

Cultura Jurídica

Numero 1, diciembre de 2010 - febrero de 2011



Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Derecho

Cultura Jurídica

Numero 1, diciembre de 2010 - febrero de 2011



Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Derecho

UNAM

Dr. José Narro Robles
Rector

Dr. Sergio M. Alcocer Martínez de Castro
Secretario General

Lic. Enrique del Val Blanco,
Secretario Administrativo

Mtro. Javier de la Fuente Hernández
Secretario de Desarrollo Institucional

MC Ramiro Jesús Sandoval,
Secretario de Servicios a la Comunidad

Lic. Luis Raúl González Pérez
Abogado General.

Facultad de Derecho

Dr. Ruperto Patiño Manffer
Director de la Facultad

Lic. José Barroso Figueroa
Secretario General

Revista Cultura Jurídica

Dr. Ruperto Patiño Manffer
Director

Lic. Alberto J. Montero Olmedo
Editor

La Revista Cultura Jurídica es una publicación trimestral editada por la Facultad de Derecho de la UNAM, Av. Universidad No. 3000, Universidad Nacional Autónoma de México, C.U., México DF, 04510, Tel. 5622 82 22 ext. 40808, www.derecho.unam.mx; certificado de reserva de derechos al uso del título en trámite. Diseño de portada: Adonay Eduardo Jaimes García; tipografía y formación: Claudio Vázquez Pacheco; impresión: Creativa Impresores SA de CV. Las ideas vertidas en los artículos son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan la opinión de la Institución.

Consejo editorial

Dr. Juan Manuel Saldaña Pérez
Director del Seminario de Comercio Exterior

Lic. Pedro Noguerón Consuegra
Director del Seminario de Derecho Administrativo

Dr. Manuel Ruiz Daza
Director del Seminario de Derecho Agrario

Dra. María Leoba Castañeda Rivas
Directora del Seminario de Derecho Civil

Lic. Edmundo Elias Musi
Director del Seminario de Derecho Constitucional y Amparo

Lic. Miguel Ángel Vázquez Robles
Director del Seminario de Derecho Fiscal

Dra. María Elena Mansilla y Mejía
Directora del Seminario de Derecho Internacional

Dr. Alberto Fabián Modragón Pedrero
Director del Seminario de Derecho Mercantil

Dr. José Pablo Patiño Souza
Director del Seminario de Derecho Penal

Dra. Margarita Guerra y Tejada
Directora del Seminario de Derecho Procesal

Dr. José de Jesús Ledesma Uribe
Director del Seminario de Derecho Romano

Dr. Porfirio Marquet Guerrero
Director del Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Lic. Pedro Ojeda Paullada
Director del Seminario de Derecho de Estudios Jurídicos Económicos

Mtra. María Elodia Robles Sotomayor
Directora del Seminario de Filosofía del Derecho

Dr. César Benedicto Callejas Hernández
Director del Seminario de Patentes, Marcas y Derechos de Autor

Dra. Elssie Núñez Carpizo
Directora del Seminario de Sociología Jurídica

Dr. Miguel Ángel Garita Alonso
Director del Seminario de Teoría del Estado

Presentación	11
<i>Ruperto Patiño Manfer</i>	
Importaciones de pollo de los Estados Unidos: un caso de <i>Dumping</i> , no de salvaguardia	15
<i>Juan Manuel Saldaña Pérez</i>	
Reflexiones sobre Nación-Estado, Poder y Gobierno	43
<i>Pedro Noguerón Consuegra</i>	
La lucha por la tierra. Algunos aspectos sumarios teóricos y prácticos de naciones antiguas y contemporáneas	55
<i>Manuel Ruiz Daza</i>	
El divorcio con causa versus “incausado” o acausal	65
<i>María Leoba Castañeda Rivas</i>	
La propuesta de reforma política del Ejecutivo Federal sobre iniciativa de leyes	79
<i>Edmundo Elías Musi</i>	
Hacia una eficaz impartición de justicia en materia fiscal	97
<i>Miguel Ángel Vázquez Robles</i>	
Fraude a la ley: <i>fraus legis facta</i>	105
<i>María Elena Mansilla y Mejía</i>	
Excepciones aplicables a los títulos de crédito	119
<i>Alberto Fabián Mondragón Pedrero</i>	
La equidad y la justicia actual en México	135
<i>José Pablo Patiño y Souza</i>	
La presunción de inocencia en la reforma penal constitucional	147
<i>Margarita María Guerra y Tejada</i>	
Buscando la intimidad del concepto de “ <i>lus</i> ”	157
<i>José de Jesús Ledesma Uribe</i>	

Índice

Importancia de la enseñanza de la seguridad social en la Facultad de Derecho	175
<i>Porfirio Marquet Guerrero</i>	
Competitividad y política industrial en México.	189
<i>Pedro Ojeda Paullada</i>	
Hacia un sistema integral americano de protección al menor.	199
<i>María Elodia Robles Sotomayor</i>	
Relaciones contractuales en el Derecho de Autor.	213
<i>César Benedicto Callejas</i>	
Pluridimensional: la educación	227
<i>Elssie Nuñez Carpizo</i>	
Una visión del Estado Contemporáneo	245
<i>Miguel Ángel Garita Alonso</i>	

Presentación

Es motivo de orgullo y satisfacción para la comunidad universitaria y de manera especial para el Director de la Facultad de Derecho, para los Directores de los Seminarios y los profesores adscritos a ellos, presentar la *Revista de investigación de los Seminarios de la Facultad de Derecho*. Este proyecto que ahora se materializa fue concebido desde el inicio del período en el que tengo la oportunidad de dirigir a mi *Alma mater*, aunque solo ha sido posible concretarlo hasta este 2011. Para ello, ha sido fundamental la participación y apoyo de los Directores de los Seminarios, lo cual les agradezco. Por supuesto, corresponde a ellos el honor de ofrecernos sus trabajos en este primer número.

Cultura jurídica fue concebida y diseñada para que los Seminarios dispongan de un medio para dar a conocer los trabajos que sus integrantes realizan; son nuestros maestros, alumnos e investigadores los encargados de darle vida, y corresponde a los seminarios ser los conductores en quienes reside, y estoy seguro que así será, el éxito de la empresa. El Consejo editorial integrado por los Directores de los seminarios, a su vez es quién decidirá sobre la calidad de los materiales y procurará que cumplan con el rigor académico para que los trabajos que se publiquen contribuyan a la comprensión del derecho en sus muy diversas manifestaciones, así como a los problemas que nuestro tiempo y necesidades sociales nos exigen resolver.

Tengo la seguridad, la cual, sin duda, comparto con los integrantes del Consejo editorial, de que la *Revista de investigación de los Seminarios de la Facultad de Derecho* contribuirá a la difusión del pensamiento, estudio adecuado y necesario del derecho, tanto en los temas clásicos, así como en los de frontera. No debemos olvidar que una de las misiones de la Universidad es la difusión de los conocimientos que en ella se producen. Tal es el caso de las actividades realizadas por los Seminarios de la Facultad de Derecho, los cuales no solo reúnen a los profesores de carrera y asignatura que imparten las materias del área correspondiente, sino que además de la loable actividad de dirigir los trabajos de tesis para que los alumnos de licenciatura puedan obtener el título de licenciados en derecho, realizan otras actividades vinculadas a la difusión y generación de

conocimiento jurídico y de frontera, entre otras: simposios; mesas de debate; ciclos de conferencias; cursos de actualización; presentaciones de libros; concursos en los que se premia al mejor ensayo sobre un tema del área; premio a la mejor tesis; y ahora, la publicación trimestral de trabajos especializados y de divulgación mediante *Cultura jurídica*.

Cuando se concibió que existiera una revista dedicada a los Seminarios de la Facultad, se propuso como objetivo el ampliar los medios de difusión para los trabajos que nuestros profesores producen; por ello, *Cultura jurídica* complementa la labor que se realiza en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, también de carácter periódico; así como los *Cuadernos de trabajo*, publicados bajo la coordinación de los Seminarios. Este amplio panorama de posibilidades genera oportunidades y reivindica el carácter de que los Seminarios también son centros de investigación y difusión del derecho. Baste recordar que los seminarios de la Facultad de Derecho son poseedores de una tradición que en la mayoría de casos se remonta a la primera mitad del siglo pasado, cuando en la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia fueron fundados por ilustres maestros quienes hicieron del estudio del derecho una actividad altamente destacada no solo en nuestro país, sino en Iberoamérica.

Es menester mencionar que el concebir a los seminarios como el ámbito propicio para incentivar la investigación y difusión del pensamiento jurídico, debe permitir que ensayos, resultados parciales de investigaciones, interpretaciones y trabajos sobre temas coyunturales o de interés perdurable sean publicados. Trabajos que nunca habrían sido publicados de no existir el medio. Por lo que *Cultura jurídica* responde también a esa necesidad de crear el espacio para orientar la dedicación de los profesores no solo a la docencia, función primordial y razón de ser de la Facultad, sino permitir que los espíritus inquietos, innovadores, creativos y con vocación por realizar actividades de difusión e investigación tengan un medio destinado a ello. Es menester aclarar que la investigación y divulgación de los Seminarios no es en sí algo novedoso; también con ello recuperamos una de las antiguas tradiciones de nuestros más queridos maestros, quienes hicieron de los Seminarios centros de saber y difusión de la cultura jurídica.

Sin embargo, lo que en este momento permite la revista, es aprovechar el impulso y anhelo que los profesores tienen de publicar y producir conocimiento. Impulso que por razones diversas había carecido del apoyo y medio adecuado, el cual se sustentara en un proyecto de largo alcance; carácter que pretende tener *Cultura jurídica* al ser la revista que fomente y difunda los trabajos de investigación y divulgación sobre las diversas áreas del derecho.

Enhorabuena para la comunidad universitaria y para todos los interesados en el derecho, quienes de ahora en adelante contarán con una publicación trimestral en la que encontrarán el aliciente para discutir los temas más relevantes

Importaciones de pollo de los Estados Unidos

13

de la agenda jurídica nacional. Con la seguridad de que este es el inicio de una tradición que nos dará satisfacciones y motivos para continuar con nuestras actividades académicas y vocación de difundir el pensamiento y cultura jurídicas.

Ruperto Patiño Manffer
Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria
Febrero de 2011

Importaciones de pollo de los Estados Unidos: un caso de *dumping*, no de salvaguardia

Juan Manuel Saldaña Pérez*

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Marco jurídico; 3. Salvaguardia global; 4. Salvaguardia bilateral; 5. Salvaguardia bilateral de pollo; 6. Cuota compensatoria antidumping, no salvaguardia; 7. Salvaguardia bilateral vs cuota compensatoria antidumping; Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Es prácticamente nula la experiencia y los estudios sobre medidas de salvaguardia en México. Hasta octubre del 2009, se habían llevado a cabo dos investigaciones por salvaguardia bilateral (harina de pescado de Chile y pierna y muslo de pollo de los Estados Unidos) y una por salvaguardia global sin la imposición de medida (madera contrachapada-triplay), y solamente se han impuesto dos medidas de salvaguardia bilateral, una provisional y la otra definitiva, ambas a la importación

de pollo originario de los Estados Unidos.¹

En este artículo analizaremos los requisitos esenciales para la imposición de una salvaguardia y de una

¹ Resolución final de la investigación de salvaguarda sobre las importaciones de harina de pescado de Chile, DOF de 28 de diciembre de 1996; Decreto que impone una medida provisional de salvaguarda bilateral sobre las importaciones de pierna y muslo de pollo de los Estados Unidos, DOF de 22 de enero de 2003; Decreto que impone una medida definitiva de salvaguarda bilateral sobre las importaciones de pierna y muslo de pollo de los Estados Unidos, DOF de 25 de julio de 2003; y Resolución que concluye la investigación por salvaguarda a las importaciones de madera contrachapada (triplay), DOF del 2 de junio del 2005.

* Director del Seminario de Estudios sobre el Comercio Exterior de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

cuota compensatoria por dumping, así como la idoneidad y eficacia de ambas medidas, y particularmente de la salvaguardia bilateral definitiva impuesta por México a las importaciones de pierna y muslo de pollo de los Estados Unidos.

2. MARCO JURÍDICO

Los aspectos sustantivos y de procedimiento en materia de medidas de salvaguardia, tanto globales como bilaterales, están regulados en el Acuerdo sobre Salvaguardias (AS), en el Artículo XIX del GATT de 1994 (Medidas de urgencia sobre importación de productos determinados), Ley de Comercio Exterior (LCE),² el Reglamento de la Ley de Comercio Exterior (RLCE) y los tratados comerciales de carácter bilateral suscritos por México que contienen disposiciones sobre la materia, como el TLCAN.

² Incluye las reformas a la LCE publicadas en el DOF del 13 de marzo del 2003 y 24 de enero del 2006, que abarcaron aspectos sustantivos y de procedimiento. En lo sustantivo los requisitos para la imposición de una medida de salvaguardia se ajustaron a lo establecido en el AS, pues en algunos aspectos la LCE era más restrictiva en perjuicio de la producción nacional, además se otorgaron facultades a la Secretaría de Economía para imponer medidas de salvaguardia, y en cuanto al procedimiento se redujeron los plazos.

3. SALVAGUARDIA GLOBAL

El Presidente de la República o el Secretario de Economía, pueden imponer temporalmente medidas de salvaguardia a las importaciones de una mercancía originaria de cualquier país cuando a consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias contraídas por un miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC), las importaciones de dicha mercancía han aumentado en tal cantidad y en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional de mercancías similares o directamente competidoras, a condición de ajustar la producción nacional y compensar a los países exportadores.

Con la medida de salvaguardia se pretende permitir que el país importador reajuste temporalmente su desequilibrio respecto a otros países exportadores cuando se enfrenta a circunstancias inesperadas e “imprevistas” que tienen como consecuencia el aumento de las importaciones “en tal cantidad” y “en condiciones tales” que causen o amenacen causar un daño grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores.³

³ Informe del Órgano de Apelación en el caso *Argentina – Medidas de Salvaguardia Impuestas a las Importaciones de Calzado*, WT/DS121/AB/R, 14 de diciembre de 1999, párrafo, 94.

Importaciones de pollo de los Estados Unidos

17

Los tratados comerciales bilaterales suscritos por México contienen disposiciones que regulan la determinación de una medida global en lo relativo a compensación o represalia y exclusión.

3.1. EVOLUCIÓN IMPREVISTA DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Los requisitos para la aplicación de una medida de salvaguardia, están previstos en los artículos XIX.1.a) del GATT de 1994 y 2.1 del AS:

Artículo XIX.1.a). “Si como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por una parte contratante en virtud el presente Acuerdo, las importaciones de un producto en el territorio de esta parte contratante han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores en ese territorio, dicha parte contratante podrá, en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar ese daño, suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto a dicho producto o retirar o modificar la concesión (subrayado y cursivas añadidos):

Artículo 2.1. “Un Miembro sólo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si dicho Miembro ha determinado, con arreglo a las disposiciones

enunciadas *Infra.*, que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de la producción nacional que produce productos similares o directamente competidores.”

En el caso Calzado-Argentina, el Grupo Especial del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (GE) consideró que el hecho de que el nuevo Acuerdo sobre Salvaguardias no hace referencia al requisito de la *evolución imprevista de las circunstancias*, requisito previsto en el artículo XIX del GATT⁴, para determinar una medida de salvaguardia NO es necesario cumplir con el requisito de “evolución imprevista de las circunstancias”.⁵

Sin embargo, el Órgano de Apelación del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (OA) constató que toda medida de salvaguardia aplicada después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC debe ajustar-

⁴ *Ibidem*, párrafo 8.67.

⁵ En el caso Corea productos lácteos, el GE adoptó esta misma determinación. Informe del Grupo Especial del caso *Corea – Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, WT/DS98/R, 21 de junio de 1999, párrafos 7.42, 7.45 y 7.48 e Informe del Órgano de Apelación del caso *Corea – Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las Importaciones de determinados producto lácteos*, WT/DS98/AB/R, 14 de diciembre de 1999, párrafo 90.

se, tanto al AS como al artículo XIX del GATT de 1994, por lo que debe cumplir con el requisito de “evolución imprevista de las circunstancias...”.

En diversas ocasiones el OA ha constatado que antes de la aplicación de una medida de salvaguardia “debe demostrarse como cuestión de hecho” la evolución imprevista de las circunstancias.⁶ En el caso de carne de cordero y en relación artículo XIX 1.a) del GATT de 1994, el OA constató que la frase “como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por un miembro en el presente Acuerdo” depende gramaticalmente de la expresión “las importaciones [...] han aumentado”, que describe determinadas circunstancias de hecho para la correcta aplicación de una medida de salvaguardia en forma compatible. Igualmente, constató que es necesario “demostrar la evolución imprevista de las circunstancias” antes de la aplicación de la medida, aún cuando el texto del artículo XIX no ofrece ninguna orientación en cuanto a dónde o cómo debe efectuarse esta demostración.⁷

Por ejemplo, en el caso de “determinados productos siderúrgicos”, las

Comunidades Europeas señalaron como “evolución imprevista”, el hecho de que los Estados Unidos, que representaban un octavo del consumo mundial de acero, hubieran impuesto una serie de medidas restrictivas a las importaciones de diversos productos siderúrgicos, hecho que provocó la disminución del 33% en las importaciones de acero a dicho país, entre 1988 y 2001.

3.1.1. POR EFECTO DE LAS OBLIGACIONES

“Por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por un miembro en virtud del presente Acuerdo”, significa que sólo debe demostrarse que el miembro importador ha contraído obligaciones, incluidas concesiones arancelarias, en virtud del GATT de 1994. La frase “evolución imprevista ... y efecto de las obligaciones...” significa que para adoptar una medida de salvaguardia es necesario constatar que el país importador adquirió ciertas obligaciones al integrarse al GATT, en un contexto o situación comercial tal que, el país estimaba que la liberación comercial no tendrá efectos en los sectores industriales.

3.1.2. DAÑO GRAVE Y CAUSALIDAD

Una vez que se ha evaluado la situación general de la rama de la producción nacional, a consecuencia del aumento de las importaciones en tal

⁶ Ver informe del Órgano de Apelación en el caso de *Argentina – Calzado*, op. cit. párrafo 92. e Informe del Órgano de Apelación del caso *Estados Unidos - Medidas de Salvaguardia respecto de las importaciones de Carne de Cordero Fresca, Refrigerada o Congelada Procedentes de Nueva Zelanda y Australia*, WT/DS177/AB/R y WT/DS178/AB/R, 1 de mayo de 2001, párrafo 75.

⁷ *Ibidem.*, párrafos 72 y 73.

Importaciones de pollo de los Estados Unidos

19

cantidad y en condiciones tales y a la luz de todos los factores pertinentes que tengan relación con dicha rama de la producción, es que puede determinarse si se ha producido un daño grave, esto es, un “menoscabo general significativo” de la situación de esa rama de producción nacional, conforme a lo previsto en los artículo 4.1.a) del AS y 46 de la LCE.

3.1.2.1. AUMENTO DE IMPORTACIONES “EN TAL CANTIDAD”

La imposición de una medida de salvaguardia requiere no sólo que las importaciones hayan “aumentado en tal cantidad” sino también que se hayan realizado “en condiciones tales” que causen o amenacen causar daño a la producción nacional. Estos acontecimientos no son corrientes en el comercio habitual, pues la finalidad es que las salvaguardias sean “medidas de urgencia”, impuestas ante situaciones en que el importador enfrenta una evolución de las importaciones que no hubiera “previsto” o “esperado” cuando contrajo obligaciones.⁸

Para determinar si las importaciones han aumentado “en tal cantidad”, es necesario un análisis del “ritmo y cuantía” del aumento de las importaciones, en términos absolutos y como porcentaje de la producción nacional.⁹ En consecuencia, es indispensable

considerar los cambios en los niveles de importaciones durante todo el período analizado.

El requisito de que las importaciones deben haber aumentado en “*tal cantidad*” que causen o amenacen causar daño grave a la producción nacional, “requiere que el aumento de las importaciones haya sido lo bastante reciente, lo bastante súbito, lo bastante agudo y lo bastante importante, tanto cuantitativa como cualitativamente, para causar o amenazar causar un daño grave”.¹⁰

En el cálculo del aumento de importaciones se debe considerar el ritmo y la cuantía, particularmente: una comparación entre los datos correspondientes a los extremos del período; la disminución de las importaciones en la parte media del período (“punta a punta”), y si la disminución tiene o no carácter temporal. Una disminución temporal de las importaciones durante el período analizado no invalida necesariamente una constatación de aumento de importaciones, pues depende de cada caso en lo particular, ya que podría tener lugar una baja *temporal* de las importaciones que no invalide una constatación de aumento de las importaciones.¹¹

Las condiciones básicas previas a la aplicación de una medida de salvaguardia, consisten en que las importaciones de ese producto en su territorio

⁸ Informe del Órgano de Apelación del caso de *Argentina - calzado*, *op.cit.*, párrafo 93.

⁹ Artículos 2.1 y 4.2 a) del AS, 48 fracción I de la LCE y 72 del RLCE.

¹⁰ Informe del Órgano de Apelación del caso *Argentina - Calzado*, *op. cit.*, párrafos 129 y 131.

¹¹ Informe del Grupo Especial del caso *Argentina - Calzado*, *op. cit.*, párrafos 8.165, 8.140 y 8.141.

han aumentado en tal cantidad en términos absolutos o en relación con la producción nacional, durante el período analizado.¹²

Es necesario razonar y justificar la forma en que ha de realizarse el análisis del aumento de las importaciones en términos absolutos o en relación con la producción nacional, tomando en consideración en cada caso particular los factores que influyen en el mismo, tales como: la extensión del período analizado (6 años o más) puede variar el sentido del análisis, y la cercanía del período analizado

El análisis de una investigación sobre salvaguardias debe incluir las importaciones totales del producto, independientemente de la fuente de donde provengan, incluyendo las de carácter temporal. Sólo se podrá aplicar una medida de salvaguardia si se ha determinado que las importaciones de determinado producto han aumentado en *tal cantidad* y en *condiciones de competencia tales* en el país importador que causen o puedan causar un daño grave.

“En condiciones tales”, indica la necesidad de analizar *las condiciones de competencia* entre el producto importado y los productos nacionales similares o directamente competidores en el mercado del país importador.¹³ El análisis de las condiciones de

competencia del producto importado en el mercado interno, debe explicar la interacción del producto importado con el producto nacional, para lo cual debe abarcar diversos factores, tales como: precio, características físicas (apariencia, estilo, moda) calidad, servicio, entrega, adelantos tecnológicos, gustos del consumidor y otros factores relacionados con la oferta y la demanda en el mercado.¹⁴

3.1.2.2. EFECTO EN LA PRODUCCIÓN NACIONAL

Para determinar si el aumento de las importaciones ha causado o amenaza causar un daño grave a una rama de la producción nacional, se requiere evaluar todos los “factores pertinentes”, de carácter objetivo y cuantificable, que tengan relación con la situación de la rama de producción nacional de que se trate, a que se refiere el artículo 4.2.a) del AS que a continuación se señalan, registraron aumento, disminución, se mantuvieron estables o no aumentaron lo que deberían en el período analizado:

¹² Artículos 2.1 y 4.2.a) del AS, 48 Fr. I de la LCE, reformada con fecha de publicación en el DOF de 13 de marzo de 2003 y 72 Fr. I del RLCE.

¹³ Informe del Grupo Especial del caso de *Argentina - Calzado*, op. cit., párrafo 8.250.

¹⁴ En la investigación de calzado, las Comunidades Europeas alegaron que es a través del precio que las importaciones compiten con productos nacionales y que en consecuencia, conforme al AS es necesario un análisis de los precios. El GE consideró que la frase “en condiciones tales” indica la necesidad de analizar las condiciones de competencia entre las importaciones y el producto nacional, en el cual se incluye, entre otros factores, el precio. *Ibidem*, párrafos 8.248, 8.250 y 8.251.

Importaciones de pollo de los Estados Unidos

21

- parte del mercado interno absorbida por las importaciones,
- cambios en el nivel de ventas,
- producción
- productividad
- utilización de la capacidad instalada
- ganancias y pérdidas, empleo
- otros.

3.2. AMENAZA DE DAÑO GRAVE Y CAUSALIDAD

Conforme a lo previsto en los artículos 46 de la LCE, 4.1 Y 4.2 del AS, se considera amenaza de daño grave la clara inminencia de un menoscabo general significativo de la situación de la rama de la producción nacional, la cual se debe basar en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas.

En el AS no se señalan los requisitos necesarios para determinar la existencia de amenaza de daño grave, pues los artículos 2.1 y 4.2 a) del mencionado Acuerdo, se refieren indistintamente, tanto a daño grave como a amenaza de daño grave.

Para determinar la existencia de amenaza de daño grave, además de demostrar una evolución imprevista de las circunstancias y que el aumento de importaciones en tal cantidad y en forma tal, es necesario evaluar, al menos, los factores pertinentes a que se refiere el artículo 4.2. a) del AS y llevar a cabo un análisis prospectivo de los mismos, para determinar cuáles

son los efectos del aumento del volumen de importaciones en un futuro cercano.

La existencia de una clara inminencia de un daño grave en la rama de producción nacional a causa del aumento de importaciones en tal cantidad y en condiciones tales, se determina mediante un análisis prospectivo de la situación general de la rama de la producción nacional, a la luz de todos los factores pertinentes que tengan relación con la misma.

Algunos especialistas consideran que para determinar la existencia de amenaza de daño grave para la imposición de una medida de salvaguardia, los únicos factores pertinentes a efecto del análisis son los señalados en el artículo 3.7 del Acuerdo Antidumping (AA). Sin embargo, dicha postura es incorrecta, pues además de que no existe ningún fundamento legal para aplicar el AA a las investigaciones sobre salvaguardias, el análisis de los factores del referido artículo 3.7 solamente tiene por objeto determinar la inminencia de importaciones y no la inminencia de daño. En consecuencia, para demostrar la “inminencia del daño” a la producción nacional, a causa del aumento de importaciones en tal cantidad y en condiciones tales, es necesario realizar un análisis prospectivo de todos los factores pertinentes.

En el caso de salvaguardia, al demostrar el aumento de importaciones *en tal cantidad y en condiciones tales*, también se comprueba la inmi-

nencia de importaciones, y no mediante un análisis de los factores pertinentes señalados en el artículo 3.7 del AA.

Por otro lado, causalidad es el vínculo de hecho y efecto existente entre el aumento en el volumen de las importaciones y el daño grave o amenaza de daño grave a la producción nacional. Además, es un elemento probatorio básico para determinar la aplicación de una medida de salvaguardia y tiene por objeto demostrar que el daño grave o la amenaza de daño grave que presenta la producción nacional tiene su origen en el aumento del volumen de importaciones *en tal cantidad y en condiciones tales*, y no en otros factores.

La determinación de la existencia de la relación causal entre el aumento de la tasa importaciones del producto de que se trate y el daño grave o amenaza de daño grave, deberá demostrarse sobre la base de pruebas objetivas. Además de los factores objetivos y cuantificables se deben analizar otros factores distintos que afecten a la producción nacional, de manera tal que se determine que el daño grave o amenaza de daño grave no es atribuible a esos otros factores y sí al aumento de importaciones. Entre otros factores objeto de análisis destacan: si la tendencia ascendente de las importaciones coincide con las tendencias descendentes de los factores de daño y, en caso contrario si se ha dado una explicación fundada del por qué a pesar de ello los datos demuestran una relación de causalidad; si las condiciones de competencia entre el producto importado y el producto nacional, demuestran en base a pruebas

objetivas una relación de causalidad de las importaciones; si el análisis de otros factores pertinentes demuestra que el daño causado no es atribuible a factores distintos a las importaciones.

3.3. RAMA DE PRODUCCIÓN NACIONAL

Rama de producción nacional es el conjunto de los productores de los productos similares o directamente competidores que operen dentro del territorio de un Miembro o aquellos cuya producción conjunta de productos similares o directamente competidores constituya una proporción importante de la producción nacional de los productos”.¹⁵

En el análisis de daño grave o amenaza de daño grave, la autoridad deberá evaluar el impacto de las importaciones investigadas sobre el total o una “proporción importante” de la producción nacional total de productos similares o directamente competidores. A este requisito se le conoce como “Principio de representatividad de daño grave o amenaza de daño grave”.

El AS no señala un porcentaje o parámetro para determinar una “proporción importante de la producción nacional total”, por lo que la autoridad deberá determinarlo, en cada caso, dependiendo de diversos factores, entre otros: grado de atomización de los productores nacionales (si están asociados o desintegrados), número

¹⁵ Artículos 2.6 del AA y 37 del RLCE.

Importaciones de pollo de los Estados Unidos

23

de productores y producto investigado (bienes de capital, finales, agropecuarios o químicos, etc.).¹⁶

3.4. PERÍODO INVESTIGADO Y PERÍODO ANALIZADO

El tiempo en el cual la autoridad investigadora analiza si las importaciones han aumentado en tal cantidad y en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional se le conoce como “período investigado”, que está incluido en el período analizado.

El AS es omiso al respecto, sin embargo, el artículo 119 del RLCE señala que el “período investigado” o de investigación: comprenderá un período de seis meses anterior a la presentación de la solicitud de la investigación, así como cualquier otro elemento relevante para la misma, el cual podrá modificarse a juicio de la Secretaría.¹⁷

El período investigado no sólo debe terminar en un pasado muy reciente sino que debe ser el pasado reciente. En ninguna disposición se hace referencia a este concepto, sin embargo,

para efectos prácticos es conveniente diferenciar entre el “período analizado” y el “período investigado”.¹⁸

En este sentido, Por “período analizado” debe entenderse el tiempo durante el cual la autoridad investigadora evaluará los factores económicos relevantes en el contexto del ciclo económico y de las condiciones de competencia específicas a la industria afectada, el cual abarca por lo menos tres años previos a la presentación de la solicitud e incluye el período investigado, conforme al artículo 74 del RLCE,

La autoridad puede extender el período analizado, si le fuera útil disponer de cinco años de datos históricos a los que pueda referirse al formular sus determinaciones.

3.5. SIMILITUD DE PRODUCTO

Para la determinación de una medida de salvaguardia, es necesario demostrar que el aumento de las importaciones causa daño grave o amenaza de daño grave a la produc-

¹⁶ Artículos 4.1.c) del AS y 45 de la LCE, reformado mediante publicación en el DOF del 13 de marzo de 2003.

¹⁷ El AS y la LCE refieren a daño grave o amenaza de daño grave, en tanto que el RLCE a daño serio o amenaza de daño serio. No obstante, dichos vocablos tienen el mismo significado.

¹⁸ El artículo 119 del RLCE señala que el período investigado cubre seis meses anteriores al inicio de la investigación, en tanto que el artículo 74 del propio RLCE, el “período analizado” comprende tres años anteriores a la presentación de la solicitud de inicio de investigación. Evidentemente existe un desfase entre ambos períodos, por lo que se deberían uniformar y tener como referencia el inicio de la investigación.

ción nacional de productos similares o directamente competidores.¹⁹

En este sentido se considera que un producto es similar cuando es idéntico (igual en todos sus aspectos al producto de que se trate), o de no existir ese producto, “aquel que tenga características muy parecidas a las del producto considerado”²⁰ en el AS No hay una definición de “producto similar” por lo que se podría partir del concepto aplicable a *dumping*.

Es necesario demostrar que el producto de fabricación nacional es similar al investigado, considerando las características comunes entre los productos, en relación con los procesos de fabricación, tanto en los países de origen de la mercancía como en el país importador que aplica la medida de salvaguardia, tales como: las materias primas utilizadas, si son básicamente las mismas en el país importador y en otros países fabricantes del producto investigado o si hay diferencias muy pequeñas; dimensiones de los diferentes productos; semejanza de las especificaciones y normas que deben cumplir los productos.

Para dar cumplimiento al requisito “directamente competidores” solo sería necesario demostrar, entre otras cosas, que los productos nacional e importado compiten en los mismos segmentos de mercado y que son utilizados por los mismos consumidores,

para lo cual es procedente considerar diversos aspectos que hacen suponer que los productos nacionales son directamente competidores de los importados, entre otros:

- Si ambos productos cumplen con la misma función y si es factible sustituir la mercancía fabricada en el país importador con la importada de otros países,.
- Si el mercado del producto es de precio o la calidad.
- Si el producto se comercializa directamente a los usuarios o a través de canales de distribución.
- Si los productos importados y nacionales compiten en los mismos segmentos y atienden los mismos consumidores.

3.6. DETERMINACIÓN, TIPO, MONTO, VIGENCIA, APLICACIÓN Y EXCLUSIONES

El Presidente de la República tiene la facultad de imponer una medida de salvaguardia, ya sea de carácter provisional o definitivo. En la resolución correspondiente se tiene que especificar entre otros aspectos el tipo de medida que se adopta, su monto y su duración o vigencia.

El Presidente o el Secretario de Economía tiene facultad para decidir la clase de medida de salvaguardia que haya de adoptarse, las que conforme a lo previsto en el artículo 45 de la LCE, podrán consistir en: aranceles especí-

¹⁹ Antes de las reformas a la LCE del 13 de marzo de 2003, refería incorrectamente a mercancías “similares o directamente competitivas”.

²⁰ Artículos 2.6 del AA y 37 del RLCE.

Importaciones de pollo de los Estados Unidos

25

ficos o *ad valorem*; permisos previos o cupos; o alguna combinación de los anteriores.

Las salvaguardias globales se imponen en la proporción necesaria para evitar o prevenir el daño grave o amenaza de daño grave y facilitar el reajuste de la rama de la producción nacional afectada, conforme al artículo 5.1 del AS. Independientemente de la forma que adopte la medida, el miembro que la impone tiene la *obligación* de asegurarse que esta sea proporcional o suficiente y no excesiva para prevenir o reparar el daño grave o amenaza de daño grave y facilitar el reajuste. La medida adoptada no debe ser más restrictiva de lo necesario para prevenir o reparar el daño grave y facilitar el reajuste.

La salvaguardia tendrá vigencia por el tiempo necesario para prevenir o reparar el daño grave y facilitar el reajuste, el cual no será mayor a cuatro años, y hasta ocho años cuando se justifique una prórroga para prevenir o *reparar* el daño grave y se demuestre que la producción nacional está en proceso de reajuste. Si el Miembro que impone la medida es un país en desarrollo, podrá aplicarla hasta por 10 años, conforme a lo previsto en los artículos 7.1, 7.2 y 9.2 del AS y 77 de la LCE.

Las salvaguardias se deben aplicar “sin discriminación a las importaciones de todas las procedencias”; de manera excepcional, previa consulta y aprobación del Comité de Salvaguardias, los miembros podrán aplicar restricciones a unos cuantos países cuando las importaciones procedentes de esos

países hayan “aumentado en un porcentaje desproporcionado en relación con el incremento total de las importaciones del producto considerado en el período representativo”.

No existe una regla específica sobre la forma de aplicación de las medidas, respecto a países o regiones que pueden abarcar, ya que los tratados comerciales establecen reglas específicas para los miembros integrantes de una unión aduanera, zona económica, etc., las que se refieren principalmente a los siguientes aspectos: ¿quién puede aplicar una medida?, un país integrante de una unión aduanera o zona de libre comercio, en lo individual o en nombre de todos los miembros integrantes de la misma, y ¿a quién se le puede aplicar la medida?, a un solo país miembro de una unión aduanera o zona de libre comercio, o se le tiene que aplicar a todos los miembros de la misma.

El GE del caso calzado, determinó que una investigación de una Unión Aduanera como entidad única debe aplicar medidas de salvaguardia en contra de todas las fuentes de suministro extrarregional, por lo que no es procedente ni justificado imponer salvaguardias contra fuentes de suministro intrarregional, pues éstas forman parte de la producción nacional.

El problema que se plantea en el caso de la aplicación de una medida a Estados de una Zona de Libre Comercio, consiste en determinar si la nota al pie de página 1 del AS, solamente se refiere a los supuestos en que una Unión Aduanera podrá aplicar una medida de salvaguardia como entidad

única o en nombre de un Estado miembro o también comprende los casos en que una Zona de Libre Comercio podrá aplicar una medida de salvaguardia como entidad única o en nombre de un Estado miembro.

La práctica de los miembros de la OMC en cuanto a la aplicación de medidas de salvaguardia entre Estados miembros de una Unión Aduanera o Zona de Libre Comercio, es diversa. La mayoría de los tratados internacionales que establecen zonas de libre comercio o uniones aduaneras incluyen la posibilidad de aplicar medidas de salvaguardia a otros Estados miembros, sin embargo, en algunos casos se prohíbe explícitamente la aplicación de medidas intrarregionales.

Conforme al AS, solamente se pueden excluir de la aplicación de una medida de salvaguardia las importaciones originarias de países en desarrollo miembros de la OMC con base en la conocida "Regla 3 x 9", conforme a la cual no se deberán aplicar medidas de salvaguardia cuando las importaciones originarias de un país en desarrollo, individualmente no excedan del 3% del total de importaciones, y las importaciones de los países en desarrollo en conjunto no representen más del 9% de las importaciones totales del producto en cuestión.

Por otra parte, en los tratados bilaterales o trilaterales, se establecen reglas específicas para excluir de una medida de salvaguardia global a las importaciones originarias de un país Parte, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en cada tratado, por lo que la exclusión de la aplica-

ción de una medida global no se limita a las importaciones originarias de países en desarrollo.

En los tratados se establece que cualquier país Parte que aplique una medida de salvaguardia global podrá excluir de su aplicación a las importaciones de mercancías originarias de los otros países Parte, siempre y cuando: las importaciones de una Parte consideradas individualmente, no representen una participación sustancial en las importaciones totales, y b) las importaciones de una Parte consideradas individualmente o en conjunto no contribuyan de manera importante al daño serio o amenaza de daño serio.

La mayoría de los tratados bilaterales o trilaterales, incluyendo el TLCAN, refieren a daño serio o amenaza de daño serio en lugar de daño grave o amenaza de daño grave, y no tienen reglas específicas para determinar lo que significa "una parte sustancial" y "contribución importante" al daño serio o amenaza de daño serio, tal como se indica a continuación.

3.7. PAÍSES INICIALMENTE EXCLUIDOS

Desde el inicio de la investigación, se puede excluir de la aplicación de una medida de salvaguardia a las importaciones de uno o varios países, en cuyo caso no es necesario celebrar consultas. No obstante, posteriormente se podría incluir a uno o más países inicialmente excluidos, siempre que se concluya que se reduce la eficacia de la medida por el incremento súbito de

Importaciones de pollo de los Estados Unidos

27

las importaciones de tal bien.

En los tratados celebrados entre México y los Estados Unidos, Chile, Uruguay, se establece expresamente la posibilidad de una “posterior inclusión”. No obstante, consideramos que cuando se presenta un incremento súbito de las importaciones, la posterior inclusión puede realizarse independientemente de que esté o no expresamente prevista dicha posibilidad en un tratado.

3.8. PROGRAMA DE AJUSTE

El objetivo de las medidas de salvaguardia debe ser el de promover el “reajuste estructural” y “potenciar la competencia en los mercados internacionales en lugar de limitarla”, por lo que dichas medidas sólo se aplican temporalmente, durante el tiempo necesario para permitir que la producción afectada realice las acciones necesarias para adaptarse a una competencia más intensa de las importaciones a que dará lugar la supresión de la salvaguardia.

La producción nacional debe presentar en su solicitud de inicio de investigación un Programa de Ajuste, en el caso de que no haya solicitado la aplicación de una medida de salvaguardia provisional, pues si la salvaguardia se impone provisionalmente, el Programa de Ajuste se debe presentar dentro de los 30 días hábiles posteriores a la publicación en el DOF de la imposición de la medida provisional.

El Programa de Ajuste deber abarcar, entre otros aspectos: el período de

duración solicitado para la aplicación de la medida; el monto de la misma, las medidas de ajuste que adoptará la producción nacional (por ejemplo, adquisición de nueva tecnología, capacitación de personal, mejoras de calidad, ahorro de materias primas, modernización de sistema contable, etc.); el tiempo y acciones para su ejecución y el tiempo en que se efectuarán; una propuesta sobre el tipo de medida que debe aplicarse; y el cronograma de liberalización progresiva. La autoridad evaluará la viabilidad del programa de ajuste y, en su caso, realizará las visitas de verificación necesarias.

A manera de ejemplo, la producción nacional solicitante propone en su Programa de Ajuste que la medida debe consistir en un incremento arancelario hasta el 60%, con una duración de tres años y con las siguientes acciones a tomar anualmente para mejorar la competitividad del sector: en el primer año adquisición de tecnología, en el segundo año capacitación de personal y en el tercero modernización de sistemas contables y de informática, con un período de desgravación anual del 70%, el primer año, de 20% el segundo y de 10% el tercero, conforme al denominado “Cronograma de liberalización” que puede condicionarse al comportamiento del volumen de importaciones

3.9. COMPENSACIÓN

La compensación es una medida de retorsión que aplican los países exportadores al país importador para compensar la afectación causada por

la imposición de una salvaguarda a los exportadores.

Salvo lo acordado en los tratados, la compensación tiene la finalidad de mantener un nivel de concesiones y obligaciones equivalente al existente conforme al GATT de 1994, entre el país que impone la medida y los demás países exportadores que son afectados por la misma, y debe otorgarse en alguno de los dos momentos que se señalan a continuación.

1. Después de 30 días contados a partir de la aplicación de la medida de salvaguardia, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- Que el análisis de daño grave o amenaza de daño grave a la producción nacional se haya realizado sobre la base de un *aumento* en el volumen de importaciones *en relación con la producción nacional*.
- Que se hayan celebrado consultas antes de la aplicación de una medida de salvaguardia, entre el país que pretende aplicar la medida y los países exportadores a los cuales se aplicará la medida, con el propósito de intercambiar opiniones sobre la forma de compensación adecuada, entre otros aspectos.
- Si como resultado de las consultas no se acuerda una compensación, los países exportadores afectados podrán aplicar una compensación, previo aviso por

escrito al Consejo de Comercio de Mercancías, y siempre que éste no la desapruuebe.

- Los países exportadores afectados podrán aplicar una compensación transcurridos 30 días contados a partir de recibido el aviso por el Consejo de Mercancías y a más tardar 90 días posteriores a la aplicación de la medida de salvaguardia.²¹

2. Después de los 3 años de vigencia de la aplicación de la medida de salvaguardia, cuando:

- El análisis de daño grave o amenaza de daño grave a la producción nacional haya sido como resultado de un *aumento en términos absolutos* de las importaciones y que tal medida sea conforme a las disposiciones del AS.²²

Un país puede aplicar un medio de compensación 30 días posteriores a la aplicación de la medida de salvaguardia, solamente en el caso de que el daño grave o amenaza de daño grave se haya sustentado en un aumento de las importaciones en relación con la producción nacional.

Sólo se puede aplicar una compensación después de los tres años, cuando el análisis de daño se ha basado en un aumento del volumen de importaciones en términos absolutos y la medida está de conformidad con la OMC. El GE o el OA, en su caso, podrá deter-

²¹ Artículos 8.1 y 8.2 del AS.

²² Artículo 8.3 del AS.

Importaciones de pollo de los Estados Unidos

29

minar si la medida de salvaguardia no está conforme a las disposiciones del AS, aproximadamente un año y medio o dos años posteriores a la aplicación de las salvaguardias.

Los países afectados, en la práctica aplican la compensación después de los tres primeros años de la vigencia de la medida, independientemente de que el análisis del aumento de importaciones haya sido en términos absolutos o en relación con la producción nacional.

Por lo general en los tratados bilaterales se establecen reglas diferentes respecto al momento en que el país exportador puede aplicar la compensación cuando se impone una medida de salvaguardia global. En algunas ocasiones se establece que la compensación se aplicará inmediatamente después de impuesta la medida de salvaguardia global, lo cual puede resultar muy oneroso para el país importador, a grado tal que decida no imponer la medida global, por lo que un compromiso de esta naturaleza concedido a un socio comercial en un tratado bilateral, puede resultar en un beneficio gratuito para países no partes del tratado en cuestión. Por lo anterior, en los futuros tratados comerciales, los negociadores de México deben ser muy cautelosos y hacer un balance de costo beneficio, al conceder el derecho de compensación inmediata a sus socios.

El país afectado y el país que impone la medida de salvaguardia, de efectos comerciales sustancialmente equivalentes en valor, deben adoptar una medida de compensación mutuamente acordada, respecto a la medida

de salvaguardia y proporcional al daño causado al país exportador. La autoridad deberá someter a consulta de los representantes de los sectores productivos, antes de adoptar La medida de salvaguardia²³

En ninguna parte se indica lo que debe entenderse por “interés público”; sin embargo, se puede definir como “el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado”²⁴, en tanto que el “interés privado es el conjunto de pretensiones tuteladas por derecho que tiende a satisfacer las necesidades específicas de determinados individuos y grupos sociales”.²⁵

Cuando no se alcanza un acuerdo sobre la compensación, el país contra cuyo bien se aplique la medida podrá adoptar cualquier medio adecuado de compensación comercial que tenga efectos comerciales sustancialmente equivalentes a los de la medida adoptada, esto significa que la compensación debe ser proporcional al daño causado por la medida y en ningún momento excesiva. La compensación puede adoptar, entre otras formas la de incremento arancelario, cupo o suspensión de desgravación arancelaria a uno o varios productos originarios del país que aplica la salvaguardia.

²³ Artículo 132 del RLCE.

²⁴ Cornejo Certucha, Francisco N., voz “Interés Público”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa – UNAM. 3ª edición, 1989, p.1779.

²⁵ *Idem.*, p. 1779.

3.10. INVESTIGACIÓN

Un miembro solo puede imponer salvaguardias como resultado de una investigación de oficio o a solicitud de parte, en la que constate que las importaciones de una mercancía han aumentado en tal cantidad y en condiciones tales que causan daño grave o amenazan causar daño grave a la rama de la producción nacional de mercancía idéntica o similar o directamente competidora a la importada. La investigación debe realizarse conforme a un procedimiento previamente establecido por las autoridades competentes del país importador.²⁶

El procedimiento de investigación de salvaguardia es cuasi judicial, seguido en forma de juicio, en el que la autoridad administrativa del país importador tiene el papel de juzgador y los productores nacionales solicitantes por un lado, y los importadores, exportadores y gobiernos extranjeros por el otro, son las partes en controversia. Durante el procedimiento las partes tienen el derecho de presentar los argumentos y pruebas que consideren procedentes para su defensa.

El Ejecutivo Federal y el Secretario de Economía tienen facultad para imponer una medida de salvaguardia, considerando el “interés público” y no el interés particular de la rama de la producción nacional solicitante.

El procedimiento sobre medidas de salvaguardia se sustancia conforme a lo previsto en el AS, LCE y el RLCE, así

como en el Código Fiscal de la Federación (CFF) de aplicación supletoria de la LCE, el Reglamento del CFF (RCFF) de aplicación supletoria del RLCE y en el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC)²⁷ de aplicación supletoria del CFF, y en los tratados internacionales de los que México es parte, en su caso.

4. SALVAGUARDIA BILATERAL

Las medidas de salvaguardia bilateral son impuestas temporalmente por el Ejecutivo Federal o el Secretario de Economía a la importación de mercancías originarias de uno o más países con los cuales México tiene suscrito un tratado sobre la materia. Por lo general, estas medidas se aplican solo durante el período de transición sí como resultado de la reducción o eliminación de un arancel estipulado en el tratado bilateral, las importaciones de la mercancía en cuestión se realizan en cantidades tan elevadas, en términos absolutos o relativos y bajo condiciones tales que por sí solas constituyen una causa sustancial de daño serio o una amenaza de daño serio a una industria nacional productora de un bien similar o directamente competidor.

En cada tratado se establecen especificaciones en cuanto a requisitos para la determinación de una medida bilateral: plazos, presentación de información, notificaciones, consultas, vigencia de la medida, etc. Por lo

²⁶ Artículos 3 del AS, así como 3 y 45 de la LCE.

²⁷ Artículo 197 del CFF.

Importaciones de pollo de los Estados Unidos

31

general, se señala que en la aplicación de medidas globales de salvaguardia, las reglas aplicables a compensación o represalia y exclusión, son las establecidas en el tratado bilateral y no en el AS. Además, no se indica un plazo para la otorgar la compensación, por lo que el país exportador se puede compensar inmediatamente después de la aplicación de la medida de salvaguardia global, por parte del socio comercial.²⁸

4.1 SALVAGUARDIA DEL TLCAN

Como ya se menciona, en cada tratado bilateral se establecen condiciones para la aplicación de salvaguardias, sin embargo, por la importancia para México, nos referiremos a algunos de los requisitos más relevantes establecidos en el TLCAN.²⁹

- México podrá aplicar una salvaguardia bilateral a Estados Unidos o Canadá, siempre que demuestre que como resultado de la reducción o eliminación de un arancel, un producto se importa en cantidades tan elevadas, en términos absolutos y bajo condiciones tales que por sí solas constituyan una causa sustancial del daño serio o una amenaza de daño serio a

la producción nacional de mercancías idénticas o directamente competidoras.³⁰

- El monto máximo de la medida bilateral no debe exceder el menor del arancel aplicado a la nación más favorecida:
 - i. en el momento en que se aplique la medida, o
 - ii. el día inmediatamente anterior a la entrada en vigor del TLCAN.

Sin embargo, de cualquier manera el monto de la medida debe ser solamente el necesario para contrarrestar el daño o amenaza de daño.

- La medida tiene una vigencia máxima de tres años, prorrogables por una año, siempre y cuando se demuestre:³¹
 - i. que el bien sobre el cual se adopte la medida esté incluido en la categoría de desgravación arancelaria C+ en el calendario del Anexo 302.2,
 - ii. que la industria afectada haya llevado a cabo el programa de ajuste.
 - iii. que la industria nacional requiera el período de alivio.

²⁸ Véase artículo 6.02, numerales 8 y 9 del Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos.

²⁹ Artículo 801.1 del TLCAN.

³⁰ En el análisis del aumento del volumen de importaciones solamente se deben considerar las importaciones de mercancías originarias del país o países con los que se tiene suscrito el tratado bilateral.

³¹ Las salvaguardias bilaterales, generalmente adoptan la forma de medidas arancelarias con vigencia de uno a 3 años, prorrogables por un año adicional, dependiendo del tratado bilateral aplicable.

- México solamente puede aplicar una medida bilateral hasta la fecha en que concluye el período transición para el producto en particular, salvo que se cuente con el *consentimiento del gobierno del país exportador*, en cuyo caso se podrá aplicar por el tiempo que lo haya autorizado.
- La industria nacional afectada debe presentar un programa de ajuste.
- El país que aplique una medida de salvaguardia bilateral deberá proporcionar a la parte exportadora afectada una compensación mutuamente acordada, en forma de concesiones que tengan efectos comerciales sustancialmente equivalentes.

Una medida de salvaguardia bilateral por circunstancias críticas (provisional) tiene vigencia máxima de seis meses. Antes de emitir una resolución que determine una medida bilateral por *circunstancias graves*, en las que un retraso pueda causar daño de difícil reparación, la autoridad investigadora deberá:

- i. Conceder tiempo suficiente para recabar y examinar la información pertinente;
- ii. Celebrar una audiencia pública; y
- iii. Dar oportunidad a las partes interesadas y a las asociaciones de consumidores para preparar y exponer sus puntos de vista.

Estos requisitos para imponer una medida provisional de salvaguardia bilateral por circunstancias críticas, previstos en el TLCAN, resultan excesivos, y están en contra de la propia naturaleza de una medida de ese tipo, la cual implica una urgencia. El TLCAN exige prácticamente una investigación previa a la determinación de una medida por circunstancias críticas, lo cual obstaculiza en exceso su imposición.

5. SALVAGUARDA BILATERAL DE POLLO

En México la única medida de salvaguardia definitiva que se ha impuesto es de carácter bilateral en contra de las importaciones de pollo originarias de los Estados Unidos, motivo por el cual en este trabajo analizaremos los aspectos más relevantes de esta investigación.

Conforme a lo señalado en la Resolución de Inicio,³² el 10 de septiembre de 2002, la Unión Nacional de Avicultores, solicitó el inicio de la investigación de salvaguarda bilateral sobre las importaciones de piernas y muslos de pollo de los Estados Unidos, y manifestó que como resultado de la reducción arancelaria del 260% en 1994 al 49.4% en el 2003 y al 0% en enero del 2004, dicho producto se ha importa-

³² Resolución por la que se acepta la solicitud de parte interesada y se declara el inicio de la investigación de medidas de salvaguarda bilateral sobre las importaciones de piernas y muslos de pollo, originarias de los Estados Unidos de América, publicada en el DOF del 22 de noviembre del 2002.

Importaciones de pollo de los Estados Unidos

33

do y es inminente que se importará a México en cantidades tan elevadas en términos absolutos y bajo condiciones tales, que es la causa de una “amenaza de daño serio” a la producción mexicana de pierna y muslo de pollo, (similar) y pollo entero (directamente competidora)

Además de la desgravación arancelaria, el incremento de las importaciones se debió a los bajos precios de exportación y a los grandes excedentes de pierna y muslo de pollo en el mercado estadounidense debido a la baja preferencia de estos productos en ese mercado, y a su alta preferencia y consumo en México.

En Estados Unidos la pierna y muslo de pollo son considerados un “subproducto” debido a la baja preferencia del consumidor estadounidense hacia la carne denominada negra u obscura, por lo que estas mercancías tienen un precio residual y son exportadas casi en su totalidad. En tanto que en México la pierna y muslo son de alta preferencia y sus precios son similares a los del pollo entero procesado. Lo anterior, genera significativos diferenciales de precios y altos excedentes en el mercado interno de los Estados Unidos que se traducen en una elevada oferta exportable

La baja preferencia por parte del consumidor estadounidense hacia la carne negra (piernas y muslos de pollo) es un problema estructural que permanecerá en tanto no el gusto del consumidor, lo cual ocasiona que la mayor parte de las piernas y muslos tengan un precio residual significativamente inferior a la pechuga. La composición

de ventas de los productores estadounidenses, se integra en el 91 por ciento con pechugas y productos con valor agregado, y se exportan prácticamente la totalidad de los excedentes.

Con la venta de las pechugas a precios altos en los Estados Unidos, el productor norteamericano obtiene el costo de producción y la utilidad de todo el pollo, lo que le permite exportar a México a precios muy bajos las piernas y muslos que se consideran un subproducto o co-producto de las pechugas, esto significa que no pueden producirse pechugas sin que se produzca el pierna y muslo, en virtud de que ambos productos están íntima e indisolublemente ligados en la materia prima y en el proceso productivo por el que se obtienen.³³

Conforme aumenta la demanda y en consecuencia la producción de pechuga (carne blanca) en el mercado estadounidense disminuye el precio de

³³ Por ejemplo, el cloro es un subproducto o co-producto de la sosa cáustica, esto es, no puede producirse uno sin que se produzca el otro, dado que están íntima e indisolublemente ligados en la materia prima y en el proceso productivo por el que se obtienen. Como resultado del proceso químico denominado “unidad electrolítica”, se obtiene 53 por ciento de sosa cáustica y 47 por ciento de cloro. En otras palabras, por cada tonelada métrica de cloro producida necesariamente se obtendrán 1.12 toneladas métricas de sosa cáustica. Ambos productos elaborados en la cantidad señalada constituyen precisamente la “unidad electrolítica”. Ver: Resolución final antidumping sobre las importaciones de sosa cáustica líquida de los Estados Unidos, DOF del 7 de diciembre de 1995.

la pierna y muslo (carne oscura), producto que no incrementa su demanda en el mercado estadounidense.

Al producir un par de pechugas necesariamente se producen un par de piernas y muslos, sin embargo, en el mercado estadounidense, el precio del kilogramo de pechuga deshuesada es de \$2.87 dólares y de pechuga sin deshuesar de \$1.39 dólares, en contraste con el precio del kilogramo de la pierna y muslo que es de \$ 0.47 dólares. La oferta de ambos productos en el mercado estadounidense (pechugas Vs. pierna y muslo) es prácticamente idéntica, en tanto que la demanda o preferencia del consumidor es muy diferente para cada producto. La demanda por el producto de precio muy bajo (pierna y muslo) es significativamente inferior a la de su co-producto (pechugas) de precio alto.

La combinación de bajos precios de la pierna y muslo de pollo estadounidense, altos excedentes exportables de Estados Unidos y una alta preferencia por el consumo de pierna y muslo de pollo en México, se traduce en un grave problema para la industria avícola mexicana, ante bajos niveles arancelarios existentes en el 2002 y la inminente y total eliminación arancelaria prevista en el TLCAN a partir de enero de 2003.

... La popularidad de la carne de pechuga deshuesada y sin piel en Estados Unidos generó la aparición de enormes cantidades de piezas de ave menos atractivas para el consumidor estadounidense: carne oscura, primordialmente pierna y muslo. Estos grandes

suministros estadounidenses de carne de pollo oscura a bajo precio coincidieron, sin embargo, con la relajación de determinadas políticas de restricción en el comercio internacional de cárnicos y con crecientes ingresos en una parte del mundo donde los consumidores prefieren la carne oscura de ave: Asia y Rusia.

... Por más de una década la industria avícola de Estados Unidos ha disfrutado de una situación privilegiada, en lo tocante al comercio mundial. No sólo la industria estadounidense es eficiente; su mercado doméstico, que prefiere la carne blanca, es lo opuesto al del resto del mundo, en donde los consumidores prefieren la carne oscura. De ahí que el producto derivado de bajo valor de la producción de carne blanca de Estados Unidos (la carne oscura), sea el producto preferido en ultramar. Eso demostró ser una fórmula ganadora para los productores estadounidenses de pollo durante la década de 1990. Hubo una apertura comercial en todo el mundo y los consumidores extranjeros disfrutaron de magníficos precios de la carne oscura estadounidense.³⁴

La Secretaría de Economía impuso una medida de salvaguarda bilateral definitiva sobre las importaciones de pierna y/o muslo de pollo fresco, de los Estados Unidos, a partir del 22 de enero de 2003, consistente en un incre-

³⁴ Ver: Decreto que impone una medida definitiva de salvaguarda bilateral sobre las importaciones de pierna y muslo de pollo, originarias de los Estados Unidos, DOF del 25 de julio del 2003

Importaciones de pollo de los Estados Unidos

35

mento arancelario de 0 % al 98.8%, las importaciones de pierna y muslo de pollo de los Estados Unidos, el cual se desgravará de manera lineal durante cinco años hasta llegar a tasa del 0% (79% en enero de 2004, 59.3% en enero de 2005, 39.5% en enero de 2006, 19.8%, en enero de 2007 y 0% en enero de 2008), y un cupo libre de arancel de cien mil (100,000) toneladas métricas por año con un incremento de 1% anual durante el tiempo que se aplique la medida bilateral.

Antes de la imposición de la salvaguardia México obtuvo el consentimiento del gobierno de los Estados Unidos para imponer la medida y además países acordaron una compensación, sin embargo, en la Resolución Final no se dice en que consiste, pues sólo se indica que su “resultado se manifiesta en el consentimiento contenido en el oficio que para tal efecto obra en el expediente respectivo”. De manera confusa, se señala que parte de la compensación acordada consiste en “un cupo mínimo ... libre de arancel, consistente en cien mil (100,000) toneladas métricas por año con un incremento de 1 por ciento anual durante el tiempo que se aplique la medida bilateral”, lo cual resulta absurdo puesto que evidentemente que el referido cupo es parte de la medida de salvaguardia y no de la compensación. De cualquier manera, la compensación otorgada al gobierno de Estados Unidos debe haber sido de importancia tal que se decidió ocultarla.

6. CUOTA COMPENSATORIA ANTIDUMPING, NO SALVAGUARDIA

Consideramos que en este caso erróneamente se impuso una medida por salvaguardia siendo que las exportaciones de pierna y muslo de pollo estadounidenses se realizaban en condiciones de dumping, por lo que la Secretaría de Economía debió imponer una cuota compensatoria y no una medida de salvaguardia.

La práctica desleal de dumping consiste en la importación de mercancías a un precio inferior a su valor normal que causes daño, amenaza de daño o retraso en la creación de una rama de producción nacional de mercancía idéntica o similar de producción nacional.

De la anterior definición se desprenden los siguientes elementos de la práctica desleal de dumping: precio de exportación, valor normal, discriminación de precios, daño o amenaza de daño, mercancía nacional idéntica o similar a la importada.

6.1 VALOR NORMAL

El valor normal de la pierna y muslo de pollo se puede calcular con base en los siguientes métodos: a) precio de venta de pierna y muslo en el mercado interno del país de origen, esto es los Estados Unidos. Cuando no hay ventas en el país de origen, o las ventas no son representativas por volumen o no se realizan en el curso de operaciones comerciales normales, el valor

normal se podrá calcular a través de: b) precio de exportación más alto de pierna y muslo de los Estados Unidos a un tercer país, o c) mediante el valor reconstruido: costo de producción, más gastos generales más una utilidad razonable en los Estados Unidos.

Para la calcular el valor normal, mediante el método de precio de venta de mercancía idéntica o similar en el mercado interno, es necesario cumplir los siguientes requisitos: a) que existan ventas de pierna y muslo en el mercado de estadounidense; b) que el volumen de ventas de pierna y muslo en los Estados Unidos sea representativo por volumen (al menos el equivalente al 3 por ciento de las exportaciones a México debe venderse en los Estados Unidos); y en su caso, que las ventas representativas por volumen estén determinadas en el curso de operaciones comerciales normales: ventas al mercado interno que no reflejan pérdidas y entre compradores y vendedores independientes, no vinculados.

6.1.1. VALOR RECONSTRUIDO DE PIERNA Y EL MUSLO DE POLLO (VALOR NORMAL)

El valor normal de la pierna y el muslo de pollo se debe calcular mediante el método de valor reconstruido en el mercado interno de los Estados Unidos, por las siguientes razones.

En el mercado interno de los Estados Unidos no existen ventas de pierna y muslo de pollo o, en el supuesto que haya ventas, éstas no son repre-

sentativos por volumen, lo que implica que al menos el equivalente al 3 por ciento del volumen de exportaciones a México de pierna y muslo deben venderse en el mercado norteamericano, lo cual no sucede, por lo que el productor mexicano de pierna y muslo tiene la opción de calcular el valor normal con base en el precio de exportación más alto de pierna y muslo de los Estados Unidos a un tercer país, o bien mediante el método de valor reconstruido.

En el supuesto que las ventas de pierna y muslo de pollo en los Estados Unidos cumplen con el requisito de representatividad por volumen, se debe demostrar que las ventas en el mercado norteamericano se realizan en el curso de operaciones comerciales normales, esto es que no reflejan pérdidas, que no son por debajo de costo,³⁵ cosa que no sucede, tal y como se demuestra a continuación.

Conforme a lo previsto en el AA, el productor solicitante de inicio de investigación por dumping, una vez que desecha el método de precio interno para calcular el valor normal, puede escoger el método de precio de exportación a tercer país o el valor reconstruido. Sin embargo, antes de las reformas a la LCE del 2003³⁶ la Secretaría de Economía exigía a los productores nacionales solicitantes desechar la opción de precio de exportación a tercer país para poder calcular el valor normal mediante el método de valor recons-

³⁵ Artículos 2.1, 2.2 y 2.2.1 del AA

³⁶ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior, DOF del 13 de marzo del 2003.

Importaciones de pollo de los Estados Unidos

37

truido, lo cual además de contradecir el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y lo manifestado por la Secretaría de Economía en diversos mecanismos de solución de diferencias, en relación a la supremacía de los tratados (AA) respecto a las leyes federales (LCE), implica una carga adicional para los productores nacionales que habiendo desechado el método de precio interno se les impedía calcular el valor normal mediante el valor reconstruido, teniendo que agotar el método de precio de exportación a tercer país.

Hay quienes argumentan que dicha comparación (pechuga - pierna y muslo) no es procedente, ya que el valor normal se calcula con base en "pechuga" y el precio de exportación con base en "pierna y muslo". Sin embargo, consideramos que dicho argumento es improcedente, en virtud de que en la investigación por salvaguardias la propia Secretaría de Economía determinó que la pierna y muslo es una mercancía similar a la "pechuga", por lo que la comparación para determinar el margen de discriminación de precios es válida.

Con base en la información general de la resoluciones de inicio y final publicadas en el DOF, el razonamiento para calcular el valor normal de la pierna y muslo de pollo mediante el método de valor reconstruido en los Estados Unidos es el siguiente.

El costo de producción es el mismo para las diferentes piezas o partes del pollo. Lo mismo cuesta producir 1 Kilogramo de pechuga que 1 kilogramo de pierna y muslo. Sin embargo el precio

de venta al mercado interno de 1 kilogramo pechuga es muy alto, en tanto que el precio de exportación a México de 1 kilogramo de pierna y muslo (subproducto) es muy bajo, incluso por debajo de costo.

Al producir un par de pechugas necesariamente se producen un par de piernas y muslos, por lo que en el mercado norteamericano el costo de producción, gastos generales y utilidad (valor reconstruido) de un Kilogramo de pechuga es necesariamente idéntico al costo de producción, gastos generales y utilidad (valor reconstruido) de un kilogramo de pierna y muslo.

En la Resolución de Inicio se indica que en el mercado de los Estados Unidos el precio de venta del kilogramo de pechuga es muy alto (\$2.87 dólares). Este precio equivale al valor reconstruido en dicho país (costo de producción, gastos generales y utilidad) de pierna y muslo (y de pechuga). Entonces se compara un valor normal de pierna y muslo de \$2.87 dólares con un precio de exportación a México significativamente menor, por ser un co-producto que no tiene demanda en el mercado norteamericano. La diferencia que resulta de la comparación entre el valor normal (Valor reconstruido) y el precio de exportación a México es el margen de dumping. La cuota compensatoria se puede imponer hasta por el monto del margen de dumping encontrado.

Los elementos para demostrar la existencia de amenaza de daño serio en el caso de dumping son similares a los de amenaza de grave para la salvaguardia. Es más algunos expertos

consideran que es más difícil demostrar la existencia de amenaza de daño grave para salvaguardia.

Por lo anterior consideraciones que en caso de las importaciones de pierna y muslo de pollo de los Estados Unidos, una cuota compensatoria por dumping es la medida comercial adecuada y no una salvaguardia bilateral. Además, la cuota compensatoria tiene las siguientes ventajas respecto a la medida de salvaguardia bilateral.

7. SALVAGUARDIA BILATERAL VS CUOTA COMPENSATORIA ANTIDUMPING

Desde nuestro punto de vista, el gobierno mexicano equívocamente impuso una medida de salvaguardia bilateral a las importaciones de pollo estadounidense, a efecto de tratar de resolver un problema que en el fondo es de discriminación de precios o dumping. En seguida expondremos las ventajas para México al imponer una cuota compensatoria por dumping a las importaciones de pollo de los Estados Unidos y las desventajas de una medida de salvaguardia bilateral.

Como lo señaló la Secretaría de Economía en las Resoluciones de inicio y final de salvaguardia, los grandes volúmenes de exportación de pierna y muslo estadounidenses a México, se deben a un problema estructural consistente en la preferencia del consumidor norteamericano por la pechuga, lo que ocasiona grandes excedentes de pierna y muslo, expor-

tables a México a precios muy bajos, por no tener demanda en el mercado norteamericano.

Los altos excedentes de pierna y muslo (carne negra) en el mercado estadounidense a precios de desecho son resultado de un problema estructural y permanente (no temporal) que no se va a eliminar en tanto no cambie la preferencia del consumidor norteamericano por la pechuga (carne blanca). A diferencia de la salvaguardia que es de carácter temporal, una cuota compensatoria tiene una vigencia indefinida, durante el tiempo en que continúe la práctica desleal, seguramente durante el tiempo que continúen la preferencia del consumidor norteamericano por la pechuga y los grandes excedentes de exportación a México de pierna y muslo a precios dumping.

El referido problema estructural consistente en la preferencia del consumidor norteamericano por la pechuga se agrava si consideramos que el comercio de pollo entre México y Estados Unidos es de una vía, es decir solo de los Estados Unidos a nuestro país. México no puede exportar pollo (pechuga) al los Estados Unidos, en tanto que este país puede exportar a México sus excedentes de pierna y muslo. El comercio de pollo entre ambos países requiere la certificación de sus plantas por los gobiernos del país importador. Solamente pueden exportar pollo a los Estados Unidos las plantas mexicanas que hayan sido certificadas por las autoridades americanas, y hasta la fecha ninguna planta mexicana ha obtenido dicha certificación. Sin embargo los Estados Unidos

Importaciones de pollo de los Estados Unidos

39

si pueden exportar pollo a México, ya que ante la falta de los recursos necesarios para llevar a cabo la certificación de plantas norteamericanas por parte del gobierno mexicano, éste ha considerado como válido el certificado expedido por la autoridad estadounidense.

El objetivo de una medida de salvaguardia consiste en promover el “reajuste estructural” de la industria del país importador (México), por lo que dichas medidas sólo se aplican temporalmente (hasta el 2008), durante el tiempo necesario para permitir que la producción afectada realice las acciones necesarias para adaptarse a una competencia más intensa de las importaciones a que dará lugar la supresión de la salvaguardia. El ajuste podrá consistir en la adopción de una tecnología mejorada o en la racionalización de las estructuras de producción.

En el caso particular, el problema estructural está en la preferencia del consumidor norteamericano por la pechuga, por lo que a nuestro modo de ver ningún “programa de ajuste” de la producción mexicana de pollo, servirá para eliminar la existencia de grandes excedentes de producción de pierna y muslo destinados al mercado mexicano, a precios por debajo de costo. En cambio, para la imposición de una cuota compensatoria la producción nacional afectada no requiere presentar un programa de ajuste, a diferencia de una medida de salvaguardia en donde se requiere el ajuste de la producción nacional.

La imposición de una medida de salvaguardia conlleva el otorgamiento de una compensación al país exporta-

dor. En el caso de pollo se desconoce en que consiste la compensación otorgada por México a los Estados Unidos, pues dicha información no se dio a conocer en la resolución final. Sin embargo seguramente fue importante a efecto de alcanzar el consentimiento del gobierno norteamericano. En cambio para la imposición de una cuota compensatoria resultado de una investigación antidumping, no es necesario compensar (pagar) al país exportador.

Particularmente, conforme al TLCAN es necesario obtener el consentimiento del país exportador para imponer una medida bilateral por un tiempo mayor al período de transición para el producto en particular, por lo que en el caso de la medida de salvaguardia bilateral de pollo, fue necesario obtener el consentimiento de los Estados Unidos, el cual seguramente se condicionó la compensación “mutuamente acordada”, razón por la cual se ocultó. En cambio, para imponer una cuota compensatoria no es necesario obtener el consentimiento del país exportador. Para la imposición de una medida de salvaguardia, la producción nacional del país importador debe presentar un programa de ajuste, en donde se detallen las acciones que se compromete realizar para poder competir con las mercancías importadas. En cambio para la imposición de cuotas compensatorias por dumping o subsidios, la producción nacional no se tiene que comprometer aun programa de ajuste.

BIBLIOGRAFÍA

- BOWN, Chad P., *The WTO, Safeguards and Temporary Protection from Import*, Edward Edgar Publishing Limited, Reino Unido, 2006.
- CORNEJO CERTUCHA, Francisco N., voz "Interés Público", *Diccionario Jurídico Mexicano*, 3ª edición, Porrúa – UNAM, México, 1989.
- DÍAZ ORTÍZ, Adriana, "Viabilidad de Aplicación de Medidas de Salvaguardia en México", Tesis de maestría, UNAM, México, 2008.
- LEE, Yong-Silk, *Safeguard Measures in World Trade. The Legal Analysis*, 2ª. Ed., Estados Unidos de América, 2005.
- SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, *Comercio Internacional, Régimen Jurídico Económico*, 3ª edición, Porrúa - Universidad Panamericana, México, 2010.
- RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS Y ARBITRALES
- Informe del Órgano de Apelación en el caso *Argentina – Medidas de Salvaguardia Impuestas a las Importaciones de Calzado*, WT/DS121/AB/R, 14 de diciembre de 1999.
- Informe del Grupo Especial del caso *Corea – Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, WT/DS98/R, 21 de junio de 1999.
- Informe del Órgano de Apelación del caso Estados Unidos – Carne de Cordero
- Informe del Órgano de Apelación del caso *Corea – Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las Importaciones de determinados producto lácteos*, WT/DS98/AB/R, 14 de diciembre de 1999.
- Resolución final de la investigación de salvaguarda sobre importaciones de harina de pescado de Chile, DOF del 28 de diciembre de 1996.
- Resolución de inicio de la investigación por salvaguardas a las importaciones de madera contrachapada (triplay), DOF de 15 de agosto de 2002.
- Resolución de inicio de la investigación de medidas de salvaguarda bilateral sobre las importaciones de piernas y muslos de pollo, de los Estados Unidos, DOF del 22 de noviembre del 2002.
- Resolución final antidumping sobre las importaciones de sosa cáustica líquida de los Estados Unidos, DOF del 7 de diciembre de 1995.

Importaciones de pollo de los Estados Unidos

41

Resolución que concluye la investigación por salvaguarda a las importaciones de madera contrachapada (triply), DOF del 2 de junio del 2005.

Decreto que impone una medida definitiva de salvaguarda bilateral sobre importaciones de pierna y muslo de pollo de los Estados Unidos, DOF de 25 de julio de 2003

LEGISLACIÓN

Acuerdo de Asociación Económica, concentración política y cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Miembros (TLCUE), DOF el 26 de junio de 2000.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior, DOF del 13 de marzo del 2003

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior, DOF del 24 de enero del 2006

Acuerdo de Complementación Económica No. 5 México - Uruguay, Tratado de Libre Comercio México, Salvador, Guatemala y Honduras.

LEY DE COMERCIO EXTERIOR

Reglamento de la Ley de Comercio Exterior

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras.

ACUERDO SOBRE SALVAGUARDIAS

Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo Antidumping).

Tratado de Libre Comercio México - Chile,

Tratado de Libre Comercio México - Israel.

Acuerdo de Complementación Económica No.5 celebrado entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del Uruguay.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Decreto que impone una medida provisional de salvaguarda bilateral sobre importaciones de pierna y muslo de pollo de los Estados Unidos, DOF de 22 de enero de 2003.

Reflexiones sobre Nación-Estado, Poder y Gobierno

Pedro Noguérón Consuegra*

Previamente comienzo una breve exposición definiendo conceptos que hacen luz en el mismo, y que considero adecuados, tomados de la obra del Dr. Andrés Serra Rojas (+) y como un sencillo acto de honor a él y los Profesores de Derecho Administrativo, que siguen estos pensamientos, además expreso mi propio conocimiento.

Desorden.-alteración del concierto u orden propio de una cosa.-Confusión.- Perturbación.- Exceso.- Abuso.- demasía.-Asonada Motín, Sedición.- Irregularidad en el trámite o en el procedimiento administrativo.- Desgobierno en la esfera política, desbarajuste, caos, anarquía social o política; Inmoralidad o licencia.

Desorden Público.-alteración de la paz pública o confusión provocada en el concierto propio de la comunidad o de un grupo determinado de ella.

Desorden social.-estado de una sociedad que se caracteriza por la inadecuación de las estructuras a las exigencias naturales o históricas de su afirmación, provocando diferencias acentuadas en sus clases sociales con la consiguiente tensión o intranquilidad en la población total.

ESTADO DE DERECHO

Es aquel en el que la ley elaborada por los legítimos representantes de la comunidad está por encima de los individuos grupos o instituciones y cuyo poder se encuentra determinado por los preceptos legales, de tal modo que no pueden exigir de sus miembros ningún acto o prohibición cuyo fundamento se encuentre en una norma jurídica previamente establecida.

*Dr. Andrés Serra Rojas.- Diccionario de Ciencia Política.-Editorial: Más actual Mexicana de Ediciones, S.A. de C.V.- 1997

* Director del seminario de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México

ORDEN PÚBLICO

Haré uso de una definición de Orden Público utilizando la del autor francés Paul Bernard y del Dr. Fernando Figueroa, agregando el concepto educación por el suscrito, que es un anhelo de la población mexicana en el sentido de que sea integral y exista superación para llegar a obtener cultura.

Es la siguiente.

El Orden Público es la disposición concertada y armoniosa de la tranquilidad, seguridad y salubridad públicas así como de la planeación demográfica y la alimentación integral del pueblo a través de la educación con el fin de conservar la sociedad y sus instituciones fomentando la evolución de la misma y la satisfacción de nuevas necesidades.

ESTADO-PODER-GOBIERNO

Estos tres conceptos serán analizados desde el punto de vista social y jurídico con el objeto de conocer algunas de las diversas opiniones que hay sobre ellos porque son fundamentales en la vida de los pueblos sin dejar de reconocer que hay otros también que son de vital importancia, pero mi interés es analizar los tres mencionados y expresar mis puntos de vista inherentes a lo leído y vivido.

Parto de un supuesto en primer lugar, leo con asiduidad que los autores de libros y estudios jurídicos escriben sobre el concepto dual Estado-Nación y en lo personal pienso que

debe ser Nación-Estado porque según se sabe cuando se utilizan dos adjetivos calificativos el primero gobierna; manda, sobre el segundo y es el caso de que el Estado surge de la Nación y sin Nación no puede existir el Estado.

La Nación, como ejemplo, nos da la nacionalidad del territorio al que se pertenece y el Estado únicamente la reconoce como atributo de la persona de su origen físico, por mandato en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Hay muchos conceptos viables de Nación y mas bien los Filósofos son los que la han caracterizado.

El Dr. Andrés Serra Rojas nos dice que "Nación es una comunidad integrada por varios elementos, entre los que se encuentran; la lengua utilizada, la cultura que tienen, la raza a que pertenecen y la religión que profesan, para que arrancando de un mismo pasado histórico se realiza políticamente en el presente y se pretende continuar en el futuro y pueden ser definidas como grupos de población fijados en el suelo, unidos por raza, lazo de parentesco espiritual que desenvuelve el pensamiento de la unidad del grupo mismo".

..

"Y que un Estado nace formalmente cuando otros Estados extienden un reconocimiento jurídico a una comunidad organizada en el aspecto político que reúne las condiciones necesarias para ser considerada miembro de la comunidad jurídica internacional. . ."

"Nación y Estado determina que el Estado es libre cuando es gobernado por la voluntad común de los que lo componen y cuando cada individuo

Reflexiones sobre Nación-Estado, Poder y Gobierno

45

es regido por el gobierno que hayan seleccionado sus representantes, pueden considerarse como legislador de si mismo". (Citando al autor Manuel Moreno)

Los Estados deben trabajar para las generaciones venideras y si no se empieza jamás se acabará. (Citando al autor Juan Ignacio Gorriti)

El Nacionalismo según el mismo autor Serra Rojas (+) es "un sentimiento individual o colectivo que tiende al planteamiento y resolución de los problemas políticos, sociales y económicos, tomando en cuenta exclusivamente el interés del País, con prescindencia o desprecio de los intereses foráneos..."

Ciertos países están en contra del Nacionalismo, pero del Nacionalismo exacerbado que se ejerce aún en contra de sus propios intereses, por eso nacen los actos administrativos internacionales de los Estados, (Tratados o Convenios Internacionales, Pactos, Cartas, Memoranda de Entendimiento, Acuerdos y Concordatos (cuando interviene el Estado del Vaticano) que por ser un intercambio de intereses que se aceptan o se niegan, en el primer caso se lastima la soberanía de los Estados contratantes, sean bilaterales o multilaterales, pero es una afectación consentida y que corresponde a todos los que pactan y acuerdan.

Los doctrinarios socialistas definen al Estado como la unidad de asociación dotado originalmente de un poder de dominación y formado por hombres asentados en un territorio, en cambio los doctrinarios juristas, lo consideran como un sujeto de derecho y en este

sentido es subsublime dentro del concepto de corporación: el Estado es una corporación formada por un pueblo dotado de poder de mando originario y asentada en un determinado territorio. (Autor citado George Jellinek.)

En la enciclopedia Jurídica Ameba, tomo X el propio Jellinek considera al Estado, en el aspecto social, como fenómeno social examinando aquellos hechos reales y subjetivos en que consiste la vida concreta del Estado.

En su concepción jurídica tiene por objeto el conocimiento de las normas jurídicas que determinan y sirven de pauta a las instituciones reales de la vida del Estado con aquellos juicios normativos sobre los que apoya el pensamiento jurídico y admite que los elementos de un Estado son:

- a) Territorio espacio geográfico; en que el estado desenvuelve su actividad específica.
- b) Población o Pueblo
- c) El poder: dominación que el Estado ejerce sobre los individuos.

Por su parte la ilustre Dra. en Derecho Aurora Arnaíz Amigo (+) nos explica que Estado es la agrupación política específica y territorial de un pueblo con supremo poder jurídico para establecer el bien común.- (Estructura del Estado, 4ta. Edición, Editorial Mc. Graw Hill Interamericana, México, 2002)

Coincidente en cierta forma con lo del autor Jellinek

La definición que más se acepta, desde mi punto de vista, es la que se atribuye al propio Jellinek que expone: El Estado es la organización jurídica

de la sociedad, bajo un poder de mando que se ejerce en un determinado territorio.

Es decir, el orden jurídico gobierna sobre el político, económico, de administración, técnico, científico en general de la actividad humana, que se somete a un orden jurídico idóneo y persecuidor del Bien Común.

Lo cierto es que el Estado tiene los elementos señalados de Población o Pueblo, Territorio y Poder.

El primero a su vez se compone de Nacionales y Extranjeros; los Nacionales de origen y naturalizados en sus distritos acepciones de acuerdo con la Constitución Federal y la Ley General de Población principalmente.

El segundo se compone de Tierra, Agua (Marina, Fluvial, Lacustre y Aguas Interiores) y Espacio (Interior y Exterior).

El tercero el Poder, según mi punto de vista con sus elementos principales que son: Soberanía; Autodeterminación, Autonomía y Gobierno.

Este a su vez en Federal, Local y Municipal, que ejercen la Función Pública, en la busca del bien común y del bienestar de la población en coordinación con los tres poderes de la Unión, el Ejecutivo-Administrativo; el Legislativo y el Judicial.

PODER

En el Orden Jurídico Mexicano según la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el Poder es del pueblo.

Artículo 39.- La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Artículo 40.- es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Artículo 41.- el pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a los regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto federal. . .

El Distrito Federal, es una Entidad Federativa y no tiene Constitución pero si un Estatuto General equiparable a una Constitución y lucha políticamente por convertirse en un estado Federado, para lo cual debe tenerse en cuenta en forma principal lo dispuesto por el artículo 44 de la Constitución Federal:

Artículo 44.- La Ciudad de México es el Distrito Federal, sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos. Se compondrá del territorio que actualmente tiene y en el caso de que los poderes Federales se trasladen a otro lugar, se

Reflexiones sobre Nación-Estado, Poder y Gobierno

47

erigirá en el Estado del Valle de México con los límites y extensión que le asigne el Congreso General.

Por lo tanto el Estado solo comparte una parte del Poder Nacional para constituir el Poder del Estado, sujeto a los principios y regímenes establecidos en la Constitución Federal sin poder apartarse de ellos y de todos los Ordenamientos Jurídicos que emanan de ella en la forma establecida mediante el Proceso Ejecutivo-Legislativo.

Las Leyes Federales, Generales, Orgánicas, Reglamentarias, Ordinarias, Tratados o Convenios Internacionales así como los Reglamentos, Circulares, Decretos y Órdenes que a su vez nacen de las mismas, incluyendo las Normas Oficiales Mexicanas, de dudosa constitucionalidad y por lo tanto de obligatoriedad jurídica, pero que rigen la vida Nacional por su conveniencia.

El Dr. Andrés Serra Rojas (+) en su obra mencionada nos explica que el Poder es la “capacidad de acción y medios concretos de coerción en el marco de una política. El poder está ligado a la autoridad, principio de su justificación. la coherencia realmente percibida y vivida entre estos dos elementos. La política se realiza, más o menos, situado el poder entre dos extremos: la legitimidad y la tiranía.”, citando al autor G. De Jouvenel, *Du Pouvoir, Histoire naturelle de sa naissance*, Paris-Hachette, 1970.

Y continúa señalando verbo sustantivo que, entre otras acepciones, significa dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar

o aptitud para hacer o ejecutar algo (“potencia”, en el lenguaje aristotélico-atomista) ente, sujeto o titular de esa aptitud. . . Tomados de su obra citada fragmentariamente del Dr. Serra Rojas (+).

“Emanan otros conceptos duales como Poder Absoluto; (en el ejercicio de la función pública); Poder Administrativo (un aspecto del Poder Ejecutivo que realiza la función ejecutiva administrativa); Poder Central (el que ejerce el Estado cuando desde la capital dirige la vida pública, de una sociedad a través de los organismos y los medios correspondientes); Poder Constitutivo (el que ejerce el gobierno dentro de una Nación constituyendo en ella la representación del estado), Poder Constituyente (voluntad extraordinaria originaria y soberana de una comunidad política que se da una constitución); Poder Controlado (el que opera según medios institucionalizados por el ordenamiento jurídico nacional, que vigilan la función en que los distintos órganos del Estado llevan a cabo las funciones de acuerdo con las prescripciones correspondientes) Poder de Disuasión (el Poder de un Test es la probabilidad que este Test permite de aceptar la hipótesis cuando esta hipótesis es verdadera).- Poder de Policía potestad legislativa reguladora de los derechos esenciales establecidos por la Constitución” y el Mtro. Serra Rojas agrega otros conceptos duales como Poder Delegado, Poder Discrecional; Poder Económico y otros más.

En lo personal pienso que el Poder es Jurídico Social y el fundamento

esencial de lo Político y sujeta su ejercicio a esos dos conceptos que emanan de la comunidad.

El que me interesa es el primeramente citado, en razón de que es el concepto unívoco que regula un hecho o facultad que delega el pueblo a través de la Constitución Federal al Estado para que cumpla las funciones y las labores que individualmente el gobernado no puede llevar a cabo, como lo son el combate a las catástrofes, a las epidemias y en general a los desastres naturales. . .

Por lo tanto el Poder del Estado esta para servir al pueblo no para servirse de él, cumpliendo el mandato legal correspondiente.

El Poder Ejecutivo debe cumplir la función jurídica-administrativa; el Poder Legislativo la función que corresponde al proceso Ejecutivo-Legislativo y el Poder Judicial a la función Jurisdiccional y los tres deben cumplir en el desarrollo y materialización de la función pública junto con las Entidades Federativas y las Municipales. Es decir una acción distribuida entre los Poderes Federales y Locales con la única tendencia o finalidad de conseguir el bien común, el bienestar general, de los gobernados, no solo los nacionales y naturalizados sino también los extranjeros que permanente o transitoriamente han decidido vivir con nosotros.

El Poder del Estado debe ser ejercido para todos en tal forma que se aplique la Ley en igualdad para todos; que es uno de los principios fundamentales de la democracia que nuestra Constitución, en su artículo 3º, sobre la edu-

cación, nos da una definición que revela el pensamiento del Constituyente de 1917.

“Artículo 3º.- Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado- federación, Estados, Distrito Federal y Municipios-. Impartirán educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria.

“La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

“Fracción II

El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

- a) Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo;
- b) Será nacional, en cuanto sin hostilidades ni exclusivismos atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura;

Reflexiones sobre Nación-Estado, Poder y Gobierno

49

- c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos. . .”

Democracia que el ser humano tiene siglos buscándola sin encontrarla en su totalidad y continúa incansablemente haciendo uso de ella, pero ¿la entenderá en su esencia? o ¿sólo la usará en forma política sin cumplirla? o ¿la aplicará parcialmente?

El Poder también esta firmemente ligado con el concepto de Soberanía que independientemente de mi opinión, transcribo parte de lo que manifiesta el Dr. Andrés Serra Rojas (+) en la obra citada, en el siguiente sentido sobre la Soberanía; en relación con la gobernabilidad emanada del concepto Gobierno:

“Concepto que surge simultáneamente con el surgimiento del Estado en el Renacimiento. Fue Juan Bodino (c. 1530-1596) el que primeramente desarrolló este concepto. Entre los griegos y los romanos no existía. A la polis y a la civitas no les era necesaria una autoridad civil. La soberanía nace junto con el Estado, que es una institución apoyada por el absolutismo el que elabora también el concepto so-

beranía, y le atribuye carácter subjetivo. La soberanía radica en el monarca; es él soberano.

A partir de las ideas de Locke publicadas en 1690 en sus dos “tratados sobre el gobierno civil” y más tarde por Montesquieu en 1748 en su obra “El espíritu de las leyes”, en que ambos sostienen la teoría de la división de poderes dentro del Estado, la soberanía pierde el carácter de apropiable subjetivamente por el monarca, y se transfiere al pueblo. Ya Rousseau lo dice: el soberano es pueblo. Pero la soberanía todavía sufre otro desplazamiento y se despersonaliza aún más. En la actualidad la soberanía es un atributo de poder del Estado. La soberanía, actualmente, puede definirse como la capacidad que tiene un Estado para determinarse a sí mismo y para contraer compromisos y obligarse sin necesidad de contar con la aprobación de ningún otro poder mayor, igual, o menor que el suyo. De esto se infiere que la soberanía tiene dos manifestaciones: una interna, que significa que el poder supremo dentro de un Estado, radica en el Estado, y otra externa, que significa que ningún Estado, por poderoso que sea, puede intervenir en los asuntos privativos de otro Estado, a menos que en ejercicio de su soberanía el Estado correspondiente se encuentre adscrito a una organización supranacional y ésta adopte medidas que tengan repercusiones internas en ese Estado. La formación de esas organizaciones no disuelve la soberanía de los Estados miembros, sino más bien la consolida.

“La soberanía no es verdaderamente absoluta, dado que, internamente, el ordenamiento jurídico impone limitaciones al poder estatal, y externamente están los poderes de los demás Estados. En la actualidad, se atribuye calidad de soberano al Estado como órgano supremo e independiente de autoridad, y de acuerdo con la cual es reconocido como institución que dentro de la esfera de su competencia no tiene superior”.

GOBIERNO

En la Enciclopedia Jurídica Omeba citando al autor John Fiske quién al respecto explica que Gobierno proviene de la palabra latina “Gubernare” tomada del griego y que originariamente significaba guiar la nave. Comparando gobernar y guiar ha resultado muy feliz. Gobernar no es mandar en la forma en que el amo manda a sus esclavos sino que es emitir órdenes y dar instrucciones por el bien común, porque los intereses del hombre (ser humano para incluir a las mujeres) que están en el timón son los mismos que la tripulación que está en la nave. Gobierno entonces es la dirección o el manejo de todos los asuntos que conciernen de igual modo a todo el pueblo y que se mantiene en vida mediante los impuestos (en nuestro País contribuciones).

Por su parte en el diccionario de Derecho usual se utiliza el concepto Gobierno para designar a la dirección, administración del Estado. Orden,

Régimen o Sistema para regir la Nación o algunas de sus Regiones, Provincias o Municipios.

De la palabra Gobierno se deriva el concepto de gobernabilidad de difícil concepción y que es necesario aclarar desde mi punto de vista de la siguiente manera:

Utilizando parte de mi pensamiento, expresado en un documento el 3 de abril del 2001, diré lo siguiente:

La gobernabilidad se sustenta en la aplicación eficaz de un orden jurídico idóneo, es decir, que corresponda al beneficio de los gobernados para que a través de ella puedan resolver las cuestiones de su actividad cotidiana.

Hagamos una breve introducción sobre la normatividad jurídica para posteriormente seguir con la gobernabilidad.

Es necesario recordar que tanto gobernantes como gobernados están sujetos al cumplimiento del orden jurídico vigente, más los primeros que los segundos, por su carácter de servidores públicos y que porque su ejemplar desempeño permitirá alcanzar la tan deseada gobernabilidad; para su obtención es imperioso revisar las bondades de la normatividad jurídica existente, pero debe hacerse por expertos juristas que construyan esas normas con la opinión de los sectores involucrados.

En nuestro País la normatividad jurídica es muy abundante y ya en exceso. A través de reformas y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a las leyes de diversa naturaleza federales y generales, orgánicas y reglamentarias,

Reflexiones sobre Nación-Estado, Poder y Gobierno

51

el espectro jurídico nacional crece en forma incontrolable.

Una de las áreas del Derecho más vulnerables es la que se refiere al Derecho administrativo que, impulsado severamente por los actos de administración realizados, cuenta ya con un acervo jurídico extraordinario integrado por más o menos 240 leyes administrativas de las cuales emanan otros tantos reglamentos y si a ello unimos las llamadas normas oficiales mexicanas, se confirma el hecho de que el orden jurídico nacional evoluciona con demasiada rapidez sin esperar a conocer los efectos de esas normas jurídicas, si son positivos a la sociedad para, en su caso, realizar las modificaciones que deban tener.

Este crecido acervo jurídico está imposibilitando su conocimiento oportuno no sólo del público en general, sino de los expertos en la ciencia jurídica.

La normatividad jurídica debe obedecer a la precisión de conductas que deben observar los gobernados, previo su conocimiento, y no al querer de políticas que benefician sectores determinados; lo anterior esta relacionado con la gobernabilidad democrática porque si se desconoce la normatividad jurídica se puede actuar en sentido contrario y con ello se están provocando problemas en la sociedad de carácter intrafamiliar, intravecinal, intraprofesional y por credos políticos y religiosos y de otra naturaleza, lo que impide actuar conforme a derecho a gobernantes, en la consecución del orden público que permita la evolución de la sociedad con normalidad y la satisfac-

ción de las nuevas necesidades que forzosamente se originan.

Por lo tanto, el proceso ejecutivo-legislativo debiera ejercerse con más prudencia para evitar la desmoralización del pueblo mediante una certeza jurídica que prevalezca sobre órdenes políticas, económicas, administrativas, científicas, técnicas y en general, en todos los aspectos inherentes a la consecución del bien común y de las actividades humanas.

Es decir, la función pública a cargo de los tres poderes de la unión Ejecutivo-Administrativo; Legislativo y Judicial, ejercida a través de los servidores públicos en sus campos de acción, debe coordinarse en forma eficaz y oportuna para evitar que un poder se sobreponga a otro y para lograr el equilibrio que debe existir entre ellos, sometiéndose únicamente a los intereses generales que nuestra Constitución Federal ampara en beneficio de la población mexicana, de acuerdo a las facultades que la misma dispone para cada uno de los órganos y los servidores públicos adscritos a ellos.

Es necesario hacer una reflexión sobre el concepto de gobernabilidad la capacidad del servidor público idóneo para guiar y dirigir a través de sus actos administrativos, de administración, gobierno y políticos; procurando las condiciones adecuadas para satisfacer las necesidades del pueblo mexicano y para conseguir la materialización del arte del buen gobierno, porque no se encontró como tal en diccionarios y enciclopedias, por lo tanto, se debe partir por determinar su significado desde otros aspectos, del cual

puede emanar como son gobernable: capaz de ser gobernado; gobernación: gobierno, acción y efecto de gobernar. Ejercicio del gobierno. Ministerio o Secretaría de Gobernación; gobernar mandar con autoridad o regir una cosa. Guiar, dirigir, arreglar, componer; y gubernativo sinónimo de gubernativo entre otras definiciones de estos conceptos.

De ahí que gobernabilidad resulte de una conjunción de los conceptos gobernable y gobernar, es decir, incluyendo la participación ciudadana sólo en los casos necesarios, porque debe prevalecer la capacidad de gobernar y la toma de decisiones.

Por otra parte es aconsejable revisar el concepto de democracia que tiene varias centurias de estar siendo analizado y buscado, partiendo de su antecedente "isonomía" que los griegos construyeron para gobernarse y que posteriormente fue desvirtuado al ser sustituido por el concepto de democracia ya que uno de sus significados originales se refería fundamentalmente a la igualdad de todos ante la ley.

Tales reflexiones conducen a la prevalencia del orden jurídico idóneo sobre los demás órdenes: político, económico, financiero, de administración e inclusive científico y técnico, situándolos en sus elementos significativos por ser útiles a la convivencia humana.

CONCLUSIONES

1. La normatividad jurídica debe ser realizada adecuadamente para

buscar la construcción de aquella que beneficie a la nación mexicana y a su sociedad para ello el poder legislativo debiera tener en cada una de sus cámaras, comités de expertos jurídicos que analicen previamente las iniciativas de ley que se les presente, que se supone son hechas por concedores de la materia que regulan.

2. Sería conveniente precisar lo que se debe entender en forma veraz de los conceptos democracia y gobernabilidad, difundiéndolos para que el pueblo los conozca, los acepte y se adhiera a ellos.
3. Ha de señalarse la voluntad gubernamental de regirse por orden jurídico idóneo, respetable y respetado por gobernantes y gobernados, lo que traería aparejada la comunión del pueblo con los gobernantes.
4. Para dar uniformidad al ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones en forma eficiente, se debiera ejercitar el poder con veracidad, eficiencia, energía, jurídicamente respaldada y probidad.
5. La Federación para encontrar un camino y fortalecer el gobierno federal, debiera en la obligada coordinación del Plan Nacional de Desarrollo y sus Programas con las entidades Federativas y los Municipios, partir de la estructura jurídica-política y administrativa-territorial, municipal integrada por ciudades, villas, pueblos, rancherías, congregaciones y núcleos rurales.

En estricto pensamiento jurídico podemos afirmar que los gobernantes en cumplimiento del mandato legal no

Reflexiones sobre Nación-Estado, Poder y Gobierno

53

deben hacer lo que ellos estiman subjetivamente sino que deben hacer lo que conviene al gobernado para su bien-

estar y bien común, ya aceptados de antemano por los gobernados, en una verdadera planeación de actividades.

La lucha por la tierra. Algunos aspectos sumarios teóricos y prácticos de naciones antiguas y contemporáneas

Manuel Ruiz Daza*

En esta primera Revista de los Seminarios de la Facultad de Derecho presentaré algunas breves consideraciones sobre la tierra rústica, sus problemas y las diversas soluciones teóricas y prácticas que dieron los diversos pueblos, imperios y repúblicas de la antigüedad para desembocar en el estado mexicano. Se ha estudiado el proceso histórico de la comuna primitiva de los primeros tiempos a la comuna tribal, época del cobre y piedra. Se piensa que así empezó “la disolución del comunismo primitivo, el desarrollo de la esclavitud y de la lucha de clases y la formación del Estado” (Thompson G., Los Primeros Filósofos).

En la sociedad esclavista primitiva se encuentran aún grupos considerables de productores, formada de campesinos que “todavía no han sido despojados de sus tierras” (ibídem).

*Director del Seminario de Derecho Agrario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México

En Grecia, al desarrollarse la sociedad esclavista madura, aparece la concentración privada de la tierra con la consiguiente ruina de los pequeños productores. Aquí aparece el latifundismo que beneficia a unos pocos y perjudica a la masa campesina.

Engels explica así el surgimiento del estado ateniense: “*La aparición de la propiedad sobre los rebaños y los objetos de lujo, condujo al cambio entre los individuos, a la transformación de los objetos en mercancías...;*” “*con la aparición de mercancías apareció el cultivo individual de la tierra y, en seguida, la propiedad individual del suelo, más tarde vino el dinero, la mercancía universal por la que podía cambiarse todas las demás*”. (El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado). Marx afirmó que la cooperación en el trabajo, al inicio de la civilización, pueblos de cazadores, agricultores, en las comunidades indias, se basa en la propiedad colectiva sobre

las condiciones de producción y, además, en que el hombre no ha roto aún el cordón umbilical que le une a la comunidad o a la tribu. ¿Tierra común o privada al inicio de los tiempos? No abordamos este problema.

Veamos qué dijeron en la antigüedad y qué problemas abordaron los pensadores, jurisconsultos y legisladores. Estos se preocuparon sobre todo de poner límites a las extensiones de tierras rústicas. Se ocuparon de la pequeña propiedad rústica. En el fondo subyace un problema de justicia, de autosuficiencia alimentaria y también de venta de excedentes. Las voces de los antiguos nos llegan desde muy lejos. Fidón de Corinto, uno de los primeros legisladores, Siglo IX a.C., prescribió la igualdad de las fincas, que las familias y la población civil debían mantenerse en un número constante “aún cuando al comienzo las fincas de todos fueran iguales en su tamaño”; Sócrates afirmó que la tierra que debe poseer y cultivar un ciudadano no debe ser tan pequeña para que el propietario pudiera invitar a sus amigos, ni tan grande para que otros pudieran hacer lo mismo; Platón sostuvo en su diálogo “Las Leyes” que debe haber fincas desiguales, pero a ningún ciudadano se le debe permitir adquirir más tierras que rebasen en cinco veces más a la pequeña; Aristóteles sostuvo que las fincas deben servir para vivir con moderación y templanza y al mismo tiempo con liberalidad, Aristóteles pretendía establecer un equilibrio, dijo: “Es posible mantener la igualdad de las fincas rústicas, pero su tamaño puede ser o bien demasiado grande y ocasio-

nar la malicia y la lujuria, o ser demasiado pequeño, causando un nivel de vida penoso; es evidente, pues, que no basta que el legislador haga iguales las fincas rústicas, sino que debe tender, además, a asegurar en ellas un tamaño medio”. Faleas de Calcedonia decía que las fincas de los ciudadanos debían ser iguales; Solón Solón prohibió en su legislación la adquisición de tierras “que tengan por límite tan sólo el posible deseo del individuo”; en Locria una ley prohibió la venta de las tierras rústicas por sus propietarios a menos que demostraran que habían caído en una auténtica desgracia. Interesantes datos de la antigüedad en que aparecen la justicia, la equidad y preocupaciones éticas.

En Esparta, Licurgo repartió tierras de la república a treinta y nueve mil ciudadanos espartanos; Las tierras del estado fueron fraccionadas en partes iguales para ciudadanos urbanos y del campo. Treinta mil partes para éstos últimos y nueve mil para los primeros. Sabemos que Rómulo, cofundador de Roma, dividió el *ager romanus* entre las tres tribus del pueblo; dividió las tribus en curias y éstas en centurias, cada centuria tenía cien defensores y a cada defensor le asignó dos yugadas de tierras, equivalentes a 2,500 metros cuadrados de nuestro tiempo, esto es, un cuarto de hectárea. Rómulo y Numa Pompilio aumentaron mediante guerras de conquista el territorio romano. El *ager publicus* pertenecía al erario del Estado y éste lo distribuía a los soldados y ciudadanos más pobres. Así calmaron muchos gobernantes romanos las revueltas y sublevaciones.

La lucha por la tierra

57

Estas tierras también fueron destinadas a los sacerdotes, a los templos, a potreros públicos, se podían arrendar o vender, quienes concentraron más tierras del erario público fueron los patricios. También concentraron tierras privadas. Fueron latifundistas. Plinio el viejo tronó contra los dueños de los "latifundia". Los romanos también distribuyeron tierras mediante la colonización. Dos yugadas de tierras por colono. Después de las leyes agrarias de Espurio Casio, Espurio Melio, Manlio Capitolino, Licinio Stolo propuso leyes agrarias al pueblo romano en el año 376 a.C. Según estas leyes nadie podía tener en Roma más de quinientas yugadas de tierras públicas. Sobre dicha extensión no se podían apacentar más de cien cabezas de ganado mayor y quinientas de menor; obligatoriamente los dueños de las quinientas yugadas debían mantener cierto número de hombres libres para vigilar los trabajos, los excedentes de las quinientas yugadas o de las cien cabezas de ganado mayor o quinientas de ganado menor serían quitadas a los dueños para distribuirse equitativamente, lotes de siete yugadas, a los pobres, a los plebeyos. Además se sancionaban con una multa las violaciones a la ley. Licinio Stolo violó propia ley. Esta ley licinia moderó el apetito latifundista de los patricios, iba a decir de empresarios, grandes comerciantes, banqueros, industriales, políticos. Catón, El censor, ya senecto, se queja amargamente: "Todos queríamos tener más de quinientas yugadas de tierra, pero la ley no lo permite."

Tiberio Graco modificó las leyes licinias y las restableció. Además de las quinientas yugadas permitidas a cada ciudadano, se podían entregar 250 yugadas más a cada uno de los hijos. Cicerón en su primera catilinaria afirma que Escipion, Pontífice Máximo, siendo un particular, dio muerte a Tiberio Graco por introducir modificaciones a la constitución de la república. (*An vero Publius Scipio, Pontifex maximus, Tiberium Gracum mediocriter labefactantem statum reipublicae privatus interfecit*) Cicerón combatió las leyes agrarias de Rulo porque entregaban las tierras romanas a los extranjeros sin necesidad de conquista. Antonio, integrante del Triunvirato con Lépido y Octavio, expidió motu proprio leyes agrarias exclusivamente a favor de los legionarios. Afectó tierras del ager públicos y de particulares. En la Roma antigua hubo más leyes agrarias. Sólo mencionaré tres. La Servilia: compra-venta de tierras por diez comisarios para distribuirlas al pueblo y establecer colonias en lugares pertinentes. La Ley Thoria que reglamentó el aprovechamiento de los pastos; la Ley Flaminia que ordenó distribuir al pueblo las tierras conquistadas a los galos senonenses.

Por sabido, no nos detendremos en la forma como estaba distribuida la tierra en la tribu azteca, que se asentó, previa conquista, en las tierras de la antigua Tenochtitlán. Tierras del rey, de los nobles, de los dioses, de los guerreros, y de los pueblos, formados por hombres y mujeres del mismo linaje. Conocida es la descripción que hacen Motolinía y Alonso de Zorita.

El primero dice que los indígenas no eran propietarios de las tierras que cultivaban; eran “medieros” de otros indígenas que tenían solares en los pueblos. Todas las tierras observadas en el Valle de México - Tenochtitlán, planicies y montañas, pertenecían a los “señores”. Estos ejercían poderes tiránicos, quienes además se repartían los productos. Los medieros vivían al día. Todas estas tierras eran cultivadas por peones o jornaleros llamados macehuales, hombres del pueblo, o por mayaques o aparceros aparceros.- Verdaderos latifundios, pues, trabajados por semi-esclavos. Cabe hacer una observación a quienes con base en este dato de Motolinía sacan conclusiones generales para las restantes tribus del País. Motolinía observó lo que acontecía en el hoy llamado Valle de México. Con base en esto no es legítimo obtener una conclusión general. Se puede conjeturar con apoyo en multitud de pruebas indiciarias que a su modo, al modo indígena, esto es, su derecho consuetudinario, sí hubo “propiedad” no solo de las tierras comunales de los pueblos aborígenes, sino también de las porciones de tierras enclavadas dentro de los terrenos comunales y que aún subsisten y son reconocidas en las Resoluciones Presidenciales de confirmación y titulación de bienes comunales en conflicto y sin conflicto. Basta leer algunas de estas resoluciones expedidas por el forma absoluta. Dictó, además, acuerdos favorables respecto a tales poseedores cuando no tuvieran documentación o ésta fuera deficiente. En nuestros días se Presidente de la República

General Manuel Ávila Camacho, quien las excluyó en siguen excluyendo tales posesiones de particulares si se dan los requisitos establecidos por el artículo 252 de la Ley Federal de Reforma Agraria, vigente para problemas de rezago agrario. Podemos afirmar, pues, que un derecho consuetudinario de posesión se convirtió en derecho positivo. Claro, se debe cuidar la integridad de la comunidad. El artículo 27 Constitucional las protege en forma especial.

Las resoluciones agrarias presidenciales que han resuelto problemas de linderos entre comunidades se han basado en testimonios documentales pictográficos y en señalamientos efectivos en el terreno. Estos señalamientos efectivos aún conservan sus nombres en dialecto. Vaya como ejemplo el conflicto por límites que aún sostienen los pueblos mixtecos de “Ñuun-deya” y Santo Domingo Ixcatlán en el Distrito de Tlaxiaco, Oaxaca. “Ñuun-deya” señala los siguientes parajes perimetrales que delimitan la zona en conflicto y alega que le pertenece, pues, además lo ha tenido en posesión desde tiempo inmemorial; los nombres de tales pasajes son: Yavininu, Minisava, Ituvinda, Corralyú, Yutilú, Yosonuchi-que, Ytuquivi, Yucuyahui, Yucayaque, Jinundinuni. Dentro de esta zona en conflicto que abarca 1,356 hs., se encuentran pequeñas porciones de tierra en posesión de particulares. Duatizujo, Yutiazuma, y se cierra el polígono con Yavininu, paraje del que se partió. Se puede traer también a colación la comunidad de San Mateo Tlaltenango, D.F., cuyos conflictos de linderos se

La lucha por la tierra

59

basaron, para resolverlos, en su Código que señala perfectamente bien las colindancias con las otras comunidades en conflicto: San Lorenzo Acopilzin, Magdalena Contreras, Ameyalco, Santa Rosa Xochiac, y San Bernabé Ocotepéc, cuyas colindancias están en lengua náhuatl. Es también de sobra conocido el texto agrario de Alonso de Zorita, que narra cómo estaba repartida la tierra entre los aztecas, antes de la llegada de los españoles. Existían los Calpullec (plural) o tierras de los barrios o Calpulli (singular) o tierras de un barrio. No se podían vender, sólo gozaban de usufructo; se transmitían a sus herederos, personas del mismo linaje. Eran, pues, terrenos comunales.

Transcribo las siguientes palabras de A. de Zorita sobre los jefes del Calpulli: *“Los comunes de estos barrios o calpullec siempre tienen una cabeza y nunca quieren estar sin ella, y ha de ser de ellos mismos y no de otro calpulli, ni forastero porque no lo sufren, y ha de ser principal y hábil para ampararlos y defenderlos y lo elegían y eligen entre sí, y a este tenían y tienen como señor, y es como en Vizcaya o en la Montaña el pariente mayor; y no por sucesión, sino muerto uno eligen a otro, el más honrado, sabio y hábil a su modo, y viejo, el que mejor les parece para ello. Si queda algún hijo del difunto suficiente, lo eligen, y siempre eligen pariente del difunto, como lo haya y sea para ello”. “Este principal tiene cuidado de mirar por las tierras del calpulli y defenderlas, y tiene pintadas las suertes que son, y los lindes, y a dónde y con quién parten términos y quién los labra, y los que tiene cada uno; y*

cuáles están vacas y cuáles se han dado a españoles y quién y cuándo y a quién las dieron; y van renovando siempre sus pinturas según los sucesos, y se entienden muy bien por ellas; y es a su cargo como (están dicho, dar tierras a los que no las tienen para sus sementeras, o si tienen pocas, según su familia, les dan más; y tienen cuidado de amparar siempre a la gente del calpulli y de hablar por ellos ante la justicia y ante los gobernadores”

(Zorita, Alonso, Los Señores de la Nueva España, UNAM, Biblioteca del Estudiante Universitario, pp 34 Y 35). Parece, pues, que está uno leyendo el artículo 195, de la Ley Federal de Reforma Agraria: *“Los núcleos de población que carezcan de tierras, bosques o aguas, o no las tengan en cantidad suficiente para satisfacer sus necesidades, tendrán derecho a que se les dote de tales elementos...”*; o bien, el artículo 200 de la ley citada: *“Capacidad individual en materia agraria, fracciones 111 y IV: “trabajar personalmente la tierra, como ocupación habitual” y “no poseer a nombre propio ya título de dominio tierras en extensión igualo mayor al mínimo establecido para la unidad de dotación” (10 has. de riego o humedad de primera y 20 has. de temporal).*

Con la conquista de España sobre el imperio Azteca y pueblos aborígenes cambió totalmente el régimen de tenencia de la tierra en la Nueva España. Aparecieron los latifundios de facto, mediante las encomiendas, de iure mediante los mayorazgos, ejemplos: el mayorazgo del Marqués del Valle Hernán Cortés, con tierras en Coyoacán

(550 km²); Cuernavaca (4,100 km²); Cuatro Villas (1,500 km²); Tuxtla y Cotaxtla (4,300 km²), Toluca (450 km²), Charo Matlatzinco (100 km²); y Jalapa de Tehuantepec (550 km²). (Datos tomados de García Martínez Bernardo, *El Marquesado del Valle, Tres Siglos de Régimen Señorial en Nueva España*, El Colegio de México, 1a Edición, 1969), con una superficie total de 11,550 km², equivalente a la superficie del hoy Estado de Querétaro, 11,480 km²; el Marquesado de Santiago, el de San Miguel de Aguayo en los estados de Coahuila y Durango; aparecen las grandes extensiones de tierras del Mariscal de Castilla, las tierras confirmadas llamadas “mercedadas”, compra-ventas de bienes reales, el despojo de los bienes comunales de los pueblos indígenas, las confirmaciones, las composiciones y de las cuales Juan Dosal de Madrid se adjudicó 246 sitios de ganado mayor de las tierras de Valparaíso, Zacatecas; de la Hacienda de Cedros, Zacatecas, se apoderó de 430 sitios de ganado mayor; Don José Beltrán de B. fue dueño de la Hacienda San Pedro y Troncoso, cerca de la Ciudad de Zacatecas, con 193 sitios de ganado mayor; para abreviar estos datos, que aún nos pasan y enardecen la sangre, citaremos los datos que Caso tomó del “Latifundismo Mexicano” de Brinsmade, referentes al final del porfiriato. Había 11,000 haciendas con 880,000 km² (44% de nuestro territorio); 18 compañías de terrenos con 80,000 Km² (4% el territorio nacional); otras compañías tenían 120,000 km² de tierras (6% del territorio). Había sitios de ejidos con

120,000 km² (6% del territorio); Ranchos pequeños con 5,000 Km² (20% de la extensión de la república); terrenos nacionales 4,000 km² (20% del total de la República); precisa Brinsmade que el promedio de extensión de cada una de las haciendas era de 8,000 hectáreas; y que el total de las 18 compañías equivaldría a la mitad de la extensión de todo Portugal.

Fernando González Roa en su estudio “Las Cuestiones Fundamentales de Actualidad en México”, año de 1927, aporta estos datos tomados del gran Registro de la Propiedad sobre los latifundios: En Coahuila: “los jardines” con 49,861 hectáreas; “Santa Teresa” con 60,899 Has.; “San Gregorio” con 69,346 Has.; “Santa Margarita” con 81,185 Has.; “San Bias” con 395,767 Has. En sonora: “La Cocóspera” con 51,288 Has. En Chihuahua: “La Santísima” con 118,878 Has.; “Lagunita del Oosal” con 158,123 Has; San José Babicora con 63,201 Has.; “La Nariz y Santa María” con 196,628 Hs.; “Bachimba” con 50,000 Has.; En Tamaulipas: “El Sacramento” con 41,825 Has. En Zacatecas: “Malpaso” con 63,786 Has.; “San José del Maguey” con 69,086 Has.; “Cedros” con 754,912 Has.; en el Estado de México: “La Gavia” con 132,620 Has.; en Michoacán: “San Antonio de las Huertas” con 58,457 Has.; y Toribio Esquivel Obregón dice que en 1908 había 42,237 fincas rústicas; conviene agregar a todos estos datos la declaración que hizo a la Revista “Siempre” el empresario cervecero Juan Sánchez Navarro. Dijo que su familia había acumulado siete millones quinientas mil

La lucha por la tierra

61

hectáreas de tierras y que pastaban 100 mil cabezas de ganado mayor. Con razón se ufanaba su ancestro Luis Terrazas contestando cuando se le preguntaba si era de Chihuahua “¡No! Chihuahua es mío”, Conviene también precisar que varios pueblos fueron absorbidos por las haciendas y quedaban convertidos en el casco. Tal el caso de los pueblos “Los Sauces de Salinas” y el de “San Diego de Alcalá”. Este pueblo quedó convertido en la hacienda del Maguey; y la Hacienda de “Sombrerillos” con 83,700 Has., absorbió a los pueblos de “Santiago y San Pedro de Ocuila” en Cuencamé, Durango; el pueblo de “Nasas” fue absorbido por la hacienda de “Santa Catalina del Álamo con 412,000 has.; los Condes del Valle de Suchil, herederos de aquel Conde de San Miguel de Aguayo, Conde de Suchil, eran dueños a mediados del Siglo XIX, del Llano Guatimape en Durango y las sierras que lo limitan, con extensión de 300.000 Has. Por otra parte, las compañías deslindadoras también hicieron “su agosto” en la época porfiriana. De 1881 a 1889 deslindaron 32.200,000 hectáreas. De esta cantidad se les adjudicaron de conformidad con la ley, sin pago económico alguno, 12.700,000 Has.; y se les vendieron a bajo precio 14.800,000 más. Total: 27.500,000 Has., o sea, algo más de 13% de la superficie total de la República. Sólo quedaron a favor de la nación 4.700,000 Has. Hay que resaltar el hecho -increíble, pero bárbaro- de que esas compañías hasta el año de 1889 estaban integradas sólo por 29 perso-

nas, adineradas y con peso específico en la política nacional.

Se comprende, pues, desde el ángulo agrario la Independencia de México; la liquidación del imperio de Iturbide, quien en su plan de Iguala protegió la injusta distribución de las tierras; la Ley de Desamortización de 25 de junio de 1856, que ordenó que las fincas rústicas y urbanas pertenecientes a las corporaciones civiles o eclesiásticas de la República se adjudicaran a los arrendatarios; la Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos de 12 de junio de 1859, por la cual se ordenó que entraban al dominio de la Nación los bienes que el clero secular y regular administraba con diversos títulos; el movimiento revolucionario políticosocial de 1910, basado en un reclamo de justicia para acabar con la dictadura del “Llorón de Icamole” y con la injusta distribución de la tierra.

El Plan de Ayala de Emiliano Zapata, triunfante en la Convención de Aguas Calientes, hecho Ley de 6 de Enero de 1915, artículo 27 constitucional, reglamentos agrarios, circulares, Ley de Ejidos de 28 de diciembre de 1920, Ley de Dotaciones y Restituciones de Tierras y Aguas de 23 de abril de 1927, Ley de Dotaciones y Restituciones de Tierras y Aguas de 21 de marzo de 1929, Ley del Patrimonio Agrario Ejidal, reformas al artículo 27 constitucional en materia de terrenos comunales y señalamiento de límites a la pequeña propiedad, Códigos Agrarios de 1934, de 1940, de 1942, y Ley Federal de Reforma Agraria de 1971, plan y leyes agrarias cumplieron

su cometido, pues gracias a ellos el Ejecutivo Federal, Suprema Autoridad Agraria, restituyó las tierras despojadas a los pueblos y comunidades, dotó de tierras a los núcleos de población campesina, carentes de la misma, amplió los ejidos, promovió la colonización a través de los nuevos centros de población ejidal, resolvió los problemas de linderos entre comunidades indígenas y confirmó y tituló las tierras poseídas desde tiempo inmemorial a las comunidades sin litigio de linderos. Combatió todo tipo de latifundios, abiertos o simulados de pequeñas propiedades. El movimiento revolucionario de 1910, hecho Gobierno, entregó a los campesinos más de 100 millones de hectáreas en tierras, casi la mitad del territorio nacional y equivalente a dos terceras partes de la superficie rústica; En 30 mil ejidos y unas doce mil comunidades se encuentra distribuida la tierra, que beneficia a más de tres millones de jefes de familia campesina. Respetó la pequeña propiedad en explotación, amparadas o no por certificados de inafectabilidad agrícola o ganadera. Pacificó, pues, la Reforma Agraria al país, ha dado de comer a los campesinos, los liberó del peonaje, de la servidumbre, de la discriminación y rescató su dignidad y libertad. No ha sido un fracaso la reforma agraria en México; falta mucho, claro, para que el campesino logre mejorar su condición económica, social, cultural; pero todo esto no debe hacerse depender sólo del trabajo de la tierra. El estado debe invertir mucho más dinero al campo.

Conviene agregar unos cuantos renglones sobre la pequeña propie-

dad. No creo que los pensadores griegos y latinos, ni sus legisladores hayan influido en la reforma agraria mexicana. La reforma agraria de México surgió de los propios campesinos, no letrados ni cultos, con Emiliano Zapata a la cabeza, con el Plan de Ayala, Otilio Montaño, y seguidores de Zapata, el apoyo decidido de Villa, la aprobación unánime de la totalidad de los convencionistas de Aguas Calientes y la aceptación *-velis nolis-* de Carranza. Raíz pura campesina sostiene al árbol de la Reforma Agraria. No se volverá al pasado por más ataques al ejido y a las comunidades indígenas. El campo agrario está regado con la sangre campesina.

En México ha habido voces también que clamaron para fijar límites a la propiedad rústica. Morelos en la población de Tlacosautitlán, Jalisco, el 2 de noviembre de 1813 emitió algunas medidas políticas que debían tomar los jefes de los ejércitos americanos para lograr sus fines y evitar la efusión de sangre. En la medida séptima fija como límite a la pequeña propiedad la de “dos leguas cuando mucho”, que muchos se dediquen con separación a beneficiar “un corto terreno” que puedan asistir con su trabajo e industria; Severo Maldonado en 1823 sostuvo que los predios no deben ser tan grandes que no los pueda cultivar quien los posea, ni tan pequeños que no basten sus productos para la subsistencia de una familia de veinte o treinta personas; el 18 de agosto de 1824 se expide la primera Ley General de Colonización, su artículo décimo prescribe que no se deben reunir en una

La lucha por la tierra

63

sola mano como propiedad de baldíos más que una legua cuadrada de cinco mil varas de tierras de regadío, cuatro mil de temporal y seis mil de superficie de abrevadero; Ponciano Arriaga en su voto particular que emitió y presentó al Congreso Constituyente en la sesión de 23 de junio de 1856, manifestó que el máximo de Posesión de fincas rústicas debía ser de quince leguas cuadradas, que deben pagar una contribución mayor quienes tengan más superficie, o que si no se cultivan en dos años las superficies mayores de quince leguas se declaren baldías y que los nuevos propietarios no deberán tener más que quince leguas; Isidoro Olvera en su Proyecto de Ley Orgánica para Reglamentar el Derecho de Propiedad presentado al Congreso el 7 de agosto de 1856 sostuvo que no hay propiedad legítima de terreno, si es mayor que la que pueda cultivar personalmente una familia; Castillo Velasco sostuvo también en la misma época que se deben proporcionar a los morales de los pueblos “los medios de subsistir y cuantos sean necesarios” y así puedan adquirir la dignidad de hombres libres; Obregón fijó en el Reglamento Agrario del 10 de abril de 1922, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de abril del mismo año, la superficie de 150 hectáreas de terrenos de riego o humedad, 250 hectáreas en terrenos de temporal con lluvia anual abundante y regular, 500 hectáreas en terrenos de temporal de otras clases; en el año de 1946 se introdujeron reformas al artículo 27 constitucional en las que se fijaron los límites a la pequeña propiedad, rigen hasta nuestros días con las

variantes introducidas por las reformas de 1992. Tales variantes son: se suprimió la obligación constitucional de mantener las tierras en explotación, lo que constituye un retroceso; se suprimió la equivalencia de las tierras susceptibles de cultivo a las 200 hectáreas de temporal, se suprimió la precisión de si reciben riego “de avenida fluvial o por bombeo”, en las pequeñas propiedades dedicadas al cultivo de algodón, etc., se agregó lo siguiente: “por individuo” al señalar la pequeña propiedad en cada una de las calidades y destino de las tierras, se agregó “bosque”, “palma”, “agave”, “nopal”, al hablar de la equivalencia de las tierras y de las destinadas al cultivo de plátano, caña de azúcar, quina y árboles frutales, se abrió la puerta para que en las tierras ganaderas se puedan realizar cultivos agrícolas sin que se rebasen los límites de la pequeña propiedad agrícola y sin rebasar los límites de la propiedad original. La pequeña propiedad, pues, que rige en nuestros días es: 100 hectáreas de riego o humedad de primera, 200 hectáreas de temporal, 400 hectáreas de agostadero de buena calidad, 800 hectáreas de bosque, monte o agostadero en terrenos áridos, 150 hectáreas dedicadas al cultivo de algodón si reciben riego, 300 hectáreas cuando se destinen al cultivo de plátano, caña de azúcar, café, henequén, hule, palma, vid, olivo, quina, vainilla, cacao, agave, nopal, árboles frutales y la superficie necesaria para mantener hasta 500 cabezas de ganado mayor o su equivalente en ganado menor de acuerdo con la capacidad forrajera de los terrenos; se abrió la puerta también

para que las sociedades mercantiles por acciones puedan ser propietarias de tierras en los límites que prescribe el artículo 126 de la Ley Agraria; se permite la venta de terrenos ejidales o su pérdida en sociedades mercantiles. A este respecto cabe decir que esta reforma es un golpe directo al corazón de la reforma agraria conquistada con anterioridad al año de 1992. Afortunadamente los campesinos ya abrieron

los ojos y se resisten a la “sociedad” con el *Homo homini lupus*. No llegan a 20 las sociedades mercantiles mixtas entre campesinos y capitalistas a la fecha, 2011. La solución es otra: apoyo económico de los bancos oficiales y de la banca privada a ejidatarios y comuneros sin pérdida de sus tierras y apoyo técnico oficial que se requiera para lograr la soberanía alimentaria.

El divorcio con causa versus “incausado” o acausal

Maria Leoba Castañeda Rivas*

SUMARIO: I. Introducción. II. El divorcio incausado del Distrito Federal, viola las garantías constitucionales de audiencia y legalidad. III. Estudio comparativo mundial del divorcio. a) Alemania; b) Argentina; c) Brasil; d) Chile; e) Colombia; f) Cuba; g) España; h) Italia; i) Estado de Louisiana (Estados Unidos); j) Perú; k) Puerto Rico; l) Quebec. IV. Conclusiones. V. Bibliografía. VI. Fuentes electrónicas.

Gracias a la iniciativa del Director de Derecho de nuestra Facultad, Dr. Ruperto Patiño Manffer, por primera vez en la historia, dentro de nuestra comunidad universitaria, surge una Revista específicamente dedicada a los Seminarios de esta Facultad. Verdaderamente los objetivos de esta publicación son valiosos: es importante conocer y difundir las actividades de los Seminarios, las actualidades en el área correspondiente, así como la realización de actividades comunes, que se difundan para lograr el anhelo de que los Seminarios se conviertan en espacios de investigación seria, profunda, donde incluso, los traba-

jos mas brillantes, puedan difundirse en diversos medios de comunicación universitaria.

Conforme a lo sugerido por el Dr. Ruperto Patiño Manffer, en este primer número de nuestra Revista, se programó que los Directores de cada Seminario, transmitamos algunas ideas a la comunidad, para actualizarnos y reflexionar sobre diversos tópicos, razón por la cual tuve el privilegio de escribir este artículo.

Es pertinente aclarar que el Seminario de Derecho Civil, se encuentra entre los más demandados, pues su área de aplicación es sumamente amplia, a saber, incluye como materias de interés, las siguientes: Derecho de las personas, teoría del acto jurídico, bienes, patrimonio, derechos reales, posesión, obligaciones y contratos.

* Directora del Seminario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Igualmente en el seno de este Seminario, se incluyen materias como el Derecho familiar, el sucesorio, la responsabilidad civil, el notarial y el registral. Es decir, un sinnúmero de estudiantes que desean investigar sobre los mencionados tópicos, se inscriben en este Seminario. Existen infinidad de temas que los estudiantes pueden analizar; en este sentido cabe aclarar que no limitamos las aportaciones de los jóvenes estudiantes a una lista de temas de frontera o de actualidad, sino que cada uno de ellos, puede jurídica y científicamente fundar el contenido de su investigación y de su propuesta.

Un tema de gran actualidad, es el relativo al divorcio. México se había caracterizado siempre por tener una adecuada sistemática en relación al divorcio y sus efectos: sin embargo, sin una gran justificación, pasamos del sistema de ruptura, en base a alguna causal, a otro que se ha denominado “sin causa” o “acausal”, pero también en la práctica, puede convertirse en un acto unilateral, casi parecido a un repudio como se conoció en la antigüedad, y a mi juicio, deja en desamparo a los involucrados en esa ruptura.

I. INTRODUCCIÓN

La estabilidad familiar perseguida por la sociedad y el Estado, se pone en riesgo con las reglas vigentes en la ciudad-capital, en materia de divorcio, al dejar en desamparo a los miembros de la familia, especialmente a los hijos, al cónyuge que no ha dado lugar a la disolución y por tanto, es realidad que

el legislador capitalino, en algunas ocasiones se conforma con hacer copias de otras latitudes, para darles aplicación en nuestro medio, siendo de antemano diferente, pues la organización familiar mexicana tradicionalmente, en materia de divorcio, establecía reglas precisas sobre los efectos generados en relación a los hijos, los divorciados, los bienes, los alimentos, patria potestad, la guarda, custodia y en general, todas las consecuencias originadas en el matrimonio, por supuesto también vigiladas en el divorcio; sin embargo, con la actual naturaleza jurídica del divorcio incausado, en la ciudad de México, Distrito Federal, esos trascendentes efectos, deben tramitarse; en la vía incidental, y esto, no siempre se da en la realidad, cayendo la familia en una desprotección, que contraviene el orden público y el interés social, consagrado en el actual Código Civil capitalino, en materia familiar.

Ante estas cuestiones, es importante que los estudiantes y estudiosos del Derecho reflexionemos sobre el impacto de las reformas que la Asamblea Legislativa ha gestado, tal vez alejadas del verdadero sentir capitalino, de la técnica legislativa y de la hermenéutica, pues tal parece que al legislador le interesa ser innovador por estar en los diarios y en los medios de comunicación, a nivel mundial, como un país vanguardista, cuando tal vez, de haberse hecho una consulta frente a la comunidad, la cultura y el pensamiento de la ciudadanía, sean radicalmente contrarios a lo propuesto por el legislador, pues seguramente cuando una pareja entra en conflicto de divorcio,

El divorcio con causa versus “incausado” o acausal

67

requiere apoyo emocional, económico, afectivo, psicológico, en una palabra hacerle menos severa la pérdida. Por tanto, debe continuar para padres e hijos, el mismo entorno, en cuanto a alimentos, convivencias, seguridad económica, si son menores, convivencia con ambos progenitores, certeza y seguridad en las medidas sobre guarda y custodia, entre otras cuestiones.

II. EL DIVORCIO INCAUSADO DEL DISTRITO FEDERAL, VIOLA LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y LEGALIDAD

La reforma del 3 de octubre del 2008, al Código Civil en materia de divorcio, suprime la necesidad de acreditar alguna causal para solicitar el divorcio, permitiendo la disolución del vínculo, simplemente con la solicitud de uno de los cónyuges, es decir, el escrito unilateral solicitando el divorcio, que debe acompañarse de una propuesta de convenio, es la base para la ruptura del vínculo, incluso, si la otra parte no se “conforma” con el convenio, y no se regulan los efectos de esa unión, hacia el futuro, se deja la cuestión, para los incidentes, que deben tramitarse, para resolver sobre alimentos, guarda y custodia, visitas y convivencias, disolución de la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, y en general, las demás cuestiones derivadas del matrimonio, en las cuales debe el interés de los miembros de la familia, aun cuando se rompa el vínculo.

Mas aún, las garantías de audiencia y legalidad se violentan en ese tipo de divorcio incausado, porque quien no lo solicita, carece de recurso, para combatir la sentencia o el auto—su naturaleza no está bien definida en la reforma que da por terminado el matrimonio. Si el solicitante hace una propuesta de convenio que le parezca adecuada a la otra parte, es posible que se convierta en un divorcio bilateral, y por tanto, se cuente con las bases para definir sobre alimentos, hijos, los divorciados y los efectos patrimoniales, entre otras cuestiones. De otra manera, independientemente de lo argumentado por quien no lo solicita, concorra o no a la audiencia, el vínculo quedara disuelto.

III. ESTUDIO COMPARATIVO MUNDIAL DEL DIVORCIO

El presente estudio comparativo aborda la figura del divorcio en cuanto a sus posibles causales, plazos y efectos, en las legislaciones civiles, tales como, Colombia, Cuba, Chile, Québec, Louisiana, Argentina, Perú, España, Italia Alemania, Puerto Rico, Brasil, en las cuales se presentan diversos supuestos. A veces, se dan causas de separación personal, y como consecuencia de esta, surge la disolución del vínculo matrimonial; en otras, se da tratamiento al divorcio para poner fin al vínculo. En otras, se contempla la presunción de muerte de alguno de los cónyuges, o por declaración de ausencia, siempre y cuando, el promovente haya contraído nuevas nupcias; y otras legislaciones, donde

no se requiere causa de disolución del vínculo, con la salvedad de que alguno de los cónyuges perezca, como es el caso de Chile.

A. ALEMANIA.

Se regula en el título séptimo del Código Civil, el cual establece como causas para la acción de divorcio, las establecidas en los párrafos 1.565 a 1.569. El divorcio se decreta en sentencia, produciéndose la disolución del matrimonio cuando esta queda firme, de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo 1.564. Las causas para solicitarlo son:

1. La declaración de que uno de los cónyuges ha cometido adulterio, según las normas penales vigentes (párrafos 171 y 175 del Código Penal).
2. El atentado contra la vida de alguno de los cónyuges conforme al párrafo 1,566 del Código Civil.
3. Por el abandono malicioso de alguno de los cónyuges¹:
4. Por lesión grave a las obligaciones originadas por el matrimonio o por conducta deshonrosa o inmoral que causa una perturbación, tan profunda que haga imposible la continuación del matrimonio.
5. Por enfermedad mental grave de alguno de los cónyuges.

¹ Código Civil Alemán. Trad. Por Carlos Melón Infante. Edit. Bosch Artículos 1567 y ss. Madrid, España. p. 322

Como consecuencia del divorcio, la mujer divorciada puede optar por conservar el apellido del marido o volver a tener el suyo, con la salvedad de que ella haya sido declarada culpable en la sentencia de divorcio en tal caso, no podrá utilizar el apellido del marido. Si el marido es declarado único culpable deberá prestar a la mujer los alimentos necesarios, en la medida que ella no pueda sufragarlos y viceversa.²

B. ARGENTINA

El sistema de la separación y la disolución del vínculo matrimonial, en Argentina se da en su Código Civil. Existe en primer lugar la separación personal, figura que no disuelve el vínculo matrimonial, pero si puede ser precedente para terminar el matrimonio.

Son causas de separación personal sin disolver el vínculo matrimonial:³

1. El adulterio;
2. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador;
3. La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos;
4. Las injurias graves. Para su apreciación, el juez tomará en consideración la educación, posición

² Loc. Cit. (párrafos 1.577 a 1.584).

³ http://www.jusnequen.gov.ar/share/legislacion/leyes/Códigos/Código_civil/CC_art0201a0239.htm Consultado el 20 de noviembre del 2010.

El divorcio con causa versus “incausado” o acausal

69

- social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse;
5. El abandono voluntario y malicioso.¹

Asimismo, uno de los cónyuges puede pedir la separación personal por razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a estupefacientes del otro cónyuge, si como consecuencia de esta adicción o enfermedad se impide la vida en común entre los cónyuges o la del cónyuge adicto con los hijos.

Según lo dispuesto en el art. 204 del mencionado código, si se interrumpe la cohabitación por un término mayor de dos años se dará la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges.

Después de dos años de matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, y pedir su separación personal⁴.

Son efectos de la separación personal, entre otros, los siguientes:

- a) Los cónyuges podrán fijar libremente su domicilio o residencia.
- b) Las disposiciones del régimen de la patria potestad se aplicaran a los hijos existentes, sin embargo, los hijos menores de 5 años quedan a cargo de la madre.

- c) El cónyuge que hubiera dado causa a la separación personal deberá contribuir a que el otro, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos⁵

El capítulo XI del Código Civil Argentino establece los motivos de la disolución matrimonial, los cuales son:

Muerte de uno de los esposos; el matrimonio que contrajere el cónyuge del ausente, con presunción de fallecimiento; y por sentencia de divorcio vincular.

El divorcio vincular produce los mismos efectos que la separación personal.

C. BRASIL

El capítulo X, artículo 1571 del ordenamiento brasileño de esta materia, establece como causas de disolución de la sociedad conyugal, las siguientes:

- 1. Muerte de un cónyuge;
- 2. Nulidad o anulación del matrimonio;
- 3. Por separación legal;
- 4. Por divorcio.⁶

A su vez, este artículo dispone que el matrimonio válido, sólo puede disolverse por muerte o presunción de muerte de alguno de los cónyuges.

⁴ Idem. Art. 205 del Código Civil Argentino,

⁵ Ibidem. Capítulo X Arts. 206-212

⁶ Código Civil de Brasil, en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Consulta del 5 de diciembre de 2010.

La separación judicial se establece en el artículo 1572 del Código Civil Brasileño, y puede hacerse valer cuando alguno de los cónyuges demuestre que han existido graves violaciones a sus derechos que hacen imposible la vida en común.

Por otra parte, el artículo 1573 del mencionado ordenamiento indica las causas originadoras de la imposibilidad de la vida en común, entre otras:

1. El adulterio;
2. El intento de homicidio por parte de alguno de los cónyuges en contra del otro;
3. Los malos tratos o las lesiones graves;
4. El abandono voluntario del hogar conyugal por un año continuo;
5. La condena por delito infamante;
6. La conducta deshonrosa.

La sentencia recaída a la separación judicial, implica dejar de compartir casa, lecho y mesa, así como la división de los bienes, la cual podrá hacerse por mutuo consentimiento, con aprobación del juez.

La legislación Civil de Brasil establece como causales de divorcio, las establecidas en el artículo 1.573, ya citado. Puede invocarse la causal, independientemente de la partición de los bienes, que podrá ser posterior. Este mismo error se comete en la legislación mexicana, a nuestro juicio, debería ser previa dicha liquidación, para evitar que los divorciados entren en conflicto posteriormente, por aspectos económicos o financieros.

Disuelto el vínculo, el cónyuge podrá seguir manteniendo el nombre de casado, salvo disposición en contrario, mencionada en la resolución judicial. Igualmente, terminan los deberes de cohabitación y la fidelidad mutua, así como, el sistema de propiedad según lo dispuesto por el artículo 1.576.

Así mismo se establece que el cónyuge culpable, perderá el derecho a usar el apellido del otro, si este último lo solicita en forma expresa, siempre y cuando no implique un daño evidente para su identificación; o una distinción clara y perjudicial entre su nombre, la familia y los hijos habidos en el matrimonio.

Una cuestión importante en el Derecho brasileño, consiste en que el divorcio, no modifica los derechos y obligaciones de los padres frente a sus hijos. Tampoco las nuevas nupcias, varían la situación frente a los menores hijos.

Transcurrido un año de ordenada la separación legal, o la determinación de la separación de cuerpos, cualquiera de las partes podrá solicitar la conversión a divorcio según lo previsto en el artículo 1.580 del Código Civil de Brasil.

D. CHILE

Esta legislación no contempla otras causales de disolución del vínculo, excepto la muerte cualquiera de los cónyuges. En este sentido, el artículo 102, establece: “el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hom-

El divorcio con causa versus “incausado” o acausal

71

bre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”⁷

Evidentemente no existe divorcio vincular. El matrimonio es un acto indisoluble. Con respecto a las segundas nupcias del cónyuge supérstite, el artículo 124 prevé que el cónyuge deberá hacer el inventario solemne de los bienes que esté administrando y le pertenezcan como heredero de su cónyuge difunto o por cualquiera otro título. Si por negligencia, el viudo o viuda, no ejecutan oportunamente el inventario perderán el derecho de suceder el caudal que administren, de sus hijos.

E. COLOMBIA

Para la legislación colombiana, el vínculo conyugal se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado. Igualmente, cesan los efectos civiles del matrimonio religioso, al resolverse sobre el divorcio,⁸ sin embargo, en el aspecto del culto, regirán los cánones y normas del correspondiente ordenamiento.

En Colombia se contemplan como causales de divorcio⁹ las siguientes:

1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges
2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes, que la ley les impone como tales y como padres.
3. Los ultrajes, el trato cruel y el maltrato de obra.
4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.
5. El uso habitual de estupefacientes, salvo prescripción médica.
6. Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.
7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas bajo su cuidado.
8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, por más de dos años.
9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia.

A partir de la presentación de la demanda, el Juez podrá decretar medidas cautelares sobre los bienes que puedan ser objeto de gananciales, y que se encuentren a disposición del otro cónyuge.

El artículo 160 del Código Civil colombiano, puntualiza los efectos del divorcio: a) disuelve el vínculo matrimonial civil, b) en el ámbito religioso, deja la unión, sin efectos civiles; c) disuelve la sociedad conyugal, pero

⁷ Código civil de Chile, en http://www.chilein.com/c_civil4.htm. Consultado el 23 de noviembre del 2010.

⁸ <http://www.encolombia.com/derecho/C%C3%B3digoCivilColombiano/CodCivilLibro1-T6y7.htm> Consultado el 21 de noviembre del 2010.

⁹ Art. 154 Código Civil de Colombia

subsisten los deberes y derechos de las partes respecto de los hijos comunes y, según el caso, los derechos y deberes alimentarios de los cónyuges entre sí y d). el cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que por causa de matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable, sin que este pueda invocar derechos o concesiones estipulados a su favor, en las capitulaciones matrimoniales.

Es interesantísima la regulación del divorcio en Colombia, por cierto sumamente semejante a la que estuvo vigente en México, Distrito Federal hasta el 2008. Es muy correcta la mecánica de determinar cual será la situación de los hijos, lo relativo a alimentos, así como los aspectos patrimoniales de ese vínculo jurídico. Desafortunadamente al legislador capitalino mexicano, dejó fuera algunas cuestiones de técnica legislativa, al crear el divorcio incausado o acausal.

F. CUBA

La legislación cubana, en su Código Civil¹⁰ incluye como causales de divorcio, las siguientes:

1. Por fallecimiento de cualquiera de los cónyuges;
2. Por la declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges;

¹⁰ http://books.google.com.mx/books?Código+civil+cubano&source=book_result&ct=result&resnum=Código%20civil%20cubano&f=false/ Código civil Cubano. Consultado el 23 de diciembre del 2010.

3. Por la nulidad del matrimonio declarada por sentencia firme;
4. Por divorcio judicialmente exteriorizado.

En Cuba, si el tribunal comprueba causas que hagan presumir que el matrimonio ha perdido sentido para los cónyuges los hijos, y con ello, para la sociedad, será declarado el divorcio. Esto es, si se aprecia objetivamente que el matrimonio haya dejado de ser o ya no pueda ser, en el futuro la unión de hombre y mujer, que de modo adecuado ejerzan derechos, cumplan obligaciones y logren los fines del matrimonio. Pareciera dar lugar a subjetivismos, pero seguramente el criterio del Juez y lo aportado por las partes, será fundamental en este sentido.

Efectos del divorcio¹¹.

1. la extinción del matrimonio existente entre los cónyuges, a partir del día en que la sentencia adquiere firmeza;
2. la separación de los bienes de los cónyuges, previa liquidación de la comunidad matrimonial de los bienes.
3. la extinción del derecho de sucesión entre los cónyuges.

G. ESPAÑA

Cualquier que fuere la forma de celebración del matrimonio, puede autorizarse la separación de cuerpos, en los siguientes supuestos:

¹¹ *Idem* Art. 55 Código Civil Cubano

El divorcio con causa versus “incausado” o acausal

73

1. A petición de ambos o de uno de los cónyuges, con el consentimiento del otro, transcurridos tres meses a partir de la celebración del matrimonio.
2. A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo, si se acredita la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos.¹² El artículo 83 del Código Civil Español establece que la sentencia de separación producirá la suspensión de la vida en común de los casados, cesando la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge, en el ejercicio de la potestad doméstica.¹³

El artículo 85 de la legislación española establece, independientemente de la forma y tiempo de la celebración del matrimonio, las siguientes causas para disolverlo:

1. La muerte o declaración de fallecimiento de cualquiera de los cónyuges.
2. Por el divorcio. En este caso, se requiere una sentencia que

así lo declare y por lo tanto la disolución producirá efectos, a partir de su firmeza.

H. ITALIA

La legislación italiana trata la disolución del matrimonio en su Código Civil¹⁴, concretamente el artículo 149, establece como causales:

1. La muerte de uno de los cónyuges, así como la presunción de la misma
2. Los casos previstos en ley (existe oscuridad en esta disposición)

Dichos supuestos establece el código, también serán válidos para los efectos civiles de matrimonio religioso.

Como se puede observar la segunda hipótesis, es ambigua, al no prever causales de divorcio ni establecer los casos consignados en la ley.

El artículo 65 del Código en comento, establece que al declararse en sentencia la presunción de muerte de alguno de los cónyuges, el otro queda en aptitud para contraer nuevas nupcias, pudiendo anularse, si el declarado muerto no lo está, según lo dispuesto en el artículo 68 del mismo ordenamiento.

¹² Simo Santonja, Vicente Luis. Divorcio y Separación. Derecho comparado y conflictual Europeo. Madrid: Tecnos 1973. Página 233

¹³ <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T4.htm>. Consultado el 21 de diciembre del 2010.

¹⁴ Cattaneo, Vincenzo. Código Civil Italiano. Dublan, Italia. 1876. (versión actualizada y puesta al día)

La reconciliación produce el efecto de que se renuncie a la demanda de separación presentada.¹⁵

El juez que pronuncie la separación de los cónyuges determinará lo relativo a los niños, respecto a sus intereses morales y materiales.

En particular, el tribunal deberá determinar el alcance y la forma en que el otro cónyuge debe contribuir a la manutención, educación y crianza de los niños, así como la forma de ejercer sus derechos en el trato con ellos.

El tribunal también establecerá disposiciones sobre la administración de los bienes de los niños, y asumiendo el ejercicio del poder debe ser conferido a ambos padres, la competencia para el disfrute del usufructo de la misma.

I. ESTADO DE LOUISIANA (ESTADOS UNIDOS)

Louisiana es dentro de la comunidad de los Estados Unidos de Norteamérica, la única entidad con codificación escrita, que no se basa en el *Common Law*. Regula como causales de divorcio, las siguientes: la muerte, la declaración de nulidad, el divorcio o la emisión de una orden judicial que autorice al cónyuge de alguien presuntamente muerto, para volver a casarse, según lo dispuesto por la ley. Es en el artículo 103 del Código Civil del

Estado de Louisiana¹⁶ donde se establece que para ejercitar esta acción, se requiere:

1. Que los cónyuges hayan vivido separados de forma continua durante el período requerido, de conformidad con el artículo 103.1, o más a partir de la fecha de la presentación de la petición;
2. Cuando el otro cónyuge hubiere cometido adulterio, o
3. Cuando el otro cónyuge hubiere sido autor de un delito grave, siendo condenado a prisión y/o trabajos forzados.

J. PERÚ

El artículo 348 de la legislación civil del Perú, establece que el divorcio disuelve el vínculo de matrimonio. Podrá ejercerse la acción, transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional, de cuerpos o de hecho. Lo hará cualquier de los cónyuges, sin necesidad de establecer una nueva causa, que la esgrimida en el anterior procedimiento. Igual derecho asiste al cónyuge inocente de la separación, por causal específica.¹⁷

¹⁶ Código Civil de Louisiana en <http://www.legis.state.la.us/lss/lss.asp?doc=108533> Acceso el 21 de diciembre del 2010.

¹⁷ Artículo 350 del Código Civil de Perú, en <http://www.docstoc.com/docs/10428797/CÓDIGO-CIVIL-PERUANO> Consultado el 22 de diciembre del 2010.

¹⁵ Artículo 154 del código civil italiano. http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Lib1.htm Consultado el 21 de diciembre del 2010.

El divorcio con causa versus “incausado” o acausal

75

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges, si el otro carece de bienes propios o de ganancias suficientes o estuviere imposibilitado para trabajar o satisfacer sus necesidades por otro medio, el juez le asignara una pensión alimenticia, no mayor de la tercera parte de la renta de aquel que si los tuviera. Igualmente, el ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente.

Una aportación importante, en la protección económica radica en que si uno de los cónyuges requiere alimentos, debe ser socorrido por su ex-cónyuge, aun cuando hubiere dado motivos para el divorcio.

K. PUERTO RICO

En el Estado Asociado de Puerto Rico, (a los Estados Unidos de Norteamérica), el matrimonio puede disolverse:

- a) Por la muerte del marido o de la mujer.
- b) Por el divorcio legalmente obtenido.
- c) Por declaración de nulidad.

Las causas del divorcio se encuentran plasmadas en el artículo 96 del Código civil del citado país, y son:

1. El adulterio cometido por cualquiera de los cónyuges.
2. La privación de libertad, por delito grave cometido por algún cónyuge.

3. La embriaguez habitual o el uso de sustancias tóxicas.
4. El trato cruel o las injurias graves.
5. El abandono de alguno de los cónyuges por mas de un año.
6. La impotencia absoluta perpetua, sobrevenida después del matrimonio.
7. La conducta de cualquiera de los cónyuges para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y/o consentir en ello.
8. La propuesta del marido para prostituir a su mujer.
9. La separación de ambos cónyuges por un período ininterrumpido de más de dos años. Probado satisfactoriamente este supuesto de separación, al dictarse sentencia no se considerará a ninguno de los cónyuges inocente ni culpable.
10. La locura incurable de cualquiera de los cónyuges sobrevenida después del matrimonio.

Son efectos del divorcio, los siguientes:

1. La ruptura del vínculo matrimonial, así como la separación de propiedad y bienes entre los cónyuges.
2. En todos los casos de divorcio, los hijos menores serán puestos bajo el cuidado y la patria potestad del cónyuge que a discreción del Tribunal considerando los mejores intereses y bienestar del menor, pero el otro cónyuge tendrá derecho a continuar las relaciones de familia con sus hijos, en la manera y extensión que acuerde el Tribu-

nal al dictar sentencia de divorcio, según los casos.¹⁸

Es importante, aunque peligrosa la facultad discrecional del Tribunal, para determinar la situación de los hijos, para después del divorcio, aun cuando puede inferirse que se tendrá como norma fundamental el interés superior del menor.

L. QUEBEC

En la legislación Civil de Quebec se prevé la disolución del vínculo matrimonial¹⁹.

1. Cuando los cónyuges o de cualquiera de ellos aporten pruebas en el que se demuestren los hechos que hacen difícil mantener la vida en común;
2. Cuando en el momento de la solicitud, los cónyuges viven separados el uno del otro;
3. Cuando uno de los cónyuges ha incumplido gravemente alguno de los deberes del matrimonio, sin que el cónyuge no pueda invocar su propia omisión.

Por su parte el art.495 del Código Civil de Québec establece que si los cónyuges, presentan ante el tribu-

nal, para su aprobación, el acuerdo de separación, podrán omitir la causa. Si a juicio del Juez, el acuerdo preservara los intereses de las partes y de los niños, podrá otorgar la separación.

En cambio, la disolución del matrimonio, podrá solicitarse únicamente por muerte o por el divorcio.

Los efectos del divorcio se encuentran en los artículos 518 a 520 del mencionado ordenamiento, en los siguientes términos:

1. Implica la disolución del régimen de bienes, y esta tendrá efectos a partir de la fecha de solicitud, excepto si el juez decide darle vigencia, cuando los cónyuges dejen de vivir juntos.
2. Implica la cesación de las donaciones *mortis causa* hechas por un cónyuge al otro, en consideración al matrimonio.
3. No invalida las donaciones *mortis causa* o *inter vivos* hechas a los cónyuges, en base al matrimonio; sin embargo, el Juez podrá, extinguir, reducir las donaciones o diferir el pago de estas, por el tiempo que estime oportuno.
4. Respecto a los hijos se establece la prioridad de fijar reglas sobre los deberes de alimentación y educación de ellos.

IV. CONCLUSIONES

1. Las legislaciones de los países extranjeros, casi por regla general, establecen como precedente a la disolución del vínculo matrimo-

¹⁸ Artículos 105 y 107 del Código Civil de Puerto Rico, en <http://www.scribd.com/doc/12853113/Código-Civil-de-Puerto-Rico> Consultado el 23 de diciembre del 2010.

¹⁹ Code Civil du Québec, en <http://www.canlii.org/fr/qc/legis/lois/lq-1991-c-64/derniere/lq-1991-c-64.html>

El divorcio con causa versus “incausado” o acausal

77

- nial, la figura de la separación de cuerpos, a excepción del caso de Chile que la causa de terminación del matrimonio se da solo por la muerte de uno de los cónyuges, sin existir la posibilidad del divorcio vincular.
2. En cuanto a la extinción del vínculo matrimonial todas las legislaciones encuentran en común como causa de esta a la muerte, y a excepción de la legislación chilena se establecen en las demás legislaciones como otras causas de extinción la presunción de muerte de cualquiera de los cónyuges, la separación de los cónyuges por mas de un año, y el divorcio. El efecto común de estas causas es que deja en aptitud al cónyuge supérstite en su caso o al divorciado mas no así al separado de poder contraer nuevas nupcias.
 3. Dentro de todas estas legislaciones encontramos que los países mencionados colocan en esta hipótesis sobre las cuales son causa para hacer efectiva la tramitación del divorcio y de la separación, en la mayoría de estas legislaciones encontramos que las mismas causas pueden servir tanto para solicitar el divorcio así como, para la tramitación de la separación.
 4. Como puede apreciarse, el hecho de existir causales, da la pauta para establecer las obligaciones que perduran a pesar de la disolución del vínculo, verbigracia lo relativo a la formación, alimentación y encauzamiento de los hijos, así como las cuestiones del orden patrimonial, como serian las donaciones, lo relativo a bienes adquiridos durante el matrimonio y la disolución de dicho régimen.
 5. Con lo anterior, reiteramos nuestra inconformidad con la legislación de la ciudad-capital mexicana, en el sentido de inquirir las razones o las causas para solicitar el divorcio, pues se deja a las partes en estado de indefensión, de no existir acuerdo mutuo sobre esos efectos. Dicho consenso es imposible de cristalizar, si una de las partes, individual y unilateralmente, manifiesta su deseo de divorciarse, y lo plasma en una solicitud. La reacción natural será de rechazo a cualquier posibilidad de consenso o acuerdo. Por ello, nuestra tesis en este trabajo, consiste en cuestionar al legislador capitalino sobre las razones que tuvo para romper la sistemática adecuada que en materia de divorcio, tenia nuestra legislación, a partir de 1914 con la Ley del Divorcio Vincular, y que se ve quebrantada con las reformas del octubre del 2008, al dejar en la vida incidental, el manejo de cuestiones coyunturales en el divorcio, como son los alimentos, la situación de menores, convivencias, guarda y custodia, así como las cuestiones de carácter patrimonial del matrimonio.

V. BIBLIOGRAFÍA

CATTANEO, Vincenzo. Código Civil Italiano. Dublan. 1876

- GRECO, Roberto Ernesto y Vélez Sarsfield Dalmacio. Código civil de la Republica Argentina y Legislación complementaria. Buenos Aires, Argentina. 1993.
- MELON INFANTE, Carlos. Código Civil Alemán. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1955
- SILVA SEMANQUE. Código Civil de Puerto Rico. 2ª Edición. Mayagüez, Puerto Rico. Barco de Papel. 1998.
- SIMO SANTONJA, Vicente Luis. Divorcio y Separación. Derecho comparado y conflictual europeo. Madrid. Tecnos. 1973.
- <http://www.encolombia.com/derecho/C%C3%B3digoCivilColombiano/CodCivilLibro1-T6y7.htm> Código Civil de Colombia. 5.
<http://books.google.com.mx/books?&q=civil+cubano&source=book&it&ct=result&resnum=Código%20civil%20cubano&f=false> Código Civil Cubano
- <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T4.htm> Código Civil Espanol.
- http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib1.htm Código Civil Italiano.
- <http://www.legis.state.la.us/lss/lss.asp?doc=108533> Código Civil de Louisiana.

VI. FUENTES ELECTRONICAS

- http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/Códigos/Código_civil/CC_art0201a0239.htm Código Civil de Argentina, en
- <http://www.scribd.com/doc/12853113/Código-Civil-de-Puerto-Rico> Código Civil de Puerto Rico.
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Código Civil de Brasil.
- <http://www.canlii.org/fr/qc/legis/lois/lq-1991-c-64/derniere/lq-1991-c-64.html> Code Civil du Québec.
- http://www.chilein.com/c_civil4.htm. Código Civil de Chile

La propuesta de reforma política del Ejecutivo Federal sobre iniciativa de leyes

Edmundo Elías Musi*

SUMARIO: Introducción. I.- La propuesta de reforma política del Ejecutivo Federal. II.- La división de poderes. III.- La iniciativa de leyes de la Suprema Corte. IV. El referéndum para reformas constitucionales preferentes enviadas por el Ejecutivo Federal. VI.- La iniciativa ciudadana. V.- La iniciativa de carácter preferente. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Es de hacer notar que las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales en que vivimos actualmente, son totalmente diferentes a las que tuvimos hasta hace pocos años; sin embargo, a pesar de esas nuevas condiciones, se ha omitido un estudio, una teoría sobre la preservación de la Constitución en si misma considerada, su tutela directa o inmediata, ya que no existe el medio y quien salvaguardará a la Norma de Normas respecto de reformas y adiciones contrarias a

la misma; las cuales en muchas de las ocasiones surgen al calor de las campañas políticas de los que a la postre ejercerán el poder y que se refieren a cuestiones, programas, que no deben elevarse a rango constitucional, y que una vez terminado su mandato, su sexenio aquellos son echados por la borda, o bien son letra muerta en la Constitución; más grave aún, cuando las enmiendas aludidas atacan partes esenciales de la Constitución, alterando su esencia misma, verbigracia vulnerando los derechos públicos subjetivos de los gobernados, cuando a su parte dogmática se le han adicionado situaciones que no son decisiones fundamentales de la Nación, sino meros programas de gobierno para justificar al grupo en el poder; o cuando se

* Director del Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

efectúan reformas sin ajustarse a lo dispuesto por el artículo 135 constitucional; pero lo más preocupante es que en los últimos años, el poder político a sabiendas de que no existe un control de la constitucionalidad en el procedimiento de reformas a la Constitución, para que no sea cuestionado su actuar, de manera arbitraria e indiscriminada efectúa reformas a la Carta Fundamental, afectando en la mayoría de los casos, decisiones político fundamentales que atentan el propio texto constitucional, su esencia misma, plasmadas por el Constituyente originario en la Constitución de 1917, decisiones fundamentales que de acuerdo a la teoría constitucional, quedan fuera, excluidas del procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución, entre otras, los derechos fundamentales del hombre, las llamadas garantías individuales y sociales; la declaración de que el pueblo mexicano es el titular de la soberanía nacional en su artículo 39; la adopción de un sistema republicano, representativo, democrático y federal en el numeral 40; la división de poderes en el artículo 49, en la que se delimita la organización, atribuciones y funcionamiento de los poderes públicos constituidos, el Legislativo y su acto típico la ley, la que aprueba y expide siguiendo el procedimiento de los artículos 71 y 72; del Ejecutivo y su facultad propia y exclusiva de expedir reglamentos de acuerdo al artículo 89 fracción I; por lo que en torno a la reforma constitucional en materia política propuesta por el Ejecutivo Federal, es conveniente plantearse varias preguntas, entre otras, la propuesta de

mérito ¿no destruiría, restringiría esas decisiones político fundamentales del Constituyente originario? ¿es necesaria la reforma política que propone el Presidente de la República, o es un subterfugio para favorecer al partido en el poder?, o bien, tiene el propósito de debilitar a uno de los poderes, al Legislativo por parte del Ejecutivo, para asentar su hegemonía, ya que en los últimos años el Legislativo ha acotado al Ejecutivo; debido a ello es que quizás este a través de su iniciativa de reforma pretende lograr el debilitamiento de aquel poder, acentuando el régimen presidencial en el país, el cual no ha perdido su hegemonía, ha sido preponderante sobre los demás poderes.

Asimismo, con la reforma en cuestión, puede darse margen a suspicacias, entre ellas, que el Ejecutivo y los partidos políticos la promuevan no para el beneficio, ni para una mayor participación del pueblo mexicano en la cuestión política, sino para la sucesión presidencial que les permita permanecer o llegar al poder; respectivamente, por lo que estimamos que no es el momento para realizar la reforma política que propone el Ejecutivo, entre otros motivos, debido a la crisis de estructura que vive el país, en donde se requiere atender la grave inseguridad, la falta de empleos, de educación, de acceso a la salud pública, sectores que a nuestro juicio tienen prioridad.

Por otra parte, se requiere la madurez política, educativa, cultural y social de los ciudadanos, de la población, para que tenga éxito la reforma que se pretende, madurez que en la actua-

La propuesta de reforma política del Ejecutivo Federal...

81

lidad no se tiene, debe darse en otro momento, porque será contraproducente e irá al rotundo fracaso.

De igual manera, no debe darse la reforma en cuestión, de cara a la sucesión presidencial, a la elección de 2012, porque lejos de lograr la democracia, del gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, una mayor injerencia de los ciudadanos en las decisiones políticas, en las decisiones de Estado, en el fondo lo que se persigue es que tanto el partido que detenta el poder, como los partidos y grupos políticos a través de reformas como la que nos ocupa, se vean favorecidos en sus propios intereses, al acceder a la Presidencia de la República, y el partido que la detenta lo que quiere a través de la propuesta de reforma citada es no perder ésta y seguir en el poder.

Por último, cabe preguntar si en momentos como los que vive la Nación, ante una grave recesión económica, ante falta de satisfactores económicos apremiantes para la población, ¿será conveniente gastar en los procesos político electorales para acceder al poder, implementando reformas constitucionales y legales en materia política, con los grandes gastos económicos que conlleva?; o ¿encauzar esos esfuerzos y gastos en los mecanismos de fiscalización y transparencia, de control del ejercicio del poder, de aquellos que lo ejercerán una vez que han sido electos?.

I.- LA PROPUESTA DE REFORMA POLÍTICA DEL EJECUTIVO FEDERAL

Con fecha 15 de diciembre de dos mil nueve, el Presidente de nuestro país, Felipe Calderón Hinojosa presentó a la Cámara de Senadores una iniciativa de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la que se denominó "Reforma Política".

En esta iniciativa, el Ejecutivo Federal propone diez puntos, los cuales se resumen de la manera siguiente:

- 1 y 2.- Reelección consecutiva de legisladores federales y locales, y elección consecutiva de miembros de ayuntamientos y titulares de los órganos político-administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal.
- 3 y 4. Reducción de los miembros del Congreso de la Unión e incrementar el porcentaje de votación para que los partidos políticos conserven su registro.
- 5.- Que las personas puedan presentar iniciativas de ley o iniciativa popular.
- 6.- Candidaturas independientes.
- 7.- Segunda vuelta para la elección del Presidente.
- 8.- Facultad de iniciativa de la Suprema Corte.
- 9.- Facultad del Presidente de presentar al Congreso iniciativas preferentes.

10.- Facultad del Ejecutivo de hacer observaciones a proyectos aprobados por el Congreso de la Unión.

No obstante lo anterior, por la brevedad de esta monografía sólo nos ocuparemos de la propuesta de reforma constitucional en torno a la iniciativa legislativa; destacando los siguientes puntos: la facultad de la Suprema Corte de iniciativa de ley, el referéndum en el procedimiento de reformas a la Constitución, enviadas por el Ejecutivo Federal, la iniciativa ciudadana y las iniciativas de ley del Presidente de la República con carácter preferente.

II.- DIVISIÓN DE PODERES

Para estar en aptitud de abordar la propuesta de reformas a la Constitución respecto de la iniciativa de leyes del Presidente, es menester aludir a la teoría de separación de poderes tiene su aparición real en las constituciones liberales, influenciadas por la revolución francesa de 1789; aunque es de hacer mención que ya desde la antigüedad fue advertida por Aristóteles, Polibio, Cicerón y otros; durante la edad media, en nuestra opinión, no se dio esta separación orgánica, inclusive escritores de esa época, destacando Maquiavelo, justifican el poder absoluto de un solo individuo, lo que impide naturalmente la división aludida; cabe indicar que esta teoría de la separación de poderes, alcanza relevancia con el inglés John Locke que hace la

separación única y exclusivamente de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Es con Montesquieu cuando esta teoría alcanza su plena vigencia, y en nuestra opinión, no se trata de una "división del poder", más bien se trata de una colaboración, o en su caso de la distribución de funciones para el ejercicio del poder; esta doctrina tuvo su origen histórico político, dándose su aparición en vísperas de la gran revolución democrática, en una época en que el pueblo comenzaba a atacar el poder ilimitado del monarca, y los súbditos reclamaban una participación más intensa en la legislación¹; sin embargo, como opina Kelsen (opinión que acogemos) había que dividir el poder del Estado -que constituye una unidad esencial- con el fin de que el monarca ejerciera por lo menos una parte del mismo, con la mayor limitación posible y constituyendo de este modo el contrapeso de los demás poderes². Esta situación, en nuestro concepto desde sus orígenes la previó Montesquieu, su pensamiento nunca fue el de que los poderes deberían de estar plenamente separados, ya que la idea era, evitar que el ejercicio de la protestad del estado dependiera de la voluntad de un solo hombre o de una sola asamblea; lo que no pudo prever Montesquieu, fue lo que anotó Kelsen, es decir, que en la actualidad un solo hombre, ya no el monarca, sino

¹ Silva Ramírez, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, p. 13.

² Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 200, 201.

La propuesta de reforma política del Ejecutivo Federal...

83

el Titular del Estado (ejecutivo federal en regímenes presidencialistas), ejerce ilimitadamente el ejercicio de dicho poder, precisamente, mediante la función ejecutiva o administrativa, que ha visto ampliada su actividad realizando atribuciones que formalmente corresponderían a las funciones Legislativa y Judicial.

Para Hauriou, refiriéndose a la división de poderes, el pensamiento de Montesquieu ha sido interpretado erróneamente, incurriéndose en vicios en la organización constitucional; de tal forma, que muchos estudiosos buscando la salida más fácil han negado la existencia o utilidad del principio de la separación de poderes; otros, han confundido los poderes públicos, ya con las funciones, ya con los órganos, y han tratado de sustituir la separación de poderes, por la de las funciones de los órganos; así, estima que Montesquieu entendió el principio de la separación de poderes en un sentido flexible, que entraña la colaboración de los mismos poderes, en el cumplimiento de las mismas funciones; sin embargo, expresa que existe un contrasentido que en los Estados Unidos de América, se haya dado al principio de la separación un significado rígido, adaptando a cada poder una función, con la única facultad de limitar o moderar a los demás poderes en ciertas ocasiones, pero excluyendo toda colaboración entre ellos; -agregando respecto la concepción flexible de la separación de poderes- que mediante ella, se realiza un sistema ligado y equilibrado de poderes, cuyo juego constituye para el gobierno del Estado, una vida

anterior, permanente y continuada, al mismo tiempo que una garantía de libertad; no obstante, reconoce que entre el equilibrio del Poder Ejecutivo y el Legislativo unas veces ha dominado el primero y otras el segundo. Asimismo, el profesor francés alude a la distinción de los poderes públicos y de los órganos gubernamentales, siendo en sí mismos los poderes públicos voluntades gubernamentales, que necesariamente han de estar servidos por órganos encargados de elaborar o de ejecutar estas voluntades. Existen estrechas relaciones entre los poderes públicos y sus órganos, y sin embargo, no se debe confundir unos con otros, porque en varios casos la voluntad del poder público es una síntesis de la pluralidad de órganos para un mismo poder público. De este modo, el llamado Poder Legislativo tiene por órganos dos cámaras, cada una de las cuales manifiesta por separado su voluntad sobre los proyectos de ley, y una ley no puede ser votada sin el procedimiento que exige que la voluntad de una de las cámaras se sume a la voluntad compuesta del Poder Legislativo. Por último, el citado profesor, manifiesta, que en su tiempo (refiere al de Montesquieu), estos tres poderes eran realmente competencia de la voluntad política y jugaban de hecho, los tres, un papel político. El Poder Ejecutivo y el Legislativo hacían el dúo en Inglaterra; en cuanto al poder Judicial, era en Francia especialmente donde desempeñaba un poder político por la resistencia que los parlamentos judiciales habían comenzado a oponer al registro de los edictos reales, lo mis-

mo que al desenvolvimiento de la centralización administrativa; -asegurando más adelante- el poder judicial se ha separado de la política, reduciéndose a lo contencioso, de este modo se ha visto como pasaba el poder judicial a segundo plano, en la doctrina francesa de la separación de poderes³.

Por nuestra parte, no concordamos con el punto de vista en su parte final, de tan respetable opinión, ya que no es verdad que el poder judicial carezca del atributo de poder político, para reducirlo a un ámbito meramente contencioso; en nuestro concepto el error estriba en confundir las actividades desempeñadas por los órganos que constituyen los poderes políticos, con los atributos que caracterizan a estos últimos ya que la voluntad del Estado es única, como aduce Fischbach, el poder del Estado debe ser, como la voluntad subjetiva de la persona aislada, uno e indivisible, con la pérdida de la unidad de voluntad se pierde también el carácter de ésta; una división de poder del Estado entre diversos elementos componentes de su voluntad es, por tanto jurídicamente imposible. Por consiguiente, en el Estado unitario y en el federal no está dividido el poder del Estado mismo, sino que meramente se practica una delimitación de las zonas de actividad que competen a cada uno de los dos sujetos estatales⁴. De tal suerte, que esa voluntad se ejer-

ce mediante tres grandes funciones, investidas de ciertos requisitos para que puedan cumplir con su cometido y es precisamente, el carácter político, el que les permite llevar a cabo su actividad en forma imperativa, que se impone sobre aquellos grupos u organismos que se encuentran en el seno del Estado, pero esa voluntad se exterioriza mediante órganos, de acuerdo a la competencia que les asigna la ley; en nuestro país el fundamento de la división de funciones, para el ejercicio del poder del Estado, lo tenemos en la Constitución en su artículo 49, que expresa:

“Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo...”⁵.

De lo anterior, se desprende fácilmente que las funciones mediante las cuales se ejercita el poder del Estado están concebidas en un plano de igualdad político jurídico por nuestra Norma Fundamental; por lo que no es dable considerar que algunas de dichas funciones al expresar y exteriorizar la voluntad del Estado pierdan sus atributos, como es el de carácter político de que están investidos, y menos aún el de caer en el error de considerar en forma idéntica la actividad que despliegan los órganos que forman parte o

³ Haoriou, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Editorial Reus, Madrid, pp. 375, 376, 378, 380, 381, 382.

⁴ Fischbach, O. G., *Teoría General del Estado*, 3a edición, Editorial Nacional, pp. 141, 142.

⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La propuesta de reforma política del Ejecutivo Federal...

85

están encargados de llevar a cabo la función que les compete; así el Poder Judicial Federal mediante sus órganos: Suprema Corte, Tribunales Colegiados, Tribunales Unitarios de Circuito y Jueces de Distrito, desempeñarán la defensa de la constitución mediante el juicio de amparo protegiendo garantías individuales, asimismo, declarará, el derecho para resolver un conflicto de intereses en que la Federación sea parte, y establece la primacía de la Constitución en aquellas hipótesis de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional sin que sea válido por esto, asegurar que la función judicial se circunscriba única y exclusivamente a un aspecto contencioso, relevándola de su atributo político, toda vez que en ambos ejemplos se está dando la manifestación de la potestad de la voluntad del Estado, precisamente para lograr el orden y la organización dentro de su ámbito espacial de validez; tanto más cuando que el poder del Estado es político, porque en él participan y forman parte del mismo los hombres, y el hombre es un ser político por naturaleza; en tal sentido el orden y organización, como finalidad teleológica del poder del Estado, encuentra su realización en las tres funciones típicas del mismo, de crear, ejecutar y decidir la ley aplicable al caso concreto; si desconociéramos ese atributo esencial que caracteriza las tres funciones fundamentales del Estado (legislativa, ejecutiva y judicial) nos llevaría al absurdo de considerar a dichas funciones única y exclusivamente en el ámbito de lo jurídico, el cual se justificaría siempre y cuando

nos apegáramos a la teoría expuesta al respecto por Kelsen, de concebir al estado como una multitud de hombres, que están situados en una parte rigurosamente delimitada de la superficie terrestre, bajo un poder organizado, esto es, ordenado, y por cierto, ordenado jurídicamente... El Estado no es un hombre, o muchos hombres que están bajo un poder ordenado, es un orden, bajo cuyo poder están los hombres. Y este poder no es otra cosa sino la vigencia de este orden, que es un ordenamiento jurídico⁶.

Se podría pensar que la naturaleza de cada función (ejecutiva, legislativa y judicial) se determinaría tratando de encontrar las diferencias entre dichas funciones; así suele afirmarse, que la justicia tuviera por objeto la realización del orden jurídico, mientras que la administración consistiría en una función bien distinta, la que sea, aunque la generalidad suela hablar de la realización de los intereses públicos, pero esto está desprovisto de todo fundamento, toda vez, que la justicia, al realizar el orden jurídico, sirve a los intereses públicos, y la realización de los intereses por parte de la administración, no excluye que ello se lleve a cabo por medio del orden jurídico. Por lo tanto, no nos queda como nota diferencial, meramente sutil, que nos permita una separación neta de las dos regiones del órgano, su relación con órganos del mismo complejo orgánico. Podemos anticipar: en la justicia domina absoluta coordinación de órganos; en la administración, junto

⁶ Kelsen, Hans, *Ob. Cit.* pp. 133, 134.

a la coordinación existe subordinación. La organización de justicia es un complejo orgánico que se caracteriza por la coordinación; la organización administrativa, una jerarquía orgánica que se señala por la subordinación. Esa diferencia en la situación jurídica respectiva del juez y del orden administrativo queda expresada con la fórmula consabida de que el juez es independiente, mientras que el orden administrativo no lo es. La independencia judicial ha desempeñado mayor papel en la política, que en la jurisprudencia. Aceptado como requisito del derecho natural liberal, en todas las constituciones modernas, la independencia judicial, al igual de otros contenidos constitucionales tradicionales, se ha convertido en una institución de papel a la que se ha dedicado más consideración académica que atención profunda. Sin embargo, el problema de la independencia judicial y de la dependencia de las autoridades administrativas constituye el punto inguinal para la comprensión del dualismo entre justicia y administración... -llegándose a la definición de que- la administración es aquella actividad del Estado que no es legislación, ni justicia⁷. Cabe hacer la aclaración de que esta sencilla fórmula la señala Merkl para poder aclarar los conceptos fundamentales de la teoría administrativa.

Todo lo anterior nos conlleva a enunciar someramente, las funciones del Estado (más bien las actividades

de los órganos componentes de las funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial) que según Fraga, aludido por Porfirio Marquet, son desde dos puntos de vista:

- A) Desde el punto de vista del órgano que las realiza; es decir, adoptando un criterio formal, subjetivo y orgánico, que prescinde de la naturaleza intrínseca de la actividad, las funciones son formalmente legislativas, administrativas o judiciales, según que estén atribuidas al Poder Legislativo, al Ejecutivo, al Judicial, y,
- B) Desde el punto de vista de la naturaleza intrínseca de la función; es decir, partiendo de un criterio objetivo, que prescinde del órgano al cual están atribuidas, las funciones son materialmente legislativas, administrativas o judiciales, según tengan los caracteres que la teoría jurídica ha llegado a atribuir a cada uno de esos grupos. -Agregando siendo lo general la coincidencia, la excepción debe estar previamente en la Constitución⁸.

III.- FACULTAD DE INICIATIVA DE LA SUPREMA CORTE

En la iniciativa de reforma del Presidente, en relación a este tema, se adiciona el artículo 71, fracción IV, para quedar de la siguiente manera:

⁷ Merkl, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*. Editorial Nacional. pp. 36, 37, 52, 54.

⁸ Marquet Guerrero, Porfirio, *La Estructura Constitucional del Estado Mexicano*. Editorial UNAM.

La propuesta de reforma política del Ejecutivo Federal...

87

"Artículo 71.- ...

I a III.- ...

IV. A la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siempre que la iniciativa hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de sus miembros, respecto de las siguientes leyes:

- a) Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación;
- b) Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución; y
- c) Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de esta Constitución.

...."

En torno a este punto, es de hacer mención que en las Constituciones de algunas entidades federativas, al Poder Judicial local, a sus Tribunales Superiores de Justicia se les ha otorgado la iniciativa de leyes, entre otros, a Yucatán⁹, Tlaxcala¹⁰; inclusive, desde hace algunos años existen en el Congreso de la Unión dictámenes en que están consagrando dicha facultad a favor de la Suprema Corte, solamente en cuestiones que conciernen a este Alto Tribunal; sin embargo, las nuevas condiciones políticas, sociales, económicas y jurídicas no permiten semejante propuesta; por lo que estimamos que la reforma en tal sentido

⁹ "Artículo 35.- El derecho de iniciar Leyes o Decretos, compete: I a II.- ...

III.- Al Tribunal Superior de Justicia en los asuntos de su Ramo; y

..."

¹⁰ "ARTÍCULO 46.- La facultad de iniciar Leyes, Decretos, corresponde:

I a II...

iría en contra de la división de funciones consagrada en el artículo 49 constitucional, en donde el Constituyente originario, como decisión fundamental delimitó la organización, atribuciones y funcionamiento de cada uno de los poderes públicos constituidos evitando así que un solo individuo ejerciera el poder absoluto en detrimento del orden constitucional y de los gobernados; además, la Corte sería juez y parte, ya que a la vez estaría creando e invalidando normas a través de la iniciativa de ley, controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y el juicio de amparo, respectivamente, lo que es inadmisibles en un Estado constitucional democrático.

Por lo que no estamos de acuerdo con la reforma que se propone a favor de la Suprema Corte para tal efecto; sería más conveniente que se le otorgue la facultad reglamentaria y no aquella de iniciativa de leyes; ya que en México dicha facultad no resultaría benéfica para la estructura, organización y funcionamiento del más Alto Tribunal, en virtud de que se entorpecería su papel de impartir justicia constitucional porque sus iniciativas de leyes tendientes a su óptimo funcionamiento, en tratándose de su actividad administrativa, verigracia la de lograr una adecuada distribución y mayor prontitud en el despacho de los asuntos para una mejor y recta impartición de justicia, se frenaría por el retardo en la aprobación, inclusive el rechazo de

III.- Al Tribunal Superior de Justicia, en asuntos del ramo.

..."

su iniciativa de ley; o al quedar sujeta al procedimiento legislativo esencialmente establecido en los artículos 71 y 72 constitucionales, dependiendo de los consensos, vaivenes, cabildos, intereses, composición política, de las fracciones parlamentarias en las Cámaras del Congreso General; máxime, que esta facultad reglamentaria que se propone es acorde con la función materialmente administrativa efectuada por la Corte para una mejor eficacia en el despacho de los asuntos, está de acuerdo con la teoría y la doctrina constitucional y administrativa, que son unánimes en establecer que mediante dicha atribución se provee en la esfera administrativa para la mejor observancia y aplicación de la ley, ya que a través de aquella se regularía, desmenuzaría la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación para su debida observancia y aplicación, inclusive se evitaría así que la Corte se siga arrogando atribuciones legislativas con la facultad que actualmente tiene de emitir acuerdos generales; además, no quedaría supeditado el buen funcionamiento de la Corte a la aprobación y expedición de las leyes cuyos proyectos e iniciativas hubiese enviado al Congreso para el buen despacho de los asuntos, la impartición de una justicia constitucional ágil, por los intereses y vaivenes políticos en dicho Congreso¹¹; un ejemplo de éxito y eficacia de esta atribución lo encontramos en el Tribunal Constitucional Español al que se le ha conferido en

su Ley Orgánica la facultad reglamentaria, como se desprende de la lectura del artículo segundo punto dos, que a continuación se transcribe:

“Artículo Segundo.

Uno. ...

Dos. El Tribunal Constitucional podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente Ley. Estos reglamentos, que deberán ser aprobados por el Tribunal en Pleno, se publicarán en el ‘Boletín Oficial del Estado’, autorizados por su Presidente.”

IV.- EL REFERÉNDUM PARA REFORMAS CONSTITUCIONALES PREFERENTES ENVIADAS POR EL EJECUTIVO FEDERAL

En relación a este punto, la propuesta del Presidente de la República, es la siguiente:

“Artículo 35.- ...

I.- Votar en las elecciones populares y en los procesos de referéndum;
...”

“Artículo 36.-...

I.-...

II.-...

III.- Votar en las elecciones populares y en los procesos de referéndum en los términos que señalen esta Constitución y la ley;
...”

¹¹ Silva Ramírez, Luciano, *Ob. cit.*, pp. 135 y 136.

La propuesta de reforma política del Ejecutivo Federal...

89

"Artículo 41.-...

I a V.-...

VI.-...

...

El Instituto Federal Electoral tendrá a su cargo...; la organización del proceso de referéndum el cómputo de su votación y la emisión de la declaratoria de validez de su resultado;...

..."

"Artículo 71. ...

I a V.-...

...

El Presidente de la República podrá presentar hasta dos iniciativas de ley o decreto con carácter preferente al inicio de cada primer periodo ordinario de sesiones. Dichas iniciativas deberán ser dictaminadas en Comisión y votadas por el Pleno de ambas Cámaras antes de que concluya dicho periodo. De lo contrario, éstas se considerarán aprobadas en los términos en los que fueron presentadas por el Ejecutivo Federal; con excepción de aquellas que tengan por objeto reformar o adicionar esta Constitución, caso en el cual se podrá convocar a referéndum, de conformidad con lo previsto en el artículo 135, Apartado B, de esta Constitución".

"Artículo 135.-...

Apartado A.-...

Apartado B.- En el caso de las iniciativas de reforma constitucional enviadas por el Ejecutivo Federal con carácter preferente, el procedimiento de referéndum dispuesto por el artículo 71 de esta Constitución, se sujetarán a las siguientes bases:

- a) Podrán ser sometidas a referéndum las iniciativas preferentes cuando no sean dictaminadas, y votadas en ambas Cámaras antes de que concluya el periodo de sesiones correspondiente, y siempre y cuando no se trate de materia electoral, fiscal, presupuestaria, de seguridad nacional y de organización, funcionamiento y disciplina de la fuerza armada permanente;
- b) La convocatoria será hecha por el Instituto Federal Electoral previa solicitud que haga el Presidente de la República dentro de los diez días hábiles posteriores a la conclusión del periodo correspondiente;
- c) La votación se llevará a cabo el primer domingo del mes de julio del año correspondiente;
- d) Se reputarán aprobadas las iniciativas que cuenten con las dos terceras partes de los votos válidos emitidos a favor a nivel nacional en el referéndum y con más de la mitad de los votos válidos a favor en la mayoría de las entidades federativas;
- e) Para que los resultados del referéndum sean obligatorios es necesaria la participación del cincuenta por ciento de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral;
- f) El instituto Federal Electoral hará los cómputos de los votos y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones y reformas; y
- g) El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación conocerá de las impugnaciones que se presen-

ten respecto del procedimiento de referéndum en términos del artículo 99, fracción III de esta Constitución.”

La propuesta de adicionar un apartado B al artículo 135, introduciendo el referéndum en el procedimiento de reformas a la Constitución respecto de iniciativas del Ejecutivo Federal, destruiría el modo de ser del Estado, su estructura misma, la Constitución esencia, las decisiones político fundamentales plasmadas por el Constituyente originario en la Constitución, entre otras, la adopción de un régimen representativo, democrático y federal, la división de poderes o funciones, así como aquella de que solamente corresponde al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los Estados, acordar y aprobar respectivamente las reformas a la Constitución, etcétera; decisiones que de acuerdo a la teoría de la Constitución de Carl Schmitt quedan excluidas del procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución, aún con el subterfugio del Constituyente Permanente. Máxime, que no precisan que son o a que se refieren las iniciativas de reforma constitucional enviadas por el Ejecutivo Federal con el carácter preferente, para que sean sometidas a referéndum; inclusive, la expresión “preferente”, resulta vaga y subjetiva, dará margen a la incertidumbre e inseguridad jurídica.

Además, carece de técnica jurídica porque no expresa qué partes de la Constitución pueden ser reformadas y adicionadas, cómo se efectuaría esa reforma; ya que debió establecer estos puntos que son de vital impor-

tancia para no caer en la arbitrariedad y autoritarismo, que no se afecten decisiones político fundamentales del Constituyente originario, como acontecería en la especie, no siendo suficiente sólo adicionar un apartado B, como sugiere la propuesta de reforma; situaciones que se han contemplado en las Constituciones de diversos países evitando así la destrucción de la estructura política del propio Estado, así como la Constitución esencia, por ejemplo como acontece en la Constitución Federal de Alemania, la cual en su artículo 79 contempla tal cuestión, como se corrobora de la lectura de dicho numeral, al indicar:

“Artículo 79 [Reforma de la Ley Fundamental]

- (1) La Ley Fundamental sólo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto. En el caso de tratados internacionales que tengan por objeto un acuerdo de paz, la preparación de un acuerdo de paz o la abolición de un régimen de ocupación o que estén destinados a la defensa de la República Federal, será suficiente, para aclarar que las disposiciones de la presente Ley Fundamental no se oponen a la conclusión y a la entrada en vigor de tales tratados, incluir en el texto de la Ley Fundamental un agregado que se limite a dicha aclaración.
- (2) Una ley de este carácter requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del Bundestag y de dos tercios de los votos del Bundesrat.
- (3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental

La propuesta de reforma política del Ejecutivo Federal...

91

que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1¹² y 20¹³.”

Como se observa, la Constitución aludida, señala que no está permitida la modificación de la Ley Fundamental tratándose de los derechos humanos, los derechos fundamentales del hombre, así como su forma de gobierno federal, democrático y social, la declaración de que todo poder del Estado dimana del pueblo, la división de poderes, etcétera; decisiones fundamentales que también contempla nuestra Carta Magna, verbigracia en el Título Primero, Capítulo I, De las Garantías Individuales, artículos 1 a 29; la adopción de un sistema republicano, representativo, democrático, federal, constituido en una Federación en el numeral 40; la división de poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en el artículo 49, etcétera.

¹² “Artículo 1 [Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales]

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.”

¹³ “Artículo 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]

Así también, dicha Constitución refiere la manera y quienes pueden enmendar la Ley Fundamental, cual sólo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique su texto, ésta ley será aprobada por la mayoría de dos tercios de sus Cámaras.

Más aún, la propuesta de marras resulta confusa, contradictoria y violatoria del texto actual del artículo 135, ya que es competencia, facultad exclusiva del Legislativo Federal y de las Legislaturas de los Estados, el acordar y aprobar, respectivamente, la reforma constitucional, por lo que resulta contradictorio, confuso que en el Apartado B, el Ejecutivo efectúe “iniciativas preferentes” de reformas a la Constitución Federal.

No soslayamos que el referéndum, es un mecanismo de la democracia representativa tiene un carácter estrictamente normativo, su objeto es la creación, modificación, adición o derogación (en su caso, abrogación) de normas jurídicas generales, incluso, de enteros ordenamientos jurídicos, como lo es la Constitución o leyes fun-

(1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. (2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. (3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho. (4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.”

damentales, tratados internacionales, leyes ordinarias, reglamentos, bandos municipales o acuerdos administrativos de validez general¹⁴.

Tampoco perdemos de vista que el referéndum es un instrumento de participación ciudadana, también conocida como de democracia semidirecta, tiende a ser complementario de la representativa, es necesario para complementar las instituciones de la democracia y no para sustituirla.

Si bien es cierto, que en México encontramos antecedentes de la aplicación de figuras de democracia semidirecta, como el referéndum; sin embargo, los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, demuestran que en nuestro país se adopta sólo la modalidad de democracia representativa; esta primera premisa es un punto fundamental para cuestionar este punto de la propuesta de reforma política.

Cabe hacer notar al respecto de este instrumento de la democracia semidirecta, que a diferencia de las bondades o ventajas que se mencionan en la exposición de motivos de las propuestas de reforma política que se analizan, se encuentran argumentos en contra, al compararlo con el sistema de democracia representativa, entre otros:

- Es contraproducente cuando los votantes carecen de cultura en general, de cultura política, cívica, lo que les impide tomar decisiones correctas.
- Los votantes con las carencias anotadas son fácilmente manipulados por los medios de comunicación y los grupos de interés.
- Propician la aplicación de las estrategias publicitarias utilizadas por los grupos de poder paralelos al Estado, para que el ordenamiento sometido al referéndum influya en las decisiones políticas que sean favorables a sus intereses.

Los argumentos en contra del referéndum, son los que señalan con énfasis los efectos del debilitamiento de las instituciones democráticas a causa de los procedimientos de democracia semidirecta, como son los siguientes:

- Es un instrumento “maniqueo”, que al mismo tiempo pone de manifiesto la debilidad de la democracia representativa.
- Implica la toma de decisiones entre dos opciones (por lo general “sí” o “no”). Y considerando la complejidad de los problemas que presenta la sociedad actual, el definir entre dichas opciones, radicalizaría las posturas ante tales problemas, implicando que, en vez de su pronta resolución, los mismos se agraven.
- Debilitan el gobierno representativo y conducen a una visión de la democracia sin responsabilidad

¹⁴ González Oropeza, Manuel, “Participación ciudadana como complemento del gobierno representativo”, *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI. Memoria del III congreso internacional de Derecho Electoral*, IIJ-UNAM, 1996, p. 268.

La propuesta de reforma política del Ejecutivo Federal...

93

gubernamental. Los legisladores pierden los incentivos para tomar decisiones.

- Contrariamente a lo que afirman sus defensores estos mecanismos pueden llegar a ser controlados por grupos de intereses poderosos, que encuentran en ellos una manera de soslayar los procedimientos legislativos normales.
- Sin un sistema representativo fuerte, el referéndum podría ser empleado para legitimar decisiones que no representen la votación de la mayoría, a través de prácticas que manipulen los resultados.
- Finalmente, muchos argumentan que el ciudadano ordinario no está preparado para tomar decisiones complejas e importantes.

La democracia semidirecta, como ya se ha mencionado tiene ventajas y desventajas. Su utilidad depende estrechamente del uso que de ellos hagan los partidos y el resto de los grupos de influencia que actúan en las sociedades complejas en la actualidad.

La democracia semidirecta como ya se asentó tiende a ser complementaria de la democracia representativa, más que antagonica; con aquella se trata de corregir deficiencias en el funcionamiento de las instituciones de representación, empero, lo anterior no significa o garantiza una mayor democracia, ya que como se ha mencionado hay desventajas porque en esta influyen otros factores como lo son, la conciencia del elector a participar en esos procedimientos, o bien, las tendencias de los medios masivos de comunica-

ción, así como la intromisión de los partidos políticos en organizaciones sociales y los intereses de grupos poderosos. Todo lo anterior, impide una adecuada decisión en el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución que establece el artículo 135, ya que para tener una opinión y decisión correcta, certera, sobre esta situación, se requiere de conocimientos altamente calificados en Derecho Constitucional, inclusive de abogados especialistas en esta materia, en la que el pueblo quizás bien intencionado para participar en el referéndum correspondiente, está carente de conocimientos en aquella rama del derecho.

V.- LA INICIATIVA CIUDADANA

La propuesta de reforma del Presidente, en relación a la iniciativa ciudadana, pretende adicionar los artículos 35, fracción VI y 71, fracción V, de la siguiente manera:

“Artículo 35.- ...

I a V.- ...

VI. Ejercer el derecho de iniciativa ciudadana en los términos que establezcan esta Constitución y la ley.”

“Artículo 71. ...

I a IV.- ...

V. A los ciudadanos que representen un número no menor al cero punto uno por ciento del padrón electoral que satisfaga los requisitos que para el ejercicio del voto establezca la ley.”

...”

Al respecto, es de hacer mención, que en determinados países ha sido un acierto el que los gobernados y no sólo los entes de poder como en el caso nuestro, sean los que propongan iniciativas de leyes. En esta forma de democracia semidirecta, cualquier ciudadano puede presentar iniciativa de ley, es la prerrogativa que se reconoce individual o colectivamente a los ciudadanos para presentar proyectos o iniciativas legislativas y que éstas sean consideradas por el Órgano Legislativo, sin necesidad de que acudan ante alguno de los integrantes de ese poder para que puedan ser tomadas en cuenta. Según Biscarretti di Ruffia, es la transmisión de la potestad de iniciar el procedimiento de revisión constitucional o de formación de la ley formal a una determinada fracción del cuerpo electoral¹⁵.

En México sería contraproducente, por la falta de cultura en general, de cultura cívica, política, jurídica de nuestra gente, propiciaría que fácilmente sean manipulados por los medios de comunicación, por los impecables discursos, las estrategias publicitarias utilizadas para tales efectos por los grupos de poder paralelos al Estado. Además, ocasionaría un sinnúmero de iniciativas que sería materialmente imposible que el Congreso de la Unión las atendiera, o lo grave, que las propusieran los grupos de poder oligopóli-

cos para consolidar su poderío e influir en las decisiones políticas del Estado mexicano.

Máxime, que de acuerdo a la práctica judicial y a la jurisprudencia en nuestro sistema de derecho los particulares no tienen injerencia en el proceso de formación y creación de las leyes, este sólo corresponde a los órganos de poder que señalan los artículos 71 y 72 constitucionales.

VI.- FACULTAD DEL PRESIDENTE DE PRESENTAR AL CONGRESO INICIATIVAS PREFERENTES

La propuesta de reforma del Presidente, en torno a este tema, es del tenor siguiente:

“Artículo 71. ...

I a V.- ...

...

El Presidente de la República podrá presentar hasta dos iniciativas de ley o decreto con carácter preferente al inicio de cada primer periodo ordinario de sesiones. Dichas iniciativas deberán ser dictaminadas en Comisión y votadas por el Pleno de ambas Cámaras antes de que concluya dicho periodo. De lo contrario, éstas se considerarán aprobadas en los términos en los que fueron presentadas por el Ejecutivo Federal; con excepción de aquellas que tengan por objeto reformar o adicionar esta Constitución, caso en el cual se podrá convocar a referéndum, de conformidad con lo previsto en el artículo 135, Apartado B, de esta Constitución”.

¹⁵ Biscarretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, 3ª edición, Editorial Tecnos, 1987, p. 65.

La propuesta de reforma política del Ejecutivo Federal...

95

"Artículo 72.- ...

a) y b) ...

c) En caso de no alcanzarse dicha mayoría en alguna de las Cámaras o si transcurridos veinte días hábiles no se efectuará la votación respectiva, el Ejecutivo promulgará y publicará el proyecto y, por tanto, tendrá el carácter de ley o decreto respecto de todos los artículos, apartados, fracciones, incisos o párrafos que no hubieren sido observados por el Ejecutivo.

..."

En esta propuesta, se da una especie de "afirmativa ficta legislativa", en virtud de que dos iniciativas vitales o preferentes que envíe el Presidente al Poder Legislativo para poder ser votadas obligatoriamente en el primer periodo ordinario de sesiones del Congreso de los meses de septiembre a diciembre, en caso de no ser discutidas y votadas se considerarán automáticamente aprobadas en los términos en los que fueron presentadas por el Ejecutivo Federal y este publicará el proyecto y tendrá el carácter de ley; semejante reforma atentaría en contra del modo de ser del Estado, de la decisión política fundamental de la división de funciones plasmada por el Constituyente originario en el artículo 49 constitucional; iría en contra de la estructura misma del Estado, vulneraría la Constitución esencia; en virtud de que las decisiones fundamentales como las que nos ocupa queda fuera del procedimiento de reformas y adiciones de la Constitución del artículo 135 constitucional, aún con el subterfugio del Constituyente Permanente al contra-

venir además de la división de poderes, los artículos 71 y 72 constitucionales que establecen el procedimiento legislativo, en el que se precisan las facultades que tiene el ejecutivo en el proceso de creación de las leyes; amén de que debilitaría y subordinaría al poder legislativo hacia el ejecutivo.

BIBLIOGRAFÍA

- Bidart Campos, Germán J., *El Derecho Constitucional del Poder*. Tomo II. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina. 1967.
- Biscarretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, 3ª edición, Editorial Tecnos, 1987.
- Fischbach, *Teoría General del Estado*, 3a edición, Editorial Nacional.
- González Oropeza, Manuel, "Participación ciudadana como complemento del gobierno representativo", *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI. Memoria del III congreso internacional de Derecho Electoral*, IIJ-UNAM, 1996.
- Haoriou, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Editorial Reus, Madrid.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2005.
- Marquet Guerrero, Porfirio, *La Estructura Constitucional del Estado Mexicano*. Editorial UNAM.
- Merkel, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*. Editorial Nacional.

Silva Ramírez, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2010.

LEYES CONSULTADAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución de Yucatán

Constitución de Tlaxcala

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español

Hacia una eficaz impartición de justicia en materia fiscal

Miguel Ángel Vázquez Robles*

“Las principales leyes en materia hacendaria promulgadas en el año en curso fueron las siguientes: Nueva Ley Orgánica del Presupuesto y su Reglamento; la que creó el Tribunal Fiscal de la Federación, destinado a la organización de los servicios de la justicia fiscal con el objeto de proteger los derechos particulares lesionados por resoluciones ilícitas”

GENERAL LÁZARO CÁRDENAS,
informe del 1° de septiembre de 1936.

I.- INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo es el estudio de las posibles soluciones a la problemática que en materia de impartición de justicia se presenta en el H. Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el cual cuenta con un creciente número de asuntos por resolver, lo cual se debe a la ampliación de su competencia, el incremento de asuntos, la dilación del trámite y lo complicado de las notificaciones; al efecto analizaremos brevemente la novedad consistente en el Juicio en Línea y el Juicio Sumario que entrará en vigor a partir del 11 de agosto de

2011 con lo cual se pretende abatir el rezago, actualizar los procedimientos, agilizar las notificaciones para preservar la confianza que dicho tribunal ha generado desde su creación.

II.- PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE RIGEN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

Es principio fundamental el establecido por el artículo 17 Constitucional que prohíbe la posibilidad de hacerse justicia por propia mano, por el contrario los ciudadanos tienen derecho a que se les administre justicia, como una función propia del Estado, mediante el establecimiento de tribuna-

* Director del Seminario de Derecho Fiscal de la Facultad de Derecho de La Universidad Nacional Autónoma de México.

les expeditos para impartirla, debiendo existir necesariamente procedimientos establecidos en ley que garanticen su independencia, la eficacia de sus resoluciones y la posibilidad de hacer cumplir sus decisiones (Facultad de Imperio).

Dicha justicia debe impartirse de manera **pronta**, dentro de los plazos establecidos por la propia ley, los cuales deben ser breves; de manera **completa**, que se analicen todas y cada una de las pretensiones reclamadas en la demanda y en su contestación; esto implica el deber de los tribunales de administrar justicia completa en atención a los argumentos planteados de los asuntos que son sometidos a su consideración, existiendo la obligación de que dichos agravios sean analizados uno a uno y la resolución que se pronuncie se refiera a ellos, debiendo resolver la litis realmente planeada, respetando el principio de congruencia y de manera **imparcial** que implica que las partes en contienda, tengan un trato igual que permita la defensa adecuada.

Sólo cumpliéndose con dichos requisitos podemos entender que la impartición de justicia es plena y respecta los postulados Constitucionales.

III.- DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN, HOY TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA

Con la aprobación de la Ley de Justicia Fiscal publicada en el Diario

Oficial del 31 de agosto de 1936, en vigor a partir del 1° de enero de 1937, se creó el Tribunal Fiscal de la Federación, estableciéndose un sistema contencioso administrativo, aprovechando la experiencia del Consejo de Estado Francés, el cual permitía el establecimiento del juicio contencioso de anulación, el cual era impartido por tribunales administrativos independientes del poder judicial, otorgándose originalmente competencia solo en materia fiscal.

Su estructura se encontraba compuesta por quince magistrados que funcionaban en pleno con atribuciones administrativas, internas del tribunal y cinco salas integradas por tres magistrados cada una con función jurisdiccional.

La Ley de Justicia Fiscal, tuvo una vigencia efímera ya que fue derogada el 1° de enero de 1939, con la vigencia del Código Fiscal de la Federación, el cual integró en su articulado, normas relativas a la regulación de la relación jurídica tributaria, la existencia del Tribunal Fiscal de la Federación y la regulación del procedimiento contencioso, incrementándose la integración de dicho tribunal a veintiún magistrados que de igual manera funcionaban en pleno y en salas (7).

La creación de dicha institución, no significó sólo la posibilidad de impugnación de actos de autoridad, sino que dada su funcionabilidad, se constituía como un verdadero garante de los derechos de los contribuyentes, al efecto, el procedimiento sumario se instauró de una manera sencilla sin

Hacia una eficaz impartición de justicia en materia fiscal

99

mayores requisitos y con principios fundamentales como:

Plazos

La demanda debía ser presentada directamente ante el tribunal o por correo certificado con acuse de recibo dentro de los quince días siguientes a aquel en que hubiera surtido efectos la notificación de la resolución que causaba un agravio personal y directo.

Partes

- a) El actor, a quien afectaba la resolución impugnada o el procedimiento llevado a cabo.
- b) La autoridad demandada que dictó, ordeno, trato de ejecutar la resolución impugnada.
- c) Tercero interesado

Audiencia de ley

Al emitirse la demanda, se ordenaba el traslado a las autoridades demandadas, para que la demanda fue contestada, citando a las partes para una audiencia de ley, la cual debía celebrarse dentro de un plazo de un mes contado a partir de ser admitida la demanda, como forma de control del expediente y para efectos de dictar sentencia.

Sencillez del procedimiento

Los requisitos de la demanda eran simples y fáciles de cumplir, pero en caso de incumplimiento, se otorgaba

un plazo de cinco días al actor para aclarar, corregir o complementar su demanda, permitiendo una defensa adecuada.

Pruebas

Estas debían ofrecerse desde la demanda, pero podían presentarse hasta antes de la celebración de la audiencia de ley.

Sentido de la sentencias

Tenían el carácter de declarativas y se otorgaban facultades a los magistrados que dictaban resoluciones para que a su criterio y sólo en casos excepcionales se ordenara un efecto determinado.

Cosa juzgada

Una de las características particulares de dicho procedimiento, era que las sentencia dictadas, adquirían la característica de firmes, por no existir recurso en contra, por parte de la autoridad, el particular tenía la vía del Amparo.

Medidas cautelares

Siendo un procedimiento de impugnaciones fiscales, se estableció la posibilidad de obtener la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución, previa garantía ante la ejecutora, la cual era otorgado por la Sala que tramitaba el juicio.

Su competencia original, se fue incrementando con el tiempo, considerando que las nuevas competencias eran afines a la materia fiscal, como: depuración de créditos, pensiones de servidores públicos, sanciones administrativas, pensiones civiles y militares, interpretación de contratos de obra pública y otros. Fue hasta el año 1996 con la vigencia de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el artículo 11 fracción XIII de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, que se determinó una competencia administrativa plena, lo que motivó su actual denominación como “Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa”, y conforme a la jurisprudencia 139/99 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dispone:

REVISIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA. EL ARTÍCULO 83 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESTABLECE LA OPCIÓN DE IMPUGNAR LOS ACTOS QUE SE RIGEN POR TAL ORDENAMIENTO A TRAVÉS DE ESE RECURSO O MEDIANTE EL JUICIO SEGUIDO ANTE EL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN.-

De la interpretación literal y sistemática de lo dispuesto en los artículos 83 de la Lupa y 11, fracción XIII, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, así como de los antecedentes históricos que informan a este último numeral, se colige que al hacerse referencia en el primero de los preceptos mencionados a las “vías judiciales correspondientes” como instancia para impugnar los actos

emitidos por las respectivas autoridades administrativas, el legislador tuvo la intención de aludir a un procedimiento seguido ante un órgano jurisdiccional, con independencia de que éste sea de naturaleza judicial, y cuyo objeto tenga afinidad con el recurso de revisión en sede administrativa, el cual se traduce en verificar que los actos de tales autoridades se apeguen a las diversas disposiciones aplicables; por otra parte, de lo establecido en el citado precepto de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, se deduce que a través de él se incluyó dentro del ámbito competencial del referido tribunal el conocimiento de las controversias que surjan entre los gobernados y las autoridades administrativas cuya actuación se rige por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, sin que se condicionara la procedencia del juicio contencioso administrativo al agotamiento del citado recurso, máxime que la interposición de éste es optativa. En ese contexto, se impone concluir que los afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que se rijan por ese ordenamiento, que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, tienen la opción de impugnarlos a través del recurso de revisión en sede administrativa o mediante el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación; destacando que dentro de las vías judiciales correspondientes a que hizo referencia el legislador en el mencionado artículo 83 no se encuentra el juicio de garantías dado que, en abono a lo anterior, constituye un principio derivado del

Hacia una eficaz impartición de justicia en materia fiscal

101

diverso de supremacía constitucional que las hipótesis de procedencia de los medios de control de constitucionalidad de los actos de autoridad, únicamente pueden regularse en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en la ley reglamentaria que para desarrollar y pormenorizar esos medios emita el legislador ordinario.

2a./J. 139/99

Contradicción de tesis 85/98.- Entre las sustentadas por el Primero y el Séptimo Tribunales Colegiados en Materia Administrativa, ambos del Primer Circuito.- 19 de noviembre de 1999.- Cinco votos.- Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.- Secretario: Rafael Coello Cetina.

Tesis de jurisprudencia 139/99.- Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del tres de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

IV. - P R O C E D I M I E N T O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO A PARTIR DEL 1° DE ABRIL DE 1993, HOY DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

Con el pretexto de simplificar el procedimiento, el 1° de abril de 1993, entró en vigor el título VI del Código Fiscal de la Federación mediante el cual se realizaron cambios importantes

que limitan los derechos de los contribuyentes dificultando la impartición de justicia, tales como:

Ampliación de plazos

Se señala el término de cuarenta y cinco días para la demanda, la contestación, la ampliación y la contestación a la ampliación.

Aclaración

Se eliminó toda posibilidad de aclarar, corregir o completar la demanda, estableciéndose como sanción, que ante el incumplimiento de requisitos desechar la demanda.

Pruebas

Debían adjuntarse en la demanda y en caso de no realizarlo se tendrían por no ofrecidas las pruebas.

Cierre de la instrucción

El magistrado instructor, después de que hubiera integrado el expediente otorgaba el término de diez días sin ningún acto procesal, transcurrido dicho plazo, se otorgaba a las partes el término de cinco días para presentar alegatos por escrito.

Sentencia

Una vez cerrada la instrucción, la Sala cuenta con el término de sesenta días para dictar sentencia (el auto de cierre es el único medio de control para dicho término).

Se estableció en que casos de manera obligada, las salas dictarían sentencias para efectos, sin mayor precisión, lo cual constituyó estado de indefensión para los contribuyentes.

Es importante señalar que algunos aspectos analizados se han ido modificando, pero subsisten algunos vicios.

Consideramos que dicho procedimiento implica un retroceso en la impartición de justicia como:

- a) Eliminación de la audiencia de ley como forma de control del expediente y seguridad jurídica del contribuyente.
- b) Eliminación de alegatos verbales que impide un acercamiento entre el actor y el juzgador.
- c) Eliminación de la posibilidad de aclarar, corregir y completar la demanda que contiene requisitos excesivos.

Problemática actual

Aunque algunas de las disposiciones analizadas han sufrido modificaciones, estas no han sido suficientes y son parte de la problemática, en la impartición de justicia, aunado a la ampliación de competencia, el incremento de inconformidades de los contribuyentes provocan la dilación en la resolución de los juicios que tramita el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Posible solución al problema

Ante la problemática anterior con base a los estudios de los magistrados

del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, técnicos y estudiosos de la materia, realizaron diversas propuestas de solución, las cuales fueron consideradas como propias por los legisladores quienes aprobaron modificaciones a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, estableciéndose el Juicio en Línea y el Juicio Sumario y varias modificaciones al procedimiento que tendrán como objetivo una mejor impartición de justicia, preservando la confianza de los ciudadanos al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

V.- JUICIO EN LÍNEA

La tramitación se realizará a través de Internet, utilizando los medios electrónicos más avanzados que permitan la certeza y seguridad de las partes, existiendo al efecto un sistema confiable, permanente y seguro, que correspondiendo al Tribunal su instauración. Dicho juicio será opcional para el actor.

Siendo un sistema técnico, sin atención personalizada, permite que el mismo sea consultado a cualquier hora y desde cualquier lugar, por lo que los términos son de veinticuatro horas los trescientos sesenta y cinco días del año.

Las notificaciones se realizarán por dicho sistema, mediante el boletín electrónico, así las partes podrán conocer las resoluciones de una manera fácil y rápida, para lo cual el actor deberá señalar su dirección de correo electrónico.

Hacia una eficaz impartición de justicia en materia fiscal

103

El juicio no implica cambios procesales, ya que el procedimiento de juicio será igual al tradicional.

Se elimina el uso de papel, con lo cual los archivos no se verán rebasados en su capacidad física, para lo cual existirá un archivo electrónico confiable, en el cual se podrá consultar las actuaciones que se generen en dicho sistema.

Para efecto de la promoción, se requiere la firma digital, que debe ser tramitada por cada persona ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y las partes, y que consiste en la digitalización de la firma autógrafa, incluyendo datos específicos de la persona.

Las anteriores, son algunas de las características de dicho juicio el que seguramente abatirá el retraso persistente, y reducirá el plazo de su resolución.

Es importante señalar, que con el juicio en línea, estamos seguros que será un éxito y este sistema seguramente se extenderá a otros tribunales.

VI.- JUICIO SUMARIO

Con el fin de tratar de acabar con el rezago del trabajo del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y agilizar los procedimientos, en un verdadero sentido de impartición de justicia, el Congreso de la Unión aprobó reformas a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, conteniéndose entre otras reformas las rela-

tivas a la creación del Juicio Sumario con características especiales.

Procedencia

El juicio se tramitará cuando las resoluciones definitivas que causen un agravio personal y directo en materia fiscal, multas por infracción a normas administrativas federales, requerimiento de pólizas de fianza de garantía, a favor de la Federación que no exceda su importe cinco veces el salario mínimo general del Distrito Federal, elevado al año en el momento de su emisión es decir \$109,171.50 (CIENTO NUEVE MIL CIENTO SETENTA Y UN MIL PESOS 50/100 M.N.).

Tramitación

El juicio podría instaurarse mediante juicio en la vía tradicional (todo en papel), o en juicio en línea (vía Internet), es opción del actor su elección.

El juicio será tramitado, integrado y resuelto por el magistrado instructor de manera unitaria.

Términos

- Demanda, 15 días
- Contestación, 15 días
- Ampliación, 5 días
- Contestación a la ampliación, 5 días
- Recurso de reclamación, 5 días

Cierre de la instrucción

En el auto que admita la demanda, se ordenará correr traslado a la autoridad demandada; en dicho auto

se señalará la fecha para el cierre de la instrucción, la cual no podrá exceder de los siguientes sesenta días a la emisión de dicho acto.

Sentencia

Esta deberá dictarse dentro del plazo de diez días, ha partir de que se cierre la instrucción y en caso de que ésta ordene la emisión de un nuevo acto, este deberá ser emitido por la autoridad en un plazo que no exceda de un mes a partir de que dicha sentencia quede firme.

Notificaciones

Podrán realizarse personalmente o por boletín electrónico.

Medidas cautelares

Estas podrán solicitarse en cualquier momento hasta antes de que se dicte sentencia definitiva, se tramitará a petición de parte y corresponde al magistrado instructor, dictar la resolución provisional y definitiva; en caso de ser impugnada, mediante reclamación, resolverá la Sala de manera colegiada.

Con la instauración del juicio en línea y el juicio sumario como alterna-

tivas, se pretende una eficacia en la impartición de justicia, lo cual creemos que así será.

Habiendo hecho un análisis de las diversas etapas del Juicio Contencioso Administrativo, consideramos que la reforma legislativa, reconoce que el procedimiento inicial fue efectivo y se retoman algunos conceptos, sin embargo con el ánimo de una excelente impartición de la justicia, consideramos que debería estudiarse la posibilidad de:

- a) Establecer nuevamente la posibilidad de la aclaración de la demanda, con el ánimo de que los contribuyentes tenga una efectiva defensa.
- b) Establecimiento de procedimiento y medios necesarios para que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa pueda hacer cumplir sus decisiones (Facultad de Imperio) en estricto cumplimiento al postulado del artículo 17 constitucional.
- c) La posibilidad de considerar como demandada, tanto a la autoridad que emitió la resolución, como a la autoridad que tramita el procedimiento del cual emana dicha resolución y la autoridad que va a ejecutar dicho acto.

Fraude a la ley: *fraus legis facta*

María Elena Mansilla y Mejía*

No hay ley alguna tan recta, que no traten los
Estados o los seres humanos de torcerla para
satisfacer sus intereses mezquinos.

SUMARIO: I. Planteamiento del Problema. II. Denominación: fraude a la ley, *fraus legis facta*. III. ¿Qué es el fraude a la ley? IV. Normas imperativas y facultativas. V. Antecedentes del fraude a la ley. VI. Naturaleza del Fraude a la ley. VII. Punto de contacto o punto de conexión. VIII. Norma conflictual. IX. Análisis de la consecuencia de la norma conflictual. X. Clases de punto de contacto. XI. Condiciones o elementos de existencia del fraude a la ley.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Fraude a la Ley es una figura jurídica que pertenece al Derecho Internacional Privado, es parte del sistema conflictual tradicional, técnica indirecta a través de la cual se determina el derecho aplicable a una situación concreta, en la que, por existir un punto de contacto en el que confluyen dos órdenes jurídicos distintos, se ignora cual derecho debe resolver el conflicto.

En la búsqueda y determinación del derecho aplicable, mediante el sis-

tema conflictual tradicional, pueden presentarse diversos problemas a los sujetos que intervienen en una relación jurídica, relativa o absolutamente internacional.

¿Quiénes son estos sujetos?

Fundamentalmente, por tratarse de un litigio, es el postulante ante quien las partes plantean el problema, el juez que tendrá a su cargo resolver el conflicto y desde luego las partes directamente interesadas. Dentro de este cúmulo de situaciones, uno de los problemas que puede surgir es el fraude a la ley que siempre es realizado directamente por las partes en conflicto,

¿Qué significa fraude a la ley? ¿Por qué recibe esta denominación?

* Directora del Seminario de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

II. DENOMINACIÓN: FRAUDE A LA LEY, CONEXIÓN FRAUDULENTA, FRAUS LEGIS FACTA

Estas son las denominaciones que se han dado a esta figura del Derecho Internacional Privado, por lo que es necesario hacer un breve análisis de sus elementos.

II.1. FRAUDE

Todo jurista o estudioso del derecho, sabe que el concepto de fraude es propio del derecho penal, en tal rama el **fraude** es el tipo descriptivo de una conducta sancionada, incluso con pena privativa de libertad.

El **fraude penal** se realiza mediante una acción u omisión. En el primer supuesto, una persona obtiene un beneficio económico a través de actos, realizados de mala fe y en forma totalmente planeada, al grado de conducir a la víctima al engaño. El **fraude** por omisión implica el aprovecharse del error de una persona, darse cuenta de él, y sin hacer nada, recibir un beneficio económico.

Tanto el **fraude** por acción, como por omisión, son conductas delictivas y están penadas, sin embargo la gravedad del **fraude** por acción es mayor debido a la evidente mala fe del sujeto activo, quien planea su conducta con toda conciencia, en tanto que el fraude por omisión si bien es una conducta delictiva, está es ocasional, no hay planeación ni mala fe sólo existe un aprovechamiento del error para obtener

un beneficio, sin embargo en ambos supuestos se causa un daño a la víctima, por lo que es evidente la presencia de los dos elementos conocidos desde el Derecho Romano, como el *animus* y el *corpus*.

El *animus* como la decisión volitiva, interna, planeada o aceptada para obtener un beneficio, voluntad que se manifiesta en el *corpus* consistente en la realización de la conducta para obtener un beneficio económico, o simplemente con la aceptación del error y del consecuente beneficio.

Si bien lo señalado pertenece al Derecho Penal, la pregunta que surge es:

¿Cuál es el **fraude a la ley** del Derecho Internacional Privado?

En este punto procede plantearse las preguntas indispensables en toda investigación.

En tal sentido las interrogantes a contestar son:

¿Qué es el **fraude a la ley**? ¿Realmente se puede defraudar a la ley? De ser así, ¿cuál es la naturaleza jurídica de este fraude? ¿qué clase de beneficio se puede obtener de lograrse el fraude?.

Resulta claro que se puede defraudar a una persona, a una sociedad e incluso al Estado, pero ¿se puede defraudar a una disposición legal? De acuerdo con el Derecho Internacional Privado la respuesta es positiva ya que de otra forma no existiría y sabido es que la doctrina estudia el **fraude a la ley**, y que el derecho vigente y las convenciones lo incluyen en su normatividad, por lo tanto, sobre estas

Fraude a la ley: fraud legis facta

107

bases, apriorísticamente, se acepta la existencia del fraude a la ley.

Acorde a lo expuesto, a través de este artículo se dará respuesta concreta a las incógnitas planteadas.

III. ¿QUÉ ES EL FRAUDE A LA LEY?

Es unánime la doctrina al exponer que el **fraude a la ley** consiste en burlar la aplicación de una norma desfavorable y buscar y obtener que sea otra disposición favorable la que se aplique.

En otras palabras, el **fraude a la ley** consiste en la conducta totalmente voluntaria realizada con el exclusivo fin de obtener un fin ilícito a través de un medio lícito.

El **fraude a la ley** radica en evitar la aplicación de una norma imperativa, mediante el cambio de punto de contacto, por lo que es necesario determinar cuando se está ante una norma imperativa y que es un punto de contacto.

IV. NORMAS IMPERATIVAS Y NORMAS FACULTATIVAS

El desarrollo de este punto exige recordar que todo ordenamiento jurídico tiene dos clases de normas de acuerdo con los obligados a cumplirlas, estas son las normas:

- Imperativas y;
- Facultativas.

NORMAS IMPERATIVAS.- Las normas imperativas son las que ordenan taxativamente el cumplimiento de una conducta, tal cumplimiento es total e inexorablemente obligatorio. Estas disposiciones en forma alguna pueden estar sujetas a la voluntad de las partes, por lo que no les es permitido abstenerse de su cumplimiento. Tampoco deben modificar una situación con el fin de obtener un beneficio, porque tal fin o el beneficio logrados por este medio serán siempre ilícitos.

NORMAS FACULTATIVAS.- Las normas facultativas, contrariamente a las imperativas, están sujetas a la voluntad de las partes, son ellas las que les dan vida. El sometimiento a tales disposiciones depende única y exclusivamente de las partes.

IV.1. OBLIGATORIEDAD DE LA NORMA IMPERATIVA

Toda norma imperativa es creada por el legislador por considerar la necesaria para mantener vigentes principios, valores o costumbres propias de cada comunidad en atención a su idiosincrasia, por lo que resulta inaceptable que el cumplimiento de una disposición imperativa quede sujeta al incumplimiento o modificación de los obligados a obedecerla.

En tal sentido, el fraude a la ley es el medio destinado a proteger y velar por el cumplimiento de las normas imperativas, a fin de evitar que en las relaciones relativas o absolutamente internacionales la ley imperativa se convierta en facultativa.

¿Cuándo surge el fraude a la ley?
Dar respuesta a este cuestionamiento
nos conduce a sus antecedentes

V. ANTECEDENTES DEL FRAUDE A LA LEY

Miaja de la Muela¹ sostiene que el **fraude a la ley** no es una institución propia del Derecho Internacional Privado ya que su origen es el *Fraus legis* del Derecho Romano.

El Derecho Romano, sostiene Miaja de la Muela, pese a ser excesivamente formalista, daba la posibilidad de combinaciones hábiles, mediante las cuales era posible violar el espíritu de la ley mientras su letra había sido cumplida.

A manera de ejemplo cita un pasaje del Digesto, escrito por Paulo que en la Ley 291.21. disponía:

“*Infraudem legis facit, qui, salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*”

Principio que sostenía:

“La esencia del fraude es lograr un resultado por un camino torcido o indirecto”.

De ahí que en efecto, el fraude a la ley del Derecho Internacional Privado encuentre su antecedente en el Derecho Romano, ya que por caminos torcidos e indirectos pero lícitos,

se busca la obtención de un resultado antijurídico, burlándose por este medio, el cumplimiento de una disposición imperativa.

Contrariamente a lo expuesto por Miaja de la Muela, Martín Wolf² cita como primer antecedente del fraude a la ley la fundación de una asociación destinada a eludir la aplicación de la Ley de Usos inglesa de 1535.

VI. NATURALEZA JURÍDICA DEL FRAUDE A LA LEY

El fraude a la ley se puede ver bajo dos aspectos:

- DESDE LA PERSPECTIVA DEL EVASOR Es el acto doloso y voluntario con el fin de evitar la aplicación de una ley imperativa mediante la realización de uno o varios actos lícitos, para obtener un resultado contrario a la norma imperativa y por lo tanto ilícito.

Bajo esta perspectiva, el Fraude a la Ley tiene la naturaleza de un acto ilícito.

- DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO AGREDIDO, es un medio de defensa creado por la institución estatal con el fin de prevenir o sancionar las conductas que tiendan a burlar la aplicación de una ley imperativa.

Bajo este último enfoque, el fraude a la ley es un medio de tutela, de protección de las normas imperativa de un Estado soberano.

¹ Cfr.- Miaja de la Muela, Adolfo.- Derecho Internacional Privado.- Sexta Edición.- Gráficas Yagues.- Madrid 1973.- pág. 381.

² Cfr. Wolf, Martín.- Derecho Internacional Privado.- S.n.e.- Bosch casa Editorial.- Barcelona 1958.- pág 136.

Fraude a la ley: fraus legis facta

109

Estas normas imperativas deben cumplirse porque su contenido es la manifestación de la moralidad de un pueblo, tal característica las hace ineludiblemente obligatorias, en tal sentido su incumplimiento debe evitarse o en su defecto sancionarse.

En consecuencia puede sostenerse que la naturaleza jurídica del fraude a la ley es la de ser un medio de tutela creado por el legislador cuyo fin es prevenir o sancionar las conductas ilícitas que tiendan a evitar el cumplimiento de una ley imperativa.

Tanto la prevención como la sanción, según sea el caso, serán cuasi efectivas en las relaciones jurídicas internas, lo que resulta difícil o cuasi imposible en las relaciones relativa o absolutamente internacionales

VII. PUNTO DE CONTACTO O PUNTO DE CONEXIÓN

El punto de contacto es fundamental en el fraude a la ley.

¿Qué es el punto de contacto o de conexión? Como lo denomina Carrillo Salcedo³

“La conexión, dice Carrillo Salcedo, es un elemento esencial a la norma de conflicto” a grado tal que se ha sostenido que el Derecho Internacional Privado es un derecho de conexiones.

En efecto es acertada la aseveración de que el Derecho Internacional Privado es un derecho de conexiones,

debido a que su función es poner en contacto un problema, con el derecho que deberá aplicarse para dar solución.

Es conveniente aclarar que el Derecho Internacional Privado es un derecho de aplicación del derecho, aplicación que se lleva a efecto mediante la determinación de los puntos de contacto contenidos en la norma conflictual.

Los puntos de contacto tienen su origen en las relaciones relativa y absolutamente internacionales, debido a que en ellas hay un elemento extranjero. Durante el desarrollo normal, sabido es que mientras en tales relaciones se cumpla lo pactado, no habrá conflicto, éste surgirá en el momento en que las partes incumplan las obligaciones contraídas. De tal conflicto derivará la incertidumbre respecto a ¿qué derecho deberá aplicarse para solucionarlo?.

La incertidumbre se basa en que la relación jurídica en conflicto tiene dos elementos extranjeros entre sí, regidos por diferente derecho, por lo que darle solución al problema exige determinar cual de ambos derechos extranjeros será el aplicable e ahí la importancia de la norma conflictual, ya que será ella la que dará certidumbre al juez respecto a que derecho deba aplicar.

De acuerdo a lo expuesto, es necesario analizar la norma conflictual.

VIII. NORMA CONFLICTUAL

La norma de conflicto o conflictual, como también se le denomina, tiene como todo dispositivo legal dos elementos supuesto y consecuencia

³ Carrillo Salcedo, Juan Antonio.- Derecho Internacional Privado.- Tercera Edición.- Editorial Tecnos.- España. pág. 146.

Estos dos elementos y los fines de la norma conflictual son totalmente diferentes del supuesto y la consecuencia de una norma material o sustantiva.

El fin de la norma sustantiva es resolver un problema de fondo, en tanto que el fin de la norma conflictual es determinar la norma material que dará solución al problema de fondo.

En otras palabras, ante la incertidumbre o desconocimiento de que derecho material deba aplicarse, por existir ordenamientos distintos susceptibles de resolver el problema, corresponde a la norma conflictual dar la solución.

La norma conflictual es la que determinará la conexión entre la relación jurídica en problema, y el derecho que deberá aplicarse para resolverlo.

Tanto el postulante como el juez tendrán que analizar los elementos de la norma conflictual para desentrañar la naturaleza jurídica del conflicto y el punto de contacto determinado por el principio indicador del derecho aplicable.

En tal sentido la norma conflictual en el supuesto, especifica la naturaleza jurídica de la relación, la que siempre estará determinada por un atributo de la personalidad.

La consecuencia de la norma conflictual a través del principio jurídico que contiene, determina la conexión entre el problema descrito en el supuesto y el principio contenido en la consecuencia, que será el que indique el derecho material que resolverá finalmente el problema sustantivo.

Al ser el supuesto y la consecuencia elementos inseparables de una misma norma, es indispensable determinar tanto la naturaleza jurídica de la relación que se encuentra en el supuesto, como el punto de conexión que se encuentra en la consecuencia de la norma conflictual.

VIII.1. SUPUESTOS DE LA NORMA CONFLICTUAL

Los supuestos de la norma conflictual se clasifican de acuerdo con la naturaleza jurídica de la situación en conflicto.

De acuerdo con lo anterior los supuestos pueden ser:

- Personales;
- Reales o patrimoniales, y;
- Relativos a los actos.

SUPUESTOS DE NATURALEZA PERSONAL.- En esta clase de supuestos el problema se refiere a situaciones inherentes a la calidad de persona, tales serían el nombre, o el estado civil; en estos casos la solución la daría la consecuencia de la norma conflictual con el principio de nacionalidad.

El nombre en realidad es un atributo que suele no modificarse en tanto que el estado civil, es un atributo que si puede ser objeto de múltiples cambios, tal ocurre por ejemplo con la adopción en la que se adquiere el estado civil de hijo y padres adoptivos, el matrimonio o el divorcio, con los que se adquiere

Fraude a la ley: *fraus legis facta*

111

el estado civil de casado o soltero. En estos supuestos la solución normalmente la dan el principio de *nacionalidad*, de *lex domicilium* o el concepto constantemente utilizado de residencia habitual.

Ejemplo claro de la aplicación de los principios mencionados se encuentra en la “Convención Interamericana Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores”.⁴

Esta Convención, relativa al nuevo estado civil que tendrá el adoptado, dispone que los principios del domicilio y de la residencia habitual del menor, son los que determinarán el derecho aplicable.

En tal sentido el artículo 3º a la letra establece:

“La ley de residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuales son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo”.

Nótese que en protección del menor se aplicará la ley de su residencia habitual en todos los requisitos de la adopción.

El artículo 4º regula la situación personalísima del adoptante, en la que se aplicará, la ley de su domicilio lo cual además de lógico es lo justo.

De acuerdo a lo anterior, se transcribe el artículo 4º:

“La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá:

- a) La capacidad para ser adoptante*
- b) Los requisitos de edad y estado civil del adoptante*
- c) El consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso, y*
- d) Los demás requisitos para ser adoptante*

“En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de este”.

Nótese como este último párrafo es una disposición que tajante y concretamente expresa lo inmodificable del punto de contacto, al determinar como ley aplicable, la del adoptado por ser más estricta.

SUPUESTOS DE CONTENIDO REAL O PATRIMONIAL.- En estos supuestos, el problema versa sobre bienes que pueden ser muebles o inmuebles, en el primer caso el principio aplicable será el de *mobilia sequuntur personam* en tanto que en los inmuebles se aplicará el principio de *lex rei sitae*.

Sólo en este último supuesto el punto de conexión es inmodificable, en tanto que el punto de conexión de los muebles es totalmente modificable, en consecuencia, se puede realizar el fraude a la ley.

SUPUESTOS RELATIVOS A LOS ACTOS.- En los supuestos cuya relación jurídica conflictual se refiera a los actos de las personas, deberán tomarse en cuenta tres situaciones diferentes que obviamente serán solucionadas por distintos principios.

⁴ D.O.6- II -1987.

- Si el contenido del supuesto es un negocio jurídico como la compra de un bien o la creación de una sociedad, los principios que determinarán el derecho aplicable serán: en el negocio jurídico el de *locus regit actum* y en la creación de una sociedad el de *lex loci constitutionis*.

Al efecto, el artículo 2º de la “Convención⁵ Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas” dispone:

“La existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y fusión de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por la ley del lugar de su constitución”

Por la “...ley del lugar de su constitución se entiende la del Estado Parte donde se cumplen los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas”.

El artículo 4º de la misma Convención añade:

“Para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto social de las personas jurídicas privadas, regirá la ley del Estado Parte donde se realicen tales actos”.

Nótese como en el artículo 2º el supuesto se refiere a la capacidad de la persona para realizar un acto jurídico y la consecuencia determina como punto de conexión el principio de *lex*

loci constitutionis lo que significa que deberá aplicarse la ley del lugar en que se constituya la persona jurídica.

Respecto al artículo 4º, el supuesto de la norma conflictual se refiere también al atributo personal de la capacidad y la consecuencia contiene el principio de *locus regit actum*, lo que en otras palabras significa que se aplicará el derecho del lugar en que la persona jurídica realice el acto.

En este punto cabría el fraude a la ley con solo cambiar el lugar de realización del acto, por lo tanto se está ante un punto de conexión mudable.

IX. ANÁLISIS DE LA CONSECUENCIA DE LA NORMA CONFLICTUAL.

Es en la consecuencia donde se encuentra el punto de conexión determinado por un principio que es el que dará solución al problema sustantivo al determinar la ley que deba aplicarse.

Debido a que los puntos de conexión son diferentes es necesario clasificarlos.

Carrillo Salcedo⁶ en su obra presenta tres clases de puntos de contacto.

X. CLASES DE PUNTOS DE CONTACTO

El autor mencionado ha establecido las siguientes tres clases de puntos de contacto con sus respectivos

⁵ D.O. VI-II-1987.

⁶ Carrillo Salcedo, Juan Antonio.- Derecho Internacional Privado. Op. Cit. pág. 147.

Fraude a la ley: fraus legis facta

113

opuestos, por lo que puede sostenerse que realmente son seis los puntos de conexión.

- Únicos o múltiples
- Mudables o inamovibles
- Principales o accesorios

PUNTOS DE CONTACTO ÚNICOS. Estos puntos de contacto concretamente sólo determinan la conexión con un derecho, lo que imposibilita su modificación, tal ocurre, por ejemplo, cuando la solución del problema señala como punto de conexión el principio de *lex loci commissi delicti*. En este supuesto se aplicará la ley del lugar de la comisión de la conducta y de la misma forma será competente el juez de ese lugar.

Debido a que, una vez juzgado el reo puede ser trasladado a su país de origen para cumplir la sentencia en él, el Estado en que se cometió el delito y donde se llevó a efecto el juicio tiene plenitud de jurisdicción, lo cual implica que el país de origen y receptor del reo, está obligado a cumplir en todos sus términos la sentencia emitida en el país de la comisión del delito. El traslado del reo, de llevarse efecto, sólo es con el fin de readaptarlo y de cooperación entre los Estados a fin de evitar la impunidad.

El Tratado ⁷ entre los Estados Unidos Mexicanos y España sobre Ejecución de Sentencias Penales en los artículos 1, 4 (1), 15 y 17 disponen lo siguiente:

ARTÍCULO 1

“Los Estados Unidos Mexicanos y España se comprometen en las condiciones previstas por el presente Tratado, a concederse la cooperación más amplia en materia de ejecución de sentencias penales de personas condenadas a privación de libertad o a medidas de seguridad”.

ARTÍCULO 4

*“1.- Las solicitudes de traslado y las respuestas se formularán por escrito.
4.- Al decidir respecto del traslado de un reo la autoridad de cada una de las partes tendrá en cuenta todos los factores pertinente y la probabilidad de que el traslado contribuya a la rehabilitación social del reo incluyendo la índole y gravedad del delito y los antecedentes penales del reo si los tuviere, las condiciones de su salud, la edad, los vínculos que por residencia, presencia en el territorio, relaciones familiares u otros motivos, pueda tener con la vida social del Estado receptor.”*

ARTÍCULO 14

“Cada una de las partes tomará las medidas legislativas necesarias y en su caso establecerá los procedimientos adecuados para que surtan efectos legales en su territorio las sentencias a que se refiere este Tratado dictadas por los tribunales de la otra Parte.”

⁷ D.O. 17-I-1994.

ARTÍCULO 15

“2.- En la ejecución de la condena el Estado receptor:

- a) Estará vinculado por la naturaleza jurídica y duración de la pena o medida de seguridad;*
- b) Estará vinculado por los hechos probados en la sentencia;*
- c) No podrá convertir la pena o medida de seguridad en una sanción pecuniaria;*
- d) Deducirá íntegramente el periodo de prisión provisional, y*
- e) No agravará la situación del condenado ni estará obligado por la sanción mínima que, en su caso, estuviere prevista por la legislación para la infracción cometida.”*

ARTÍCULO 17

“El Estado trasladante mantendrá jurisdicción exclusiva respecto de todo procedimiento, cualquiera que sea su índole y que tenga por objeto impugnar, modificar o dejar sin efecto las sentencias dictadas por sus tribunales. El Estado receptor, al recibir aviso del Estado trasladante de cualquier decisión que afecte una sentencia, deberá adoptar las medidas que correspondan conforme a dicho aviso.”

Nótese que el punto de conexión basado en el principio de *lex loci commissi delicti* es único y por lo tanto inamovible

PUNTOS DE CONTACTO MÚLTIPLES. Esta clase de conexiones permite flexibilidad en la determinación

del derecho aplicable, lo que da más posibilidades de solución, a la vez que evita la impunidad, sin embargo, a contrario *sensu*, podría dar lugar al fraude a la ley.

La multiplicidad de los puntos de contacto se regula generalmente a través de las Convenciones: en el “Protocolo sobre las Obligaciones Alimenticias”⁸ de La Haya contiene diversos puntos de conexión, el artículo 3º ofrece un ejemplo al establecer:

“Las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de residencia habitual del acreedor”.

Frente a este primer punto de contacto de la residencia habitual del acreedor, el inciso 2 del artículo 4º dispone:

“Se aplicará la ley del foro si el acreedor no pudo obtener alimentos de acuerdo con la ley de su residencia habitual”.

Nótese que se agrega como un nuevo punto de conexión la ley de foro.

El punto 2.2 del artículo 4º dispone: *“...se aplicará la ley del foro si el acreedor ha acudido a la autoridad competente del Estado de residencia habitual del deudor, sin embargo, se aplicará la ley de la residencia habitual del acreedor, si este no puede obtener*

⁸ Hasta el momento no han entrado en vigor ni el Protocolo ni la Convención de la que deriva titulada “Convenio Sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia”.

Fraude a la ley: *fraus legis facta*

115

alimentos del deudor en virtud de la ley del foro”.

PUNTOS DE CONTACTO MUDABLES. Adicionalmente en el apartado “4” del artículo 4º se incluye un nuevo punto de conexión basado en el principio de nacionalidad.

“4).- Si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de las leyes a que se refiere el artículo 3º y los apartados 2 y 3 del presente artículo, se aplicará la ley del Estado de la nacionalidad común del acreedor y deudor, si existe.”

Nótese que este punto de conexión al modificarse con el cambio de nacionalidad del deudor alimentario, le permitiría evadir su obligación alimenticia con lo que se actualizaría el fraude a la ley.

PUNTOS DE CONEXIÓN INAMOVIBLES. Estos sólo son posibles en conexiones territoriales, como ocurre con los inmuebles que se rigen por el principio de *lex rei sitae*.

CONEXIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS. Las conexiones subsidiarias sólo se actualizarán en el supuesto de que el punto de conexión principal sea imposible.

Ejemplo de un punto de contacto subsidiario se encuentra en la Convención “Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”⁹, el artículo 9º dispone:

“Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable o si su ejecución resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos...”

Esta Convención, por ser relativa a contratos internacionales, permite que sean las partes las que determinen el derecho aplicable, aquí el punto de conexión queda a la voluntad de las partes con lo que se aplica el principio de autonomía de la voluntad.

En este orden de ideas el punto de conexión principal sería el que determinarían las partes y si ellas se abstuvieran de hacerlo, el punto de conexión subsidiario sería el que designará el tribunal después de analizar los elementos objetivos y subjetivos que le permitieran determinar el derecho del Estado con el cual se tuviera el vínculo más estrecho.

Puede ocurrir que no exista un punto de contacto subsidiario, y que en su lugar haya varios, con lo cual habría un concurso de puntos de conexión, en cuyo supuesto pueden presentarse los siguientes puntos de conexión:

- Alternativos
- Acumulativos

PUNTOS DE CONEXIÓN ALTERNATIVOS. En los puntos de conexión alternativos las partes tienen la facul-

⁹ Contreras Vaca, Francisco.- Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.- Oxford University Press.- México 1998 pág 485.

tad para elegir el derecho aplicable, por existir diversas opciones; al respecto el artículo 13 de la “Convención¹⁰ Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción Internacional de Menores” dispone:

“Cuando sea posible la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o instituciones afines, la conversión se regirá a elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción, o por la del Estado donde tenga su domicilio el adoptante (o adoptantes) al momento de pedirse la conversión.

Sí el adoptado tuviera más de 14 años, será necesario su consentimiento”.

PUNTOS DE CONTACTO ACUMULATIVOS.- En estos puntos de contacto, la consecuencia de la norma conflictual designara como derecho aplicable varios sistemas jurídicos, por lo que los efectos sólo se darán cuando haya concordancia entre ambos.

El ejemplo pertinente aquí se encuentra en los artículos 3º y 4º de la “Convención sobre Adopción Internacional”.

Cada norma pertenece a un sistema jurídico diferente, ya que el artículo 3º se refiere a la residencia habitual del acreedor y el artículo 4º al domicilio del deudor los que por la concordancia que tienen, permitirán que la adopción se lleve a efecto.

XI. CONDICIONES O ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL FRAUDE A LA LEY

Niboyet ¹¹ sostiene que la aplicación del **fraude a la ley** requiere de dos condiciones o elementos

- Que exista un fraude a la ley y la;
- Ausencia de cualquier otro medio de sanción.

XI.1. EXISTENCIA DEL FRAUDE A LA LEY

Se ha dicho que el fraude a la ley en el derecho internacional privado consiste en la sustracción al cumplimiento de una disposición imperativa que contraria o prohíbe la realización de un acto del sustractor, quien para obtener lo que desea, busca someterse a la ley cuyo punto de contacto diferente que le permitirá satisfacer sus deseos.

Niboyet sostiene que en el *fraude a la ley existe*: “...la intención, es decir, la voluntad de burlar una ley que contiene una disposición que prohíbe realizar el acto proyectado. “Se trata, es verdad”, sostiene el autor...” de una intención; pero no va acompañada del propósito de causar perjuicio a un tercero, sino tan sólo, del de no respetar la ley”

¹⁰ D.O. 6- II- 1987.

¹¹ Niboyet J. P.- Principios de Derecho Internacional Privado.- Selección de la Segunda Edición Francesa.- Editora Nacional.- México 1957.- pág. 445.

Fraude a la ley: fraus legis facta

117

Hay, en el fraude a la ley un elemento anímico, un *animus* de mentir, de una absoluta ausencia de sinceridad al momento de invocar la aplicación de una ley distinta a fin de burlar la ley original y verdaderamente aplicable, todo ello para obtener los fines deseados y no para regirse en forma normal y definitiva bajo el imperio de la nueva ley.

De acuerdo con lo anterior, lo determinante para la existencia del fraude, es la intención de burlar la ley, intención que deberá ser apreciada y determinada por el juez. Respecto a este punto el artículo 15, (I) de los Códigos Civiles Federal y del Distrito Federal disponen:

“Artículo 15,

No se aplicará el derecho extranjero:

I.- Cuando artificioosamente se hayan evadido principios fundamentales del Derecho Mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión”.

Por lo que se refiere a los actos el fraude a la ley se puede actualizar cuando se evade la realización de la forma o en las reglas aplicables al fondo de los contratos.

XI.2. AUSENCIA DE CUALQUIER OTRO MEDIO DE SANCIÓN

Se ha sostenido que el juez sólo debe recurrir al fraude a la ley, como último medio de sanción, cuando se evade una norma imperativa. Por

lo que si la ley proporciona otras vías para impedir el fraude a la ley, debe acudirse a ellas.

Hay hechos y actos jurídicos que pueden ser sancionados por las propias leyes a las que se acudió para realizar el cambio del punto de conexión, en este supuesto no será necesario que el juez aplique la sanción por fraude a la ley, ya que el hecho o acto será sancionado por la nueva ley.

Puede ocurrir también la necesidad ineludible de sancionar el fraude a la ley, ya que de lo contrario tal conducta ilícita quedaría impune, para ello es necesario declarar que el derecho internacional privado tiene por objeto asegurar el respeto a la ley interna imperativa de un Estado que se proyecta en el espacio, esto es, que mediante el fraude a la ley, los efectos de la violación a la ley interna imperativa salen de su ámbito de aplicación espacial y sus efectos se manifiestan extraterritorialmente.

En este supuesto, el fraude a la ley, debe sancionarse, de lo contrario este acto ilícito quedaría impune, en consecuencia debe satisfacerse el principio de que la ley que es imperativa en el derecho interno, debe continuar con la misma calidad de imperio en el Derecho Internacional. Esto deber ser así, no sólo por la cooperación que los Estados deben darse entre sí, sino también porque debe respetarse la autoridad legítima de cada Estado.

Excepciones aplicables a los títulos de crédito

Alberto Fabián Mondragón Pedrero*

PRIMERO. GENERALIDADES DE LOS JUICIOS MERCANTILES

Así mismo, Eduardo J. Couture, entiende el concepto “juicio” desde dos puntos de vista, a saber:

1. CONCEPTO DE JUICIO

El vocablo “juicio” proviene de la expresión latina “Iudiciun” que significa acto de decir o mostrar el Derecho.¹

Establece Don Manuel Peña y Peña que la palabra “juicio” en el ámbito forense tiene dos diversas acepciones a saber:

“Unas veces se toma por la sola decisión o sentencia del Juez y otras por la reunión ordenada y legal de todos los trámites en un proceso”.²

“En sentido lógico aserción de que a tal o cual objeto conviene o no conviene tal o cual determinación; determinación del Juez consistente en la acción y efecto de juzgar.

En sentido jurídico; atribución de un derecho o imposición de un deber a uno o más sujetos, como consecuencia de una valoración de sus respectivas pretensiones”³

A su vez, Don José R. del Castillo, expresa respecto de Juicios Mercantiles, lo siguiente:

2. CONCEPTO DE JUICIO MERCANTIL

“Son Juicios Mercantiles, los que tienen por objeto el vigilar y decidir las controversias que se originen

* Director del Seminario de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México

¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.- Diccionario Jurídico Mexicano.- Editorial Porrúa, S.A., UNAM. México 1991, Página 1848.

² PEÑA Y PEÑA, MANUEL DE LA.- Lecciones de Práctica Forense Mejicana; Imprenta a cargo de Juan Ojeda. México 1885, Tomo Segundo, Página 2.

³ COUTURE EDUARDO J., Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Editorial de Palma. Segunda Edición. Buenos Aires 1951, Páginas 357 y 358

entre comerciantes o entre personas que practiquen o ejecuten actos mercantiles”.⁴

En tal virtud, se puede considerar que el Juicio Mercantil, surge cuando las partes en un proceso, hacen del conocimiento del Juzgador un litigio vinculado con la producción, o bien, con el intercambio de bienes y de servicios destinados al mercado en general (se integran los conceptos comerciante, mercancía y comercio), para que dicha autoridad decida quién tiene la razón y en qué forma debe ser protegido por el Estado.

No debe pasar desapercibido que la expresión “comerciante” se vincula con la persona que hace del comercio su ocupación habitual con fines de lucro o de especulación comercial; a su vez, la mercancía se identifica con la cosa mueble que es motivo u objeto de trata o venta, y el comercio, entendiéndola como la negociación que se hace comprando, vendiendo o permitiendo la intermediación de géneros, mercancías o servicios destinados al mercado en general.

3. CONCEPTO DE JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL

El Juicio tendrá la calidad de Ejecutivo, cuando tiene como fundamento un documento que traiga aparejada Ejecución, destacando las siguientes características:

⁴ DEL CASTILLO, JOSE R.- *Práctica de Enjuiciamiento Mercantil*; Editorial Porrúa Hnos., Libreros, Editores, México 1920; Página 59.

3.1 La pretensión está ligada al documento;

3.2 En el título se resume todo, en consecuencia, no puede haber nada fuera de el, tratándose de los títulos de crédito (literalidad del documento);

3.3 derecho se integra al documento (incorporación);

3.4 El interés para que se ponga una condena, en cuanto a su extensión, contenido y modalidades surge del título de crédito (literalidad).

Siendo importante establecer la reflexión de Giuseppe Chiovenda en el tratamiento de la vía de Ejecución forzada establece diferentes medios:

“Acción Ejecutiva inmediata a quien funda su pretensión, sobre determinados títulos (actos contractuales públicos, letras de cambio), exonerando, así de la necesidad de provocar la cognición y la providencia del Juez sobre el propio título antes de la ejecución.

Ejecución provisoria en determinados casos, a quien obtuvo una Sentencia de condena, a favor propio, siempre sujeta a medios de impugnación”.⁵

Estableciendo Don José Ovalle Favela, al citar José María Manresa y Navarro, respecto de esta figura, lo siguiente:

“El Juicio Ejecutivo como el procedimiento que se emplea a instancia del acreedor contra el deudor moroso, para exigirle breve y sumariamente el

⁵ Chiovenda, Giuseppe.- *Ensayos de Derecho Procesal*; Tomo I, Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas. Europa-América Bosch y Cía. Editores Buenos Aires, página 335.

Excepciones aplicables a los títulos de crédito

121

pago de la cantidad líquida que le debe de plazo vencido y en virtud de documento indubitable”.⁶

De lo expuesto, se puede establecer que el Juicio Ejecutivo requiere de un documento que traiga aparejada ejecución, por así establecerlo la Norma Jurídica (Artículo 1391 del Código de Comercio), en el cual se presenta un derecho líquido, exigible, determinado o determinable y de plazo cumplido; legitimando a su titular en contra del deudor moroso para exigirle la obligación consignada en el título, y que permite al Juzgador ordenar que se garanticen las cantidades señaladas en el documento al admitirse la demanda.

4. CONCEPTO DE DEMANDA

4.1 CONCEPTO DE DEMANDA

Eduardo J. Couture, al efecto establece:

“Acto Procesal introductorio de instancia, por virtud del cual el actor somete su pretensión al Juez, con las formas requeridas por la Ley, pidiendo una Sentencia favorable a su interés. Documento mediante el cual, el actor comunica su pretensión al Juez con las for-

mas requeridas por la Ley, pidiendo una Sentencia favorable a su interés.”⁷

A su vez, A su vez, Cipriano Gómez Lara, entiende la “demanda” de la siguiente forma:

“El primer acto de ejercicio de la acción, mediante el cual, el pretensor acude ante los Tribunales persiguiendo que se satisfaga su pretensión.”⁸

Efectivamente la “demanda” es un acto procesal que señala el principio de una instancia, en la cual el actor somete su pretensión ante una Autoridad Judicial que tenga Jurisdicción, buscando tener una Sentencia favorable a su interés.

4.2 CONTENIDO DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA

La resolución judicial que decide sobre la demanda y que se identifica con el nombre de “auto de ejecución”, con efectos de mandamiento en forma, en términos del artículo 1392 del Código de Comercio, destacando las siguientes características:

- La fecha en que se emite la resolución judicial;
- La expresión “A sus autos el escrito de cuenta”, es decir, que se integre al expediente la promoción presentada;

⁶ Ovalle Favela, José.- Derecho Procesal Civil. Editorial Harla, S.A., 7ª Edición, México 1995, Página 297. Cita a José María Manresa y Navarro.- Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada. Tomo 5º; Madrid 1891, Página 444.

⁷ Couture, Eduardo J.- Vocabulario Jurídico. Ediciones de Palma, Tercera Reimpresión. Buenos Aires, 1988, Página 209.

⁸ Gómez Lara, Cipriano.- Derecho Procesal Civil. Editorial Trillas, 1ª Edición. México 1984, Página 32.

- La orden de registro de la demanda en el Libro de Gobierno y de inicio del expediente;
- El señalamiento de la persona que comparece, ya sea promoviendo por su propio derecho o con la calidad de representante, mandatario o endosatario, en cuyo caso se hace constar por la Autoridad, los documentos en que se fundamenta dicha calidad;
- El tener por señalado domicilio para oír y recibir notificaciones, y en su caso, el señalamiento de los profesionistas que se autorizan a nombre de la parte actora;
- La orden de admisión de la demanda, indicando en la vía en que se admite, que en el caso en estudio es la Ejecutiva Mercantil (tratándose de títulos de crédito, con el señalamiento ya sea en acción cambiaria directa o en vía de regreso);
- La orden de poner a disposición del Actuario, Secretario Actuario, Ejecutor el expediente con las copias de traslado para que proceda en compañía del actor al requerimiento de pago para el deudor (demandado), respecto de la suerte principal y agregándose demás accesorios legales;
- El apercibimiento para el deudor, en el sentido que en caso de dejar de pagar, se embarguen bienes de su propiedad suficientes para cubrir la deuda, así como los gastos y costas, que se deben poner bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de la persona nombrada por éste;
- El emplazamiento al demandado (plazo de ocho días para que el deudor comparezca ante el juzgado, a hacer pago de la cantidad demandada y las costas o a oponer las excepciones que tuviere para ello), y para tal efecto, debiéndose entregar la cédula en la que se contenga la orden de embargo decretada en su contra, dejándole copia de la diligencia practicada y corriéndole traslado con la copia de la demanda y de los documentos base de la acción procesal;
- Se podrá establecer que cometerá el delito desobediencia el ejecutado, que transmita el uso del bien embargado, sin previa autorización judicial (artículo 1395 párrafo final del Código de Comercio);
- Los preceptos en los cuales se fundamenta el juzgador para admitir la demanda y ordenar auto de ejecución;
- La orden de notificación de la resolución judicial para conocimiento del actor (lo cual, normalmente se realiza publicando el número de expediente);
- La constancia de que el juzgador emitió la resolución, mediante la fe de su Secretario de Acuerdos (Lo proveyó y firma el C. Juez. Doy Fe.);
- La firma completa del Juzgador y del Secretario de Acuerdos.

Excepciones aplicables a los títulos de crédito

123

SEGUNDO. EXCEPCIONES APLICABLES A LOS TÍTULOS DE CRÉDITO

1. CONCEPTO DE EXCEPCIÓN

Ugo Rocco, entiende bajo la palabra “excepción” lo siguiente:

“Es la facultad procesal, comprendida en el Derecho de contradicción en el juicio que corresponde al demandado, de pedir a los Órganos Jurisdiccionales declaren cierta la existencia de un hecho jurídico que produce efectos relevantes, frente a la acción ejercitada por el actor”.⁹

Hugo Alsina, es citado por Eduardo Pallares y establece que la palabra “excepción” tiene tres acepciones, a saber:

“En sentido amplio designa, toda defensa que se opone a la acción; en un sentido más restringido, comprende toda la defensa fundada en un hecho impeditivo o extintivo (de la acción); en sentido estricto, es la defensa fundada en un hecho impeditivo o extintivo, que el Juez puede tomar en cuenta únicamente cuando el demandado lo invoca”.¹⁰

⁹ Rocco, Ugo.- Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Mariano Ayerra Redín; 2ª Reimpresión inalterada. Editorial de Palma, Bogotá y Buenos Aires. 1983, Página 324.

¹⁰ Pallares, Eduardo.- Derecho Procesal Civil; Editorial Porrúa, S. A., 7ª Edición. México 1978, Página 128, Cita Hugo Alsina.- Revista de Derecho Procesal Civil, Año VII. 1ª

A su vez, Alfredo Domínguez del Río, al estudiar el Derecho de contradicción que asiste al reo, en el acto de contestar la demanda, ubica la excepción o la defensa, al tenor siguiente:

“Se entiende como “defensa” y debe de tomarse como tal, en el proceso, cualquier hecho, razón o circunstancia capaz de estorbar, enervar o impedir la acción que se deduce o solamente aplazar su ejercicio. El concepto de “defensa” que es ilimitado, se hace en consonancia con la realidad de la vida. Su diferencia esencial con la excepción es que ésta, constituye una fórmula abstracta consagrada por la experiencia y regulada por el Derecho cuya actualización en cada caso, depende situacionalmente de la forma práctica en que se desarrollan las relaciones de las partes en un negocio cualquiera. El hecho excepcionante o en el que se hace consistir la excepción se encasilla en la forma legal, operando con arreglo a su naturaleza”.¹¹

Considero que el concepto “defensa”, se vincula a cualquier conducta que genera negación de los hechos y derechos constitutivos de la pretensión, obligando al Juez a estudiar todos y cada uno de los elementos de la acción procesal consignados en la demanda, en otras palabras, es el uso genérico de la facultad para defenderse.

Parte, Páginas 3 a 58.

¹¹ Domínguez del Río, Alfredo.- Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S. A., México 1977, Página 130.

La “excepción” en un sentido estricto, se incluye en el ejercicio del derecho de defensa e implica el surgimiento de nuevos o diferentes hechos o derechos encaminados a excluir, dilatar, repudiar o anular la acción procesal iniciada por el actor.

A su vez, la “excepción” se presenta vinculada por un lado, a la conducta de impedir que se pronuncie una Sentencia de fondo, o bien, si se dicta dicha Sentencia, ésta dentro de su contenido produzca la absolución de la demanda.

2. EXCEPCIONES APLICABLES A LOS TÍTULOS DE CRÉDITO (ARTÍCULO 8º DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO)

2.1. INCOMPETENCIA Y FALTA DE PERSONALIDAD

Previo al estudio de la “excepción de incompetencia”, es necesario conocer y aplicar su elemento positivo denominado “Competencia”, bajo las siguientes reflexiones:

2.1.1 CONCEPTO

Don Cipriano Gómez Lara señala:

“La Competencia puede definirse como el ámbito, esfera o campo dentro del cual un Órgano de Autoridad puede

desempeñar válidamente sus atribuciones y funciones”.¹²

A su vez, Don Eduardo Couture, con su gran talento establece:

“Es medida de jurisdicción asignada a un Órgano del Poder Judicial, consistente en la determinación genérica de los asuntos, en los cuales es llamada a conocer en razón de la materia, cantidad y lugar”.¹³

Don Carlos Cortés Figueroa, establecía:

“Es el conjunto de las causas (procesos y procedimientos), en que puede ejercer, según la Ley su jurisdicción, es decir, sus facultades consideradas dentro de los límites en que le son conferidas”.¹⁴

Siguiendo los lineamientos Don Carlos Cortés Figueroa, efectivamente la “Competencia” desde el punto de vista procesal, no es parte de la jurisdicción, sino la medida o contenido de su ejercicio, y de ahí el que se le conceptualice como la medida de la facultad otorgada a un Órgano Jurisdiccional, donde plenamente ejerce sus funciones.

¹² Gómez Lara, Cipriano.- Ob. Cit. Página 141

¹³ Couture, Eduardo J.- Fundamentos de Derecho Procesal Civil.- Ob. Cit. Página 155

¹⁴ Cortés Figueroa, Carlos.- Introducción a la Teoría General del Proceso, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. 1ª Edición. México. Página 121.

Excepciones aplicables a los títulos de crédito

125

2.1.2 CLASES DE COMPETENCIA

Ala “Competencia”, se le puede clasificar, desde el punto de vista objetivo y subjetivo, limitándose exclusivamente al ámbito objetivo, es decir, refiriéndose al Órgano Jurisdiccional sin interesar, quién es la persona física que sea titular, ejerciendo función jurisdiccional.

A su vez, la “Competencia” objetiva puede dividirse en otros criterios, como son los siguientes:

2.1.2.1 COMPETENCIA POR MATERIA

Don Cipriano Gómez Lara, establece:

“En función de las Normas Jurídicas Sustantivas que deberán ser aplicadas para dirimir o solucionar una controversia, conflicto o litigio que se haya presentado a la consideración del Órgano Jurisdiccional respectivo”.¹⁵

Del anterior contexto, se debe tomar en cuenta la autonomía del Derecho Mercantil, el cual tradicionalmente es clasificado dentro del Derecho Privado, independientemente de estar íntimamente ligado con el Derecho Público y el Derecho Social.

Se deberá tomar en cuenta, respecto de la Competencia en razón de materia, el contenido del artículo 1050 del Código de Comercio, que en lo conducente establece:

“ARTICULO 1050.- Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil, la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las Leyes Mercantiles”.

A su vez, deberá aplicarse el texto del artículo 1121 del citado Código de Comercio, precepto que regula la Competencia por razón de materia, con característica de prorrogable, con el fin de no dividir la continencia de la causa en aquellos casos en que existan contratos coaligados o las prestaciones tengan íntima conexión entre sí, o por los nexos entre las personas que litiguen, sea por razón de parentesco, negocios, sociedad o similares, o deriven de la misma causa de pedir. En consecuencia, ningún tribunal podrá abstenerse de conocer de asuntos alegando falta de competencia por materia cuando se presente alguno de los casos señalados, que podrán dar lugar a multiplicidad de litigios con posibles resoluciones contradictorias.

2.1.2.2 COMPETENCIA POR TERRITORIO

Implica que en una área geográfica específica se divida ésta, tomando en cuenta elementos demográficos, económicos y sociales

En la Competencia en razón de territorio, deben tomarse en cuenta tres elementos a saber:

¹⁵ Gómez Lara, Cipriano.- Ob. Cit. Página 143

* Cuando el Juez en el desarrollo de su función jurisdiccional, se delimita a una circunscripción geográfica, y en un segundo lugar cuando se desprende de una Norma Jurídica, el elemento de sujeción de las partes a una determinada circunscripción, en que debe actuar el Juez.

Así, tenemos que el artículo 1104 del Código de Comercio, establece:

“ARTICULO 1104.- Salvo lo dispuesto en el artículo 1093, sea cual fuere la naturaleza del juicio, serán preferidos a cualquier otro Juez:

I.- El de lugar que el deudor haya designado, para ser requerido judicialmente de pago;

II.- El de lugar designado en el contrato para el cumplimiento de la obligación”.

El precepto en estudio, permite que la voluntad de las partes, sea Ley Suprema, toda vez que el deudor puede señalar el lugar en el cual válidamente cumplirá su obligación y la segunda da la facultad a las partes de que establezcan el domicilio, en el cual se deba de cumplir la obligación.

* Un segundo supuesto es el relativo al no señalamiento de un domicilio para que el deudor cumpla con su obligación, en cuyo caso en términos del artículo 1105 del Código de Comercio, es competente el Juez de domicilio del deudor sea cual fuere la acción que se ejercite.

* El tercer supuesto, se presenta cuando el deudor tuviera varios domicilios, será preferido el que elija el acreedor, en términos del artículo 1106 del Código de Comercio.

2.1.2.3 COMPETENCIA EN RAZÓN DE GRADO

Se entiende como las diversas instancias del proceso, generando la división jerárquica de los Órganos que desempeñan la función Jurisdiccional. (Orden Jerárquico, previamente establecido).

2.1.2.4 COMPETENCIA EN RAZÓN DE CUANTÍA

Si se ventila el Juicio Mercantil en un Juzgado Federal, no existe límite en razón de dicha cuantía, sin embargo, cuando conoce un Juez del Fuero Común (competencia concurrente), se toma en consideración lo que establezca la Ley Orgánica de cada uno de los Estados Federales.

2.1.3 INCOMPETENCIA

Elemento negativo de la Competencia, que podrá hacerse valer por inhibitoria o por declinatoria, la cual debe proponerse dentro del término concedido para contestar la demanda en el juicio que se intente, cuyo plazo se iniciará a partir del día siguiente de la fecha de emplazamiento.

Se entiende por “excepción de incompetencia por declinatoria”, cuando ésta se hace valer ante el Juez que emplazó al demandado, dentro del plazo concedido para contestar la demanda, que en el Juicio Ordinario

Excepciones aplicables a los títulos de crédito

127

Mercantil es de quince días y en el Juicio Ejecutivo es de ocho días.

La “excepción de incompetencia por inhibitoria”, se hace valer ante el Juez que se considera competente, dentro del plazo concedido para contestar la demanda; independientemente de la obligación de contestar la demanda ante el Juez que lo emplazó.

Las cuestiones de competencia, en ningún caso suspenden la tramitación procesal, remitiéndose testimonio de lo actuado al Superior Jerárquico para que éste decida lo que en derecho corresponda.

2.2 EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD

En la “excepción de falta de personalidad del actor”, al hacerse valer dicha “excepción” se deberán ofrecer los medios de prueba, en que se fundamente, tramitándose con las reglas de los incidentes, es decir, vista a la parte actora por tres días para que manifieste lo que a su derecho convenga y en su caso, aporte medios de convicción.

Desahogados los medios de convicción, es importante tomar en consideración el artículo 1126 del Código de Comercio, que en lo conducente establece:

“ARTICULO 1126.- En la excepción de falta de personalidad del actor, o en la objeción que se haga a la personalidad del que represente al demandado, cuando se declare fundada una u otra, si fuere subsanable, el tribunal conce-

derá un plazo no mayor de diez días para que se subsane. De no hacerse así, cuando se trate de la legitimación al proceso por el demandado, se continuará el juicio en rebeldía de este. Si no se subsanara la del actor, el juez de inmediato sobreseerá el juicio y devolverá los documentos.....”

Del precepto transcrito se desprende que siendo fundada la “excepción”, si es subsanable la deficiencia, se concede un plazo de diez días para subsanar.

2.3 LA EXCEPCIÓN QUE SE FUNDA, EN EL HECHO DE NO HABER SIDO EL DEMANDADO, QUIEN FIRMÓ EL DOCUMENTO

Se debe realizar una consideración previa, consistente en que inicialmente se presentó una orden de ejecución, sin necesidad de reconocimiento previo, por tratarse de títulos de crédito, en su calidad de documento ejecutivo, en términos de la fracción IV del artículo 1391 del Código de Comercio, y en tal virtud, se requirió de pago, y ante el desconocimiento de la firma, y como consecuencia de ello, el no pago, en cumplimiento del auto de ejecución, se embargaron bienes propiedad del demandado, subsistiendo dicho embargo hasta la conclusión del juicio.

Es una “excepción perentoria”, toda vez que intenta destruir la pretensión ejercitada por el actor, sin embargo, no le es aplicable el principio rector en

materia de pruebas, que hace saber que el que afirma prueba y que la negativa no es materia de prueba, toda vez que en este caso, al desconocerse la firma por parte del demandado, respecto del documento base de la acción procesal, tiene la carga procesal dicho demandado de acreditar cuál es su firma para justificar su excepción.

2.4 LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE REPRESENTACIÓN, DE PODER BASTANTE O DE FACULTADES LEGALES, EN QUIEN SUSCRIBIÓ EL TÍTULO A NOMBRE DEL DEMANDADO

La firma del falso representante, no obliga al representado salvo que dicho representante haya dado lugar con actos positivos u omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio que quien firmó el documento estaba facultado para ello, caso en el cual, no podrá hacerse valer la citada “excepción” con fundamento en el artículo 11 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El falso representante que suscribía un título de crédito en nombre de otro, se obliga personalmente como si hubiera obrado en nombre propio, y si paga adquiere los mismos derechos que corresponderían al representado aparente.

Cabe mencionar, que si el representado aparente ratifica expresa o tácitamente, el acto consignado en el título de crédito, queda obligado, con la salvedad de que a partir de ese

momento empezará a surtirle efectos la obligación consignada en el título de crédito.

2.5 LA EXCEPCIÓN DE HABER SIDO INCAPAZ EL DEMANDADO AL SUSCRIBIR EL TÍTULO

La incapacidad como denominación genéricamente puede surgir por minoría de edad o por estado de interdicción, siendo un hecho objetivo que puede ser conocido en forma genérica por las personas, siendo susceptible de ser comprobado en forma indubitable.

En tal virtud, si un menor de edad aparece con la calidad de aceptante u obligado cambiario al momento de suscripción del título de crédito, independientemente de que fuera mayor de edad al vencimiento del documento, hace procedente la presente excepción, la cual tiene carácter de “perentoria”.

No obstante ello, cualquier otro signatario, incluidos los avalistas responderán de la obligación, al ser deudores solidarios, lo anterior con fundamento en los artículos 12 y 114 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Excepciones aplicables a los títulos de crédito

129

2.6 EXCEPCIÓN FUNDADA EN LA OMISIÓN DE REQUISITOS Y MENCIONES QUE EL TÍTULO O EL ACTO EN EL CONSIGNADO, DEBAN LLENAR O CONTENER, Y LA LEY NO PRESUMA EXPRESAMENTE O NO SE HAYA SATISFECHO OPORTUNAMENTE

La presente excepción contiene diversos supuestos que se deben revisar para efectos de su procedencia o improcedencia, a saber:

2.6.1 Lo correcto es que se cumplan con todos y cada uno de los requisitos al momento de suscripción del documento.

2.6.2 Sin embargo, permite el artículo 15 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que los requisitos y menciones puedan ser satisfechos por quien en su oportunidad debió llenarlos, hasta antes de la presentación del título para su aceptación o para su pago. (No confundir dicho llenado con la alteración en el texto del documento).

2.6.3 A su vez, puede presentarse el supuesto de que algún requisito no aparezca dentro del texto del documento, sin embargo, el Legislador lo presume expresamente, como podría ser el caso en el cual no se señala el domicilio para el cumplimiento de la obligación, en cuya virtud, se presume o infiere que deberá exigirse su pago en el domicilio del deudor.

2.6.4 Concluiré respecto de esta excepción, con la reflexión que realiza el Maestro Rafael de Pina, en cuanto a los efectos del incumplimiento de

los requisitos y menciones que debe contener un título de crédito, el cual señalaba:

“El artículo 14 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece categóricamente que los títulos de crédito y los actos en ellos consignados, no producirán los efectos previstos por la Ley, sino cuando contenga las menciones y llenen los requisitos que la misma establece o que ella no presume expresamente. Siendo los títulos de crédito documento de naturaleza esencialmente formal, la Ley exige para su validez que contengan determinados requisitos y en ausencia de los cuales no producirán efectos de títulos de crédito”.¹⁶

2.7 EXCEPCIÓN DE ALTERACIÓN DEL TEXTO DEL DOCUMENTO O DE LOS DEMÁS ACTOS QUE EN EL CONSTEN

La alteración del texto del documento supone títulos de crédito válidamente emitidos en los que se modifican menciones o actos consignados para hacer más favorable la posición del beneficiario. La excepción tiene por objeto destruir parcial o totalmente la pretensión ejercitada por el actor, mediante el ejercicio de la acción cambiaria.

Sin embargo, para la procedencia o no procedencia de esta excepción,

¹⁶ De Pina Vara, Rafael.- Elementos de Derecho Mercantil Mexicano. Vigésima Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1990, páginas 322 y 323.

es menester tomar en consideración el contenido del artículo 13 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, precepto que regula diferentes supuestos a saber:

2.7.1 En el caso de alteración del texto de un título de crédito, los signatarios **posteriores** quedan obligados, según los términos del texto alterado;

2.7.2 A su vez, en el caso de alteración del texto del título de crédito, los signatarios **anteriores** quedan obligados, en los términos del texto original;

2.7.3 Cuando no se pueda comprobar si una firma, fue puesta antes o después de la alteración, se presume que lo fue antes y en consecuencia, se deberá estar al texto original.

2.8 LA EXCEPCIÓN QUE SE FUNDA EN QUE EL TÍTULO, NO ES NEGOCIABLE

En cuanto a la expresión “no negociabilidad” de un título de crédito, implica una degradación para el documento, toda vez, que se limita su circulación, sin que por ello, deje de ser título de crédito.

Ante la degradación del documento al limitarse su circulación, sus efectos se vinculan fundamentalmente con la legitimación procesal, debiéndose tener en consideración las reglas previstas de los artículos 25 y 27 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

2.9 LA EXCEPCIÓN QUE SE BASA EN LA QUITA O PAGO PARCIAL QUE CONSTE EN EL TEXTO MISMO DEL DOCUMENTO, O EN EL DEPÓSITO DEL IMPORTE DE LA LETRA, EN EL CASO DEL ARTÍCULO 132 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO

Del contenido de la excepción, se aprecia tratamiento limitativo, respecto de las figuras de la quita o para el pago parcial y no se prevé la excepción de pago del documento, siendo la razón de ello, el contenido del artículo 17 de la Ley Cambiaria que preceptúa que al momento de cubrirse la obligación consignada en el título, el mismo debe restituirse o entregarse al deudor.

En consecuencia, el beneficiario solamente debe conservar en su poder el documento, cuando se ha dejado de cubrir la obligación consignada en el mismo y así estará en aptitud de legitimarse para exigir su pago.

Es importante destacar dentro de las casuísticas que pueden surgir en el tratamiento del pago parcial, el evento de pago parcial mediante recibo, el cual solamente podrá hacerse valer como excepción y con el carácter de personal, en contra del sujeto que recibió el pago, siempre y cuando este último sea el beneficiario que exige la obligación cambiaria.

La quita o liberación parcial de la obligación por el principio de incorporación, debe constar en el documento, ya que en caso contrario no surte efectos en contra del tenedor de buena fe.

Excepciones aplicables a los títulos de crédito

131

En cuanto al depósito del importe de la letra a que hace referencia el artículo 132 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, destaca lo siguiente:

2.9.1 Si no se exige el pago del título de crédito al vencimiento, el obligado cambiario, después de transcurrido en su caso, el plazo del protesto, tiene el derecho de depositar el importe del documento genéricamente ante Banco de México.

2.9.2 El depósito que se realiza es a expensa y riesgo del tenedor y sin obligación de dar aviso a éste. (Se omite el aviso, en virtud, de que los títulos de crédito están destinados a la circulación y se desconoce quién es el beneficiario del mismo).

2.10 LA EXCEPCIÓN QUE SE FUNDA EN LA CANCELACIÓN DEL TÍTULO, O EN LA SUSPENSIÓN DE SU PAGO ORDENADA JUDICIALMENTE, EN EL CASO DE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 45 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO

Respecto de la presente excepción, es necesario tomar en consideración los siguientes elementos:

2.10.1 Al solicitarse la cancelación de un título nominativo o de un documento a la orden para su procedencia, debe haberse sufrido el robo o el extravío del citado documento;

2.10.2 Al solicitarse la cancelación del título nominativo o del documento

a la orden, puede solicitarse de igual manera, el pago si se trata de un título vencido o bien, solicitar su reposición o restitución si el vencimiento es posterior a la fecha en que la cancelación quede firme.

2.10.3 Se podrá obtener la suspensión del cumplimiento de la obligación consignada en el título materia de cancelación, hasta en tanto se adquiera la definitividad respecto de dicha cancelación, si se garantizan los daños y perjuicios que puedan generarse a terceros de buena fe.

2.10.4 Es competente para conocer de la solicitud de cancelación el Juez del domicilio del principal obligado.

2.10.5 Cuando alguno de los signatarios del título cancelado, en caso de ordenarse el duplicado correspondiente, se niegue a suscribirlo, el Juez lo hará por él y el documento producirá, conforme a su texto, los mismos efectos que el título cancelado.

2.10.6 Tratándose de un título aporador para que proceda la cancelación, deberá presentarse el supuesto de que el documento no esté en condiciones de circular, por haber sido destruido o mutilado en parte, de conformidad con el artículo 75 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

2.10.7 Finalmente, tratándose de títulos al portador, que hayan sido robados o perdidos, no es procedente la cancelación y solamente existirá una acción preventiva en términos del artículo 74 de la Ley Cambiaria.

2.11 LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La prescripción es el medio de adquirir bienes (positiva) o de liberarse de obligaciones (negativa), mediante el transcurso del tiempo, dentro de los plazos que para tal efecto, establezca la Norma Jurídica.

En Materia Mercantil limitativamente se presenta la prescripción negativa, la cual, se inicia desde el día en que la acción procesal pudo legalmente ser ejercitada en juicio.

La acción cambiaria directa vinculada con la letra de cambio del pagaré, se extingue por prescripción al transcurrir el plazo de tres años, sin ejercicio de la acción procesal, o bien, desde que concluyan los plazos a que se refieren los artículos 93 y 128 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (vencimiento a cierto tiempo vista y vencimiento a la vista, para los efectos en el primer caso de la aceptación y en el segundo de su pago).

En el cheque el plazo de prescripción de la acción cambiaria es de seis meses, teniendo como fundamento el contenido del artículo 191 fracción III y 192 de la Legislación Cambiaria.

2.12 EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD CAMBIARIA

Don Roberto Mantilla Molina, establece respecto de la caducidad cambiaria, lo siguiente:

“La Ley denomina caducidad a este modo de extinguirse la acción cambiaria de regreso; pero se trata, propiamente de una prescripción. El intérprete, el expositor sistemático de un sistema jurídico, está vinculado por las Normas del Legislador; no lo está por sus clasificaciones o calificaciones doctrinales, cuando resulten erróneas. En realidad, es una prescripción la que se prevé en las dos hipótesis mencionadas, pues la acción ya se perfeccionó y el transcurso del tiempo la extinguirá”.¹⁷

Considero que en el ámbito de los títulos de crédito, se debe de entender como caducidad cambiaria, cuando el derecho no llega a surgir, en virtud de no haberse salvo guardado, como sería el caso de la falta de levantamiento del protesto.

Don Roberto Mantilla Molina, considera que la caducidad cambiaria es de oficio al señalar lo siguiente:

“En cuanto a la verdadera caducidad, que implica no llegó a existir la acción cambiaria que indebidamente se ejercita, juzgo justificado que se incluya dentro de las defensas oponibles, dada la posibilidad de que el Juez de entrada a una demanda, en que se hace valer una inexistente acción de regreso, bien por error, bien porque no sea patente la caducidad (v gr.: falta de presentación oportuna de una cambial, que lleva la cláusula sin protesto)...”.¹⁸

¹⁷ Mantilla Molina, Roberto L.- Títulos de Crédito Cambiarios; Editorial Porrúa, S.A., México 1977, Página 231

¹⁸ Mantilla Molina, Roberto L.- Ob. Cit. Página 246.

Excepciones aplicables a los títulos de crédito

133

No obstante lo anterior, considero que la denominada caducidad cambiaria, en su tratamiento procesal debe desarrollarse a petición de parte, lo anterior, se justifica ya que por un lado, si se contempla a la caducidad como una excepción, implica la oportunidad de una conducta procesal para la parte demandada encaminada a entorpecer o destruir la acción procesal ejercitada por el actor.

En tal virtud, si el Legislador hubiese querido que la caducidad se presentase de oficio, no la hubiera regulado dentro de las excepciones que pueden oponerse a la exigibilidad de un título de crédito.

Un ejemplo claro de que la caducidad debe ejercitarse a petición de parte, es el contenido de los artículos 186 y 191 fracción III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Efectivamente se regula en el artículo 186 de la Legislación Cambiaria, que aún cuando el cheque no haya sido presentado o protestado en tiempo, el librado debe pagarlo mientras tenga fondos del librador suficiente para ello. En este caso, se aprecia que si fuese de oficio la caducidad, no permitiría el pago.

A su vez, en el tratamiento de la fracción III del artículo 191 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se genera carga procesal para el demandado de demostrar la figura de la caducidad, toda vez que el deudor debe acreditar con medio de prueba idóneo que durante el tiempo que se tuvo para la presentación del cheque, existieron fondos suficientes en la Institución de Crédito librada.

Siendo concluyente que si se trata-se de una caducidad de oficio, el factor tiempo daría intervención directa al juzgador y no requeriría ningún medio de convicción.

Concluyendo la caducidad cambiaria, se presenta cuando el derecho no llega a nacer, por no haberse salvaguardado mediante el ejercicio de algún acto jurídico previo. Se trata de una excepción que debe ejercitarse a petición de parte interesada.

2.13 EXCEPCIONES PERSONALES QUE TENGA EL DEMANDADO, EN CONTRA DEL ACTOR

Muy variadas son las excepciones de este tipo, que el demandado puede hacer valer, tienen este carácter las que resultan de las relaciones surgidas entre las partes en controversia, ya sea al celebrarse el acto o negocio jurídico que dio lugar a la creación del título de crédito o al transmitirse el mismo.

Respecto de la transmisión, de los títulos de crédito, es pertinente destacar lo siguiente:

2.13.1 Cuando circulan los títulos de crédito, el tenedor del documento adquiere un derecho nuevo y diferente en relación a la anterior titular, por el elemento autonomía.

2.13.2 Sin embargo, si circula un título de crédito mediante endoso en propiedad, después de su vencimiento, al tenedor del documento, se le pueden hacer valer las excepciones personales que se tuvieran en contra

de su cedente, de conformidad con el artículo 37 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que a la letra establece:

“ARTICULO 37.- El endoso posterior al vencimiento del título surte efectos de cesión ordinaria.”

Concluiré señalando que las REFLEXIONES JURIDICAS que con-

tiene esta Investigación, se encaminan a fortalecer y demostrar lo apasionante que es el mundo del Derecho y dentro de sus contenidos la revisión de una parte del Derecho Mercantil, en el Ámbito Sustantivo de los Títulos de Crédito, coordinándose con la Materia Adjetiva como lo es Derecho Procesal Mercantil.

La equidad y la justicia actual en México

José Pablo Patiño y Souza*

Al hablar de justicia en cualquier parte del orbe, se hace necesario recordar las palabras del ilustre jurista romano Ulpiano, quien al respecto decía: “Justicia es dar a cada quien lo suyo, dar a cada quien lo que merece”, pero a través de los tiempos la impartición de justicia ha evolucionado de forma muy diversa y cada país la ha aplicado como ha considerado procedente, usando diversos métodos y sistemas de acuerdo a las características políticas de cada país.

La Equidad y la Justicia son dos valores que coexisten no siendo posible su separación, a los que aspira cualquier sociedad civilizada, sin embargo hemos observado que en el transcurso de la evolución de la humanidad, el ser humano ha sido objeto de vejaciones por parte de sus congéneres, incluso cuando se está en igualdad de condiciones. Ante ello, como seres racionales, hemos anhelado que a todas las

personas se les de el mismo trato y que reciban lo que les corresponde. Es ahí donde surge el concepto de Justicia siendo incluso divinizado por algunas culturas encontrando una de sus manifestaciones mas importantes en la Equidad, cuyo significado, en un primer acercamiento, se equipararía a la Igualdad.

Por la trascendencia que ha tenido la Equidad para la dignidad de todo ser humano, es de destacarse que en el sistema judicial mexicano puede percibirse su existencia en las normas escritas que pretenden igualar las condiciones de los que son desiguales por naturaleza; sin embargo, al momento de aplicar la Equidad, es decir, de impartir justicia por los encargados de hacerlo, muchas veces no se hace con apego a la ley, bien por omitir la ley existente o bien por la indolencia de quienes las aplican, esto debido a que el criterio del encargado de procurar o administrar la justicia, se ve influenciado por distintas percepciones o presiones políticas, debido a las necesidades

* Director del Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

del servicio, a la experiencia, valores y formación del funcionario o juzgador quien tendrá una mayor o menor capacidad en el momento de emitir su resolución, cuando se pervierte el espíritu de la ley, y aparece la expresión más deleznable, la corrupción con la que se manejan la mayoría de los asuntos en el ámbito penal, por poner tan sólo un ejemplo, con las perniciosas repercusiones que ello trae a la sociedad en su conjunto.

Lo anterior evidentemente se encuentra relacionado con la idea de bien común o interés colectivo en el sentido de que para el funcionamiento de las instituciones que constituyen la maquinaria estatal, es necesario pagar un costo que en nuestra realidad globalizada es cuantificable en dinero; tal es el costo que requiere mantener a personas reclusas independientemente de las razones jurídicas que existan para ello.

Es innegable que en nuestra sociedad actual, existe una alta incidencia delictiva, lo que es totalmente opuesto al concepto de bien común pues lo deseable por la sociedad es la seguridad y tranquilidad de la comunidad. Ello a su vez se traduce en que en la sociedad existe una grave carencia de educación principalmente y una crisis de moralidad que torna hostil la realidad actual.

Todo individuo que sea causante de un daño social debe ser investigado en su caso procesado, no sin darle la oportunidad de defenderse en un juicio público y probar su inocencia, y no haciéndolo el Estado en uso de *Ius Puniendi* de considerarlo responsable

del delito cometido, deberá recluirlo para que sea reeducado, reordenado, reorientado de tal forma que no sea dañino a futuro e improductivo para la sociedad, esto para lograr el bien común.

El concepto de Equidad es aplicable tanto para las personas que han delinquido como producto de su inciviliización, cuanto para las personas cuya misión es la de procurar y administrar justicia, así como para los encargados de readaptar al delincuente.

Es importante destacar que no todas las personas reclusas son delinquentes, ya que es de todos conocido que existen incontables casos de personas que se encuentran privadas de su libertad en razón de que judicialmente han sido declaradas culpables por no haber contado con una adecuada defensa, y por venir a llenar las estadísticas necesarias en una sociedad que vive una realidad que no existe.

Los Principios de la Equidad sobre los cuales están basadas las leyes penales, son el perfil jurídico que expresa la experiencia ética y moral de la humanidad; y los que encontramos en todos los sistemas éticos, morales y religiosos; y los cuales descansan en el eterno postulado de la hermandad humana.

La Equidad puede entonces ser definida como la aplicación de los valores y principios que rigen una sociedad dentro del marco de justicia en una sociedad moralmente madura.

Los estudiosos del derecho tienen la obligación de formular una seria crítica tanto al sistema de justicia penal

La equidad y la justicia actual en México

137

en vigor, como al sector de la sociedad que se encarga de impartir justicia; en aquellas personas que por tener la gran responsabilidad de tan noble labor, se les consideraría como las más conscientes, preparadas, honorables, respetables y demás cualidades que describen la aptitud de los juzgadores encargados de la impartición de la justicia penal, que es la que se encarga de castigar las conductas antisociales de carácter criminal con el objetivo de erradicarlas a través de la quimera llamada readaptación.

¿Qué medidas se deben tomar para que la Equidad retome su relevancia como esencia de la Justicia?

La sanción a la violación de una norma jurídica es la multa, la cárcel, la relegación, el confinamiento, incluso, la muerte en ciertos lugares; la sanción es aplicación de la fuerza física que el tiene el Estado, en la aplicación del llamado *lus Puniendi*.

La Justicia cuya misión es la aplicación del Derecho y tiene como herramienta principal a la Equidad, que conlleva a un Estado de Derecho justo y respetuoso de las garantías individuales, cuyo fin principal es salvaguardar la integridad del individuo frente a actos de sus semejantes y la conservación del orden social.

Se dice que las leyes hechas por los seres humanos se basan en la voluntad de la mayoría que se expresa a través del legislador, lo cual las hace equitativas para la sociedad o bien común, sin embargo, no debemos olvidarnos del otro sentido que constituye lo equitativo individualmente lo

que está más acorde con el motivo por el cual existe la Justicia.

En un primer sentido, la Equidad expresa la idea de una concepción de Justicia basada en la igualdad anterior a la ley y en el respeto a los derechos de cada ser humano. La Equidad entendida así, se origina en el deseo de dar a cada uno lo que le corresponde, al reconocer los derechos de cada persona, esto no está en contradicción con la ley, por el contrario, se encuentra incluida en la ley y constituye en cierto modo una directriz general que inspira al mismo tiempo a la aplicación de una ley justa.

“La dicotomía que existe entre las metas del orden social y la justicia individual que representa la palabra “Equidad”, y sus diversos sinónimos, son usados en dos sentidos diferentes; en sentido general de lo que es deseable y justo, lo cual es el objetivo de toda ley, y en sentido específico de un elemento de una ley el cual introduce valores éticos distintivos en las normas legales. Luego entonces se deduce que el Derecho contempla y supone a la Equidad como requisito para lograr la Justicia.

La evolución del Derecho tiende a una Justicia ideal que resuelva todos los casos con criterios propios de cada uno. La Equidad expresa esa tendencia; se manifiesta como forma específica de la evolución del Derecho. Es por ello por lo que se debe reconsiderar la relación del Derecho con el vínculo de las relaciones interpersonales para identificarlas con el ideal de Justicia.

Como Decía el autor A. Ralph Newman “En todas las sociedades civilizadas las cortes están directamente impedidas para decidir los juicios en concordancia con los principios de la moralidad; empero, la moralidad debe formar parte de nuestras normas legales a no ser que estemos preparados para descartar nuestras convicciones morales en los puntos de tensión en los cuales las ideas morales son más necesitadas.”

Cuando eso se logre, entonces estaremos en aptitud de percibir la Justicia a través de la Equidad y nos mostraremos más flexibles al imperio de la ley sin perder de vista su objetivo que es lo justo, y el bien común.

La Equidad es el Principio General del Derecho por excelencia bajo el que se encuentran previstas todas las situaciones de derecho. Pues bien, cabe inicialmente preguntarnos ¿Es la Equidad un Principio General del Derecho? o ¿Los Principios Generales del Derecho emanan de la Equidad? En nuestra opinión, ambas interrogantes podrían recibir una respuesta afirmativa.

A todas luces la Equidad es un Principio General del Derecho debido a que toda incertidumbre que se genere dentro del sistema jurídico, debe resolverse a través de la equidad, ya que dicho valor constituye el grado máximo de abstracción por contener *per se* toda noción de Justicia, que se pueda tener debido a que, si la Equidad está presente entonces los involucrados en un conflicto penal no podrán nunca argumentar haber sido dañados en su esfera jurídica, por lo tanto es de esti-

marse como principio y fin a la vez de la seguridad jurídica y del estado de derecho.

En México, la aplicación de la justicia actual, dista mucho de serlo; pues cualquier letrado que hable de justicia debe considerar que dicho término es equiparable al de igualdad, al de equidad, entre las partes contendientes en toda problemática jurídica y más aún, tratándose del Derecho Penal; nuestros grandes procesalistas siempre han destacado en la enseñanza del Derecho Procesal Penal, el famoso triángulo procesal, en cuya cúspide se encuentra el juzgador, sea Juez o Magistrado, y en las partes inferiores de dicho triángulo, se ubican de un lado el Ministerio Público, parte acusadora y el ofendido, y en la otra, el defensor y el acusado.

Ante tal enseñanza, los que se inician en el estudio del Derecho Procesal Penal, consideramos que todo es equitativo, preclaro, justo y que la justicia es el valor más alto al cual todo ser humano debe aspirar, debiendo existir una completa confianza en las autoridades encargadas de impartirla; sin embargo cuando el estudiante empieza a realizar sus primeras prácticas del derecho, para aprender en el campo de la realidad la aplicación de esa justicia que aprendió en las aulas universitarias, se da cuenta de que la realidad dista mucho de contener aquellas enseñanzas que aprendió en las aulas, y después de algunos años de ejercicio profesional llega a la conclusión de que en México no existe el valor insustituible de lo que llamamos justicia.

La equidad y la justicia actual en México

139

En el ámbito penal, vemos que la institución encargada de la persecución del delito y del delincuente lo es el Ministerio Público, creación del Estado Mexicano, a raíz del constituyente del 1917 que desplazó al Juez Penal encargado de perseguir los delitos, juzgarlos y ejecutar las penas que a éstos correspondieron; la institución del Ministerio Público es de origen francés y fue incluida en nuestra Carta Magna por el Constituyente de Querétaro, siendo su fundamento el artículo 21 de nuestra Constitución, que lo faculta para la persecución del delito y del delincuente y el ejercicio monopólico de la acción penal, sin dejar de apreciar, que las reformas del 18 junio del año 2008, ya permiten el ejercicio de la acción penal al particular, sin embargo, aún no se ha instrumentado debidamente la forma en que el particular podrá ejercitar dicha acción penal.

A través del tiempo y de las múltiples reformas que han sufrido los Códigos Penales y los Códigos de Procedimientos Penales del Distrito Federal, y de los diversos Estados de la República, hemos visto como las Procuradurías Generales de Justicia de las diversas entidades federativas, así como la Procuraduría General de la República, se han ido transformado en verdaderas instituciones especializadas en perseguir al delincuente, dotadas de los adelantos técnicos más sofisticados y de un destacado grupo de servicios periciales e investigadores, para estar en aptitud de perseguir y combatir al delito y al delincuente, creyendo que con esto se abatirá el aumento de la delincuencia y la crimi-

nalidad, sin embargo, para que exista un verdadero estado de derecho, así como se debe efficientar la procuración de justicia a no dudarlo, deben efficientarse también las instituciones publicas encargadas de la defensa de los derechos del imputado, lo que lamentablemente no ocurre en nuestras grandes ciudades, puesto que hemos mejorado día a día el aparato burocrático de acusación, y lamentablemente los gobiernos estatales y federales en su afán de modernizar sus Procuradurías, se han olvidado de la defensa del inculcado, y por consiguiente han omitido dotar con los mismos elementos técnicos con los que cuentan las Procuradurías Generales de Justicia de los Estados a las diversas defensorías públicas tanto federal como estatales, a efecto de equiparar sus funciones tanto acusadora como defensora, dejando inconscientemente que las Procuraduría Generales de Justicia procedan como auténticas instituciones que se asemejan a modernas inquisiciones, que trabajan únicamente para ver a quien culpan y consignan por los delitos denunciados, sin importarles si se trata del verdadero culpable o no, puesto que tal parece que lo que más importa son las estadísticas, olvidándose por completo que su función primordial, que consiste en procurar justicia aplicando el Derecho Penal desde la forma más humanística que pueda existir, realizando una exhaustiva investigación de cada uno de los hechos denunciados posiblemente constitutivos de delito, y determinar con certeza jurídica si la persona considerada como probable

responsable, fue verdaderamente el autor del delito denunciado, debiendo existir pruebas y datos suficientes en la indagatoria, para que la institución del Ministerio Público este en aptitud de ejercitar la acción penal e iniciar el funcionamiento del aparato judicial (poder judicial), con lo cual se pone en marcha la aplicación del derecho de más dañosidad social que existe, que lo es, a no dudarlo el Derecho Penal.

Al referirnos a la dañosidad social que conlleva la aplicación del derecho penal, lo hacemos en la reflexión de que el derecho penal no solamente castiga al infractor de la ley, que de hecho merece una punibilidad por los delitos cometidos, que innegablemente dañaron o lesionaron alguna parte de la sociedad; pero extrañamente el responsable de un delito no es el único que resiente el castigo de la ley penal, sino que en la aplicación de la pena que merece, también son indirectamente sancionados, personas inocentes que por haber cometido el grave pecado de tener algún lazo de unión, parentesco o familiaridad con el procesado, sufren directamente las consecuencias de la aplicación del derecho penal, como son los padres, los hermanos, la esposa, los hijos del procesado y todos aquellos parientes o amigos que tengan alguna cercanía con éste, personas que no cometieron ningún delito y que son totalmente ajenas a la comisión del mismo, sin embargo sufren en carne propia la aplicación del derecho penal, por lo tanto se debe observar como regla general, que el Derecho Penal debe utilizarse como última ratio

y no tratar de resolver toda la problemática social mediante la aplicación de Derecho Penal.

La moderna institución del Ministerio Público, no cumple cabalmente con los principios de actuación a que le obliga la Constitución y que son el de Estricta Legalidad, el de Constitucionalidad de la Ley, y el de Buena Fe, hemos observado que cada día que pasa, en su actuación cotidiana, la institución ministerial ha dejado de aplicar dichos principios; y en su afán por perseguir al delincuente y al delito, e incrementar las estadísticas de personas que son puestas a disposición de un juez penal, en forma cotidiana viola un sin número de garantías constitucionales en perjuicio del acusado, siendo una de las más importantes el derecho constitucional que tiene todo inculcado a tener una defensa adecuada; nos preguntamos ¿Qué es una defensa adecuada?, ¿En que consiste tener una defensa adecuada?; es una garantía contenida en el Artículo 20 Constitucional apartado A fracción IX de la Constitución que aún se aplica, y en el artículo 20 Constitucional apartado B fracción VIII, de la reforma constitucional ya aprobada, que sin lugar a dudas constituye una de las garantías de las más importantes que debe respetar el Estado mexicano, en el ejercicio del ius puniendi, y consiste en que el defensor público o particular, con los conocimientos necesarios en materia penal, asesore y acompañe al inculcado al momento en que esté rinda su declaración ministerial, y previamente le informe de los derechos y garantías

La equidad y la justicia actual en México

141

constitucionales, que en su favor con-
signan la propia Carta Magna.

Atento a lo anterior, analizaremos el
quehacer del Ministerio Público inves-
tigador que labora en las agencias
investigadoras del Ministerio Público
ubicadas en todo el territorio del Dis-
trito Federal, y que manejan averigua-
ción previa con detenido, que a saber
son 72 agencias, las cuales como es
de todos conocido laboran tres tur-
nos de 24 por 48 horas con un perso-
nal integrado por el titular del turno y
tres o cuatro secretarios del Ministerio
Público según las necesidades del ser-
vicio, así como el apoyo total e incon-
dicional de la policía judicial ahora lla-
mada policía de investigación, y de un
cuerpo de peritos que abarcan todas
las ramas del saber humano.

En efecto, el Ministerio Público en
la integración de una Averiguación
Prevía, puede solicitar peritos en cual-
quier materia, como son: aeronáutica
civil, tránsito aéreo, tránsito terrestre,
incendio, químico, dactiloscopia, foto-
grafía, psiquiatría, medicina forense,
reconstrucción facial, odontología
forense, valuadores, médicos legistas,
topógrafos, electricistas, siniestros,
criminalística, balística, documentos-
copia, contadores, ingenieros, archi-
tectos, y todas las ciencias forenses
que de alguna manera coadyuvan al
esclarecimiento de un hecho tipifica-
do como delito, llegando al absurdo
de que si el Ministerio Público solicita
peritos en ciencias ocultas, le man-
dan a la “Paca” como verdaderamente
ocurrió en el caso tan sonado en la fin-
ca “El Encanto”, cuando el Ministerio
Público Federal “sembró” un esqueleto

y la supuesta adivina llamada Francis-
ca Zetina Chávez, alias la “Paca”, al
servir como perito en adivinaciones,
le indicó al Ministerio Público Federal,
el lugar exacto en donde se localiza-
ba el supuesto esqueleto del diputado
federal, Manuel Muñoz Rocha, mismo
que fue sembrado por los funcionarios
del Ministerio Público tiempo atrás,
desatándose un escándalo en la Pro-
curaduría General de la República que
llevo a la cárcel al fiscal encargado de
esas investigaciones.

De tal hecho y de una lista innu-
merables de actos similares realiza-
dos por la institución del Ministerio
Público, se advierte que no siempre la
institución ministerial se ha conducido
en estricto apego a la legalidad, princi-
pio que le obliga a observar la propia
Constitución, violentando sin control
alguno las garantías constitucionales
que le asisten a todo gobernado, máxi-
me si de trata de un indiciado.

Una de las violaciones mas recu-
rridas por la autoridad ministerial es la
violación de la garantía de adecuada
defensa, pues basta observar que las
agencias del Ministerio Público depen-
dientes de la Procuraduría General de
Justicia del Distrito Federal, que traba-
ja con detenido, y como ya se mencio-
no llegan al número de 72, y por otra
parte la defensoría Pública de Oficio,
dependiente de la Consejería Jurídica
del Distrito Federal, cuenta únicamen-
te con 56 defensores en el primer tur-
no, 57 defensores en el segundo turno,
59 en el tercer turno, debiéndose men-
cionar, que en cada turno laboran 12
defensores de oficio con horario espe-
cial que es de 9 de la mañana a 5 de

la tarde, y que por lo tanto no cubren las 24 horas que labora el Ministerio Público, ante tal situación hay un déficit de defensores de 28 defensores en el primer turno, de 27 defensores en el segundo turno y de 25 defensores en el tercer turno, plazas que la defensoría pública de oficio debió de haber cubierto desde hace mucho tiempo y que en la actualidad no se cuenta con el personal necesario para cubrirlo.

De lo expresado con anterioridad, se desprende, que no todas las agencias investigadoras del Ministerio Público cuentan con un defensor de oficio que trabaje el turno completo de 24 horas, esto aunado a que en cada turno hay más de 25 agencias investigadoras que no cuentan con un defensor de oficio adscrito, y en ocasiones un mismo defensor atiende dos o tres agencias investigadoras, sin tener los medios necesarios para transportarse de una agencia a otra y por lo tanto no puede cumplir su función cabalmente, pues al atender una agencia investigadora y desplazarse a ella descuida y deja de atender a la que está adscrito.

Esta importante función ha sido descuidada por el gobierno del Distrito Federal a no asignar más presupuesto a la Defensoría Pública de Oficio, en detrimento y violación de la garantía constitucional que exige que todo acusado tenga derecho a una adecuada defensa, y para tratar de justificar la falta de defensores públicos de oficio, que presten sus servicios en forma gratuita y asesoren a los indiciados en las averiguaciones previas que la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal inicie con detenido, y que

en su gran mayoría no cuentan con el dinero suficiente para contratar los servicios profesionales de un abogado defensor particular, en forma invariable los agentes del Ministerio Público de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y de los Estados, que se encuentran integrando las averiguaciones previas con detenido en el turno de 24 hrs. de trabajo por 48 hrs. de descanso, nombran como abogados defensores de los inculcados que se encuentran detenidos, a algún familiar o amigo del inculcado, que lo acompañe en ese momento, considerándolos como persona de confianza, personas que casi siempre carecen de estudios profesionales, y que en ocasiones apenas terminaron sus estudios primarios, ante tal situación no se encuentran debidamente capacitados para realizar la importante función de fungir como defensores particulares, que puedan realizar una adecuada defensa, y únicamente realizan la función de acompañante del inculcado y en ocasiones se llega al grado de que el Agente del Ministerio Público o secretario le advierta al supuesto defensor que lo es un familiar del acusado, que no puede intervenir en el desarrollo de la declaración que está rindiendo el acusado y que si lo hace, se verán forzados a pedirle que abandone de el recinto donde se lleva a cabo la declaración ministerial, situación que resulta indigna por parte de la institución ministerial, pues con ello está violentando la garantía constitucional de adecuada defensa, importante función que la Constitución le encomienda a las instituciones encargadas de pro-

La equidad y la justicia actual en México

143

curar justicia como lo es el nombrarle a todo detenido, un defensor público con los conocimientos necesarios para ejercer una adecuada defensa, con lo que cotidianamente la Institución del Ministerio Público cuya función primordial radica en vigilar que todo acto jurídico se realice dentro de la más estricta legalidad, paradójicamente es la propia Institución del Ministerio Público la que en su actuación cotidiana de investigar y perseguir al delito y al delincuente, viola las garantías constitucionales de los ciudadanos que se ven involucrados en la comisión de un hecho delictuoso, y ante tal deficiencia no se puede hablar de equidad mucho menos de justicia.

Ante los múltiples casos que la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, consigna una averiguación previa con detenido, es posible observar que en la mayoría de ellos no se contó con un defensor de oficio que realizara una defensa adecuada de los intereses del indiciado, ya que a éste supuestamente lo defendió un familiar o amigo en su calidad de persona de confianza, defensa que resulto nula, y más grave aún que el Juez penal al darse cuenta de tal irregularidad lo permita, con lo cual se vuelve un cómplice de las violaciones constitucionales que cometió el Ministerio Público en la averiguación Previa, situación que definitivamente viola la garantía individual consagrada en el artículo 20 constitucional apartado A fracción IX de la constitución aún aplicable, en nuestro país.

Resulta de vital importancia, que toda persona que se ve involucrada en algún problema jurídico penal, y es presentada ante el Ministerio Público, cuente de inmediato con un asesoramiento integral de un defensor, consistente en hacerle saber al inculgado los derechos que en su favor le confiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y no como en la realidad sucede que el detenido, una vez que es puesto a disposición del Ministerio Público, es conducido a una galera de la agencia investigadora, lugar donde pasa muchas horas incomunicado y muchas veces sin saber el motivo por el cual se encuentra detenido, llegando al absurdo, que las personas que llegan a la agencia investigadora a preguntar por él, se les prohíbe entrevistarse con el, detenido y comunicarse con él pretextando que todavía no ha declarado, y por lo tanto nadie puede entrevistarle, lo que constituye otra violación a los derechos constitucionales del detenido, quien no es asesorado por defensor alguno, sin poder comunicarse con sus familiares ni enterarse el motivo el cual se encuentra detenido, y la gran mayoría de la veces permanece incomunicado sometido a interrogatorios por parte de la policía investigadora, por largas horas, y en las mas de las veces se le obliga a declarar por medio de la violencia moral o física; situación que pasa inadvertida para el defensor público si es que existe y peor aun cuando en dicha agencia no se cuenta con un defensor que este al pendiente de las personas que estén en calidad de detenidas y que no actué únicamente

cuando lo llaman para que asista en la declaración que va a rendir el detenido ante la autoridad ministerial.

Una vez que el iniciado ha rendido su declaración ministerial, enterándose previamente del delito que le imputan, de las personas que deponen en su contra y de los peritajes que ya obran también en su contra, el defensor de oficio si es que lo hay, se ve imposibilitado para presentar pruebas de descargo y mucho menos peritajes de defensa que contradigan los dictámenes oficiales rendidos por peritos oficiales, esto obedece a que la defensoría pública de oficio no cuenta con un cuerpo de servicios periciales como el de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y en caso de que decidiera presentar un peritaje de defensa, tendría que ser costado por el acusado o sus familiares; ante la imposibilidad de costear los honorarios del perito de defensa, invariablemente el defensor opta por no presentar ningún peritaje de defensa para contradecir los peritajes oficiales, y es ahí donde la balanza de la justicia, se empieza a inclinar en favor de la Procuraduría y de los intereses que está representa, situación que en forma idéntica ocurre en el proceso penal, pues es la misma defensoría pública de oficio la que representa los intereses del procesado, y basta una simple visita a cualquier juzgado penal para darse cuenta de las condiciones de desigualdad absoluta en las que opera el defensor de oficio adscrito a Juzgados, que no cuenta ni siquiera con una oficina en la cual el defensor de oficio pueda atender las causas penales que

le han sido encomendadas, y si bien le va, dentro del juzgado donde esta adscrito, le acondicionan un pasillo como oficina, y la computadora que se maneja en dicha oficina es propiedad del defensor, quien la compro de su peculio; así mismo éste carece de los suministros de papelería y demás artículos de oficina más indispensables para poder llevar a cabo su labor, contrastando con el desempeño de la oficina del Agente del Ministerio Público adscrito, quien cuenta con un espacio amplio, dos o tres computadoras proporcionadas por la Procuraduría; de Justicia y dos o tres secretarios, que le ayudan en su labor, con lo cual una vez más se demuestra que la Institución de la Defensoría siempre ha estado en una situación de inferioridad en recursos humanos, y materiales con los que cuentan las Procuradurías Generales de Justicia, minimizando la función de la defensoría pública, que resulta en un estado de Derecho tan importante como la Procuraduría; para que podamos afirmar que vivimos en un Estado de Equidad y Justicia, sin embargo se le exige que cumpla el sagrado deber de defender los intereses de los acusados, ante lo cual debemos concluir que mientras no exista una equidad presupuestaria entre las Procuradurías de Generales de Justicia y las Defensorías Públicas de Oficio, no podemos afirmar que en México se aplique la justicia como un valor al que todo ser humano aspira.

No solo la sana crítica debe hacerse presente por parte de los estudiosos del derecho penal, sino que además es deber del ciudadano par-

La equidad y la justicia actual en México

145

ticipar en las posibles soluciones que resuelvan la problemática jurídica que vivimos; en el caso que nos ocupa, es urgente equiparar las funciones de procuración y administración de justicia, con una verdadera equidad, para lo cual los gobiernos estatales y federal, deben destinar mayores recursos económicos, e igualar las condiciones de trabajo y los sueldos tanto del Ministerio Público como los Defensores de Oficio, asimismo se debe crear un Instituto Autónomo de Ciencias Forenses, que no dependa de ningún poder, que contenga todas las especialidades periciales con que cuentan las Procuradurías General de la República y General de Justicia del Distrito Federal, que presten sus servicios en forma gratuita, en el Distrito Federal tanto a la procuraduría del Distrito Federal como a la Defensoría Pública de oficio dependiente del Gobierno del Distrito Federal, Instituto al cual tengan acceso tanto los defensores de oficio

adsritos a agencias investigadoras como los adsritos a juzgados penales del fuero común con lo cual el acceso a la equidad y a la justicia en materia penal dejaran de ser una quimera.

Situación que ya acontece en el Estado de Jalisco donde ya funciona un Instituto autónomo de Ciencias Forenses, que presta sus servicios en forma gratuita tanto a la Procuraduría General de Justicia del Estado de Jalisco, como a la defensoría pública del mismo Estado, realizando una verdadera labor de equidad y justicia, puesto que la defensoría pública de oficio de aquel estado ya cuenta con los mismos servicios periciales que la Procuraduría General de Justicia de Jalisco, a favor de la realización de una defensa adecuada, que como mandato constitucional contiene nuestra Carta Magna, en beneficio de la sociedad mexicana, y solo así estaremos en la posibilidad de afirmar que en México empieza a darse la Equidad y la Justicia.

La presunción de inocencia en la reforma penal constitucional

Margarita Maria Guerra y Tejada*

Las Reformas Constitucionales 2007-2008 fueron publicadas el 18 de junio de 2008 y de los documentos emitidos por las Cámaras de Diputados y Senadores, sus proyectos y dictámenes, claramente se desprende que, por cuanto al principio de presunción de inocencia, éste se plasmó en acatamiento a los Tratados Internacionales suscritos por México, con escasos comentarios por cuanto a su trascendencia e importancia y sin debate alguno al respecto.

En efecto, en la iniciativa presentada por los diputados César Camacho Quiroz, Felipe Borrego Estrada, Raymundo Cárdenas Hernández y Faustino Javier Estrada González, se propone “una ampliación de derechos para las personas vinculadas a un proceso penal, como la presunción de inocencia y delimitar el uso de la prisión preventiva”.

Los diputados Javier González Gaza, Raymundo Cárdenas Hernández, Ricardo Cantú Garza y otros, mencionan las diversas ventajas que trae aparejadas el proceso acusatorio: sus principios permiten que los ciudadanos cuenten con una garantía de debido proceso que hace posible salvaguardar el derecho a la “presunción de inocencia”, al reconocer que la prisión preventiva suele ser empleada como regla y la consecuencia es que, de acuerdo con un muestreo representativo del CIDE, en las cárceles de Morelos, Distrito Federal y el Estado de México en 2006, se revela que el 82 por ciento de los procesados lo está por delitos patrimoniales y montos menores a cinco mil pesos, sin hacer mayor análisis al respecto. Señalan asimismo que en la Reforma, se reconoce expresamente el derecho a la presunción de inocencia y agregan que el principio permite enmarcar el proceso como una práctica para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito y mientras no se satisfaga, “ninguna per-

* Directora del Seminario de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

sona puede ser considerada culpable ni sometida a pena". La culpa y no la inocencia debe ser demostrada. Debo acotar en relación con este comentario, que en la reforma sigue vigente la posibilidad de la prisión preventiva "sin derecho a libertad provisional bajo caución", lo que contradice lo aseverado por los Diputados que se mencionan, además de que ellos mismos se refieren, al hablar del "arraigo", como una inclusión adecuada y necesaria a nivel Constitucional. ¿Acaso resulta esto congruente con el principio universal que nos ocupa?

Por otro lado, agregan otros diputados que aparte del significado que el uso indiscriminado de la prisión preventiva tiene en relación con la presunción de inocencia, hay que añadir consideraciones de "carácter económico" para demostrar la necesidad de que su uso se limite. De acuerdo con el especialista Guillermo Zepeda Lecuona, cada preso en México tiene un costo directo de 130 pesos diarios, lo que implica un gasto de 27 millones de pesos cada día y más de 800 millones de pesos al mes. "Se trata de cantidades considerables que podrían ser perfectamente dedicadas a otros fines si la población penitenciaria se limitara a aquellas personas que han recibido una sentencia condenatoria o aquellas que, estando vinculadas a un proceso penal, presentan un riesgo objetivo de fuga o de entorpecimiento en el desarrollo del juicio. "De esta manera se podría salvaguardar su presunción de inocencia y el Estado Mexicano se ahorraría cuantiosos recursos económicos.

Después de leer el párrafo anterior, puede observarse claramente que el menor interés de los señores diputados en cuanto a la prisión preventiva, es la violación clara al principio de inocencia que con ella se consuma y las graves consecuencias sociales que representa.

Por otra parte, ni siquiera pudieron pensar que esas cantidades de "ahorro" de las que hablan, tendrían que ser usadas en programas de prevención por una parte y de trabajo y educación para aquellos procesados que pudieran estar en libertad durante el proceso.¹

Para los efectos de este trabajo, consideramos importante incluir algunos de los artículos Constitucionales reformados que inciden de una manera directa o indirecta en el principio de presunción de inocencia, para estar en posibilidad de compararlos con los anteriores, vigentes hasta el día 17 de junio y verificar si en su caso, éstos representan en verdad un cambio positivo para la procuración e impartición de justicia en nuestro país y principalmente si en efecto y como tanto se ha venido anunciando y promocionando, esta reforma implica un verdadero avance hacia un Estado Democrático de Derecho en el que finalmente se reconoce íntegramente el principio de presunción de inocencia en nuestro país.

En el decreto de la Reforma Constitucional que se menciona, se refor-

¹ http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic./2007_1211-VIII-html_6_oct_2008_18:30_hrs

La presunción de inocencia en la reforma penal constitucional

149

maron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, pero habremos de transcribir ahora solamente aquellas partes reformadas de algunos de los artículos citados, para estar en aptitud de compararlos con sus correlativos antes y después de la reforma.

Para iniciar este somero análisis y por ser precisamente el tema de este artículo, consideramos de primordial importancia establecer en primer término lo establecido en el artículo 20 Constitucional reformado, en su apartado B. fracción I.

“...B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.”

Debemos señalar en primer término, que en nuestro concepto este ordenamiento no está respetando íntegramente el principio de “presunción de inocencia” al implicar que ésta se desvanece al emitirse “sentencia por el juez de la causa”, lo que elimina la gran cantidad de resoluciones de segunda instancia e inclusive de Amparo, en las que se revoca la resolución de jueces y magistrados para declarar la inocencia del procesado. Consecuentemente, la presunción no debe desvanecerse sino hasta que exista resolución firme, debidamente ejecutoriada. Pero además no puede concebirse, como veremos más ade-

lante, que un principio universal como es el que analizamos, admita regímenes de excepción tratándose de delitos previamente determinados.

Consideramos que uno de los mayores retrocesos que en materia de derecho procesal penal se han dado en esta Reforma, es precisamente lo establecido en el artículo 16 que establece: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de **un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y OBREN DATOS QUE ESTABLEZCAN QUE SE HA COMETIDO ESE HECHO Y QUE EXISTA LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN**”.

Recordemos que la anterior exigencia para librar una orden de aprehensión consistía en que debía tratarse de un hecho que la ley señalare como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad “Y EXISTAN DATOS QUE ACREDITEN EL CUERPO DEL DELITO Y QUE HAGAN PROBABLE LA RESPONSABILIDAD DEL INDICIADO”

Como puede observarse con toda claridad, en la reforma se ha eliminado el concepto de “cuerpo del delito” reduciéndose obviamente los requisitos para su integración, al igual que los datos necesarios para hacer probable la responsabilidad del indiciado, lo que indudablemente permitirá detenciones e incluso “Autos de Vinculación a Proceso” con mucha mayor facilidad.

Al respecto, el Doctor Sergio García Ramírez en su magnífica obra “La

Reforma Penal Constitucional (2007-2008)” nos dice que:

“Los asuntos de mayor relevancia, que la RC (reforma constitucional) no resuelve acertadamente y que ponen en riesgo la orientación general del sistema penal, en lo concerniente a la libertad de las personas, son el objeto de la prueba y la intensidad de ésta. En otros términos, ¿qué hay que probar para que el Estado, a través del aparato penal, pueda afectar la libertad de un individuo y someterlo a proceso penal, o “vincularlo” a proceso, como reza la RC (sic), con expresión muy discutible? ¿Cuál debe ser la fuerza o eficacia de la prueba que soporte el ejercicio de la acción, y en su hora, el auto de vinculación y, posteriormente, la sentencia? Como hemos visto, en el dictamen de los diputados se patrocina una decadencia considerable de la exigencia probatoria y con esa decadencia se han desvanecido derechos de los ciudadanos. . . Una perspectiva menos garantista -o francamente autoritaria-, como la que campea en diversos extremos de la RC (sic), llega a otras conclusiones: facilitar la limitación de los derechos de los ciudadanos, sin someterla a prueba clara, amplia y suficiente sobre la existencia de un delito imputable, así sea en grado de probabilidad, a la persona cuya libertad se afecta. Sobra ponderar las consecuencias que en nuestro medio puede tener esa laxitud.”²

Los párrafos séptimo y octavo del propio artículo 16 reformado, nos generan igualmente gran preocupa-

ción pues indudablemente son violatorios de garantías individuales y crean inclusive un doble sistema penal:

Art. 16 párrafo séptimo: “La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder de ochenta días.”

Art. 16, párrafo octavo: “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.”

Después de leer los anteriores párrafos, lo primero que debe establecerse es que en nuestro concepto denota una absoluta falta de técnica legislativa el incluir la descripción de un tipo penal en el ámbito constitucional y lo que es peor, en el Capítulo de Garantías Individuales. De cualquier forma, como la Constitución nos remite a “los términos de la ley de la materia” consideramos importante recurrir a ella para su completa definición, para verificar claramente la ausencia total

² García Ramírez, Sergio. “La Reforma Penal Constitucional 2007-2008”, Porrúa, México, 2008, pp. 46-47.

La presunción de inocencia en la reforma penal constitucional

151

del principio de presunción de inocencia en la “Ley Federal de Delincuencia Organizada”:

Artículo 1 “La presente Ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.”

Artículo 2 “Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas “por ese solo hecho”, como miembros de delincuencia organizada.”

En este mismo artículo, se mencionan los diversos ilícitos que deberán ser contemplados dentro de este rubro, a saber: Terrorismo, contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto, secuestro, tráfico de menores, robo de vehículos y todo aquello relacionado con la denominada “piratería”.

Si bien no puede negarse la gravedad de los anteriores ilícitos, esto en nuestro concepto no exige de manera alguna una “ley de excepción” para su tratamiento, sino en todo caso, de mejores métodos de investigación y por supuesto de una rigurosa prepara-

ción y selección de aquellos servidores públicos que habrán de encargarse de su persecución.

Pero además, es necesario enfatizar que los párrafos ya transcritos e incluidos en la Constitución abren el camino, en nuestro concepto, a un “Doble Sistema Penal” en nuestro país, como atinadamente señala el eminente Maestro Sergio García Ramírez:

“En primer término, existe un sistema penal “ordinario” o “regular”, en el que desembocan las mejores corrientes democráticas y garantistas, surgidas, sobre todo, en el último tercio del siglo XVIII y que prosperaron a lo largo de los siglos XIX y buena parte del XX. En segundo término, comienza a existir un sistema nominalmente “excepcional” o “extraordinario”, con procedimientos “ajustados” y garantías “limitadas”, supuestamente necesario para lidiar con formas complejas de criminalidad. Desde luego, el sistema extraordinario tiene constantes avances sobre el territorio del otro, y al cabo de algún tiempo pudiera convertirse en ordinario. Habría operado una ley semejante a la que se predica en economía: la moneda mala habría desplazado a la buena. En este caso, el desplazamiento significaría erosión de libertades, mengua de garantías y retraimiento de la democracia.”³

En efecto, de acuerdo con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se otorga carácter jurídico a la privación de la libertad por “sospecha”; a la denuncia anónima (retribuida en ocasiones con grandes sumas de

³ Ibidem. pp. 50-51

dinero), a la intervención de las comunicaciones privadas, a la actuación de agentes oficiales infiltrados en la vida y los negocios de las personas; a la negociación del derecho con los delatores, los “arrepentidos” y los “testigos protegidos”.

Toda la razón le asiste al Doctor Sergio García Ramírez en su obra ya citada, cuando afirma al referirse a las fuertes críticas que realizó en contra de la creación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada: “Lamento no haberme equivocado. Infectó la legislación y la práctica. Creó figuras inconstitucionales. Introdujo mecanismos de negociación entre el Estado y el delincuente, sometiendo la justicia penal al juego de la oferta y la demanda. Y lo peor: engendró una cultura penal que hoy lucha por sus fueros”⁴.

También en relación con el “crimen organizado” el gran Maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, nos dice:

“A diferencia del capital productivo, el globalizado no es manejado por empresarios, sino por administradores de conglomerados, que son tecnócratas que deben obtener la mayor renta en el menor tiempo, para evitar que sus inversores busquen otro tecnócrata más eficaz a quien confiar sus recursos. Es así como estos operadores van venciendo escrúpulos, hasta que su actividad entra con frecuencia en una zona donde se torna confusa con la delincuencia económica y algunas veces caen víctimas de sus choques contra otros competidores y provocan catástrofes financieras con sorprendentes desmoronamientos de imperios

de cartulina. Debido principalmente a este fenómeno se ha impulsado una legislación inquisitoria, con elementos provenientes de la edad media (espías, delatores, procedimientos secretos, posiciones de garante absurdas, etc.) aplicable a un nebuloso conjunto de infracciones designadas como “crimen organizado”, que motivó un número increíble de instrumentos internacionales. Se trata de un pseudoconcepto inventado por el periodismo y los políticos de la primera mitad del siglo pasado, sobre el que nunca la criminología había logrado un acuerdo, pero que ahora ha sido adoptado legislativamente para abarcar hipótesis conflictivas heterogéneas que, como resulta obvio, no pueden neutralizarse con idénticas medidas, pues nadie puede sostener racionalmente que el secuestro extorsivo, el juego ilícito y el lavado de dinero puedan combatirse y prevenirse con iguales métodos. . . La verificación de que la mayor parte de estas actividades requieren el complemento de la corrupción pública, desató paralelas campañas de “cacería de brujas” que, no por azar, nunca dan con los responsables del vaciamiento de países enteros. . . Tanto el crimen organizado como la corrupción son funcionales para habilitar poder punitivo y la intromisión del estado en cualquier actividad económica desagradable al equipo de turno o que sea útil para eliminar o difamar competidores, sin los límites ni las garantías constitucionales para tales intervenciones.”⁵

En la práctica, además, hemos podido constatar en nuestros años de

⁴ Ibidem. p. 51

⁵ Zaffaroni, Raúl. *El Enemigo en el Derecho Penal*. Ediciones Coyoacán, México, 2007, pp.65-66

La presunción de inocencia en la reforma penal constitucional

153

experiencia en los ámbitos de procuración e impartición de justicia, la gran cantidad de errores e injusticias que se cometen en la persecución de los ilícitos mencionados. Así por ejemplo, en múltiples ocasiones los verdaderos delincuentes cuyo nombre y actividad obviamente no revelan, contratan los servicios de personas ignorantes y de muy escasos recursos, para servir como choferes o “macheteros” en la carga de ciertos artículos debidamente empacados, para ser entregados en determinado domicilio, en el que son detenidos al estar descargando “la mercancía”. Naturalmente, son acusados del delito de “delincuencia organizada” y sometidos en consecuencia al arraigo y a la prisión sin esperanza alguna de una adecuada defensa.

Debemos mencionar ahora que es precisamente en el artículo Constitucional en el que se instaura, para ser llevado a cabo en un plazo máximo de ocho años en todas las entidades de la República, el “proceso acusatorio y oral, que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación” y establece sus generalidades, a reserva de que si en alguno de los Estados de la República este proceso ya se ha incorporado, de acuerdo con el artículo 3º. transitorio de la propia reforma, serán plenamente válidas las actuaciones procesales que se hubieran practicado con fundamento en tales ordenamientos.

En relación con los juicios orales, éstos tendrán que ser materia de trabajo diverso, dados los alcances que esta reforma tiene y la gran cantidad

de cuestionamientos y dudas que suscita. Al respecto considero de primordial importancia el comentario que al respecto hace el Doctor Sergio García Ramírez en su obra “La Reforma Penal Constitucional” 2007-2008 a la que nos hemos venido refiriendo:

“Hay quienes suponen que al cambiar las leyes cambia la vida; que los nuevos preceptos producirán de inmediato los efectos benéficos que cabría esperar, por el contrario, de modificaciones, transiciones, evoluciones o revoluciones de otro signo. Esta es la reforma “ilusionada”, que promete milagros y cosecha frutos magros. En muchos casos, el reformador construye sus proyectos sobre una hipótesis no acreditada: lo que se tiene no sirve para lo que se quiere; por lo tanto, es preciso modificarlo a fondo y cuanto antes. Rara vez se razona la insuficiencia o impertinencia de las disposiciones existentes de cara a la realidad que se pretende enfrentar con ellas. Se carece de datos, consideraciones persuasivas, honrados argumentos que demuestren la falla de las leyes y no de los hombres o las instituciones, -que son, en definitiva, los hombres- convocados a aplicarlas. Débilmente se pregunta: ¿qué sucedería si aplicásemos con entereza y puntualidad las normas que tenemos, antes de abolirlas y sustituirlas? Pregunta que muchos legisladores no suelen plantear y mucho menos responder.”⁶

En efecto, si escuchamos las principales críticas a nuestro actual sistema judicial, éstas versan en primer término en contra de las policías y los Agen-

⁶ García Ramírez, Sergio, Op. Cit. P.4.

tes del Ministerio Público, quienes son acusados, no sin razón, de corrupción, negligencia e ignorancia. Por lo que hace a los jueces, se les tiene, en muchos casos, como a personas ajenas a los procesos que se siguen en los juzgados a su cargo, por no estar presentes en las audiencias sin conocer siquiera a las personas que tienen sujetas a proceso y a las cuales van a sentenciar. Peor aún, se les acusa de recibir dádivas por “ajustar” sus resoluciones a la conveniencia de alguna de las partes, sin que de estas críticas pueda sustraerse a los propios Magistrados.

Coincidimos plenamente, además, con lo aseverado por el Maestro Julio Antonio Hernández Pliego en el prólogo de su obra “El Proceso Penal Mexicano”: “Hasta hoy no hemos podido proscribir del proceso, cuestiones lacerantes como la corrupción, que aleja de la población los ideales de justicia, para convertirlos frecuentemente sólo en parte del discurso político, que sin sensibilidad, engañosamente, ofrece el juicio penal como bálsamo milagroso que sana todo padecimiento social, con lo que se permite que crezca la desconfianza en la policía, el Ministerio Público y los jueces, sin remover, en cambio, los verdaderos orígenes de la inseguridad ciudadana, que ofenden por igual los derechos de víctimas, inculpadados, defensores y participantes en general en el escenario del drama procesal y transmiten con frecuencia sentimientos de desprotección y desamparo. . . La falta de respuesta inmediata a las dificultades sociales, es causante de frustración,

porque en el mejor de los casos, el proceso garantista sólo es un paso para la solución de la problemática que implica la seguridad ciudadana, cuyo verdadero apoyo requiere no sólo de la integral transformación de la justicia penal –sustantiva, adjetiva y ejecutiva, sino del frontal combate a las verdaderas fuentes criminógenas, que deberá orientarse más que a la represión, a la prevención del delito, lo que implica una mayor cuota de inversión en programas y estrategias que con efectividad ataquen la pobreza, la insalubridad y la incultura”⁷.

En relación con el grave problema de la corrupción, reconocemos y admiramos aquellas honrosas excepciones que existen al respecto y que afortunadamente no son pocas. Sin embargo nos preguntamos: ¿Acaso no existen claros ordenamientos respecto a cómo debe llevarse a cabo el procedimiento penal? ¿Por qué no se sanciona con el rigor necesario a los servidores públicos que incumplen con su deber y traicionan la confianza de los ciudadanos?

Si no podemos responder adecuadamente a lo anterior, habremos de repetir, con el Doctor García Ramírez: ¿Por qué no aplicamos con entereza y puntualidad las normas que tenemos, antes de buscar otras soluciones?

Tendremos que esperar entonces, a que las reformas a los Códigos Adjetivos y Sustantivos que se avecinan, al igual que nuestra Constitución ya

⁷ Hernández Pliego, Julio Antonio, *El Proceso Penal Mexicano*, 2ª Ed., Porrúa, México, 2003, pág. XII.

La presunción de inocencia en la reforma penal constitucional

155

reformada, tengan la maravillosa virtud de cambiar a los hombres y a las Instituciones, para poder aceptar que éstas tuvieron alguna utilidad.

En relación con el artículo 21 Constitucional reformado, nos preocupa seriamente el que se haya establecido, en su segundo párrafo, lo siguiente: “El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público.”, e inmediatamente después: “La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”. Al respecto consideramos de suma importancia preguntarnos: ¿No es acaso el Derecho Penal un Derecho Público, cuyo ejercicio corresponde al Estado? ¿No es del todo contradictorio, entonces, que se derive este ejercicio a particulares?, pero independientemente de lo anterior, de por sí grave, pensemos en lo siguiente: ¿Quiénes serán aquellos “particulares” que acudan directamente ante los jueces?. Obviamente, aquellos que tengan la capacidad económica para cubrir honorarios de los abogados que los representen y en su caso, además, el pago de peritajes de alto costo y otros gastos que necesariamente deberán llevarse a cabo. En consecuencia, debemos aceptar que ésta será una situación de privilegio para unos cuantos, dejando fuera del mismo a la gran mayoría de personas sin recursos que claman por justicia en este país.

Tampoco puede pasar desapercibido el hecho de que igualmente se incumple con el principio de presunción de inocencia, al limitar las prerrogativas de los ciudadanos sujetos a un

proceso penal, sin haber recibido una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, al encontrarse establecido en el artículo 38 Constitucional, no reformado, lo siguiente: “Artículo 38. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: . . . II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar de la fecha del auto de formal prisión.”

Como puede observarse, ni siquiera se puso en consideración que de acuerdo con la multicitada reforma, ya no habremos de referirnos a un auto de formal prisión sino a un auto de vinculación a proceso, de donde tenemos que concluir que muy probablemente los señores legisladores desconocen u olvidaron este artículo Constitucional que contraviene, como ya dijimos, el principio de presunción de inocencia.

Hemos visto además, que en los artículos 18 y 19 Constitucionales de la reforma analizada existen una serie de limitaciones que se imponen a la libertad provisional, sin que pueda pasarse por alto que nuestro País al suscribir los Tratados Internacionales en los que se comprometió a reconocer y respetar el principio de presunción de inocencia, también se comprometió a indemnizar a aquella persona que habiendo sido privada de su libertad, sea declarada inocente al concluir el procedimiento, sin que esto aparezca de manera alguna en la Reforma Constitucional.

Por último, y al considerar que el principio de presunción de inocencia debe permear a todo nuestro sistema jurídico, no podemos estar de acuerdo con lo establecido en la Reforma

Constitucional, en el artículo 123 fracción XIII del Apartado B, que señala:....

Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes

Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolver que la separación, remoción, baja, cese o "cualquier otra forma de terminación del servicio" fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, "sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido."

Leído lo anterior debemos concluir que también en materia Laboral, Derecho Social por excelencia, se está violando el principio de presunción de inocencia y aún más, las garantías individuales de los ciudadanos, al dejarlos en total estado de indefensión y sin un futuro laboral que pueda garantizarles su manutención y la de su familia, a pesar de haber sido considerados inocentes por tribunales constitucionales.

Si bien la reforma contiene algunas normas positivas, como puede ser el establecimiento de mecanismos alternativos para solución de controversias, tendremos que esperar su aplicación regular para verificar su resultado. Por otra parte, aunque con ciertas dudas, debemos esperar las posibles bondades del juicio oral. De esta manera se debe concluir en acuerdo total, de nueva cuenta, con el Doctor Sergio García Ramírez, cuando dice con respecto a la Reforma que:

"Por otra parte, la misma reforma contiene novedades preocupantes, de signo autoritario, que conspiran contra el sistema penal de la sociedad democrática y ponen en predicamento derechos y garantías individuales. Estas novedades podrían imprimir un viraje pernicioso a los avances alcanzados con gran trabajo y ensombrece el rumbo y el destino del orden penal mexicano. . . Al referirme a la reforma he utilizado un símil: parece un vaso con agua potable y transparente a la que se hubieran agregado unas gotas de veneno. Habrá que preponderar la naturaleza final de la bebida y la suerte de quienes la ingieran. Quiero decir: Habrá que ponderar con hechos, no con palabras.... Lo que se encuentra a prueba no es el discurso —o el modelo o el paradigma— de la justicia penal, sino la justicia misma aplicada a una sociedad específica que aguarda, desde hace tiempo, innovaciones redentoras. Se halla a la vista el peligro de "guantanamoizar" la justicia penal mexicana. Por eso es posible titular esta obra con la gran interrogante que despierta la reforma constitucional: ¿democracia o autoritarismo?"⁸

⁸ García Ramírez, Sergio, Op. Cit., p. XI

Buscando la intimidad del concepto de “Ius”

José de Jesús Ledesma Uribe*

SUMARIO. 0.-Planteamiento del problema. 1.-Consideraciones sobre el Sentido primitivo de la palabra “DERECHO”. 2. Grecia y Roma. De Themis a Diké y de ius a Derecho. 3.-BIBLIOGRAFÍA.

0.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En este texto pretendemos indagar algo más acerca de la noción de Ius sin seguir necesariamente el método empleado en las Instituciones de Gayo que sólo muestran lo que se había avanzado hasta mediados de la época clásica. Queremos vincular la caudalosa experiencia del Derecho Romano con la Filosofía, en particular con la Hermenéutica, gracias a las posibilidades plúrimas que ofrece un adecuado desciframiento del mensaje que es en sí el orden normativo.

De ninguna manera se desprecia el método gayano que a partir de la concepción del derecho objetivo, se ocu-

pa de la famosa tríada PERSONAS, COSAS, ACCIONES.¹ Al contrario, reconociéndole toda su importancia didáctica y legislativa a esa sistemática bi-milenaria, en esta ocasión queremos buscar en el fondo de la concepción que se va gestando a lo largo de aquellos siglos romanos, el significado con el que cristalizaron las bases germinales y en ocasiones más que germinales, de los CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES DE NUESTRO TIEMPO y a partir de ellas, del pensamiento jurídico de occidente que se inicia en Grecia y Roma para

* Director del Seminario de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ En nuestro mundo jurídico occidental comparte esta sistemática casi completamente el espacio posible con la variante derivada del modelo alemán contenido en su código civil de 1900, fruto de aquellas grandes escuelas del S.XIX.

culminar en el estado actual de nuestra ciencia.²

Estamos concientes de la pretensión dilatada, de largo aliento, de amplio plazo que exige una investigación de esta naturaleza. También reconocemos la necesidad, la urgencia de implicar a diferentes investigadores en esta fascinante tarea.

Formulamos el texto desde una perspectiva que parece contemporánea por el planteamiento y modo de cuestionar, empero gran parte de las respuestas las localizamos en esa rica experiencia del mundo clásico. Entendemos por mundo clásico, como siempre, la conjunción del griego con el romano, mestizaje asaz rico y fecundo que al lado de la cultura oriental, especialmente la hebrea, configuran gran parte del ser de occidente al mezclarse con las culturas autóctonas.

Atendiendo a la importancia creciente del denominado “giro lingüístico” de la Filosofía y a la rica y creciente aplicación que está cobrando la HERMENÉUTICA ANALÓGICA CONCEBIDA E IMPULSADA DESDE LA UNAM por el Doctor Mauricio Beuchot, resulta muy interesante aplicar este ins-

trumento con otros diversos en esta investigación. Estamos convencidos de la fecundidad de este método ya que los romanos buenos discípulos de los filósofos griegos aplicaron a su modo ricos y diversos instrumentos de la lógica.

La Hermenéutica Analógica, explica Beuchot, partirá “... de una acendrada conciencia de que no se puede alcanzar una interpretación perfectamente unívoca de un texto sin por ello lanzarnos a una interpretación completamente equivocista, vaga, relativa. Se buscará una interpretación analógica intermedia entre la univocidad y la equivocidad, aunque más inclinada a esta última porque en la analogía, aunque conjunta la identidad y la diferencia, predomina la diferencia.”³

La voz griega “herméneia” significa expresión de un pensamiento de donde explicación e interpretación. Se trata de llegar a la intención objetivada del emisor que ha querido hacer trascendente lo que era sólo inmanente.⁴Evidentemente en este sentido emerge con gran sonoridad la “interpretación” del mensaje. El

² Estamos concientes de que este trabajo ameritará además de prolongado tiempo y diversos investigadores, que se publiquen sus resultados paulatinamente a fin de poder entablar un diálogo constructivo con los especialistas. Ya de tiempo atrás nos hemos preocupado por el nudo de esta investigación. Roma no sólo contribuye a establecer instituciones que hoy seguimos completamente o transformadas, sino que también sentó las bases conceptuales y axiológicas del derecho contemporáneo.

³ Tratado de Hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación, Pág. 56. El autor de este escrito se ha interesado por llevar este modelo analógico a la comprensión y una nueva lectura más rica de las fuentes del derecho romano. Esa riqueza conllevará sin duda a un mejor desarrollo de la ciencia jurídica. Ver Reseña al libro de Beuchot Hermenéutica, analogía y símbolo de 2004 en Jurídica No. 34, 2004.

⁴ Así Platón emplea la palabra como “la razón de lo dicho en la explicación de la diferencia” en Theait, 209 A. Peri Hermeneias es

Buscando la intimidad del concepto de “*lus*”

159

Derecho en gran parte es mensaje, es comunicación, por ello el intérprete es un “mediador entre el emisor y el receptor”⁵ Esto porque el hombre no puede transmitir ni captar perfectamente los pensamientos.

A través del instrumento de la hermenéutica analógica que debe emplear cuidadosamente el método filológico, disponemos de un material muy valioso para comprender el “modus operandi” de los juristas que concibieron y desarrollaron la ciencia jurídica. Desde este esfuerzo, podremos entendernos mejor y buscar una nueva lectura del pensamiento jurídico contemporáneo.

La intención culminante de esta investigación será abordar desde esta óptica el PENSAMIENTO JURÍDICO DEL SIGO XX con la conciencia de la enormidad de la tarea que únicamente será posible gracias a la intervención decidida y entusiasta de muchos participantes.

1. CONSIDERACIONES SOBRE EL SENTIDO PRIMITIVO DE LA PALABRA DERECHO

Originaria o primitivamente, Derecho ha significado en nuestra lengua una cualidad posicional del ser, de las cosas. Se refiere a la línea más corta entre dos puntos siguiendo las

el título del tratado de Aristóteles incluido en el Organon, libro que funda la Lógica y por ello se ocupa de los juicios y de las proposiciones.

⁵ La interpretación de un texto como mediación ha sido ampliamente trabajado por el Maestro francés Paul Ricoeur.

nociones elementales y perennes de la geometría griega que a la vez es universal. Luego, esta acepción pasa a denotar uno de los extremos relativos del ser en función de su ubicación, extremos relativos en tanto que la posición puede girar y entonces se invierte dicha referencia si así se quiere, de conformidad con la orientación del mismo ser o de la brújula.⁶

La palabra “Derecho” ha iniciado su interminable viaje a lo largo de la lingüística haciendo función de sustantivo, de ahí pasa a calificar adjetivando. Por ello denota igualmente una cualidad en la función expresiva como en la frase hacer, hablar o actuar “derecho”.

Derecho en la primera denotación se opone a zigzag, a línea curva u otros diseños múltiples. En el segundo de los sentidos apuntados, actuar de modo “derecho” comenzó a significar hacer lo debido, evitar lo prohibido que es lo obligatorio o hacer o dejar de hacer lo meramente potestativo, actuar razonablemente conforme con la ley que no necesariamente debe estar formulada por escrito.⁷ Es por tanto una cualidad de la conducta que observa y sigue la pre-cripción.⁸

⁶ Beuchot escribe de los “relativos relativos” que no necesariamente se desencadenan hasta el infinito, ver Diccionario de Hermenéutica, voz “Interculturalidad”, Pág.266.

⁷ La juridicidad no reside en la escritura. Numerosos principios y preceptos no se encuentran formulados de esta manera.

⁸ Pre-inscribirse no únicamente entendido como precepto formulado en escritura. Más bien como mandato de la autoridad legítima de lo debido, antes de que se verifique la conducta enjuiciable. De donde la signifi-

Connota también, franqueza, claridad, hacer aquello que no debe ocultarse, lo que puede ser patente y ostensible sin que produzca rubor o deterioro moral en su autor. Por lo contrario, se fue entendiendo que el lado o la posición inversa se relacionaba con lo siniestro en referencia de aquello que se oculta para no ser sabido, propalado o re-conocido por el deterioro moral y jurídico que acarrea a su autor.

El hombre es un ser inquieto por naturaleza, por su propia constitución, siempre inconforme con su ser y con su estar, transita, deambula en busca de circunstancias de tiempo, de lugar, de modo y otras que le hagan más llevadera y ordenada su existencia. Por eso se ha afirmado su cualidad consustancial de “ser itinerante”. Esto queda claro en la famosa expresión de Agustín que recuerda la inquietud de nuestro corazón.

En el caminar humano hay un sentido porque hay una intencionalidad, hay ruta, hay destino. Este caminar supone deseo, entusiasmo hacia el encuentro, encuentro de cosas, más aún, encuentro de personas. El encuentro de personas, de seres que son como yo y que me esperan a su vez, es el más iluminador ya que está cargado de emociones recíprocas.

Sentido es significado, significado de un mensaje, de una o diversas acciones. Si faltara el sentido o no se

hace sentido, únicamente habría un vagabundear sin propósito, sería una acción poco racional o de plano irracional. Igualmente puede hablarse del sentido de una expresión pero de eso no nos ocuparemos en este momento. Nos interesa por ahora, ocuparnos del protagonista del Derecho, de la Hermenéutica. Naturalmente es la persona humana ya que los entes que han sido creados por la cultura como es el caso de la persona jurídica, solamente lo son por esa analogía de atribución y son muy importantes, sin ellos no se daría a plenitud la experiencia social, empero no pueden actuar sin el concurso de la persona humana. Por ello apreciamos el sentido en la intencionalidad que se instala en una primera fase en esa parte de la inmanencia que llamamos intelección, puede ser, el pensamiento, la imaginación, después viene el deseo, de ahí brota el caminar, el transitar.

Ahora regresemos a reflexionar sobre el sentido del sentido. En un primer acercamiento, sentido denota significado. Habida cuenta de que la palabra está formada por un significante que es su envoltura, su estructura propiamente lexical y un significado, significación o dato semántico. Pero además del significado de una expresión lingüística, suele hablarse del sentido de acciones humanas como al referirse al sentido de la historia, al sentido de la vida. En la hora presente se ha afirmado por los filósofos, no sin debate, que el sentido del ser es el proble-

cación de “prescribir” desde Roma como referente a la usucapión ya que el demandado debía insertar al inicio de la fórmula procesal la indicación modal de su derecho. Ver Bernal-Ledesma, Historia del Derecho romano y de los derechos neo-romanistas.

Buscando la intimidad del concepto de “*lus*”

161

ma capital de la filosofía.⁹ Lo cierto es que el sujeto que conoce le imprime “sentido” al ser con más fuerza de la que el objeto conocido puede hacerlo hacia al primero. Se discute por ello, si el problema del sentido es propiamente epistémico u ontológico. Dice Patxi Lanceros que “la debilidad del pensar en la modernidad, radica en el olvido de lo que podemos denominar su tarea o talante inicial: la construcción y reconstrucción del sentido.”¹⁰

La reflexión anterior permite sustentar la apremiante urgencia de disponer de una antropología sólida, suficientemente fundada que permita a las ciencias del espíritu: la moral, el derecho, la comunicación, particularmente, la hermenéutica, desplegar sus energías desde ella y para ella. No obstante y sin contradecir lo anterior, considero que el primado dentro de la inquietud del pensador se encuentra finalmente en la realidad del mundo con todas sus implicaciones.¹¹ Ese primado es por tanto una realidad objetiva que me es

dada, no la pongo, empero la asimilo explicándola y la explico asimilándola. Es claro que la realidad me condiciona aún si la des-conozco o me quiero des-entender de ella. Puedo alterar la realidad de facto, no la necesidad moral, ésta, la cumplo o la transgredo.

Mi conocimiento se alimenta de la realidad y hacia ella va. Conociendo entiendo y debo aceptar que frecuentemente la realidad se encuentra en un proceso continuo de mutación hacia su plenitud. Es el ser cargado de la necesidad de su propio desarrollo, del perfeccionamiento mismo que demanda su propia naturaleza.¹² Por ello, hoy ya no está justificado plantear una supuesta falacia en el paso del ser al deber. Se trata de una operación intelectual en cuya comprensión la persona divide y separa. Es el ser mismo el que se encuentra cargado de “deber ser”, de esto se ha ocupado ampliamente Beuchot.¹³

Parece claro que la naturaleza humana, al menos para quienes aceptamos su identificación, mueve y motiva al la persona a ser andariega, errante pero no vagabunda, parece mejor expresar que el hombre es un ser itinerante. El hombre es camino y

⁹ Es el caso de Heidegger. En cambio Hartmann considera que siendo el concepto de sentido multívoco, no puede usarse indiscriminadamente.

¹⁰ En la voz “sentido” contenida en el Diccionario de Hermenéutica. En nuestro tiempo, proliferan los llamados “colectivos” que derivan históricamente de los collegia romanos.

¹¹ El mundo va entendido aquí como “el límite de mi propia significatividad” y presenta conexiones fuertes con la intencionalidad, no porque depende de ésta, más bien dado que los significados deben buscarse con afán y verdadera intención de hallarlos conforme con lo que son, no conforme con lo que el buscador deseara que fueran.

¹² La teoría clásica del Bien honesto se ha desarrollado desde el mundo clásico a parir de este postulado cuya discutibilidad no ignoramos. Ver en Preciado Hernández la explicación del “bien honesto”.

¹³ Principalmente en sus estudios incipientes acerca de la fundamentación de los derechos humanos. Problema principalísimo de las ciencias normativas, aquí reside toda la sustentación de la legitimidad del deber correlativo.

hace camino, es un ser peregrino¹⁴. Somos tracto continuo, así es la vida mientras perdura. Esto no quiere decir que no haya rupturas y frecuentemente, inesperadas y abruptas.¹⁵

Ser peregrino puede entenderse en su sentido literal pero también por analogía de atribución significa ser “en permanente tránsito” de intención y de acción, hasta el agotamiento físico y ahí adviene la cuestión de la muerte y su interpretación en cuanto llegada, arribo al final del viaje, toma de posesión de la meta existencial anhelada a lo largo de toda la vida terrena.

Se ha llegado lúcidamente a comparar el caminar con el pensar¹⁶. Esta afirmación se inspira en aquellos versos de Heidegger, en su poema A los mortales paciencia: “El camino es camino mientras se está en camino: el estar en camino guía e ilumina, trae y

dicta”. Es que la vida humana encierra un continuo, prolongado y vano intento por adaptarse al mundo “con sus propias circunstancias” y “a pesar de sus circunstancias.”¹⁷

El hombre es camino, siempre lo ha sido, camino entendido más como tránsito que como meta o destino, camino es “tractus” no tanto arribo. Claro, el sendero es, porque el que lo recorre está cargado de una intencionalidad, de un sentido, que le otorga racionalidad, de alguna manera implica “anticipación” cargada de emoción por la llegada y alcance del destino propuesto o impuesto. *Desde luego, el ser creatural no puede darse su destino definitivo porque no se ha dado el ser. Por aquí se despliega en gran magnitud el asunto del sentido de la vida y del sentido de la muerte, misterio inabordable desde nuestra posición terrena.*

Hasta hace poco tiempo, considerando el arco de la historia humana, el hombre ha sido errante, pasó apenas del nomadismo al sedentarismo, todavía después del año 1000, en la historia de Europa, se aprecian oleadas migratorias que persistirán por bastante tiempo. He ahí los vikingos y los normandos, entre otros. Cuando el hombre pasó de aquella etapa al sedentarismo, pudo decir el observador de lo ajeno o de lo propio, con un primer significado, que “ahí ha per-

¹⁴ No deja de ser muy interesante que esta voz se forme de “per-ager”, a través del campo. Se ve clara la idea de tránsito y recorrido. De ahí el adverbio latino “peregre”. Una vez más nos encontramos en presencia de la transposición de lo agrícola, del ager romanus, a lo semántico que comprende también ámbitos espirituales.

¹⁵ Podemos pensar en las crisis morales pero también en las enfermedades que pueden llegar hasta el estado comatoso, piénsese en las incapacidades para ganarse el sustento. Muy sugestiva y por tanto recomendable es la lectura del libro de Vallés *Al andar se hace camino*, especialmente el inciso “caminar es llegar”, Pág. 91 y SS.

¹⁶ Caminar como pensar (primera parte) publicado en *El País*, 25 de julio de 2010 y reproducido por el Centro Universitario Ignacio en C + Ibero, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, Comunidad, 2010, Pág. 28

¹⁷ Se ve claro en el pensamiento Orteguiano y en el de su discípula María Zambrano. En ellos reside la explicación de un vitalismo y de una fenomenología, aplicados al Derecho.

Buscando la intimidad del concepto de “lus”

163

manecido” y así, el participio pasado de “estar”, queda sustantivado en la expresión “Estado”.

En el momento en que surge la alteridad se abren las dimensiones de lo social y de lo político, ya no vale sólo el caminar, irrumpe ahora el “encaminar”. Siempre está presente el riesgo de perder el camino que es también perder la ruta o perder su necesaria luz. Hay amargura en los “desencuentros”. En algunas, muchas ocasiones esto es reparable.¹⁸

Es verdad que si el hombre siempre ha sido peregrino, en tiempos actuales este deambular se ha incrementado como expresión natural de nuestra cultura urbana. La tecnología explosiva que hoy facilita casi el siempre soñado viaje a las estrellas, nos manifiesta la creciente obsesión humana que va en pos de un lugar nuevo, llámese Delfos, Jerusalén o La Meca. Caminar, caminar, parece que es el destino humano en esta tierra de promisión.¹⁹ Ese caminar se realiza sobre una ruta, ruta que puede ser variadísima, se va determinando por el propio protagonista, por sus congéneres de viaje y ciertamente por las circunstancias.

El camino amerita principalísimamente de luz, luz que alumbré el sendero. El cosmos es sabio y puede proveernos, si lo aceptamos y lo sabemos aprovechar, de la suficiente iluminación para ascender por vías que a menudo son escarpadas y resbaladizas. No desconocemos que suelen

presentarse ocasiones de oscuridad y esto no es infrecuente, empero la luz es conseguible a pesar de que cueste trabajo y esfuerzo. ¿No es este acaso un signo característico del operar humano? El hombre conoce equivocándose, se levanta después de caer..., alcanzar la verdad conlleva un esfuerzo pendular.²⁰

Precisamente el objeto de la interpretación del mensaje es un alumbrar y re-conocer la intención del emisor como haya podido quedar objetivada. Ahí se planteará la cuestión del rescate de esa intención en sus acepciones unívocas, equívocas, o analógico-alegóricas.²¹ La otra posición privilegia la aportación que hace del mensaje su receptor. Esta es una cuestión central para la hermenéutica, por ello, la analógica que en mucho debemos a Beuchot Puente, ha conseguido un justo medio iluminador y legítimo entre esos dos extremos.

Por su parte la argumentación semánticamente alude al alumbramiento del problema debatido a fin de que se imponga como “verdad vinculadora” ante los contendientes.²² Esa es

²⁰ En otra ocasión y prosiguiendo este escrito, me ocuparé del Derecho entendido como “Luz del mundo”.

²¹ Ver Beuchot Mauricio obras citadas en la bibliografía.

²² Si se revisa la etimología de “argumentar”, se entenderá la razón del nombre de la República Argentina con su brillante río de la Plata. Se trata del empleo del vocablo que alude a la luz de la razón lo cual implica que se ha operado ya la transposición de la experiencia sensible a la intelectual. Esto constituye una verdadera metáfora.

¹⁸ Notemos la expresión analógica de amargura.

¹⁹ Ver notas Nos. 1 y 3.

la misión que tiene la teoría y pragmática de la Prueba en la experiencia jurídica de alumbrar los hechos que debe conocer y valorar el juzgador.

A bien mirar en el proceso judicial, a través de la prueba, el tribunal, por así decir, viaja al pasado para tener la experiencia de los hechos acaecidos, en este sentido deviene “verdadero historiador”, recupera la verdad de lo pasado. A partir de esta verdad reconocida y de su valoración atenta y minuciosa, pronuncia en fecha presente su sentir, su sentencia con la cual vincula jurídicamente a los contendientes que deben acatarla. De esa manera el juzgador ha hilado armoniosa y verdaderamente en el tiempo, ha reunido el pasado en el día presente de su veredicto o fallo²³ creando la norma que contiene su resolución y que cobrará vigencia en el futuro.²⁴ Como se aprecia, siempre se encuentra presente, a veces de modo implícito, en otras ocasiones de manera patente el referente de la verdad ya que el derecho a ella se atiene y a ella quiere servir.

En ese recorrido circular del proceso volvemos a encontrar con gran claridad la función de la luz sustentadora de lo que el juez necesita para actuar y componer la pretensión resistida.²⁵ Es

²³ Decir la verdad en lo factual, en lo jurídico. De “fablar”, antiguo infinitivo de hablar. Ya para los romanos era lo “sentido” por el juez que dice el Derecho.

²⁴ Se habla de la vigencia de la sentencia desde el momento en que causa estado o lo que es lo mismo, se hace irremovible.

²⁵ El conflicto ha sido entendido clásicamente como “pretensión resistida” que debe ser resuelto por el juzgador, su legítimo com-

por demás importante notar cómo se origina y funciona la transposición de significados de la experiencia meramente empírica a la espiritual que por ello es más abstracta. Esta manera de operar del pueblo en la formación de la lengua y en la estructura de su semántica es campo asaz rico y de tal modo fecundo para entender el sentido de las ciencias normativas, en particular del Derecho, que de no abonarlo, perdemos la orientación.

En la experiencia humana del conocimiento y re-conocimiento del ser, la fe desarrolla una función fundamental. Es que el mismo movimiento del universo, muchas veces no permite ver o saber lo que otros ven o saben de manera inmanente o exterior. Por esto la fe ha sido entendida como “la certeza de lo que se espera, la convicción de lo que no se ve. Desde luego que esta aseveración vale para el mundo interior humano y también para el exterior. La fe reside originariamente en el intelecto, es necesaria cuando no se tiene la evidencia de un suceso pasado, presente o futuro. Gracias a la fe se entiende el postulado básico del com-promiso: Acepto tu palabra en la medida que pueda pretender que tú aceptes la mía sabiendo que los dos aceptamos el valor legitimador del “respeto al compromiso declarado y aceptado”. Véase en este razonamiento la presencia, el valor y la fuerza de la analogía entendida como semejanza y su posible y a la vez necesaria

ponedor a la luz de razones, de pruebas y argumentaciones. Queda pendiente aplicar la fenomenología a la noción de com-promiso.

Buscando la intimidad del concepto de “Ius”

165

aplicación proporcional para construir y entender las nociones de con-fianza, de a-creedor, de com-ercio, tan importantes en la vida social.²⁶

Estamos aquí en presencia de un importante acto “intuitu personae”, precisamente cuando el futuro deudor solicita la fe de su posible acreedor. De acuerdo con la calidad moral que se tenga del que implora ser obligado cumplidor, así será el grado de certidumbre que le pueda dispensar el aceptante. Esto tiene una importancia mayúscula cuando es Dios o los dioses, quienes solicitan ser creídos y a cambio de ello y para ello, formulan sus promesas.

En el balance de resultados de esta primera parte afirmamos que en una reflexión inicial acerca de la palabra “Derecho” el acento natural se encuentra en la persona humana,

en su camino vital. En esa experiencia emergen nociones primitivas que serán fundamentales.

2.- DE THEMIS A DIKÉ Y DE IUS A DERECHO

Después de haber hecho las consideraciones preliminares que anteceden, busquemos el sentido que entre el mito y la historia, le imprimieron griegos y romanos al Derecho.

La idea del “Derecho”, su sentimiento, su vivencia, ha acompañado a los hombres desde que aparecen en el mundo entrelazados por las más diversas relaciones de convivencia. Al observar el universo, el día, la noche, el nacimiento, la muerte; la noción de lo debido, de lo imperado, se va tejendo un indiscutible sabor humano que es de la misma forma de ser y de sentir del hombre mismo.

Se aprecia en los orígenes históricos el Derecho, dentro de un todo indiferenciado al lado de la religión, del mito, de la salud, de la sabiduría. Los griegos son los primeros que nos han dejado en sus trazos literarios, residuos importantes y orgánicos de su concepción al respecto, por cierto bastante desarrollada. Es Homero quien nos conserva las más vetustas referencias acerca de la personificación del Derecho en la diosa Themis hija de Gaia, madre de la tierra y de Urano dios del firmamento y esposa del padre de los dioses Zeus, el Júpiter de los romanos.

Themis es la consejera jurídica de Zeus y por ello sus decisiones

²⁶ Si se revisa la etimología de “argumentar” veremos que procede de “luz, de brillo”, es un modo de decir por analogía de atribución. Acudir a la etimología es siempre fuente de verdad en la formación del idioma y de una, al menos, primera semántica. La propia palabra “etimología” en su raíz griega indica que es “conocimiento verdadero”. Por ello, se escuchaba decir que a Unamuno le gustaba ser un rompedor de palabras para apoderarse de su sustancia. Confianza por la fe que se comparte, que se posee simultáneamente, acreedor es un creyente y también un esperante. Ya sabemos que “comercio” deriva del verbo em, merco, que de algún modo connota merecer, comprar ya que el adquirente ha contraído la obligación de pagar el precio o ya lo ha hecho. Acerca del método filológico y hermenéutico, se puede ver Carnelutti que es sin duda uno de sus precursores.

las entrega Zeus a los reyes bajo el nombre de Thémistes. Las conductas humanas de acatamiento a los mandatos de los dioses son consideradas “themis”, como pagar las deudas, honrar a dioses y progenitores, conceder hospitalidad o alistarse en el ejército. Aparecen aquí las ideas de lo legal, lo lícito, podríamos considerar que en la escala de la más noble razón, se trata de la legitimidad que no procede de un mandato exterior a los hombres sino de lo que en su propia entraña ellos mismo saben y sienten que deben hacer o evitar.²⁷ Queda claro que Homero²⁸ no concibe a Zeus como un legislador que cree o dispone lo que considera mejor, no, se trata de conductas que corresponden a la esencia humana. Se produce aquí una fascinante conexión entre lo sentido por el hombre, la forma en que lo alegoriza y la dinámica social en la que va plasmando un Derecho que al paso de siglos y milenios tiende a des-mitologizarse sin perder la conciencia de su origen.

De ese modo reyes y jueces actúan por su propia conciencia ratificada por el deseo coincidente de los dioses. Este fenómeno va a constituir un universal inter-cultural sumamente elocuente en la protohistoria y en la historia de los pueblos.

Retornando a Grecia, debe rescatarse del olvido que en el propio rapsoda helénico se encuentra como lo ha notado Verdross, la expresión “es

diké” que originalmente significaba la pretensión jurídica y que al paso del tiempo comprendió también el reconocimiento hecho por el juez de lo que hoy llamamos “derecho subjetivo”.²⁹ Debe advertirse el paralelo, por demás, explicable que se puede notar entre las experiencias pre-jurídica y jurídica helénica y la que después vivirán los romanos de la época inicial hasta la de la codificación de Justiniano que sirve de soporte y materia para el derecho de nuestros días.³⁰

Ya en Hesíodo, Diké, la hija de Themis encarna la justicia al lado de sus hermanas Eunomia, la buena ley que lleva al verdadero orden y Eirene, la paz, fin supremo de la comunidad humana que supera en mucho a lo que aporta la justicia. Empero sin la aportación de Diké es imposible que fructifique la labor de sus hermanas.³¹ Es con Hesíodo con quien comienza la ciencia de los buenos dioses, los dispensadores del bien. En su obra Themis se desvanece y le cede el lugar protagonista a Diké que es ahora la portadora del Derecho que Zeus, envía a los mortales.

Diké debe luchar permanentemente con sus tres opositoras Hybris que es la incontinenencia que subvierte el derecho transformándolo en “injusticia”, Eris que encarna el ánimo de

²⁹ Odisea, 255. XXIV. Es cierto que en el mundo clásico esta noción permaneció anclada a la de la ley.

³⁰ De esto nos ocuparemos en otra ocasión ya que es un tema fundamental para determinar el alcance del ius.

³¹ Obras y días V, 35, La Teogonía, vv, 47 y 111.

²⁷ Esta idea ya aparece esbozada y desarrollada por Verdross en el mismo Cáp.de su libro que incluimos en la bibliografía.

²⁸ Ilíada, XX., 44, 255, 258, 652, 777-779.

Buscando la intimidad del concepto de “*lus*”

167

pendencia, ciega a toda composición amigable y Bía que es la fuerza que se opone al Derecho.³² Es notable advertir de qué manera en el pensamiento de Hesíodo se anticipa ya la teoría de las virtudes. En esta concepción que no se encuentra del todo libre de la influencia de la India y de China, ya se enuncian a través de las alegorías, los grandes dinamismos humanos y sus contrarios. El propio Hesíodo va dando paso a la idea de “*nomos*” entendido como el orden universal que quiere y mantiene Zeus. De ese modo, se anticipa igualmente la idea de que la verdad jurídica se encuentra oculta y a base de esfuerzo humano habrá de ser encontrada, formulada y aplicada.³³ Hesíodo sabe que los jueces pueden desviarse del *nomos* e incurrir en el crimen de dictar una sentencia injusta.³⁴

Las aportaciones fundamentales del pensar helénico acerca del Derecho, se encuentran en Solón que combate la “*pleonexía*” ambición de dominio, la “*philargyría*” que es la codicia, *hiyperephanía*, ambición por los honores. Pitágoras, Sócrates, Platón, Aristóteles con su inmortal legado para nuestra cultura, enriquecen mas no agotan el enorme legado griego.

Momentos y logros muy importantes en la riquísima historia del pensar jurídico de los griegos, se encuentran en capítulos de rancio abolengo que

nos conserva la primera concepción del cosmos. Ahí están los pensamientos de Anáxagoras, Anaximandro, Pitágoras, Heráclito, principalmente. Son por su parte muchos los autores que representan la crisis del pensamiento jurídico de esta gran cultura: Protágoras, Démocrito, Trasímaco, Georgias, Carnéades con Epicuro... Luego advendrá el pensamiento del derecho natural de los sofistas y la doctrina ontológico-teleológica del derecho natural a la que ya hemos aludido con los gigantes de ese pensamiento. La Escuela Estoica con sus representantes helenos y romanos operará transformaciones vitales en el derecho romano. No puede dejar de mencionarse todo el fondo griego que subyace en ese monumento colosal del pensamiento antropológico, político y jurídico que constituye la Escuela Patrística.³⁵

Las concepciones del mito jurídico entre los romanos son mucho más pobres y escuetas pero no por ello dejan de tener interés, especialmente por el paralelo que se aprecia y que permite dibujar una constante en la concepción del orden jurídico del mundo clásico.

Roma juega un papel fundatorio para el Derecho desde el momento que vive y nos lega la primera experiencia humana que es capaz de aislar el ámbito jurídico y otorgarle su propia cientificidad para culminar con la codificación de Justiniano en un genuino

³² Obras y días, vv. 274-276.

³³ Es interesante la lectura de la Pág. 14 y ss del invocado libro de Verdross, en ese sitio el maestro encuentra un paralelo entre Diké portadora del derecho y los profetas del Antiguo Testamento.

³⁴ Obras y días, 213 y ss.

³⁵ Pueden consultarse en esta ocasión los textos de Fassó y de Verdross. También el Cristianismo en el derecho romano del autor de estas líneas.

sistema jurídico de ley escrita que se olvidará a lo largo de muchos siglos de la primera historia europea.³⁶ Se despertará, no por obra de glosadores ni de comentaristas sino del iusnaturalismo racionalista que abre un espacio propicio para el constitucionalismo y la codificación. Así, hacia fines del siglo XVIII, se presentan las condiciones objetivas de Europa y poco después de las nuevas naciones de América Latina para realizar esa empresa normativa.

Nunca dejaron de considerar los romanos como una certeza irrefutable el origen religioso del Derecho. En tiempos de Ulpiano la celebrada definición de la Jurisprudencia, como ciencia del Derecho, nos la conserva el Digesto 1.1.10 y en Instituciones 1.1.1.

Conviene remontarse a lo que nos dicen las fuentes respecto del proceso de diferenciación que se produjo entre derecho-ius-y religión-fas-. Pomponio nos deja saber que Appio, el Ciego, censor en 312, ya se había opuesto a los patricios y parecía desear entregar a la plebe los formularios judiciales o un supuesto Libro sobre las acciones. Sin la concesión de la "actio" por parte del magistrado, no era posible obtener justicia pues sólo así se preparaba el juicio. Por su parte, Cneo Flavio, escriba de confianza del viejo censor, era hijo o quizás nieto de un liberto y sería él quien entregó a la plebe tan valioso instrumento "...subreptum librum populo tradidit...", sabemos que la gratitud popular lo llevó hasta el tribunado de

la plebe, senado y edilidad curul, ésta última, precisamente en 304.³⁷

Otras fuentes, por demás confiables indican que únicamente Flavio hizo del dominio público el calendario que contenía los días fastos en lo que se podía actuar.³⁸ Plinio y Macrobio dan crédito a esta versión negando la afirmación de Pomponio. Otro tanto había ya hecho Cicerón quien afirma³⁹ que las palabras contenidas en las acciones de la ley no habían sido fijadas aún en tiempos de Flavio.

Romanistas muy respetados como Schulz,⁴⁰ desconfían de la veracidad del primer relato acerca de Flavio entregando el libro de las acciones al pueblo cual Prometeo popular. Empero, es interesante notar que si estos datos fueron fabricados por juristas posteriores o por los compiladores de Justiniano, lo cual no ha sido acreditado, nos permitiría apreciar lo que el pueblo habría querido que ocurriese y de ese modo, se descubre el velo que suele cubrir los mitos, verdaderos híbridos de imaginación y de sucesos históricos.

Sea de ello lo que fuese, lo cierto es que la revolución ideológica y jurídica, se operó por vía pacífica o violenta.

³⁷ D.1.1.2.7.

³⁸ Livio IX 46.4.

³⁹ Pro Murena. Ver NNDI la voz Flavio.

Aquí se puede consultar también la voz Valerio Máximo. En general, Cicerón se muestra más que desconfiado de la tradición atribuida a Flavio en el sentido de que haya formulado un libro sobre las acciones o divulgado el que era propio del colegio de los pontífices.

⁴⁰ Ver comentario en la voz Ius Flavianum en el NNDI.

³⁶ Asunto de gran importancia es el estudio y esclarecimiento del proceso de formación y conformación del sistema jurídico escrito en la experiencia romana.

Buscando la intimidad del concepto de “*ius*”

169

El significado de este acontecimiento fue, en verdad, magno. Era el resultado de un anterior proceso que en ese momento lograba un importante avance en la diferenciación, no oposición, entre *ius* y *fas*. Se forjaba así una experiencia inédita en la historia del derecho. Era ya posible la ciencia jurídica con objeto propio pero que no renunciaría a su origen religioso como podemos comprobar en los pasos de Ulpiano arriba recordados en los que leemos lo que se entiende por ciencia del derecho: “El conocimiento de las cosas divinas y humanas, de lo justo y de lo injusto”.⁴¹

Por lo que se refiere al mito político-nacional, la mentalidad y la imaginación de las que hacen gala los romanos en los albores del imperio, es mucho más helénica tanto en la forma como en el contenido. Queda cristalizada la Eneida como expresión perfecta, elegante y apasionadamente latina de la unidad del mundo clásico.⁴²

Para referirse al derecho objetivo, los romanos emplean los términos “*ius*” y *lex*”. La etimología de *ius* no ofrece una sola pista, se trata de un monosílabo latino que deja a las claras que es

una voz muy antigua quizás pre-romana, itálica como *lex*, *fas*, *rex*, *mos*⁴³ y muchas más. No creemos en la derivación fantástica de Ulpiano que explica que *ius* deriva de *iustitia*.⁴⁴ De acuerdo con las lenguas pre-romanas del centro de Italia, el “derecho” habría sido concebido como “medida”, como algo preciso, es decir como proporción. **De aquí se explica la ulterior concepción proporcional de lo suyo de cada uno.** Por su parte, entre los griegos la palabra “*nomos*” indica lo que es sólido, consistente y por transposición de significado aquello que es seguro y cierto porque así debe obrarse.

Otra pista parece señalar hacia el sánscrito “*yos*” que significaría fortuna, buenaventura. Ocurre que en el anotado sánscrito “*yunakti*” presenta el significado de liga o unión.

La noción de “*ius*” encierra muchas ideas de gran riqueza que desde el mismo vocablo nos revelan aspectos íntimos del derecho. Seguimos a Carnelutti en su delicioso libro *Arte del Derecho* en donde asegura que el latín es el más transparente de todos los idiomas del mundo. Ocupándonos del *ius*, una de las más convincentes hipó-

⁴¹ Valdría la pena considerar atentamente el sentido teológico de esta afirmación de Ulpiano. He sostenido en mi *El Cristianismo en el derecho romano* que es posible interpretar la referencia a “cosas divinas” como atinente al hombre cual sujeto por excelencia del Derecho. De ese modo se abriría el estudio del derecho desde Roma hacia una teología pre-cristiana. Págs. 85 y ss.

⁴² Esto llevó a Héctor González Uribe a considerar a Virgilio como el clásico de occidente. Ver bibliografía.

⁴³ *Mos* indica “costumbre”. Más adelante se verá la importancia de esta noción en el pensamiento jurídico romano.

⁴⁴ Volterra, Pág 35. Es interesante notar como lo apunta Volterra que en algunos pueblos itálicos como los oscos y los umbrios la expresión “derecho” corresponde a la voz “medos”. El juez de la ciudad cercana a Nápoles, Capua, era llamado “*med-dix*”: El que dice el derecho. Esta sería la expresión más antigua de lo que después se denominará “*iurisdictio*”.

tesis sostiene, que deriva de “iungo-iunctum” que el clásico jurista italiano considera una de las más maravillosas intuiciones del pensamiento humano.⁴⁵ Es que el Derecho ordena, agrupa, organiza. Es un elemento unitivo. En ocasiones el vínculo es permanente y nunca desaparece, tal es el caso del parentesco consanguíneo, de la autoría sea de ilícitos que de actos benéficos a favor de la comunidad. Nos encontramos frente al derecho de familia en el primer caso y al derecho penal en su más amplia acepción y al derecho de autor, patentes, marcas..., en el segundo.

Ius está a significar en el derecho de los romanos, derecho objetivo como ius civile, derecho subjetivo, por ejemplo, en ius utendi,⁴⁶ también el sitio en

el que el magistrado ejerce su función de administrar justicia como en D 1.1.

Sin embargo en otros muchos casos, el ius vincula de un modo efímero, sólo hasta en tanto no se solventa la deuda o aparece alguna de las causales de extinción del propio deber que le priva de razón suficiente para que subsista.⁴⁷ En este caso la tarea del propio ius ha sido cumplida, ya no hay razón para que el acreedor, que es un creyente en que le será pagado su derecho y por lo mismo un esperante de lo mismo; ha terminado y así, hablamos del efecto solutorio, satisfactorio del pago o de otras formas de extinción del crédito o simplemente del perecimiento del vínculo unitivo que es justamente la obligatio.⁴⁸ Repetimos que el ius ordena, arregla, armoniza.

Con el empleo del plural “iura”, enseña Edoardo Volterra, se expresa el complejo de normas de determinado ordenamiento, en nuestro caso, romano, como en la parte final de la célebre definición de obligación que nos transmiten las Instituciones de Justiniano

⁴⁵ Pág. 15 de este libro que agrupa seis conferencias escritas por el maestro en castellano. Con buen sentido se puede entender este espléndido trabajo como la apertura de la Hermenéutica aplicada al Derecho. De esta misma raíz derivaría Con-yugal, ayuntar, yugo, junta etc. Asunto muy importante e interesante que queda por esclarecer es el de hacer el seguimiento de ius a lex y de ahí a la expresión “derecho” en las lenguas romances. Todavía en los clásicos franceses Doneau y Domat se emplea Lois. Parece que entre los germanos es de antiquísimo uso la expresión “Rect.” Para indicar lo rectilíneo. Aquí apreciamos que se ha consumado el proceso de comprensión y de expresión del “camino de la vida”.

⁴⁶ También la noción clásica de “actio” puede verse como expresión de una reclamación procesal objetiva y/o subjetiva. Este asunto exigiría una amplia explicación que puede ser tratada en otro sitio.

⁴⁷ Revisar el esquema completo de las formas de extinción de las obligaciones que incluyan al deber en su mayor acepción.

⁴⁸ Resulta capital en este punto recordar cómo se forma en Roma a lo largo de muchos siglos, la definición de obligación que Justiniano formula por obra de los compiladores en Inst. III. 13. pr., en donde el género y la diferencia se expresan con “vinculum iuris...” Esta expresión especialmente cara a los moralistas y juristas implica de un modo clarísimo cómo se ha operado la transposición de la experiencia sensible a la intelectual, sirve, por cierto, para denotar la heteronomía de la conducta debida.

Buscando la intimidad del concepto de “*ius*”

171

“... *nostrae civitatis iura*” y en la repetida expresión de época republicana “*iura populi Romani*”. Si se busca aludir a normas vigentes correspondientes a ordenamientos extranjeros, habitualmente el derecho romano emplea las voces “*leges et mores*”.⁴⁹ Puede notarse igualmente que la preocupación sistematizadora de la época posclásica condujo a los juristas romanos a incluir el usufructo y figuras afines dentro de los llamados “*iura in re aliena*”.

Podemos apreciar cierto orden en el universo, mas he ahí que con la irrupción en él del hombre, es preciso contar con su conducta voluntaria e intencional para que ese orden subsista y se consolide, que desde luego incumbe e incluye a los llamados actos humanos. Las ciencias normativas, el Derecho particularmente, disponen de una cualidad que caracteriza a la norma que es su heteronomía, necesidad de carácter ético y que apunta en el sentido precisamente de aquello que debe hacer u omitir el obligado.⁵⁰ En este sentido el alcance de “obligatorio”, le otorga al Derecho su verda-

dera especificidad ya que su contrario conceptual y complementario que es el derecho subjetivo, salvo excepciones taxativas, es renunciable y por ende, no ofrece ese “tendrá... habrá...deberá, formas verbales con las que connotamos la expresada necesidad.”⁵¹

Si *ius* es el referente primario, su antítesis es la *iniuria*. Pude afirmarse que *ius* es la tesis en el sentido propiamente gramatical como en la tradición griega de “poner” o de instituir, más específicamente de declarar una ley.⁵²

La expresión opuesta a *ius* es *iniuria* que lato sensu expresa todo aquello que se opone al propio *ius* en su sentido objetivo de ley, esto es hacer lo prohibido u omitir lo mandado así como oponerse a que el titular de la libertad jurídica haga o deje de hacer lo permitido. Es claro que este último extremo se encuentra comprendido en la misma proposición inicial ya que se estaría haciendo lo prohibido. Los romanos lo expresan con la afirmación “*omne quod non iure fit*”.⁵³ En sentido más restringido *iniuria* es todo ataque de

⁴⁹ Ver nota 36, mismo sitio del libro de Volterra.

⁵⁰ Los llamados actos del hombre son aquellos sobre los cuales no se tiene control o por falta de conocimiento o por ausencia de voluntad. Sobre éstos no recae verdadera responsabilidad, no se puede hablar de dolo o de culpa, se llega a lo sumo, a la noción de responsabilidad objetiva, derivada de la autoría material que era ya conocida por los romanos. Por su parte la heteronomía es la imposición, no necesariamente física, que genera una verdadera necesidad de cumplir con el precepto ante la conciencia.

⁵¹ Es preciso contrastar esa necesidad ética con la permisividad que le otorga al derecho subjetivo un carácter de dominio y disposición. El derecho subjetivo se caracteriza por su disponibilidad que en ocasiones lo agota, lo consume.

⁵² En Platón *La rep.*, 335 Aristóteles concibe la tesis como una proposición inicial del silogismo en *An. Post.* I 2, 72 a).

⁵³ *Inst.* 4.4. pr. Las fuentes que deben revisarse al respecto son *D.* 47 10.1 1 pr. y especialmente *Coll.* 2.5.1. En esta última fuente se aprecian importantes ejemplos de influencias de oriente, en especial del derecho alejandrino.

palabra o de obra contrario a la integridad corporal o moral de una persona, su familia o sus bienes.⁵⁴ Lo interesante en esta reflexión lexical y conceptual es que la temprana jurisprudencia romana ya logra generalizar la expresión antitética de *ius*. Es verdad en un primer momento que corresponde a los tiempos de las XII Tablas, únicamente significaba lesiones corporales. Poco a poco la noción se fue dilatando, pasó por la interesante re-interpretación de la Lex Aquilia, una de las páginas más brillantes de la ampliación del sistema jurídico “por extensión” hasta llegar al entendimiento conceptual de negación de lo debido. Por su parte diferentes leyes Corneliae a principios del imperio fueron muy importantes para la diversificación de los delitos derivados de la idea genérica de iniuria. Por su parte, el derecho honorario, la antigua concepción típica y específica de la iniuria se enriquece con la concepción de la ofensa moral que en el lenguaje jurídico romano es ya denominada “contumelia”.⁵⁵

Otro aspecto fundamental lo constituye entender cómo se va dilatando

el cuantificador de la expresión “persona” que se refiere al sujeto pasivo que sufre la iniuria. Esta ampliación se va cumpliendo en la medida en la que los romanos reconocen el derecho de ser persona a diferentes sujetos de la *domus* a pesar de que no lleguen a derogar la esclavitud. Este es un capítulo fundamental de la evolución del derecho romano que explica su humanización y por lo mismo su verdadera legitimidad.

La concepción romana del “*ius*” asume perfiles propios que pueden sostenerse con gran lucidez en nuestro tiempo, son perfiles eternos no porque sean romanos sino porque son humanos y por ello sólo deberán actualizarse en cada circunstancia histórica.

En síntesis, “*ius*” denota siempre y bajo cualquier mirada que lo contemple y desee entender su verdadero significado, unión heterónoma, a veces transitoria, a veces permanente. Es una forma necesaria, primaria e insustituible de ordenar el cosmos en el que está presente el hombre en cuanto actor. En esta concepción romana, el bien honesto, precisamente, el bien moral es inspirador del *ius*. La historia de su Jurisprudencia manifiesta siempre el esfuerzo por adaptar el *ius* a la arquitas de la manera que se va entendiendo en cada momento de su historia.⁵⁶ Empero el jurista Paulo

⁵⁴ Gordillo Montesinos siguiendo las fuentes, lo explica a Pág. 560 y ss.

⁵⁵ Expresión que ha pasado a nuestra lengua jurídica para referirse a toda ofensa de carácter moral, deriva de “contumacia” y denota actitud de arrogancia, desprecio, malquerencia. Es muy interesante el hallazgo etimológico de la voz “contumelia” que precede del latín “contumaz” y esta palabra a su vez de las partículas que forman “contumax” a saber el prefijo de acción reiterada o conjunta y la raíz “tum” que deriva del verbo *tumeo-tumere*, denotando, hincharse, crecer, hacerse

arrogante y se completa con el sufijo “ax” que denota tendencia insistente hacia... y pasa al castellano como “az”.

⁵⁶ La célebre inclusión de los preceptos del Derecho a partir de un texto de Ulpiano en D. 1.1.10.1. Con especial comentario al “ho-

Buscando la intimidad del concepto de “*ius*”

173

en un conocido fragmento afirma “non omne quod licet honestum est”.⁵⁷

Ha advertido correctamente Biondi que si el derecho no impone los mismos comportamientos que impone la moral, no prescinde de la propia moral, la cual es tomada por el Derecho con la máxima consideración.⁵⁸

Lo que sí es clarísimo es que el “*ius*” habiéndose laicizado, jamás desconoce su origen religioso y por ello, sagrado. Los testimonios se pierden en la época republicana y re-aparecen en un nuevo contexto en la definición de Jurisprudencia y en el contexto de la legislación de Justiniano.

Podemos apreciar finalmente, de qué manera en la añeja concepción del *ius* que sigue presente en el pensamiento contemporáneo que hinca sus raíces en esa filosofía, se yergue

el paradigma del Derecho entendido como camino al orden del universo y de la felicidad humana.⁵⁹

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL BEATRIZ Y JOSÉ DE JESÚS LEDEMA. Historia del Derecho romano y de los derechos neo-romanistas, Porrúa 2010.

BEUCHOT MAURICIO. Hermenéutica, analogía y símbolo. Herder, México, 2004.

———. Tratado de Hermenéutica analógica. UNAM, 1997.

———. Voz Interculturación en DICCIONARIO DE HERMENÉUTICA, Bilbao, 2006.

BIONDI BIONDO. Diritto Romano Cristiano, 3 Vols. Giuffré, Milano, 1954.

CARNELUTTI FRANCESCO. El Arte del Derecho. EJEA, Buenos Aires, 1948.

FASSÓ GUIDO. Historia de la filosofía del derecho. 3 Vols. Pirámide, 1969.

GONZÁLEZ URIBE HÉCTOR. Virgilio clásico de occidente. Universidad Iberoamericana, 1956.

GORDILLO MONTESINOS ROBERO HÉCTOR. Derecho privado romano, porrúa, 2004.

LEDESMA JOSÉ DE JESÚS. El Cristianismo en el derecho romano. Porrúa, 2007.

neste vivere” que es mucho más que jurídico. Ver el texto superior en relación a la siguiente cita de Paulo.

⁵⁷ Al afirmarse en D. 50.17. 1. 144, pr. que no todo lo que está permitido es honesto, se colocan perfectamente los límites de los objetos material y formal del Derecho en clara demarcación con otras disciplinas normativas.

⁵⁸ NNDI voz *Ius*, Pág. 376 y en ese sitio agrega que por ello es inválida la obligación que tenga por objeto una prestación contra bonos mores, contra las buenas costumbres igualmente se invalida toda condición que sea inmoral...se amplía considerablemente la aplicación de la excepción de dolo...

⁵⁹ Basta recordar el tema de las utopías y las ucronías que desata y plantea la noción coercitiva del Derecho.

- .Reseña al libro *Hermenéutica, analogía y símbolo* de Mauricio Beuchot, Herder, México, 2004, Jurídica No. 34, Universidad Iberoamericana, 2004.
- ORTÍZ OSÉS A Y PATXI LANCEROS. *Diccionario de Hermenéutica*. Bilbao, 2006.
- PRECIADO HERNÁNDEZ RAFAEL. *Lecciones de filosofía del derecho*, Jus, 1984.
- SCHULTZ FRITZ. *Principios del Derecho Romano*. Civitas, Madrid, 1978.
- UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA, Ciudad de México. C+ Ibero, Comunidad, Centro Universitario Ignaciano.
- VALLÉS CARLOS G. *Al andar se hace camino*. Sal Térrea, Santander, España, 1991.
- VERDROSS ALFRED. *La Filosofía del derecho en el mundo occidental*. Traducción de Mario de la Cueva, 1962.
- VILLORO TORANZO MIGUEL. *Introducción al Derecho*, Porrúa, 1998.
- . *La Justicia como vivencia*, Porrúa, 2003.
- . *Lecciones de filosofía del derecho*, Porrúa, 1984.
- .VOLTERRA EDOARDO. *Istituzioni di diritto privato romano*, Ricerche, Roma, 1961.
- NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO. *Unione Tipografica Editrice Torinese*, Torino, Italia, 1957.

Importancia de la enseñanza de la seguridad social en las Facultades de Derecho

Porfirio Marquet Guerrero*

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Autonomía doctrinal de la Seguridad Social. 3.- Autonomía legislativa de la Seguridad Social. 4.- Autonomía orgánica de la Seguridad Social. 5.- Autonomía didáctica y académica de la Seguridad Social. 6.- Comentarios complementarios.

1.- INTRODUCCIÓN

El pasado 8 de noviembre de 2010, el Señor Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Doctor Ruperto Patiño Manffer, informó a los señores directores de los seminarios de la propia Facultad, de la creación de la Revista trimestral “Seminarios de la Facultad de Derecho”, convocando a los aludidos directores a contribuir con un artículo jurídico de la especialidad del Seminario respectivo para integrar el primer número. En atención a dicha iniciativa, que sin duda contribuirá

notablemente a mejorar la calidad de las actividades académicas que se llevan a cabo en nuestra Facultad, hemos elaborado el presente artículo en cuyo contenido se incluyen argumentos que pretenden confirmar la conveniencia de mantener a la asignatura de *Derecho de la Seguridad Social* con el carácter de troncal u obligatoria en el Plan de Estudios de la propia Facultad, recogiendo para ello esencialmente argumentos que comparten los demás profesores de la materia. Sirvan estas primeras líneas para expresar nuestra felicitación al Señor Director de la Facultad por su acertada iniciativa, la que sin duda coadyuvará a la consolidación del prestigio de la Facultad de Derecho de la UNAM.

En la actualidad la *Seguridad Social* es una asignatura cuya impor-

* Director del Seminario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

tancia fundamental es reconocida por el Estado y por la sociedad en general. En mayor medida que otras materias, la *Seguridad Social* tiene un carácter multidisciplinario, de tal suerte que el conocimiento y la comprensión integral de su contenido no son posibles para los especialistas de una sola rama del conocimiento, sino que se requiere la consulta y comunicación permanente con los especialistas de otras disciplinas del saber humano, entre las que destacan al lado del derecho, la estadística, la actuaría, las finanzas, la medicina, la demografía, la ingeniería industrial, entre otras.

Sin embargo, para los efectos del tema materia de este ensayo, la idea de estas líneas es la de hacer referencia a los aspectos de naturaleza jurídica, que son los que representan la materia de enseñanza en las escuelas y facultades de derecho del mundo en general, de América Latina, de México y de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) en particular.

Uno de los motivos fundamentales por los que la *Seguridad Social* ha alcanzado una importancia relevante, lo que explica y justifica también la importancia de su conocimiento y por lo tanto de su enseñanza en todos los niveles de la educación, aunque de manera particular en el universitario, es el reconocimiento generalizado de su autonomía frente a otras ramas del conocimiento. Desde ese punto de vista, la *Seguridad Social* en la actualidad es universal y unánimemente reconocida como una disciplina autónoma, tanto desde el punto de vista

doctrinal, como legislativo, orgánico y académico.

2.- LA AUTONOMÍA DOCTRINAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La *Seguridad Social* se considera doctrinalmente autónoma porque el conocimiento, sistematización y difusión de su contenido ha generado el desarrollo de una doctrina propia, expresada a través de ensayos, libros de texto y de consulta en muchos países, entre ellos México. Su dinamismo genera una mayor dificultad para mantener actualizadas las obras respectivas, razón por la cual muchas de las publicaciones corresponden a artículos en revistas especializadas, ensayos en obras colectivas y ponencias presentadas en los eventos que llevan a cabo las diversas organizaciones académicas y sociales, tanto nacionales como internacionales dedicadas al estudio de la *Seguridad Social*, particularmente en las décadas recientes.

Tradicionalmente los autores de Derecho del Trabajo se ocuparon de los temas de la Seguridad Social, considerándolos en su momento como procesos mas avanzados de las originales instituciones de la *Previsión Social*, como es el caso de la obra de Mario de la Cueva en México y de Jorge Rodríguez Mancini en Argentina.

En el caso de Mario de la Cueva, la primera edición del Tomo II de su ya clásico *Derecho Mexicano del Trabajo* de la Editorial Porrúa data del año de 1949, volumen en el cual destinó dieciséis capítulos a temas entonces con-

Importancia de la enseñanza de la seguridad social...

177

siderados de *previsión social*, incluido uno dedicado expresamente al Seguro Social; el mismo autor dedicó catorce capítulos de su *Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo II*, cuya primera aparición de Editorial Porrúa data de 1979, a temas también de *previsión social* y de ellos de manera específica cuatro están referidos a la *seguridad social*. Respecto de Rodríguez Mancini, en 1999 Editorial Astrea de Buenos Aires, Argentina, publicó la tercera edición de su obra denominada *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

En nuestro país, algunos autores han publicado importantes trabajos en materia de *Seguridad Social* desde la expedición de la primera Ley del Seguro Social en México en 1943 que creó al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), como Gustavo Arce Cano con *Los Seguros Sociales en México*, cuya primera publicación de Ediciones Botas data del año de 1944; posteriormente del mismo autor, *De los Seguros Sociales a la Seguridad Social*, la cual fue publicada en 1972 por Editorial Porrúa; es interesante mencionar el trabajo denominado *Fundamentos Éticos de la Seguridad Social*, elaborado por el profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM Fernando Augusto García García, editado por la propia Facultad de Derecho mencionada en 1968; Alberto Briceño Ruiz elaboró la obra *Derecho mexicano de los seguros sociales* publicado por Editorial Harla en 1990 y del mismo autor, apenas en abril de 2010 Oxford University Press publicó el *Derecho de la seguridad social*, obra en la cual se ocupa de

la nueva legislación en esta materia; en 1991 la UNAM editó la obra *Derecho de la Seguridad Social*, escrita por el investigador y profesor universitario Ignacio Carrillo Prieto; el Doctor Néstor de Buen Lozano, profesor emérito de la Facultad de Derecho de la UNAM, además de las múltiples contribuciones que ha aportado en materia de *Derecho del Trabajo*, ha publicado diversos trabajos sobre la materia de la *Seguridad Social*, entre los que destacan *Seguridad Social*, editado por Porrúa en 1995 y *Derecho de la Seguridad Social, Manual*, editado conjuntamente por la misma Editorial Porrúa y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) en 2006; el profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, Gustavo Cázares García escribió el *Derecho de la Seguridad Social*, publicado por Editorial Porrúa en 2007; Francisco González Díaz Lombardo publicó desde 1973 su obra denominada *El Derecho Social y la Seguridad Social Integral*, editado por Textos Universitarios de la UNAM; en 1987, Cárdenas Editor y Distribuidor en México publicó la obra *Derecho Mexicano de la Seguridad Social* de Gregorio Sánchez León; José de Jesús Rodríguez Tovar escribió su *Derecho Mexicano de la Seguridad Social*, editado por la Escuela Libre de Derecho en 1989; Hugo Ítalo Morales y Rafael Tena Suck elaboraron su libro sobre *Seguridad Social*, publicado en México por Editorial Trillas; Oscar Gabriel Ramos Álvarez escribió su obra *Trabajo y Seguridad Social*, publicado en México por Editorial Trillas en 1991;

Aleida Hernández Cervantes elaboró el trabajo denominado *La Seguridad Social en crisis. El caso del Seguro Social en México*, publicado por Editorial Porrúa en 2008; el ex-dirigente sindical Eduardo Pérez Saucedo elaboró el trabajo denominado *La lucha de los trabajadores del Instituto Mexicano del Seguro Social 2003-2004*, el cual fue publicado por el Sindicato Nacional de Trabajadores del Seguro Social, la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM y Plaza y Valdés Editores en 2005; el prestigiado profesor e investigador universitario Antonio Ruezga Barba ha elaborado y publicado importantes estudios en materia de *Seguridad Social*, entre los que destaca *Desafíos de la reforma del seguro social en México*, editado por el Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social en 2005; el mismo autor fue compilador en el importante trabajo colectivo denominado *El nuevo derecho de las pensiones en América Latina*, editado conjuntamente por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social en 2005; el destacado jurista Sergio Valls Hernández, actual Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, elaboró la obra *Seguridad Social y Derecho*, editado por el Instituto Mexicano del Seguro Social en 1997; confirmando el carácter multidisciplinario de esta asignatura, el Doctor José Narro Robles, Médico Cirujano, ex-director de la Facultad de Medicina y actual Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, escribió en 1991 la obra *La seguridad social mexicana en*

los albores del siglo XXI, editado por el Fondo de Cultura Económica; posteriormente, el mismo Doctor Narro Robles conjuntamente con el Licenciado Javier Moctezuma Barragán, fue compilador de la obra denominada *La seguridad social y el Estado moderno*, editada conjuntamente por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el Fondo de Cultura Económica (FCE) y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) en 1992, en el que se incluyen veintitrés interesantes ensayos sobre *seguridad social* con diferentes enfoques disciplinarios, uno de ellos del mismo Doctor Narro relativo a *La atención a la salud en la seguridad social mexicana*; en el año 2003, Siglo veintiuno editores de México y Siglo XXI editores Argentina, publicaron la obra de Benjamín González Roaro, antiguo Director General del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) de México, denominada *La Seguridad Social en el Mundo*, la cual "...recoge cuatro estudios comparados en materia de seguridad social, realizados con el fin de tener un panorama general de la evolución de las medidas legales registradas al respecto en diversos países del mundo, pertenecientes a cinco diferentes regiones: América, Europa, África, Asia y Oceanía"¹.

Mención especial merece la obra del Doctor Ángel Guillermo Ruiz Moreno, destacado profesor e investigador

¹ GONZÁLEZ ROARO, Benjamín. *La Seguridad Social en el Mundo*. Siglo veintiuno editores y Siglo XXI editores argentina. México, 2003. Texto en la contraportada.

Importancia de la enseñanza de la seguridad social...

179

de la Universidad de Guadalajara, quien en los últimos años ha escrito y publicado varios importantes trabajos sobre los aspectos jurídicos de la *Seguridad Social*, entre los que destacan los siguientes: *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, cuya primera publicación por parte de Editorial Porrúa data de 1997 y que en poco más de una década ha alcanzado más de diez ediciones. Del mismo autor y ocupándose de temas mas específicos pueden citarse: *Los sistemas pensionarios de las universidades públicas en México*, publicado por Editorial Porrúa en 2005 y *Seguridad social para migrantes y trabajadores informales*, editado por la Universidad de Guadalajara en 2006.

Además de las publicaciones anteriormente citadas, que son destinadas tanto a los estudiantes como a los estudiosos del tema, en México se han publicado otras obras en materia de *Seguridad Social*, algunas de ellas colectivas, con enfoques más específicos pero no menos importantes, ya que en ellos se profundizan algunos aspectos de la materia, lo que resulta de gran utilidad en particular para los estudiosos de esta asignatura. Entre estas publicaciones cabe mencionar las siguientes: *La recepción del modelo chileno en el sistema de pensiones mexicano*, de la Doctora María Ascensión Morales Ramírez, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en el año 2005; *Seguridad Social a Grupos Vulnerables en un Mundo Globalizado*, obra que comprende trece artículos de otros tantos especialistas, coordinada por la Doc-

tora Gabriela Mendizábal Bermúdez y editado en 2008 por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; *Apuntes multidisciplinarios de seguridad social*, obra también colectiva coordinada por la citada Doctora Gabriela Mendizábal Bermúdez y editada en el año 2005 igualmente por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; *Seguridad Social*, por iniciativa de su entonces Presidente, el Licenciado Pedro Ojeda Paullada, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje publicó en 1996, un volumen que comprende ocho ensayos sobre la materia de prestigiados especialistas, entre ellos Sergio Valls Hernández, Héctor Gastón Riestra Córdova, Raúl Gutiérrez Fuster, Porfirio Marquet Guerrero, Gilberto Jiménez Ovalle, Juan Manuel Carreras López, Pedro Reyes Mireles y Gerardo Ruiz Esparza; *Sistemas de pensiones. Desafíos y oportunidades*, editado en 2004 por la Comisión de Seguridad Social de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión; así como el *Diccionario Jurídico sobre Seguridad Social*, editado conjuntamente por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, el Instituto Mexicano del Seguro Social y la Universidad Nacional Autónoma de México en 1994.

En relación al tema específico del *Derecho Habitacional del Trabajo* en México, el cual en virtud de las reformas constitucional y legales llevadas a cabo en 1972, pasó de ser un tema de *Derecho del Trabajo* a uno de *Segu-*

ridad Social, al dejar de ser una obligación patronal directa para con cada trabajador a su servicio, para convertirse en una obligación solidaria acotada principalmente al pago de aportaciones económicas vinculadas al salario, destinadas a crear un fondo de ahorro colectivo, cuyos recursos se canalizan gradual y selectivamente a atender las necesidades habitacionales de los trabajadores, según lo señaló en su momento el doctor Mario de la Cueva², no ha generado una bibliografía importante como la que esta normatividad merece, sin embargo pueden mencionarse algunas publicaciones, entre otras: *INFONAVIT, nueva institución de la República 1972-1976, Los primeros pasos*, editado por el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores en 1976; *Habitación para el Trabajador. Obligación Social Solidaria*, de Juan Francisco Rocha Bandala, editado por Grafitec Impresores en 1981; *El Infonavit/Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores* de Jesús Silva-Herzog F., editado por Nostra Ediciones en 2009; así como la obra colectiva *El proceso de modernización en el Infonavit 2001-2006*, coordinado por María del Carmen Pardo y Ernesto Velasco Sánchez y editado por el Colegio de México en 2006.

De otros países de América Latina, sin pretender ser exhaustivo, pueden citarse: *Fundamentos de la Seguridad Social* de Eduardo López Huaila

de Bolivia, editado por Biblioteca "San Simón" de la Universidad Mayor de San Simón, Editorial Universitaria, Bolivia en 1990; *La Reforma de la Seguridad Social en América Latina y el Caribe* de Carmelo Mesa-Lago de Chile, editado por Ciedess, Santiago de Chile en 1994; *¿Son los sistemas privados de pensiones formas de seguridad social?* de Mario Pasco Cosmópolis de Perú; *Derecho de la Seguridad Social* de Juan José Etala de Argentina en 1966, así como a algunos trabajos de autores españoles reconocidos como Manuel Alonso Olea con su obra *Instituciones de Seguridad Social*, publicado por Editorial Cívitas de Madrid, España en 1998; José Manuel Almanza Pastor con su obra *Derecho de la Seguridad Social*, editado en España en 1989; así como la obra colectiva de José Vida Soria, José Luís Moneo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y Rosa Quesada Segura denominada *Manual de Seguridad Social*, publicada por Editorial Tecnos en Madrid, España en 2005 y cuya tercera edición data de 2007.

3.- LA AUTONOMÍA LEGISLATIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social es claramente autónoma desde el punto de vista legislativo, toda vez que su regulación normativa está expresada en ordenamientos legales específicos diferentes de cualquier otra normatividad, particularmente de la legislación laboral.

² DE LA CUEVA, Mario. El nuevo derecho mexicano del trabajo. Tomo II. Novena edición. Editorial Porrúa. México, 1998, pág. 97.

Importancia de la enseñanza de la seguridad social...

181

En México se expidieron leyes que se ocuparon de algunos aspectos originalmente de *previsión social*, desde las primeras décadas del siglo XX, como fue el caso de las legislaciones sobre accidentes de trabajo de los estados de México y de Nuevo León, dos de las entidades federativas mexicanas de mayor desarrollo industrial, promovidas entonces por los gobernadores José Vicente Villada y Bernardo Reyes que datan de 1904 y 1906 respectivamente y que son citadas como antecedentes importantes por la generalidad de los laboristas mexicanos.

Posteriormente, en 1925 se expidió la Ley General de Pensiones Civiles de Retiro, destinada a los entonces denominados funcionarios y empleados de la Federación, del Departamento del Distrito Federal y de los Gobiernos de los Territorios Federales; en 1926 se expidió la Ley de Retiros y Pensiones Militares destinada a la atención de los miembros de las fuerzas armadas mexicanas y; en 1936 se expidió la Ley de Jubilaciones a los Funcionarios y Empleados del Poder Legislativo Federal.

A finales de 1942 se expidió la primera Ley del Seguro Social en México, la que entró en vigor en enero de 1943, que reguló la organización de seguros sociales destinados a atender los principales estados de necesidad de los miembros de la clase trabajadora, como son los riesgos de trabajo, las enfermedades generales, la maternidad, la invalidez, la muerte, así como el retiro por vejez.

Desde entonces se manifestó claramente la autonomía de la *seguridad*

social desde el punto de vista legislativo. Posteriormente en México se han expedido varias leyes de *Seguridad Social* de amplio contenido aunque aplicables a diferentes sectores principalmente de los trabajadores, entre las que pueden mencionarse dos leyes más del Seguro Social publicadas en 1973 y en 2005 que entró en vigor hasta el 1º de julio de 1997; tres leyes de *seguridad social* de los trabajadores al servicio del Estado Federal, la original de 1960 que sustituyó a las que se expidieron en materia de pensiones de retiro para los servidores públicos federales en 1925 y en 1936, así como las que la sucedieron que entraron en vigor el 1º de enero de 1984 y el 1º de abril de 2007; tres leyes de *seguridad social* para los miembros de las Fuerzas Armadas, que datan del 30 de diciembre de 1961, del 29 de julio de 1976 y del 9 de julio de 2003, además de la Ley que regula la operación del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores que se publicó en el Diario Oficial de 24 de abril de 1972 y entró en vigor el 1º de mayo del mismo año.

Complementariamente cabe citar a la Ley Reglamentaria de la fracción XIII bis del apartado "B" del artículo 123 constitucional, cuya vigencia data del 1º de enero de 1984 y en cuyo contenido se establecen prestaciones complementarias y suplementarias de *seguridad social* a favor de los trabajadores al servicio de las instituciones bancarias propiedad del Estado, así como a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, cuya vigencia data del 23 de mayo de 1996, en la cual se

regula la estructura, funcionamiento y actividades de las entidades operadoras precisamente del Sistema de Ahorro para el Retiro.

A nivel estatal, es pertinente mencionar a las leyes que algunas legislaturas de diversas entidades federativas han expedido para crear y organizar sus propios sistemas e instituciones de seguridad social, entre las que pueden mencionarse las de los estados de Baja California, Sonora, Sinaloa, Nuevo León, Zacatecas, Guanajuato, Chiapas, México, Yucatán, entre otros.

A nivel reglamentario, a diferencia de la normatividad laboral, en materia de *seguridad social* se han expedido numerosos reglamentos, algunos que tienen un carácter sustantivo y otros orgánicos, es decir, en los primeros se precisan los requisitos, condiciones y procedimientos para la aplicación de las prestaciones correspondientes, en tanto que en los segundos se establecen las estructuras orgánicas de las instituciones que administran la *seguridad social*, así como las atribuciones y funciones que les corresponden.

En este orden de ideas, de la Ley del Seguro Social se han derivado los reglamentos denominados: Reglamento en materia de afiliación, clasificación de empresas, recaudación y fiscalización; Reglamento del recurso de inconformidad; Reglamento del Seguro Social Obligatorio para los Trabajadores de la Construcción por Obra y Tiempo Determinado; Reglamento Interior del Instituto Mexicano del Seguro Social; Reglamento de Servicios Médicos; Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guarde-

ría; Reglamento para la Administración e Inversión de los Recursos Financieros del Instituto Mexicano del Seguro Social; así como el Instructivo para el Trámite y Resolución de las Quejas Administrativas.

De la Ley del INFONAVIT se han derivado el Reglamento de Inscripción, Pago de Aportaciones y Entero de Descuentos al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores; el Reglamento Interior del propio INFONAVIT como organismo fiscal autónomo; el Reglamento para la Imposición de Multas por Infracción a las Disposiciones de la Ley del INFONAVIT y sus Reglamentos; el Reglamento de la Comisión de Inconformidades; el Reglamento de las Comisiones Consultivas Regionales del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores; el Reglamento de la Ley del INFONAVIT en Materia de Transparencia y Acceso a la Información; así como diversas Reglas de Operación de los órganos de gobierno Asamblea General, Consejo de Administración y Comisión de Vigilancia. Adicionalmente se han expedido otros ordenamientos operativos secundarios entre los que destacan las Reglas Generales para el Otorgamiento de Créditos.

La vigente Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) ha generado también diversos reglamentos, entre los que destacan el de Servicios Médicos; el de Prestaciones Económicas y Vivienda; el de Trámite de Solicitudes de Reembolso por la Prestación de Servicios Médicos

Importancia de la enseñanza de la seguridad social...

183

Extraintitucionales; el Reglamento para el otorgamiento de pensiones del régimen de cuentas individuales; así como el Reglamento del artículo décimo transitorio de la Ley del ISSSTE, relativo al otorgamiento de pensiones de retiro en los términos de dicho precepto; el Reglamento Orgánico del Fondo Nacional de Pensiones de los Trabajadores al Servicio del Estado (PENSIONISSSTE); el Reglamento Orgánico de las Delegaciones Estatales y Regionales del ISSSTE; el Reglamento Financiero y de Reservas del ISSSTE; el Reglamento del Comité de Evaluación en Salud también del ISSSTE; así como el Reglamento Orgánico del TURISSSTE.

Desde el punto de vista internacional, la Organización Internacional del Trabajo, constituida en el Tratado de Versalles de 1919 y de la cual México es miembro desde 1931, ha aprobado varios importantes convenios internacionales tanto en temas de *previsión social* como de *seguridad social*. Al respecto, cabe mencionar que actualmente están vigentes ya depurados, 81 convenios internacionales, de los cuales México ha ratificado 70, 67 de los cuales están vigentes al haberse denunciado 3 por razones de actualización. De 67 ratificados vigentes por nuestro país, es pertinente precisar en materia de *previsión y/o de seguridad social* básicamente a los siguientes: el C 12 sobre indemnización por accidentes de trabajo en la agricultura, ratificado en 1937; el C17 sobre la indemnización por accidentes de trabajo (en general), ratificado en 1934; el C 42 sobre las enfermedades profesionales,

ratificado en 1937; el C 96 sobre agencias retribuidas de colocación, revisado en 1991; el C 102 sobre la seguridad social (norma mínima), ratificado en 1961 en sus partes II, III, V, VIII, IX y X, que es el más importante en esta materia; el C 115 sobre la protección contra las radiaciones, ratificado en 1983; el C 118 sobre la igualdad de trato (seguridad social), ratificado en 1978; el C 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, ratificado en 1984; el C 159 sobre readaptación profesional y empleo (personas inválidas), ratificado en 2001; el C 161 sobre los servicios de salud en el trabajo, ratificado en 1987; el C 167 sobre la seguridad y salud en la construcción, ratificado en 1990; así como el C 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, ratificado en el año 2000³.

Es importante señalar que las normas internacionales antes citadas son derecho vigente en México, en atención a lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley Federal del Trabajo. Por otra parte, de acuerdo a los criterios recientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las normas emanadas de los tratados internacionales a los que se equiparan los convenios antes referidos, tienen una jerarquía normativa sólo superada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que protege su contenido de posibles reformas legales que pretendieran contrariarla, lo que no sería jurídicamente válido, de tal suerte que

³ Organización Internacional del Trabajo (OIT). Normas del trabajo. Convenios. <http://www.ilo.org>

ello se ha convertido en una auténtica garantía a favor de los trabajadores.

4.- LA AUTONOMÍA ORGÁNICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Desde el punto de vista orgánico la *seguridad social* es administrada por organismos especializados en muchos países. En el caso de México este aspecto es evidente considerando que son varios los organismos que se ocupan de la aplicación de los servicios y prestaciones de *seguridad social* como es el caso del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT), del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM), además de otros organismos de carácter local avocados a la atención de los servidores públicos de los gobiernos de las entidades federativas, entre los que pueden mencionarse los que se conocen de manera abreviada como ISSSTECALI de Baja California, ISSSTESON de Sonora, ISSSTESIN de Sinaloa, ISSSTELEÓN de Nuevo León, ISSSTEZAC de Zacatecas, ISSSTEY de Yucatán, ISSEMyM del Estado de México, ISSSTECH de Chiapas, así como ISSEG de Guanajuato.

A partir de la adopción en materia de pensiones de retiro del sistema de ahorro y capitalización individual basado en la operación de cuentas individuales por parte tanto de la Ley

del Seguro Social como por la Ley del ISSSTE, en vez del anterior sistema de ahorro y capitalización colectivas de carácter solidario, se incorporaron nuevas entidades orgánicas que forman parte importante del estudio de esta asignatura, particularmente cabe mencionar a la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR), que como órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tiene el carácter de autoridad y por lo tanto es una entidad pública; características semejantes tienen la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Igualmente participan en el sistema entidades privadas como las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORES), las Sociedades de Inversión Especializadas en Fondos de Retiro (SIEFORES), las empresas operadoras de bases de datos y las aseguradoras especializadas en pensiones de retiro, para mencionar a las más importantes.

Es pertinente agregar que en torno al estudio y desarrollo de la *Seguridad Social* se han constituido diversas organizaciones internacionales como la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS) y la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS). Por otra parte, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha aprobado varios convenios internacionales sobre estas cuestiones, según se ha señalado con anterioridad, destacando desde luego el Convenio número 102 relativo a las Normas Mínimas sobre la Seguridad Social.

Importancia de la enseñanza de la seguridad social...

185

5.- LA AUTONOMÍA DIDÁCTICA Y ACADÉMICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

No obstante lo anterior, desde el punto de vista académico la enseñanza de la seguridad social no formó parte de los programas de estudios de las escuelas y facultades de derecho en México, en particular de la Facultad de Derecho de la UNAM, al menos como una asignatura distinta del Derecho del Trabajo durante mucho tiempo. En efecto, según se advierte del Anuario de la Facultad de Derecho correspondiente al año de 1963⁴, la temática de la Seguridad Social no aparece en las asignaturas de la licenciatura sino únicamente en las del postgrado. En el Anuario de la misma Facultad del año de 1965⁵, la Previsión Social y el Seguro Social se incluyen dentro del contenido del Primer Curso de Derecho del Trabajo.

Fue hasta la expedición de la segunda Ley del Seguro Social en 1973 que la Seguridad Social se incluyó primero como asignatura optativa y posteriormente, desde 1982, como obligatoria, condición que ha mantenido en los Planes de Estudio posteriores, incluyendo el vigente en la actualidad.

Es pertinente comentar que en el año 2009 el Director de la Facultad de Derecho de la UNAM, Doctor Ruperto

Patiño Manffer, propuso a la comunidad académica de dicha Facultad algunos cambios a los planes y programas de estudios de la licenciatura, entre los que se incluía reordenar a la asignatura de *Seguridad Social* como optativa. Con espíritu democrático, el Doctor Patiño Manffer convocó a los profesores de la asignatura en la Facultad de Derecho a que expresaran sus puntos de vista al respecto. Con fecha 26 de febrero de 2010, casi cuarenta profesores presentaron un escrito al Señor Director de la Facultad en el que expusieron diversas razones por las que sustentaron la opinión de que la *Seguridad Social* debía conservarse como una asignatura obligatoria, opinión que fue atendida favorablemente por las autoridades académicas, preservándose el carácter obligatorio de la misma en el Plan de estudios vigente. Entre los varios argumentos expuestos por los profesores de esta asignatura, se invocó el contenido de la Declaración de Guatemala, emitida en noviembre de 2009 en la ciudad y país del mismo nombre, por los países miembros de la Conferencia Interamericana de la Seguridad Social (CISS), en la que se recomienda a dichos países y en general a la comunidad internacional, la impartición de la materia de la *Seguridad Social* no sólo en los niveles profesionales y universitarios, sino desde la educación básica, a fin de fomentar entre los miembros de las poblaciones de los aludidos países, una cultura de prevención que contribuiría a mejorar la viabilidad y eficiencia de los servicios de protección social en el mundo

⁴ Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Anuario de 1963. UNAM, México, 1963.

⁵ Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Anuario de 1965. UNAM, México, 1965.

en general y en los países de América en particular.

6.- COMENTARIOS

COMPLEMENTARIOS

Es importante mencionar también, que considerando el papel que juegan los abogados en los litigios que se desarrollan ante las instancias sustancialmente jurisdiccionales, dentro de los planes de estudio más recientes, incluyendo el vigente, se consideran también los temas relativos a los aspectos procesales de la *Seguridad Social*, lo que comprende tanto los procedimientos relacionados con la condición de organismos fiscales autónomos que tienen específicamente el IMSS y el INFONAVIT, como los relativos a la defensa jurídica de los particulares ante dichos organismos, tanto en ámbito administrativo como en el jurisdiccional, ya que a diferencia de la normatividad relativa al *Derecho del Trabajo*, los ordenamientos de *Seguridad Social*, particularmente la Ley del Seguro Social y la Ley del INFONAVIT, establecen instancias que podrían considerarse *cuasijurisdiccionales* dentro de sus respectivas estructuras orgánicas, las cuales se encargan de conocer, tramitar y resolver recursos de naturaleza administrativa, generalmente considerados como optativos para los particulares, cuyo propósito principal consiste en proporcionar a dichos particulares opciones de defensa jurídica pretendidamente más sencillas, especializadas y expeditas, a efecto de evitarles el acudir nece-

sariamente a instancias formalmente jurisdiccionales, en teoría más complejas y de menor especialidad y celeridad. Independientemente de dichas instancias y recursos, los particulares pueden acudir a los órganos formalmente jurisdiccionales, ya sea impugnando de manera directa los actos o resoluciones de las instituciones de *seguridad social*, o bien impugnando las resoluciones que las instancias administrativas *cuasijurisdiccionales* internas emiten al dirimir los recursos administrativos antes aludidos.

No obstante que al carecer la *seguridad social* de instancias jurisdiccionales y de procedimientos propios, su normatividad les otorga la posibilidad de acogerse a las laborales, particularmente a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, tratándose de conflictos de los trabajadores, de los pensionados y/o de los beneficiarios de unos y otros en contra de las instituciones, o bien a los administrativo-fiscales, específicamente al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, tratándose de conflictos de los patrones y/o demás sujetos obligados en contra de las instituciones de *seguridad social*, en ambos supuestos, el número de conflictos de *seguridad social* que se tramitan constituyen una proporción importante del número total de asuntos que se ventilan en dichos tribunales.

Concretamente en el caso de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, en el Informe Anual de Labores octubre 2009-noviembre 2010, rendido por su Presidente, se indica que de los 214,478 (doscientos catorce mil cua-

Importancia de la enseñanza de la seguridad social...

187

trocientos setenta y ocho) asuntos en trámite ante dicha instancia jurisdiccional, aproximadamente el 58% no son propiamente de trabajo, sino de *seguridad social*, entre los que se incluyen demandas en contra del IMSS, del INFONAVIT, del ISSSTE y de las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORES), los que deben ser atendidos necesariamente por abogados, tanto en representación o asesoría de las partes, instituciones de seguridad social y particulares, como en el desempeño de la actividad jurisdiccional dentro de los propios órganos de administración de justicia ya mencionados, lo cual implica un requerimiento importante de egresados de escuelas y facultades de derecho, quienes sería conveniente tuvieran conocimientos teóricos suficientes en la materia que nos ocupa.

La enseñanza actual de la *Seguridad Social* en la Facultad de Derecho de la UNAM representa un importante reto para los profesores de la materia, ya que se trata de una asignatura no solamente teórica sino también eminentemente práctica, toda vez que directa o indirectamente se aplica a más de la mitad de la población de México. Al respecto, cabe mencionar que sólo el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), reporta aproximadamente 824,091 (ochocientos veinticuatro mil noventa y uno) patrones y demás sujetos obligados al pago y entero de cuotas obrero-patronales; 14'965,625 (catorce millones, novecientos sesenta y cinco mil, seis cientos veinticinco) asegurados y por lo tanto 52'787,558 (cincuenta y dos

millones, setecientos ochenta y siete mil, quinientos cincuenta y ocho) derechohabientes; así como 2'977,635 (dos millones, novecientos setenta y siete mil, seis cientos treinta y cinco) pensionados por los diferentes motivos previstos en la legislación respectiva⁶.

Por su parte, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), cuanta con aproximadamente 2'000,000 (dos millones) de sujetos de aseguramiento, 800,000 (ochocientos mil) pensionados igualmente por los diversos motivos que establece la Ley respectiva y 10'000,000 (diez millones) de derechohabientes de sus servicios⁷, todo lo cual implica importantes repercusiones sociales, económicas y políticas en la vida nacional, por lo que su conocimiento sustentado y sistematizado es evidentemente conveniente para los alumnos de la Facultad.

Por otra parte, para la administración de las instituciones de *Seguridad Social* se destinan cuantiosos recursos económicos, tanto de origen privado provenientes de las cuotas obrero-patronales, como de carácter público que en los últimos ejercicios anuales constituyen uno de los renglones más altos del Presupuesto de Egre-

⁶ Instituto Mexicano del Seguro Social. <http://imss.org.mx> 7 de enero de 2011. Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. <http://www.inegi.org.mx> 7 de enero de 2011.

⁷ Exposición de Motivos de la Iniciativa de Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. En: Ley del ISSSTE. Fondo de Cultura Económica. México. 2007. Página 8.

sos de la Federación, concretamente para el ejercicio 2011 se determinan \$ 112,548'400,000 (ciento doce mil quinientos cuarenta y ocho millones, cuatrocientos mil pesos) para el ISSSTE y \$ 338,240'000,000 (trescientos treinta y ocho mil doscientos cuarenta millones de pesos) para el IMSS⁸.

Por otra parte, los importantes cambios que en los últimos años ha experimentado la legislación respectiva, especialmente en materia de pensiones de retiro, obliga a los profesores de la materia a mantenerse actualizados a efecto de transmitir a los alumnos información válida y vigente que les permita no únicamente adquirir los conocimientos esenciales de la materia, sino contar con los elementos de juicio que les permitan formar su criterio, lo que facilitará que en el futuro, cuando los jóvenes ahora estudiantes ocupen las posiciones estratégicas en la operación de la *Seguridad Social*, puedan darle la proyección idónea para consolidarla como un instrumento fundamental de desarrollo de México.

BIBLIOGRAFÍA⁹

- GONZÁLEZ ROARO, Benjamín. La Seguridad Social en el Mundo. Siglo veintiuno editores y Siglo XXI editores argentina. México, 2003.
- DE LA CUEVA, Mario. El nuevo derecho mexicano del trabajo. Tomo II. Novena edición. Editorial Porrúa. México, 1998.
- FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM. Anuario de 1963. Facultad de Derecho. México, 1963.
- FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM. Anuario de 1965. Facultad de Derecho. México, 1965.
- INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL. <http://www.imss.org.mx> Consulta de 7 de enero de 2011.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA. <http://www.inegi.org.mx> Consulta de 7 de enero de 2011.
- Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2011. Diario Oficial de la Federación de 7 de diciembre de 2010. Cuarta sección.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. Orden Jurídico Nacional. <http://www.ordenjuridico.gob.mx>

⁸ Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2011. Diario Oficial de 7 de diciembre de 2010, Cuarta Sección. Página 54.

⁹ No se incluyen las obras referidas en el apartado 2 de este artículo, ya que sólo se mencionan los datos esenciales para su identificación.

Competitividad y política industrial en México

Pedro Ojeda Paullada*

Hay palabras que adquieren el don de ser extremadamente precisas, específicas, y, a la vez, extremadamente genéricas, sin límites; altamente operativas y mesurables, al mismo tiempo que son sumamente abstractas y extensas. Sin embargo, [...] tienen el privilegio de forjar conductas y perspectivas, y, como herramientas de evaluación, de influir en la vida práctica. Una de estas palabras mágicas es “competitividad”.

GERALDO MÜLLER

The Kaleidoscope of Competitive

INTRODUCCIÓN

El proceso de globalización de la economía internacional, caracterizado por la intensificación de la convergencia hacia mercados más abiertos y competitivos, trae consigo profundas transformaciones en los ámbitos económico, político, social, cultural y tecnológico.

De manera que la necesidad de alcanzar una economía más competitiva constituye una condición *sine qua non* para lograr una inserción internacional eficiente. Esta inserción debe garantizar no sólo un acceso más

amplio a los mercados externos sino que, a la par, permita consolidar el mercado interno.

Algunos de los interrogantes que se plantean para poder dilucidar los factores que contribuyen a lograr una inserción eficiente son los siguientes: ¿Qué explica el éxito o el fracaso de una empresa en los mercados internacionales? ¿Por qué las empresas exitosas se concentran en pocas naciones que no siempre se caracterizan por tener una dotación abundante de recursos naturales y mano de obra barata y, sin embargo, pueden crear y mantener sus ventajas competitivas mundiales? ¿En qué consiste fundamentalmente una nación competitiva?

En una época en que las diferencias económicas entre Estados desarrollados y no desarrollados son cada

* Director del Seminario de Estudios Jurídico Económicos en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México

vez más importantes, las presiones por ser competitivos son cada vez mayores y, como resultado, existe un profundo interés por conocer los factores determinantes de la competitividad internacional.

Es preciso, por consiguiente, reconocer que todos los esfuerzos por comprender este proceso nos permitirán responder como sociedad, de manera más adecuada y oportuna, con instrumentos de política y mecanismos institucionales idóneos que faciliten tal transición y que, al propio tiempo, potencien las fortalezas de nuestra nación en diferentes ámbitos.

1. SOBRE EL CONCEPTO DE COMPETITIVIDAD

Al tener su origen en el pensamiento de la escuela clásica (Adam Smith y David Ricardo), el principio de las *ventajas comparativas* —asociado a la idea de competitividad— está enraizado en una realidad económica en constante cambio y su andamiaje teórico se construye a partir de esa dinámica económica.

Mientras que los mercantilistas consideraban el comercio como un juego de *suma cero*, Adam Smith afirmaba que el comercio podía ser un juego de *suma suma*, puesto que el superávit comercial de una nación no tenía por qué constituir un déficit comercial de otra.

El postulado del economista escocés, que pasaría a la posteridad como la teoría de la *ventaja absoluta*, cifraba la ventaja en el comercio a par-

tir de la especialización productiva y la división del trabajo, de forma que cada nación se especializara en aquella actividad económica en que presentara diferencias absolutas de costos de producción con relación a otras naciones.

Concretamente, los socios comerciales podían beneficiarse del comercio internacional si se especializaban en la producción de aquel bien en el que incurrieran en un menor costo, es decir, presentaban una *ventaja absoluta*.

Smith aseveraba al respecto que: “Siempre será máxima constante de cualquier prudente padre de familia no hacer en casa lo que cuesta más caro que comprarlo. El sastre, por esta razón, no hace zapatos para sí y para su familia, sino que los compra al zapatero; éste no cose sus vestidos sino que los encomienda al sastre; el labrador no hace en su casa ni lo uno ni lo otro, pero da trabajo a aquellos dos operarios. (...) Lo que es prudencia en el gobierno de una familia, raras veces deja de serlo en la conducta de un gran reino. Cuando un país extranjero nos puede ofertar una mercancía más barata de lo que nosotros podemos hacerlo, será mejor comprarla que producirla, dando por ella parte del producto de nuestra propia actividad económica, y dejando a ésta emplearse en aquellas manos en que saque ventaja al extranjero”.¹

Retomando el pensamiento de Smith, David Ricardo décadas más

¹ SMITH, Adam. *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*. Fondo de Cultura Económica. México. 2000. Págs. 402-403.

Competitividad y política industrial en México

191

tarde reafirmaría que la especialización productiva internacional amplía el comercio y genera el mismo efecto que el perfeccionamiento de la maquinaria, pues reduce el precio de los artículos.

En el planteo de Adam Smith, una nación no podía alcanzar la ventaja absoluta en más de un bien, ya que de otra forma el comercio no tendría lugar. Sin embargo, David Ricardo adaptó la teoría de la ventaja absoluta para explicar que el comercio tendría lugar incluso si una nación presentaba ventaja absoluta en más de un bien.

Esta nueva teoría, denominada teoría de la *ventaja comparativa*, consideraba que en el comercio internacional la nación más eficiente se especializaría en la producción de aquel bien en que presentaba la mayor ventaja absoluta y la nación menos eficiente en el bien en que tenía la menor ventaja absoluta. Así, el comercio podía seguir siendo un juego de *suma suma*.

Como puede advertirse, la propuesta básica del economista inglés fue afirmar que el comercio internacional tendrá lugar no cuando existe ventaja absoluta en la producción de un bien, como argumentaba Smith, sino en situaciones de diferencia en los costos comparativos, de forma que cada nación debería especializarse en aquellas actividades que le reportaran una mayor ventaja comparativa y abandonar otras en las que no podría obtener ventaja alguna.

Como resultado, el comercio internacional crecería, ya que las naciones exportarían sus excedentes e importarían aquellos productos que decidier-

an no fabricar, incrementando, de esta manera, la eficiencia y la productividad de las industrias de una nación.²

La teoría de la ventaja comparativa resultó útil para explicar las razones por las que el comercio podía practicarse y cómo aumenta el bienestar de los socios comerciales. Las fuerzas del mercado distribuirán, según esta teoría, los recursos de una nación hacia aquellas industrias que son relativamente más productivas.

Sin embargo, la teoría resulta incompleta, ya que el modelo supone un grado extremo de especialización; pero, en la práctica, las naciones producen no uno sino muchos productos, incluyendo los que compiten con las importaciones.

Por otro lado, Ricardo define el comercio a partir de las diferencias en los niveles de productividad entre naciones, pero no explica por qué existen estas diferencias, lo que genera una laguna en la teoría del comercio internacional que sería posteriormente solventada por los economistas suecos Eli Heckscher y Bertil Ohlin, con su teoría del comercio relacionada con la *dotación de factores* (Modelo Heckscher-Ohlin).

Mientras que las teorías precedentes al modelo Heckscher-Ohlin son consideradas teorías clásicas del comercio, este nuevo postulado desarrollado a principios del siglo XX es referido como la teoría neoclásica del comercio internacional, porque

² RICARDO, David. *Principios de Economía Política y Tributación*. Fondo de Cultura Económica. México. 1985. Págs. 103-104.

complementa a la teoría de la ventaja comparativa.

El teorema expone que cada país exporta el bien que utiliza intensamente el factor (mano de obra, recursos naturales y capital) más abundante. De esta forma, la ventaja comparativa de un país dependerá de que exporte aquel bien cuya producción es intensa en el factor con el que está relativamente bien dotado y por el que incurre en un menor costo.³

En consecuencia, las diferencias en la dotación de factores entre varios países explican las divergencias en los costos de los factores, que resultan de las diferentes ventajas comparativas.

No obstante lo anterior, no pocos fueron los investigadores que habiendo comprobado que la teoría de la ventaja comparativa no podía utilizarse de forma general como se había hecho anteriormente, para explicar una realidad diferente y de suyo compleja (principalmente por la intensa actividad de las empresas transnacionales y las novedosas estrategias empresariales), comenzaron a desarrollar nuevos marcos teóricos que pudieran responder a una serie de problemas relacionados con la competitividad.

Fue Michael E. Porter, con su célebre obra *The Competitive Advantage of Nations*, quien propuso una solución a los nuevos interrogantes que estaban apareciendo y para los que se

buscaban afanosamente soluciones con el fin de adaptar la teoría a la realidad cambiante de las naciones.

Si bien el comercio seguía siendo un factor esencial en el éxito competitivo de una nación, surgían otras cuestiones que trascendían al simple intercambio internacional de mercancías y la dotación natural de factores.

Los cambios en la competencia internacional, entre ellos debido al surgimiento de las empresas transnacionales, que no sólo exportan sino que también compiten en el extranjero por medio de filiales extranjeras, han restado validez a las explicaciones tradicionales de por qué y dónde exporta una nación.

Por otra parte, la teoría clásica no reparó en la función de la estrategia empresarial como, por ejemplo, mejorar la tecnología o diferenciar los productos.

Para el profesor de la Harvard Business School, las hipótesis subyacentes a la ventaja comparativa resultaban más convincentes en los siglos XVIII y XIX, cuando la mayoría de las industrias estaban fragmentadas, la producción era intensiva en trabajo y menos en capacidades, y el comercio reflejaba las diferencias en las dotaciones de factores.

Para Porter, "la prosperidad se crea, no se hereda. No surge de los dones naturales de un país, del conjunto de su mano de obra, de sus tipos de interés o del valor de su moneda, como afirma con insistencia la economía clásica. La competitividad de una

³ OHLIN, Bertil. *Comercio Interregional e Internacional*. Oikos-Tau Ediciones. Barcelona. España. 1994. Pág. 24. BAJO, Oscar. *Teorías del Comercio Internacional*. Antoni Bosch Editor. Barcelona. España. 2000. Pág. 32.

Competitividad y política industrial en México

193

nación depende de la capacidad de su industria para innovar y mejorar.”⁴

Así, la teoría contemporánea de la *ventaja competitiva* surge como respuesta a una economía cada vez más globalizada, donde existe un mayor grado de concentración empresarial, una manifiesta proliferación de empresas transnacionales que operan en prácticamente todo el orbe, una creciente demanda y una oferta más diferenciada.

En un entorno global en que los mercados, los productos, la tecnología, los competidores e, incluso, las sociedades enteras cambian en forma drástica y a gran velocidad, la innovación continua y el conocimiento que lo hace posible se han convertido en importantes fuentes de supervivencia y de ventajas competitivas.⁵

2. COMPETITIVIDAD DE LA ECONOMÍA MEXICANA

En la actualidad, nuestro país se enfrenta a la singular paradoja de la competitividad, pues a pesar de la política de apertura comercial instrumentada en las últimas décadas, que lo convierten en una de las economías más abiertas,⁶ es sin embargo uno de los menos competitivos.

⁴ PORTER, Michael E. *La Ventaja Competitiva de las Naciones*. Editorial Plaza y Janés. Barcelona. España. 1992. Pág. 163.

⁵ *Idem*.

⁶ En la actualidad, el Estado mexicano mantiene 11 Tratados de Libre Comercio con Estados de tres continentes, así como

De acuerdo con el último *Informe Mundial de Competitividad 2010-2011*⁷ del World Economic Forum,⁸ el débil desempeño de México en materia de competitividad lo ubica en el lugar 66 de un conjunto de 140 naciones,⁹ situación que lo coloca varios peldaños por debajo de su clasificación en años anteriores.¹⁰ Lo cual evidencia un significativo rezago de competitividad relativa con respecto a otras naciones tales como Corea, China e India.

El Informe es una herramienta gerencial en el ámbito internacional, que determina a su vez la potencial realización de inversiones y negocios alrededor del mundo.

La importancia del Informe es notoria, ya que emplea información pública e información de encuestas que regis-

una cantidad importante de Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

⁷ El Informe es elaborado en colaboración con el Center for International Development de la Universidad de Harvard, y es el resultado del análisis del Foro Económico Mundial de la competitividad de un conjunto de 140 naciones.

⁸ El World Economic Forum es una de las organizaciones independientes más prestigiosas que está conformada por agrupaciones empresariales y centros de investigación principalmente. Su cometido es elaborar estudios sobre el estado del mundo.

⁹ *The Global Competitiveness Report 2010-2011*. Disponible en el sitio web: <http://www.3.weforum.org>

¹⁰ En los periodos 2009-2010 y 2008-2009, México se situó en la posición 60. Mientras que en el periodo 2007-2008, obtuvo la posición 52.

tran las percepciones y observaciones de los líderes en negocios de un país específico.

El Informe Mundial de Competitividad es útil para entender los factores que determinan el crecimiento de la economía y explican por qué algunos países son más exitosos que otros en materia de ingresos, generación de oportunidades para el desarrollo de su población y en elevar su *ranking* de competitividad internacional.

El Informe se divide en tres subíndices, divididos a la vez en doce pilares (ver cuadro 1).

En el Informe Mundial de Competitividad 2010-2011 se puede advertir que uno de los factores más graves que inciden en la continua pérdida de competitividad internacional del país está relacionado estrechamente con el magro desempeño de las instituciones (posición 106), principalmente por lo que concierne al combate del crimen organizado (posición 136), la confianza en los servicios de policía (posición 132) y los costos del crimen y la violencia que inciden en los negocios (posición 132), así como las cargas regulatorias (posición 116).

De manera que el clima de inseguridad que priva en el país representa un factor negativo que desalienta la actividad económica, principalmente en la captación de inversión extranjera directa y la capacidad para retenerla.

Otro punto total que ha de llamar nuestra atención es la poca eficiencia de los mercados de bienes (posición 96), financiero (posición 96) y, sobre todo, laboral (posición 120). Problema que se asocia en gran parte a los reza-

gos que presenta el país en materia de educación y capacitación (posición 79), infraestructura (posición 75), así como a la exigua capacidad tecnológica (posición 71) y la innovación (posición 78).

3. POLÍTICA INDUSTRIAL EN UNA ECONOMÍA ABIERTA

Como se ha advertido previamente, las naciones buscan insertarse a la economía global en las mejores condiciones a través de la especialización, pero como el comercio entre naciones lo efectúan las empresas, el problema es: ¿cómo lograr que las empresas se rijan por el principio de las ventajas competitivas, para especializar a la nación en aquellas actividades económicas en que presenta ventaja?

Desde nuestro punto de vista, el planteo se resuelve mediante la política industrial que decidan aplicar los gobiernos.

Visto así, entendemos por política industrial el proyecto que un gobierno nacional tiene para desarrollar la industrialización del país. Esta es una visión macroeconómica que se sirve de una serie de instrumentos para fomentar y consolidar el proceso de industrialización ya existente.

Lo anterior significa que, en México, el gobierno debe tomar decisiones para evaluar y priorizar las ventajas competitivas del país. Esto debe llevarlo a tomar medidas para seleccionar los *sectores líderes* que impulsen la industrialización basándose en lo que mejor se produce en el país, con el

Cuadro 1. GLOBAL COMPETITIVESS INDEX 2010 - 2011

SUBÍNDICE	POSICIÓN (FRENTE A 139)	PUNTUACIÓN (1 - 7)
REQUERIMIENTOS BÁSICOS	66	4.5
Primer Pilar: Instituciones	106	3.4
Segundo Pilar: Infraestructura	75	3.7
Tercer Pilar: Estabilidad Macroeconómica	28	5.2
Cuarto Pilar: Salud y Educación Primaria	70	5.7
MEJORAS A LA INFRAESTRUCTURA	61	4.1
Quinto Pilar: Educación Superior y Capacitación	79	3.9
Sexto Pilar: Eficiencia del Mercado de Bienes	96	3.9
Séptimo Pilar: Eficiencia del Mercado Laboral	120	3.8
Octavo Pilar: Desarrollo del Mercado Financiero	96	3.9
Noveno Pilar: Capacidad Tecnológica	71	3.6
Décimo Pilar: Magnitud del Mercado	12	5.5
INOVACIÓN Y FACTORES SOFISTICACIÓN	69	3.5
Undécimo Pilar: Sofisticación de los Negocios	67	3.9
Duodécimo Pilar: innovación	78	3.0

Fuente: World Economic Forum (2010)

propósito de especializarnos y mejorar la productividad, la rentabilidad social y el incremento del ingreso nacional y el empleo.

En este sentido, la política industrial se debe apoyar fundamentalmente, a corto plazo, en la utilización de los recursos que el país mantiene ociosos: la capacidad productiva sin utilizar y los desempleados con calificación para emplearse en este sector. El uso de los recursos ociosos de las ramas que más ventajas competitivas muestran, seguramente que tendría un efecto positivo sobre la productividad, pero éste sería efímero pues la reactivación económica, en un breve plazo, reduciría dichos recursos ociosos.

En el mediano plazo, las variables determinantes son la creación de capital físico y humano. El gobierno deberá tener en cuenta tanto el caso del acceso al capital físico (por la alta concentración del sector bancario comercial) como el del capital humano (por los costos de aprendizaje de la mano de obra). Esto permitiría la creación de un núcleo industrial eficiente y competitivo a nivel internacional en el futuro.

En este punto, uno de los elementos determinantes para la creación de este núcleo industrial será su capacidad de *integración hacia atrás* y con el resto de la economía nacional. De no tener tal capacidad los sectores industriales más competitivos podrían ser eficientes y generadores de empleo, pero no impulsarían al conjunto de la economía y su crecimiento sostenido no estaría garantizado.

En el largo plazo, el elemento clave para incrementar la productividad y generar nuevas actividades con ventaja comparativa es el de la innovación y el desarrollo de la tecnología.

4. CONCLUSIONES

1.- La competitividad, por su propia naturaleza, es un concepto *relativo*: se compete con otro.

De hecho, no tiene sentido hablar de competitividad internacional hasta que las naciones se empiezan a relacionar entre sí y los flujos de mercancías y capitales son asignados con cierta liberalidad. Sólo se puede definir qué tan competitivo es un país si se le compara con otro.

2.- La competitividad, además, no es estática sino que está siempre en constante cambio: es *dinámica*. Lo que es competitivo en un momento dado, puede dejar de serlo en otro. De manera que no basta tener atributos atractivos hoy, hay que mejorarlos cada día en un mercado cada vez más competido.

3.- A mayor abundamiento, la competitividad es siempre *prospectiva*. No importa tanto si se fue eficiente el año pasado, sino si se será eficiente éste y el próximo.

4.- En tal virtud, la competencia es eminentemente un proceso *volitivo* y *no es gratuito*: requiere de enormes inversiones —y, por lo tanto, de sacrificios en términos de consumo presente— en capital físico y humano.

Competitividad y política industrial en México

197

5.- En el ámbito de las naciones, la competitividad se refiere a la capacidad que cada nación tiene de atraer los flujos de inversión por el potencial de crecimiento interno y de participar de manera exitosa en los mercados internacionales a través del comercio. Al propio tiempo que es capaz de mejorar sostenidamente el nivel de vida de sus habitantes, al procurarles mejores condiciones de educación, empleo y cohesión social.

6.- Queda claro que, a pesar de que en varios ámbitos se pregonaba que México es una de las economías más importantes del mundo, por el tamaño de su mercado, la apertura a los mercados internacionales, la capacidad de atracción de inversión extranjera directa y su mano de obra barata.

El punto es, no obstante, que el nivel de competitividad de la economía mexicana paulatinamente se deteriora y no es suficiente para hacer frente a las legítimas demandas de millones de mexicanos que aspiran a una vida más digna.

En nuestro país converge una paradójica combinación de características positivas con un manifiesto fracaso en términos de inseguridad pública, disparidad de ingreso, nivel de pobreza y falta de oportunidades que permitan a cada uno dar lo mejor de sí.

7.- Ante este panorama, el Estado adquiere una centralidad absoluta en el rediseño de la "institucionalidad" de la sociedad, lo que sin duda es un factor determinante en cualquier estrategia para lograr avances en la productividad y competitividad de nuestra economía.

8.- De esta manera, el gobierno debe adoptar una política industrial que estimule la creación de valor y la generación de empleos.

Bajo la visión que aquí se propone, para elevar sostenidamente la productividad y la competitividad, se ha de privilegiar los siguientes aspectos torales:

- a) El respeto del Estado de derecho.
- b) La inversión en infraestructura.
- c) La capacitación de la mano de obra.
- d) La inversión en innovación y desarrollo experimental.
- e) El fomento de las micro, pequeñas y medianas empresas.
- f) El entorno de competencia en los distintos sectores de la economía.

5. REFERENCIAS

- BAJO, Oscar. *Teorías del Comercio Internacional*. Antoni Bosch Editor. Barcelona. España. 2000.
- KRUGMAN, Paul. "La competitividad: una obsesión peligrosa", en *El Internacionalismo "Moderno". La Economía internacional y las mentiras de la competitividad*. Editorial Crítica. Barcelona. España. 2005.
- OHLIN, Bertil. *Comercio Interregional e Internacional*. Oikos-Tau Ediciones. Barcelona. España. 1994.
- PORTER, Michael E. *La Ventaja Competitiva de las Naciones*. Editorial Plaza y Janés. Barcelona. España. 1992.

- RICARDO, David. *Principios de Economía Política y Tributación*. Fondo de Cultura Económica. México. 1985.
- SMITH, Adam. *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*. Fondo de Cultura Económica. México. 2000.
- The Global Competitiveness Report 2010-2011*. Disponible en el sitio web: <http://www.3.weforum.org>

Hacia un sistema integral americano de protección al menor

María Elodia Robles Sotomayor*

MARCO REFERENCIAL

Es un hecho que la globalización implica un cambio de paradigma, debido a que las estructuras fundacionales del Estado moderno, hoy tradicional, no responden a los nuevos eventos que viven las sociedades actuales, las cuales se mueven conforme a factores que han ampliado el significado del termino nacionalidad, para abrir espacios meta-jurídicos en torno a temas como; los derechos humanos, medios de comunicación e información, actividades corporativas transnacionales, tecnologías cibernéticas, manipulación genética y su viabilidad ética, así como la importancia de aplicar las bases primarias de los elementos vitales para la implementación

nanotecnológica en el futuro de la nueva civilización humana.

Los anteriores aspectos comprueban que las respuestas institucionales responden a diferentes ritmos frente a las actividades ilícitas, fenómeno que nos coloca en varios dilemas ante la inmediata globalización de las organizaciones delincuenciales, quienes han aprovechado la debilidad de los Estados nacionales, al no responder con instituciones *ad hoc* que den respuesta inmediata a los nuevos eventos que vive la humanidad en la transición mundial, mientras la criminalidad se organiza transnacionalmente, haciendo mal uso y abuso de las nuevas tecnologías actuales para simular una pretendida actividad corporativa, al margen de los diversos sistemas jurídicos locales y, de manera informal realizan operaciones lucrativas mayores que el presupuesto total anual de varios países producto del narcotráfico, del tráfico de armas y la trata de personas.

* Directora del Seminario de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Es en este último tema en el que se aboca la presente investigación, ante el alarmante crecimiento de tal actividad en todo el orbe, la cual, desde la caída del muro de Berlín evidenció la gravedad en que viven las mujeres y los menores de edad que pertenecen a países en transición económica o en vías de desarrollo; así como a los que provienen de áreas de gran pobreza.

Desde la colonia, Latinoamérica ha vivido el desarraigo y explotación de mujeres y menores indígenas, junto con grupos de africanos que eran comerciados para su explotación en trabajos forzados, servidumbre y comercio sexual, sin que se conociese con el término de trata de personas.

Es a fines del siglo XIX y principios del XX cuando grupos de mujeres abolicionistas de la prostitución iniciaron la lucha contra la *trata de blancas*, designación primera que se otorga a un hecho practicado por siglos, cuyo significado responde a el comercio de mujeres europeas y americanas que bajo engaños, secuestro y coacción las venden a los emiratos Árabes, Asia y zonas de África.

Tal movimiento producirá sus efectos jurídicos en la agenda mundial para la supresión de la trata hasta 1959, aprovechándose en la Convención celebrada en la asamblea general de Naciones Unidas el contemplarla, hecho que será insuficiente en los años ochentas al surgir nuevas realidades de desplazamiento y comercio de otras razas con abusos más profundos y de graves dimensiones, por lo que se inició a designar el hecho como tráfico de personas (trafficking in persons).

La naturaleza del fenómeno es multifactorial por lo que es difícil establecer cifras precisas. Sin embargo en 2005, la Organización Internacional para las migraciones establece que alrededor de un millón de mujeres, niñas y niños por año son engañados, vendidos y coaccionados para agricultura, prostitución, pornografía, turismo sexual, niños soldados, tráfico de órganos, venta de menores, siendo los niños y niñas el sector más vulnerable.

Conforme al Informe Anual sobre Trata de Personas del Departamento de Estado de Estados Unidos, entre 600,000 y 800,000 personas cruzan las fronteras como víctimas de trata, donde el 50 por ciento son personas menores de edad, asimismo la Organización Internacional del Trabajo (OIT), señala que como consecuencia de la trata, alrededor del 60% de 2.450.000 son víctimas de abusos sexuales y el 98% son mujeres y niñas¹. Además, se observa que la demanda de niños y niñas en Estados Unidos para fines sexuales crece año con año, confirmando el propio Departamento de Justicia al indicar que; entre 45,000 y 50,000 mujeres, niños y niñas son explotados anualmente en la industria sexual del país.

La desintegración de la antigua Unión Soviética ha provocado una mayor inestabilidad social, económica y política en otros países de Europa, lo que ha impulsado el comercio de menores de edad para ser explotados,

¹ OIM : La trata de personas. Aspectos básicos Edit. OIM México, coedición, México 2006, p. 11

Hacia un sistema integral americano de protección al menor

201

observándose que el tránsito por los Balcanes de menores, víctimas de trata, es cada día más alarmante, fenómeno que se extiende en Sudáfrica y Nigeria, sitios que se han convertido en centros de origen y tránsito de víctimas de menores de edad, al grado que UNICEF indica que el 32% del total de personas menores de edad explotadas en el mundo son de origen africano, por lo que alrededor de 16 millones de niños y niñas son sometidos a diversas actividades. Un ejemplo de menores de edad vinculados con grupos armados suman alrededor de 300.000, de cuya cantidad el 40% son niñas.

Aunado a lo anterior, Hong Kong es una zona de tránsito para Japón, Corea del Sur, Taiwán y Malasia, mientras en América Latina y el Caribe los menores son conducidos a Estados Unidos, Holanda, Alemania, Bélgica, Israel, Japón entre otros destinos. En España, la Dirección General de la Guardia Civil informa que el 70% de la trata que ingresa a su país proviene de Latinoamérica para explotación sexual, observándose en la región un crecimiento en adopciones de niños y niñas cuyo destino se pierde y la simulada razón de su vida se desconoce, ante la carencia de un seguimiento serio del adoptado y el adoptante.

La práctica de delitos transnacionales crece cada día más, al grado que el costo de vender y comprar menores reporta menor riesgo a cambio de ganancias enormes, tal situación ha conducido a que el Protocolo de Palermo o de la Trata se convierta en el instrumento más importante, al ampliar y definir el tema, además de ofrecer

las bases para la reforma de las leyes nacionales.

Así en su art. 3º. establece: trata de personas se entiende como captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas recurriendo a la amenaza o el uso de la fuerza o a otras formas de coaccionismo: al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o estado de vulnerabilidad, así como la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga la autoridad sobre otra, con fines de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o práctica análogas, servidumbre o extracción de órganos.²

En conformidad con la Declaración internacional sobre los derechos del niño, se entiende por menor de edad, al que no ha cumplido los 18 años, lo cual dentro del artículo antes citado; en su punto D se recoge por el Protocolo de Palermo, el cual debe interpretarse en el marco general sobre los Derechos del niño, instrumento que es suficiente, como lo regula en su art. 35.

Cabe destacar que la actividad no se restringe a trata transnacional, ya que muchos niños, niñas y adolescentes son víctimas de esta actividad a nivel nacional, careciendo el país de regulación interna para proteger a los millones de víctimas de trata interna.

Como se indicó en líneas anteriores el 50% de niños, niñas y adoles-

² Ley para prevenir y sancionar la trata de personas. Diario Oficial de la Federación (primera sección) México, D. F. 2007 p.2

centes en el mundo son víctimas de trata, y no se tienen datos precisos de la victimización que se da dentro de las fronteras nacionales. La OIT en el año 2000 estimó que 1.8 millones de niños son explotados en la industria del sexo comercial; además de que en más de 30 conflictos armados recientes son utilizados como fuerzas combatientes, aunado a la adopción irregular por secuestro o venta.

El matrimonio es una actividad que violenta derechos fundamentales en países donde la cultura sobre la discriminación femenina es honda, al ser considerada una carga, por lo que el enlace con un hombre mayor es común con una novia niña. Asimismo el tráfico de órganos regulado en el Protocolo de Palermo es una práctica donde existen denuncias, y que en lo personal me correspondió descubrirlo a través de un organismo no gubernamental que fundé a principios de los años 90s en México; con una sección especial referente a la protección del niño, niña y adolescente contra la tortura, afiliada a FIACAT, con sede en Francia.

Precisamente en la Agencia Ministerial de personas desaparecidas de la Procuraduría del Distrito Federal, (CAPEA), se iniciaron las indagaciones de menores desaparecidos a través de sus familias que buscaban la ayuda, observándose que la mayoría de los expedientes se encontraban bajo *reserva* por no reunir datos suficientes para la autoridad; la cual consideraba que se trataba de una fuga del menor del hogar a causa de maltrato de sus padres, suposición que no permitía conocer la verdad de los hechos.

Ante tal pasividad, con algunas madres y abuelas de niños desaparecidos o robados se inicia una campaña de localización, en la cual se sensibiliza a la Procuraduría y a ciertos medios de comunicación, quienes permiten la divulgación del fenómeno imprimiéndose por la autoridad las fotografías de los menores desaparecidos en el transporte Metro para su localización, lo que permitió involucrar a la sociedad y obtener información sobre algunos niños que eran objeto de explotación en el tráfico de riñones y corneas en la frontera norte del país.

Lo anterior condujo a elaborar un proyecto de reforma de la ley penal para presentarla ante la Comisión correspondiente en la Cámara de Diputados, ya que se carecía de regulación en torno al robo de infantes o desaparición de los mismos, tema que fue acogido poco a poco por los legisladores, sin que se cuente todavía con una regulación integral hasta la actualidad, observándose pequeñas adiciones que no ofrecen un marco regulatorio completo ante la complejidad del fenómeno.

Recientemente, en el mes de noviembre del 2007 en México se publica el Decreto sobre estos aspectos que se analizarán en líneas posteriores, con el objeto de hacer una reflexión general en torno a los alcances y deficiencias en la protección de la trata de niños, niñas y adolescentes, y el papel que tiene México frente al fenómeno, sobre todo cuando el territorio es un paso a los Estados Unidos, donde se recibe de Centro América y parte de Sudamérica a una serie

Hacia un sistema integral americano de protección al menor

203

de inmigrantes que buscan un mejor destino.

Es importante destacar que con independencia de que se reconozcan los Derechos fundamentales producido de los Derechos Humanos en un Estado, éstos son regulaciones meta-jurídicas, por lo que forman parte de un nuevo sistema mundial y cuyos principios son las reglas que permiten el entendimiento y respeto a la dignidad humana, sin dignidad no se puede sostener que se viva en un Estado democrático, conforme a derecho y que marche conforme a la justicia.

EXPOSICIÓN DE LAS SOLUCIONES REGULATORIAS EN TORNO A LA TRATA EN MÉXICO

El 27 de noviembre del 2007, se publica en el Diario Oficial el Decreto por el que se expide la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, por lo que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la delincuencia organizada, el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código Penal Federal, en el cual el Presidente de nuestro país, en uso de su facultad constitucional emite vía decreto la presente Ley para su futura reglamentación.

El contenido de la misma establece que tendrá un carácter federal, por lo que se aplicará en todo el territorio nacional y conocerá de estos delitos la Procuraduría General de la República.

Se observa que conforme al artículo 5º de la Ley citada, se recono-

ce solo una parte del Protocolo de Palermo, al no establecer un marco específico sobre la regulación propia de los menores de edad así como el término de niño, como lo establece claramente dicho instrumento jurídico internacional. Sin embargo extiende la protección de extirpación de órganos, no contemplado en el Protocolo, en lo referente a los materiales biológicos consistentes en: tejido o sus componentes.

Por lo que se refiere al delito de trata de personas en el caso de menores de dieciocho años de edad o que no tenga capacidad para entender el significado del hecho para resistirlo; se regula en este nuevo ordenamiento con un rango de 9 a 18 años de prisión, aspecto que asombra al no contemplarse la posibilidad de la pena capital como se establece para otros delitos de menor impacto en nuestra legislación.

Aunado a lo anterior, se observa que la pena será mayor cuando se practique la trata de personas por servidores públicos o que se ostenten como tales, en aquellos casos de personas mayores de 60 años o indígenas.

En cuanto a las personas morales que cometan el delito de trata, sin tener la calidad de institución pública del Gobierno Federal, se le separará a sus miembros de sus actividades conforme a la sentencia que emita el juez, cuya sanción no será mayor de 5 años, según el acto, pero podrá resolverse la disolución y liquidación total; o la prohibición de realizar ciertos negocios o operaciones, sin exceder en este último caso el término de 5 años cuando las conductas así lo ameriten.

Si hubiese duda del perfil de los administradores de la persona moral, a solicitud de sus miembros, el juez podrá designar provisionalmente a quien cumpla tal función para un período máximo de tres años, con el objeto de que posteriormente se designen a quienes funcionen como tales conforme al procedimiento ordinario.

Por último, el artículo 9, establece que en el momento que se emita la sanción, el juez habrá de considerar la reparación del daño a favor de la víctima, la cual consistirá en: honorarios médicos; terapias, rehabilitación física y ocupacional; vivienda; gastos de alimentación; traslado a su destino; ingresos perdidos; resarcimiento de los perjuicios; indemnización por daño moral; y otros; lo cual no aclara como resolverlo en caso de que el delincuente no pueda resarcir a la víctima por carecer de los medios necesarios para cumplirlo.

México requiere vincularse a los principios indicados en los instrumentos internacionales que ha firmado y ratificado para dar cumplimiento serio a la protección de la niñez, debido a que se observa un gran desconocimiento del tratamiento real que debe contener la legislación nacional para dar cumplimiento a los principios y reglas internacionales.

En consecuencia, tal desinformación produce una gran impunidad, a lo que Ana Rosa Payan, Directora General del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), indica: en México existe poca cultura para denunciar los casos, y de todo lo que recibe el DIF, solo el 10 % llega al

Ministerio Público y el 90% no se ratifica, lo cual indica el bajo grado de confianza ciudadana en el sistema penal.³

Tal situación confirma un desfase entre el orden jurídico normativo formal y la realidad u eficacia en su aplicación, al grado que existen casos donde se permite en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20, el careo entre un niño, niña o adolescente con su agresor.⁴

Todo lo anterior, me permite sugerir implementar un instrumento legislativo que impulse, en el caso de la materia penal, un solo código tipo para toda la República, y con ello establecer los lineamientos básicos de protección a los derechos fundamentales y, con ello, evitar el que cada entidad federativa sostenga una gran diversidad de regulaciones penales, las cuales se oponen entre sí, conduciendo de una entidad a otra a diversas interpretaciones legislativas, lo que *no permite* un seguimiento serio por carencia de regulación o sentidos opuestos en su aplicación.

Actualmente se observa en los diversos códigos penales de las entidades federativas, una gran carencia de normas que regulen y protejan a los menores de la explotación sexual y el tráfico. En el Estado de Nayarit, en el artículo 258 se continúa considerando

³ Gómez Tagle López, Erick: "La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes. Una aproximación sociológica, INACIPE, México, D. F. 2007 p. 313

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México, 2007

Hacia un sistema integral americano de protección al menor

205

que se comete estupro solo cuando las mujeres son púberes, castas honestas y menores de edad, por lo que se le impondrá al victimario de uno a seis años de prisión, si las víctimas prueban que reúnen los anteriores elementos y cuyo consentimiento se obtenga por medio de seducción o engaño. Tales probanzas difíciles de demostrar plenamente permiten evadir las sanciones citadas.

Todo lo anterior induce a reflexionar en torno a una nueva Ley, debido a que la regulación actual contempla tan amplias variables, e incluye términos tan ambiguos que generan incertidumbre, además de que ante las nuevas situaciones de explotación y trata, la actual legislación no contempla la aplicación de los casos regulados en la Ley Federal del Trabajo o en la Ley General de Salud y su reglamento correspondiente, debido a que estas últimas legislaciones prohíben otros tipos de prácticas, las cuales no son consideradas en el actual decreto Ley.

Por último, la nueva Ley establece las bases para que se instituya una Comisión Intersecretarial, donde se observa que carece de reconocimiento la Comisión Nacional de Derechos Humanos como un organismo fundamental, por tratarse del órgano que salvaguarda los derechos humanos del niño, niña y adolescentes, lo cual nos coloca en una situación difícil al observar que funciona por el momento en la *quinta visitaduría, como una sección especial de apoyo al programa, junto con la defensa de los derechos de los migrantes*, cuando el problema de la trata no debe quedar reducido en ésta

área, por lo que en un futuro es necesario abrir un espacio autónomo en la Comisión, de lo contrario, es grave convertir a la institución defensora de los Derechos Humanos en un espacio provisional para el apoyo de una comisión intersecretarial, como lo regulan los artículos 10 y 11 de la reciente Ley, donde será el Ejecutivo Federal quien tendrá la facultad de designar a sus miembros, además de presidir al órgano, lo cual rompe con el espíritu de los derechos humanos al separar ciertos ámbitos de protección de los derechos fundamentales para entregarlos a un organismo paralelo, el cual invade la autonomía e independencia real del ombudsman o defensor nacional.

Tales aspectos analizados y con tan grave repercusión requieren de un análisis serio, profundo, integral si se busca proteger a la infancia, tema de suma importancia, cuyas respuestas urgen en el concierto mundial.

HACIA UNA SISTEMA INTEGRAL PROTECTOR DE LA INFANCIA EN AMÉRICA LATINA

Ante el nuevo fenómeno de regionalización y mundialización, los Estados parte son una expresión de un sistema más amplio, por ello los Estados nacionales además de atender a sus necesidades jurídicas domésticas conforme a su tradición jurídica, no deben evadir los referentes comunes extraterritoriales a lo que tienen que acogerse por corresponder a los derechos intrínsecos de cualquier persona, indepen-

dientemente del territorio al cual se pertenezca, violarlos sería afectar los derechos de la humanidad.

De ahí que desde un horizonte amplio, el sistema jurídico debe funcionar meta-jurídica y metalingüística-mente, mientras el subsistema, legislación nacional, funciona en el marco de su territorio, situación que requiere se armonice conforme a los acuerdos de la región y a los instrumentos internacionales.

Los legisladores actuales, necesitan abogar por la firma y ratificación sin reserva de las convenciones internacionales y tratados relacionados con la prohibición de trata de niños, niñas y adolescentes, e impulsar que exista concordancia en la región en los siguientes instrumentos.

Con la Convención sobre los Derechos del niño de 1989, en sus artículos 34 y 35, donde obliga a los países miembros a proteger a la infancia sobre cualquier forma de trata, además de ser el instrumento protector *ad hoc* para cualquier tema sobre la niñez.

Además del instrumento anterior, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de personas: especialmente de mujeres, niñas y niños, aunado al que se refiere al tráfico de inmigrantes por tierra, mar y aire, los cuales acoge la Convención de Naciones Unidas en sus trabajos contra el crimen organizado transnacional del año 2000, y que entró en vigor desde 2003.

Otros instrumentos importantes son los referentes a la Convención No. 132 de la OIT, sobre; las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata

para su eliminación, de 1999, aundo a la Convención del Haya en torno a la Protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional de 1993, que entró en vigor en 1995.

Los instrumentos citados deben estar reflejados en las legislaciones internas y puestas en vigor inmediatamente. Si realmente se desea cumplir en el hemisferio americano con una serie de reglas comunes que otorguen efectividad a la protección de la niñez, para evitar la trata o cualquier otro tipo de daño a la infancia latinoamericana, se requiere asumir un nuevo sistema jurídico nacional y transnacional.

Para tal efecto, se necesita implementar acuerdos transfronterizos y a nivel nacional, donde el territorio nacional, independientemente de su división política interna, organice a las autoridades federales, locales y municipales para que actúen en concordancia.

En el caso de la región, los acuerdos multilaterales funcionaran con asistencia mutua y cooperación en la prevención, persecución y detención de los delincuentes, estableciendo las modalidades de confiscación de los bienes incautados y el traslado de las víctimas, aspectos que podrían ser cubiertos con el producto de los bienes, los cuales deben ser depositados en una sección autónoma del organismo protector de Derechos Humanos de cada país en la región, cuyo Comité lo integraría el defensor, comisionado u ombudsman del organismo de cada país, un representante de educación pública y de salud de cada país, así como representantes de organizacio-

Hacia un sistema integral americano de protección al menor

207

nes no gubernamentales e internacionales, cuyas gestiones tendrán que transparentarse para cumplir con el derecho a la información, y ofrecer el acceso público de sus actividades a cualquier persona a través de las tecnologías actuales.

Los legisladores habrán de establecer dentro del presupuesto nacional un fondo para medidas preventivas, además de impulsar la constitución de áreas de rehabilitación y formación del personal adecuado, para lo cual sería la Comisión o subcomisión legislativa respectiva quien vigile las actividades y propicie un enfoque integral, en donde las partes interesadas se involucren: como: sociedad civil, organizaciones internacionales, etc.

Todo lo anterior debe realizarse dentro de un plan nacional y transnacional, con el objeto de que las acciones sean eficaces y las causas que originan el fenómeno sean combatidas, aunado a impulsar un proyecto de prevención que a continuación se propone:

1. Se requiere de un documento regulatorio integral que no solo sea regulado por las leyes internas en materia penal, sino también en materia civil, familiar, de trabajo, de salud, etc., donde se prohíba cualquier tipo de actividades que induzcan a la trata de menores de edad, ya que reducir la actividad a un marco penal no es suficiente.
2. También se requiere de una regulación sistémica en cuanto a los principios y reglas comunes que deben servir de fundamento en cualquier rama del derecho, con el

objeto de evitar contradicciones en la aplicación y solución de los problemas de trata de menores, así como indicar las bases de prevención para evitar su práctica.

3. Todo niño o niña que ha sido objeto de trata, no debe ser considerado delincuente por carecer de documentación o cometer actividades ilícitas como la prostitución, cuando en realidad son víctimas de la delincuencia.

Además deben fijarse los principios de extraterritorialidad que habrán de funcionar en este caso, para que la jurisdicción se amplíe y sancione a los ciudadanos que explotan sexualmente a menores de edad en el extranjero o a quienes promueven tal actividad. Canadá ha enmendado en este sentido su Código Penal en las leyes c-27 y c-15^a, y en el caso de Filipinas se ha considerado delito grave la trata de menores aun en adopciones legales, por lo que con mayor razón, deben contemplarse mayores sanciones en casos como los sucedidos en 1991, cuando a mil niñas peruanas se les adoptó en forma simulada para destinarlas a Holanda, sometiéndolas a trabajos abusivos o explotación sexual.

La Comisión de Estados Interamericanos en 2001 informó que entre 1 000 y 1,500 bebés, niñas y niños guatemaltecos son víctimas de trata a través de falsas adopciones, mientras en Brasil 500,000 niñas son explotadas sexualmente, y en San José Costa Rica 2,000 niñas y adolescentes colombianas, dominicanas y filipinas

son prostituidas en destinos conocidos como turismo sexual.⁵

Estos acontecimientos originaron desde 1993 en Viena, que en el seno de su Conferencia sobre Derechos Humanos se acordara que la trata de personas sea considerada una violación a los derechos fundamentales. Posteriormente los representantes de cien Estados trabajaron en la elaboración de la Convención contra el crimen organizado transnacional y el Protocolo contra la trata, con el objeto de que en el marco de la Conferencia Mundial convocada por la ONU, 147 países firmaran la convención referida y dos Protocolos complementarios: uno sobre la trata de personas, en especial mujeres y niñas y el otro sobre el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire, instrumentos que entran en vigor en 2003, como se indicó en líneas anteriores.

Por primera vez un instrumento internacional define la trata como: la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas recurriendo como medida al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, engaño o abuso de poder, vulnerabilidad, la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tiene autoridad sobre otra, protocolo que ha sido ratificado por 97 países y 117 Estados signatarios conforme a los informes del año 2006.

El propósito o fin de la actividad es la explotación sexual, laboral, la esclavitud o práctica análogas a la misma,

servidumbre o extracción de órganos.

Por lo que se refiere a los menores de edad en el Protocolo de Palermo no se considera al *consentimiento*, ni a los *medios*, como elementos necesarios para determinar a la actividad como trata, por lo que cualquier forma de explotación sexual de menores de edad se considera trata, con el objeto de establecer un criterio jurídico real de protección a los menores en cualquier modalidad y, con ello evitar el creciente consumo de servicios sexuales prestados por niños cada vez con menos edad, donde en ciertos sectores de África, se considera que el adquirir a una niña virgen les evita contagiarse de sida.

Las circunstancias que conducen a la explotación de menores son la pobreza, la discriminación, la desigualdad de género, la falta de oportunidades laborales, la ignorancia fundamentalmente, observándose paradójicamente que a pesar de vivir el mundo la tercera revolución científica y tecnológica más importante, este conocimiento no ha impulsado a la mayoría de los seres humanos para afirmar su existencia con dignidad, ampliándose la brecha entre un gran sector de seres humanos carentes de educación, fenómeno que impulsa la construcción de sociedades semianalfabetas, donde el proyecto del nuevo orden mundial nos coloca en un gran dilema al continuar impulsando el desarrollo de la miseria, no solo material sino mayor aún, la espiritual, donde los hombres ven a su niñez como una mercancía.

⁵ OIT Esclavitud moderna Edit. ONU-OIT coedición. México, 2007 p.47

Hacia un sistema integral americano de protección al menor

209

Un niño que ha sufrido maltrato vive en la desesperación, ansiedad, llanto crónico, tendencias suicidas, con un carácter explosivo o inhibido, en el aislamiento, observando a los seres humanos con desconfianza y miedo, aspectos que deben evitarse, ya que en el rostro de cada niño que vive en tales condiciones confirma la degradación ética en la que viven las sociedades actuales. Cabe preguntarse: ¿Acaso el ser humano se encuentra fuera de cualquier manifestación ética vital y cultiva hoy la cultura de la muerte?

Si el camino es producir el dolor, la sumisión de la infancia hasta destruir el proyecto futuro de la vida humana, ello nos coloca fuera de la naturaleza, pues en ninguna manifestación de vida animal se daña a la propia especie hasta su aniquilación.

¿Acaso la felicidad descansa en la destrucción del otro, para luego establecer un juego en el que la víctima sea a la vez el victimario? Tales actos producen sociedades enfermas, patológicamente enfermas.

La nueva procuración de la justicia debe funcionar conforme al respeto de los Derechos Humanos, es el único camino en el cual se puede construir un nuevo paradigma, donde el hábitat de todo ciudadano no solo quede en la óptica del estrecho marco de la legalidad, sino en una forma de vida ética de asistencia hacia los demás como actos cotidianos, y donde las instituciones provean tal formación integral conforme a un sistema en el que los ciudadanos organizados en familias,

en la escuela y en organismos civiles, sean parte de la transformación.

El derecho actualmente funciona de manera reactiva, esto es de una manera insuficiente, por lo que se requiere de una actitud preventiva y de cambio, donde a través de enlaces de cooperación entre los países se creen sistemas transfronterizos de ayuda entre las instituciones públicas y civiles.

Para que el modelo funcione, se debe implementar una Comisión Nacional de protección a la niñez, la cual entre otras actividades debe introducir desde la enseñanza básica, formación en materia de derechos humanos y la vía para ejercitarlos. Asimismo se tiene que blindar las fronteras a través de mecanismos que protejan a la niñez, evitando la indocumentación y la práctica de la ilegalidad transfronteriza.

Para su funcionamiento se requiere de una instancia institucional que establezca las bases para el registro de entrada y salida de menores de edad, con fotografías y huellas dactilares, que sirvan de información ante cualquier eventualidad, lo que implica simplificar los trámites de registro de natalidad, y crear una base de datos seria donde se tenga la información completa de la población infantil, así como los datos de la madre o padre y su procedencia dentro del territorio del país.

Es importante destacar en la información que se recabe, la condición socio cultural y económica de la familia, para con ello tener claro el porcentaje de niños y niñas que pertenecen a la ciudad, al medio rural o a grupos indígenas, entre otros, y con ello medir

el grado de vulnerabilidad en que se encuentran los grupos, y con el objeto de diseñar una mejor estrategia de información y formación cultural.

Tales medidas permiten evaluar las zonas en las cuales se perpetran con mayor incidencia dichas actividades delictivas y prevenir su práctica.

A su vez se requiere de la formación de agencias de migración expertas en derechos de la niñez, integradas con grupos multidisciplinarios para que ofrezcan la atención debida a las víctimas de la trata. También de agencias ministeriales especializadas para la investigación de los menores, donde representantes de los derechos humanos estén presentes para orientar a las víctimas.

Se sugiere, que en los casos de las niñas víctimas de trata, sean profesionales del género femenino quienes entrevisten a las menores y las guíen, ya que el hecho de tratarse de delitos sexuales, las niñas podrían sentir mayor confianza para ser interrogadas, así como someterse a revisión médica por mujeres profesionales. En el caso de explotación sexual de niños por pedófilos, se requiere del auxilio también de mujeres expertas en éstos casos y evitar que el menor enfrente a un adulto varón que le representa por su género dolor, miedo y frustración.

La trata de personas es un delito complejo, cuya solución requiere de la cooperación internacional. En este sentido la INTERPOL se reúne cada año para intercambiar experiencias y enfocar formación e información sobre como investigar las actividades de trata en el área de explotación sexual, o

para trabajos forzados o servidumbre, así como para tráfico de órganos.

Cabe destacar la iniciativa reciente de INTERPOL denominada: childhood (infancia), la cual se encarga de combatir el turismo sexual infantil, además de que busca estrechar relaciones con las autoridades policiales y otras partes interesadas para poder detener a los delincuentes y rescatar a las víctimas.

De esta manera se tienen bases técnicas como *mind y find*, para recibir de la policía fronteriza y de los servicios de inmigración información sobre las consultas realizadas acerca de documentos de viaje robados o perdidos, así como de vehículos robados y delincuentes buscados, para que estén a disposición de los usuarios autorizados del sistema internacional de comunicación policial.

La INTERPOL actualmente colabora con organismos que luchan contra la trata como Eurojust, Europol, la Organización internacional para las migraciones (OIU), la iniciativa de cooperación en la Eurojust sudoriental (SECI) y la oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (ONUDD). Toda esta estructura tiene como objetivo cumplir con una protección integral y efectiva de los niños, niñas y adolescentes, a lo que Ecuador en su XXXIV Asamblea General de la OEA, en su cuarta plenaria, celebrada el 8 de junio del 2004, establece un marco protector en el hemisferio, para combatir la explotación sexual comercial, incluida la divulgación de pornografía infantil a través del Internet y otros medios de difusión masiva, y el tráfico ilícito y tra-

Hacia un sistema integral americano de protección al menor

211

ta de niños, niñas y adolescentes, por tratarse de un tema de preocupación regional como universal.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 19:

Todo niño tiene derecho, a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de la familia, de la sociedad y del Estado; para dar cumplimiento a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño donde se comprometen a los Estados a proteger a los niños contra toda forma de explotación y abuso sexuales (art. 34 de la convención).

Para que la protección de los menores en el hemisferio sea efectiva, se requiere que los Estados miembros firmen y ratifiquen o se adhieran, según el caso, a los instrumentos internacionales en relación con el combate a la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, aunado al tráfico ilícito de niños, niñas y adolescentes en el hemisferio. La Convención celebrada en Ecuador, acordó solicitar al Instituto Interamericano del Niño que antes del 31 de diciembre del 2004, emitiera a su consideración los siguientes puntos:

1. Un informe sobre la situación de los menores en el hemisferio en el tema que se trata.
2. Un informe del marco normativo existente en los Estados miembros con relación a los problemas descritos *especialmente en materia penal* y de procedimiento, lo cual no es suficiente como se indicó.

3. Solicitar al Centro de Estudios de Justicia de las Américas que antes del 31 de diciembre del 2004, remita un informe sobre la capacidad actual de los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros para atender los casos y aplicar la norma nacional e internacional.

Sin embargo no se ha dado cumplimiento ante la falta de una visión integral hemisférica, aspecto que se propone para instrumentar un mecanismo *Bolivariano* que integre a los países latinoamericanos en la protección de la infancia con principios y reglas claras.

Por último, se sugiere reunir a los empresarios que se dedican al turismo, con el objeto de implementar un *código de conducta en turismo* para agentes de viaje, operadores turísticos o propietarios de hoteles, restaurantes y bares, donde UNICEF, organismos no gubernamentales, operadores y propietarios de hoteles y restaurantes, integren un comité donde se incluyan áreas del gobierno facultadas para proteger a los menores, así como sus respectivos organismos en Derechos Humanos.

Para que funcionen, se requiere de reformas a las leyes tanto de turismo, como normas para implementar en las Escuelas de Turismo un código de ética, aunado a cursos de concientización social de menores.

América Latina tiene una población de más del 50 % de menores de edad donde un 70% de su población vive con un salario de 1 a 2 dólares por día, lo que ha orillado a la infancia a abandonar la escuela y salir a las

calles para sobrevivir de cualquier actividad, observándose que el promedio de vida de los niños de la calle es de 25 a 30 años. No permitamos que se extienda en nuestra cultura la práctica del abandono de la infancia, somos un mismo pasado, una misma lengua, un mismo perfil que requiere integrarse y construir un modelo protector y de prevención para conservar e impulsar lo mejor de nuestro legado, los niños y niñas, quienes serán en un futuro, el rostro que alumbre a un hemisferio con sus mejores atributos, y a su vez puedan mostrar con dignidad lo mejor de nuestros valores, con orgullo humanístico y un espíritu americano.

BIBLIOGRAFÍA

Gómez Tagle López, Erick: *La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes. Una aproximación sociológica*, INACIPE, México, D.F. 2007.

OIM: *La trata de personas. Aspectos básicos* Editorial OIM México, coedición, México 2006.

OIT: *Esclavitud moderna* Editorial ONU-OIT coedición México, 2007

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México, 2007.

Ley para prevenir y sancionar la trata de personas. Diario Oficial de la Federación (primera sección) México, D.F. 2007.

Relaciones contractuales en el Derecho de Autor

César Benedicto Callejas*

La experiencia en materia de derecho privado, ya sea civil o mercantil, ha demostrado que aunque se establezca y reconozca la autonomía de la voluntad, es correcto señalar los contratos que de forma más generalizada son utilizados por los particulares para la celebración de sus negocios jurídicos.

La Ley Federal del Derecho de Autor, como consecuencia de esto, señala una serie de contratos nominados, específicos para ciertos acuerdos de voluntades que modifican relaciones jurídicas y deja, al mismo tiempo que las partes por mutuo acuerdo, puedan establecer instrumentos propios que sean más útiles para sus propias relaciones.

Por su parte, la experiencia en el campo de la administración y protección de los derechos de autor, ha permitido identificar actos típicos de transmisión de derechos de autor.

Al igual que en el derecho común; los actos jurídicos nominados no son

los únicos que pueden ejercitarse, ni tampoco el nombre de la figura determina su naturaleza jurídica. Sin embargo, la determinación de actos jurídicos típicos protege la equidad de los actos jurídicos y es un coadyuvante en la administración de los derechos.

La división entre contratos nominados e innominados es absolutamente conceptual. No existe en el Código Civil, ni en ninguna otra disposición, la división propia y legislada entre un contrato nominado y uno innominado.

Las diferencias entre ambas especies son fácilmente apreciables, como los define Zamora y Valencia, “si la ley reglamenta un contrato conceptuándolo y señalando sus elementos y determinando sus consecuencias y en su caso sus causas de terminación, se dice que el contrato es nominado... si la ley no reglamenta un contrato, aunque sólo señale su concepto o le dé un nombre, el contrato será innominado...”¹

* Director del Seminario de Patentes, Marcas y Derechos de Autor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos Civiles, Porrúa, México, 1985, p. 58.

Desde luego, el nombre de los actos jurídicos no determina su naturaleza, por lo tanto, para que exista contrato nominado —o típico—, se requiere no sólo la determinación de su nombre particular, sino la fijación de sus elementos, formas y consecuencias. Fuera de esas disposiciones reglamentarias se encuentra el campo de la autonomía de la voluntad, limitada únicamente por las normas de aplicación general, el interés público y los principios generales del derecho, y es en ese campo donde se encuentran los demás acuerdos en la materia del derecho de autor, los contratos innominados.

Un contrato es innominado cuando sus elementos y efectos son del todo distintos a cualquiera de los que la ley considera como contratos nominados, nacidos exclusivamente de la voluntad de las partes; o bien, cuando añade algún elemento extraño a los contratos tipificados, modifica sus consecuencias o establece cláusulas que lo hacen distinto.

Es imposible establecer un catálogo de contratos innominados, pues sus categorías son inagotables como lo son las necesidades de las partes contratantes y las soluciones que proponen. Es decir, aunque la existencia de los contratos nominados signifique un profundo trabajo de observación y clasificación de las formas en que los autores, usuarios y titulares de derechos, resuelven sus necesidades en la materia, la realidad compleja exige siempre esta categorización, por lo tanto, existe siempre un conjunto de normas jurídicas individualizadas

—contratos—, que no pueden ser tipificados.

CONTRATO DE EDICIÓN DE OBRA LITERARIA

El contrato de edición de obras literarias existe desde tiempos de Cicerón y fue suscrito por los bibliópolas durante el imperio. El término *vendere* que luego apareció, se generalizaría en la correspondencia de los antiguos autores latinos para confirmar los provechos patrimoniales recibidos de sus obras. En nuestro continente y en la Nueva España se rigió por las Leyes de Indias y en las ausencias normativas, por disposición legal, se aplicaba supletoriamente el derecho español. En materia autoral los reyes españoles sostuvieron una política estricta, en lo referente a la edición, se necesitaba obtener una licencia real para poder imprimir libros.

El contrato de edición de obra literaria es el acto jurídico típico por el que se transmiten derechos patrimoniales de autor, su importancia es tal que determina las características generales de los demás contratos nominados. La Ley Federal del Derecho de Autor define al contrato de edición de obra literaria como aquel que ocurre cuando el autor o el titular de los derechos patrimoniales, en su caso, se obliga a entregar una obra a un editor y éste, a su vez, se obliga a reproducirla, distribuirla y venderla cubriendo al titular del derecho patrimonial las prestaciones convenidas. Las partes podrán pactar que la distribución y venta sean reali-

Relaciones contractuales en el Derecho de Autor

215

zadas por terceros, así como convenir sobre el contenido del contrato de edición, salvo los derechos irrenunciables establecidos por esta Ley.²

De la definición que la ley da para este tipo de contrato pueden desprenderse sus elementos: a) Sujetos: El autor o el titular de los derechos patrimoniales de autor y el editor, y b) Contenido obligacional: Para el autor o titular del derecho patrimonial de autor: La entrega de una obra. Para el editor la reproducción y venta de la misma, cubriendo al autor o titular las prestaciones convenidas.

El contenido del contrato de edición de obra literaria se encuentra dentro del régimen de libertad contractual, salvo los derechos irrenunciables que la ley otorga a los autores. Por otra parte, el editor es sustituible en sus obligaciones únicamente por lo que se refiere a la distribución y venta de los productos.

La ley determina de modo expreso el contenido obligacional del contrato de edición de obra literaria, respecto de la persona del autor o del titular del derecho patrimonial, estableciendo que son obligaciones del autor o del titular del derecho patrimonial entregar al editor la obra en los términos y condiciones contenidos en el contrato, y responder ante el editor de la autoría y originalidad de la obra, así como del ejercicio pacífico de los derechos que le hubiera transmitido.³

En sentido objetivo, las obligaciones que adquiere el autor o titular del

derecho patrimonial consisten en la entrega de la obra de acuerdo con lo pactado, responder de la originalidad y autoría de la obra, por cuanto legitima el ejercicio de los derechos patrimoniales de autor y responde del ejercicio pacífico de los derechos que transmite, esto último como medida de protección para el adquirente de buena fe.

Respecto de las peculiaridades del contrato de edición de obra literaria, cabe aclarar que éste no está sujeto a término legal alguno y la transmisión de los derechos puede hacerse de modo ilimitado por cuanto hace al tiempo;⁴ sin embargo, existen normas limitativas del contrato de edición de obra literaria, las cuales atienden tanto al objeto de la obligación como al contenido obligacional para ambas partes. La primera de ellas atiende a la protección de la integridad de la obra pues el editor no puede publicar la obra con abreviaturas, adiciones, supresiones o cualesquiera otras modificaciones, sin consentimiento escrito del autor.⁵

Por otra parte la ley exige requerimientos mínimos del contrato de edición de obra literaria, los requerimientos califican el objeto del contrato y el contenido obligacional del editor; así el contrato de edición, en tanto documento necesariamente escrito, debe contener como mínimo el número de ediciones o, en su caso, reimpressiones, que comprende; la cantidad de ejemplares de que conste cada edición; si la entrega del material es o no en exclusiva, y la remuneración que

² Artículo 42 LFDA.

³ Artículo 52 LFDA

⁴ Artículo 43 LFDA

⁵ Artículo 45 LFDA

deba percibir el autor o el titular de los derechos patrimoniales.⁶

El número de ediciones o de reimpressiones, atiende a la necesidad de coadyuvar para mantener y conservar el prestigio del autor, así como a contribuir al control del trabajo editado, en idéntico sentido la mención de la cantidad de ejemplares que, por otra parte, cumple con el objetivo de controlar el número de reproducciones, directamente proporcional a los beneficios económicos por obtenerse. La mención de la exclusiva en la entrega del material obedece a la necesidad de fijar el objeto de la relación jurídica y, en consecuencia el de sus efectos. La transmisión de los derechos patrimoniales de autor es necesariamente onerosa, en razón del orden lógico de la ley, se exige la mención explícita de la remuneración debida al autor o al titular de los derechos patrimoniales, de ser omiso el acto jurídico, éste no deviene nulo absoluto, sino que para convalidarlo las partes o el juez competente, en caso de falta de acuerdo, pueden fijar la remuneración objeto del contrato.

Mediante la edición, el editor adquiere ciertos derechos por ministerio de ley, el primero, en razón de la inversión que realiza, consiste en el derecho de preferencia en igualdad de condiciones para realizar una siguiente edición de la obra, en suplencia de la voluntad de las partes, fija el precio que los ejemplares de la obra tendrán para su venta. Este último derecho tiene su ratio en la práctica comercial y

en la equidad que asiste al editor como factor comercial de la relación jurídica.

Administrativamente, existen ciertas obligaciones tanto para editores como para impresores de obras literarias. Estas obligaciones obedecen al carácter mixto de la naturaleza del derecho de autor, privado, en cuanto hace a la libertad contractual de los sujetos y a la posesión personalísima de los derechos, y público por lo que toca a la administración y defensa de los derechos autorales a que está obligado el Estado. En este sentido, los editores deben hacer constar en forma y lugar visibles de las obras que publiquen, el nombre, denominación o razón social y domicilio del editor; el año de la edición o reimpresión; el número ordinal que corresponde a la edición o reimpresión, cuando esto sea posible, y el número Internacional Normalizado del Libro (ISBN), o el Número Internacional Normalizado para Publicaciones Periódicas (ISSN), en caso de publicaciones periódicas.⁷ Por su parte, los impresores deben hacer constar en forma y lugar visible de las obras que impriman su nombre, denominación o razón social; su domicilio, y la fecha en que se terminó de imprimir.

La ley suple la voluntad de las partes cuando ésta es omisa u obscura, a fin de mantener la equidad en las relaciones contractuales y obrar en beneficio del patrimonio cultural de la nación; de este modo cuando en el contrato de edición no se haya estipulado el término dentro del cual deba quedar

⁶ Artículo 47 LFDA.

⁷ Artículo 53 LFDA.

Relaciones contractuales en el Derecho de Autor

217

concluida la edición y ser puestos a la venta los ejemplares, la Ley dispone que el término será de un año contado a partir de la entrega de la obra lista para su edición; si transcurre ese lapso sin que el editor haya hecho la edición, el titular de los derechos patrimoniales podrá optar entre exigir el cumplimiento del contrato o darlo por terminado mediante aviso escrito al editor. En ambos casos, el editor debe resarcir al titular de los derechos patrimoniales los daños y perjuicios causados. Por otra parte el término para poner a la venta los ejemplares no puede exceder de dos años, contado a partir del momento en que se pone la obra a disposición del editor.⁸

Como puede apreciarse, la suplencia es vigente cuando no se haya pactado el tiempo en que deba hacerse la edición y exige el resarcimiento de los daños y perjuicios por incumplimiento del contrato a cargo del editor.

El contrato de edición de obra literaria termina, de acuerdo con la teoría general de las obligaciones, por voluntad de las partes, o de modo natural por cumplimiento del objeto que se pacta. Sin embargo, por la naturaleza de la obligación editorial, puede cesar no sólo por el plazo pactado para la edición, sino por el hecho de que se agotaran los ejemplares, es decir, cuando el editor no pueda disponer de ejemplares suficientes para satisfacer la demanda del público. Asimismo, el contrato podrá terminarse, con independencia de otros derechos adquiri-

dos mediante el contrato, si el editor no distribuyera los ejemplares conforme a lo pactado.⁹

CONTRATO DE EDICIÓN DE OBRA MUSICAL

El contrato de edición de obra musical, es el segundo contrato nominado que regula la Ley Federal del Derecho de Autor. De acuerdo con la Ley, el contrato de edición de obra musical es aquel por el que el autor o el titular del derecho patrimonial, cede al editor el derecho de reproducción y lo faculta para realizar la fijación y reproducción fonomecánica de la obra, su sincronización audiovisual, comunicación pública, traducción, arreglo o adaptación y cualquier otra forma de explotación que se encuentre prevista en el contrato. El editor, por su parte, se obliga a divulgar la obra por todos los medios a su alcance, recibiendo como contraprestación una participación en los beneficios económicos que se obtengan por la explotación de la obra, según los términos pactados. Sin embargo, para poder realizar la sincronización audiovisual, la adaptación con fines publicitarios, la traducción, arreglo o adaptación el editor deberá contar, en cada caso específico, con la autorización expresa del autor o de sus causahabientes.¹⁰

De la definición jurídica señalada pueden desprenderse los siguientes elementos del acto jurídico: a) Sujetos:

⁸ Artículo 55 LFDA.

⁹ Artículo 56 LFDA.

¹⁰ Artículo 58 LFDA.

El autor o el titular del derecho patrimonial de una obra musical y el editor, y b) Contenido obligacional: Para el autor o el titular del derecho patrimonial: ceder al editor el derecho patrimonial de reproducción, así como realizar un acto positivo, otorgar autorización para la fijación en un medio físico de los sonidos de la composición musical y autorizar otros actos independientes entre sí: a) reproducción de la obra; b) sincronización audiovisual; c) traducción, arreglo o adaptación, y d) autorizar todas las demás formas de explotación que prevea el pacto entre las partes. Para el editor: Consiste también en un acto positivo, que se traduce en la difusión de la obra por todos los medios de que pueda valerse, otorgando al cedente una participación en los beneficios de la explotación de la obra a tenor de lo pactado.

Las causas de terminación del contrato de edición de obra musical, además de las que obedecen a la teoría general de las obligaciones, están determinadas por la ley, que señala como causas de rescisión con cargo al editor, sin responsabilidad para el autor o el titular del derecho patrimonial que el editor no haya iniciado la divulgación de la obra dentro del término señalado en el contrato; que el editor incumpla su obligación de difundir la obra en cualquier tiempo sin causa justificada, o bien que la obra materia del contrato no haya producido beneficios económicos a las partes en el término de tres años, caso en el que tampoco habrá responsabilidad para el editor.¹¹

Las primeras dos causas atienden al incumplimiento fiel de lo pactado por parte del editor, en este sentido, será éste quien deba resarcir al autor o al titular de los derechos patrimoniales de autor los daños y perjuicios que le hubiere causado, caso diferente es la tercera causal en la que son responsables ambas partes, toda vez que atiende a causas fortuitas o de fuerza mayor que implican la no recuperación del capital arriesgado.

Toda vez que el contrato de edición de obra literaria se constituye como el modelo de los demás contratos nominados del derecho de autor, ello significa que sus normas son aplicables, en lo conducente, a los demás y que la ley deberá interpretarse en el sentido de hacer extensivas sus disposiciones.

CONTRATO DE REPRESENTACIÓN ESCÉNICA

El contrato de representación escénica está regulado como el tercero de los negocios típicos de derechos de autor. En relación con los anteriores casos analizados, la naturaleza jurídica de este contrato es la misma, sin embargo, en sus características puede hallarse más complejidad, por cuanto exige de un despliegue de medios y sujetos más amplio. En este caso, para la realización objetiva de las obligaciones que contiene, participan no sólo un cedente y un cesionario de derechos autorales, sino también artistas, intérpretes o ejecutantes, que son

¹¹ Artículo 59 LFDA.

Relaciones contractuales en el Derecho de Autor

219

quienes hacen posible la representación escénica.

La Ley Federal del Derecho de Autor, define como contrato de representación escénica aquel por el que el autor o el titular del derecho patrimonial, en su caso, concede a una persona física o moral, llamada empresario, el derecho de representar o ejecutar públicamente una obra literaria, musical, literario musical, dramática, dramático musical, de danza, pantomímica o coreográfica, por una contraprestación pecuniaria; y el empresario se obliga a llevar a efecto esa representación en las condiciones convenidas y con arreglo a lo dispuesto en la Ley. Como condiciones adicionales, el contrato debe especificar si el derecho se concede en exclusiva o sin ella y, en su caso, las condiciones y características de las puestas en escena o ejecuciones.¹²

De nuevo, la definición así contenida, especifica tanto los sujetos como el objeto de la relación jurídica: a) Sujetos: El autor o el titular del derecho patrimonial y el empresario, persona física o moral, que funge como cesionario, y b) Contenido obligatorio: Para el autor o titular de los derechos patrimoniales de autor consiste en efectuar un acto positivo, conceder autorización para la representación o ejecución pública de cierto género de obras, que pueden ser literarias, musicales, literario musicales, dramáticas, dramático musicales, dancísticas, pantomímicas, o coreográficas.

Al empresario corresponde efectuar la representación de acuerdo

con lo pactado y con la obligación de conceder al autor o titular del derecho patrimonial, una remuneración.

Al igual que en otros casos de actos jurídicos que transmiten derechos patrimoniales de autor, la ley exige se mencione expresamente la condición de ser exclusiva, toda vez que la ley no la presume. Asimismo, y a fin de delinear y especificar el objeto del contrato, deben determinarse las condiciones y características de la puesta en escena o ejecuciones.

La ley especifica el contenido obligatorio del contrato de representación escénica por cuanto hace al empresario; dichas obligaciones son asegurar la representación o la ejecución pública en las condiciones pactadas; garantizar al autor, al titular de los derechos patrimoniales o a sus representantes el acceso gratuito a la misma, y satisfacer al titular de los derechos patrimoniales la remuneración convenida.¹³

Estas disposiciones se hacen necesarias por cuanto que entre autor y titular del derecho patrimonial de la obra a ser representada o ejecutada, únicamente existe la relación jurídica que consiste en ceder tales derechos, pero la actividad del empresario requiere las acciones de más personas, es decir, de los artistas, intérpretes o ejecutantes, entre los cuales y el autor o titular del derecho patrimonial no existe relación alguna. Las obligaciones que la ley explicita, se enfocan a obtener el mayor grado de seguridad en las operaciones de cesión de derechos, pero

¹² Artículo 61 LFDA.

¹³ Artículo 63 LFDA.

también a obtener certeza en el respeto a los derechos morales del autor.

Por otra parte, respecto de las condiciones del contrato, la ley finca una presunción en cuanto al término, ya que establece que de ser omiso por el tiempo en que podrá ser representada o ejecutada una obra, éste se entenderá únicamente por un año.

Otra condición del contrato de representación escénica también está suplida por la ley en caso de ausencia de manifestación de las partes, del lugar donde podrán efectuarse las representaciones o ejecuciones. La ley determina que, salvo pacto en contrario, la cesión de derechos hecha en favor del empresario abarca facultades para todo el territorio nacional.

Aplica en este caso también, la suplencia de las normas, en lo conducente, del contrato de edición de obra literaria.

CONTRATO DE RADIODIFUSIÓN

El siguiente contrato nominado de derechos de autor es el contrato de radiodifusión, el cual está definido por la Ley Federal del Derecho de Autor como aquel en que el autor o el titular de los derechos patrimoniales, en su caso, autoriza a un organismo de radiodifusión a transmitir una obra. Al efecto, las disposiciones aplicables a las transmisiones de estos organismos resultarán aplicables, en lo conducente, a las efectuadas por cable, fibra óptica, ondas radioeléctricas, satélite

o cualquier otro medio análogo, que hagan posible la comunicación remota al público de obras protegidas.¹⁴

De esta definición legal podemos desprender los siguientes elementos: a) Sujetos: El autor o el titular de los derechos patrimoniales y el organismo de radiodifusión, y b) Contenido obligatorio: Para el autor o el titular de los derechos patrimoniales de autor: consiste en una acción positiva de actualizar la facultad que le confieren sus derechos patrimoniales para autorizar, en favor del organismo de radiodifusión, cierta obra. Para el organismo de radiodifusión, difundir la obra conforme a lo pactado y proporcionar al titular o al autor el pago que se hubiere pactado.

El contrato de radiodifusión no es limitativo a la difusión de obras mediante el espectro electromagnético, sino que por el contrario es aplicable a todas las formas de radiodifundir, esto es, llevar la comunicación de modo mediato, a largas distancias y aun en tiempos diferidos, a públicos masivos. Aplica también la suplencia de las normas establecidas en el contrato de edición de obra literaria, en lo conducente, al contrato de radiodifusión.

CONTRATO DE PRODUCCIÓN AUDIOVISUAL

La Ley Federal del Derecho de Autor, regula el contrato nominado de producción audiovisual, a través de una definición jurídica de acuerdo con los

¹⁴ Artículo 66 LFDA.

Relaciones contractuales en el Derecho de Autor

221

elementos fundamentales de la relación jurídica que establece; así, por el contrato de producción audiovisual, se entiende aquel acto jurídico por el que los autores o los titulares de los derechos patrimoniales, en su caso, ceden en exclusiva al productor los derechos patrimoniales de reproducción, distribución, comunicación pública y salvo pacto en contrario, subtitulado de la obra. Por gozar de contrato propio se exceptúa de esta forma de contratar a las obras musicales.¹⁵ Se pueden señalar como elementos del contrato a) Sujetos: Los autores o titulares de los derechos patrimoniales de obra audiovisual y el productor, y b) Contenido obligacional: Para los autores o titulares de derechos patrimoniales, realizar un acto positivo que consiste en ceder, de manera exclusiva, los derechos patrimoniales al productor para la reproducción, distribución, comunicación pública y subtitulado de la obra audiovisual. Para el productor, realizar los actos para los que ha sido autorizado y retribuir a los autores y titulares de derechos patrimoniales una remuneración de acuerdo con lo pactado.

La cesión en exclusiva constituye una suplencia de la ley a la voluntad de las partes cuando ésta fuera omisa al respecto y aplica para todos los derechos cedidos salvo los derechos inherentes a la obra musical.

En este contrato, por lo que hace a los cedentes, nos encontramos ante un acto jurídico, que por la naturaleza del objeto, requiere en la mayoría de

los casos, una pluralidad de sujetos. La complejidad de la obra audiovisual requiere del concierto de muchas actividades creativas, de directores, fotógrafos, guionistas, adaptadores, arreglistas, artistas, intérpretes o ejecutantes y autores musicales, entre otros.

La Ley Federal del Derecho de Autor establece ciertas normas para la terminación del contrato de producción audiovisual, atendiendo a la pluralidad de sujetos cedentes y su concierto para la realización del objeto jurídico de la relación, por una parte, establece como causa de caducidad de los efectos del contrato de producción, de pleno derecho, del contrato prescrita por el de la ley, el hecho de que la realización de la obra audiovisual no se inicie en el plazo estipulado por las partes o por fuerza mayor.

En este caso hablamos de caducidad por ministerio de ley, de las obligaciones que se deban las partes, cuando por causa de fuerza mayor o fenecimiento del plazo pactado para el inicio de la producción, ésta no se hubiera realizado. Desde luego, no existe aquí lugar a resarcimiento de daños y perjuicios toda vez que se trata de una caducidad de derechos y no de una causal de rescisión.

El contrato de producción de obra audiovisual termina cuando se han satisfecho todas las obligaciones pactadas, de las cuales la más importante es, por supuesto, la realización de la obra audiovisual, es decir, cuando se culmina el producto creativo que es el objeto material de la relación jurídica; ahora bien, la Ley establece que sólo

¹⁵ Artículo 68 LFDA.

se considera terminada la obra audiovisual, de acuerdo con lo pactado entre el director realizador por una parte, y el productor por la otra, cuando se haya llegado a la versión definitiva.¹⁶

Cabe aclarar que este acuerdo de voluntades, ocurre únicamente entre los dos sujetos responsables de la realización audiovisual, que no necesariamente se identifican con los autores o titulares de derechos patrimoniales que intervienen dentro del conjunto de voluntades que dan vida al contrato de producción audiovisual. El pacto entre director y productor no implica el cumplimiento del contrato de producción audiovisual, sino únicamente marca un final de la realización del objeto material, aunque todavía tengan que satisfacerse más obligaciones pendientes. El contrato de producción de obra audiovisual encuentra, también, suplidas sus normas en el contrato de edición de obra literaria.

CONTRATO PUBLICITARIO

Los contratos publicitarios no son propiamente contratos nominados de derechos de autor, sino un género de contratos que transfieren derechos patrimoniales de autor con un fin específico, la explotación de obras del ingenio para la promoción y publicitación de productos, bienes o servicios. La Ley establece que son contratos publicitarios los que tengan por finalidad la explotación de obras literarias o artísticas con fines de promoción o

identificación en anuncios publicitarios o de propaganda a través de cualquier medio de comunicación.¹⁷

Los sujetos de este conjunto de relaciones jurídicas son, por un lado, los autores o titulares de derechos patrimoniales de autor, de obras literarias o artísticas de cualquier género, y los productores de anuncios publicitarios o de propaganda. Las obligaciones se reducen, por parte de los autores o titulares de derechos patrimoniales de autor, a ceder la explotación de determinada obra para un fin publicitario o propagandístico, a un productor de publicidad o propaganda, quien retribuirá al cedente lo pactado.

Por otra parte, existen normas imperativas respecto de los contratos publicitarios; la Ley establece que los anuncios publicitarios o de propaganda pueden ser difundidos hasta por un periodo máximo de seis meses a partir de la primera comunicación. Pasado este término, su comunicación debe retribuirse, por cada periodo adicional de seis meses, al menos con una cantidad igual a la contratada originalmente, aun cuando sólo se efectúe en fracciones de ese periodo. Después de transcurridos tres años desde la primera comunicación, su uso requiere la autorización de los autores y de los titulares de los derechos conexos de las obras utilizadas.¹⁸

La Ley mexicana establece condiciones específicas para el caso de publicidad en medios impresos; en ellos, el contrato debe precisar el

¹⁶ Artículo 71 LFDA.

¹⁷ Artículo 73 LFDA.

¹⁸ Artículo 74 LFDA.

Relaciones contractuales en el Derecho de Autor

223

soporte o soportes materiales en los que se reproducirá la obra y, si se trata de folletos o medios distintos de las publicaciones periódicas, el número de ejemplares de que constará el tiraje. Cada tiraje adicional debe ser objeto de un acuerdo expreso.¹⁹

Estas limitaciones a la libertad contractual se refieren, por una parte, a los términos y condiciones a que se sujeta la obligación, por el tiempo y por el pago, ya que los anuncios que contengan obras no podrán difundirse sino por seis meses, luego de los cuales, además de requerirse el consentimiento de los titulares o autores, se les deberá retribuir económicamente, al menos con una cantidad igual a la anteriormente pactada. Por otra parte, el objeto de la obligación cuando la publicidad se refiera a medios escritos y sea distinta de medios periódicos —que además debe cumplir también este requisito— se debe hacer constar el monto del tiraje, a modo de control para el cumplimiento de las obligaciones, además de que cada tiraje adicional debe ser objeto de acuerdo expreso.

En razón de la complejidad del conjunto de actos jurídicos que hemos denominado contratos publicitarios, la suplencia de sus normas no se reduce, como en otros casos, únicamente a las normas del contrato de edición de obra literaria, sino que se incluyen tanto los relativos a los contratos de edición de obra musical como las de producción audiovisual, cada uno en lo conducente.

RELACIONES LABORALES Y
DERECHO DE AUTOR. FIGURAS
AFINES

La complejidad de los circuitos comerciales de bienes y servicios culturales hacen que, en torno a la actividad intelectual, se formen las más diversas relaciones jurídicas. Si bien es cierto que la imagen clásica de un creador es la del artista entregado a la creación de su obra, que luego la ofrecerá a un público acorde a la naturaleza de su creación, también lo es que el mundo de las obras del espíritu es mucho más amplio.

Algunas empresas comisionan la creación de obras con fines muy diversos, desde los ornamentales hasta los técnicos y comerciales; otras más disponen de una planta de personas asalariadas dedicadas a la creación de obras; en algunos casos, la mayor parte tal vez, se trata de trabajadores que en el curso de sus funciones normales, desarrollan alguna creación del espíritu.

La ley ha dispuesto de normas para la solución de los conflictos en torno a la naturaleza de la obra creada en estas condiciones peculiares. Cabe aclarar que la Ley Federal del Derecho de Autor no prejuzga sobre la naturaleza de las relaciones laborales, sino establece marcos aplicables a las obras creadas en situaciones de subordinación laboral. En este sentido son dos las figuras que la ley regula: la obra por encargo y la obra hecha bajo relación laboral.

¹⁹ Artículo 75 LFDA.

OBRA POR ENCARGO

La ley establece el marco jurídico aplicable a la obra hecha por encargo y, al respecto, establece que, salvo pacto en contrario, la persona física o moral que comisione la producción de una obra o que la produzca con la colaboración remunerada de otras, gozará de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la misma y le corresponderán las facultades relativas a la divulgación, integridad de la obra y de colección sobre este tipo de creaciones; correlativamente, la persona que participe en la realización de la obra, en forma remunerada, tendrá el derecho a que se le mencione expresamente su calidad de autor, artista, intérprete o ejecutante sobre la parte o partes en cuya creación haya participado.²⁰

Las normas establecidas en este artículo establecen presunciones y normas que suplen la voluntad de las partes, en el sentido de que admiten pacto en contrario. Evidentemente tratan de un acto jurídico bilateral que no puede identificarse con una relación de trabajo porque no constituye una situación de subordinación ni de mando, sino que se refiere a una prestación de servicios profesionales de carácter especial por la naturaleza del objeto material de la relación, esto es, la creación de una obra determinada según la voluntad del que la comisiona.

La OMPI ha definido a la obra por encargo: "Obra creada en cumplimiento de un acuerdo concertado entre el

autor y la persona física o la entidad jurídica que confía al autor la realización de una obra definida, mediante abono de unos derechos de autor convenidos."²¹

Los sujetos de esta relación son, por una parte, la persona física o moral que comisione una obra. En tal sentido; la obra, en su concepción no surge de la voluntad ni del impulso creativo del autor, sino de una necesidad de otro que se expresa de manera cierta y jurídicamente válida. Por la otra, un autor que recibe el encargo de crear una obra cierta, es decir, que pondrá a disposición del que la encarga, todas sus habilidades, conocimientos y destrezas, para lograr la obra objeto del acto jurídico de la comisión de creación de obra. El marco de la libertad creativa del autor se encuentra limitado toda vez que éste no podrá realizar sino una obra que se apegue a las necesidades y deseos expresadas por quien la comisiona en el acto jurídico respectivo, sea este acto por escrito o meramente consensual.

Por otra parte, respecto de la comisión de una obra musical, el derecho mexicano establece que la persona que participe en la realización de una obra musical en forma remunerada, tendrá el derecho al pago de regalías que se generen por la comunicación o transmisión pública de la obra.²²

La obra por encargo, conjuntamente con la obra hecha bajo relación laboral, son la únicas formas en que las

²¹ OMPI, *Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos*, Ginebra, 1980, p. 40.

²² Artículo 83 bis LFDA

²⁰ Artículo 83 LFDA

Relaciones contractuales en el Derecho de Autor

OBRA BAJO RELACIÓN LABORAL

225

personas morales pueden ser titulares originarios de derechos patrimoniales de autor. Hay que insistir en que la titularidad de los derechos patrimoniales en el caso de la obra por encargo se presume en favor de quien la comisiona, toda vez que para entenderse que tales derechos entraron a la esfera jurídica del autor, se requiere pacto en tal sentido, pacto que, desde luego es materia de prueba, de ahí la necesidad material de que conste por escrito.

Sin embargo, los derechos morales sobre la obra así creada tienen peculiaridades que la propia ley establece. Por un lado, las facultades relativas a la divulgación, integridad y colección, pertenecen a la persona que la comisiona, pues está en su naturaleza ser verdadero propietario de la obra con todos sus derechos; pero ante la imposibilidad material de que quien comisione la obra sea al mismo tiempo autor material, o causa eficiente en términos de lógica, corresponde el derecho de paternidad al autor material, esto se traduce en el derecho que le asiste de que siempre sea mencionado su nombre en calidad de autor, artista, intérprete o ejecutante, sobre la obra o bien sobre la parte en cuya creación haya participado.

Por otra parte, la obra por encargo es un acto jurídico necesariamente oneroso. La ley exige que obre remuneración en favor del creador, toda vez que no supone una transmisión de derechos sino una creación hecha en favor de tercero.

Asimismo; además de la obra hecha mediante contrato de prestación de servicios profesionales, cuyo marco jurídico es netamente civil en sus consecuencias contractuales, la Ley Federal del Derecho de Autor, regula la obra hecha bajo relación laboral. En sentido normativo, esta figura se diferencia de la obra hecha por encargo por la naturaleza jurídica que se mantiene en su origen, la relación laboral es una figura jurídica de orden público y de interés social, no son sus consecuencias, en tanto, las mismas que las de un acto jurídico estrictamente civil.

Esta figura presupone la existencia de una relación laboral. Mario de la Cueva, describió los puntos fundamentales que definen la relación de trabajo: "a) El hecho constitutivo de la relación es la prestación de un trabajo subordinado; b) La prestación de trabajo, por el hecho de su iniciación, se desprende del acto o causa que le dio origen y provoca, por sí misma, la realización de los efectos que derivan de las normas de trabajo, esto es, deviene una fuerza productora de beneficios para el trabajador; c) La prestación del trabajo determina inevitablemente la aplicación del derecho del trabajo, porque se trata de un estatuto imperativo cuya vigencia y efectividad no dependen de la voluntad del trabajador y del patrono, sino exclusivamente, de la prestación del trabajo; d) La prestación del trabajo crea una situación objetiva que no existe con anterioridad a la que se da el nombre de relación de trabajo: en el contrato, el nacimiento de los

derechos y obligaciones de cada una de las partes depende del acuerdo de voluntades, mientras que en la relación de trabajo, iniciada la actividad del trabajador, se aplica automática e imperativamente el derecho objetivo: la prestación del trabajo proviene de la voluntad del trabajador pero los efectos se producen del derecho objetivo".²³

Como puede apreciarse, la relación de trabajo no surge de la consagración de las voluntades en un contrato escrito, sino de las características objetivas de la propia relación. Sin embargo, en materia de derechos de autor, a fin de proteger la actividad intelectual de las personas sujetas a relaciones laborales, dicha relación no se presume, sino que debe constar en documento contractual, de carácter individual y por escrito. Es decir, si bien ha de existir la relación de trabajo objetivamente determinada, debe existir contrato individual de trabajo donde se establezcan las características de la titularidad de los derechos patrimoniales, de lo contrario, se considerará que ambos, empleador y empleado, comparten tales derechos por partes iguales.

Por otra parte, cuando la relación jurídica laboral dependa de hechos exclusivamente objetivos sin que medie contrato individual de trabajo, la

ley, como resulta propio de la naturaleza de las obras del espíritu concede al trabajador la plenitud del ejercicio y titularidad de los derechos patrimoniales.

Asimismo, derivado de la situación de subordinación en que consiste la relación de trabajo, el empleador dispone de la facultad de divulgar la obra, sin autorización del empleado, pero no a la inversa. De ahí que la Ley Federal del Derecho de Autor, establece que cuando se trate de una obra realizada como consecuencia de una relación laboral establecida a través de un contrato individual de trabajo que conste por escrito, a falta de pacto en contrario, se presumirá que los derechos patrimoniales se dividen por partes iguales entre empleador y empleado. Por otra parte, el empleador podrá divulgar la obra sin autorización del empleado, pero no al contrario. A falta de contrato individual de trabajo por escrito, los derechos patrimoniales corresponderán al empleado.²⁴

El empleador no dispone de los derechos morales derivados de la obra, como sucede en el caso de la obra por encargo; pues la relación de trabajo describe situaciones objetivas de subordinación y de prestación de servicios remunerados, pero no juzga sobre la calidad autoral del trabajador.

²³ De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Porrúa, México, 1984, p. 188.

²⁴ Artículo 84 LFDA

Pluridimensional: la educación

Elssie Núñez Carpizo*

A las plantas las endereza el cultivo; a los hombres, la educación.

JEAN J. BARTHÉLEMY

La interacción de los hombres en sociedad produce una diversidad de fenómenos sociales que requieren de instituciones para organizar y cumplir la función social de adaptar al grupo a los nuevos integrantes. La Educación es pilar fundamental, en éste proceso, permite ampliar las oportunidades.

Enseñar es la transmisión formal o informal de ideas y destrezas. Propaga la experiencia social: pensar, sentir, obrar. Coadyuva y permite que la herencia social -cultura- llegue a las nuevas generaciones, por una parte es, un mundo de saber, y por otra, factor que favorece la continuidad social.

La escuela refleja los ideales de una sociedad, tiene como función que las personas jóvenes adquieran el conocimiento y habilidades para realizar roles de adulto. “El propósito de la

educación es el de dar cultura al individuo y desarrollar sus aptitudes hasta el máximo”¹. Posición de Kant, Mill, Herbart y Spencer.

Es importante resaltar que, antes de ponerse en contacto con los maestros se experimenta ampliamente la influencia educativa del entorno familiar y del medio social, que son determinantes.

En la familia el niño aprende, las aptitudes fundamentales: hablar, asearse, vestirse, obedecer a los mayores, proteger a los más pequeños, compartir con quienes les rodean, respetar las normas, distinguir lo que está bien de lo que está mal, de acuerdo a las pautas de la comunidad a la que pertenece, la realidad humana es el individuo socializado.

Todo ello conforma lo que se llama “socialización primaria”, se convierte

* Directora del Seminario de Sociología General y Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México

¹ Poviña Alfredo, *Sociología*, 5ª edición, Distribuidor Assandri, Córdoba, Argentina, 1966, p. 615.

en un miembro más o menos estándar de la sociedad. Es la influencia del medio social, padres, abuelos, tíos, vecinos, amigos, proporciona los elementos necesarios que fortalecen la formación del individuo, afirma Ashley Montagu: "La mayor parte de lo que los seres humanos, en tanto humanos, piensan y hacen lo han aprendido de otros seres humanos."²

La socialización es punto esencial que destaca la Pedagogía, ejemplo de ello son las teorías de Piaget, Montessori y Fröebel, se sustenta en el análisis del desarrollo efectivo de las actividades, de las necesidades y de los problemas de los niños.

José Ortega y Gasset afirma que "la pedagogía anticipa lo que el hombre debe ser y después busca los instrumentos para hacer que el hombre llegue a ser lo que debe".³

En "Pedagogía y Sociología" Emilio Durkheim propone, en igual sentido, el hombre que la educación debe plasmar dentro de nosotros no es el hombre tal como la naturaleza lo crea sino tal como la sociedad quiere que sea.

La Pedagogía de Platón "parte de qué hay que educar la ciudad para educar al individuo"⁴ hecho que parece no tener sentido, por el crecimiento incontrolable del individualismo.

Paul Natorp enuncia que "el concepto de la pedagogía social, significa el reconocimiento capital de que la educación está socialmente condicionada en todas sus direcciones esenciales, mientras que, por otra parte, una organización verdaderamente humana de la vida social está condicionada por una educación conforme a ella, de los individuos que la componen".⁵

El método pedagógico de Fröebel, se llevó a la práctica en la Institución Libre de Enseñanza, uno de los primeros, si no el primer centro educativo de España, independiente del Estado y de la Iglesia. Entre sus fines comenta Ángel del Río, se tenía el de preparar a sus alumnos para ser científicos, literatos, abogados, médicos, ingenieros, industriales, "pero sobre eso, y antes que todo eso, hombres, personas capaces de concebir un ideal, de gobernar con sustantividad su propia vida y de producirla mediante el armonioso consorcio de todas sus facultades. Educación armónica, desarrollo de la personalidad que combinase el cultivo de la sensibilidad y del gusto artístico, la preparación técnica, la elevación espiritual y un sentido austero moral de la vida".⁶

Los principios educativos fueron los siguientes:⁷

² Montagu Ashley en Recaséns Siches Luis, *Tratado General de Sociología*, 30ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004, p.304

³ Ortega y Gasset, José, *La Pedagogía Social como programa político*, Conferencia pronunciada el 12 de marzo de 1910. La tribuna de "El Sitio" 125 años de expresión libre en Bilbao (1875-2000), p. 266

⁴ Ortega y Gasset, José, Ob. Cit., p. 271

⁵ Natorp, Paul, en Ortega y Gasset José, Ob. Cit., p. 271

⁶ Río, Ángel del, *Historia de la literatura española desde 1700 hasta nuestros días*, Ediciones B, Barcelona, Libro amigo. Ensayo, 1990, p. 334

⁷ Jiménez García, Antonio, *El Krausismo y la Institución Libre de Enseñanza*, Editorial Cincel, España, 1987, p. 152-158

Pluridimensional: la educación

229

- Ayudar al niño a su propia formación como persona libre.
- Motivar al niño por medio del método socrático y fundamentalmente a través de la intuición, ésta desarrolla la espontaneidad y la creatividad del alumno.
- Formación del hombre armónico que desarrolla en plenitud el espíritu y el cuerpo, la razón, el sentimiento, la voluntad, el carácter, el sentido estético y moral de la vida, el adiestramiento manual, el cultivo de los oficios.
- La educación activa difícilmente puede entenderse sin el correlato de la libertad por parte del alumno, conlleva la responsabilidad de sus propios actos.
- El niño debe ser educado en un ambiente de tolerancia, fuera de la confesionalidad de cualquier religión positiva, base primordial para la convivencia.
- Defendían la no separación entre el período de párvulos, la primera y la segunda enseñanza, había que tomar este conjunto como un bloque indiviso.
- La educación como un proceso gradual y total.
- La coeducación.
- Rechazo total a los exámenes, que favorecen el sistema memorístico y crean una falsa competitividad.
- Supresión de los libros de texto que obligan al alumno a seguir una orientación determinada.

Estos principios deben ser objeto de reflexión, por el éxito que se obtu-

vo en la práctica y, en particular, por el proceso de crisis del sistema educativo actual.

Existe una “socialización secundaria”, a cargo de instituciones con infraestructura material y humana, proporcionan conocimientos específicos que permiten enfrentar la realidad social, desde otra perspectiva.

La educación se incluye en el proceso de socialización primaria, en las sociedades simples, pero al darse la diferenciación funcional, se constituye en una actividad separada, especializada.

Educación, proviene del latín *educatio*. Compuesto por:

- E - de
- Ducere - conducir, guiar

Puede entenderse como: Aflorar la potencialidad interna del hombre. Convertir una cosa buena en otra mejor.

La trascendencia de la Educación en la sociedad propicia que los pensadores se ocupen de su análisis, y de determinar su contenido. José Ortega y Gasset señala “por la educación obtenemos de un individuo imperfecto un hombre cuyo pecho resplandece en irradiaciones virtuosas.”⁸

Augusto Comte afirma “es un sistema entero de ideas y costumbres, necesarios para preparar a los individuos al orden social en que habrían de vivir y para adaptar en todo lo que sea

⁸ Ortega y Gasset, José, Ob. Cit., p. 265.

posible a cada uno de ellos al destino particular que deben llenar en él".⁹

Para Francisco Giner de los Ríos la educación se propone elevar a la plenitud nuestro ser, su método no ha de ser abstracto, ni mecánico. "A hacer se aprende haciendo", su objetivo ha de ser social, humano, obra de paz y de amor."¹⁰

Emilio Durkheim, define a la educación como "la acción ejercida por las generaciones adultas sobre las generaciones todavía no maduras para la vida social. Su objetivo es despertar y desarrollar en el niño aquellas actitudes físicas, intelectuales y morales que le exigen la sociedad, en general, y el medio al cual está especialmente destinado."¹¹

De acuerdo a James Mill la educación tiene como objeto: "hacer del individuo un instrumento de felicidad para sí mismo y para sus semejantes".¹²

La educación tiene la misión de permitir a todos sin excepción hacer

fructificar todos sus talentos y todas sus capacidades de creación, lo que implica que cada uno puede responsabilizarse de sí mismo y realizar su proyecto personal.¹³

En "Sobre la educación" Emmanuel Kant resalta que la educación viene siempre de otros seres humanos, es el problema más grande y difícil que puede proponerse al Hombre, debe desarrollar la naturaleza humana para alcanzar su destino y la perfección posible¹⁴. Savater la reconoce como un proceso que se continúa hasta que el joven se convierte, a su turno, en educador por relevo generacional.

La educación es por tanto una característica humana, como interacción y proceso de formación. Al conocer y aprender se tienen los elementos necesarios para poder confrontar la realidad.

Kant propone que la educación debe lograr: disciplina, cultura, civilidad y moralidad.¹⁵ A fin de erradicar la barbarie, alcanzar los fines propuestos por medio de conductas determinadas y poder elegir el mayor bien.

También sostiene que, las funciones de la educación son:

⁹ Díaz Zermeno, Héctor Antonio, *El positivismo mexicano en la educación: Aportes de Manuel Flores, entre Comte y Spencer*, Revista de Pedagogía, mayo 2003, vol. 24, no. 70, p. 321-334.

¹⁰ Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana, ESPASA-CALPE, Madrid, Tomo XXVI, 1993, p. 120.

¹¹ Durkheim, Emilio cita en Bottomore T. B., *Introducción a la Sociología, Historia, Ciencia, Sociedad* 12, Ediciones Península, 12 (11ª edición, Editorial Península, Barcelona, 1992) checar con dra.

¹² Brígido, Ana María, *Sociología de la educación. Temas y perspectivas fundamentales*, 1ª edición, Editorial Brujas, Córdoba, Argentina, 2006, p. 38

¹³ Delors, Jacques, "La educación o la utopía necesaria", en Delors, Jacques et al, *La educación encierra un tesoro. Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la Educación para el siglo XXI*, Editorial UNESCO-DOWER, 1997, p. 13

¹⁴ Kant, Emmanuel, *Sobre pedagogía*, Editado por elaleph.com, 2004, p. 11-14. <http://www.scribd.com/doc/7239740/kant-emmanuel-sobre-pedagogia>. Fecha de consulta 14 de enero de 2011, 11:00 hrs.

¹⁵ Kant, Emmanuel, Ob. Cit. p.18-19

Pluridimensional: la educación

231

- Preparar a las personas para la vida.
- Ayudarlas a realizarse para que aporten a la sociedad.
- Alentar la participación democrática.
- Desarrollar la capacidad para pensar racionalmente y con independencia.
- Enriquecer la vida a través de la preparación de los estudiantes para ampliar sus horizontes intelectuales y estéticos.
- Mejorar la adaptación personal mediante el asesoramiento individual.
- Formar el carácter.
- Promover la integración racial.

Cabe señalar que el quehacer educativo va más allá del simple binomio enseñar-aprender o maestro-alumno, sus efectos traspasan las paredes de un aula y llegan a la sociedad, “concretamente el individuo humano, lo es sólo en cuanto contribuye a la realidad social y en cuanto es condicionado por ésta”.¹⁶

En este orden de ideas, la escuela, también debe cumplir determinadas funciones:¹⁷

- Instrucción, capacitar a los futuros trabajadores.
- Socialización, enseñar actitudes, valores y habilidades interpersonales.

- Custodia y control, responsabilidad del cuidado durante horas específicas.
- Certificación, otorga diplomas que reconocen las organizaciones.
- Selección, clasifica para papeles educativos, ocupacionales y sociales.

La educación que se imparte en la escuela cumple varias funciones, advierte el maestro Rosalío López Durán¹⁸, algunas estrechamente relacionadas con la estabilidad y la reproducción de la estructura general de la sociedad:

- Transmisión de información reputada como socialmente valiosa.
- Socialización especializada a partir de la asimilación de valores que socialmente se consideran valiosos.
- Mecanismo que garantiza mayor probabilidad de ascenso social.
- Institución que proporciona en los niveles medio superior y superior un conocimiento especializado que permite incorporar al mercado laboral a los egresados.
- Instancia social que en los países capitalistas facilita diferir la entrada al mercado laboral de una gran masa de jóvenes.

Por su parte, Luis Recaséns Siches señala que la educación no es una simple transmisión de conocimientos,

¹⁶ Ortega y Gasset, José, Ob. Cit., p. 270

¹⁷ Sprady cita en Gelles J. Richard, Levine Ann, *Introducción a la sociología*, 5ª edición, Mc Graw Hill, 2000, p. 430

¹⁸ López Durán Rosalío, *Sociología General y Jurídica*, IURE Editores, México, 2005, p. 132

en sentido integral incluye el cultivo del ser humano todas sus proyecciones, la actualización de las mejores potencialidades del individuo y lo entrena para un buen ejercicio de la capacidad ciudadana.¹⁹

Para Jacques Delors, educar consiste en aprender a:²⁰

- Conocer: adquirir los instrumentos de la comprensión.
- Hacer: para poder influir sobre el propio entorno.
- Vivir juntos: para participar y cooperar con los demás en todas las actividades humanas.
- Ser: un proceso gradual de cada persona: cuerpo y mente, inteligencia, sensibilidad, sentido estético, responsabilidad individual, espiritualidad.

Jaime Balmes atinadamente puntualiza que “el arte de enseñar a aprender consiste en formar fábricas y no almacenes”²¹. Para llevar a cabo ésta difícil labor se requiere de formación integral que permita desempeñar tan noble tarea, para lograr individuos útiles para sí mismos y para la sociedad.

Fernando Savater manifiesta en “El valor de educar” que “La función de

la enseñanza está tan esencialmente enraizada en la condición humana que resulta obligado admitir que cualquiera puede enseñar...no quiere decir que *cualquiera sea capaz de enseñar cualquier cosa*...La institución educativa aparece cuando lo que ha de enseñarse es un saber científico...Los maestros deben siempre recordar, aunque lo olviden los demás, que las escuelas sirven para formar gente sensata”.²²

Por su parte, Karl Mannheim subraya los aspectos estratificacionales de la educación al afirmar que “la educación moderna, desde sus comienzos es una lucha viva”²³. Bowles y Gintis sostienen que al crear la ilusión de la igualdad y la oportunidad, el sistema escolar fomenta la aceptación del *status quo* y perpetúa la desigualdad social²⁴. La mayoría de investigaciones, sobre éste aspecto, concluyen que, mientras más alta es la clase social de un estudiante es más probable que se desempeñe mejor en la escuela y fácilmente continúe su educación.

El papel de la escuela en la sociedad, permite que se determine como factor de cambio social, instrumento de movilidad social y medio para que la igualdad de oportunidades, a hombres y mujeres, sea realidad. Lester Ward reconoce a la educación como fuerza esencial de progreso.

¹⁹ Recaséns Siches Luis, *La Sociología de la educación y de la comunicación en el desenvolvimiento del derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de México. UNAM, Tomo XIX julio-diciembre, 1969, números 75-76, p. 657-658

²⁰ Delors, Jacques, et al, Ob. Cit., p. 55 y 91

²¹ Balmes, Jaime cita en Savater, Fernando, Ob. Cit., p. 50

²² Savater, Fernando, Ob. Cit., p. 41 y ss, 87

²³ Mannheim, Karl, *Ideología y utopía*, Editorial Aguilar, Madrid, 1958, p. 225

²⁴ Gelles, Richard J., Levin Ann, Ob. Cit. p. 432

Pluridimensional: la educación

233

El sistema educativo capacita y motiva a los individuos más hábiles para desempeñar actividades importantes para la colectividad, no sé debe olvidar que es un medio de control social. “A través del sistema educacional las nuevas generaciones aprenden las normas sociales dominantes y las penas con que se castiga su infracción, se las instruye también sobre “su situación y sus deberes” dentro del Sistema de diferenciación y estratificación sociales”.²⁵

La educación es uno de los pilares fundamentales de los derechos humanos, la democracia, el desarrollo sustentable y la paz. Refleja, de una manera notable, la escala de valores de la sociedad en un momento determinado, a tal punto que es posible conocer la estructura colectiva, al analizar el sistema educativo.

La educación es una función del Estado, correlativa, con el derecho y deber del individuo para recibirla y exigirla, se fundamenta en lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Artículo 3º prescribe:

“Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado -federación, estados, Distrito Federal y municipios-, impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria.

La educación que imparta el estado tendera a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentara en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia...”

El Artículo 31 Constitucional señala:

“Son obligaciones de los mexicanos:

I. Hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas publicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley...”

La Ley General de Educación en el Artículo 7º establece los fines de la educación en México:

- Contribuir al desarrollo integral del individuo,
- Favorecer el desarrollo de facultades, así como la capacidad de observación, análisis y reflexión críticos;
- Fortalecer la conciencia de la nacionalidad y de la soberanía, el aprecio por la historia, los símbolos patrios y las instituciones nacionales con acceso a la educación obligatoria en su propia lengua y español para los hablantes de lenguas indígenas;
- Infundir conocimiento y práctica de la democracia como la forma de gobierno y convivencia;

²⁵ Bottomore, T. B., Ob. Cit. p. 267

- Promover valor de la justicia, observancia de la Ley e igualdad de los individuos y propiciar el conocimiento de los Derechos Humanos;
- Fomentar actitudes que estimulen la investigación y la innovación científicas y tecnológicas;
- Impulsar creación artística y propiciar la adquisición, enriquecimiento y difusión de bienes y valores de la cultura universal;
- Estimular educación física y práctica del deporte;
- Desarrollar actitudes solidarias en los individuos; crear conciencia sobre preservación de salud, planeación familiar y paternidad responsable, propiciar el rechazo a los vicios y adicciones.
- Inculcar conceptos y principios fundamentales de ciencia ambiental, desarrollo sustentable así como valoración de protección y conservación del medio ambiente como elementos esenciales para el desenvolvimiento armónico e integral del individuo y la sociedad;
- Fomentar: actitudes solidarias y positivas hacia el trabajo, el ahorro y el bienestar general; valores y principios del cooperativismo; la cultura de la transparencia y la rendición de cuentas;
- Promover y fomentar la lectura y el libro;
- Difundir los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes y las formas de protección con que cuentan para ejercitarlos.

Todos los seres humanos tienen derecho a una educación que desa-

rolle las potencialidades y les permita hacer frente al acontecer social. De acatarse los fines enunciados, la actuación y compromiso social de los individuos, propiciaría un cambio efectivo de la realidad nacional.

De acuerdo con Vernor Muñoz Villalobos, Relator Especial sobre el Derecho a la Educación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), las cifras relativas al panorama educativo en México, evidencia que, el rezago educativo es de 34 millones de personas; 7 millones son analfabetas; 1.4 millones de niños no asisten a la escuela; mas de 1 millón 324 mil estudió menos de cuatro años. Además de un número inestimable de analfabetas funcionales. El total de estudiantes en el nivel uno de lectura es del 40%.²⁶

De la población indígena, 8 de cada 10 no reciben educación básica, las mujeres tienen 15% más de probabilidades de ser analfabeta y, en promedio cursan sólo 1.5 años. Mientras que a nivel nacional se estudia 8 años, sin embargo, un cuarto de los jóvenes asisten a la escuela poco más de cuatro años. El Programa para la Evaluación Internacional de los Estudiantes señala que “luego de ocho años de escolaridad, la población estudian-

²⁶ Monroy, Paulina, *Educación en México, cada vez más pobre y desigual*, Red Voltaire. <http://www.voltairenet.org/article164279.html>, fecha de consulta 6 de enero de 2011, hora 3:22 pm.

Pluridimensional: la educación

235

til fue incapaz de demostrar niveles de lectura y escritura que alcanza la media en la primaria”.²⁷

Vernor Muñoz Villalobos advierte que en México existen grandes asimetrías estructurales y desigualdad en la educación, “enfrenta dos grandes retos: abatir la exclusión que genera el propio sistema educativo y elevar la calidad”. Por lo anterior, es importante distinguir entre la marginación educativa, que es no tener acceso a los servicios escolares, y la penuria educativa, consistente en estudiar menos de cuatro años y carecer de conocimientos básicos en lectura, escritura y matemáticas.²⁸

Conforme al Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, la Matrícula total del Sistema Educativo Nacional Escolarizado en el ciclo 2008-2009 fue:

- Alumnos: 38 millones 636 mil 758.
- Docentes: 1 millón 761 mil 286 docentes.
- Escuelas: 248 mil 396.

En cuanto a niveles educativos, en el ciclo 2008-2009:²⁹

- El 76.2% de la población escolar, 25.6 millones, cursa la educación básica.
- El 11.7% en educación media superior, 3.9 millones.

- El 8.1%, 2.7 millones de alumnos de educación superior.
- El 4.5%, 1.5 millones, se capacita para el trabajo.

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Informe Panorámico de la Educación del año 2009 muestra que, el gasto por estudiante y los resultados son los más bajos de los países miembros, tanto en la enseñanza básica como en el nivel superior, es claro que hay mucho por hacer. En tanto la inversión por estudiante de primaria, en promedio es de 6,252 dólares, en México se destina 1,913 dólares, equivalente a un tercio de la media.

En la educación secundaria, aporta 1,839 dólares, un cuarto de la media de los otros países, mientras que para la educación media superior el gasto nacional por estudiante es de 2,853 dólares, la tercera parte de los 8,366 dólares que destinan otros Estados. Por lo que hace a la enseñanza superior, se invierten 6,402 dólares frente a los 11,512 dólares de otros países de la OCDE.

Al respecto, Reinaldo Suárez Díaz afirma “los costos son cada vez mayores, de tal manera que ningún país del mundo puede costear, mediante escuelas, la educación que su pueblo desea”³⁰.

Aun cuando el gasto público en la educación universitaria se incrementó el 19% entre los años 2000 y

²⁷ Monroy, Paulina, Ob. Cit.

²⁸ Monroy, Paulina, Ob. Cit.

²⁹ Tercer Informe de Gobierno del Presidente Felipe Calderón Hinojosa.

³⁰ Suárez Díaz, Reinaldo, *La educación. Estrategias de enseñanza-aprendizaje. Teorías Educativas*, Editorial Trillas, México, 2010, p. 52

2005, está por debajo de la media de la OCDE de 26%. Durante el mismo período, el privado aumentó 106%, pasó de 20.6% a 31.0%.

En México, del gasto que se destina a la educación, la mayor parte se utiliza para sueldos, por lo que la inversión en infraestructura escolar y material didáctico es mínima (ver cuadro 1).

La situación actual de la educación y del mercado laboral en México es inquietante. Aproximadamente cerca del 45.1% de la población de 15 a 19 años de edad no estudia, segunda cifra más alta entre países asociados de la OCDE. El 62% de los jóvenes que no estudian, trabajan, en tanto que, el 38% restante no realiza actividad alguna, forman la llamada “generación ni-ni”.

La tasa de inscripción para los individuos en ese rango de edad es de 48.8%, la media de la OCDE es 81.5%, por debajo de México sólo está Turquía con 45.2%.

El proceso educativo formal inicia con la educación básica obligatoria que incluye preescolar, primaria y secundaria. La Conferencia de Jomtien sobre la Educación Básica y sobre las Necesidades Básicas del Aprendizaje la define, en el artículo primero, al indicar que “estas necesidades abarcan tanto las herramientas esenciales para el aprendizaje (como la lectura y la escritura, la expresión oral, el cálculo, la solución de problemas) como los contenidos básicos del aprendizaje (conocimientos teóricos y prácticos, valores y actitudes) necesarios para que los seres humanos puedan sobrevivir, desarrollar plenamente sus capa-

cidades, vivir y trabajar con dignidad, participar plenamente en el desarrollo, mejorar la calidad de su vida, tomar decisiones fundamentadas y continuar aprendiendo”.

La primera etapa debe ser universal, los niños adquieren un mínimo de conocimientos esenciales que les permitan participar en la sociedad, al otorgarles las herramientas básicas para la vida.

México es una nación pluricultural, los grupos étnicos se reconocen como minoría, de acuerdo al Artículo 2º Constitucional, la enseñanza escolar básica debe fomentar la identidad nacional con el fin de evitar conflictos entre valores, intereses, aspiraciones, costumbres, rescatar la cultura y lenguas indígenas. Debe ser intercultural y bilingüe, servir de base para eliminar las desigualdades sociales: pobreza y disparidad entre los sexos.

El acceso a la educación básica es un gran desafío, los sectores vulnerables con frecuencia no tienen oportunidad de ingresar o no la concluyen. La problemática educativa es tal que, organismos internacionales crean y ejecutan programas para solucionarla, por ejemplo, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) apoya la iniciativa “Todos los niños en la escuela” desde 2003, en 2009, se llevó a cabo en 188 municipios de los Estados de Chiapas, Guerrero, Oaxaca, Yucatán y Zacatecas.³¹

³¹ Programa que se enfoca, en especial, en los niños que viven en condiciones de marginación y pobreza, que actualmente están

Pluridimensional: la educación

237

En la educación básica, los contenidos deben que fomentar el deseo de aprender, el ansia y la alegría de conocer y, por lo tanto, el afán y las posibilidades de acceder, más tarde, a la educación durante toda la vida.³²

Objetivo que difícilmente se logra, en virtud de que, en educación básica los índices de reprobación, deserción y eficiencia terminal, de acuerdo a la Secretaría de Educación Pública, son:(ver cuadro 2)

Respecto a la educación media superior, existe una deserción escolar nacional de 15.7%. Puebla es el Estado con el menor índice 9.65%, el mayor lo ocupa Sonora con el 20.92%. Además de un 33.3% de reprobación a nivel nacional.

De acuerdo con el Artículo 37 de la Ley General de Educación, la educación de Tipo Superior, principalmente, comprende:

- Licenciatura.
- Especialidad.
- Maestría.
- Doctorado.

En el ciclo 2008-2009 a nivel nacional, las instituciones universitarias en su conjunto atendieron a 2.8 millones de alumnos, divididos de la siguiente manera:

- Públicas: 67.3%
- Privadas: 32.7%

fuera del sistema escolar, constituyen más de un millón de la población en edad escolar, y quienes están en riesgo de salir de éste.

³² Delors, Jacques, Ob. Cit., p. 19

La Secretaría de Educación Pública (SEP) determina dos tipos de Instituciones de Educación Superior, que se organizan de la siguiente manera:

- Públicas:
 - Cinco instituciones de carácter nacional que se financian con recursos del gobierno federal. (Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Autónoma Metropolitana, Instituto Politécnico Nacional, Universidad Autónoma de Chapinigo y Universidad Pedagógica Nacional)
 - 46 universidades públicas estatales.
 - 211 tecnológicas.
 - 60 universidades tecnológicas públicas.
 - 18 universidades politécnicas, organismos descentralizados de los gobiernos estatales.
 - 9 universidades interculturales, en los Estados de: México, Chiapas, Tabasco, Puebla, Veracruz, Michoacán, Guerrero, Sinaloa y Quintana Roo.
 - 433 instituciones para la formación de profesionales de la educación básica.
 - 94 instituciones públicas de diversa naturaleza, autónomas y no autónomas, universidades, colegios, centros de investigación y estudios avanzados, escuelas de música, centros de educación artística.
- Privadas:
 - Más de 1000 universidades.

- Escuelas normales, dedicadas principalmente a la formación de maestros de educación básica.

Conforme a datos de la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES)³³, a nivel superior la Matrícula por nivel educativo se conforma: (ver cuadro 3)

Estadísticas de la Secretaría de Educación Pública (SEP) muestran que en el ciclo 2008-2009, la matrícula fue: (ver cuadro 4)

Un tercio de los alumnos de los países miembros de la OCDE obtiene algún grado de educación superior, en los mexicanos esa cifra está por debajo del 20%.³⁴

La eficiencia terminal, en el ciclo 2008-2009, conforme a la SEP, en Educación Superior fue del 67%: (ver gráfica 1)

Se titula el 37.11% del total de alumnos que ingresan.

La Universidad Nacional Autónoma de México, principal institución de educación pública que atiende gran parte de la demanda educativa a nivel Medio Superior y Superior, registró en 2009, a Nivel Licenciatura, la siguiente matrícula: (ver cuadro 5)

En 2009 de la demanda de ingreso a Licenciatura en la UNAM, sólo obtiene inscripción el 19.05% de aspirantes. (ver gráfica 2)

La proporción de alumnos que cursan la Licenciatura y el Posgrado en Derecho

es:³⁵ (ver gráfica 3)

La Dirección General de la Administración Escolar de la UNAM indica que la Eficiencia Terminal en Licenciatura es: (ver gráfica 4)

En la Facultad de Derecho: (ver gráfica 5)

En conclusión, el panorama de la educación en México se resume de la siguiente forma:

- De 100 niños que solicitan incorporarse al sistema educativo:
 - 98 ingresan a primaria.
 - 13 a la Universidad.
 - 3 terminan los estudios universitarios.
 - 1 se titula.

La verdadera educación busca que el hombre camine y se esfuerce hacia lo más valioso, hacia la excelencia humana, hacia la plenitud del ser³⁶. Objetivos por los que todos debemos trabajar.

Por ello es importante incluir nuevos mecanismos que coadyuven a un cambio en la educación:

- Aumentar los Presupuestos.
- Universalizar el acceso y promover la equidad.
- Concentrar la atención en el aprendizaje.
- Ampliar los medios y la perspectiva de la educación básica.
- Valorizar el ambiente para el aprendizaje.

³³ http://www.anui.es.mx/servicios/e_educacion/docs/web_2007_2008/GENERAL2008-1.xls, 14 de enero de 2011, 11:30 horas

³⁴ Schleicher, Andreas, Jefe de la División de Indicadores Educativos de la OCDE.

³⁵ Dirección General de Administración Escolar de la UNAM - Segundo Informe de Actividades del Dr. Ruperto Patiño Manffer, Director de la Facultad de Derecho.

³⁶ Suárez Díaz, Reinaldo, Ob. Cit., p. 100

Pluridimensional: la educación

239

- Fortalecer la concertación de acciones.
- Eliminar programas rígidos sin opciones intermedias.
- Permitir cambios de carrera a mitad de los estudios.
- incrementar nuevas formas educativas.
- Flexibilidad en cuanto a asignaturas de libre elección, visión interdisciplinaria.
- Revisión de las formas de titulación.
- Becas para titulación, para exalumnos de alto rendimiento (Promedio general 9.0) y bajos recursos económicos.
- Sistemas de superación profesional.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura para contrarrestar la desigualdad educativa sugiere las siguientes políticas:

- Mejorar el acceso a la educación, eliminar los gastos extraoficiales y ofrecer incentivos específicos.
- Fortalecer el entorno de aprendizaje con maestros calificados, extender la enseñanza intercultural bilingüe.
- Hacer extensivos los derechos y ofrecer más oportunidades, integrar las estrategias de educación en políticas generales de lucha contra la marginación.

La educación tiene que adaptarse en todo momento a los cambios de la sociedad, sin por ello dejar de transmitir el saber adquirido, los principios y los frutos de la experiencia.³⁷ Para que el proceso educativo tenga éxito deben participar en forma conjunta la comunidad, las auto-

ridades públicas y la comunidad internacional. La educación es un problema global.

Es parte fundamental en el desarrollo humano, se entiende como un proceso conducente a la ampliación de las opciones de las personas, les permite:

- Una vida larga y saludable.
- Adquirir conocimientos.
- Acceder a los recursos necesarios para disfrutar de un nivel de vida decoroso.

De acuerdo con el Informe sobre Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, otras posibilidades son la libertad política, económica y social, la capacidad de ser creativos, productivos, de disfrutar de autorespeto y derechos humanos garantizados.

Pablo Latapí plantea “la educación por sí sola da razones a la esperanza de la gente; pero *la educación de calidad, le abre expectativas a la gente y nuestra aspiración es alcanzar este tipo de educación*”.

El país requiere de un esfuerzo educativo complejo que logre una eficacia óptima en la incorporación de quienes la requieren, así como generar conocimiento y transmitirlo con calidad. Para alcanzar el cambio social que exige la globalización, se debe enriquecer y potenciar los aprendizajes para disfrutar de una mejor calidad de vida y una sociedad más humana.

³⁷ Delors, Jacques, Ob. Cit., p. 17

Cuadro 1.

Nivel	Inversión de Capital	Promedio OCDE
Primaria	2.3%	8.9%
Secundaria	2.7%	7.8%
Universidad	4.5%	9.5%

Cuadro 2.

2008-2009	Reprobación	Deserción	Eficiencia Terminal
Primaria	3.8%	1.1%	93.8%
Secundaria	15.5%	6.8%	80.9%

Cuadro 3.

Nivel educativo	2003/2004	2004/2005	2005/2006	2006/2007	2007/2008
Normal licenciatura	72,320	77,510	80,251	136,339	132,084
Técnico superior	155,548	146,308	142,257	80,176	84,812
Licenciatura universitaria y tecnológica	1,951,284	2,010,188	2,070,311	2,150,146	2,232,189
Posgrado	143,629	150,852	153,907	162,003	174,282

Pluridimensional: la educación

241

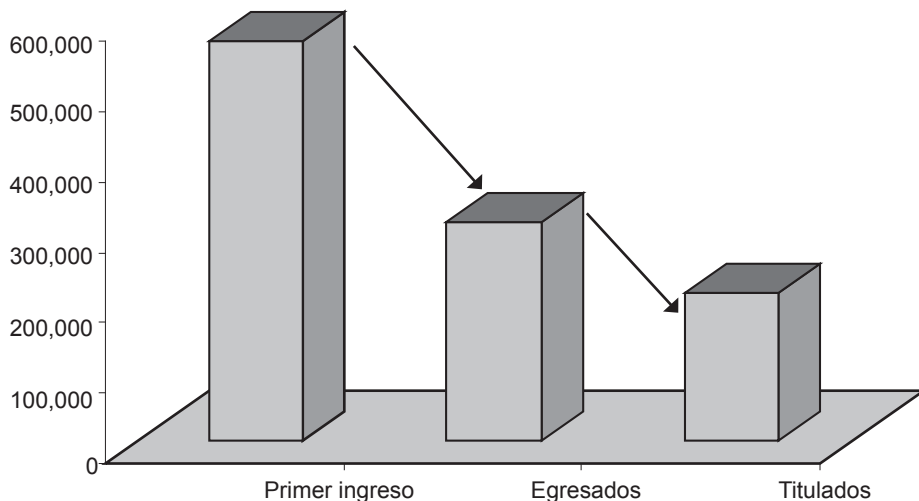
Cuadro 4.

Nivel educativo	2008/2009
Normal licenciatura	131, 763
Técnico superior	129,54
Licenciatura universitaria y tecnológica	2,387,911
Posgrado	185,516

Cuadro 5.

	Nacional 96%	UNAM 4%
Matrícula Educación Media Superior, Superior y Posgrado	6,685,500	287,751

Gráfica 1.



Primer Ingreso

568,669

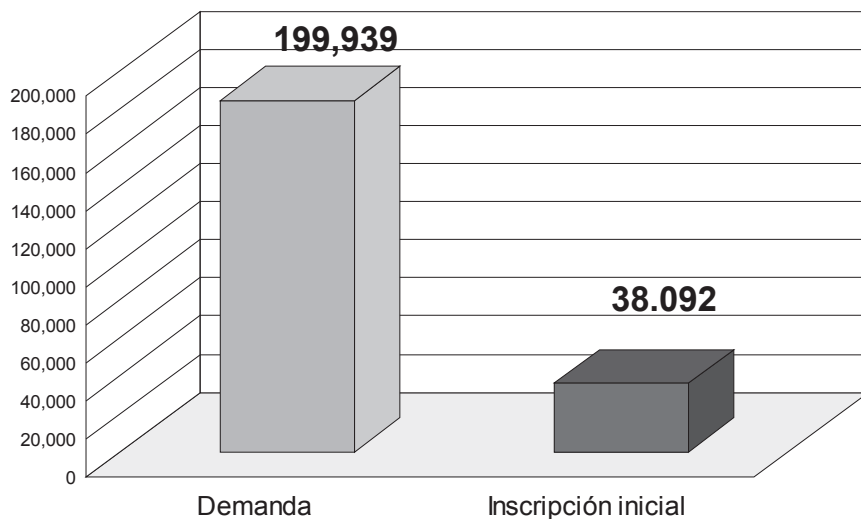
Egresados

311,463

Titulados

210,990

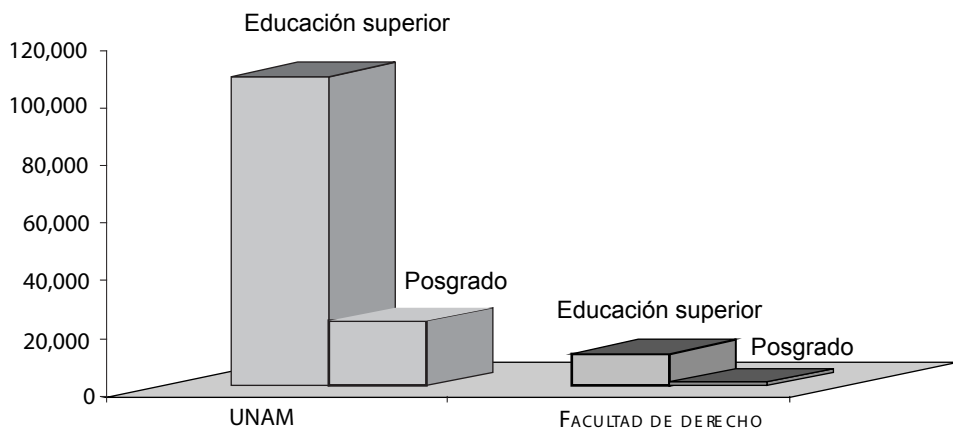
Gráfica 2.



Pluridimensional: la educación

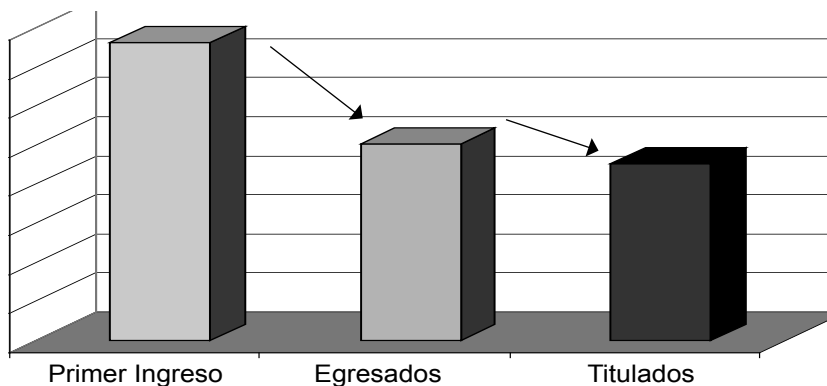
243

Gráfica 3.



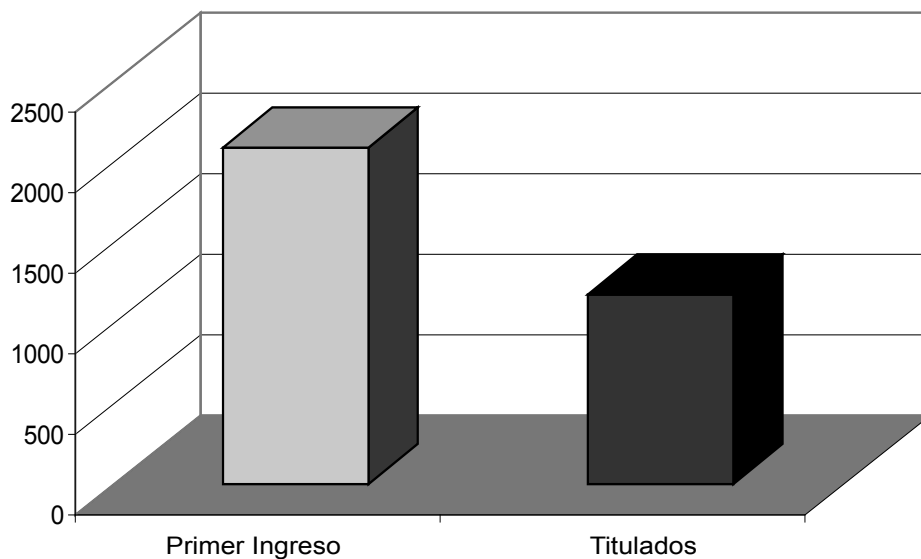
2009	UNAM	Facultad de Derecho
Educación superior	179,052	12,112
Posgrado	25,036	2,072
Total	204,088	14,184

Gráfica 4.



Primer Ingreso	38,087
Egresados	25,130
Titulados	22,598

Gráfica 5.



Primer ingreso
Titulados

2097
1187

Una visión del Estado contemporáneo

Miguel Ángel Garita Alonso*

SUMARIO: Introducción. I. La Historicidad del Estado. II. El Estado como Organización. III. El Estado, condición de la existencia humana. IV. Los Fines del Estado Contemporáneo. V. Principios y líneas estructurales. VI. La importancia del Estado en nuestros días. VII. Presencia del Estado en los diversos ámbitos. VIII. Sugerencias para el estudio de los fenómenos del Estado. IX. Problemática actual del Estado X. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Quienes hoy en día objetan la caracterización del Estado como agrupación que persigue como fin el despliegue de las capacidades humanas fundamentales y que se ajusta a la justicia y al bien, pasan por alto lo que diferencia al Estado de una agrupación de seres humanos que se organiza a gran escala y se apoya, en último término, con base en la fuerza para llevar adelante fines distintos a la justicia y el bien, por ejemplo, la mera utilidad del grupo dominante.

La posición más realista parece ser la que distingue lo diferente: si una

agrupación de seres humanos dotada de fuerza no se ajusta a principios fundamentales de justicia y libertad, si no se orienta a desplegar las capacidades humanas básicas, sino sólo, por ejemplo, a realizar el bienestar material del grupo dominante, entonces no habrá propiamente Estado, sino que existirá otro tipo de agrupaciones, las cuales corresponden al género de "*agrupaciones humanas dotadas de fuerza*". Éstas no son propiamente un Estado, no obstante que puedan, en la práctica, adquirir la apariencia de éste, tan sólo porque se apoyan en la fuerza y están organizadas a gran escala.

Sin embargo, que una organización humana dotada de fuerza adquiera la apariencia de Estado, vuelve a fortalecer, de algún modo, la posición de Weber, de Kelsen y de todos aquéllos

* Director del Seminario de Teoría del Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

que sostienen que no corresponde a la definición del Estado un fin determinado. El Estado se muestra como la única forma de organización de la fuerza capaz de desplegar las capacidades humanas fundamentales, de sobreponerse a la agresividad y al egoísmo humano y realizar comunitariamente un sentido.

Una agrupación de mera utilidad, por ejemplo, aunque emplee la fuerza, será antes económica que política; y si bien se la puede llamar “Estado”, esta designación es impropia, porque también se le podría llamar “empresa”. Dados los supuestos identificados, lo propio estatal aparece sólo cuando se le distingue de lo útil o lo placentero. Incluso el afán de poder puro no es propiamente estatal, sino que cabe más bien dentro de lo útil o lo placentero. También se ha de distinguir lo político de lo moral. Lo político es en cierto sentido moral, y el Estado, en cuanto desplegado y forma de existencia dispuesta a la defensa armada, es moral. Pero no es puramente moral, sino, por decirlo de algún modo, se trata de una moral encarnada. Por eso se está dispuesto a su defensa y realización mediante el uso de la fuerza.

En esa tesitura el Estado Contemporáneo comporta actualmente numerosos problemas que derivan principalmente de las dificultades de analizar completamente las múltiples relaciones que se han ido restaurando entre el Estado y el conjunto social para detectar después los efectos en la racionalidad interna del sistema político.

Una aproximación que resulta ser especialmente útil en la investigación de las problemáticas implícitas en el desarrollo del Estado Contemporáneo está constituida por el análisis de la difícil coexistencia de las formas del Estado de derecho con los contenidos del Estado social.

Los derechos fundamentales representan la tutela tradicional de las 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. Así, la forma del Estado oscila entre la libertad y participación.

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. Los cambios acaecidos en la estructura material y social del sistema jurídico ocasionan transformaciones en el nivel formal y político.

El problema social del Estado Contemporáneo, esto es, la cuestión social que irrumpió en la segunda mitad del referido siglo XIX, tomó por sorpresa a la burguesía, imponiéndose como el problema principal que ella debía afrontar y representando hasta el momento el punto clave del Estado Contemporáneo que impuso la necesidad de una tecnología social que detectaba las causas de las fractu-

Una visión del Estado contemporáneo

247

ras sociales y buscaba los remedios a través de intervenciones concretas de reforma social, naciendo el Estado intervencionista que comprometía cada vez más en la financiación y en la administración de programas de seguridad social. Se hace evidente cómo la política económica del Estado, compuesta de política monetaria, fiscal y social, se subordina progresivamente a la lógica de valoración de un sector del capital global.

En otro orden de ideas, el Parlamento se presenta como carente de toda capacidad de decisión política que no sea la mera indicación de criterios muy generales cuya aplicación se confía a los múltiples sistemas administrativo – industriales.

Como afirma Luhman, el proceso decisional se ha invertido de arriba hacia abajo, porque faltan en el debate parlamentario información que permitiera tomar decisiones. Se consolida así un centro de poder administrativo industrial que vacía de su contenido las formas tradicionales del sistema político representativo burgués. El principio de la supremacía del Poder Legislativo se presenta desprovisto de fundamentos, ya que se ha producido un desplazamiento del poder del parlamento a los aparatos burocráticos y una automatización del Ejecutivo.

La transformación se explica por la exigencia de realizar estructuras organizativas y formas de intervención flexibles, que se liberen de las rígidas formas normativas del Estado de Derecho, lo cual representa la crisis de la legalidad de la actividad ejecutiva cada vez menos condicionada por la forma

de la ley cada vez más perfeccionada a través de procedimientos informales libres de todo control de legitimidad.

La intervención del Estado en la economía no logra expresar ningún principio de autoridad, al contrario, son los diversos capitales los que se apropian del aparato burocrático Administrativo y hacen imposible cualquier forma de planificación política. En este nivel se desvirtúa la autonomía de lo político.

Como órgano de la justicia social, el Estado Contemporáneo tendrá la misión de reacomodar los principios del Estado de Derecho acentuando la marcha, porque no es posible pensar ya en el Estado inoperante y estático. Pero tomando en cuenta que la planeación económica tampoco debe ser función monopólica del Estado, éste se encuentra obligado a compartirla con los particulares de acuerdo con el principio de subsidiariedad.

De ahí que el Estado Contemporáneo se presenta ante los ojos del estudioso, del investigador, del analista, como una realidad elemental y misteriosa. Sus manifestaciones de poder son evidentes: la seguridad pública, el ejército, los tribunales, las aduanas, etc. También lo son sus múltiples actividades de servicio: las carreteras, los puentes, los edificios, las obras públicas en general, entre otros. Sus políticas públicas, sus funcionarios, empleados y servidores pueden ser fácilmente reconocidos.

A lo largo de los siglos, muchos pensadores han tratado de develar ese enigma. Han tratado de indagar de cuál es la naturaleza íntima de la

comunidad política, y sus especulaciones forman la trama de la Historia de las Ideas Políticas del Estado. Con este propósito se ha realizado este trabajo que se pone a disposición de los lectores y estudiosos de la Ciencia Política y del Estado y en donde se plasman algunas posiciones doctrinales típicas con la idea de ubicar una proyección del Estado hasta nuestros días, es decir establecer una visión del Estado Contemporáneo.

A continuación, pasaremos a explicar algunos aspectos que a nuestra consideración nos dan una visión del Estado Contemporáneo como lo es su historicidad, la condición de la existencia humana, sus fines y sus principios, la importancia del Estado en la actualidad, su presencia en diversos ámbitos, su problemática y algunas sugerencias para el análisis de los fenómenos del Estado.

I. LA HISTORICIDAD DEL ESTADO

Actualmente se considera como generalmente admitido que el Estado es una forma histórica concreta de la unidad política, distinta no sólo de otras formas que le han precedido históricamente (*polis, civitas, imperium mundi, regnum*, etc.), sino también de las que eventualmente puedan seguirle, pues todo lo que es histórico tiene límites temporales de existencia. Desde cuándo puede hablarse propiamente de Estado es un problema que varía según los autores y las perspectivas. Los unos se han preocupado

de buscar el nacimiento, aquí o allá, de estructuras políticas en las que, de modo más o menos patente, se encuentran las notas esenciales del Estado, pudiendo llegar a la conclusión de que tal fenómeno tuvo lugar por primera vez en Sicilia y en el siglo XIII, o en las *signorie* italianas en torno al Renacimiento, o en España bajo los Reyes Católicos, o bajo Felipe II: *Und hier, im Escorial*, dice Spengler, *ist der moderne Staat geschaffen worden* («Y aquí, en el Escorial, fue creado el primer Estado moderno») (Spengler, 1932; 29) ¹

No obstante, otros han considerado el problema desde una estructura más global partiendo del supuesto de que el Estado sólo puede existir como parte de un sistema (sistema de Estados) o como expresión de una época (época de la estatalidad), fenómenos que, según los autores, acaecen sea en el siglo XVI, sea en el XVII según que los conexiones con unas u otras coyunturas históricas. No podemos entrar aquí en una crítica de estas posiciones que, en todo caso, presuponen un concepto previo de Estado y de las condiciones de su existencia.

Se puede considerar que es un tanto difícil fijar con relativa precisión el momento histórico en que surge el Estado, ya que este ha sido producto de un lento proceso de actos o de acontecimientos históricos cuya agregación produce un cambio cualita-

¹ GARCIA, Pelayo Manuel, *Diccionario del Sistema Político Español*, el Estado, Edit. Akal editor, Madrid 1984, pág. 241.

Una visión del Estado contemporáneo

249

tivo de la estructura política. Dentro de dicho proceso cabe destacar la tenaz pugna de los *regna* frente a los poderes universales de la Iglesia y el Imperio hasta obtener su propia y originaria legitimidad; la tendencia, dentro de su propio ámbito territorial, a la relativización y, más tarde, a la ignorancia de poderes políticos paritarios (ante todo, los estamentos) contrarios a la unicidad del poder de decisión; la política lenta pero constante hacia la supresión de poderes intermedios y de privilegios poseídos a propio título, hasta desembocar en el monopolio legítimo del poder político por un sólo centro soberano y originario del que derivan jurídicamente toda potestad y todo derecho, y, en fin, la sustitución, también lenta pero segura, de una ordenación, es decir, de un orden espontáneo, consuetudinario y tradicional de la existencia política por una organización intensiva de la empresa política orientada hacia el futuro, para lo cual ha de movilizar recursos materiales y personales y crear un orden de acción racionalmente estructurado.

II. EL ESTADO COMO ORGANIZACIÓN

La organización política o poder público institucional es una creación social que tiene por finalidad la realización del bien común, a través del poder coactivo del estado, que se manifiesta en el conjunto de las instituciones, poderes, funciones y demás estructuras estatales.

En rigor el orden social comprende todas las relaciones humanas y sus

creaciones, tales como las estructuras, los órganos, sus jerarquías, y la repartición de los derechos y deberes, por ello siempre que se asocien unos grupos de hombres con otros, se desarrolla entre ellos una organización social; pero no toda la colectividad cuenta con una organización formal. La organización necesita del orden jurídico y político para integrarse.²

El Estado es una organización: como toda organización constituye una unidad de decisión y acción cuya función es transformar, mediante unos procedimientos racionales, una pluralidad de acciones humanas y de recursos de distinto género en unos resultados unitarios. El Estado ha sido, después de la Iglesia que en buena parte le sirvió originariamente de modelo, la primera gran organización y durante mucho tiempo la más importante. Más tarde, el desarrollo capitalista dio lugar a grandes organizaciones privadas que adquieren algunos rasgos estructurales (como, por ejemplo, la organización burocrática) que originariamente eran exclusivos del Estado, pero que son ontológicamente inherentes a toda gran organización.

² SERRA, Rojas Andrés, Ciencia Política; La Proyección actual de la Teoría General del Estado, Edit. Porrúa, 13ª Edición, México 1995, pág. 541 y 542.

III. EL ESTADO: CONDICIÓN DE LA EXISTENCIA HUMANA

El Estado, que originariamente era una forma política europea, se ha extendido hoy, con una u otra modalidad, a todo el orbe, con lo que puede afirmarse que, si a cualquier ser humano le es dado pertenecer o no pertenecer a ciertas organizaciones, a nadie le es dado no estar sometido a un Estado. De igual modo que en la época feudal se decía ningún hombre sin señor, puede decirse ahora ningún hombre sin Estado, el cual se muestra, así, como una condición de la existencia humana.

Este hecho, constatable por la experiencia inmediata, se ha explicado filosóficamente mediante dos perspectivas que, distintas y hasta opuestas, son complementarias:

La primera, ya formulada en el marco histórico de la *polis*, se manifiesta en el criterio aristotélico mismo que establece que si bien la naturaleza del hombre le hace incapaz para vivir aislado, esa misma naturaleza le ha hecho sociable y dotado de racionalidad (en la que se incluye el lenguaje que da la posibilidad de comunicarse), de modo que para mantener y reproducir su existencia constituye, a partir de la familia, unos círculos de sociabilidad creciente, cada uno de los cuales satisface cierto ámbito de necesidades hasta culminar en la *polis* como comunidad autárquica o autosuficiente que satisface el conjunto de necesidades humanas; el hombre es, pues, un *zoon politikon* que en

la concepción aristotélica significa, a la vez, un ser social y ser político; no difiere substancialmente de la perspectiva aristotélica la tesis mantenida en nuestro tiempo de que el sentido y justificación del Estado sólo radican en el cumplimiento de aquellas funciones destinadas a satisfacer necesidades humanas que ni el individuo ni sus agrupaciones sociales pueden satisfacer por sí mismos.

La otra perspectiva, ya rigurosamente estatal, está representada principalmente por Hobbes: el hombre necesita ciertamente vivir en sociedad, pero no es social, sino tremendamente antisocial; está dotado de razón, pero también dominado por las pasiones que le llevarían a la mutua destrucción y a vivir en constante situación de inseguridad, lo que sólo puede ser neutralizado por la institución del Estado, es decir, por un poder que «pueda utilizar la fortaleza y los medios de todos, como lo juzgue oportuno para asegurar la paz y la defensa común»; fuera del Estado no hay sociedad civil, sino una insociabilidad que, impidiendo el desarrollo de la civilización, hace que la vida del hombre sea «solitaria, pobre, embrutecida y breve». Haciendo abstracción de la coyuntura histórica en la que surge el pensamiento de Hobbes, así como de su posición política concreta, es cierto que dentro de las ideas del Estado de nuestro tiempo se encuentra su función estructuradora de la sociedad, esto es, la asunción de la responsabilidad no sólo de la seguridad física, sino también de la seguridad socioeconómica y la

Una visión del Estado contemporáneo

251

promoción de la participación de los ciudadanos en los bienes de la civilización y de la cultura.³

En conclusión, sean cualesquiera los ámbitos y el carácter ontológico respectivos de la sociedad y del Estado, sea cualquiera el valor que se dé a los prototipos de Aristóteles y de Hobbes, parece que actualmente pertenece a la condición humana ser parte del Estado y estar sometida a su poder, ser al menos súbdito dependiendo de las estructuras y coyunturas históricas, que sea también ciudadano.

IV. LOS FINES DEL ESTADO

Los fines a los cuales ha de atender la organización estatal varían en función de las coyunturas históricas y, dentro de ellas, de las distintas ideas, imágenes o representaciones del Estado y de la diversa estructuración de las fuerzas sociales. Pero, en todo caso, ha de cumplir, al menos, con los siguientes fines: a) asegurar su propia existencia y reproducción como organización, ya que, como todas las organizaciones, está amenazado de un proceso de entropía, es decir, de desorden y degeneración crecientes si no se desarrolla una energía capaz de neutralizarla; b) garantizar la convivencia pacífica dentro de su territorio, lo que no supone la exclusión de los antagonismos, sino su canalización por vías jurí-

dicas; c) asegurar su permanencia como entidad soberana dentro de la comunidad internacional. Estos son los fines permanentes o, por así decirlo, consustanciales con la esencia y existencia del Estado, pero a los que cada época histórica o tendencia política añade los suyos propios. Así, el Estado Policía (despotismo ilustrado, absolutismo tardío) se propuso, nada menos, que hacer la felicidad de sus súbditos, desarrollando al efecto una pedante, incómoda y entrometida actividad administrativa. Kant, en cambio, sostiene que la felicidad es una cuestión privada distinta para cada hombre e irreductible, por tanto, a leyes y criterios generales y postula como supremo valor la libertad bajo la garantía del Derecho.

El Estado liberal se planteó como sus fines la garantía de las libertades personales, de la propiedad privada y de la igualdad ante la ley, en tanto que condiciones para que los individuos actualizaran sus potencialidades y generaran una floreciente sociedad civil en el campo económico y cultural. Aunque en sus comienzos —y como reacción ante el Estado Policía— trataba de limitar hasta el mínimo indispensable su acción administrativa, lo cierto es que ésta adquirió un amplio desarrollo cualitativo (selección racional de objetivos y de métodos de gestión) y cuantitativo, atrayendo a su esfera funciones como la enseñanza, la formación de cuadros técnicos, la asistencia social, el fomento (hoy llamado «desarrollo»), que antes habían permanecido al margen de la acción del Estado o, por lo menos, del que

³ Ibidem, pag.243.

éste no se hacía principal responsable. El Estado amplía cada vez más su acción administrativa, si bien ésta no, podrá incidir en los derechos individuales más que en virtud de leyes aprobadas por el Parlamento.

El modelo de Estado occidental de nuestro tiempo (Estado social, *Welfare State*) añade a los fines del Estado liberal lo que los alemanes designan como *Daseinsvorsorge* o «procura existencial», es decir, el desarrollo de medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que, en las complejas condiciones de la sociedad de nuestro tiempo, no puede asegurar por sí mismo, ni por la acción espontánea de los grupos sociales. Entre tales medidas que pueden ser tanto de protección como de promoción vital, pueden mencionarse los servicios de seguridad social, la política de pleno empleo, la redistribución de producto social entre las distintas categorías de la población, el acceso creciente de las menos favorecidas de estas categorías a bienes y servicios materiales y culturales, la defensa de la pureza ambiental, la conservación de los recursos naturales no renovables, etc. Otro de los fines del Estado de nuestro tiempo es promover las condiciones básicas para el desarrollo del sistema económico nacional, proporcionándole apoyos logísticos tales como formación de cuadros, desarrollo de comunicaciones y transportes, equipamiento de zonas de desarrollo industrial, impulso directo o indirecto al desarrollo tecnológico, etc., y bien entendido que

algunas de estas medidas han de ser llevadas a cabo exclusivamente por el Estado, mientras que otras pueden ser promotoras o complementarias de las realizadas por los actores económicos privados.⁴

El Estado como toda institución tiene un *telos* o finalidad, elemento esencial del mismo, que consiste en la realización de los valores individuales y sociales de la persona humana en el bien público. El tratadista Jorge Fernández Ruiz, sostiene al respecto que existe un elemento teleológico en el estado, empero, este elemento invisible e intangible del Estado es determinado no por el consenso general de la población, sino por el interés del sector o clase dominante de la población.⁵ En efecto, el Estado subsiste porque así lo resuelve el sector dominante del mismo, aun cuando no cuenten con la aprobación de la mayoría de la población o, incluso, aun cuando a la creación o subsistencia del Estado se opusiera la mayoría de la población.

En resumen, a los fines consustanciales del Estado se añaden otros que constituyen variables dependientes de las condiciones objetivas y de las representaciones y culturas políticas de cada época histórica. Dicho en otros términos, el Estado asume los fines necesarios para la existencia de la sociedad nacional de acuerdo con las condiciones de su desarrollo y que

⁴ Ibídem. Pág. 248.

⁵ FERNANDEZ, Ruíz Jorge, Derecho Administrativo del Distrito Federal, Edit. Porrúa, 1ª Edición, México 2009, pág. 5.

Una visión del Estado contemporáneo

253

ésta no pueda satisfacer espontáneamente por sí misma.

V. PRINCIPIOS Y LÍNEAS ESTRUCTURALES

1. La organización estatal, como cualquier organización, sólo puede existir a través de un proceso de división de tareas o de funciones y de la coordinación de sus resultados parciales hasta conseguir un resultado unitario. El cumplimiento de estas tareas o funciones es encomendado a ciertas subunidades organizativas a las que se les asigna un ámbito determinado de decisión y/o de acción, y a las que la Teoría del Estado ha designado tradicionalmente como «órganos», aunque no falte quien actualmente cuestione tal concepto. En términos amplios, un órgano es la integración de unas personas, de unos recursos materiales y de unas normas jurídicas configuradas en el concepto de competencia. Las decisiones o acciones de las personas que componen el órgano están sometidas a un proceso de estatización y, por tanto, no son imputables a la persona *qua privatus*, sino al órgano, y por mediación de éste al Estado, ya que el órgano no tiene existencia ni personalidad más que como parte del sistema estatal.

2. Dentro de las funciones estatales, cabe distinguir a grandes líneas las siguientes, bien entendido que cada órgano puede cumplir distintas funciones (por ejemplo, el Parlamento cumple la función legislativa y la

de control político) y que cada función pueda ser cumplida por diversos órganos o por la cooperación de distintos órganos (por ejemplo, la función legislativa es llevada a cabo por las Cámaras, por el Gobierno, que como es sabido tiene iniciativa legislativa, y por el Jefe del Estado, que sanciona o promulga las leyes). Hecha esta salvedad y sin entrar en niveles detallados de análisis, puede afirmarse que en cada órgano predomina el ejercicio de una o de unas funciones. Con arreglo a ello podemos distinguir entre:

a) Funciones de decisión política. Entendemos por decisión la elección consciente entre dos o más alternativas posibles con la intención de alcanzar uno o varios objetivos y que conlleva un riesgo o factor de incertidumbre que debe tratarse de reducir al mínimo posible, pero que es inherente a la decisión, pues cuando la incertidumbre es plena no ha lugar a optar entre alternativas. Entendemos por decisiones políticas del Estado aquellas cuyo contenido o bien se impone imperativamente o bien compromete a la sociedad nacional, y cuya opción no tiene otros límites que los establecidos por la **Constitución*. A esta clase de decisiones pertenecen fundamentalmente las que se expresan en la actividad legislativa y en la fijación de las graves líneas de la acción política del Estado. Las funciones de decisión política son llevadas fundamentalmente a cabo por el Gobierno y por el Parlamento.

- b) Funciones de operacionalización de las decisiones políticas y de gestión *administrativa y judicial del Estado*. *Estas funciones no excluyen procesos de decisión*, pero no sólo han de moverse dentro de los límites de la Constitución, sino también de las leyes y eventualmente de los reglamentos.
- c) Funciones de control sobre las decisiones y acciones de otros órganos, las cuales pueden significar eventualmente la anulación de las decisiones de tales órganos, un cambio de su contenido o una interpretación vinculatoria del mismo.

3. Desde el punto de vista de su configuración jurídica, el Estado se organiza como un sistema de competencias a través del cual se atribuyen a distintos órganos las funciones u objetivos a cumplir, los poderes necesarios para ello, las formas a las que debe someterse su actuación, así como el ámbito territorial de su ejercicio. La competencia es una noción elaborada por los juristas, muy especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XIX, pero recogiendo y precisando conceptualmente lo que ya era una *praxis* organizativa del poder del Estado.

Entre los sentidos posibles del sistema de competencias dentro del conjunto de la organización estatal caben destacarse los siguientes: de un lado, la disciplina de dicha organización por el Derecho, ya que todo poder ejercido por un órgano o componente de órgano ha de moverse dentro de los límites y condiciones de la competencia esta-

blecidos por la normatividad jurídica, y de otro, permite una distribución de las tareas del Estado entre sus subunidades con la seguridad de que no actuarán con el arbitrio o los criterios personales de sus titulares o portadores, lo que obviamente conduciría a un verdadero caos que terminaría con la unidad del Estado, sino con arreglo a la ordenación normativa establecida por el poder del Estado, de modo que la acción subjetiva del titular o portador del órgano no es, así, otra cosa que la actualización de la transpersonalización y objetivación del poder estatal. Bajo estos supuestos puede afirmarse que el Estado de Derecho es necesariamente un Estado organizado en competencias, es decir, aquél en el que toda su actividad se lleva a cabo dentro y a través de círculos y de métodos configurados por el Derecho.

En este sentido hay que distinguir, en primer término, la competencia fundamental o *Grundkompetenz* de la totalidad del Estado que delimita el ámbito de su acción, funciones y poderes frente a la autonomía de la sociedad para generar su propia regulación y frente a las facultades de los individuos para elaborar y desarrollar libremente sus proyectos vitales. El ámbito de la competencia fundamental, que es indudablemente una creación del *constitucionalismo* liberal, está delimitado por la Constitución y muy especialmente por los derechos fundamentales y por las libertades públicas, así como por las directivas para la acción estatal con referencia a ciertos órganos y sectores de su actuación. Dentro de la competencia fundamental y

Una visión del Estado contemporáneo

255

como una de sus partes integrantes se encuentra el derecho mayestático para la creación de competencias (*Koinpetenzenhoheio* o la competencia de las competencias o *Kotizpetenz-Koizpetenz* (siendo de advertir que esta expresión también se emplea a veces como la facultad, generalmente de un tribunal, para decidir sobre un conflicto de competencias). En resumen, la competencia fundamental incluye un límite a la actividad estatal, pero dentro del cual el Estado tiene la facultad para crear las competencias concretas que organizan y disciplinan el ejercicio de su poder.⁶

Las competencias y su asignación a los correspondientes órganos pueden estar establecidas directamente por la Constitución (para los órganos inmediatos o constitucionales), complementadas o no por una ley, o pueden estar establecidas por instrumentos normativos inferiores a la Constitución. De la naturaleza misma de la competencia se deduce que su ejercicio no es un derecho subjetivo a disposición de su titular, sino una obligación de éste frente al Estado, la cual se mueve, no obstante, dentro de límites discrecionales o interpretativos más o menos amplios según la naturaleza del caso y el nivel competencial. No se puede renunciar a una competencia, ya que ello supondría un quebrantamiento de la organización estatal y del orden jurídico objetivo en que se sustenta. Por consiguiente, en el ejercicio de una competencia el poder y el deber son términos correlati-

vos: se otorgan potestades para hacer posible el ejercicio de una función y, consecuentemente, una dejación en el ejercicio de la potestad significaría una dejación en el cumplimiento de la función. Y, finalmente, el titular de una competencia no puede transferirla a otro, salvo en los casos, condiciones y límites establecidos por el ordenamiento jurídico, pues un sistema de competencias no se construye sólo en virtud del contenido de éstas, sino también en función del más adecuado órgano para su ejercicio.

El conjunto de las competencias del Estado no constituye una suma, sino un sistema interactuante, un sistema de acción, con lo que quiere decirse: a) que el cambio, la supresión, la creación de una competencia e incluso la dejación práctica de su ejercicio producen efectos más o menos importantes sobre las demás competencias y, por consiguiente, sobre el conjunto del sistema; b) que están unidas entre sí, bien sea por relaciones directas o indirectas de coordinación; c) que la conexión e integración entre los resultados de cada una de ellas produce la unidad de resultados del Estado, es decir, convierte a éste en una unidad de acción y de decisión.

De lo dicho se desprende que la organización del Estado como un sistema de competencias no es sólo una forma estructural destinada a realizar el principio democrático del que es expresión el Estado de Derecho (impe-
ran normas y no hombres), sino también —y en principio— la forma más

⁶ Ibidem. Pág. 252.

perfecta de afirmación del poder estatal, ya que ninguna potestad se ejerce con otro título que el del Estado.

VI. LA IMPORTANCIA DEL ESTADO EN NUESTROS DÍAS

Pocas realidades tienen una importancia tan grande en el mundo actual como el Estado. Para bien o para mal el Estado representa un papel de primera magnitud en la vida del hombre contemporáneo, y su presencia se hace sentir decisivamente en la realización de su destino.

Lo mismo en su continente que en otro, en un país industrial altamente desarrollado que en un pueblo semi-feudal que apenas acaba de salir del colonialismo, la política seguida por el Estado en el campo económico cultural o moral, puedes abrir al pueblo las puertas del bienestar y la prosperidad o sumirlo en los abismos de la desesperación y la ruina. Patentes están los ejemplos que ofrece la historia política del siglo XX.

Y es que el Estado está vinculado íntimamente con la naturaleza social del hombre. Es una comunidad que por su organización y fines ayuda al individuo humano a la plena expansión de su personalidad y crea el ambiente propicio para la cooperación social en el orden, la paz y la justicia. Es, en verdad, una sociedad que por su amplitud, la diversidad de sus funciones y la gran variedad de recursos materiales y espirituales con que cuenta, puede considerarse como la única sociedad

que cubre integralmente el ámbito de los fines existenciales humanos en el plano de lo temporal intramundano.

Esta característica del Estado había sido ya considerada por los grandes pensadores políticos desde la antigüedad como algo esencial a la comunidad política. Por eso la doctrina del Derecho Natural designó al Estado con el nombre de sociedad perfecta. Es la sociedad autárquica o autosuficiente que contiene en sí todo lo necesario para promover la vida buena de los hombres, o como ahora se diría, para el bienestar general. No es el simple valerse por sí mismo en el campo económico -que ha déjalo ya de ser posible en el complejo mundo de relaciones internacionales en que vivimos- sino el estar dotado de una estructura, de una organización, de unos fines y de un poder supremo de mando, que le permite al Estado fundar, favorecer y regular la cooperación social en todos los campos. Y así poner al servicio de la persona humana todo lo que ésta requiere para el cumplimiento cabal de su destino.

El Estado contemporáneo nace y subsiste por una coincidencia de voluntades de la parte de la población política y económicamente mas importante, aun cuando no necesariamente la más numerosa.⁷ Es común que la clase gobernante o clase política, conforme a una pequeña pero importante parte política de la población del Estado; de tal suerte que el estado subsiste con, sin, y en ocasiones, aun contra la

⁷ Ibidem. Pág.6.

Una visión del Estado contemporáneo

257

voluntad de la mayoría de los miembros de su población.

Los objetivos estatales, salvo el de procurar la supervivencia del propio Estado, son diferentes en los diversos estados, así como entre distintas épocas del mismo Estado.

Fiel a su trayectoria histórica y a su naturaleza, el Estado en nuestros días sigue siendo esa estructura suprema de poder que condiciona el bienestar de los hombres y de los pueblos. Su presencia se hace notar en todas las regiones de lo social, como agente de promoción, o como colaborador de la iniciativa privada, o como garantía de la actividad de las comunidades menores.

VII. PRESENCIA DEL ESTADO EN LOS DIVERSOS ÁMBITOS

Un rápido vistazo a la situación política mundial nos permite darnos cuenta de cómo el Estado interviene decisivamente en todos los aspectos temporales de la vida humana:

En el campo social, con su política familiar y demográfica, por medio de la cual trata de desarrollar, conservar y utilizar los recursos humanos y así influir sobre la magnitud y el crecimiento probables de la población, su distribución por edades, la constitución y composición de las familias, la localización regional o rural urbana de los habitantes, y la incorporación a la fuerza de trabajo y a la educación, con el fin de facilitar los objetivos del crecimiento económico y posibilitar la participación de la población en las responsabilida-

des y beneficios del progreso; con la organización cada vez más completa de los movimientos sindicales; con el desarrollo de los seguros sociales, que han cubierto las necesidades de las clases más desamparadas, y mediante los cuales algunas naciones económicamente más ricas han cubierto todos los riesgos posibles de los ciudadanos (*Estado de bienestar*, en Suecia o Dinamarca, por ejemplo); con la progresiva elevación del nivel de vida de los trabajadores que ha permitido la formación de una clase media fuerte y activa en casi todos los países.

En el campo económico, con su política industrial, financiera y bancaria, por la cual impulsa las fuerzas económicas del país, reconoce y da validez jurídica a sus asociaciones, da leyes y reglamentos, señala los justos límites de la iniciativa privada y evita, mediante sus sistemas de control y vigilancia, que haya una concurrencia desenfrenada y se constituyan monopolios que son negativos para el bienestar general. En esta actividad, la tendencia más aceptada en el mundo moderno, y la que parece más justa, es la de que el Estado actúe en un plano subsidiario y no que absorba las posibilidades económicas de las agrupaciones particulares.

En el campo cultural y educativo, con la extensión cada vez mayor de la instrucción básica para todos los ciudadanos, con la multiplicación de universidades e institutos tecnológicos y de estudios superiores, con la creación de nuevos centros de investigación científica, mediante los cuales estimula los talentos naturales de la

población y ayuda al hombre de cultura media a conocer mejor los hechos nacionales y mundiales y a actuar eficazmente en la transformación de su ambiente.

En el campo científico y técnico, con el fomento de los nuevos adelantos en la industria, la agricultura, la minería, las comunicaciones, el comercio, tales como la automatización, el empleo pacífico de la energía nuclear, la aplicación de computadoras electrónicas en los grandes procesos de producción, el uso de satélites artificiales para facilitar el enlace entre los pueblos.

En el campo de las relaciones internacionales, con la atención de los nuevos fenómenos políticos surgidos con el advenimiento de los pueblos afroasiáticos a la vida independiente, y lo que supone de organización constitucional y técnicas administrativas; con el mayor cuidado de la creciente interdependencia en múltiples terrenos; con la ampliación y multiplicación de organismos internacionales que tratan de resolver los problemas humanos a escala mundial; con el cuidado de fomentar relaciones y evitar conflictos bélicos.⁸

En suma, no hay campo de la actividad del hombre contemporáneo en el que el Estado no tenga una intervención importante y a veces decisiva. Y este fenómeno ha llegado a plantear tensiones inquietantes que cada vez se agudizan más. Porque no cabe duda que el Estado ha adquirido una

organización compleja y un poder formidable, como en ninguna otra época de su historia los ha tenido.

VIII. SUGERENCIAS PARA EL ESTUDIO DE LOS FENÓMENOS DEL ESTADO

Todo esto ofrece múltiples sugerencias al estudioso de los fenómenos políticos, ya sea jurista, sociólogo, historiador o filósofo. Y los problemas que van apareciendo en la vida cotidiana del Estado -con motivo de su existencia misma y de sus actividades- piden un tratamiento conjunto para ser resueltos. Cualquier visión unilateral corre el riesgo de mutilar la riqueza y complejidad de la realidad política y dar soluciones que más tarde tendrán repercusiones funestas aun en la práctica.

Así, hay que estar alerta a las voces que provienen del Estado y entablar el diálogo en el terreno más adecuado: en el sociológico, si se trata de los hechos de la convivencia humana y de los fenómenos del poder y de la autoridad que en nuestros días se han complicado enormemente y piden métodos científicos rigurosos para ser conocidos y apreciados; *en el jurídico*, si se trata de las normas que emanan del Estado y que regulan su funcionamiento; *en el histórico*, si es cuestión de aprovechar las lecciones del pasado para *orientar* el presente político y proyectar el porvenir; o en el *filosófico*, si se quiere indagar la raíz más profunda del actuar humano -su esencia, su

⁸ GONZALEZ, Uribe Héctor, Teoría Política, Porrúa, 5ª Edición, México 1984, pág. 233.

Una visión del Estado contemporáneo

259

sentido, su finalidad- y someter a criterios de valor el quehacer político de gobernantes y gobernados.

En esta labor de conjunto, que va más allá de cualquier positivismo científico, aparece la figura del Estado en todas sus dimensiones. Y presenta toda la gama de dificultades de su compleja y polifacética realidad, que mueve con urgencia al hombre actual a enfrentarse con ellas. Ésta es su tarea, su riesgo y su responsabilidad.

IX. PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL ESTADO

Al adentrarse al estudio del Estado, con ánimo sincero y leal de conocer su realidad objetiva tal cual es, sin deformaciones provenientes del capricho subjetivo o la arbitrariedad, el investigador se encuentra con que hay varios puntos o temas sobresalientes que exigen su atención y plantean, otros tantos problemas que piden ser resueltos.

El primero que se presenta es el de la realidad misma del Estado. Una realidad enigmática, que no se manifiesta con franqueza, como la de los seres sensibles sino que exige un trabajo de penetración y comprensión. Se da en el terreno de los hechos y exhibe una amplia gama de fenómenos que se imponen con evidencia inmediata: relaciones de gobernantes y gobernados, procesos político-electorales, servicios administrativos, decisiones jurisdiccionales. Pero esos hechos, por más que se multipliquen, no son todavía el Estado. Se requiere

una labor de síntesis mental para unificarlos y llegar a un *concepto* o *idea* del Estado. Habrá que indagar, pues, cómo se integran la *realidad* y la *idea* del Estado en un todo armónico.

Este conocimiento que nos ofrecen los hechos y su unificación mental nos lleva a averiguar qué es lo que, en última instancia, mueve a los hombres a vivir políticamente. Ó sea, a buscar la raíz más honda del acontecer político, su motivación primigenia, allá en el manantial mismo de donde brota la convivencia entre los hombres. Es una exploración en búsqueda de la *fuerza originaria* y del *significado* de lo político.

Una vez develado el enigma del *homo politicus*, hay que contemplar su obra: el Estado. Cómo lo construye. Cómo va trazando arquitectónicamente sus grandes líneas directivas. Cómo va levantando su *estructura* y configurando su *esencia*. Una esencia llena de vigor y actividad, que prolonga la dinámica interna del impulso humano creador. Hay que ver cuál es el papel que desempeña el Estado en la comunidad social. Cuál es la función específica de lo político entre las demás actividades humanas que se desarrollan en la sociedad. Y cuál es su significado peculiar y su legitimidad.

Se impone después un examen de la *vida* del Estado. Su actividad dentro de esas estructuras formales que forman su esencia. Los elementos que entran en juego para la realización de la tarea política cotidiana. Cómo se conjugan territorio y población —elementos estáticos— con el dinamismo siempre creciente de la autoridad públi-

ca. Y cómo autoridad y pueblo buscan juntos el bien común. El Estado es también *pasión*: debe sufrir el yugo del Derecho. Hay que analizar, entonces, su personalidad jurídica y las razones y métodos de su acatamiento al ordenamiento jurídico.

En el centro mismo de la vida del Estado nos encontramos con el fenómeno sin duda más importante de la actividad del hombre en la vida social organizada: el del poder político. Hay que averiguar en qué consiste ese fenómeno. Buscar su esencia y conexiones con los demás hechos sociales. Conocer sus especialísimas características de poder supremo, que goza del monopolio de la coacción incondicionada. Es menester aclarar cómo, en torno de la teoría del poder político y de su *dinámica*, se articulan los problemas más importantes del Estado como acción y pasión. Relacionar el poder político con el orden y la libertad. Y ver su trascendental papel de servir como centro de unidad de decisión y acción en la realidad política.

Todos estos hechos configuran la realidad *fáctica* del Estado. Una realidad extraordinariamente importante para conocer lo estatal, pero con ella no se agota el conocimiento del Estado. Queda toda la gran labor de confrontación del *ser* del Estado con su *deber ser*. Buscar la dimensión *ideal* de la comunidad política. Su ajuste a las normas éticas y a valores. Hay que hacer una exploración por el terreno axiológico para determinar si el Estado no es un simple fenómeno de fuerza, sino una realidad que cumple las exigencias valorativas y puede justificar-

se ante la conciencia moral y jurídica de los hombres.

Y con ello aparece la cuestión quizá más esencial para el conocimiento y valoración del Estado: la de sus relaciones con el hombre. El Estado, indudablemente, está compuesto de hombres. No puede existir sin ellos. La población —elemento humano— es la base *sine qua non* de la estructura estatal. Pero una vez que el Estado, a lo largo de siglos de evolución, se institucionaliza y adquiere un formidable aparato de poder —órganos y funciones— se va perfilando como una entidad que domina a los hombres, que llega incluso a pretender absorberlos y aniquilarlos. Los hechos de la experiencia política —monarquías absolutas de la Edad Moderna, Estados totalitarios de la época contemporánea— así lo atestiguan.

Éstos son, pues, los grandes temas que surgen ante la curiosidad intelectual del investigador del Estado. Son, claro está, los temas claves, sobresalientes, en torno a los cuales se puede ir construyendo una teoría estatal. Forma el *núcleo* del Estado. Nos dan su noción o concepto. No constituyen, por sí mismos, un tratamiento de todas las cuestiones que supone el desarrollo integral de la vida del Estado. Pero sí son el punto de partida necesario para las diversas disciplinas políticas. De este centro vital, como de un campo de despegue, deben levantar el vuelo las exploraciones de la ciencia política, del derecho político, de la sociología política, de la historia política, de la economía política, y de todas las

Una visión del Estado contemporáneo

261

demás actividades científicas que se interesan por el Estado.

X. CONCLUSIONES

A manera de conclusión diremos que la idea de una disciplina que estudie al fenómeno político del Estado en sus diversos aspectos, es muy antigua. El hombre es un ser social y su vida se desarrolla en una serie de relaciones cada día más complejas, que caen bajo el campo de las ciencias culturales.

Como lo hemos mencionado se pueden considerar varias etapas en los cambios sucesivos del Estado y principalmente en la evolución de los sistemas doctrinales. Cuando nos referimos a los tiempos contemporáneos, no es suficiente referirnos a las influencias de la escuela francesa realista de George Jellinek, a Hermann Heller o a la escuela de Hans Kelsen, de Schmitt hasta las más recientes doctrinas de Laski, Duverger, Battaglia, Maritain, Dabin, Bordeau y otros como David Easton, Leo Straus que cultivan posiciones originales en el estudio del fenómeno político.

Al inicio de este siglo el mundo cultural está completando el reajuste de las instituciones políticas pasadas e intentará la creación de nuevos sistemas que, alejados de los dogmatismos o de las ilusorias doctrinas coloquen al hombre en la forma de gobierno que corresponda a las condiciones sociales del futuro.

Los investigadores del presente siglo se han propuesto una revisión de las ciencias tradicionales, desde la terminología, el método, la razón política, sus principios generales, la realidad de la sociología política, hasta la proyección filosófica de una disciplina.

El Estado, seguiremos firmemente pensando en esta idea, no desaparecerá de la vida social durante muchos años. Las generaciones de mañana continuarán viviendo en el marco de la organización jurídica política que es el Estado, creado no para proteger intereses particulares, sino para proteger el desarrollo normal y racional de las comunidades humanas.

Sería injusto negar que bajo la protección o tolerancia del Estado se ha desarrollado y fortalecido la cultura y las audaces formas de vida de las comunidades y se han creado planes de desenvolvimiento de civilizaciones muy desiguales. El Estado, que vive hoy una profunda transformación muestra una curiosidad muy peligrosa por las nuevas formas políticas y en ocasiones, se aleja de su propia tradición democrática o se refugia en absurdas dictaduras, sin embargo el mundo ha cambiado lo suficiente para desterrar viejas prácticas políticas que, además de inoperantes, son ofensivas de la dignidad nacional.

Por lo anterior es necesario la renovación de los supremos valores, así lo exige el mundo social, exige construir el nuevo esquema del Estado Contemporáneo que dé respuesta firmemente a las necesidades de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA.

- FERNANDEZ, Ruiz Jorge, Derecho Administrativo del Distrito Federal, Colección Mexicana de Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, Primera Edición, 2009;
- GARCIA, Pelayo Manuel, Diccionario del Sistema Político Español, El Estado, Edit. Akal editor, Madrid 1984
- GARITA, Alonso Miguel Ángel, Estudio Metodológico de los Sistemas Políticos Contemporáneos, Talleres gráficos de la Camara de Diputados del Congreso de la Unión, México, 1996
- GONZALEZ, Uribe Héctor, Teoría Política, Porrúa, 5ª Edición, México 1984.
- PORRÚA, Pérez Francisco, Teoría del Estado, Edit. Porrúa, 25ª Edición, México 1992.
- SERRA, Rojas Andrés, Ciencia Política; La Proyección actual de la Teoría General del Estado, Edit. Porrúa, 13ª Edición, México 1995.

Cultura Jurídica, editada por la Facultad de Derecho, se terminó de imprimir el mes de febrero de 2011 en los talleres de CREATIVA IMPRESORES S.A. de C.V. calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, 09920, México, D.F. Tel. 5703-2241. En su composición se utilizaron tipos Arial y Calibri. Tipo de impresión offset, las medidas 17 x 23 cm. Los interiores se imprimieron en papel ahuesado de 75 grs. y los forros en cartulina sulfatada de 14 pts. La edición estuvo al cuidado del Lic. Alberto J. Montero. La edición consta de 1000 ejemplares.