar la cuestión de la administración de la justicia fiscal que nos interesa?

La teoría del Estado de Hobbes mediante la cual analiza “empíricamente el comportamiento político”²⁰ proviene tanto del conocimiento universal que tenía el autor como de las realidades vivenciadas por sus contemporáneos así como sus propias vivencias.

Vale recordar que la Inglaterra de Hobbes –verdadero laboratorio de disputa de la supremacía entre facciones políticas–²¹ era un país sacudido por guerras civiles y disturbios políticos, en la era de los Tudor,²² que amenazaba con llevar al país al borde del caos.²³ Así que es pertinente la reflexión de Jacob Peter Mayer quien hace observar que:

[E]l problema al que tenía que hacer frente Thomas Hobbes –que vivió en medio de las convulsiones de la Guerra Civil y del Protectorado, para acabar viendo otro vez en el trono a un Estuardo –, era el de conciliar esos motivos en un orden social estable.²⁴

Asimismo, ante esta situación de inestabilidad, de pasión desmesurada y de rapacidad, Hobbes creía que era imperativo buscar la manera de ra-

p. 242; HERMET, Guy, “Populistas, republicanos y demócratas”, en Jean-François Prud’homme (comp.), *Demócratas, liberales y republicanos*, México, El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, 2000, p. 196.

¹⁹ Léase BODINO, Jean, *Los seis libros de la república*, Madrid, Aguilar, 1973.

²⁰ BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 80. como sus propias vivencias. dades vivenciadas por sus contempor ste Estado o Repacis y las normas de toda

²¹ WOLIN, Sheldon S., *Política y perspectiva: continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, Buenos Aires, Amorrortu, 1993, p. 259-260..

²² SÁNCHEZ SARTO, Manuel, “Prefacio”, en Hobbes, Thomas, *Leviatán o La Materia, Forma y Poder de una República, Eclesiástica y Civil*, México, Fondo de Cultura Económica (FCE), 1982, p., XIV.

²³ WOLIN, Sheldon S., *Op.cit.*, p. 261.

²⁴ MAYER, Jacob Peter, *Trayectoria del pensamiento político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 126.

cionalizar el comportamiento sociopolítico de los hombres, a través de la construcción de una comunidad política derivada de un pacto de sujeción.

2.3. DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CREACIÓN DEL ESTADO MODERNO, DE HOBBS A WEBER

Como ya dejemos constancia, la preocupación por el orden fue la gran preocupación empírica de Hobbes, conocido también como el gran teórico de la monarquía absoluta. Hobbes consideraba al ser humano como alguien completamente egoísta que busca individualmente la satisfacción de su bienestar material y social en detrimento del de su prójimo. Fue esta concepción que le llevó a popularizar la locución latina *Homo homini lupus* del comediógrafo latino Tito Marcio Plauto. Hobbes parte de la idea de que, en el estado de naturaleza, el individuo fue un ser violento, egoísta y conflictivo; vivió, de manera persistente, en un estado de pasión destructiva y fue animado por un verdadero instinto de muerte. Para poder salir de este peligro moral anárquico, era necesario instaurar un orden institucional capaz de superar los inconvenientes y los conflictos generados por este permanente estado de guerra de todos contra todos. Desde esta óptica, el Estado se reveló como una necesidad para determinar las reglas y las normas que posibilitaran la supervivencia entre los individuos.²⁵

La creación del Estado moderno, justamente, viene de un *pacto de sujeción*. Los individuos, con el propósito de protegerse, al elegir a un Leviatán, transfieren sus derechos a un gobierno soberano al cual ellos se someten. Desde la perspectiva hobbesiana, el Leviatán gobierna a los hombres y los limita en sus actuaciones, recurriendo —cuando ha sido necesario— al uso de la fuerza coercitiva que Weber denomina la “violencia legítima”.

2.4. DE LA SUPERACIÓN DE LA TEORÍA HOBBSIANA EN LA SOCIOLOGÍA DE DOMINACIÓN DE MAX WEBER

Weber enfoca el Estado moderno como un centro político único y legítimo (guardián de la legitimidad), que recurre al uso de la fuerza física a modo

²⁵ MACHEREY, Pierre, “Pour une histoire naturelle des normes”, en CENTRE MICHEL FOUCAULT, *Michel Foucault Philosophe, Rencontre internationale Paris 9, 10, 11 janvier 1988*, París, Seuil, 1989, p. 219; Serrano Gómez, Enrique, *Filosofía del conflicto político: necesidad y contingencia del orden social*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2001, p. 242; Hermet, Guy, “Populistas, republicanos y demócratas”, en Jean-François Prud’homme (comp.), *Demócratas, liberales y republicanos*, México, El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, 2000, p. 196.

de controlar el territorio y proteger a su población tanto en el plano interno como en el ámbito externo.²⁶ Este Estado se compromete en asegurar la protección de los individuos y en procurar los servicios necesarios,²⁷ mientras que los sujetos tienen que cumplir cara a cara de los agentes —es decir los que hablan en el nombre del Estado— una serie de obligaciones de toda índole, incorporando las cuestiones fiscales y tributarias.

Para ejercer su dominación, el Estado requiere una personalidad jurídica por una parte, y necesita ser apto para monopolizar y ejercer la fuerza física, por la otra. No se trata únicamente de una entidad jurídica abstracta, suspendida en el aire,²⁸ sino más bien es una entidad que se materializa en la creación y en la administración de instituciones político-burocráticas gobernadas por individuos de carne y hueso capaces de velar por la aplicación empírica de las normas. Conceptualizado así, Weber define el Estado en estos términos:

“Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado “territorio” reclama con éxito para sí el monopolio de la violencia física legítima”. Es la única fuente del “derecho” a la violencia... El Estado moderno es una asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado, con éxito de monopolizar dentro de un territorio la violencia física legítima como medio de dominación y que, a este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de su dirigente y ha expropiado a todos los funcionarios estamentales que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas”.²⁹

III. DE LA IMPORTANCIA DE LAS INSTITUCIONES A LA CREACIÓN DEL ESTADO MODERNO

Dentro de un territorio dado, el Estado, dotado de un poder constituyente, tiene a su servicio toda una compleja y/o sofisticada burocracia administrativa, llega a monopolizar los medios materiales de la organización (la violencia, la ley y la administración). Las “instituciones”, en este caso, cons-

²⁶ Véase ROUQUIÉ, Alain, *Amérique latine: introduction à l'extrême-occident*, París, Seuil, 1987, p. 232.

²⁷ MANN, Michael, “El poder autónomo del Estado: sus orígenes, mecanismos y resultados”, en Michael Mann y Chris Wickham, *La autonomía relativa del Estado*, San José, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 1993.

²⁸ SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Grupo Patria Cultural, 2000, p. 36.

²⁹ WEBER, Max, *El político y el científico*, Introducción de Raymond Aron, trad. de Francisco Rubio Llorente, 17a. ed., Madrid, Alianza editorial, 1997, p. 83-84 y 92.

tituyen la esencia y las matrices del Estado. Pero desde el punto de vista sociológico el Estado es a la vez una ficción y una realidad. Estamos de cara a una ficción en la medida en que no deja ver y tocar como lo podemos hacer con un sujeto corpóreo, ya que ésta existe a través de las condensaciones de las relaciones establecidas entre los hombres y mujeres dentro y fuera de espacios institucionales y extra-institucionales. De esta manera es aceptable la visión de Giovanni Sartori que enfoca el Estado como una entidad jurídica abstracta. Empero, estamos en presencia también de una realidad concreta. El Estado, sí, puede ser visualizado a través de lo que hacen los agentes dentro de las instituciones. Aquí, merece apuntar que al hablar de institución, no estamos pensando en la definición de los socialistas Sidney Webb y Béatrice Webb quien en su texto *Methods of Social Study* (1932) conciben la noción de institución como “una entidad incorpórea e inmaterial, que no puede ser vista, oída, saboreada ni tocada en su totalidad”,³⁰ sino más bien, al hablar de institución, seguimos a José Nun quien enfoca la institución como la puesta en acto de un principio, de un conjunto de valores normativos con base en los cuales se procede, pues, a la socialización, así como al involucramiento de un conglomerado de actores que se dedican a laborar en pro del cumplimiento de las funciones y metas previamente planteadas.³¹ Entonces, las instituciones, aquí, pueden ser enfocadas como entidades de materialización y de encarnación del Estado. Y, por lo tanto, “se puede evaluar, como razonaba Michael Mann, al Estado a partir de lo que parece institucionalmente”.³²

En términos funcionales, las instituciones son reglamentadas por un conjunto de normas; involucran a actores (hombres y mujeres) que dotan de sentido a las estructuras de toda índole. En tanto que espacios de interacción, las instituciones son percibidas como mecanismos de elaboración de decisiones de toda índole. Son campos favorables a la negociación, a la integración, a la mediación, al procesamiento de los conflictos, al equilibrio de intereses (mecanismos de contrapoder), y a la búsqueda de herramien-

³⁰ REX, John, *Problemas fundamentales de la teoría sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1985, p. 52.

³¹ NUN, José, “Estado y ciudadanía”, en PNUD, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y de ciudadanos. El debate conceptual sobre la democracia*, Buenos Aires, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2004, p. 164.

³² MANN, *Op.Cit.*

tas propicias a la armonización de las relaciones entre los diferentes sectores de la población.³³

Lo anterior permite sostener que el Estado moderno, sobre el cual estamos disertando, no es algo conformado de manera unidimensional a partir de estructuras preestablecidas, sino más bien se negocia, se renegocia, se construye en el espacio y el tiempo mediante un proceso relacional. En consecuencia, se trata de un espacio de articulación de relaciones. Desde esta óptica, Marcel Gauchet asevera que:

El Estado es la sociedad de los hombres entre sí mismos. Pues, para unirse los hombres no necesitan ni de revelación, ni mucho menos de socorro sobrenatural; basto que ellos consultan sus intereses, sus aficciones, sus fuerzas, sus diversas relaciones con sus semejantes; no necesitan más que de ellos mismos.³⁴

3.1. ESTADISTAS COMO ADMINISTRADORES DEL ESTADO MODERNO

Lo precedente capacita para entender que al Estado no le urgen grandes iluminados enviados por Dios, tampoco requiere de sujetos que se creen héroes-salvadores de la nación. Llanamente necesita de buenos estadistas con capacidad para administrar la *res pública* y enfrentarse cotidianamente con los problemas reales de la sociedad. En este sentido, la creación y/o la construcción del Estado resulta de las relaciones sociales de los grupos de individuos en interacción mutua que luchan por la consecución de objetivos colectivos en diferentes campos de la vida social.³⁵

Asimismo, el Estado como lo ha percibido Weber, no es una estructura rígida, sino más bien es una estructura fluida y porosa. El sociólogo de Heidelberg había dado cuenta de esta realidad, ya que en su sociología de

³³ Véase TOURAINE, Alain, *Production de la société*, París, Seuil, 1979; Cornelius CASTORIADIS citado por Bobes, Cecilia, *Los laberintos de la imaginación: repertorio simbólico, identidades y actores del cambio social en Cuba*, México, El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, 2000; Van Campenhoudt, Luc, *Introduction à l'analyse des phénomènes sociaux*, París, Dunod, 2001.

³⁴ Gauchet, Marcel, *La religion dans la démocratie: parcours de la laïcité*, París, Gallimard, 1998, p. 62.

³⁵ HOUTART, François dir., *Défis de la mondialisation pour le Sud*, Louvain-la-Neuve, Centre Tricontinental Louvain La Neuve, 1995.

la dominación decía que “no hay que olvidar que en la realidad de la vida, todo es fluctuante”.³⁶

Nos hemos empeñado a esta síntesis (politológica, jurídica y sociológica) del Estado con el ánimo de advertir de la necesidad de pensar el Estado moderno en México, plantear la problemática de la administración de la justicia fiscal, bajo el ángulo de las relaciones que los agentes estatales entretengan entre sí por una parte, así como de las relaciones establecidas entre los agentes estatales y el conjunto de la población, por la otra.

Las formas de relaciones que se entretengan entre los poderosos grupos sociales, políticos y económicos determinan el tipo de Estado que se va a configurar en una sociedad dada y, de igual modo, influirá en la fuerza o en la debilidad de ese Estado para ejercer cabalmente el monopolio de la violencia legítima y para competir en el concierto de las naciones.

Para Weber, el fin de la política basada en la ética de la responsabilidad es permitir al Estado-nación, a nivel internacional, competir eficientemente con las demás naciones. Tener una posición privilegiada en el concierto de las naciones poderosas y, a nivel federal, nacional y local; tener suficientemente capacidades y condiciones para asegurar la seguridad de los individuos-ciudadanos. Siguiendo a Bertrand Badie y Guy Hermet, “*El Estado occidental ha arrastrado su marca del pacto de seguridad en función del cual ha podido reivindicar con éxito, como lo anotaba Weber, el monopolio de la violencia legítima. Al pretender, en un contexto de inseguridad, confiscar la libertad política de los individuos, asegurándoles, en contrapartida, su seguridad. Ese postulado quiere que el individuo busque protección cerca de una empresa política en vez de su comunidad de origen [...]*”³⁷. Aquí, cuando hablamos de “seguridad”, por supuesto, estamos aludiendo en “la dominación coercitiva autoritaria, apoyada en un monopolio de los medios de la violencia física que sirve para que las relaciones políticas irradian del centro a la periferia”.³⁸

Como ya lo hemos mencionado, esta capacidad física es uno de los componentes de la matriz del Estado en Weber. No obstante, no estamos ocupando la noción de “seguridad” sólo en el sentido de la cruda fuerza política basada en la violencia física. De igual modo, la seguridad se relaciona con la credibilidad del Estado, es decir, con su capacidad para asegurar de

³⁶ WEBER, Max, *Economía y sociedad...*, *Op.Cit.*, p. 700.

³⁷ BADIE, Bertrand; HERMET, Guy, *La politique comparée*, París, Armand Colin, 2001, p. 170.

³⁸ MANN, Michael, *Op.Cit.*, p. 12-13.

manera efectiva la protección del ciudadano y de disponer, a este fin, de recursos suficientes.³⁹

Finalmente, se trata de un Estado que, ante los individuos, sea capaz de ejercer una función de regulación, de equilibración de los intereses, de servir como espacio de decisiones sobre causas públicas internas.⁴⁰

IV. LA COACCIÓN FISCAL COMO MEDIO PARA EL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DEL ESTADO MODERNO

Después del precedente minucioso abordaje conceptual de la dimensión histórica-sociológica del Estado moderno, resta ahora estudiar el otro componente que participa en la constitución de su armazón institucional: nos referimos a la coerción fiscal, tema del cual nos ocupamos con detenimiento.

Como comunidad social, el Estado se compone –según la teoría tradicional del Estado– de tres elementos: la población del Estado, el territorio estatal y el llamado poder estatal, ejercido por el gobierno estatal independiente. Estos tres elementos, sólo pueden ser determinados jurídicamente, es decir, sólo pueden ser entendidos como la validez y los dominios de validez de un orden jurídico.⁴¹

En el estado moderno, existen diversas formas de gobierno, entre las cuales podemos observar formas autoritarias, totalitarias y democráticas, entre otras. De acuerdo al pensamiento de Max Weber, el estado moderno posee monopolio legítimo de la fuerza, el dominio que tiene hacia los demás finca la característica de su existencia.

La soberanía popular es parte del Estado moderno; un complemento para que exista un poder que fortalece al Estado y a sus instituciones dando respeto a su territorio. En un sistema federal como el que existe actualmente en México, los recursos públicos de la Federación se encuentran fiscalizados mediante evaluaciones en su desempeño e indicadores reales, cuyo propósito es lograr la calidad de los ejecutores del gasto para

³⁹ Badie y Hermet, *Op.Cit.*

⁴⁰ SALMAN, Ton, 2002, “Ciudadanía, entre Pluralidad y Universalidad; consideraciones conceptuales en torno a la actualidad de un fenómeno”, en Calderón Mólgora, Marco A. *et al.* (eds.), *Ciudadanía, Cultura política y Reforma del Estado en América Latina*, Zamora, El Colegio de Michoacán, p. 129.

⁴¹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 292.

que impacte en sus presupuestos. La sociedad demanda a los gobernantes la transparencia del gasto y su efectiva ejecución, así como la rendición de cuentas; con estos elementos podrá ser un gobierno democrático. Las funciones de la autoridad deben ser proporcionales a los beneficios que ofrece, la participación ciudadana en el sector público es indispensable para el estado moderno democrático.

El artículo 134 de la CPEUM establece como obligación a la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político administrativos de sus demarcaciones, de administrar los recursos económicos de que disponen con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, para lo cual están evaluados por instancias técnicas con la finalidad de que sean asignados en sus presupuestos. Asimismo, a manera de transparentar las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, las autoridades tienen la obligación de hacerlas mediante licitaciones públicas previas convocatorias. Por otra parte, la vigilancia de la aplicación de recursos públicos de la Federación, está sujeta a evaluaciones conforme a la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria que establece los métodos de evaluación y recomendaciones derivadas de la misma y que dan resultados que sirven de apoyo para la programación, presupuesto y ejercicio de los recursos.

4.1. HACIA UNA DEFINICIÓN OPERACIONAL DE COACCIÓN FISCAL

El gobierno abierto puede ser entendido como una plataforma para ejercer un nuevo tipo de gobernanza (abierta) que sustentada en los principios de la transparencia, participación y colaboración, tal como fue señalado durante el XVII Congreso internacional sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública (CLAD) que se llevó a cabo en Cartagena de las Indias en Colombia.

El CLAD sitúa a las personas en el epicentro de la acción política y actúa como vía catalizadora del vínculo entre gobernantes y ciudadanos en un contexto donde la confianza y la relación son fundamentales, y cuya materialización se expresa a través del acceso a la información pública y datos abiertos, prácticas que permiten la ampliación de los espacios para la participación y emergentes dinámicas de colaboración entre los distintos actores en vías de generar valor público, valor social y bienestar colectivo.⁴²

⁴² RAMÍREZ ALUJAS, Álvaro Vicente, *Gobierno abierto: ¿las nuevas ropas del emperador? Las luces y sombras en su definición y operacionalización en el marco de la alianza*

COACCIÓN FÍSICA LEGÍTIMA Y COERCIÓN FISCAL COMO
FUNDAMENTOS DEL ESTADO MODERNO, UN ENFOQUE
SOCIOLÓGICO Y JURÍDICO

Componente	Tipos de iniciativas
1. Transparencia y acceso a la información: Que los ciudadanos entiendan el funcionamiento de sus gobiernos.	Ello incluiría: iniciativas de libertad y acceso a la información; esfuerzos en materia de apertura de datos públicos y grandes datos, incluyendo portales de datos abiertos; transparencia en materia de presupuestos, compras y políticas públicas (por ejemplo, actas de reuniones, registros de votación, regulación del lobby, transparencia en el financiamiento político, entre otros elementos).
2. Participación pública e involucramiento ciudadano: Que los ciudadanos puedan influir en el funcionamiento de sus gobiernos mediante la participación en los procesos de diseño de políticas y la prestación de servicios y programas gubernamentales.	Se podrían incluir las iniciativas sobre e-servicios y gobierno electrónico; ventanillas únicas de servicio y espacios de interacción orientados al ciudadano; foros con actores relevantes y procesos de participación (como por ejemplo, los presupuestos participativos; los cabildos abiertos en los gobiernos locales, tanto en formato digital como presencial), entre otros.
3. Rendición de cuentas (<i>accountability</i>): Que los ciudadanos puedan exigir cuentas al gobierno por sus políticas y por los resultados y el rendimiento en la prestación de servicios públicos.	Aquí se ubicarían mecanismos para la lucha contra la corrupción y la protección y representación de los derechos de los ciudadanos frente a la administración (con figuras como las auditorías de gobierno, los balances de gestión integral, la existencia de defensores del pueblo, entre otros), y además, iniciativas relativas a generar salvaguardias en materia de conflictos de interés, tráfico de influencias, etc.

CUADRO 1. COMPONENTES E INICIATIVAS DE GOBIERNO ABIERTO Fuente: Adaptado a partir de⁴³

En todo sistema de gobierno es necesario que el ejercicio del poder otorgue el acceso a la sociedad en la gestión de recursos públicos, transparencia del gasto y rendición de cuentas ya que es la propia sociedad la que genera

para el gobierno abierto y su impacto en Latinoamérica, Cartagena de las Indias, 30 de Octubre de 2012. p. 11–12.

⁴³ *Idem*.

los ingresos al erario público y es justo que sea la misma quien participe en la observancia y opinión sobre el egreso.

4.2. DE LA RELACIÓN ENTRE LA FISCALIZACIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL ESTADO MODERNO

Durante años las normas jurídicas de carácter administrativo fueron miradas como manantial inagotable de potestades estatales, que se estimaban facultadas para actuar frente a los particulares en todos los ámbitos de la vida en sociedad.⁴⁴

La función gubernamental, esto es, la del jefe del Estado y los miembros del gabinete, de los ministros o secretarios de Estado, así como, en buena parte, de los órganos administrativos inferiores del gobierno, es una función jurídica específica, en el sentido estricto de la palabra, a saber: producción y aplicación de normas jurídicas generales e individuales, mediante las cuales se obliga a los individuos sometidos al derecho, los súbditos, a determinada conducta, en tanto se enlaza a la conducta contraria a un acto coactivo cuya ejecución, al llevarse a efecto por un órgano que funciona con división del trabajo, es atribuida al Estado.⁴⁵

La administración pública es el entorno en el cual se aplican las decisiones políticas, pues ésta no puede estar separada de los intereses sociales; por el contrario, la sociedad dota al gobierno de capacidad para elaborar normas y expedición de mandatos que influyen de manera directa en el funcionamiento y en el desarrollo del Estado mexicano⁴⁶.

Actualmente, la sociedad exige a los gobernantes una administración pública donde le dé la oportunidad de participar en las decisiones del ejercicio del poder y vigilancia de recursos públicos, para que sean destinados para el objeto para el cual fueron considerados. El Estado moderno requiere confianza de la sociedad y eso se logrará en la medida en que se cubran sus necesidades a través del ejercicio adecuado de los recursos públicos.

En México, la diversidad de reformas constitucionales se han abocado al mejoramiento de la fiscalización de recursos, mediante la regulación administrativa de la norma tanto a nivel federal, como estatal y municipal. Es por ello que conforme sea posible el gobierno debe seguir impulsando

⁴⁴ MADRIAGA GUTIÉRREZ, Mónica, *Administración Pública en el Siglo XXI*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1993, p. 9.

⁴⁵ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p 299.

⁴⁶ LÓPEZ SOSA, Eduardo, *La Administración Pública en el Constitucionalismo Mexicano*, México, Porrúa, 2008, p. 339.

reformas en este tema, a efecto de dar certidumbre jurídica a la sociedad y de esa forma transparentar sus recursos.

Se considera que la administración pública dentro de su marco normativo, incluya acciones que planifiquen el gasto que logre su eficiente ejercicio; para ello, además de observar lo dispuesto por la ley de la materia correspondiente, debe hacer la inclusión de métodos de regulación en sus planes de desarrollo que a su vez sean elaborados con la participación de la población de acuerdo a sus necesidades.

Por otra parte, la Administración Pública, ya sea federal, estatal o municipal, cuentan con órganos internos de control, que cuentan con atribuciones para vigilar el cumplimiento de la Ley, y la transparencia de los recursos públicos, independientemente de otras autoridades que se encargan de hacerlo como es la Auditoría Superior de Fiscalización, que además tiene por objeto comprobar que dichos recursos en materia federal, sean aplicados para los programas o destinos que fueron creados, mediante la revisión y fiscalización de la Cuenta Pública.

Así por ejemplo, la Contabilidad Gubernamental en México, tiene como objetivo la armonización en materia contable para los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Federación, los estados y el Distrito Federal; los ayuntamientos de los municipios; los órganos político-administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal; las entidades de la administración pública paraestatal, ya sean federales, estatales o municipales y los órganos autónomos federales y estatales, ya que se establece como una obligación en la Ley General de Contabilidad Gubernamental.

La Ley General de Contabilidad Gubernamental parte de la transparencia en la administración de recursos pero en ocasiones parece que excede la capacidad de los obligados, ya que continuamente se emiten lineamientos para su aplicación que intentan hacerla más comprensible a las autoridades. A través del acceso a la información, la sociedad ejerza fuerza hacia la autoridad para lograr en cierta medida observar el gasto público de forma más cercana al poder verificar si efectivamente se ejerce para su destino y el bien común.

4.3. LA COACCIÓN FISCAL EFICIENTE ABORDADA EN SU FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Para una fiscalización eficiente, se requiere que el Estado, viéndolo desde un punto de vista de ente de poder, establezca en su ley suprema las bases para otorgar seguridad jurídica a sus gobernados, así como tener medios de evaluación mediante la vigilancia de los recursos públicos que tiene bajo

su poder; mantener el ejercicio del poder limitado por la ley suprema que asegure su debida aplicación y seguridad jurídica por parte del gobernante hacia el gobernado.

Actualmente en la CPEUM existe provisión jurídica mediante la cual se establece la obligación para los entes públicos de administrar los recursos económicos de que disponen con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez. Así mismo, la Carta Magna señala que los recursos federales que ejerzan las entidades federativas, los municipios, los órganos político-administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales o cualquier ente público de carácter local, serán evaluados conforme a las bases establecidas en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

La función administrativa es aquella actividad del Estado que se realiza bajo un orden jurídico; es, además, una función de ejecución de las leyes, pues presupone que la norma jurídica va a ejecutarse lo que compromete al servidor público a actuar siempre bajo el imperio de la ley.⁴⁷

La sociedad, con su poder soberano toma fuerza hacia la voluntad del legislador y ante la primicia de que se logre el bien común, exige al poder ejecutor garantice la seguridad jurídica, fuera de toda aplicación y reglamentación que atente contra sus derechos fundamentales. Por lo que requiere que sea una legislación clara que a su vez haga partícipe al ciudadano de los criterios de aplicación del gasto público y ejercicio del poder de imperio que detenta.

V. CONCLUSIONES

En este ensayo nos hemos dedicado a una empresa académica bastante peculiar. Hemos tratado de documentar la manera en que la famosa expresión del monopolio de la coacción física legítima teorizada por Max Weber constituye solamente uno de los componentes fundamentales que participa activamente en la configuración del Estado moderno, tal como lo conocemos en Occidente. La otra dimensión crucial a tomar en cuenta es el monopolio de la coacción fiscal que en la actualidad padece una cierta "crisis", haciendo alusión a un viejo artículo de Joseph Schumpeter.

Hemos asentado que la primer formula es bastante conocida entre los especialistas de la Sociología del Derecho, de la Teoría del Estado y de los sociólogos dedicados a la investigación politológica, mientras que el

⁴⁷ *Ibidem*, p. 337.

segundo componente queda todavía en un nivel marginal en comparación con el primero.

A modo de aventurarnos en el campo de la “explicación”,⁴⁸ en gran medida nos hemos apoyado en algunas categorías extraídas de la sociología del derecho de Max Weber —quien a veces ha sido presentado como el sociólogo del derecho, es decir, un clásico de la sociología del derecho—⁴⁹ porque el sociólogo de Heidelberg ha reflexionado sobre los dos componentes que retienen nuestra atención en este artículo, por una parte. Amén de eso, en Weber el derecho está concebido como “un producto de la racionalización del capitalismo moderno”⁵⁰ y es adicionalmente un instrumento de administración de la justicia que debe de irse de la mano con los procesos de transformaciones y de mutaciones observadas dentro de los distintos ámbitos de la sociedad.

Basándonos en este raciocinio, hemos ubicado la coacción fiscal en el corazón del susodicho proceso de racionalización del derecho moderno. De acuerdo con esta lógica, en toda la segunda parte del ensayo —pensando en la realidad actual de México—, hemos divagado en torno a la idea de que la potestad tributaria del Estado constituye una forma de violencia legítima. La manera en que hemos enfatizado en la dimensión comunitaria del Estado en la primera parte de la investigación ha resultado fundamental para la presentación de los argumentos clave en torno al derecho tributario. Hemos explicado que un Estado funcional dotado de poderes infraestructurales, recordando a Michael Mann, no puede ser el rehén de las élites oligárquicas. Es verdad que actualmente en México, como lo hemos asentado, se ha evidenciado algunos importantes avances en materia de modernización de las estructuras de la burocracia, en materia de transparencia y de

⁴⁸ Cuando nos referimos a la noción de explicación, tenemos en mente el esfuerzo que hace un investigador para presentar una serie de argumentos coherentes bastantes bien estructurados teóricamente y fundamentados en evidencias empíricas, a modo de dar las razones por las cuales ocurre un estado de cosas. Según esta perspectiva epistemológica, se puede basarse en la explicación para esclarecer: 1) la causa de un suceso, o 2) los motivos por los cuales un sujeto cognoscente actúa de cierta manera en determinado momento histórico. Desde esta lógica, Felix Gustavo Schuster sostiene que la “explicación implica (al menos en un sentido fuerte) un cambio de plano. Para él, explicar es ante todo subsumir e incorporar un hecho en un enunciado general”. Véase Schuster, Felix Gustavo, *Explicación y Predicción: la Validez del Conocimiento en las Ciencias Sociales*, Caracas, Clacso, 1986.

⁴⁹ En esta tesitura Manfred Rehbinder y Klaus P. Tieck publicaron en el año 1987 el libro intitulado *Weber als Rechtssoziologe* (Berlín, Duncker und Humblot), es decir, *Weber como el Sociólogo del Derecho*, véase Colliot-Thélène, Catherine, *Écrits weberiens. Rationalités, histoires, droits*, Presses Universitaires de France, París, 2001.

⁵⁰ LÉASE SERVERIN, Évelyne, *Sociologie du droit*, La Découverte, París, 2000.

rendición de cuentas y en este sentido los órganos de fiscalización superiores están desempeñando un papel bastante importante; no obstante, México en tanto que Estado moderno requiere más modernización en cuanto a coacción fiscal, una de las *conditio sine qua non* para seguir avanzando en la institucionalización de una forma de hacer política fiscal más acorde a la lógica de la dominación legal racional de la que habla Weber.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

- AZUELA, Antonio, “Prólogo”, en Jean-François Bayart, *África en el espejo. Colonización, criminalidad y Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- BADIE, Bertrand y HERMET, Guy, *La politique comparée*, París, Armand Colin, 2001.
- BARRET-KRIEGEL, Blandine, “Michel Foucault et l’État de police”, en *Michel Foucault Philosophe, Rencontre internationale Paris 9, 10, 11 janvier 1988*, París, Seuil, 1989.
- BAYART, Jean-François, *Le gouvernement du monde: une critique politique de la globalisation*, París, Fayard, 2004.
- BELL, Daniel, *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Madrid, Alianza editorial, 2006.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.
- BOBES, Cecilia, *Los laberintos de la imaginación: repertorio simbólico, identidades y actores del cambio social en Cuba*, México, El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, 2000.
- BODINO, Jean, *Los seis libros de la república*, Madrid, Aguilar, 1973.
- COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine, *Écrits wébériens. Rationalités, histoires, droits*, Presses Universitaires de France, París, 2001.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Prólogo, notas y actualización de Miguel Carbonell, 165a ed., México, Porrúa, 2012.

- ENCINO, Froylán, “Los fracasos del chantaje. Régimen de prohibición de drogas y narcotráfico”, en Arturo ALVARADO y Mónica SERRANO (coords.), *Seguridad nacional y seguridad interior*, tomo XV, *Los grandes problemas*, México, El Colegio de México, 2010.
- ELIAS, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- ELIAS, Norbert, *La dynamique de l'Occident*, trad. de Pierre Kamnitzer, París, Calmann-Lévy, 1975.
- GAUCHET, Marcel, *La religion dans la démocratie: parcours de la laïcité*, París, Gallimard, 1998.
- GIL VILLEGAS, Francisco, “Los fundamentos políticos de la teoría de la administración pública”, en Méndez, José Luis (comp.), *Lecturas básicas de administración y políticas públicas*, México, El Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales, 2000.
- HERMET, Guy, “Populistas, republicanos y demócratas”, en Jean-François PRUD'HOMME (comp.), *Demócratas, liberales y republicanos*, México, El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, 2000.
- HOUTART, François dir., *Défis de la mondialisation pour le Sud*, Louvain-la-Neuve, Centre Tricontinental Louvain La Neuve, 1995.
- KEANE, John, “Ensayo 2, El Legado de Max Weber”, en John Keane, *La vida pública y el capitalismo tardío. Hacia una teoría socialista de la democracia*, Patria, México, 1992.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.
- MACHEREY, Pierre, “Pour une histoire naturelle des normes”, en CENTRE MICHEL FOUCAULT, *Michel Foucault Philosophe, Rencontre internationale Paris 9, 10, 11 janvier 1988*, París, Seuil, 1989.
- MANN, Michael, “El poder autónomo del Estado: sus orígenes, mecanismos y resultados”, en Michael MANN y Chris WICKHAM, *La autonomía relativa del Estado*, San José, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 1993.
- MAYER, Jacob Peter, *Trayectoria del pensamiento político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

- MÉNDEZ, José Luis, “Introducción general”, en José Luis MENDÉZ (coord.), *Políticas Públicas*, tomo XIII. *Los grandes problemas de México*, México, El Colegio de México, 2010.
- MERINO, Mauricio, “Transparencia y rendición de cuentas”, conferencia pronunciada el 14 de junio en la sala del Consejo Universitario de la Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 2013.
- NUN, José, “Estado y ciudadanía”, en PNUD, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y de ciudadanos. El debate conceptual sobre la democracia*, Buenos Aires, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2004.
- RABOTNIKOF, Nora, *Max Weber: desencanto, política y democracia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1989, Coll. Filosofía Contemporánea.
- RAMÍREZ Alujas, Á. V., Gobierno abierto: ¿las nuevas ropas del emperador? Las luces y sombras en su definición y operacionalización en el marco de la alianza para el gobierno abierto y su impacto en Latinoamérica, Cartagena de las Indias, 30 de Octubre de 2012.
- REX, John, *Problemas fundamentales de la teoría sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1985.
- ROUQUIÉ, Alain, *Amérique latine: introduction à l'extrême-occident*, París, Seuil, 1987.
- SALAZAR CARRIÓN, Luis, *Para pensar la política*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, 2004.
- SALMAN, Ton, “Ciudadanía, entre Pluralidad y Universalidad; consideraciones conceptuales en torno a la actualidad de un fenómeno”, en Calderón Mólgora, Marco A. et al. (ed.), *Ciudadanía, Cultura política y Reforma del Estado en América Latina*, Zamora, El Colegio de Michoacán, 2002.
- SÁNCHEZ SARTO, Manuel, “Prefacio”, en HOBBS, Thomas, *Leviatán o La Materia, Forma y Poder de una República, Eclesiástica y Civil*, México, Fondo de Cultura Económica (FCE), 1982.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Grupo Patria Cultural, 2000.

- SCHUSTER, Felix Gustavo, *Explicación y Predicción: la Validez del Conocimiento en las Ciencias Sociales*, Caracas, Clacso, 1986.
- SERRANO GÓMEZ, Enrique, *Filosofía del conflicto político: necesidad y contingencia del orden social*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2001.
- SERVERIN, Évelyne, *Sociologie du droit*, La Découverte, París, 2000.
- TOURAINÉ, Alain, *Production de la société*, París, Seuil, 1979.
- _____, Alain, *La parole et le sang: société et politique en Amérique Latine*, París, Odile Jacob, 1988.
- VAN CAMPENHOUDT, Luc, *Introduction à l'analyse des phénomènes sociaux*, París, Dunod, 2001.
- WEBER, Max, *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme, suivi de Les sectes protestantes et l'esprit du capitalisme*, 2a. ed. corregida, París, Plon, 1967, Coll. Agora.
- WEBER, Max, *El Político y el científico*, México, Colofón, 2005.
- _____, Max, *El político y el científico*. Introducción de Raymond Aron, trad. de Francisco Rubio Llorente, 17a. ed., Madrid, Alianza, 1997.
- _____, Max, *Économie et société / 2. L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, París, Pocket, 1995.
- _____, Max, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- WOLIN, Sheldon S., *Política y perspectiva: continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, Buenos Aires, Amorrortu, 1993.
- ZABLUDOVSKY KYPHER, Gina, *La dominación patrimonial en la obra de Max Weber*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Fondo de Cultura Económica (FCE), 1989.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO

Alejandro SÁNCHEZ GARCÍA

I. INTRODUCCIÓN

En términos generales los derechos fundamentales pueden ser estudiados y visualizados desde diversas perspectivas.

Parafraseando a Carbonell,² el estudio de los derechos fundamentales puede ser abordado en cuatro niveles a saber:

- a) Dogmática Jurídica;
- b) Teoría de la Justicia;
- c) Teoría del Derecho;
- d) Sociología Jurídica.

Corresponde al primero, esto es, a la *Dogmática Jurídica* de los Derechos Fundamentales, estudiar aquellos derechos fundamentales insertos, incrus-

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Cursó el Máster en Derecho Los Retos del Constitucionalismo del Siglo XXI, coordinado por la Universidad de Guanajuato y la Universidad de Barcelona, España. Maestro en Desarrollo Organizacional por la Universidad de Guanajuato. Profesor de la Maestría en Derecho Constitucional y Administrativo y de la Maestría en Administración y Economía Pública de la Universidad de Lasalle, campus León. Profesor de la Licenciatura en Administración Pública en la Universidad de Guanajuato. MIEMBRO ACTIVO DE LA UNIÓN IBEROAMERICANA DE MUNICIPALISTAS, con número de asociado 2701 desde el 18 de Enero de 2012.

² Ver CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 1-3.

tados en la Ley fundamental; en la Constitución o en los tratados y convenciones Internacionales.

El segundo, referente a la *Teoría de la Justicia*, se centra en la necesidad de incorporar como derechos nuevas expectativas o aspiraciones de las personas y grupos que viven en sociedad.

En torno al tercer enfoque, esto es, *Teoría del Derecho*, intenta construir conceptos y teorías sobre lo que es o son los Derechos Fundamentales.

Finalmente, pero no menos importante, el enfoque de la *Sociología Jurídica*, el cual se centra principalmente a la efectividad o eficacia de los derechos fundamentales.

Nuestro enfoque pretende desarrollarse utilizando el método analítico a la luz de la dogmática y de la teoría del derecho, toda vez que defendemos la existencia constitucional del Derecho Fundamental a la buena administración pública. Asimismo, pretendemos desarrollar y construir una serie de conceptos, que nos permitan comprender de qué manera se encuentra incrustado dicho derecho humano y cómo se puede impulsar su desarrollo.

La hipótesis que pretendemos comprobar es que, si existe implícitamente el Derecho fundamental a la buena administración pública en el Derecho Constitucional Mexicano, sólo lo podremos derivar si reconocemos que las obligaciones constitucionales expresas impuestas por el Poder Constituyente al Poder Público o al Estado, generan correlativamente Derechos Fundamentales.

En este contexto, una teoría jurídica de los derechos fundamentales, no puede ser ajena o independiente, en términos de Robert Alexy³ del derecho positivo, en nuestro caso, del derecho positivo fundamental, esto es, de la Ley Fundamental del Estado Mexicano.

Como lo sostiene Peter Häberle, el Estado constitucional liberal en su actual configuración se concibe sobre todo como *Estado de derechos fundamentales*.⁴

El hecho de que en los estudios teóricos, doctrinarios y jurisprudenciales mexicanos, se haya omitido desde un ángulo de la teoría de los derechos fundamentales estudiar con explicitud a la *buena administración pública*, no implica que no exista o que sea un derecho constitucional nulo de los ciudadanos; principalmente, se centró el estudio constitucional Mexicano en desarrollar una teoría de las responsabilidades públicas como contraparte a los derechos fundamentales que dicha relación jurídica contempla:

³ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales Constitucionales Madrid, 1993, p. 28.

⁴ Citado por KOTZUR, Markus, *Los Derechos Fundamentales en Europa*, ReDCE, año 6, núm. 12, Julio-diciembre, 2009, pp. 73-100.

el Derecho fundamental a la buena administración pública es correlativo de la obligación del Estado de administrar bajo criterios de eficacia y eficiencia la prestación de los servicios públicos, so pena de actualizarse una serie de responsabilidades públicas.

En nuestro caso resaltaremos que el Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública es un derecho constitucional, esto es un derecho humano constitucionalmente garantizado; un derecho fundamental de la persona reconocido constitucionalmente de manera pasiva, esto es, a través del establecimiento del régimen de obligaciones públicas y responsabilidades constitucionales que tiene el Estado Administrador y sus servidores públicos, cuyos principios están garantizados por la carta fundamental.

En este sentido “los conceptos de derechos humanos, derechos esenciales o derechos fundamentales pueden utilizarse alternativamente como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional y que vinculan a las personas y a los estados”.⁵

Ahora bien el hecho de que aclaremos de que ciertos derechos fundamentales tienen vigencia, no implica que estén dadas las estructuras y condiciones adecuadas para garantizar su ejercicio pleno, de ahí la importancia de enfatizar en el desarrollo e implementación del Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública.

En este sentido, el reconocimiento del Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública, destaca el sometimiento total de la actividad administrativa del poder público al Estado Constitucional y no sólo al Estado de Derecho. Ello implica que la administración pública tradicionalmente delimitada por el Derecho Administrativo de Control de Legalidad, tutelaba intereses generales de cuya prestación de servicios públicos se sometía sólo a la ley, pero dejando de lado la oportunidad de desarrollar una función constitucional por excelencia de la administración pública, esto es, el Derecho Constitucional a la Buena Administración Pública.

Como lo sostiene Zagrebelsky:

La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y

⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, México, UNAM, 2003, p. 58.

pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.⁶

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Los Derechos fundamentales están íntimamente vinculados a la Constitución.

Guastini menciona que el término Constitución es usado en el lenguaje jurídico (y político) con una multiplicidad de significados (cada uno de los cuales presenta muy diversos matices). No es el lugar para hacer un inventario completo.

Continuando con Guastini sostiene que en el campo de la teoría general del derecho, el término Constitución es generalmente designado para usar el conjunto de normas fundamentales que identifican o caracterizan cualquier ordenamiento jurídico.

La cuestión de las cuales normas deben ser consideradas como fundamentales es una cosa obviamente opinable, desde el momento que “fundamental” no denota una propiedad empírica (calificar alguna cosa como “fundamental” es, en última instancia, un juicio de valor). Pueden ser consideradas normas fundamentales de un determinado ordenamiento jurídico, según los diversos puntos de vista.⁷

Bobbio sostiene que los derechos fundamentales representan la tutela tradicional de la libertades civiles: libertad personal, política, económica y constituyen una defensa contra la intervención del estado. Por el contrario, los derechos sociales representan derechos de participación (en el poder político y en la distribución de la riqueza social producida).⁸

El citado jurfilósofo Italiano prosigue afirmando que el cambio fundamental lo ha representado, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, la gradual integración del estado político con la sociedad civil, que ha terminado por alterar la forma jurídica del estado, los procedimientos de legitimación y la estructura de la administración.⁹

En una primera reflexión Ferrajoli propone una definición teórica formal sobre Derechos Fundamentales a saber:

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2007. pp. 21-45.

⁷ GUASTINI, *Op. Cit.*, p. 31.

⁸ Voz: Estado Contemporáneo, BOBBIO, Norberto y Otros en *Diccionario de Política*, A-J, 13, España, Siglo XXI Editores, 2002, p. 541.

⁹ *Idem.*

[Son] “Derechos Fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas.¹⁰

Continuando con Ferrajoli, y bajo un contexto más general, entiende por Derechos Fundamentales, aquellos derechos humanos reconocidos en algún ordenamiento jurídico positivo; o bien, solamente a aquellos derechos humanos civiles y políticos. Se dice asimismo, que son derechos esenciales en tanto que son permanentes o invariables, además de estar íntimamente relacionados con la idea de dignidad humana. Empero a ello, su nota se distingue de los demás porque, parafraseando nuevamente a Ferrajoli¹¹, están plasmados en el ordenamiento positivo, en una norma fundamental, por ello son fundamentales en la medida en que los reconoce el ordenamiento jurídico.

En esta tesitura, el citado constitucionalista italiano menciona que los Derechos Fundamentales son normas constitucionales supraordenadas a cualquier poder decisorio: si son normativamente de “todos” (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados.¹²

Ahora bien, la reforma Constitucional de Junio de 2011, en México, incorpora un nuevo párrafo tercero al artículo 1º Constitucional, mismo que establece:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 37.

¹¹ Véase, FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, ed. de Gerardo Pisarello y A. De Cabo, Madrid, Trotta, 2001.

¹² *Ibidem*, p. 21.

prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

El Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de dicha reforma Constitucional, desarrolla los Principios a los que se sujetará la protección de los Derechos Humanos. En este sentido, es conveniente atraer lo que se entiende por cada uno de los referidos principios, de acuerdo al espíritu del Constituyente Permanente.¹³

En este sentido, cabe resaltar el criterio de nuestro máximo tribunal al sostener en Tesis: IV.20.A.15 K (10a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, Junio de 2013, p. 1289, que los Principios de Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad, representan criterios de optimización interpretativa de los Derechos Fundamentales.

Por todo lo anterior, podemos derivar que los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional ocupan un papel predilecto, esto es, no sólo representan el derecho subjetivo público que tiene el ciudadano frente al poder público, sino además, representan un conjunto de pautas, directrices u orientaciones valorativas del sistema jurídico, del sistema político y de la sociedad en general.

Aunado a lo anterior, las normas sobre los derechos fundamentales no pueden ser ya concebidas como disposiciones programáticas, sino que son normas efectivas que pueden ser invocadas por sus destinatarios, en sus relaciones con los poderes públicos y oponibles a éstos, aún y cuando no exista un desarrollo legislativo que concrete dichas normas fundamentales.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL PODER PÚBLICO

De acuerdo con la dogmática jurídica “*Un individuo es responsable cuando, de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado*”.¹⁴ “En este sentido la responsabilidad presupone un deber (del cual debe responder el individuo); sin embargo, no debe confundirse con él. El deber o la obliga-

¹³ Ver Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto a la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos.

¹⁴ KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1992, p. 320.

ción es la conducta que, de acuerdo con un orden jurídico, se debe hacer u omitir; quien la debe hacer u omitir es el sujeto obligado. La responsabilidad presupone esta obligación, pero no se confunde con ella. La responsabilidad señala quien debe responder del cumplimiento o incumplimiento de tal obligación”.¹⁵

Saavedra Álvarez menciona que como en cualquier sistema jurídico, la noción de responsabilidad implica la sustitución de la obligación primaria por la obligación secundaria o subsidiaria, es decir, la de reparar las consecuencias de la infracción. En este sentido la reparación es un término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido.

En el mismo sentido, la anterior autora, sostiene que en el Derecho Internacional [...] la obligación de reparar surge entre dos o más entes igualmente soberanos, cuyas relaciones son gobernadas bajo el principio de reciprocidad. En esta rama del Derecho es ampliamente aceptado que las formas de reparación pueden ser la *restitutio in integrum*, en primer lugar, y si ésta no es posible, la compensación, la satisfacción y las garantías de no repetición. Prosigue argumentando que, en el Derecho Internacional del los Derechos Humanos, esas formas de reparación adquieren un sentido particular por tratarse de obligaciones que tienen los Estados hacia los individuos [...] Se trata de una relación en la que es el Estado, actuando soberanamente, el que reconoce derechos humanos a las personas y, correlativamente, adquiere determinadas obligaciones en función de ello¹⁶.

El régimen de Responsabilidad del Poder Público, contempla la llamada Responsabilidad Subjetiva, entre las que se encuentran la Teoría de la falla presunta del servicio, así como la Teoría de la falla probada del servicio, y por otro lado, el Régimen de responsabilidad Objetiva, en donde impera la Teoría del daño antijurídico.

La Responsabilidad del Poder Público es de reciente ascensión. Durante todo el siglo XIX existió una total irresponsabilidad por parte del Estado,

¹⁵ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Responsabilidad” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa/UNAM/IIJ, 1992, t. P-Z, p. 2824.

¹⁶ Véase, SAAVERDA ÁLVAREZ, Yuria, “Teoría de las Reparaciones a la Luz de los Derechos Humanos”, en *Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*, SCJN, México, 2013, p. 18.

sin que existieran los mecanismos para imputar acciones dañosas al poder público, resultante de su actividad administrativa, fuera regular o irregular.

Como menciona Medina Alcoz,¹⁷ [desde] la cultura griega ignoraba la separación entre la organización colectiva u la sociedad [...], los romanos, la circunscribieron al ámbito del Derecho Privado; y tampoco la experiencia medieval conoció la noción unitaria de Estado como centro de imputación de Derechos y obligaciones.

En este sentido, en torno a la responsabilidad del Poder Público o del Estado, se ha entendido en términos generales a la responsabilidad del Estado como aquella obligación que tiene el Estado de proteger jurídicamente a los ciudadanos contra decisiones arbitrarias e ilícitas de la administración pública: federal y estatal, y de sus funcionarios indemnizándolos del daño causado mediante una compensación económica que restituya el perjuicio patrimonial e inclusive moral que el Estado ocasione como consecuencia de la actividad administrativa que desempeña en cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas.¹⁸

De la anterior definición podemos visualizar las dimensiones de la Responsabilidad del Poder Público:

1. La responsabilidad Objetiva del Estado como aquella “obligación que tiene de proteger jurídicamente a los ciudadanos contra decisiones arbitrarias e ilícitas de la administración pública así como de la responsabilidad que surge por la emisión de sus actos administrativos;
2. La responsabilidad subjetiva de los funcionarios públicos del Estado por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones;
3. La responsabilidad patrimonial del Estado, que puede ser esta subjetiva u objetiva, por los daños que, con motivo de su actividad administrativa regular o irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares.

III. LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Robbins menciona que en pocas palabras la administración es a lo que se dedican los gerentes. Asimismo menciona que esta sencilla afirmación no dice mucho in embargo explica que la administración involucra la coordi-

¹⁷ MEDINA ALCOZ, Luis, *La Responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo*, Navarra, Thomson, 2005, p. 47.

¹⁸ PINEDA, Fanny “Responsabilidad del Estado” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa/UNAM/IIJ, 1992, t. P-Z, p. 2828-2829.

nación y supervisión de las actividades de otros, de tal forma que éstas se lleven a cabo de forma eficiente y eficaz.¹⁹

Hernández y Rodríguez sostiene que la Administración es un acto de coordinación humana (individual y grupal) para alcanzar objetivos. El ser humano requirió mayor y mejor coordinación con los demás cuando comenzó a vivir en comunidades y, en consecuencia, socializar, para lo cual se vio en la necesidad de mejorar sus habilidades administrativas al momento de realizar una tarea en conjunto, como cazar, mover una roca o recolectar alimentos. Hoy en día es la disciplina que estudia los procesos productivos con el fin de generar la mayor eficiencia y eficacia del trabajo humano posibles para obtener los mejores beneficios en relación con los recursos disponibles: financieros, tecnológicos y humanos.²⁰

Chiavenato acota que la tarea de la administración consiste en interpretar los objetivos de la empresa y transformarlos en acción empresarial mediante la planeación, organización, dirección y control de las actividades realizadas en las diversas áreas y niveles de la empresa para conseguir tales objetivos. Por tanto, administración es el proceso de planear, organizar, dirigir y controlar el empleo de los recursos organizacionales para conseguir determinados objetivos con eficiencia y eficacia.²¹

Por su parte, Omar Guerrero asevera que Bonnin formuló la primera definición de administración pública, en los siguientes términos:

La administración pública es la autoridad común que ejecuta las leyes de interés general, que se estatuyen sobre las relaciones necesarias de cada administrado con la sociedad, y de la sociedad con cada uno de

¹⁹ ROBBINS, Stephen P., *Administración*, 10, México, Prentice Hall, 2003, p. 6.

²⁰ HERNÁNDEZ Y RODRÍGUEZ, Sergio, *Introducción a la Administración*, 4a. ed., México, McGraw Hill, 2006, p. 3.

²¹ CHIAVENATO, Idalberto, *Administración: Teoría, Procesos y Práctica*, 3a. ed., México, McGraw Hill, 2001, p. 3.

ellos; así como sobre las personas, los bienes y las acciones, como interesantes al orden público.²²

Simon concibe la tarea de la administración como una labor necesaria en la organización cuando asume de manera práctica la racionalidad en la toma de decisiones (en términos de los objetivos organizacionales).²³

Ahora bien, la administración Pública es parte dinámica y medular del Estado contemporáneo, no obstante sus fines se han confundido con sus medios a lo largo de la historia.

Primeramente, es importante acercarnos a una concepción más o menos sólida de lo que consideramos que es la administración pública.

Hemos sostenido²⁴ que se ha entendido tradicionalmente por Administración Pública aquella concepción clásica que establece que es "... una entidad constituida por los diversos órganos del Poder Ejecutivo..., que tienen por finalidad realizar las tareas sociales, permanentes y eficaces del interés general, que la Constitución y las leyes administrativas señalan al Estado para dar satisfacción a las necesidades generales de una nación".²⁵

Asimismo, menciona M. Harmon que "por administradores públicos nos referimos principal pero no exclusivamente a aquellos [...] que tienen la responsabilidad de realizar las tareas del gobierno".²⁶

Una tarea de gobierno tiene que ver con fines públicos, en este sentido, los fines públicos son parte a su vez de los fines de la buena administración pública.

Galindo Camacho afirma que "la actividad estatal que hoy conocemos con el nombre de "Administración" tiene antecedentes que se ubican en tiempos remotos de la humanidad, pues en efecto, tan pronto como ésta concibió la posibilidad y necesidad de la vida comunitaria y advirtió las

²² GUERRERO OROZCO, Omar, *Teoría Administrativa del Estado*, México, Oxford, 2003, p. 6.

²³ ESTRADA GALLEGO, Fernando, "Herbert A. Simon y la economía organizacional", *Cuadernos de Economía*, v. XXVI, núm. 46, Bogotá, 2007, p. 169-199..

²⁴ Véase, SÁNCHEZ GARCÍA, Alejandro, "Modelo Sistémico para el estudio del Estado, la Administración Pública y la Gestión Pública, en el contexto de los regímenes contemporáneos", *Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guanajuato*, vols. XXVI y XVII, Enero/Diciembre/08, núms. 84-85.

²⁵ SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, Primer Curso, 16a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 79.

²⁶ M. HARMON, Michael, *Teoría de la Organización para la Administración Pública*, México, FCE, 2001, p. 33.

ventajas que implican vivir aprovechando los servicios de sus semejantes y al mismo tiempo servirles, dio advenimiento a la administración”.²⁷

El Diccionario de Administración Pública Chilena editado por el Ministerio del Interior del Gobierno Chileno, sostiene que la definición de Administración Pública, es un tema en el que los teóricos aún no han llegado a conceso. Establece que el problema central que impide el establecimiento de una definición consensual es la complejidad del objeto de estudio, ya que la administración pública está constituida por múltiples elementos, cada uno de los cuales presenta una dinámica y complejidad propias.²⁸

En este contexto, Rafael I. Martínez Morales comenta que la expresión de Administración Pública se usa como un sinónimo de poder ejecutivo, en términos generales. Continúa:

La administración Pública es el objeto de estudio de la disciplina denominada administración pública (la disciplina y su objeto de estudio coinciden en su denominación), esta última presenta sustanciales diferencias de especialización con otra disciplina que le es afín, la administración de empresas.²⁹

La administración Pública tradicional se entiende como “... una entidad constituida por los los diversos órganos del Poder Ejecutivo [...] que tiene por finalidad realizar las tareas sociales, permanentes y eficaces del interés general, que la Constitución y las leyes administrativas señalan al Estado para dar satisfacción a las necesidades generales de una nación”.³⁰

Pérez Aramburú menciona que a la hora de definir a la Administración Pública se encuentra el carácter disímbolo –ciencia, disciplina, práctica o conjunto de destrezas que deben de ejecutarse e incluso como institución fundamental-, cuyo propósito es impulsar el desarrollo de la sociedad.³¹

Guy Peters menciona que la administración pública puede describirse de la siguiente manera:

²⁷ GALINDO CAMACHO, Miguel, *Teoría de la Administración Pública*, México, Porrúa, 2000, p. 2.

²⁸ Voz: Administración Pública en *Diccionario de Administración Pública Chilena*, 2a. ed., Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, Santiago de Chile, 2002, p. 16.

²⁹ MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., *Diccionario de Derecho Administrativo*, México, Harla, 1999, t. 3, p. 7.

³⁰ SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo, Primer Curso*, 16a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 79.

³¹ PÉREZ ARAMBURÚ, Evangelina, “La administración Pública en el Estado Moderno: Enfoques teóricos para su análisis”, Segundo Congreso Argentino de Administración

1. En cuanto a lo funcional, como el proceso de aplicación de reglas; es decir, el proceso mediante el cual las reglas generales se convierten en decisiones específicas para casos individuales.
2. Como estructuras gubernamentales cuya función primordial es desempeñar las funciones descritas en el numeral que antecede.³²

Por nuestra parte, hemos definido a la administración pública como el conjunto de procesos, estructuras y personal, todos ellos administrativos, que forman parte del Estado, y que tienen por finalidad lograr la legalidad, eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos colectivos.

Por Procesos administrativos Públicos, entiéndase al conjunto de pasos o etapas sistematizadas e interrelacionadas entre sí, que tienen por finalidad lograr los objetivos y fines de la administración pública.

Todos los procesos administrativos públicos, además de realizarse con apego en la legalidad, buscan la eficiencia y eficacia de la administración pública, de ahí que mediante el empleo de la planeación, organización, dirección, control y evaluación, pretenden transformar los elementos con los que cuentan (humanos, materiales y financieros) en servicios públicos.

Asimismo, por Estructuras administrativas Públicas, entendemos la agrupación de funciones públicas y/o atribuciones públicas en unidades administrativas, así como la asignación de tareas y responsabilidades objetivas al órgano administrativo, con la finalidad de lograr la prestación de los servicios públicos encomendados.

Por Personal administrativo público, consideramos al conjunto de personas que en lo individual o colectivo, prestan un servicio al Estado, derivado del conjunto de derechos, obligaciones y situaciones que surgen entre el Estado y sus servidores o del régimen de la función pública.

Importante reflexión vierte García de Enterría entorno a la concepción de la administración pública como persona jurídica, tesis que viene a fortalecer el sistema normativo mexicano en el que se sustenta la actividad administrativa de los órganos públicos, pues por un lado pueden actuar jurídicamente las dependencias de la administración pública centralizada, y por el otro, pueden actuar jurídica y validamente, así como ser sujetos a responsabilidad las entidades de la propia administración pública.

El citado autor sostiene que “para el Derecho Administrativo la Administración Pública es una persona jurídica. Este de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los

Pública. Sociedad, Estado y Administración. Documentos de Trabajo, 2003. p. 1.

³² PETERS, Guy B, *La Política de la Burocracia*, 4a. ed., México, FCE, 1999, p. 68-69.

órganos y las funciones, y por él se hace posible el derecho administrativo. Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la administración pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emanan declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable...”³³

Como sostiene Howard D. McCurdy, debido a que las organizaciones gubernamentales eran pequeñas, mal administradas y con frecuencia corruptas necesitaban una reorganización. La administración pública apareció como un campo de estudio que intentaba [en inicio] reformar las oficinas y las instituciones haciendo más profesional su administración.³⁴

En términos de Luther Gulick la lógica de pasos para realizar una buena administración comprende la planificación, organización, personal, dirección, coordinación, revisión y presupuesto.³⁵

Una buena administración resiste los embates del Poder Político.

Siguiendo a De la Rosa, una sociedad podría subsistir con un gobierno mal organizado si mantiene acertadas relaciones diplomáticas, pero no ocurre lo mismo con una administración torpe que frena el progreso, pues decae la civilización y la corrupción se extiende.³⁶

Waldo menciona que la buena administración pública facilita los cambios pero atenúa, adaptándolas, sus consecuencias; permite – y aún fomenta – los cambios en la sociedad, pero protege, durante ellos, el sentido de seguridad del individuo, así como su sentido de finalidad.³⁷

Por su parte, otros sostienen que la buena administración descansa en el secreto de la paz pública y prosperidad de los pueblos, así como en procurar una bien entendida economía y una administración estricta de la Justicia.³⁸

Una buena administración intenta eliminar todo despilfarro, conservar material y energía y el logro más rápido y completo de los propósitos públicos congruentes con la economía y el bienestar de los trabajadores.³⁹

Como observamos en términos generales, de las anteriores definiciones o concepciones, se resaltan ciertos principios de las buenas administracio-

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, 14a. ed., vol. I, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, p. 32.

³⁴ Citado por SHAFRITZ, Jay M. y C. HYDE, Albert, *Clásicos de Administración Pública*, FCE, México, 2000, p. 45.

³⁵ J. STILLMAN II y RICHARD J., “A dónde va la administración pública estadounidense”, *Gestión y Política Pública*, vol. XVII, núm. 2, I Semestre de 2008, p. 226.

³⁶ Citado por GUERRERO OROZCO, Omar, *Op. Cit.*, p. 68.

³⁷ Waldo, DWIGHT, *Administración Pública: La Función Administrativa, los sistemas de organización y otros aspectos*, México, Trillas, 1982, p. 42.

³⁸ GUERRERO OROZCO, *Op. Cit.*, p. 181.

³⁹ SHAFRITZ, Jay M. y C. Hyde, *Op. Cit.*, 129.

nes públicas, a saber: legalidad, eficacia, eficiencia, diligencia, honestidad, imparcialidad.

La Carta Iberoamericana de la Función Pública,⁴⁰ esencialmente establece los principios de la Función Pública en los países Iberoamericanos firmantes, entre ellos el Estado Mexicano, cuyos gobiernos se comprometen a implementar dichos principios, con la finalidad de fortalecer el Estado y la Democracia. En la misma forma, la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión pública, Aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado San Salvador, El Salvador, 26 y 27 de junio de 2008, Adoptada por la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno San Salvador, El Salvador, del 29 al 31 de octubre de 2008; establece en su Capítulo Primero que:

La Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública persigue los objetivos siguientes:

a. Promover un enfoque común en Iberoamérica sobre la calidad y la excelencia en la gestión pública, que integre las distintas perspectivas políticas y técnicas que se encuentran presentes en los diversos niveles y sectores de las Administraciones Públicas de la región.

b. Conformar un cuerpo de principios y orientaciones que sirvan de referencia a las diferentes Administraciones Públicas de los Estados iberoamericanos en la formulación de políticas, planes, modelos y mecanismos que permitan la mejora continua de la calidad de su gestión pública.

c. Proponer la adopción de instrumentos que incentiven la mejora de la calidad en la gestión pública, que sean flexibles y adaptables a los diferentes entornos de las Administraciones Públicas iberoamericanas y a sus diversas formas organizativas.

Servir como guía para el diseño, regulación, implantación, desarrollo, mejora y consolidación de planes de calidad y excelencia en la gestión pública, que le permitan a las diferentes Administraciones Públicas de los Estados iberoamericanos potenciar sus capacidades y utilizarlas

⁴⁰ Consultable en: <http://www.clad.org/documentos/declaraciones/cartaibero.pdf/view>.
Fecha de recuperación: [30/07/13].

plenamente para acometer los retos y desafíos del desarrollo integral de sus respectivas sociedades y lograr el bienestar de sus ciudadanos.

En esta tesitura, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, suscrita en Niza en el año 2000, en su artículo 41 reconoce, a los Estados miembros, el Derecho a una buena administración.

En torno al artículo 41 de este instrumento internacional que nos ocupa, Siegfried Magiera menciona que “el derecho a una “buena administración”, no se agota en el resumen de derechos que se enumeran en esta disposición. Más bien, de esta disposición se deduce que se trata de un derecho fundamental independiente que garantiza a cada persona una “buena administración”. Con ello se debe asegurar que los asuntos de los ciudadanos son gestionados con imparcialidad, de manera justa y dentro de marco temporal establecido y en el marco de una administración funcional y eficaz”.⁴¹

IV. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO

En nuestro Derecho Administrativo Mexicano, se encuentran reconocidos algunos principios del Derecho Fundamental a la buena Administración Pública. La Ley Federal del Procedimiento Administrativo en su artículo 13 enuncia que la actuación administrativa en el procedimiento se desarrollará con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, legalidad, publicidad y buena fe.

Por citar un ejemplo, en el Derecho Administrativo del Estado de Guanajuato, dichos principios propios de un Derecho Fundamental a la buena Administración Pública se encuentran diseminados en artículo 3° del Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y los Municipios de Guanajuato, al establecer lo siguiente:

Artículo 3. En sus relaciones con los particulares, las dependencias y entidades de la administración pública centralizada y paraestatal del Estado y de sus municipios, actuarán bajo los principios de legalidad, objetividad, buena fe, confianza legítima, transparencia, participación y servicio a los particulares.

⁴¹ MAGIERA, Siegfried, *El Derecho a una buena administración en la Unión Europea*, Consultable en: http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Col_leccio%20Materials/26%20les%20administracions%20en%20perspectiva%20europea/8_Magiera/08%20magiera_tradcast.pdf. [Fecha de recuperación 23/07/13].

La justicia administrativa en el Estado se impartirá bajo los principios de legalidad, imparcialidad, gratuidad, profesionalismo, publicidad, prontitud, audiencia, igualdad, exhaustividad, independencia y eficacia.

Importante mención es hacer una reflexión amplia en el sentido de que el Derecho Administrativo en el Estado Mexicano, como se desprende de las legislaciones anteriormente citadas, hizo las veces de Derecho Constitucional. El vacío Constitucional fue cubierto por legislación administrativa que, en la mayoría de las ocasiones desarrollaban la forma elemental de los derechos ciudadanos, pero en el fondo, pretendían presuntuosamente colmar una laguna del Estado para la protección efectiva de los derechos humanos, y que el funcionamiento de las Instituciones Públicas, se adaptara al reconocimiento de nuevos derechos administrativos, aún no enarbolados por los tribunales federales como constitucionales en un régimen ortodoxo de sistema concentrado de control constitucional.

No obstante que en la esfera del Derecho Administrativo se encuentren delineados algunos principios del derecho fundamental a la buena administración pública, la vigencia constitucional de los derechos fundamentales implica contar con las estructuras y condiciones adecuadas para garantizar el pleno ejercicio de dicho derecho humano, e impulsar el desarrollo de la teoría, interpretación, jurisprudencia y casuística constitucional para el reconocimiento efectivo del Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública en el marco propiamente Constitucional y no sólo legal.

De esta forma, la Constitucionalización del ordenamiento jurídico Mexicano es inaplazable en el marco de las nuevas reformas constitucionales de Junio de 2011.

Riccardo Guastini sostiene que “por “Constitucionalización del ordenamiento Jurídico” debemos entender un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto a la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”.⁴²

Una nueva forma de interpretar el ordenamiento jurídico de un Estado determinado, involucra a la Constitución, o lo que Luis Roberto Barroso ha denominado el “filtraje constitucional, esto es, que todo el orden jurídi-

⁴² GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontarama, 2001, p. 153.

co debe de ser leído y analizado bajo la lente de la Constitución, a manera de interpretar los valores en ella consagrados”.⁴³

Miguel Carbonell parafraseando a Guastini alude que:

...la diferencia entre un ordenamiento “constitucionalizado” y otro que no lo está consiste en que en el último la Constitución, si tuviera algún carácter normativo, está limitada a ser un mero catálogo de restricciones a la actuación estatal, funge como un “orden marco” que sólo es operativo al transgredirse claramente los límites prohibitivos que descriptivamente establece; y en el primero, en cambio, resulta ser un “orden fundamental” que impone realizar determinadas acciones y ya no sólo abstenciones al Estado y aun a las personas privadas. Así, la “constitucionalización” no puede explicarse por la sola supremacía jurídica de la ley fundamental, sino también procede de otros factores.⁴⁴

Derivado de lo previo las tres dimensiones de responsabilidad, en nuestro concepto conforman el Bloque de Responsabilidad del Poder Público, esto es: *Responsabilidad Objetiva del Estado*, *Responsabilidad Subjetiva de los Servidores Públicos* y *la Responsabilidad Patrimonial del Estado*.

La responsabilidad Objetiva del Estado derivada de la obligación que tiene de proteger jurídicamente a los ciudadanos contra decisiones arbitrarias o las derivadas de su actuar administrativo, legislativo o judicial, la encontramos en la segunda parte del párrafo tercero, del artículo 1º Constitucional, al establecer: “... el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”

En este tenor, La responsabilidad subjetiva de los funcionarios públicos del Estado la encontramos reconocida en el artículo 109, fracción III Constitucional, al estipular: “Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.”

Por su parte, la responsabilidad patrimonial del Estado, se encuentra establecida en el artículo 113 Constitucional, en su segundo párrafo: “La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares,

⁴³ BARROSO, Luis Roberto, *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho*, México, Porrúa, 2008, p. 34.

⁴⁴ Consultable en <http://www.miguelcarbonell.com/docencia/constitucionalizacion.shtml>. Fecha de recuperación [23/07/13].

será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.”

Los artículos 1º, 109 fracción III y 113 segundo párrafo todos ellos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen el bloque de responsabilidad del poder público, esto es, la serie de obligaciones constitucionales que se imponen al Estado en torno a la buena administración pública. En consecuencia, los referidos numerales constitucionales correlativamente establecen en los artículos 1º, 109 fracción II y 113 segundo párrafo, el DERECHO FUNDAMENTAL A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Es el Derecho Fundamental implícito derivado de normas imperativas. En este sentido, el Derecho fundamental a la Buena Administración Pública es correlativo de la obligación del Estado de administrar bajo criterios de eficacia, eficiencia, legalidad, transparencia, imparcialidad, entre otros principios, la prestación de los servicios públicos, so pena de actualizarse una serie de responsabilidades públicas.

Reiterando la reflexión de Tamayo y Salmorán efectuada en el capítulo III del presente estudio, el deber o la obligación es la conducta que, de acuerdo con un orden jurídico, se debe hacer u omitir; quien la debe hacer u omitir es el sujeto obligado. La responsabilidad presupone esta obligación, pero no se confunde con ella. La responsabilidad señala quien debe responder del cumplimiento o incumplimiento de tal obligación.

Emilio Biasco argumenta que mientras “el deber supone la abstención de toda perturbación en el goce de un derecho absoluto o del ejercicio de las facultades correspondientes, la obligación supone el ejercicio de las actividades necesarias para satisfacer derechos correlativos....”⁴⁵

En este sentido, el bloque de Responsabilidad del Poder Público presupone un conjunto de Obligaciones Estatales a saber:

1. Obligación del Estado de proteger jurídicamente a los ciudadanos contra decisiones arbitrarias o las derivadas de su actuar administrativo, legislativo o judicial;
2. Obligación del Estado de actuar con *legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño del servicio público*;

⁴⁵ BIASCO, Emilio, *Introducción al Estudio de los Deberes Constitucionales*, Facultad de Ciencias Económicas y de la Administración, Universidad de la República del Uruguay, Cátedra Derecho Público, consultable en: <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/ddhh.htm>. Fecha de Consulta [30/07/13].

3. Obligación del Estado de responder de los daños que origine en los bienes o derechos de los particulares, con motivo de su actividad administrativa irregular o de la emisión de sus actos administrativos.

Si tomamos en consideración que en el Estado Constitucional los Derechos Fundamentales ocupan un papel valorativo, constituyendo mandatos, directrices, orientaciones o pautas que deben de seguir los poderes constituidos y el poder revisor de la constitución, así como se consideran elementos orientadores del sistema jurídico, del sistema político y de la sociedad en general, es impostergable el reconocimiento jurisprudencial y doctrinal del Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública en el Estado Mexicano.

En el mismo contexto, desde el ángulo del Control de Convencionalidad, esto es, conforme al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de haber aceptado el *control de convencionalidad*, surgido en el año 2006 en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con los alcances que el mismo conlleva, entre ellos la obligación de los órganos jurisdiccionales internos de atender a dichas orientaciones o lineamientos de protección de derechos consustanciales a la persona, surge la protección más amplia al Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública.

Resulta relevante referir para su consulta la Tesis Aislada *IV.30.A.10 K (10a.) emitida por el TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA*, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, con el rubro: *CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PARÁMETROS PARA EJERCERLO EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL CONFORME A LA EJECUTORIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DICTADA EN EL EXPEDIENTE VARIOS 912/2010*.

Por lo anterior, los jueces del Estado Mexicano, al igual que todas las demás autoridades, *deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*.

Ahora bien, aunado al control de convencionalidad, el nuevo bloque de constitucionalidad establecido en el Estado Mexicano, y bajo el Principio

pro persona, resulta medular tomar en consideración los siguientes criterios que determinan los alcances del referido *Principio Pro persona*⁴⁶ en su fase interpretativa, a saber: 1) Protección más amplia bajo el *Principio Pro Persona*; 2) Vinculación del Principio Pro Persona con otros principios de interpretación favorable. 3) Dimensión horizontal y vertical del Principio Pro Persona.

En esta tesitura, no obstante a todo lo anterior, consideramos que el Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública, debido a que se encuentra previsto en nuestra Constitución de manera implícita, ello hace innecesario aplicar alguna fuente internacional para armonizar los derechos fundamentales nacionales, pues la norma de origen interno es constitucionalmente suficiente para establecer un sentido de tutela del derecho fundamental que nos ocupa, tema este diverso al adecuado diseño constitucional de los derechos humanos, que en nuestro estima, la expansión de los derechos fundamentales debe de ser de manera explícita o expresa en las cartas fundamentales de los Estados Soberanos, sin necesidad de derivar Derechos Fundamentales de las correlativas obligaciones que tiene establecidas el Poder Público en la propia Constitución Política.

Podemos concluir de manera enunciativa en torno al Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública que se encuentra reconocido implícitamente en los siguientes numerales:

1. Derecho fundamental a recibir protección jurídica del Estado contra decisiones arbitrarias o las derivadas de su actuar administrativo, legislativo o judicial (Artículo 1° Constitucional, párrafo tercero).
2. Derecho Fundamental a contar con una Administración Pública cuyo actuar se apegue a: *legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño del servicio público* (Artículo 109, fracción III Constitucional);
3. Derecho Fundamental a ser reparado por los daños que origine el Estado, en los bienes o derechos de los particulares, con motivo de su actividad administrativa irregular o de la emisión de sus actos administrativos (Artículo 113 Constitucional, párrafo segundo).

⁴⁶ Véase MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, “Principio Pro Persona”, en *Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*, SCJN, México, 2013, 28-40.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre la Constitución del Estado Constitucional, en *Revista DOXA*, N° 24, 2001.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALFOSIN, Betania, *Regularización de la Tenencia de la Tierra en América Latina: cuestiones clave para la agenda de la Región*, en *Lincoln Institute of Land Policy*, material Curso Dimensiones Jurídicas del Suelo, Boston, 2013.
- ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, *La Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973.
- BARROSO, Luis Roberto, *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho*, México, Porrúa, 2008.
- BOBBIO, Norberto, *et. al.*, *Diccionario de Política*, 13a. ed., España, Siglo XXI, 2002.
- BIASCO, Emilio, *Introducción al Estudio de los Deberes Constitucionales*, Facultad de Ciencias Económicas y de la Administración, Universidad de la República del Uruguay, Cátedra Derecho Público, consultable en: <http://www.cce.edu.uy/ensenian/catderpu/ddbh.htm>.
- CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
- COLOMER VIADEL, Antonio, *Estudios Constitucionales*, México, UNAM, 1994.
- CHIAVENATO, Idalberto, *Administración: Teoría, Procesos y Práctica*, 3a. ed., México, McGraw Hill, 2001.
- Diccionario de Administración Pública Chilena*, 2a. ed., Santiago de Chile, Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, 2002.
- Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del

Estado, respecto a la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos.

ESTRADA GALLEGO, Fernando, “Herbert A. Simon y la economía organizacional”, *Cuadernos de Economía*, v. XXVI, núm. 46, Bogotá, 2007.

ELIAS DIAZ, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, Taurus, 1998.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004.

_____, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, ed. de Gerardo Pisarello y A. De Cabo, Madrid, Trotta, 2001.

GALINDO CAMACHO, Miguel, *Teoría de la Administración Pública*, México, Porrúa, 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, 14a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, vol. I, 2008.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, *Contratación Pública, Corrupción y Huida del Derecho Administrativo*, consultable en <http://hayderecho.com/2011/07/12/contratacion-publica-corrupcion-y-huida-del-derecho-administrativo/>.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, “Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho”, *Revista de la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas*, núm. 82.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2001.

HÄBERLE, Peter, “El Estado Constitucional Europeo”, trad. de Francisco Balaguer Callejón, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2, Enero-Junio de 2000.

HÉRNANDEZ Y RODRÍGUEZ, Sergio, *Introducción a la Administración*, 4a. ed., México, McGraw Hill, 2006.

- J. STILLMAN II, Richard J., “A dónde va la administración pública estadounidense”, *Gestión y Política Pública*, vol. XVII, núm. 2, I Semestre de 2008.
- KANT, Emmanuel, *Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 1986.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1992.
- KOTZUR, Markus, “Los Derechos Fundamentales en Europa”, *ReDCE*, año 6, núm. 12, Julio-diciembre, 2009.
- MAGIERA, Siegfried, *El Derecho a una buena administración en la Unión Europea*, Consultable en: http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Col_leccio%20Materials/26%20les%20adm_nistracions%20en%20perspectiva%20europea/8_Magiera/08%20magiera_tradcast.pdf
- MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., *Diccionario de Derecho Administrativo*, México, Harla, 1999, t. 3, p. 7.
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, “Principio Pro Persona”, *Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*, México, SCJN, 2013.
- MEDINA ALCOZ, Luis, *La Responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo*, Navarra, Thomson, 2005.
- M. HARMON, Michael, *Teoría de la Organización para la Administración Pública*, México, FCE, 2001.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, México, UNAM, 2003.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo*, vol. II, Organización y empleo público, 8a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 234.
- PEÑA MATEUS, Oscar, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador e el Derecho Colombiano*, Colombia, Artes Unidas, 2013.
- PÉREZ ARAMBURÚ, Evangelina, *La administración Pública en el Estado Moderno: Enfoques teóricos para su análisis*, Segundo Congreso Argentino de Administración Pública. Sociedad, Estado y Administración. Documentos de Trabajo, 2003.

- PETERS, Guy B, *La Política de la Burocracia*, 4a. ed., México, FCE, 1999.
- PINEDA, Fanny “ Responsabilidad del Estado” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa/UNAM/IIJ, 1992, t. P-Z.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- ROBBINS, Stephen P., *Administration*, 10a. ed., México, Prentice Hall, 2003.
- RODRIGUEZ ZEPEDA, Jesús, “Estado de Derecho y Democracia”, *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, núm. 12, México, Instituto Federal Electoral, 1999.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Alejandro, “Modelo Sistémico para el estudio del Estado, la Administración Pública y la Gestión Pública, en el contexto de los regímenes contemporáneos”, *Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guanajuato*, vols. XXVI y XVII, núms. 84-85, enero-diciembre de 2008.
- SHAFRITZ, Jay M. y C. HYDE, Albert, *Clásicos de Administración Pública*, México, FCE, 2000.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, Primer Curso, 16a. ed., México, Porrúa, 1994.
- SUÁREZ TAMAYO, David, *Huida o Vigencia del Derecho Administrativo: El caso de los Servicios Públicos Domiciliarios Transformaciones-Tendencias del Derecho Administrativo*, Colombia, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Responsabilidad” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa/UNAM/IIJ, 1992, t. P-Z.
- WALDO, Dwight, *Administración Pública: La Función Administrativa, los sistemas de organización y otros aspectos*, México, Trillas, 1982.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2007.

NUEVAS TECNOLOGÍAS EN MATERIA DE PRUEBA EN EL DERECHO FAMILIAR

Salvador SOTO GUERRERO¹

Al doctor Pedro López Ríos. Prestigiado jurista y entrañable amigo.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro vivir cotidiano encontramos, a cada paso, manifestaciones producto de la ciencia. El Derecho que debe reflejar y reglamentar los intereses sociales se hace eco de la necesidad de auxiliarse del uso de la tecnología para que lo ayude a resolver de manera más eficiente y eficaz los conflictos a fin de alcanzar su meta idealizada: la paz social. Y parece indiscutible que las controversias que más laceran a la sociedad son aquellas generadas dentro de la familia, lo que parece consecuente porque ésta, se ha dicho repetidamente –y ahora una vez más–, es la célula de la sociedad. Tal es la razón por la cual tocamos un tema de Derecho Procesal Familiar, al que hemos denominado Nuevas Tecnologías en Materia de Prueba en el Derecho Familiar.

Concepto de familia. Nuestro sistema jurídico se identifica con el concepto que de familia la normatividad italiana acepta, entendiendo como tal “el conjunto de personas unidas por un vínculo jurídico de consanguinidad o de afinidad.”² Aunque el ordenamiento jurídico de nuestro país parece iniciar el desplazamiento del cometido principal de la familia en la tradición: la procreación, hacia la asistencia mutua, la crianza y la educación de los hijos. La primera enfrentada por un lado con la maternidad subrogada o de alquiler y por el otro, con el matrimonio entre personas del

¹ Miembro fundador del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la entonces Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato. Miembro de Número de los Institutos Mexicano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro Fundador del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal “Cipriano Gómez Lara”.

² CICU, Antonio, *El Derecho de Familia*, trad. Santiago Sentís Melendo, Bs.As., Ediar, pp. 27, 30 y 31.

mismo sexo. La asistencia mutua, la crianza y educación de los hijos, son cuestionadas cuando el encargo recae sobre uniones o matrimonios entre parejas de igual sexo.³ La familia actual tiene ante sí el reto de agregar un nuevo dato de valoración externa social y pública acorde a nuestros tiempos. Hasta ahora, el sustento legal valorativo de la familia es lo que ha inducido a la doctrina a afirmar la afinidad del derecho familiar con el derecho público, o, sin más, a incorporarlo en él. La naturaleza jurídica del derecho alimentario, por ejemplo, no obstante su contenido patrimonial, hace necesario dar a la obligación alimentaria una dimensión diferente del común concepto de obligación del derecho patrimonial sistematizado por el derecho privado.

Principios procesales del derecho de familia.- Jorge L. Kielmanovich afirma que el proceso de familia, sea contencioso o “voluntario”, presenta una serie de principios especiales que han sido denominados por algunos como de “tercera generación”, tomando en cuenta los caracteres distintivos impuestos por la naturaleza de las relaciones que constituyen el objeto de las pretensiones y por la calidad de las personas que se involucran en las relaciones jurídicas familiares. Tales principios inspiran y orientan la legislación, e incluso dan respuesta a problemas que se suscitan en las leyes vigentes cuando faltan normas específicas o las que existen son incompletas.

Sobre estas bases –agrega– se construyen trabajosamente específicas leyes familiares o normas particulares que se incorporan a los códigos procesales civiles, buscando establecer en ellos esos principios de tercera generación:

³ Código Civil para el Distrito Federal. “Artículo 146.- Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.” El mes de agosto del 2010 la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció a las parejas del mismo sexo la constitucionalidad del derecho de adopción. Los cambios constantes en el mundo actual los conocemos casi al instante en que suceden; los sofisticados medios de comunicación nos han informado –por ejemplo– de movimientos sociales encaminados a legalizar un nuevo tipo de relación entre parejas del mismo sexo, formando, se dice, un “nuevo tipo de familia”. Las posiciones ante este fenómeno social se confrontan, se aceptan o se rechazan y hasta se reprimen. Nuestro país no es ajeno a estos cambios, la normativa legal vigente en el Distrito Federal ha encabezado la posición de reconocer un nuevo tipo de relaciones familiares, frente a otras entidades de la federación que lo han rechazado. El tema ha tocado inclusive a los Juegos Olímpicos de Invierno a celebrarse el año 2014 en Rusia; el jefe de Estado del país organizador y el Presidente de los Estados Unidos de América, se colocan en extremos opuestos: el primero rechaza las relaciones y convivencia de parejas del mismo sexo; el segundo, las considera como un derecho de los seres humanos. Es claro que cualquiera que sea la respuesta, incide de manera importante en la formación del Derecho de Familia.

(a) gratuidad y más fácil acceso a la justicia; (b) publicidad e intervención inquisitorial del juzgador en los procedimientos; (c) intermediación, oralidad, privacidad y acentuación de la función conciliadora; (d) simplificación de los procedimientos y cooperación interdisciplinaria; (e) abreviación de los plazos y consideración por el trámite más breve en circunstancias un tanto inciertas; (f) derecho del niño de ser oído, que en opinión de Javier Llobet Rodríguez este derecho les había sido coartado con un afán protector infundado, despreciando tanto su madurez como su edad, ésta objetivamente marcada en general por doce años y subjetivamente entendida como sustento de madurez del menor, premisa frecuentemente falsa.⁴ (g) En forma especial el principio del favor de la prueba, que supone, en caso de duda en torno a la producción, admisión, encauzamiento y valoración, deberá estarse por un criterio amplio en favor de los medios de convicción; es recomendable la apertura de la prueba en la causa a una declaración de puro derecho que pudiera ocasionar consecuencias irreparables por la falta inicial del acreditamiento de hechos que en última instancia sólo incidiría en la duración del proceso.⁵

Eva Camacho Vargas subraya la conveniencia de que sean cuerpos procesales independientes los que contengan las reglas que resuelvan las relaciones familiares sometidas al conocimiento judicial, y que el conjunto de normas sea de orden público y de aplicación inmediata.⁶ Carina Gómez Fröde en una interesante obra,⁷ al analizar el plano normativo del derecho procesal familiar (“el purgatorio”) señala que algunas de las grandes controversias en esta materia siguen reguladas “... bajo la vía de los procesos ordinarios civiles y por tanto continúan exigiendo el cumplimiento de formalidades rígidas y especiales a diferencia de las llamadas ‘controversias familiares’”. En el Distrito Federal –afirma– existe un total desorden legislativo y una grave falta de sistematización, pues las normas procesales en materia familiar contenidas en los códigos civil y de procedimientos civiles “... son desordenadas, vagas, imprecisas e incompletas y por tanto no hay armonía y ello provoca una inseguridad jurídica y escasa funcionalidad.”

⁴ “El derecho del niño y adolescente a ser oído y a que se considere su opinión en los procesos judiciales”, en Jorge L. KIELMANOVICH y Diego BENAVIDES SANTOS (comps.), *Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general*, San José, C. R., Editora Jurídica Continental, 2008, pp. 207 y 228.

⁵ “La esencia del proceso de familia”, *ibidem*, pp. 13, 14 y 18.

⁶ KIELMANOVICH, Jorge L., “Los principios procesales desde un enfoque familiar”, en *Op. Cit.*, p. 31.

⁷ *Derecho Procesal Familiar*, México, Porrúa, 2007, p. 50. Se refiere a divorcio necesario, suspensión, limitación y terminación de la patria potestad, nulidad de matrimonio.

Crítica ésta aplicable a la mayoría de las entidades federativas en nuestro país, lo que justifica proponer leyes familiares que formen cuerpos independientes en los que se incorporen principios acordes con la importancia social de esta rama del derecho. En el Estado de Guanajuato, no se atendió a esta propuesta y nuestro Código de Procedimientos Civiles sigue engrosándose –innecesariamente–, con asuntos que lo alejan cada vez más de la original idea del juicio único.⁸

Entre nosotros Ovalle Favela⁹ define el derecho procesal familiar y del estado civil como “la disciplina que estudia el conjunto de normas que regula los procesos destinados a solucionar los conflictos sobre la familia y el estado civil de las personas.” Añade el autor que el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sonora recoge las bases para un deseado nuevo proceso familiar en sus artículos 552, 553 y 553 bis.¹⁰

La prueba.– En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar; y se entiende que probar es demostrar la certeza de un hecho o

⁸ Entendemos que como “ideal” es por definición irrealizable, pero si respetamos este principio no llenaremos innecesariamente nuestro código de un cúmulo de normas que debieran estar en otros cuerpos legales.

⁹ OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, 5a. ed., México, Oxford, 2001, pp. 76 y 77.

¹⁰ Artículo 552.- En todos los asuntos de que trata este título tendrá intervención el Ministerio Público.

Artículo 553.- El juez dispondrá de las más amplias facultades para la determinación de la verdad material, sin que quede vinculado a las reglas de la prueba legal para lograr este resultado.

El Juez de Primera Instancia estará facultado para intervenir en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia intrafamiliar, pudiendo decretar de oficio medidas precautorias y de seguridad que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros, observando en particular las previstas en el artículo 447 del Código Civil y la fracción IV del artículo 39 de la Ley de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar para el Estado de Sonora.

A este fin, regirán los siguientes principios:

- I.- Las reglas sobre repartición de la carga de la prueba no tendrán aplicación;
- II.- Para la investigación de la verdad, el juez puede ordenar cualquier prueba, aunque no lo ofrezcan las partes;
- III.- El principio preclusivo, en cuanto signifique un obstáculo para el logro de la verdad material, no tendrá aplicación;
- IV.- La admisión de hechos y el allanamiento no vinculan al juez;
- V.- No tendrán aplicación las reglas formales de apreciación de las pruebas, ni las ficciones legales.

Artículo 553 BIS.- No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de Primera Instancia tratándose de actos de violencia intrafamiliar previstos en el artículo 489 bis del Código Civil para el Estado de Sonora.

la verdad de una afirmación. En sentido jurídico procesal la prueba es un método de averiguación: demostrar la verdad de un hecho que se afirma como cierto, y un método de comprobación: hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición. A la prueba penal se atribuye generalmente las características de ser una averiguación; a la prueba civil, las de ser una comprobación. Eduardo J. Couture expuso con toda profundidad, claridad y sencillez el tema de la prueba en su ya clásica obra *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, y en ésta plantea los problemas generales que a su parecer son los principales sobre el tema. Dice este autor que tales problemas consisten en saber qué es la prueba (concepto); qué se prueba (objeto de la prueba); quién prueba (carga de la prueba); cómo se prueba (procedimiento probatorio); qué valor tiene la prueba (valoración de la prueba). Por debajo de estos problemas generales se encuentran todos los relativos a cada uno de los medios de prueba, con lo anterior surge otra pregunta: con qué se prueba (medios de prueba).¹¹ En todos estos ámbitos del derecho probatorio han impactado los avances de la ciencia, la que en su sorprendente evolución diaria (sin exageración alguna) parece que nos enfrenta a un mundo irreal, si no fuera porque ante nuestros sorprendidos ojos lo irreal se convierte en real pero incomprensible. Y es precisamente en la teoría general de la realidad donde se sustenta la teoría general del derecho; o mejor, es conveniente saber desde el principio que el Derecho es un aspecto del mundo o de la realidad, según lo expresó el egregio Carnelutti;¹² y por lo mismo, los procesalistas tenemos el compromiso ineludible de atender, entender e incorporar de manera idónea los avances de la ciencia al proceso judicial.

Proceso y ciencia. - Algunos autores opinando que vivimos inmersos en una realidad dirigida por la tecnología, no dudan en afirmar que ahora "... la tarea a realizar, es construir el futuro de la implantación tecnológica en

El Juez, valorando la situación de la parte agredida y la posibilidad de peligro para la misma, podrá recomendar a los involucrados que convengan en audiencia privada, los actos para hacer cesar la situación de violencia intrafamiliar y en caso de que no lo hicieran o no resultare conveniente para la parte agredida, en la misma audiencia el Juez del conocimiento determinará las medidas procedentes para la protección de los menores y de la parte agredida. Al efecto, el Juez para normar su criterio, podrá tomar en cuenta, los informes que al respecto hayan sido elaborados por las instituciones públicas o privadas que hubieren intervenido y escuchará al Ministerio Público, así como a la Procuraduría de la Defensa del Menor y de la Familia.

¹¹ 3a. ed., Bs. As., Ediciones Depalma, 1973, pp. 215, 216 y 217. Véase también a OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, 9a. ed., México, Oxford, 2003, p. 126.

¹² CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Generale del Diritto*, 3a. ed., Roma, Soc. del "Foro Italiano", 1951, pp. 2 y 3

la justicia: conseguir la Justicia Electrónica”.¹³ Guliano Berti Arnoaldi Veli entiende que actualmente el proceso no funciona bien; y si consideramos al proceso como un enfermo –dice– a su cabecera acuden un sinnúmero de médicos, cada uno de ellos con una propuesta para su curación: es necesario aumentar el número de jueces, señalan unos; otros afirman lo indispensable que es modificar las normas procesales; algunos más, sugieren aplicar instrumentos conciliadores para darle agilidad y abatir el rezago; en fin, hay quienes aconsejan escoger mejor a los secretarios y en general a todos los auxiliares de justicia. Nuestro autor lleva a la discusión un “medicamento” que puede sanar al enfermo, desde luego, sin olvidar la aplicación de las otras recetas; se trata de la modernización de los mecanismos operativos que asisten y acompañan al proceso: aprovechar los avances de la ciencia mediante la utilización de la informática y la telemática en el proceso.¹⁴

Fuera metáforas, Mario Jacchia entiende que la informática y la telemática ofrecen grandes oportunidades de renovación y desarrollo al proceso. Con estos nuevos sistemas tecnológicos se busca una sustitución del papel en los archivos por el informático y actuaciones más eficientes dentro del proceso, lo que facilitaría el acceso a la información a quienes la requieran a distancia y la realización de actos procesales por vía telemática. Los operadores del derecho inmersos en conflictos judiciales contarían así con medios científicos que les obligasen a revisar sus actividades profesionales y a rediseñar un proceso civil en el que se definan nuevas reglas en sus relaciones y funcionamiento.¹⁵ El futuro nos dirá si a la tecnología le debemos una justicia digna de países modernos; apuntamos, ... una justicia digna de la familia de nuestros tiempos, que ahora, si no está en crisis, sí se encuentra ante cuestionamientos sociales muy importantes.

Cientificidad de la prueba judicial. - ¿En qué sentido se puede hablar de cientificidad de la prueba? Vittorio Denti asegura que la respuesta sólo se puede dar si distinguimos los diversos significados del término “prueba” en el lenguaje jurídico, los que el propio profesor italiano reduce a tres: 1) “prueba” en el sentido de medios de prueba utilizados para la demostración del thema probandum (documentos, testigos, etc.) (evidence); 2) “prue-

¹³ Véase URBANO CASTRILLO, de Eduardo y MAGRO SERVER, Vicente, *La Prueba Tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, Esp., Thomson-Aranzadi, 2003, p. 26.

¹⁴ “Apertura del Convengo”, en Mario Jacchia (coord.), *Il Processo Telematico*, Bolonia, Il Mulino, 2000, pp. 7 y 8. Este volumen contiene las actas de la reunión celebrada el Bolonia del 26 al 27 de noviembre de 1999, donde se trató el tema: *Il Processo Telematico. Nuovi ruoli e tecnologie per un moderno processo civile*.

¹⁵ “Presentazione del Convengo”, *ibidem.*, p. 19.

ba” como procedimiento probatorio o conjunto de actividades reguladas generalmente por la ley y realizadas por el juez y las partes a fin de que el proceso obtenga los medios de prueba; 3) “prueba” como el convencimiento del juez sustentado en los medios de prueba, lo que es resultado del procedimiento probatorio (proof). Es obvio que los problemas que se derivan para el juez y las partes se plantean de forma diferente en las tres diversas situaciones.

En opinión de Denti es el tercer significado de prueba al que se debe reservar la expresión “cientificidad de la prueba”. Esta posición la justifica por la necesidad de integrar en la comprobación del hecho, el patrimonio cultural del juez como hombre común y el conocimiento que está más allá de su propia ciencia privada en el que –sin carácter vinculante– se auxilia con expertos. El resultado final es que con la combinación de todos estos elementos, el juzgador ejerce su función institucional: valorar para determinar la existencia o inexistencia del *factum probandum* o hecho que se necesita probar.¹⁶

Agrega el propio autor que no parece tener un significado sustentable de “cientificidad” el uso del término prueba en el sentido de medio de prueba, en cuanto que si el *factum probans* puede ser documento, testimonio o indicio, no es, en sí mismo, ni científico ni no científico. Lo mismo puede decirse de la prueba como procedimiento probatorio, porque aun cuando la admisión de la prueba involucre la utilización de medios técnicos particularmente complejos, se trata siempre de actividades procesales encaminadas a obtener instrumentos para el conocimiento de los hechos, y como tales susceptibles de ser calificados únicamente en función de su propia disciplina normativa.¹⁷

Entiendo que para realizar la valoración de los datos, información y empleo de medios técnicos que suelen provenir de expertos –medios de prueba y procedimientos probatorios– el juez acude a un sistema de normas jurídicas que le permiten dentro del proceso y en el caso concreto calificar su científicidad. Sin embargo, estoy convencido que podemos encontrar

¹⁶ “Scientificità Della prova e libera valutazione del giudice”, en *Un Progetto per la Giustizia Civile*, Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1982, pp. 61, 62, 78 y 87. El proceso es en esencia un rito en el que la colectividad debe poder reconocerse, y en el que también aquello que no pueda ser comprensible para el hombre medio debe llegar a serlo, so pena de fracasar en su función social.

¹⁷ *Ibidem*, p. 63.

otros criterios tanto jurídicos como tecnológicos que nos permitan apreciar su *status* científico.

En forma abstracta y general diversos ordenamientos reconocen la científicidad de algunos medios de prueba y con tal denominación los incorporan en su normativa; por ejemplo: el artículo 96-VII del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato reconoce como medios de prueba, entre otros, la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología y en general, “todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia”.

El artículo 265-VI del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sonora registra como medios de prueba las fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos, reproducciones, experimentos y, en general, todos aquellos elementos aportados por la ciencia. El vigente Código Federal del Procedimientos Civiles en el artículo 93-VII acepta también contar con “... todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.” La Ley de Enjuiciamiento Civil española (2000) en el artículo 299 apartado 2. dispone que se admitirán medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como instrumentos en que se archiven, con posibilidad de conocimiento o/y reproducción posterior, palabras, cifras, datos y operaciones matemáticas. Al comentar esta norma Andrés de la Oliva Santos establece una división entre los medios de prueba no tradicionales (científicos) del apartado 2., entre los cuales se cuentan no sólo los videos, películas, grabaciones magnetofónicas y digitales, de sonido e imágenes, sino todos a los que de manera abierta se refiere el apartado 3. “...cualquier otro medio [del que] pudiera obtenerse certeza sobre los hechos relevantes”. Los medios de prueba tradicionales se enumeran en el apartado 1. del citado artículo.¹⁸

En controversias ahora se recurre con mayor frecuencia a pruebas, experimentos o investigaciones científicas, porque la ciencia en poco tiempo ha alcanzado niveles de altísima sofisticación y su influencia es reconocida en nuevos campos y sectores. Los métodos convalidados por la ciencia buscan dar mayor certeza racional posible y otorgar mayores garantías de confiabilidad también dentro del proceso judicial. No creo que podamos negar, por

¹⁸ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés *et al.*, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 537 y 538. Además, véanse los artículos 382 y 384 para definir la nueva clase de pruebas no tradicionales de la Ley, relacionados con el artículo 230 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*: “... Los juzgados y tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad...”.

ejemplo, el carácter científico a la prueba del ADN: utilizada por primera vez en un contexto judicial en 1986, la que ha venido a emplearse cada vez que se quiere conocer la identidad de un sujeto.¹⁹ Es cierto que el uso de las pruebas científicas en el proceso es complejo y delicado, tanto que los jueces pueden ser desviados en la valoración de los datos científicos.

Michele Taruffo²⁰ refiere el fallo sobre el caso Doubert emitido en 1993 por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Un fallo importante porque en él se establecieron criterios –filtros– que podrían guiar a los jueces para el análisis y admisión de las pruebas científicas. Tales criterios son: 1) ajustarse a los hechos litigiosos; 2) aplicar teorías y técnicas que puedan ser falsables²¹ y contrastables;²² 3) conocer la razón del error real o potencial; 4) acudir a datos publicados en revistas científicas con peer-review (expresión en inglés que se refiere a la revisión de por lo menos dos expertos para validar trabajos escritos, con el fin de determinar la validez de las ideas, sus resultados y su impacto potencial en el mundo de la ciencia); 5) en fin, aceptar en general datos calificados como relevantes por la comunidad científica.²³ Estos criterios específicos han sido discutidos y

¹⁹ Véase a TARUFFO, Michele, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009, p. 213.

²⁰ TARUFFO, Michele, *La Prueba*, (trad. de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán), Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 99 y 100.

²¹ Una proposición es *falsable* si existe o puede existir algo que la haga falsa, de lo contrario sería infalsable. Véase Mario BUNGE, “Falsabilidad” en *Diccionario de Filosofía*, 4a. ed., trad. María Dolores González Rodríguez, México, Siglo XXI, 2007, p. 80.

²² “Contrastabilidad” es la propiedad de una proposición o teoría para someterse a una prueba, ideada tanto para confirmarla como para debilitarla. En *ibidem*, p. 38.

²³ Véase igualmente y en forma especial a David Goodstein, “How Science Works”, en KAYE, David H. y Sensabaugh, George F., Jr., *Reference Guide on DNA Evidence, Reference Manual on Scientific Evidence*, 2a. ed., Pennsylvania, USA, Diane Publishing Co., 2000, pp. 81 y 82.

“In particular, the methods should be judged by the following criteria:

1. The theoretical underpinnings of the methods must yield testable predictions by means of which falsified.
2. The methods should preferably be published in peer-reviewed journal.
3. There should be a known rate of error that can be used in evaluating the results.
4. The methods should be generally accepted within the relevant scientific community”.

“Particularmente, los métodos se deben juzgar con base en los siguientes criterios:

1. Los fundamentos teóricos de los métodos deben producir predicciones como probables, es decir, que puedan ser falsables.
2. Los métodos deben ser publicados preferentemente en revistas especializadas y otros expertos puedan valorarlos.
3. Debe haber un margen de error reconocido utilizable al evaluar los resultados.
4. Los métodos deben ser generalmente aceptados por la comunidad científica relevante.

criticados, pero sin duda representa un intento serio para afrontar el problema de la validez, fiabilidad y uso correcto de la ciencia como fuente de prueba. Es también una exhortación a los científicos de hacer una buena ciencia y esperar de ellos ser en primer lugar científicos y, en segundo, peritos. El célebre caso Daubert ha tenido repercusión internacional; la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro país ha sentido su influencia, como lo podemos apreciar en la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis que abajo analizamos.

En esta edad de la ciencia, la ciencia debería esperar encontrar una calorosa bienvenida en nuestros tribunales. Es una realidad su presencia en controversias legales, y con su auxilio las resoluciones judiciales buscan ser convincentes no sólo para los litigantes sino para la sociedad en general. Los jueces quieren hacer sentir que la aplicación de la ley responde a expectativas de justicia, aunque en ocasiones implique conocer de asuntos que envuelven problemas básicos de la libertad humana cuyo planteamiento parece romper el sistema constitucional. El llamado “derecho a morir” contempla por un lado la prohibición al Estado de privar de la vida a las personas sin un debido proceso; por el otro, el propio Estado permite a un médico asistir al suicidio de un enfermo terminal para aplicar la tecnología a fin de reducir o eliminar el riesgo de una muerte severamente dolorosa.²⁴

²⁴ Sin que hablemos de un “derecho a morir” en sentido estricto, es interesante analizar las reformas a la Ley General de Salud mexicana publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 5 de enero del año 2009, pp. 38 y siguientes. Transcribimos en lo conducente lo consideramos importante para nuestro tema.

De los Derechos de los Enfermos en Situación Terminal.

Artículo 166 Bis 3. Los pacientes enfermos en situación terminal tienen los siguientes derechos:

VIII. Renunciar, abandonar o negarse en cualquier momento a recibir o continuar el tratamiento que considere extraordinario;

IX. Optar por recibir los cuidados paliativos en un domicilio particular;

X. Designar, a algún familiar, representante legal o a una persona de su confianza, para el caso de que, con el avance de la enfermedad, esté impedido a expresar su voluntad, lo haga en su representación;

Artículo 166 Bis 4. Toda persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, puede, en cualquier momento e independientemente de su estado de salud, expresar su voluntad por escrito ante dos testigos, de recibir o no cualquier tratamiento, en caso de que llegase a padecer una enfermedad y estar en situación terminal y no le sea posible manifestar dicha voluntad. Dicho documento podrá ser revocado en cualquier momento.

Para que sea válida la disposición de voluntad referida en el párrafo anterior, deberá apegarse a lo dispuesto en la presente Ley y demás disposiciones aplicables.

Artículo 166 Bis 5. El paciente en situación terminal, mayor de edad y en pleno uso de sus facultades mentales, tiene derecho a la suspensión voluntaria del tratamiento cura-

O también la privación de libertad de una persona cuando la ley requiere saber si ese individuo puede ser considerado mentalmente enfermo y peligroso, al grado que la amenaza que éste representa para la seguridad pública justifique su reclusión indefinida sin ser un criminal.

La ciencia y la ley están más unidas de lo que primera vista podría pensarse: los tribunales otorgan validez legal a espectrogramas de la voz,²⁵ revisan la razonabilidad de las conclusiones de una agencia administrativa sobre la seguridad de las drogas, el riesgo de asistir a la eliminación de residuos nucleares, o el riesgo para la vida silvestre asociada con la construcción presas u otras edificaciones. Los casos de patentes pueden también implicar cuestiones técnicas o científicas. En asuntos de derecho de daños se deben realizar a menudo difíciles exámenes técnicos sobre el riesgo de muerte o lesiones asociadas a la exposición a pesticidas, ingredientes químicos u otros producto que se reputen dañinos para la salud, incluyendo los aditivos potencialmente peligrosos que contienen los alimentos, y así otros muchos casos.²⁶

La prueba tecnológica en el Derecho Familiar.- Con base en el análisis de la prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil que hacen Eduardo de Urbano Castrillo y Vicente Magro Server,²⁷ enumeramos algunas de ellas que bien pueden aplicarse en forma concreta al derecho familiar. Estos autores mencionan al CD-ROM o disco compacto, que permite archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso; el DVD que es un disco digital video, con la misma función que el anterior; BASE DE DATOS, cuya unidad mínima de información es precisamente el dato. Técnicamente los datos son hechos y cifras en bruto que se procesan para obtener información, que actualizada proporciona respuestas inmediatas. Ejemplo, capacidad económica del demandado en caso de divorcio, para

tivo y como consecuencia al inicio de tratamiento estrictamente paliativo en la forma y términos previstos en esta Ley.

Artículo 166 Bis 6. La suspensión voluntaria del tratamiento curativo supone la cancelación de todo medicamento que busque contrarrestar la enfermedad terminal del paciente y el inicio de tratamientos enfocados de manera exclusiva a la disminución del dolor o malestar del paciente.

En este caso, el médico especialista en el padecimiento del paciente terminal interrumpe, suspende o no inicia el tratamiento, la administración de medicamentos, el uso de instrumentos o cualquier procedimiento que contribuya a la prolongación de la vida del paciente en situación terminal dejando que su padecimiento evolucione naturalmente.

²⁵ El análisis de la voz es otro de los métodos que se utilizan para lograr la identificación de una persona, en casos o situaciones como secuestros, sobornos, chantajes, amenazas, etc.

²⁶ Véase *Op. cit.*, pp. de 2 a 5.

²⁷ *Op. cit.*, pp. 77 y ss..

efectos de aseguramiento preventivo. PROGRAMAS DE ORDENADOR, que puede estar formado por miles de órdenes y ser capaz de acreditar la gestión completa de una empresa.

VIDEO, que se configura como soporte que contiene imágenes y sonidos obtenidos por cámaras grabadoras y que puede aportarse al proceso familiar como prueba en materia de reproducción de la palabra, la imagen y sonido. Si son documentos básicos deben presentarse con la demanda o contestación, quizá para acreditar que uno de los cónyuges que alega imposibilidad física de aportar apoyo económico a la familia por su invalidez física, con una cinta de video se acreditaría que es solamente una argucia. FAX, aparato diseñado para enviar y recibir imágenes a través de una línea telefónica; ARCHIVOS INFORMÁTICOS, que se suelen usar como sinónimo de fichero; TARJETA DE PREPAGO DE TELÉFONO CELULAR, que utiliza el número determinado de una empresa concreta y una clave secreta; DISCO DURO, dispositivo de almacenamiento de gran capacidad diseñado “para permanecer dentro del ordenador (salvo pocas excepciones, que sí son portables)”.²⁸ CORREO ELECTRÓNICO o E-MAIL, que permite el intercambio de mensajes; INTERNET. Una cosa es la prueba por vía Internet y otra el contenido de la página Web, que en el fondo es lo que forma el objeto de la prueba, es decir, lo que se trata de probar. Por ello debe admitirse y exigirse que se soporte con la demanda o contestación el documento relativo a la copia de la Web en la que consta el contenido que es el objeto de la prueba.

La obra de donde he tomado esta información fue publicada en el año 2003, y la verdad a sólo diez años de haber salido a la luz está claramente atrasada desde el punto de vista del avance tecnológico, porque muchos de los avances científicos de ese momento, nos son ahora conocidos en la vida normal de nuestros tribunales. Sin embargo, la admisión, preparación, desahogo y valoración de la prueba científica desde el enfoque jurídico, aún presenta una serie de problemas, teóricos y prácticos, que los tribunales continúan enfrentando.²⁹

No olvidemos que la ciencia como fuente de interés en la prueba judicial actualmente abarca un espacio muy amplio comparado con el que cubría hace poco tiempo y recordemos en las llamadas “ciencias blandas” o “socia-

²⁸ *Ibidem.*, p. 93.

²⁹ Entre otras muchas preguntas, las siguientes: ¿Tienen el carácter de documentos las pruebas tecnológicas o es autónoma su consideración? ¿Cuál es el momento procesal oportuno para la presentación de las pruebas tecnológicas? ¿Cómo se pone en práctica la impugnación de la autenticidad de los medios de reproducción aportados? ¿Debe tener el órgano judicial el medio de reproducción habilitado correspondiente?, etc.

les”, ejemplificativamente, la psicología, la psiquiatría y la sociología. En el campo de las “ciencias duras”, cada día más sofisticadas y especializadas, la bioquímica, la toxicología, la genética, etc. Especial interés despierta en el derecho familiar la genética en su presentación de prueba judicial de ADN para el conocimiento o desconocimiento de la paternidad.³⁰ Nuestra Suprema Corte ha dictado una resolución sobre la prueba genética, que refleja la influencia del caso Daubert en cuanto a los criterios que podrían guiar a los jueces para el análisis y admisión de las pruebas científicas. Por su importancia e interés, desde mi punto de vista, la he analizado en los términos que abajo expongo.

El ADN o Acido Deoxyribonucleic, es una molécula que codifica información genética en todos los organismos vivos. Su estructura química fue aclarada en 1954. Después de treinta años, muestras de ADN comenzaron a utilizarse en el sistema de justicia criminal, inicialmente en casos de violación y asesinato; ahora es la prueba que permite en el derecho de familia ser la determinante para motivar una resolución sobre paternidad.

La prueba ha sido tema de extenso escrutinio de abogados, jueces y de la comunidad científica. La prueba de ADN es admisible virtualmente en muchos países, pero la discusión ahora se ha centrado sobre las salvaguardias que se deben requerir en muestras de la prueba y en la presentación de las pruebas ante el tribunal. Apuntamos además que hay muchos tipos de análisis de ADN, y más aun que están desarrollándose. Nuevos problemas de admisibilidad aparecen con el surgimiento de métodos de análisis y nuevas aplicaciones se han introducido con los métodos establecidos.³¹ Sin embargo, todavía los tribunales la consideran confiable.

LA SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN Y LA PRUEBA PERICIAL GENÉTICA (ADN)

En nuestro país sobre el tema la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una resolución por demás interesante, marcó los derroteros a seguir cuando pretendamos adentrarnos al estudio para efectos prácticos y no sólo eso, sino fundamentalmente teóricos, en los asuntos relacionados con la prueba de la paternidad por ADN. Por el especial atractivo que tiene para nuestro trabajo, analizamos en lo conducente esta

Además contiene respuestas de los tribunales españoles sobre estas y otras muchas preguntas. Véase, misma, *ibidem.*, pp. 103 y siguientes.

³⁰ Véase *op. cit.*, pp. 97 y 98.

³¹ Véase *op. cit.*, p. 487.

Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 154/2005-PS, generada por la controversia entre las ejecutorias sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito.³²

ANTECEDENTES:

1. En ambos casos ante el juez de la causa se demandó el reconocimiento de paternidad y se ofreció como prueba la pericial en genética, consistente en el análisis del ADN³³ del demandado para compararlo con el del menor cuya paternidad se le imputaba. La prueba no se desahogó: en el primer juicio porque el demandado se opuso a la toma de muestras; en el segundo, no compareció.

2. En los dos asuntos hubo apercibimiento: en uno, de negarse se le impondría una multa hasta por cien días de salario mínimo vigente en el Estado de México (CPCEdomex a. I.124); en el otro, un arresto de hasta treinta y seis horas (CPC a. 42- II).

3. En contra de estas las resoluciones los interesados –respectivamente–, promovieron juicio de amparo indirecto, los cuales les fueron negados. Inconformes, interpusieron recurso de revisión: uno, ante el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Éste revocó la sentencia recurrida y concedió el amparo. El otro, ante el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito, quien confirmó la sentencia recurrida y negó el amparo.

4. El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito para conceder el amparo solicitado adujo que si bien es cierto los tribu-

³² Registro No. 20018.- Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*.-Tomo: XXV, Marzo de 2007. Página: 112. JUICIOS DE PATERNIDAD. EN LOS CASOS EN QUE A PESAR DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APREMIO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN), OPERA LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN CONTROVERTIDA (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO).

³³ La prueba pericial en materia de genética se traduce en la toma de muestras de sangre, con objeto de determinar la correspondencia de ADN a fin de establecer, mediante el procedimiento científico, los caracteres hereditarios que a su vez permitirán determinar si existe o no un vínculo de parentesco por consanguinidad, y así poder dilucidar la acción de reconocimiento de paternidad

nales judiciales deben velar por el interés superior de los niños³⁴ y por a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento,³⁵ esto derivado del derecho de los niños a conocer su filiación, también lo es que deben armonizarse tales derechos del niño con el derecho constitucional a la intimidad,³⁶ consistente éste en mantener reservada información que se considere no comunicable sobre la persona a quien se atribuye la paternidad del infante.³⁷

Consecuentemente, el Tribunal Colegiado estimó fundados los argumentos del recurrente consistentes en que el juez constitucional contraviene lo dispuesto en los artículos 14 y 16 constitucionales, porque el desahogo de la citada probanza no está reglamentado en el código civil ni en el Código Procesal Civil del Estado de México. Y en efecto, en el actual Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México no se encuentra expresamente regulado lo relativo a que ante la negativa del demandado para aportar las muestras médicas para el desahogo de la prueba pericial en genética ADN, éstas puedan obtenerse de manera coercitiva, es decir, a través de la aplicación de los medios de apremio.³⁸ Además, porque la toma de muestras le ocasiona una lesión irreparable y, por ello, se le lesio-

³⁴ La resolución se apoyó también en los artículos 30., 70., 90., 10, 12, 18, 19, 20 y 27 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* Ratificada por el Estado mexicano el veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa, por lo que de acuerdo al artículo 133 constitucional, sus normas se consideran como parte del sistema jurídico nacional.

³⁵ Garantía individual prevista en el artículo 4º Constitucional.

³⁶ Artículo 16 de la Constitución, primer párrafo.

³⁷ Con la prueba del ADN se puede poner en evidencia otras características o condiciones genéticas relacionadas con aspectos patológicos hereditarios o algunas tendencias o proclividad a determinadas conductas que pertenecen a la más absoluta intimidad del ser humano. Permitir la práctica de la prueba pericial genética podría traducirse en una invasión a la intimidad del ser humano, una intromisión a su individualidad, poniendo al descubierto aspectos o características genéticas que no tengan nada que ver con la *litis* sobre los derechos de paternidad que en su caso se ventile, pero que puedan quedar de manifiesto a través de los dictámenes periciales que en su momento se rindan, y obrar en autos en donde todo aquel que tenga acceso al expediente podrá imponerse de su contenido, con lo cual se vería burlado el derecho a la intimidad y, en alguna medida, el derecho a la libertad y a la integridad física.

³⁸ Así entonces, dicha laguna de la ley, no podía ser cubierta con la facultad que tiene el juzgador para hacer cumplir sus determinaciones aplicando las medidas de apremio previstas en el artículo 1.124 del citado código adjetivo, pues, ciertamente, el Juez natural para hacer cumplir sus determinaciones tiene a su alcance esas medidas coercitivas, pero no se puede soslayar que las mismas forman parte de un sistema jurídico y, por ello, no pueden rebasar lo expresamente estatuido en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna, los cuales consagran los principios de legalidad y seguridad jurídica.

nan sus derechos fundamentales (libertad) como es el relativo a someterse o no a dicha prueba.

5. En asunto que conoció el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito, analizados los agravios hechos valer, resolvió que el apercibimiento de arresto hasta por 36 horas no es una pena infamante³⁹ ni pena trascendental⁴⁰ o que de los actos impugnados se advierta que se haya ordenado golpear o maltratar al quejoso. Tampoco la toma de muestras de sangre, con objeto de determinar la correspondencia de ADN implica una medida que involucra un acto cruel, inhumano o excesivo para estimarla como una pena inusitada, o bien, que trajera como consecuencia un tormento o cualquier marca en la persona del demandado.⁴¹ Y no constó

³⁹ El apercibimiento decretado contra el quejoso de aplicarle el arresto hasta por treinta y seis horas en caso de que no compareciera al desahogo de la extracción sanguínea de su cuerpo, no puede catalogarse como una pena infamante, pues ésta ha sido interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como aquella que implica una deshonra del gobernado imborrable y permanente frente a terceros.

En el caso de la ejecución de la medida de apremio ordenada por el Magistrado responsable, no generará tal agravio, ya que en el juicio de origen sólo tienen injerencia tanto la parte actora como demandada, en la medida que dicho arresto en su caso, sólo constituirá una sanción por no comparecer al cumplimiento de un requerimiento que el agraviado estima ilegal porque se afecta su persona desde el punto de vista psico-físico; lo que significa que ante terceros el quejoso sólo aparecerá como una persona que en juicio se niega a acatar una orden judicial, por tener la convicción de que es justificada esa negativa a la luz de sus garantías que prevé la Constitución General; de manera que es evidente que desde el punto de vista de la posición del reo, no se ocasionará ningún descrédito o deshonra con la aplicación del medio coercitivo aludido.

⁴⁰ Tampoco es posible otorgarle al apercibimiento y arresto a que se refieren los actos reclamados la calidad de una pena trascendental, en razón a que la ejecución de tal medida correctiva está dirigida sólo contra el agraviado sin afectar a terceras personas que tienen relación con él, según el concepto de “pena inusitada” acuñado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien la ha definido como aquella que se caracteriza porque sus efectos no recaen exclusivamente sobre la esfera jurídica del condenado, sino que van más allá, afectando a sus parientes o allegados; de ahí que se insiste, en la especie no se individualiza alguna pena trascendental a que alude el artículo 22 constitucional.

⁴¹ En lo concerniente a que la negativa del quejoso a asistir a la materialización de la prueba pericial indicada haya sido fundada en que, de haber compareciendo a la extracción sanguínea de su cuerpo, implicaba una medida que involucraba un acto cruel, inhumano o excesivo para estimarla como una pena inusitada, o bien, que trajera como consecuencia un tormento o cualquier marca en la persona del demandado, debe decirse que en el caso no se individualizarían las penas citadas que recoge el artículo 22 de la Constitución General, en razón a que, aplicando una interpretación valorativa de las normas jurídicas que permean el asunto a resolver, se llega a la conclusión que el desahogo de dicha prueba que lleva consigo la comparecencia del agraviado para que

que la Sala responsable hubiera ordenado que se le hiciera comparecer al desahogo de la prueba con auxilio de la fuerza pública y con la utilización de palos o azotes y menos a través de una mutilación del organismo del quejoso. La medida de apremio se aplicó solamente porque éste no compareció voluntariamente a la audiencia.⁴²

En la escala de valores en conflicto –agregó el Colegiado–, debe prevalecer el de mayor jerarquía como lo es el derecho del menor a conocer su identidad frente al derecho de su progenitor de negarse a proporcionar de manera voluntaria una muestra de sangre. Este reconocimiento implica no sólo poner en evidencia la identidad del menor, sino una protección que es de interés público y de especial importancia para la sociedad.⁴³ Entonces, el apercibimiento y arresto decretado contra el agraviado por no haber comparecido al desahogo de la prueba pericial ofrecida por la actora en el juicio natural, a fin de que aportara voluntariamente la muestra de su sangre, no es inconstitucional ya que no transgrede el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; tampoco son inconstitucionales los actos reclamados y fundados en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna, en cuanto a la posible afectación al derecho personal de integridad física y de la intimidad del quejoso para el caso de que compareciera al desahogo de la prueba en cuestión, ya que si bien es cierto que podría darse esa afectación, como se indicó, la misma es de menor valor que el interés del infante que reclama ser reconocido como hijo del enjuiciado.

En el caso, ante la conducta adoptada por el enjuiciado en el sentido de que no es su voluntad proporcionar las muestras médicas para la prueba pericial en genética, realmente no era posible que con la aplicación de los medios de apremio establecidos por la ley se pudiera vencer la contumacia del demandado; sin embargo, atendiendo a los principios generales del derecho resultaba procedente aplicar por analogía lo previsto por los artículos

voluntariamente aportara una muestra de su sangre, nace de un derecho legítimo del menor de edad que por conducto de su madre reclama del quejoso el reconocimiento de su paternidad.

⁴² En el caso no se individualizarían las penas citadas que recoge el artículo 22 de la Constitución General, en razón a que, aplicando una interpretación valorativa de las normas jurídicas que permean el asunto a resolver, se llega a la conclusión que el desahogo de dicha prueba que lleva consigo la comparecencia del agraviado para que voluntariamente aportara una muestra de su sangre, nace de un derecho legítimo del menor de edad que por conducto de su madre reclama del quejoso el reconocimiento de su paternidad.

⁴³ Ley para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, la cual a su vez tiene su fundamento en el párrafo sexto del artículo 40. de la Constitución General.

1.287 y 2.44 del actual Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México que se refieren a la confesión ficta y al reconocimiento de documentos, sí era posible apercibir al demandado de que en caso de oponerse al desahogo de la mencionada prueba pericial se tendrían por ciertos los hechos que se pretendían probar, salvo prueba en contrario.

DETERMINACIÓN DEL CRITERIO A PREVALECER

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, apunta la misma, considera que debe prevalecer con el carácter de jurisprudencia el criterio que se sustenta en el presente fallo, de conformidad con los siguientes razonamientos. El análisis de la presente contradicción se realizará a través de las etapas que a continuación se exponen:

I. DERECHO DE LOS MENORES A LA IDENTIDAD

Los menores tienen derecho a conocer a sus progenitores. Este derecho es de orden público y forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica.

El estado civil comporta un atributo propio de la persona, inherente y consustancial al derecho de la personalidad jurídica y al nombre que, en el caso de los menores, reviste el carácter de derecho fundamental (a. 4.º Constitucional; aa. 30., 70., 90., 10, 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño y Ley para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes aa. 1º y 22, incisos a y c).⁴⁴

Este derecho fundamental a la identidad implica a su vez el derecho del menor a tener una nacionalidad y el derecho a que sus ascendientes

⁴⁴ Artículo 40. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue suscrita y ratificada por el Estado mexicano (por lo que en términos del artículo 133 constitucional forma parte de nuestro sistema jurídico como una norma de derecho positivo vigente), establece que las autoridades administrativas, los tribunales o los órganos legislativos en todas las medidas que tomen concernientes a los niños, se atenderá primordialmente el interés superior del niño (3) (artículo 30.); asimismo, dicha convención estipula que tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres (artículo 70.); que los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas; finalmente, agrega que cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección debidas con miras a restablecer rápidamente su identidad (artículo 80.)

satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral (a. 4º de la Constitución). La obtención de los satisfactores básicos para el desarrollo es una extensión del derecho a la vida, pues éste implica que las condiciones de vida deben ser lo suficientemente buenas para que el menor crezca sana y armoniosamente, garantizándosele su pleno desarrollo.

Conclusión: La Ley Fundamental, diversas normas internacionales y otras de derecho interno consagran el principio del “interés superior de la niñez» y es innegable que debe garantizarse el derecho del menor a conocer su filiación, toda vez que de esta circunstancia se deriva el derecho del infante a percibir de sus ascendientes la satisfacción de sus necesidades y a obtener así una vida digna que permita su pleno desarrollo.

II. JUICIOS DE PATERNIDAD

Los derechos de los niños que se especificaron en los párrafos precedentes, dentro de los cuales se incluye el derecho a la identidad, implican que éstos pueden demandar la paternidad y ofrecer en el procedimiento cualquier medio de prueba que produzca convicción en el juzgador, entre los cuales se encuentra la prueba pericial en genética de sus supuestos progenitores.

Conclusión: Las dos legislaciones en las que se basaron los tribunales contendientes (Estado de México y Nuevo León) establecen la posibilidad de que los menores demanden el reconocimiento de la paternidad (a. 4.175 del Código Civil mexiquense⁴⁵ y aa. 190 Bis y 190 Bis VI del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nuevo León).⁴⁶

En concordancia con lo anterior, la Ley para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, la cual es de orden público, de interés social y de observancia obligatoria en toda la República (artículo primero), establece en su artículo 22, incisos a) y c), que el derecho a la identidad está compuesto por tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y conocer su filiación y su origen, salvo en el caso que las leyes lo prohíban.

⁴⁵ Artículo 4.175. La investigación de la paternidad de los hijos, está permitida:

- I. En los casos de rapto, estupro o violación;
- II. Cuando se encuentre en posesión de estado de hijo;
- III. Cuando haya sido concebido durante el tiempo en que la madre hizo vida marital con el presunto padre;
- IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre.

⁴⁶ Artículo 190 Bis. Este acto tendrá por objeto preparar la acción correspondiente a la investigación de la filiación a fin de determinar la paternidad o la maternidad, mediante el estudio del ADN, la prueba biológica molecular de la caracterización del ácido

III. LA PRUEBA PERICIAL DE ADN

La realización de la prueba general de ADN puede hacerse con diversos elementos propios de un cuerpo, en el caso concreto, la prueba de ADN se ejecuta a partir de la extracción de muestras de sangre o saliva tanto del presunto padre como del presunto hijo, para compararlas y determinar así, en su caso, la filiación.⁴⁷ La posibilidad de conseguir la identificación de un individuo mediante el estudio del ADN se basa en el hecho de que su cadena está compuesta por

desoxirribonucleico de sus células, en la que deberán utilizarse las pruebas de mayor avance científico, en los casos en que determina este código.

Artículo 190 Bis VI. La acción correspondiente deberá intentarse por parte del solicitante dentro del término de treinta días, una vez recibido el dictamen con resultado positivo o generada la presunción de filiación; apercibido de que en caso de no hacerlo así, quedarán sin materia los beneficios obtenidos en este procedimiento.

⁴⁷ *Qué es.*- El ácido desoxirribonucleico (ADN) es el material genético de los organismos vivos y es el componente primario de los cromosomas y el material del cual los genes están formados. Se encuentra en el interior del núcleo de todas las células del organismo. La unidad estructural y funcional básica de los seres humanos, como la de cualquier ser vivo, es la célula. Cada una de las células de un organismo humano consta de un núcleo en el cual se encuentra la cromatina. La cromatina se organiza en pequeños cuerpos llamados cromosomas, y la base de cada cromosoma es una molécula larga de ADN formada por dos cadenas que imparten las instrucciones específicas de cada célula en el desarrollo o en el mantenimiento de las funciones del cuerpo. La cadena de ADN contiene muchos genes y esos genes son necesarios para construir y hacer funcionar a cada uno de los órganos del cuerpo humano. Este ADN es prácticamente el mismo en cada una de las células del cuerpo humano.

Reproducción y ADN.-La reproducción sexual lleva el ADN de los dos progenitores para crear una combinación única de material genético en una nueva célula, de forma tal que el material genético de un individuo es derivado del material genético de sus padres. La combinación mencionada estará presente en todas las células del nuevo ser humano.

Células reproductivas.- Cada célula humana tiene cuarenta y seis cromosomas, salvo en el caso de las células reproductoras tanto del hombre como de la mujer, caso en el que tienen veintitrés cromosomas. Por ello existen cuarenta y seis cromosomas en cada célula, porque se recibe la mitad de cada una de las células de los progenitores. Precisamente porque el hijo tiene una combinación genética de cada uno de sus padres es factible que a través de diversos métodos científicos, al realizar las pruebas de ADN puedan determinarse sus relaciones de filiación.

Número de cromosomas según el sexo.- De los cuarenta y seis cromosomas, cuarenta y cuatro (veintidós pares) están presentes tanto en las células femeninas como en las masculinas. El otro par tiene que ver principalmente con las características del desarrollo sexual y son diferentes según se trate de una mujer o de un varón. En las mujeres el complemento cromosómico sexual es XX, mientras que en el varón este complemento es XY.

una serie de elementos.⁴⁸ La unión de cuatro elementos o bases da lugar a largas secuencias con combinaciones variables, y tienen la particularidad adicional de presentar repeticiones del número variable en regiones del genoma. Estas secuencias de bases repetidas del número variable (UNTR) difieren de un ser a otro, pero se identifican en el caso de la filiación. Así, el ADN se da por secuencias de bases que constituyen unidades de repetición, las cuales se caracterizan porque en su zona central existen varias bases de ADN que apenas muestran variaciones entre las diferentes unidades. En los lugares extremos de cada unidad de repetición pueden ocurrir cambios de bases, pero entre las diversas unidades de repetición es casi totalmente constante la secuencia de las bases. Esas variaciones se denominan marcadores.⁴⁹

El informe de la prueba de paternidad determina los perfiles genéticos de la persona que participa en la prueba y el tamaño de los diferentes

⁴⁸ *Procedimiento de la prueba genética.*- El procedimiento que se sigue al realizarse una prueba pericial en genética y así determinar la relación de paternidad o maternidad respecto de una persona es el siguiente:

Composición de las cadenas.- Las cadenas de ADN están compuestas de cuatro moléculas diferentes: a) adenina (A), b) timina (T), c) citosina (C); y d) guanina (G). Esos elementos se agrupan a manera de una escalera que se entrelaza, está extremadamente condensada y contiene una cantidad enorme de información genética, pues se compone de secuencias muy largas de agrupación de los cuatro elementos mencionados. Las dos cadenas son complementarias, ya que existe un apareamiento específico entre las bases nitrogenadas, de tal suerte que la adenina se une a la timina y la guanina lo hace a la citosina. Por esta razón la secuencia de una cadena automáticamente determina la secuencia de la cadena complementaria. Por ejemplo, un segmento de cada una de las cadenas mencionadas sería TAGTAC en una cadena y ATCATG en otra, y la secuencia de ADN es la combinación de esas cadenas. Así, la secuencia de esos elementos y sus combinaciones determinan genéticamente las funciones y características de los seres humanos

⁴⁹ *Marcadores.*- Al realizarse una prueba de ADN para determinar las relaciones de filiación, las cadenas de aquél son divididas en secuencias específicas de patrones de herencia, esto es, en marcadores. La mejor manera de establecer la identidad de un individuo a través del ADN es conocer la secuencia en un número lo suficientemente representativo de estos marcadores, como para poder individualizar las variantes específicas presentes en la secuencia, siendo importante en el caso de la determinación de la filiación padre-hijo (varón), es estudiar los marcadores del cromosoma «Y» o masculino.

El ADN de cada ser humano contiene dos copias de los marcadores, una heredada del ADN del padre y otra del de la madre. Así, aunque los hijos heredan de los padres la mitad del ADN de cada uno de éstos, el ADN de aquéllos es diferente. En otras palabras, los marcadores del ADN de cada persona difieren, ya sea en lo largo o en la secuencia y la razón para que exista esa diferencia es precisamente la diferencia de los marcadores heredados de los padres. Entonces, los marcadores del ADN de cada persona se diferencian, pero conservan

marcadores sometidos a prueba, es decir, establece una huella genética que contiene únicamente las informaciones sobre las secuencias de los marcadores; también se determina el llamado «índice de paternidad», que consiste en una medida estadística de qué tan fuertemente una coincidencia entre los marcadores del presunto padre y del presunto hijo indica paternidad: si los marcadores de ADN que se comparan no coinciden, entonces el presunto padre es excluido en un cien por ciento de la posibilidad de ser el ascendiente, pero si coinciden, se puede calcular una probabilidad que alcanza más del 99.99% de certeza. Por ese grado de certeza, una prueba de ADN bien realizada es considerada como el método más preciso, confiable y contundente para establecer relaciones de paternidad-filiación, porque está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos (huellas genéticas) del padre o madre y del hijo.

Debe señalarse que en este tipo de pruebas únicamente se busca analizar la huella genética y no la totalidad de la información que podría desprenderse del ADN del sujeto a prueba. En efecto, a través del mapa genético puede obtenerse información de diversa índole, pero en el análisis de paternidad por ADN únicamente se obtiene la llamada huella genética.

Los tribunales cada vez y ahora con mayor frecuencia requieren allegarse de evidencia científica para la solución de los asuntos que son sometidos a su conocimiento; debido a los avances de los últimos tiempos en el campo de la ciencia y a las repercusiones que esos hallazgos pueden representar para el derecho, en muchas ocasiones los juzgadores requieren contar con la opinión de expertos en esas materias para emitir sus fallos de una manera informada y evitar incurrir en especulaciones en torno a ámbitos del conocimiento que van más allá del conocimiento del derecho que el juzgador debe tener.⁵⁰

En todo caso, para que un órgano jurisdiccional pueda apoyarse válidamente en la opinión de algún experto en una rama de la ciencia, es necesario que esa opinión cumpla con los siguientes requisitos:

diversos patrones repetitivos heredados de cada uno de los progenitores (huellas del ADN). La combinación del tamaño de los marcadores encontrados en cada persona da como resultado su perfil genético. De la comparación del perfil genético del hijo con el del padre o madre pueden determinarse las relaciones de parentesco consanguíneo, pues los perfiles son comparados para ver si el perfil del niño tiene marcadores que son coincidentes con el padre y la madre que se someten a prueba y esa comparación de secuencias de ADN de un individuo respecto de otra de alguien diverso puede demostrar si una de ellas fue o no derivada de la otra.

⁵⁰ Al respecto, debe tenerse presente que el derecho y la ciencia son dos de las fuentes de autoridad más importantes para los gobiernos modernos, aun cuando tienen origen, fundamentos y alcances diversos. Los productos de ambas ramas del conocimiento se

1. Que la evidencia científica sea relevante para el caso concreto en estudio, es decir, que a través de la misma pueda efectivamente conocerse la verdad de los hechos sujetos a prueba, y
2. Que la evidencia científica sea fidedigna, esto es, que se haya arribado a ella a través del método científico, para lo cual se requiere, generalmente, que la teoría o técnica científica de que se trate:
 - a. Haya sido sujeta a pruebas empíricas, o sea, que la misma haya sido sujeta a pruebas de refutabilidad;
 - b. Haya sido sujeta a la opinión, revisión y aceptación de la comunidad científica;
 - c. Se conozca su margen de error potencial, y
 - d. Existan estándares que controlen su aplicación.

Conclusión: En la decisión jurisdiccional sobre la acción de paternidad, los avances de la ciencia son indispensables para auxiliar al juzgador a tomar sus decisiones. La propia ley lo reconoce así al permitir que de diversas maneras se utilicen como medios de prueba diversos elementos aportados por la ciencia y la tecnología. En esos casos, debido a la naturaleza de las cuestiones que serán materia de la prueba, al requerirse conocimientos científicos y tecnológicos, se utiliza la prueba pericial, mediante la cual un especialista presta auxilio al juzgador en un área en la que éste no es un experto. Lo anterior encuentra fundamento en los artículos 1.265, fracciones III y VI y 1.304 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México⁵¹ y 239, fracción VII y 309 del Código de Procedimientos Civiles

presumen imparciales, ajenos a intereses particulares y válidos sin importar el contexto inmediato de su generación; de ahí que frecuentemente orienten las políticas públicas y sirvan de fundamento para evaluar la racionalidad de las decisiones políticas. Juntos, el derecho y la ciencia, constituyen un medio para asegurar la legitimidad de las decisiones gubernamentales, ello a partir de las diversas modalidades de relación que entre ambos se generan.

⁵¹ «Artículo 1.265. Se reconocen como medio de prueba: ... III. Dictámenes periciales; ... VI. Fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos, cualquier grabación de imágenes y sonidos y, en general, todos aquellos elementos aportados por la ciencia y la tecnología.»

«Artículo 1.304. La prueba pericial será ofrecida y admitida cuando la naturaleza de las cuestiones materia de la misma requieran conocimientos científicos o tecnológicos

de Nuevo León.⁵² Partiendo de estos criterios, a juicio de esta Primera Sala la realización de las pruebas de ADN satisface los lineamientos anteriores (y es de llamar la atención que la Corte al enumerar los requisitos a que se refiere el párrafo inmediato anterior muestra claramente la influencia del caso *Doubert*, arriba mencionado).

IV. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE APREMIO EN EL CASO A ESTUDIO

Una vez determinada la validez científica de la prueba de ADN y su grado de certeza, es necesario establecer si en los casos en que el presunto padre se niega a realizarse la prueba de ADN, es constitucional que el Juez haga uso de las medidas de apremio que tiene a su disposición para hacer cumplir sus determinaciones. En otras palabras, ¿puede el juez coaccionar al presunto padre a que acuda a la realización de la prueba pericial genética? Los códigos de procedimientos civiles de Nuevo León (a.42)⁵³ y del Estado de México (a. 1,124),⁵⁴ establecen medidas de apremio en las cuales los jueces o

o bien experiencia práctica en el ejercicio de un servicio u oficio, con la finalidad de prestar auxilio al juzgador.»

⁵² «Artículo 309. El juicio de peritos tendrá lugar cuando para conocer o apreciar algún hecho materia de prueba, sean necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte u oficio, y en los casos en que expresamente lo prevengan las leyes.»

«Artículo 239. La ley reconoce como medios de prueba: ... VII. Fotografías, copias fotostáticas, cintas de video, dispositivos de archivos electrónicos o magnéticos, registros dactiloscópicos, electrónicos y, en general, todos aquellos elementos derivados de los avances de la ciencia y de la tecnología.»

⁵³ Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nuevo León.

Artículo 42. Los Magistrados y los Jueces para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualesquiera de los siguientes medios de apremio: I. Multa hasta por las cantidades a que se refiere el artículo 27 de éste código, que se duplicará en caso de reincidencia;

II. Auxilio de la fuerza pública;

III. Cateo por orden escrita;

IV. Arresto hasta por treinta y seis horas.

Si el caso exigiere mayor pena, se consignará al Ministerio Público para los efectos legales.

⁵⁴ Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Artículo 1.124. Los Jueces para hacer cumplir sus determinaciones, siempre que no existan otros específicos determinados por la ley, pueden emplear indistintamente, los siguientes medios de apremio: I. Multa hasta de cien días de salario mínimo vigente en la región de su actuación, que podrá duplicarse en caso de reincidencia;

II. Uso de la fuerza pública;

III. Rompimiento de cerraduras;

magistrados pueden apoyarse para que sus determinaciones sean cumplidas.

De acuerdo con lo anterior, interpretando literalmente la ley se llega a la conclusión de que las medidas de apremio son legalmente aplicables para el caso de que el presunto ascendiente se niegue u oponga a realizarse la prueba de ADN. Ciertamente que entre las medidas de apremio que pueden utilizar los jueces se encuentra el uso de la fuerza pública, pero ésta utilizable sólo para presentar al demandado al lugar en el que se debe realizar la prueba, mas no para obtener la muestra necesaria.

La problemática planteada en los amparos de los cuales provienen las ejecutorias que se enfrentan en la presente contradicción, los presuntos padres hacían valer que el desahogo de la prueba pericial en genética violaba las garantías establecidas en los artículos 16 y 22 constitucionales, su derecho a la intimidad y su derecho a la integridad física, por lo que las medidas de apremio que se dictaran para el caso de negativa del presunto ascendiente eran inconstitucionales.

Separaremos los problemas para su mejor comprensión:

1) En cuanto al derecho a la intimidad genética, el cual incluye también la autodeterminación de la información correspondiente, ese derecho no se viola, por lo siguiente:

En los análisis de paternidad por ADN únicamente se obtiene la llamada huella genética y no se incluyen los contenidos de toda la información del mapa genético, que son de mucha índole, como las características propias de la personalidad y tendencias patológicas. La titularidad de la información de ese mapa corresponde solamente a su propietario y éste tiene derecho, en principio, a mantenerla bajo privacidad.

Entonces, la práctica de una prueba pericial sobre la información genética del presunto padre que sólo tenga por objeto para verificar si sus marcadores son coincidentes con los del actor (presunto hijo, quien tiene derecho a conocer su origen biológico), no constituye una violación a la intimidad,

IV. Cateo por orden escrita;

V. Arresto hasta por treinta y seis horas.

Ahora bien, estas medidas no son suficientes, en muchos casos, para vencer la resistencia de una de las partes para cumplir con las determinaciones del Juez, por lo que es necesario inclusive, en estos casos, dar vista al agente del Ministerio Público por la probable comisión de un delito, que en los casos de las legislaciones que nos ocupan, es el de desobediencia.⁽⁷⁾

porque las enfermedades, tendencias y demás información genética, no se analizarían en la prueba.

En este aspecto, la legislación de Nuevo León es bastante clara al señalar, en el artículo 190 Bis IV del Código de Procedimientos Civiles, que:

El dictamen remitido a la autoridad judicial versará únicamente sobre los datos relativos a la filiación, conservándose en la confidencialidad los demás datos o características genéticas que pudiera arrojar la misma, a fin de preservar los derechos que en cuanto a su intimidad le asisten a la persona.

Por otra parte, si la acción de paternidad únicamente versa sobre esa cuestión, la solicitud de desahogo de la prueba pericial en genética a cargo del presunto padre no puede ofrecerse (y admitirse) para que se conozcan otras características genéticas de él.

Por las mismas razones, tampoco existe una violación de garantías respecto de la autodeterminación informativa, pues el hecho de que las partes y el juez puedan conocer la información que se desprenderá del análisis de paternidad tiene una justificación en tanto que únicamente versará sobre la filiación y no sobre otras cuestiones.

Lo anterior encuentra apoyo en la resolución del amparo en revisión 1166/2005, emitida por unanimidad de votos de los integrantes de esta Primera Sala, de la cual se derivó la siguiente tesis:

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN). EL ARTÍCULO 50., APARTADO B), INCISO III, DE LA LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. El artículo 50., apartado B), inciso III, de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, que establece que las niñas y niños tienen el derecho a la identidad, certeza jurídica y familia, y a solicitar y recibir información sobre su origen, sobre la identidad de sus padres y a conocer su origen genético, se traduce en el derecho de los menores a solicitar en juicio, la prueba pericial en genética molecular del ácido desoxirribonucleico (ADN), de sus presuntos progenitores. Lo anterior no viola la garantía de audiencia, puesto que la misma se encuentra debidamente protegida por el artículo 298 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por virtud del cual existe la posibilidad de impugnar mediante el recurso de apelación en el efecto devolutivo,

la admisión de una prueba por parte de quien pudiera resultar afectado por la propia admisión.

2) Esta Primera Sala sostiene el criterio en el sentido de que la realización de la prueba pericial en genética, tampoco viola las disposiciones del artículo 22 constitucional porque dicho artículo se refiere a las sanciones que se imponen a los individuos cuya responsabilidad está plenamente demostrada; en tanto, la prueba pericial para efectos del conocimiento de la paternidad sólo implica la práctica de estudios de laboratorio para determinar la correspondencia del ADN y ésta no puede ser considerada como imposición de una pena. Precisamente porque no constituye una pena o sanción, no se encuentra en los supuestos del artículo 22 constitucional en cuanto que este dispositivo legal prohíbe toda pena infamante, inusitada y trascendental.

Lo anterior no quiere decir que no pueda impugnarse la constitucionalidad de esa prueba en circunstancias en que se acredite que por la forma en que se ordena y desahoga, la prueba pueda violar el derecho a la intimidad, a la integridad personal o a la salud del presunto ascendiente. Esto sucedería en el supuesto de que se admitiera la pericial de una institución no reconocida para ese efecto, ordenándose que se obtuviera otra información diferente a la huella genética o si estuviera en riesgo la salud del sujeto a prueba. En todo caso, esta Primera Sala que considera dichos actos serían de imposible reparación y serían impugnables en amparo indirecto, tal como lo señaló al resolver la contradicción de tesis 81/2002, de la que derivó la jurisprudencia 17/2003, la cual es del tenor literal siguiente:

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUBSTANTIVOS DE LA PERSONA. Cuando en un juicio ordinario civil en el que se ventilan cuestiones relacionadas con la paternidad, se dicta un auto por el que se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial para determinar la huella genética, con el objeto de acreditar si existe o no vínculo de parentesco por consanguinidad, dicho proveído debe ser considerado como un acto de imposible reparación, que puede afectar los derechos fundamentales del individuo, por lo que debe ser sujeto a un inmediato análisis constitucional, a través del juicio de amparo indirecto, en términos de los artículos 107, fracción III, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 114, fracción

IV, de la Ley de Amparo. Lo anterior es así, por la especial naturaleza de la prueba, ya que para desahogarla es necesario la toma de muestras de tejido celular, por lo general de sangre, a partir del cual, mediante un procedimiento científico, es posible determinar la correspondencia del ADN (ácido desoxirribonucleico), es decir, la huella de identificación genética, lo cual permitirá establecer no sólo la existencia de un vínculo de parentesco, sino también otras características genéticas inherentes a la persona que se somete a ese estudio, pero que nada tengan que ver con la litis que se busca dilucidar y, no obstante, puedan poner al descubierto, contra la voluntad del afectado, otro tipo de condición genética hereditaria, relacionada por ejemplo con aspectos patológicos o de conducta del individuo, que pertenezcan a la más absoluta intimidad del ser humano. Quede claro que en el caso concreto, el uso de medidas de apremio por parte del juez está plenamente justificado en tanto que el presunto ascendiente tiene la obligación de practicarse la prueba sin poder poner como excusa que pudiera violarse su intimidad, o su privacidad genética, o que ello implicaría una pena inusitada, infamante o trascendental. En la especie, tratándose de la prueba en genética molecular del ADN son constitucionales las medidas de apremio establecidas en la ley. No obstante lo anterior, nos enfrentamos a un problema práctico que el juez debe resolver: ¿qué debe hacer el juez si, a pesar de la aplicación de estas medidas de apremio o inclusive con la imputación de un delito por desobediencia, el demandado continúa negándose a someterse a la mencionada prueba?

Los artículos 14 y 16 constitucionales garantizan con amplitud la vida privada del individuo, su familia, su domicilio y sus posesiones, como un límite no sólo frente a otro derecho sino también frente a la autoridad, por constituir tales aspectos valores esenciales de respeto entre gobierno-gobernado. De tal forma, entonces, que la libertad de las personas para decidir lo relativo a su cuerpo y a su integridad personal se encuentra en todo momento, protegida por el Estado, aun cuando existen casos en que el Estado puede justificar la limitación de estos derechos. Así las cosas, para el caso de los juicios civiles de paternidad, el presunto padre tiene derecho a disponer de su propio cuerpo frente a injerencias de los particulares o del Estado y la propia norma constitucional lo protege para no sufrir invasiones a su integridad física y personal. En el ejercicio de ese derecho, sólo por lo que se refiere a los juicios civiles de paternidad, puede negarse, a pesar de la imposición de las medidas de apremio, a la práctica y desahogo de la prueba pericial de ADN pues en este tipo de

casos efectivamente tiene el derecho a decidir sobre su libertad de movimiento y sobre su integridad personal.

Hay casos –sin embargo–, en que tales medidas de apremio o la posible imputación del delito de desobediencia no tendrían un resultado eficaz y la prueba seguiría sin realizarse, incluso estando arrestado o condenado el presunto padre podría seguir oponiéndose y cumplir con la pena correspondiente, pero la prueba no se desahogaría y así el derecho del menor quedaría en entredicho.

Conclusión: No obstante, el hecho de que el demandado se niegue reiteradamente a practicarse la prueba de ADN, eso no implica que se deje el interés superior del niño al arbitrio del presunto padre, porque de cualquier manera esa negativa u oposición tendría consecuencias jurídicas que resguardan los derechos del menor que busca conocer su identidad, mismas que exponemos en el siguiente apartado.

V. CONSECUENCIAS DE LA NEGATIVA DEL PRESUNTO ASCENDIENTE PARA LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE ADN

Cuando el demandado se niega o se opone a la realización de la prueba pericial en genética desatendiendo «el interés superior del niño» y su derecho a conocer la identidad de sus progenitores, ante la ineficacia de los medios de apremio es menester que los juzgadores se conduzcan conforme lo previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece que «... En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho». De acuerdo con lo transcrito, los órganos jurisdiccionales al resolver una cuestión jurídica de naturaleza civil lato sensu (entre la que se encuentra la ley procesal civil), deberán hacerlo conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de ésta, fundarse en los principios generales del derecho.

Existe así la posibilidad de que los jueces apliquen diversos medios de interpretación, pero respetando el orden metodológico de los sistemas interpretativos, según el cual siempre debe acudirse inicialmente a la interpretación gramatical o literal de la ley para buscar la solución del problema jurídico planteado, tomando en cuenta en primer lugar lo dispuesto expresamente en el ordenamiento jurídico correspondiente. Únicamente en el caso de que éste sea confuso, oscuro o deficiente puede acudirse a otros métodos, empleando inicialmente el método de interpretación sistemático

que consiste en desentrañar el sentido de una norma a través de la interpretación conjunta con el resto de las disposiciones del ordenamiento.

Si aún ante la interpretación sistemática existe confusión respecto del sentido de la ley, debe atenderse a otros métodos encaminados a la búsqueda de la intención del legislador, al fin que se pretende con la ley o la integración a través de la analogía. Sin embargo, la regla que debe ser respetada es: sólo por excepción el intérprete tiene el derecho y el deber de apartarse del sentido literal de la ley.

Así las cosas, en el asunto que nos ocupa es importante atender primeramente a las consecuencias que las leyes de los tribunales colegiados contendientes prevén, para el caso de la negativa del demandado a practicarse la prueba genética.

El artículo 190 Bis V del Código de Procedimientos Civiles de Nuevo León no da lugar a dudas respecto de su contenido. Precisa expresamente que si el presunto ascendiente se niega o se opone a la realización de la prueba, se presumirá la filiación que se le atribuye en los términos siguientes: “artículo 190 Bis V. Si la persona que deba practicarse la prueba, no asistiere a la misma o se negare a proporcionar la muestra necesaria, hará presumir la filiación que se le atribuye en los términos del Código Civil.» La legislación del Estado de México si bien no lo precisa mediante una norma expresa como el ordenamiento de Nuevo León, los jueces se encuentran facultados para disipar toda disputa, amén de manifestarse silencio, oscuridad o insuficiencia de ley, con la aplicación debida de los principios generales del derecho. Recordemos al respecto que bajo ninguna circunstancia podrán dejar de resolver ninguna controversia suscitada y tampoco podrían permitir que los derechos del menor a conocer su identidad queden al arbitrio de la contraparte para asistir o no a la prueba pericial de ADN que, en ocasiones, puede ser el medio de convicción más importante en el proceso.

Así, en igualdad de circunstancias de los derechos fundamentales del infante como los del demandado y, sin interesar el hecho de encontrarse ante una laguna de ley respecto del desahogo de la prueba pericial en materia de genética ADN en la legislación del Estado de México, debe resolverse la cuestión relativa a la negativa del demandado atendiendo a la interpretación extensiva y analógica de la ley, y tomando en consideración los fines de la institución de que se trata, o sea, de los fines que se persiguen con la referida prueba.

De esta forma, esta Primera Sala considera que para resolver esa laguna legal se deben aplicar por analogía, las disposiciones concernientes a los principios reguladores de la confesión ficta y del reconocimiento de docu-

mentos, las cuales se contienen en los artículos 1.287 y 2.44 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México. De conformidad con estos preceptos, se tendrá por confesa a la parte citada a absolver posiciones cuando se niegue a declarar o no comparezca a la diligencia sin justa causa, análogamente al caso de que se cite a una persona a reconocer un documento y no comparece se le tendrá éste por reconocido.

Lo procedente es apercebir al demandado en el sentido de que en caso de oposición o de que se niegue a realizar el estudio genético correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos que se pretenden acreditar con ese medio de convicción, salvo prueba en contrario, es decir, la conducta omisa del demandado generaría una presunción *iuris tantum* respecto de la paternidad del actor. El juzgador valorará esa prueba como si se tratara de una confesión ficta.

Debe quedar claro que, como sucede con cualquier prueba ficta, esta presunción derivada de la omisión del demandado de realizarse la prueba de ADN debe estar relacionada con otros medios de prueba para que en su conjunto tengan eficacia para acreditar la paternidad. De otra manera, si no existiera alguna prueba que robusteciera la pericial en comento, o hubiera alguna en contrario, la presunción mencionada no será suficiente para tener por cierta la relación paterno-filial.

Es precisamente por el grado de certeza de la prueba de que se habla: un 99.99% respecto de la paternidad, por lo que es justificable que se genere esa presunción de filiación que serviría como un indicio de que existe la relación de parentesco entre el actor y el demandado ante la negativa de éste a practicarse la prueba.

Conclusión: Tanto en el caso de la legislación del Estado de México como en la de Nuevo León, ante la negativa u oposición del presunto padre para practicarse la prueba pericial de ADN la consecuencia jurídica es que se presumirá la relación paterno-filial, salvo prueba en contrario.

T E S I S

De acuerdo con la exposición precedente, debe prevalecer con carácter de jurisprudencia, en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, el criterio que sustenta la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de las siguientes tesis:

MEDIDAS DE APREMIO. SU APLICACIÓN ES CONSTITUCIONAL EN LOS JUICIOS DE PATERNIDAD CUANDO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN) (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO). Los Códigos de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León y del Estado de México establecen medidas de apremio a través de las cuales los Jueces y Magistrados pueden lograr que sus determinaciones se cumplan. Así, cuando el Juez en un juicio de paternidad ordena el desahogo de la prueba pericial en materia de genética (ADN) y el presunto ascendiente se niega a que se le practique, esa conducta encaja en los supuestos de aplicación de las medidas de apremio para que se cumpla la determinación del juzgador. Con la aplicación de estas medidas, no se viola el derecho a la intimidad genética del presunto padre, pues en los análisis de paternidad por ADN únicamente se obtiene la llamada huella genética, la cual no incluye el contenido de toda la información genética, sino sólo lo que corresponde a determinados segmentos del ADN para verificar si los marcadores del presunto padre son coincidentes con los del presunto hijo, y así establecer si existe o no relación de filiación entre ellos. Por esas mismas razones, no existe violación de garantías respecto de la autodeterminación informativa, pues el análisis de paternidad tiene una justificación en tanto que únicamente versará sobre la filiación y no sobre otras cuestiones. De igual manera, la realización de la mencionada prueba no viola las garantías establecidas en el artículo 22 constitucional porque dicho artículo se refiere a las sanciones que se imponen a los individuos cuya responsabilidad está plenamente demostrada, previo desahogo de un proceso legal, y la práctica de la prueba genética no puede considerarse una pena; por ello, al no constituir una pena o sanción, no se encuentra en los supuestos del artículo 22 constitucional. Por lo anterior, se concluye que el uso de las medidas de seguridad está plenamente justificado en tanto que el presunto ascendiente tiene la obligación de practicarse dicha prueba atendiendo al interés superior del menor y a su derecho de conocer su origen biológico y la identidad de sus progenitores.

MEDIDAS DE APREMIO. ALCANCE DEL USO DE LA FUERZA PÚBLICA TRATÁNDOSE DE JUICIOS DE PATERNIDAD EN LOS QUE SE OFRECE LA PRUEBA EN GENÉTICA MOLECULAR (ADN). Esta Primera Sala ha establecido que tratándose de los juicios de paternidad en los que se ofrece la prueba en

genética molecular (ADN), es constitucional que el Juez haga uso de las medidas de apremio previstas en la ley para lograr que el demandado se someta a dicha prueba. Asimismo, se determinó que si a pesar de la imposición de dichas medidas de apremio no se logra vencer la negativa del demandado para realizarse la prueba, la consecuencia de esa conducta será que opere la presunción de la filiación, salvo prueba en contrario. Ahora bien, dentro de las medidas de apremio establecidas por la ley se encuentra el uso de la fuerza pública, pero esta medida debe utilizarse sólo para presentar al demandado al lugar donde deba tomarse la muestra genética, pero de ninguna manera para que con esta medida se obtenga dicha muestra, pues de considerar que con tal providencia se pudiera forzar al presunto padre para obtener la mencionada muestra, ninguna razón de ser tendría haber establecido que en caso de que persistiera la negativa para realizarse esa prueba, se tendrían por presuntamente probados los hechos que se pretendían acreditar.

JUICIOS DE PATERNIDAD. EN LOS CASOS EN QUE A PESAR DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APREMIO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN), OPERA LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN CONTROVERTIDA (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO). Conforme a los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3o., 6o., 7o. y 8o. de la Convención sobre los Derechos del Niño; y 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los menores tienen derecho a conocer su identidad, y la importancia de ese derecho fundamental no sólo radica en la posibilidad de que conozcan su origen biológico (ascendencia), sino en que de ese conocimiento deriva el derecho del menor, constitucionalmente establecido, de que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral, además de que puede implicar el derecho a una nacionalidad determinada. Por otra parte, los Códigos de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León y del Estado de México establecen medidas de apremio a través de las cuales los Jueces y Magistrados pueden lograr que sus determinaciones se cumplan. Así, cuando en un juicio de paternidad se ordena el desahogo de la prueba pericial en materia de genética (ADN) y el presunto ascendiente se niega a que se le practique, es constitucional

que se le apliquen dichas medidas para que se cumpla la determinación del juzgador, pero si a pesar de esas medidas no se logra vencer la negativa del demandado para la realización de la prueba, esto no significa que se deje a merced de la voluntad del presunto ascendiente el interés superior del menor, y que dicha negativa u oposición para la práctica de la prueba quede sin consecuencia alguna, ya que en todo caso debe operar la presunción de la filiación controvertida porque, por una parte, el artículo 190 Bis V del Código de Procedimientos Civiles de Nuevo León así lo señala expresamente y, por otra, aunque la legislación del Estado de México no precisa esa circunstancia en una norma expresa, atendiendo al interés superior del niño y de una interpretación extensiva y analógica de los artículos 1.287 y 2.44 del Código Procesal Civil de esa entidad federativa, que establecen los supuestos de confesión ficta y reconocimiento de documentos, se concluye que ante la negativa del presunto ascendiente a practicarse la mencionada prueba, debe operar la presunción de la filiación, salvo prueba en contrario, pues como se ha dicho, considerarlo de otra manera llevaría a dejar el interés superior del niño a merced de la voluntad del presunto progenitor y no se respetaría su derecho fundamental a conocer su identidad.

“Así lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de tres votos de los señores Ministros: Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y presidente José Ramón Cossío Díaz (ponente). En contra de los emitidos por los señores Ministros Juan N. Silva Meza y José de Jesús Gudiño Pelayo, quienes formularán voto de minoría”.

CONCLUSIONES

Primera. El sistema jurídico de nuestro país parece iniciar un desplazamiento del cometido principal en la tradición: la procreación, hacia la asistencia mutua, la crianza y educación de los hijos.

Segunda. Es conveniente que sean cuerpos procesales independientes los que regulen las relaciones familiares sometidas al conocimiento judicial. La calidad de las personas que se involucran en tales relaciones y la natu-

raleza sus pretensiones exigen que el derecho procesal familiar se sustente sobre principios especiales que no se contemplan en el derecho común.

Tercera. La informática y la telemática son dos medios tecnológicos de nueva generación, que ofrecen grandes oportunidades de evolución y desarrollo al proceso en general y al proceso familiar en particular.

Cuarta. Es una realidad el auxilio de la ciencia y la tecnología en las controversias legales; con su ayuda, las resoluciones judiciales buscan ser convincentes no solo para los litigantes sino para la sociedad en general.

Quinta. Los avances científicos hacen que la prueba genética del ADN tenga un grado de certeza 99.99% respecto de la paternidad en los juicios donde se discute ésta.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

ARNOALDI VELI, Guliano Berti, “Apertura del Convengo”, en Mario Jacchia (coord.), *Il Processo Telematico*, Bolonia, Il Mulino, 2000.

BUNGE, Mario, “Falsabilidad” en *Diccionario de Filosofía*, 4a. ed., trad. María Dolores González Rodríguez, México, Siglo XXI, 2007

CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Generale del Diritto*, 3a. ed., Roma, Soc. del “Foro Italiano”, 1951.

CICU, Antonio, *El Derecho de Familia*, trad. Santiago Sentís Melendo, Bs.As., Ediar.

DENTI, Vittorio, “Scientificità Della prova e libera valutazione del giudice”, en *Un Progetto per la Giustizia Civile*, Bolonia, Società Editrice Il Mulino, 1982.

GOODSTEIN, David, “How Science Works”, en Kaye, David H. y Sensabaugh, George F., Jr., *Reference Guide on DNA Evidence*, *Reference Manual on Scientific Evidence*, 2a. ed., Pennsylvania, USA, Diane Publishing Co., 2000

KIELMANOVICH, Jorge L., “Los principios procesales desde un enfoque familiar”, en Jorge L. Kielmanovich y Diego Benavides Santos

- (comps.), *Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general*, San José, C. R., Editora Jurídica Continental, 2008.
- LLOBET RODRÍGEZ, Javier, “El derecho del niño y adolescente a ser oído y a que se considere su opinión en los proceso judiciales”, en Jorge L. Kielmanovich y Diego Benavides Santos (comps.), *Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general*, San José, C. R., Editora Jurídica Continental, 2008
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés *et al.*, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001
- OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, 5a. ed., México, Oxford, 2001
- _____, *Derecho Procesal Civil*, 9a. ed., México, Oxford, 2003
- TARUFFO, Michele, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009.
- URBANO CASTRILLO, de Eduardo y MAGRO SERVER, Vicente, *La Prueba Tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, Esp., Thomson-Aranzadi, 2003.

DERECHOS POLÍTICOS COMO DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO: REFLEXIONES INTRODUCTORIAS

Manuel VIDAURRI ARÉCHIGA¹
Fátima ROSTRO HERNÁNDEZ²
José Jesús SORIANO FLORES³

*Con aprecio y reconocimiento al Profesor
Doctor Pedro López Ríos*

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

La importancia “jurídico positiva” de los derechos humanos es innegable, aunque recordemos que esta primera afirmación ha sido motivo de una historia compleja y muchas veces accidentada. A pesar de que a partir de la segunda mitad del siglo XX, los Derechos humanos, se han convertido en un referente importante en la vida política y jurídica de las sociedades; la referencia constitucional que hoy encuentran en México desde el año

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Profesor Investigador del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato. Integrante y cofundador de la Red estatal de profesoras y profesores en Derechos humanos, Guanajuato. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores (Nivel II) y cuenta con perfil PROMEP. Miembro del Cuerpo Académico: *Ciencia Penal, Estado de Derecho y Derechos humanos*.

² Maestra en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad De La Salle Bajío, y Doctorante en Derecho por el Programa Interinstitucional de las Universidades de la Región Centro Occidente de ANUIES. Profesora de la Maestría en Ciencias Jurídico Penales de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, e integrante y cofundadora de la Red estatal de profesoras y profesores en Derechos humanos, Guanajuato.

³ Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Iberoamericana y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Doctorante en Derecho en el Programa Interinstitucional de las Universidades de la Región Centro Occidente de ANUIES. Profesor Investigador del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato. Integrante y cofundador de la Red estatal de profesoras y profesores en Derechos humanos, Guanajuato. Miembro del Cuerpo Académico: *Ciencia Penal, Estado de Derecho y Derechos humanos*.

2011, los ha posicionado como la piedra angular de nuestro sistema jurídico vigente.

En este orden de ideas, los derechos políticos como derechos humanos, encuentran cada vez mayores y más óptimas vías respecto a la delimitación de sus contenidos y a los mecanismos para hacerlos efectivos. El estudio que presentamos, constituye entonces una síntesis de reflexiones introductorias que giran en torno a elementos históricos-normativos que han dado lugar a la construcción teórica y positiva de los derechos políticos en México.

II. CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS DERECHOS POLÍTICOS EN MÉXICO

2.1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LOS DOCUMENTOS CONSTITUCIONALES DE MÉXICO

El reconocimiento del amplio contenido de los Derechos Políticos en México, ha sido producto de diversas manifestaciones, mismas que a lo largo de nuestra historia se reconfiguran y legitiman en un marco normativo cada vez más específico. En este mismo sentido, el pacto social en nuestro país da cuenta de ello, al verificar su prevalencia como derechos humanos.

En los apartados siguientes, se presenta un repaso general sobre los derechos políticos en algunas de las constituciones que en su momento rigieron la vida de la sociedad mexicana, hasta llegar a la Constitución vigente. Esta es una forma que consideramos ilustra el desarrollo progresivo de los derechos políticos en nuestro país.

Primeramente, tenemos la *Constitución Política de la Monarquía Española de 1812*, que representa el primer documento constitucional vigente en nuestro país. Ahí se encuentra un apartado especial, titulado “de los ciudadanos españoles”, previsto del artículo 18 al 26, donde la calidad de ciudadanos se reconocía a:

- Los españoles mayores de 21 años, a todos aquellos, que por ambas líneas trajeran su origen de los dominios españoles de ambos hemisferios, y estuvieran vecinados en cualquier pueblo de los mismos dominios (artículo 18);
- A aquellos que adquirirían carta por las cortes, siempre que estuvieran casados con alguna española y tuvieran negocios en alguna de las Españas, o que realizaran servicios en bien y defensa de la Nación; los hijos de extranjeros que estuviesen domiciliados en los dominios de los españoles y que cumplieran con ciertas especificaciones; y aquellos ori-

ginarios de la África que cumplieran con ciertos méritos (artículos 19, 20, 21, y 22).

- La obligación de saber leer y escribir, a partir del año de 1830 (artículo 24).

Igualmente en dicho ordenamiento constitucional, el ejercicio de los derechos se suspendía o se perdía por las siguientes causas: interdicción judicial por incapacidad física o moral; por deudas a los caudales públicos; por el estado de sirviente o doméstico; por no tener empleo; por estar procesado criminalmente (artículo 23).

Por su parte el *Decreto Constitucional para la Libertad de la Americana Mexicana de 1814*,⁴ señaló que para la elección de diputados, el sufragio correspondía a los ciudadanos conforme a la Ley (artículo 6), siendo éstos:

- Todos aquellos nacidos en América (artículo 13).
- Los extranjeros que se les otorgaba carta de naturalización, siempre que profesarán la religión católica y no se opusieran a la libertad de la nación (artículo 14).

Otro aspecto interesante que se señala en dicho documento constitucional, es el referente a la emisión del sufragio, el cual se dirigía a los ciudadanos que hubieran cumplido 18 años de edad, o antes si estuvieran casados, que hubieran acreditado su adhesión a la santa causa, que tuvieran un empleo o modo honesto de vivir; y que no estuvieran notados de alguna infamia pública, ni procesados criminalmente por el gobierno (artículo 65).

La *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824*, indica en el apartado de la Cámara de Diputados, que ésta se componía de representantes elegidos en su totalidad cada dos años (artículo 8); por lo que las cualidades de los electores se prescribía constitucionalmente por las legislaturas de los Estados, a las que también les correspondían las elecciones conforme a los principios que se establecían en esa Constitución (artículo 9). Por lo tanto para ser diputado, se requería, tener al tiempo de la elección veinticinco años cumplidos, por lo menos dos años de vecindad en el Estado que se elegía, o haber nacido en él, aunque estuviera vecinado en otro (artículo 19).

En el caso de los no nacidos en el territorio de la nación mexicana, para ser diputado se les exigía además del lapso de vecindad, pagar ocho mil pesos de bienes raíces en cualquier parte de la república, o tener una industria que les produjera mil pesos al año (artículo 20). Sin embargo, para el

⁴ Documento constitucional, conocido también como “Constitución de Apatzingán”.

precepto anterior se exceptuaba a los nacidos en cualquier otra parte de la América que en 1810 dependía de la España, y que no se hubieran unido ni dependieran de otra nación, siempre y cuando vivieran 3 años en el territorio de la federación y cumplieran con los requisitos del artículo 19 señalado anteriormente; así mismo a los militares no nacidos en el territorio de la república, que con las armas sostuvieron la independencia del país, solicitándoles vivir por un periodo de ocho años y cumplir con los requisitos del artículo 19 (artículo 21).

Las *Leyes Constitucionales de 1836*, consideraban ciudadanos mexicanos los nacidos en el territorio mexicano, los hijos de padres mexicanos, los hijos de extranjeros, y los extranjeros que adquirirían carta de naturalización, entre otros. En los supuestos mencionados, además las personas debían tener una renta anual determinada, empleo o negocios en la República Mexicana (artículo 7).

Se establecía como derechos de los ciudadanos: votar por todos los cargos de elección popular directa y poder ser votado para los mismos, siempre que concurrieran en su persona las cualidades que establecía la Ley (artículo 8). En tanto que se tenían como obligaciones; las de adscribirse al padrón de su municipalidad, concurrir a las elecciones populares, así como desempeñar los cargos concejiles y populares para los que fue nombrado (artículo 9).

Las *Bases de Organización Política de la república Mexicana* (1843) consideraron ciudadanos mexicanos a los que hubieran cumplido 18 años, siendo casados y 21 si no lo eran; así como una renta anual, empleo o negocio dentro de la república. Además para el año de 1850 en adelante a los que llegarán a dicha edad se les exigía además de la renta, para el ejercicio de sus derechos políticos, que supieran leer y escribir (artículo 18). Se establecían como derechos y obligaciones, el votar y ser votados en elecciones populares (artículo 19 y 20).

Por su parte, el *Acta Constitutiva y de reformas de 1847*, identificaba como ciudadano de los Estados Unidos Mexicanos, a todo aquél por nacimiento o por naturalización que llegara a la edad de 21 años que tuviera modo honesto de vivir y que no hubiese sido condenado en proceso legal por pena infamante (artículo 1); se les reconocía como derechos el ejercicio del voto, el derecho de petición, reunirse para discutir asuntos públicos y pertenecer en el guardia nacional, todo conforme a las leyes (artículo 2); en este documento se establecía tanto la suspensión como la pérdida de derechos (artículo 3 y 4).

La *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857*, estableció que eran ciudadanos de la República, los que habían cumplido 18 siendo

casados, y 21 a los que no lo estuvieren (artículo 34). Como prerrogativas se otorgaban las de votar y ser votados en elecciones populares, asociarse para tratar asuntos políticos, estar en el ejercito o guardia nacional y derechos de petición (artículo 35). Y como obligaciones, se tenían, entre otras las de votar en las elecciones en el distrito que correspondía y desempeñar cargos de elección popular de la federación (artículo 36).

Finalmente, con la promulgación de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*, podemos decir, que se concretaron diversas reformas, ampliando con ello el contenido de los derechos políticos a nivel federal. A pesar de los grandes avances, hoy tenemos pendiente, como en el caso de otros derechos, lograr su plena efectividad. A continuación se presentan en orden cronológico, algunas de las modificaciones a nuestro texto constitucional vigente:

- Las de la universalidad e igualdad del voto en los varones, ante la eliminación de requisitos censatarios, que diferenciaban a los mexicanos por motivos de sexo, propiedad y otros.
- Se disminuye la edad de 18 años para la adquisición de la ciudadanía (1969).
- Se redujo la edad para poder ser electo diputado (1972) o senador (1972, 1999), que es ahora de 21 y 25 años respectivamente.
- Se modificó el requisito de ser hijo de padre y madre mexicanos por nacimiento para ser presidente de la República (1994).
- Se reconoció el derecho al voto de las mujeres primero en las elecciones municipales (1947) y luego en forma general en (1953).
- Se suprimió el requisito de votar en el distrito electoral que corresponda al ciudadano y remitió la regulación del derecho al voto a la ley de la materia (1996).
- Se introdujo la posibilidad de referendun y la iniciativa popular en el Distrito Federal (1977) aunque el primero se suprimió después (1987) sin haberse aplicado.
- Se creó un régimen constitucional específico para los partidos políticos y se ampliaron las oportunidades para que éstos logaran presencia en los órganos de representación popular (1977).
- Se restablecieron parcialmente los derechos políticos de los ministros de culto religioso (1992).

III. CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS COMO DERECHOS HUMANOS

La investigación académica en materia de derechos humanos, al menos en principio, tiene que ver con dos tareas principales, la primera delimitar el contenido esencial de estos derechos y la segunda verificar los mecanismos de garantía de los mismos. En este orden de ideas, el presente apartado versa sobre la primera de las encomiendas.

3.1. ANÁLISIS TEÓRICO DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

Es importante señalar algunos conceptos introductorios, que permitan aproximarnos a una mayor comprensión sobre la materia. Recordemos que los Derechos humanos se han clasificado de diversas maneras, según su contenido y de acuerdo con su reconocimiento en la historia; en este tenor, la Organización de las Naciones Unidas clasifica el universo de los Derechos humanos en civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, y más recientemente, ambientales.

De acuerdo con la historia, los derechos políticos como derechos humanos aparecen junto con los derechos civiles a finales del siglo XVIII. No obstante algunos consideran que la materialización de estos derechos ocurre con el surgimiento de los Tribunales Electorales, que de manera muy reciente aparecen en nuestro sistema jurídico.

La Declaración de los Derechos del buen pueblo de Virginia y la Declaración de los Derechos de la Revolución Francesa reconocían dichos derechos y a partir de esa época se consideran a los derechos civiles y políticos como los primeros que se positivizan, y dentro de los cuales se encuentran: el derecho al sufragio universal,⁵ el derecho a la tutela judicial, derechos de manifestación, de representación, petición, y derecho a ser votado, entre otros.

De manera general podemos decir, que los derechos políticos, son todos aquellos que permiten el ejercicio de los derechos de participación en la vida pública; en este sentido, interesante aporte realiza Silva Adaya, al considerar que “el derecho de participación en los asuntos políticos, es el

⁵ Se refuerza el hecho de que la Constitución Mexicana junto con la de Uruguay, ambas de 1917, son los primeros textos constitucionales que incorporan de manera muy tímida el reconocimiento de los partidos políticos, es decir se aluden pero no se les regula. Cfr. Reniu Vilamala, Joseph M. “Los partidos políticos ante los retos del siglo XXI”, en VV. AA. *Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI*, H Congreso del Estado de Guanajuato, IIL, México, 2004, p. 14.

derecho político por excelencia, los demás derechos políticos pueden considerarse concretizaciones o modalidades de este derecho general”.⁶

Una opinión diversa a la anterior, señala que, “el voto es considerado como el derecho fundamental entre los derechos políticos, ya que es mediante el sufragio por el que los electores determinan quiénes ocuparán los órganos de gobierno; en este sentido, el voto o sufragio es el instrumento más representativo de las distintas formas de participación en la vida política del país”.⁷

De acuerdo con Rubio Valle Labrada, los Derechos Políticos se integran: por el derecho a la nacionalidad, a la participación política y la tutela judicial; prerrogativas que define a partir de una visión teórica, la cual desarrollaremos en las siguientes líneas.⁸

La *nacionalidad*, es una exigencia de la dignidad humana y una consecuencia de la dimensión social de la misma, pues toda persona tiene derecho a integrarse en un grupo social organizado en el que desenvuelva su personalidad y en el que pueda participar. Por lo tanto, la existencia de este derecho se concreta en la necesidad de que toda persona disfrute de capacidad jurídica. El autor reafirma que el derecho a la nacionalidad, a pesar de su prioridad como derecho de la persona, es uno de los derechos que se destaca por la importancia de su positación.

Por su parte, José Woldenberg se cuestiona ¿de dónde se deriva el ejercicio de los derechos políticos?, a ello responde con una ligera inquietud, si de la nacionalidad, de la residencia, o de ambas.⁹ De lo anterior inferimos, la posibilidad de que la nacionalidad no lo sea todo y en donde la residencia puede ser un factor determinante para ello, Woldenberg menciona que en el caso de las y los canadienses que se encuentran en el extranjero, pueden votar, pero siempre y cuando su estancia más allá de las fronteras no sobrepase un determinado número de años.¹⁰

El derecho a la participación política, señala al sufragio como instrumento primordial para su realización, el cual se ido consolidando desde su reconocimiento en el siglo XVIII, superando así, el sufragio censatario por

⁶ FIX FIERRO, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, 2a. ed., México, D.F., UNAM, p. 33.

⁷ NAVARRETE M. Tarcisio, ABASCAL C. Salvador y LABORIE E. Alejandro, *Los Derechos humanos al alcance de todos*, 3a. ed., México, Comisión de Derechos humanos del Distrito Federal y DIANA, 2000, p. 106.

⁸ VALLE LABRADA, Rubio, *Introducción a la teoría de los Derechos humanos: Fundamento, Historia, Declaración Universal de 10.XII.1948*, Madrid, Civitas, 1998, 159-164 pp.

⁹ ALCOCER V. Jorge, *El voto de los mexicanos en el extranjero*, México, Nuevo Horizonte, 2005, p. 500.

¹⁰ *Idem*.

motivos de edad, económicos, culturales, de discriminación por razón de sexo y raza, llevados a cabo hasta el siglo XX.

Para robustecer este derecho, se encuentra una cita por de más importante, en la que se señala que la participación política desempeña un papel relevante en el sistema de protección de los Derechos humanos, ya que existe consenso, acerca de que la defensa del libre ejercicio de los derechos políticos es presupuesto para la defensa de aquéllos; lo cual se vincula a la legitimidad, permitiendo que tanto las mayorías como las minorías expongan su disenso, propongan soluciones e influyan sobre la opinión pública para evitar que las mayorías actúen arbitrariamente.¹¹

El *derecho a la tutela judicial*, tiene que ver con las garantías procesales, como los recursos e instituciones que habrán de proteger contra los casos que violen derechos humanos.

3.2. DESCRIPCIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

Desde la concepción de los Derechos humanos, se ha tratado de fundamentar sus orígenes y bases, tomando como premisa indiscutible a la dignidad humana. En este sentido:

“Los fundamentos de los Derechos humanos constituyen los cimientos sobre los cuales se edifica el concepto (...) la fundamentación, permite defender íntegramente la causa de los Derechos humanos. Pues el desconocimiento de los fundamentos de estos derechos, conduce hacia la construcción de argumentos endebles, y muchas veces insostenibles ante el exceso de poder del Estado”.¹²

En este orden de ideas, una de las teorías que fundamentan estos derechos, encuentra su sustento en la Ley Positiva Legítima, y en su emanación a través de una auténtica representación de la voluntad ciudadana; por lo que acorde con esta tesis denominada iuspositivista, revisaremos algunas normas vigentes.

La Constitución Política Federal vigente concibe a los derechos políticos inmersos en nociones como nacionalidad, ciudadanía y residencia. En lo que respecta a la nacionalidad, se adopta el sistema mixto; ya que

¹¹ COLAUTTI, Carlos E, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1995, p. 233.

¹² Cfr. VIDAURRI ARECHIGA, Manuel; y SORIANO FLORES, José Jesús, “Derechos humanos: Conceptos y Fundamentos”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 79, 2007, p. 134.

se otorga la nacionalidad mexicana por nacimiento o por naturalización;¹³ en el primer caso, son mexicanas o mexicanos por nacimiento: los que nazcan en territorio de la república, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres; los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional (*ius soli*); los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y aquellas personas que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes (*ius sanguinis*) (Artículo 30).

En tanto que, son mexicanas o mexicanos por naturalización: los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores, carta de naturalización, y la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

En este tenor, la nacionalidad, puede ser conceptualizada, como el vínculo jurídico-político determinado por la sangre o por el lugar en que nace

¹³ Sobre el concepto “nacionalidad”, Leah Levin la refiere como atributo que permite dar identidad; en sentido material, cree que la identidad está vinculada a un lugar geográfico y al derecho implícito a la protección de las leyes vigentes dentro de la jurisdicción del estado. Además de que el Estado es responsable de la protección que reciben sus nacionales en el territorio de otros estados. De igual forma, señala, que en cuanto a la identidad, la nacionalidad hace que el individuo tenga un sentimiento de pertenencia a una comunidad y a su propia valía. Fuente: Levin Leah, *Derechos humanos. Preguntas y respuestas*, México, D.F., UNESCO, 1999, p. 118.

En una dimensión teórica más amplia, la nacionalidad, de acuerdo con el profesor Monroy Cabra, “es un vínculo sociológico, político y jurídico que une a una persona con un Estado determinado. Es un vínculo sociológico por cuanto implica la existencia de una serie de factores culturales, históricos, raciales, y geopolíticos que hacen que exista una comunidad espiritual que aspira a un destino común. Es un vínculo de carácter político, por cuanto la nacionalidad hace que una persona participe activamente en el gobierno de su país y ejercite derechos políticos pudiendo elegir y ser elegido para desempeñar cargos en la dirección del estado. Es igualmente un vínculo jurídico, por cuanto implica el que se trate de un verdadero estado del cual se deriven una serie de derechos y obligaciones civiles”. Fuente: VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo E, *Derecho Constitucional*, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 89.

Tomemos en cuenta, que la nacionalidad puede estructurarse de acuerdo con tres factores, el *ius soli*, el cual es otorgado por el hecho de nacer en un determinado Estado; el *ius sanguinis*, referido a los vínculos de consanguinidad, en especial por los que se tiene con los ascendentes que son que sean nacionales del respectivo Estado; y el *ius domicili*, el cual se obtiene al fijar residencia en un determinado Estado.

un individuo, que lo une con el Estado¹⁴. Se observa, de igual manera, como la nacionalidad se relaciona íntimamente con la ciudadanía, y que a través de ésta última, se adquieren derechos y deberes sociales, políticos y jurídicos.

Por su parte, son considerados ciudadanos los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos: haber cumplido 18 años, y tener un modo honesto de vivir (artículo 34). Dentro de sus obligaciones, se encuentran: hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas; recibir instrucción cívica y militar; alistarse y servir en la guardia nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, en defensa de la patria; contribuir para los gastos públicos de conformidad con la ley (artículo 31).

Nuestra Constitución Federal igualmente indica que el ciudadano tiene como prerrogativas: votar en las elecciones populares; poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley; asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición (artículo 35).

Por lo que respecta al ámbito de las obligaciones de las y los ciudadanos, se señalan: inscribirse en el catastro de la municipalidad manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes; alistarse en la Guardia Nacional; votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley; desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos; y desempeñar los cargos concejiles del municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado (artículo 36).

Se establece que ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad, que la nacionalidad mexicana por naturalización y que se perderá en los siguientes casos: por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera, por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero, por usar un pasaporte extranjero, o por aceptar o usar títulos

¹⁴ NAVARRETE M. Tarcisio, ABASCAL C. Salvador y LABORIE E. Alejandro, *Los Derechos humanos al alcance de todos*, 3a. ed., México, Comisión de Derechos humanos del Distrito Federal y DIANA, 2000, p. 54.

nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero, y por residir durante cinco años continuos en el extranjero.

También se indica que la ciudadanía mexicana se pierde: por aceptar o usar títulos nobiliarios de gobiernos extranjeros; por prestar voluntariamente servicios oficiales a un gobierno extranjero sin permiso del Congreso Federal o de su Comisión Permanente; por aceptar o usar condecoraciones extranjeras sin permiso del Congreso Federal o de su Comisión Permanente; por admitir del gobierno de otro país títulos o funciones sin previa licencia del Congreso Federal o de su Comisión Permanente, exceptuando los títulos literarios, científicos o humanitarios que pueden aceptarse libremente; por ayudar, en contra de la Nación, a un extranjero, o a un gobierno extranjero, en cualquier reclamación diplomática o ante un tribunal internacional, y en los demás casos que fijan las leyes (artículo 37).

De igual forma, los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: por falta de cumplimiento sin causa justificada de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36; y que esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley; por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión; durante la extinción de una pena corporal; por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes; por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal; y por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión (artículo 38).

Respecto al reconocimiento de los derechos políticos en el derecho internacional, sin ser exhaustivos, la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos humanos, el 25 de junio de 1993, establece que “la democracia, el desarrollo y el respeto a los Derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y su plena participación en todos los aspectos de la vida. En este contexto, la promoción y protección de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional deben ser universales y llevarse a cabo de modo incondicional...”.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, prevé en su precepto 21 que: toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a

las funciones públicas de su país. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto (artículo 21).

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, reconoce, que todo ciudadano sin distinción alguna tiene los derechos y oportunidades para: Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La Convención Americana de los Derechos del Hombre, refiere que:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal (artículo 23).

IV. CONSIDERACIÓN FINAL

Los Derechos humanos, como se verifica en el texto, progresivamente, y como diría Pérez Luño, en cada momento histórico, van concretando exigencias del género humano de primer orden, tales como la libertad y la igualdad. En este sentido, la construcción y entendimiento de los derechos políticos como derechos humanos, constituye una construcción normativa relativamente reciente en la que se siguen abonando al día de hoy elementos que fortalecen en sus prerrogativas y garantías.

La cultura de respeto a los Derechos humanos, requiere de su entendimiento histórico, jurídico, y también ético, el compromiso es de todos, pero la responsabilidad primaria es del Estado. Ciertamente el texto no agota el tema, pero si pensamos, nos aproxima al entendimiento histórico y normativo de los Derechos Políticos en México como derechos humanos.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

- ALCOCER V. Jorge, *El voto de los mexicanos en el extranjero*, México D.F., Nuevo Horizonte, 2005.
- COLAUTTI, Carlos E, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1995.
- FIX-FIERRO, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, 2a. ed., México, D.F., UNAM, 2006.
- LEVIN LEAH, *Derechos humanos. Preguntas y respuestas*, México, D.F., UNESCO, 1999.
- NAVARRETE M. Tarcisio, ABASCAL C. Salvador y LABORIE E. Alejandro, *Los Derechos humanos al alcance de todos*, 3a. ed., México, D.F., Comisión de Derechos humanos del Distrito Federal y DIANA, 2000.
- RENIU VILAMALA, Joseph M. “Los partidos políticos ante los retos del siglo XXI”, en *VV. AA. Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI*, H Congreso del Estado de Guanajuato, IIL, México, 2004.
- VALLE LABRADA, Rubio, *Introducción a la teoría de los Derechos humanos: Fundamento, Historia, Declaración Universal de 10.XII.1948*, Madrid, Civitas, 1998.
- VELÁSQUEZ Turbay, Camilo E, *Derecho Constitucional*, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- VIDAURRI ARECHIGA, Manuel y SORIANO FLORES, José Jesús, “Derechos humanos: Conceptos y Fundamentos”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Universidad de Guanajuato, núm. 79, 2007.

Reflexiones Jurídicas Contemporáneas. Libro Homenaje al Doctor Pedro López Ríos
se terminó de imprimir en junio de 2015
Impresa en linotipografía Dávalos hermanos, S.A. de C.V., Paseo del Moral no. 117,
colonia Jardines del Moral, C.P. 37160, León, Gto., México
Tiraje: 500 ejemplares