



Facultad
de Derecho

In Jure Anáhuac Mayab

Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Universidad Anáhuac Mayab

ISSN: 2007-6045



MÉXICO AÑO 2 PRIMERA ÉPOCA NÚMERO 4 PRIMAVERA 2014

UNIVERSIDAD ANÁHUAC MAYAB

P. Rafael Pardo Hervás, L. C.

RECTOR

Dr. Narciso Acuña González

VICERRECTOR ACADÉMICO

DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

FACULTAD DE DERECHO

Mtro. Absalón Álvarez Escalante

DIRECTOR

Dra. María Guadalupe Sánchez Trujillo

COORDINADORA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES

JURÍDICAS Y PROGRAMAS DE DOCTORADO

CONSEJO EDITORIAL
REVISTA IN JURE ANÁHUAC MAYAB

Héctor José Victoria Maldonado
PRESIDENTE HONORARIO DEL CONSEJO EDITORIAL

Absalón Álvarez Escalante
PRESIDENTE DEL CONSEJO EDITORIAL

María Guadalupe Sánchez Trujillo
DIRECTORA GENERAL

CONSEJEROS EDITORIALES

Andrés Botero Bernal

Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia.

José Antonio Caballero Juárez

*División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas
A.C., México.*

Ramiro Contreras Acevedo

*Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de
Guadalajara, México.*

Eduardo A. Fabián Caparrós

Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, España.

Jorge Alberto González Galván

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

María del Pilar Hernández Martínez

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

José Antonio Núñez Ochoa

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Posgrado, Universidad Anáhuac Norte, México.

Francisco José Paoli Bolio

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Ruperto Patiño Manffer

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Luciano Carlos Rezzoagli

Instituto de Investigación Estado, Territorio y Economía, Universidad Nacional del Litoral, Argentina.

Alma de los Ángeles Ríos Ruiz

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

María Guadalupe Sánchez Trujillo

Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac Mayab, México

Enrique Uribe Arzate

Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, México

COMITÉ EDITORIAL

Raúl Andrade Osorio, *Poder Judicial de la Federación, México.*

María Cristina Burgos Montes de Oca, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Iliana Galilea Cariño Cepeda, *Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría SJ de la Universidad Iberoamericana Puebla, México.*

Erika Joullieth Castro Buitrago, *Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia.*

Gerardo Centeno Canto, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México*

Julia Amanda Díaz Aguilar, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Genny Alejandra Falcón Gual, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Luz María Guzmán Lozano, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Joaquín Ordóñez Sedeño, *Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, México.*

Armando Peraza Guzmán, *Universidad Pedagógica Nacional, México.*

Dalia Isela Piña Alberto, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Jorge Rivero Evia, *Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, México.*

Rebeca Rodríguez Minor, *Escuela de Negocios de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

In Jure Anáhuac Mayab, Año 2, Núm. 4, Enero – Junio de 2014, es una Publicación semestral editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, Km.15.5 Carr. Mérida- Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, Tel. (999) 942-4800 ext. 535, 01-800-012-0150, <http://www.anahuacmayab.mx>. Editor responsable: Universidad Anáhuac Mayab. Reserva de derechos al uso exclusivo No. 04-2013-011817063200-102 otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. ISSN: 2007-6045. Responsable de la última actualización de este Número, Servicios de Tecnología de la Universidad Anáhuac Mayab, Ing. David Arjona Espinosa, Km.15.5 Carr. Mérida- Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, fecha de última modificación, 15 de Julio de 2014.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad Anáhuac Mayab.



IN JURE ANÁHUAC MAYAB
Revista de la Facultad de Derecho
Universidad Anáhuac Mayab

Estudios Jurídicos: Trabajos académicos inéditos, prácticos o dogmáticos, en formato de artículo, monografía, ensayo.

Crónica Jurídica Anáhuac: Comentarios legislativos, sentencias, resoluciones administrativas, jurisprudencia, tesis aislada, reseña académico-jurídica.

Recensiones: Comentarios académicos o apuntes a libros jurídicos.

Colloquium: Trabajos relevantes de estudiantes de Maestría y Doctorado, preferentemente relacionados con los temas de sus proyectos de investigación.

Normas para la presentación de colaboraciones:

El documento deberá estar en Word, en letra Arial tamaño 11, con espaciado interlineal de 1.5 cm y 2.5 cm de margen en los 4 lados, sin sangría.

Título del trabajo (en mayúsculas a 14 puntos en negritas y centrado), nombre(s) del autor(es), después del título a 10 puntos alineado(s) al margen derecho) con nota al pie de página que muestre la filiación institucional (datos académicos y profesionales y trayectoria académica), dirección electrónica y número de teléfono.

Subtítulos a 12 puntos en negritas y alineados a la izquierda.

Notas a pie de página a 9 puntos, numeradas en forma ascendente, a espacio sencillo y justificadas (apellidos del autor, nombre, título en cursivas (sólo se usará mayúscula inicial y en los nombres propios), número de edición (la primera no debe indicarse), traductor, lugar de la edición (ciudad), editorial, año, colección, volumen o tomo, páginas).

No espacios especiales anteriores o posteriores entre párrafos. Deberá usar mayúsculas y minúsculas.

Resumen y *abstract*: máximo de 200 palabras, en las cuales se muestran, de forma muy breve, los argumentos principales y las tesis desarrolladas, las críticas y los aportes más relevantes. Idioma: Español e Inglés.

Palabras claves: 5 palabras máximo que permitan identificar de forma clara el tema del artículo. Idiomas: Español e Inglés.

La estructura del trabajo deberá dividirse en: Introducción, Desarrollo del tema, metodología, resultados y conclusiones, referencias bibliográficas.

Las figuras o tablas en archivos originales (programas en que fueron elaborados).

Extensión máxima de 30 cuartillas si es un ensayo, artículo o monografía; para estudios legislativos o jurisprudenciales, la extensión máxima será de 15 cuartillas y 5 cuartillas para recensiones. Tratándose de Trabajos relevantes de estudiantes de Maestría y Doctorado, la extensión máxima será de 20 cuartillas.

Todos los trabajos serán sometidos a dictamen doble ciego. Deberá enviar sus colaboraciones a la dirección: maria.sanchezt@anahuac.mx

ÍNDICE

Presentación. Absalón Álvarez Escalante Pág. 12

Estudios Jurídicos

Fundamentos de derecho intercultural. **Pág. 15**

Jorge Rivero Evia

Reforma político electoral desde un enfoque constitucional y de los derechos humanos. **Pág. 59**

Alma de los Ángeles Ríos Ruiz

Trabajadores burócratas de confianza y el derecho de sindicación. **Pág. 89**

José Atanacio Alpuche Marrufo

Crónica Jurídica Anáhuac

XX Congreso de la Facultad de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab. **Pág. 113**

María Guadalupe Sánchez Trujillo

Colloquium

México ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). **Pág. 117**

Luis Rubén Martínez Arellano

La protección de datos personales y la sociedad del control. **Pág. 135**

Carlos Manuel Hornelas Pineda

Recensiones

DONDÉ MATUTE, Javier; GUEVARA BERMÚDEZ, José A. (Coordinadores). *México y la Corte Penal Internacional*, prólogo de Luis González Placencia. México, Tirant lo Blanch (monografías), Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Instituto de Investigación aplicada en derechos humanos, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2014, XX-295 pp. **Pág. 155**

Jorge Rivero Evia

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; SÁNCHEZ GIL, Rubén, El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo, prólogo de Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México, Porrúa-IMDPC (Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 80), 2013, XX-263 pp. **Pág. 159**

Jorge Rivero Evia

PRESENTACIÓN

Absalón ÁLVAREZ ESCALANTE*
Director de la Facultad de Derecho

El cuarto número de la Revista Jurídica **In Jure Anáhuac Mayab** que se pone a consideración de la comunidad jurídica nacional e internacional, constituye para el suscrito, como Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, una sensación integral de orgullo, satisfacción, profundo agradecimiento y certeza de un futuro promisorio para este instrumento de difusión del conocimiento jurídico y consulta para los estudiosos del Derecho.

La continuidad de la obra y la calidad de sus contenidos, que se garantiza por el trabajo editorial responsable y comprometido de la Dra. María Guadalupe Sánchez Trujillo, Directora General del Consejo Editorial de la revista, es motivo, desde luego, de una gran satisfacción y orgullo para nuestra Facultad.

Dejo patente mi más profundo agradecimiento a los juristas nacionales e internacionales que integran el Consejo Editorial y el Comité Editorial de nuestra obra, que con su asesoría y colaboración, dan testimonio de que nuestra revista es una fuente de consulta jurídica respetable y seria, que cada día se consolida más con la suma de nuevos investigadores que acrecientan este grupo de consultores y pares de altísimo nivel. Bienvenido al Consejo Editorial el doctor Eduardo A. Fabián Caparrós, Profesor – investigador y Director del Master “Corrupción y Estado de Derecho” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, España. De igual forma nuestro reconocimiento al doctor Raúl Andrade Osorio Secretario del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito del Poder Judicial de la Federación, México; a la maestra Iliana Galilea Cariño Cepeda del Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría S. J. de la Universidad Iberoamericana Puebla, México; a la doctora Erika Joullieth Castro Buitrago profesora - investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia y al doctor Joaquín Ordóñez Sedeño, Coordinador de Estudios Avanzados y Profesor – investigador de tiempo completo de la Facultad de

* Maestro en Derecho Corporativo y Candidato a Doctor en Derecho, absalon.alvarez@anahuac.mx

Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Generosamente se han sumado al Comité Editorial de la revista. Les reitero a todos ellos nuestra gratitud por aceptar colaborar en este proyecto.

Definitivamente, la sensación de certeza de un futuro promisorio para la obra, se forja como consecuencia de la lectura de las colaboraciones de los Doctores Jorge Rivero Evia, Alma de los Ángeles Ríos Ruiz y Atanacio Alpuche Marrufo, el primero y último egresados de nuestro Doctorado en Derecho y la segunda catedrática del mismo, habida cuenta de que con sus aportaciones se comprueba que el programa académico doctoral, nacido el año 2004, ha comenzado a rendir valiosos frutos.

Por otra parte, las aportaciones de los doctorandos Luis Rubén Martínez Arellano y Carlos Manuel Hornelas Pineda, integrado el primero en el programa de Doctorado en Derecho y el segundo en el Doctorado en Gobierno y Gestión Pública, nos evidencian que los productos de investigación se están generando también por los investigadores en formación, lo que, aunado con los trabajos de los doctores ya egresados de nuestros programas y las colaboraciones externas, nos auguran, no tengo duda alguno de ello, un futuro largo y promisorio para esta obra intelectual.

Finalmente, la crónica de nuestro XX Congreso de la Facultad de Derecho y las Recensiones de las obras jurídicas, "México y la Corte Penal Internacional" y "El Nuevo Juicio de Amparo", cierran el contenido de este cuarto número que, reitero, presento antes ustedes con satisfacción, orgullo, profundo agradecimiento y certeza de un futuro prometedor.

Estudios Jurídicos

Fundamentos de Derecho Intercultural

The Foundations of Intercultural Rights

Jorge RIVERO EVIA*

RESUMEN. La globalización se nos presenta con dos caras. Por una parte, la integración económica y el dominio del mercado; y por otra, la integración jurídica. La moral (jurídica) es el equilibrio, contrapeso y límite de los efectos de la globalización. Aquella debe regir a la república mundial complementaria, que es la forma de gobierno global que ejerce la comunidad de las naciones, a través de la Organización de las Naciones Unidas. Entonces, es menester construir un nuevo concepto del Derecho para conseguir la intercomunicación entre las diversas culturas que integran a la humanidad. Así, los derechos humanos, se erigen como una síntesis de justicia, como vasos comunicantes entre las diversas sociedades, con base en los cuales existen principios que conforman el Derecho Intercultural.

Palabras clave: Globalización, cultura, derechos humanos, sociedad.

ABSTRACT. Globalization has two faces. On one side, the economic integration and market dominance that comprises it; on the other, the legal integration of those involved in this process. Morality -in its legal sense- has the function of balancing, counterweighting and limiting the effects of globalization. It should rule the complementary world republic, which is the model of global government executed by the community of nations through the United Nations. Therefore, it is crucial to build a new concept of Law to achieve intercommunication among the diverse cultures that compose humankind. Thus, Human Rights are built as a synthesis of Justice, as communicating vessels among diverse societies, and the basis for principles that shape Intercultural Rights.

Keywords: Globalization, culture, human rights, society

* Doctor en derecho por la Universidad Anáhuac-Mayab. Magistrado Cuarto del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán. jriverev@yahoo.com

1. Introducción.

Podemos observar un orden internacional que envuelve la dimensión económica del proceso de globalización, y hace que ningún Estado —por más poderoso que este sea— tenga la última decisión sobre los flujos comerciales, financieros y de inversión. Es también evidente la expansión de una vasta red de comunicaciones, sobre las cuales un Estado en particular tampoco tiene influencia suficiente. Una más de las dinámicas novedosas de nuestros días, en comparación con la original construcción de la sociedad de naciones, es la intensificación de los ámbitos multilaterales de negociación y diplomacia económica, como eje vital de las relaciones internacionales.

No obstante, la globalización no puede reducirse solamente a su aspecto económico, sino que, en su afán integracionista pretende también consolidar un sistema de derecho que sea aplicable para todos los seres humanos, con base en un solo estándar de justicia.

Uno de los más grandes desafíos a los que tendrán que enfrentarse los líderes a lo largo de este siglo es la multiculturalidad. La tecnología y los transportes modernos están cambiando rápidamente el mundo, y el concepto de la *aldea global*¹ nunca ha sido más real. Por todo ello, el orbe se encuentra en una encrucijada crítica.

En cualquier dirección existen nuevas realidades económicas, políticas, ecológicas, educativas y tecnológicas que algunas veces resultan pasmosas, como la caída del muro de Berlín, la ola democrática que se da en la Europa del Este o la “*primavera árabe*”. En este siglo, nuestras poblaciones y líderes necesitarán actitudes y conductas que les permitan reconocer y promover la interdependencia y cooperación entre naciones.

Atendiendo a la etimología de ambas palabras y centrándonos en sus respectivos prefijos, podemos hacer una primera distinción entre lo “*multi*” y lo “*inter*” cultural.

De este modo, el término “*multicultural*” tal y como indica su prefijo “*multi*”, hace referencia a la existencia de varias culturas diferentes, pero no ahonda más allá, con lo que nos da a

¹ *Aldea global (global village)* es un término que busca describir las consecuencias socioculturales de la comunicación inmediata y mundial de todo tipo de información que posibilita y estimula los medios electrónicos de comunicación. Sugiere que, en especial, ver y oír permanentemente personas y hechos -como si se estuviera en el momento y lugar donde ocurren- revive las condiciones de vida de una pequeña aldea: percibimos como cotidianos hechos y personas que tal vez sean muy distantes en el espacio o incluso el tiempo, y olvidamos que esa información es parcial y fue elegida entre una infinidad de contenido. El término fue acuñado por el sociólogo canadiense Marshall McLuhan. El concepto aparece varias veces en sus libros *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man* (1962) y *Understanding Media* (1964) y probablemente se haya popularizado a partir de estos. En 1968, McLuhan lo utilizó en el título de su libro *War and Peace in the Global Village* (1968). McLuhan se refiere a la *Aldea global* como un cambio producido principalmente por la radio, el cine y la televisión. Véase: <http://www.marshallmcluhan.com/bibliography/>. Recuperado el 16 de enero de 2014.

entender que no hay relación entre las distintas culturas. Sin embargo, el prefijo “*inter*”, va más allá, haciendo referencia a la relación e intercambio y, por tanto, al enriquecimiento mutuo entre las distintas culturas².

Entonces, “*interculturalidad*”, implica una comunicación comprensiva entre las distintas culturas que conviven en un mismo espacio, siendo a través de aquellas donde se produce el enriquecimiento mutuo y por consiguiente, el reconocimiento y la valoración (tanto intrínseca como extrínseca) de cada una de las culturas en un marco de igualdad.

Otra vez, la vía del derecho es esencial para omnicomprender la diversidad de culturas, que tienden hacia un mismo ideal: la prevalencia de la justicia como valor social.

Es a raíz del trabajo del *iusfilósofo* alemán Otfried Höffe³, que puede empezar a hablarse con seriedad de un auténtico *Derecho Intercultural*, producto de la era de la globalización.

Empero, en nuestro país la doctrina es ayuna al respecto⁴; de ahí, la imperiosa necesidad de sentar las bases de una nueva reflexión histórica-filosófica-social del Derecho⁵, desde la perspectiva latinoamericana, con especial énfasis en la cultura mexicana, que permita comprender que, no obstante la diversidad cultural propia de los

² (...) Así pues, en multiculturalismo, el prefijo “*multi*” califica directamente al sustantivo cultura; y en este sentido, se refiere a una gama de culturas existentes. Como contraste a ello, en interculturalismo, el prefijo “*inter*” sólo califica indirectamente al sustantivo cultura —pluralizado—, toda vez que su énfasis radica en el espacio de encuentro en que las culturas se sitúan. Esto es, no califica ninguna de las culturas en cuestión, sino la circunstancia entre cada una de ellas, como distintas entre sí (...). Enríquez, David. “Interculturalismo y transdisciplinariedad”: coordenadas en el mapa del Derecho comparado sustentable, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 132 septiembre - diciembre de 2011, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 1109.

³ Los dos pilares de la obra de Otfried Höffe, en sus versiones en español son: *Ciudadano económico, ciudadano del estado, ciudadano del mundo: ética política en la era de la globalización*, trad. de Carlos Díaz Rocca, Buenos Aires, Katz editores, 2007, vol. 3024 de Conocimiento (katz) y *Derecho intercultural*, Barcelona, Gedisa, 2000.

⁴ Si bien existen interesantes trabajos referentes al “pluralismo jurídico”, aún no se ha profundizado en el enfoque de un “Derecho intercultural”, antes bien, se alude frecuentemente en la literatura revisada, al concepto de la *multiculturalidad* e íntimamente relacionados con el derecho indígena. Respecto de aquellos, véanse: Contreras Acevedo, Ramiro y Sánchez Trujillo, María Guadalupe, “El artículo 2º Constitucional ¿Pluralismo jurídico en México?”, en Astudillo, César y Carpizo, Jorge (Coords.) *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 623-655; Aragón Andrade, Orlando, “Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa del pluralismo jurídico”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 118, enero-abril de 2007, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 9-26; Mohr, Richard, “La conversación de la humanidad”: La crítica universalista del pluralismo jurídico. *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, número 26, enero-agosto de 2007, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 59-75.

⁵ Conviene destacar el esfuerzo de la Universidad Indígena de Chiapas (UNICH), que inició el pasado mes de agosto de 2013 la licenciatura en Derecho Intercultural. El proyecto está apoyado por la Unión Europea y tiene la asesoría de la Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, de la Secretaría de Educación Pública. Véase: González Galván, Jorge Alberto, “Hacia una formación jurídica intercultural”, *Hechos y Derechos, Revista electrónica de opinión académica*, número 16 julio-agosto de 2013, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/HechosyDerechos/cont/16/art3.htm>. Recuperado el 15 de enero de 2014.

grupos humanos, nacer en un lugar o en otro, bajo una etnia o raza, en un estrato social determinado, es un mero accidente; que asimismo, las fronteras territoriales son valladares artificiales impuestos por el hombre y que debe repensarse el papel del ser humano en el siglo XXI⁶. Se dice ello, pues los paradigmas culturales, como fenómenos sociales se producen siempre permeados de historicidad humana, de modo que reflejan concepciones, valores y significados específicos del mundo.

2. Planteamiento del problema.

¿Existe un derecho igualmente válido para la gente de distinto color de piel, para judíos, mahometanos, cristianos y budistas, para corredores de bolsa y campesinos, para latinoamericanos, europeos, asiáticos y africanos?

El derecho, como fenómeno social, se ha construido –inicialmente- dentro de las fronteras de los pueblos o Estados; sin embargo, el intercambio entre culturas, que *prima facie* destacaría diferencias entre los seres humanos (como el lenguaje), requiere asimismo, de la identificación de similitudes, a fin de conseguir la paz y seguridad, aspiraciones máximas de toda comunidad.

En ese empeño, no es posible analizar todas las culturas del mundo y menos aún inventariar usos, costumbres y prácticas análogas y divergentes entre los grupos humanos. Empero, sí es factible explorar, quizás someramente, utilizando la metodología del derecho comparado, a los principales sistemas jurídicos contemporáneos –para efectos de este trabajo, denominados “culturas jurídicas”-, pues el derecho puede ser un sismógrafo o baremo cultural. No sin antes aludir a algunos referentes teóricos de sociología “clásica”, con el único afán de sentar las bases del argumento que conducirá a sostener la existencia de un *derecho intercultural*, por el cual podemos entender a un derecho cosmopolita, basado en ciertas aspiraciones y prerrogativas humanas (coincidentes con lo que se conoce como “derechos humanos”).

Así pues, se plantea que las diversas culturas que coexistan en un momento y lugar determinado, se pueden poner de acuerdo sobre aquello que es merecedor del poder público.

Ello no es una utopía. Muestra de lo anterior, es el consenso mundial (intercultural) conseguido en 1998 con la creación del Estatuto de Roma (EDR) del cual se desprende la

⁶Véase: Carbonell Sánchez, Miguel, “¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?”, en Cienfuegos Salgado, David, Esquivel Leyva, Manuel de Jesús, Morales Sánchez, Julieta (coords), *Temas de migración y derecho*, México, Fundación Académica Guerrerense, 2008, pp. 35-50.

jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI), que se activa para sancionar crímenes basados en bienes jurídicos comunes a todos los seres humanos⁷.

Una de las justificaciones de dicha jurisdicción es el predominio de relaciones jurídicas internacionales injustas e inciertas, que se transfieren a los regímenes internos de los países, las comunidades en general y a toda organización política; el hambre, la pobreza, la delincuencia y la subestimación del ser humano, constituyen creaciones humanas, no son creaciones de la naturaleza que a pesar de su deterioro sigue siendo generosa⁸.

Otro elemento a considerar en el presente trabajo, es la inclinación teórica del sustentante, hacia la tesis de Carlos Santiago Nino, quien identifica a los derechos humanos (base del derecho intercultural), como derechos morales⁹; a saber: los que se apoyan sobre bienes normalmente de importancia primordial, siendo su característica que son para todos los hombres y mujeres, contienen una universalidad de beneficios y de responsabilidades, que asimismo poseen incondicionalidad.

Es decir, las normas morales se fundamentan en principios morales, cuya validez o aceptabilidad no depende de la aceptación que se les dé. Estos principios son contruidos por las concepciones metodológicas del discurso moral, las cuales están determinadas por las funciones sociales de dicho discurso. Así, serán tres principios los que fundamentan los derechos humanos: a) el de *inviolabilidad de la persona* (que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros); b) el de *autonomía de la persona* (que asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia); y c) el de *dignidad de la persona* (que prescribe tratar a los seres humanos acorde con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control).

3. La cultura como muestra de la grandeza humana.

El ser humano une su existencia al concepto de cultura; en efecto, en la cultura encuentra aquel la base para la transformación, la creatividad, el moldeamiento de la realidad en la que desarrolla su vida, y con ello, la clave de cualquier cambio posibilitador

⁷ Véase: Arjona Estévez, Juan Carlos. *La Corte Penal Internacional: un tribunal que tardó cinco décadas en su constitución*. En: México y la Corte Penal Internacional. Donde Matute, Javier; Guevara Bermúdez, José A. (Coordinadores). México, Tirant lo Blanch, 2014.

⁸ Ponce de León Armenta. *Modelo Trans-Universal del Derecho y el Estado*. México, Porrúa, 2001, p.XXIX.

⁹ Véase: Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires. Paidós, 1984.

y los ejes de su identidad individual diferenciada. En ese sentido, la cultura es la base del individuo que sólo emerge precisamente en contextos de interacción cultural¹⁰.

La cultura puede ser vista como el cultivo de todo aquello que nos ayuda a colocarnos en la realidad del entorno, no sólo natural sino también social. No hacemos cultura solamente para sobrevivir, sino también para convivir con propios o extraños (extranjeros o gente que pertenece a otra cultura). Por eso, aquí se conectan la idea de cultura, la de identidad cultural y la de interacción cultural¹¹.

La definición de la cultura es una cuestión que ha dividido a los sociólogos y a los antropólogos. Villoro Toranzo¹², citando a Rocher, refiere que por cultura puede entenderse: "(...) el conjunto trabado de maneras de pensar, de sentir y de obrar más o menos formalizadas, que, aprendidas y compartidas por una pluralidad de personas, sirven, de modo objetivo y simbólico a la vez, para constituir a esas personas en una colectividad particular y distinta (...)."

Cuatro serían los elementos a destacar de esta definición, que denotan –sin ánimo de zanjar más discusiones respecto del tema- la conveniencia de su utilización. La primera es que ofrece la ventaja de subrayar que los modelos, valores y símbolos que componen la cultura, incluyen los conocimientos, las ideas, el pensamiento y abarcan todas las formas de expresión de los sentimientos, así como las reglas que rigen las acciones objetivamente observables; en segundo lugar, tales maneras de pensar, de sentir y de obrar pueden ser más o menos formalizadas. Resultan muy formalizadas en un código de leyes... lo son menos, y según grados diversos, por ejemplo, en las artes. La tercera característica, es el hecho de que unas formas de pensar, de sentir y de obrar sean compartidas por una pluralidad de personas (efectivamente, este es el elemento *per se* de una cultura). El cuarto componente concierne al modo de adquisición o transmisión de la cultura, este es el resultado de los diversos medios y mecanismos del aprendizaje¹³.

Ello permite negar la existencia de un código genético cultural, pues el aprendizaje (la imitación, la experiencia –ensayo-error-) es el motor de la evolución cultural, lo que además implica una nota característica del ser humano, pues sólo este es capaz de esa abstracción que entiende un problema, busca soluciones del mismo y trata de proyectarlas con anticipación a un futuro no necesariamente inmediato. A ello se sigue la posesión de un sistema de comunicación, como lo es la palabra hablada, la cual permite a

¹⁰ Oliva Martínez, Daniel y Blázquez Martín, Diego, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 68-69.

¹¹ Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI editores, 2005, p. 9.

¹² Villoro Toranzo, Miguel, *La Justicia como vivencia*, México, Porrúa, 2004, p. 62.

¹³ *Ídem*

su vez, organizar y transmitir las experiencias¹⁴. Lo que se transfiere es la cultura, esta es la respuesta humana a la realidad, a su propio logro. Al humano no le queda más remedio que adoptar condiciones de su propia vida; ya no vive solamente en un puro universo físico, sino en un universo simbólico: el lenguaje, el mito, el arte y la religión, se erigen como partes de este universo¹⁵.

El término cultura sugiere una continuidad en el crecimiento, propia de la vida, autonomía, desde luego, pero también una cierta fragilidad y dependencia de un entorno. En una palabra, la acepción que aquí prevalece es la de *cultura animi*; a saber, el pleno desarrollo del espíritu humano con toda su potencialidad¹⁶.

Entonces, es válido afirmar, que tener cultura es ir más allá de la animalidad, para acceder a la humanidad, propiamente dicha¹⁷. Es decir, surge un proceso de socialización¹⁸.

Los grandes cambios que periódicamente se manifiestan en la constitución de las sociedades, no pueden ser efecto de la casualidad ni de la fuerza sola. La causa que los produce debe ser potente, y esa causa debe residir en el hombre. Si las leyes de la asociación humana no son las mismas que en la antigüedad, es que algo ha cambiado en el hombre¹⁹.

Una parte de nuestro ser se modifica de siglo en siglo: es nuestra inteligencia, nunca estática, siempre en progreso, y a causa de ella, nuestras instituciones y nuestras leyes están sujetas al cambio²⁰. Empero, el pasado nunca muere por completo. Bien puede el ser humano olvidarlo, pero siempre lo conserva en sí, pues tal como se manifiesta en cada época, es el producto y resumen de todas las épocas precedentes.

¹⁴ (...) *El lenguaje es una herramienta de vida que amplía enormemente nuestra capacidad de adaptación. Nos ayuda a aprender y compartir las experiencias de los demás, incluso de quienes ya murieron (...) El lenguaje nos permite aprender la cultura, que podemos imaginar inicialmente como un modelo o diseño de vida en sociedad (...)*. Phillips, Bernard. *Sociología del concepto a la práctica*, México, McGraw Hill, 1982, p. 28.

¹⁵ Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, pp. 64-65

¹⁶ De Koninck, Thomas, *De la dignidad humana*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 21.

¹⁷ Beuchot, Mauricio, *op. cit.*, p. 10.

¹⁸ "... la socialización es el proceso por medio del cual el organismo individual se transforma en persona, el animal humano en ser humano. Sólo por medio de la socialización puede perpetuarse la sociedad, existir la cultura, convertirse el individuo en persona..."; Sánchez Azcona, Jorge, *Normatividad social*, ensayo en Sociología jurídica, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 409.

¹⁹ De Coulanges, Fustel, *La ciudad antigua: Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma, 15a. ed.*, Porrúa, México, 1996, pp. 1-2.

²⁰ Existen múltiples ejemplos de lo aseverado. Uno de ellos se manifiesta claramente en la evolución del Estado moderno, el cual ha pasado por diversos estadios; a saber: el feudalismo (como antecedente); los reinos medievales; los reinos prenacionales de la Edad Media; los reinos nacionales; el Estado absolutista; el Estado liberal; el Estado intervencionista y el Estado neoliberal. Véase: Aguilar Camacho, Mario Jesús, *Acto de gobierno: Valoración jurídico-política*, Porrúa Hermanos, México, 2005.

Aunado al discernimiento intelectual, obran adjuntas la sensibilidad estética y moral, cuanta habida de la diversidad de culturas y de obras de la cultura que son evidenciadas en virtud de los avances tecnológicos. El elemento común de las obras de la cultura es que ofrecen significado y sentido al destino humano; las mejores obras de la cultura sobreviven a menudo a aquellos que las crearon e incluso a las sociedades en las que nacieron. No sólo dan testimonio de la grandeza del espíritu humano sino que contribuyen de modo esencial a la cohesión de las comunidades y a sus tradiciones²¹.

La cultura es, antes que nada, un sistema; es decir, que sus elementos se interrelacionan en ciertos modos específicos. Existe unidad entre tales elementos: es imposible entender cabalmente el significado de cualquier aspecto de una cultura si está separado de su contexto cultural.

Recaséns²² afirma que en el conjunto de obras culturales u objetivaciones de la vida humana, vemos la manifestación de una serie de funciones de esta, advirtiendo que los hombres han hecho y hacen siempre en su vida –en todas las épocas y en todas las situaciones históricas- las siguientes tareas: preocupaciones sobre la dependencia de una realidad superior trascendente (religión), ensayos de conocimiento, regulación moral del comportamiento, tentativas de dominio de la naturaleza en torno (técnica), expresión artística de emociones, normación jurídica de las relaciones sociales, actividades económicas, etc., resultando que esas funciones responden a la esencia misma de la vida humana y constituyen notas constantes de esta.

El contenido de la ciencia, del arte, de la filosofía, de la técnica, del Derecho, de la economía, es a su vez, variable entre cada pueblo; es decir, si bien existe un sentido generalizado funcional de tales menesteres culturales, difieren en cuanto a sus consecuencias o productos.

Cabe citar en este punto dos claros ejemplos.

El primero de ellos, es referente a la *técnica*. Lo destaca Phillips²³ (tomado del trabajo de Edward Hall), al señalar la manera distinta en que los pueblos se orientan respecto del espacio, contrastando la forma en que en los países latinoamericanos se edifican las casas-habitación, en correspondencia con esa misma actividad verificada en los Estados Unidos de Norteamérica:

²¹ De Koninck, Thomas, *op. cit.*, p. 22.

²² Recaséns Siches, *Tratado general de sociología*, Porrúa, México, 1968, p. 170.

²³ Phillips, Bernard, *op. cit.*, p. 34.

(...) Las diferencias culturales se revelan en diferentes formas, una de ellas es la orientación espacial del individuo. Edward Hall describe algunas de estas diferencias:

La casa entre los latinos a menudo es construida alrededor de un patio que está próximo a la calle pero oculto a los extraños detrás de un muro. Los técnicos norteamericanos que viven en América Latina suelen quejarse de que se sienten “alejados” del mundo. En Estados Unidos realmente el vecino está muy cerca. Es posible pedir prestadas cosas, incluyendo alimentos y bebidas, pero también hay que llevar al vecino al hospital en caso de emergencia (...).

Para Phillips, ello es una acentuación del valor igualdad, ampliamente difundido en los norteamericanos²⁴, pues relaciona esa *praxis* edificatoria con la permisión de que sus niños jueguen con los niños del vecino o su costumbre de abrir la casa a la vista de todos, su complacencia de pedir o dar prestado a sus vecinos²⁵. A ello vale la pena agregar la alta precepción de seguridad (pública) que genera en los estadounidenses mayor confianza en el prójimo, reforzada por el respeto a la autoridad, situación que difiere abismalmente con los países latinoamericanos, y en específico con México²⁶.

El segundo ejemplo a utilizar, de índole *jurídico*, lo encontramos en Recaséns²⁷, quien dice: “(...) El contenido del Derecho en una nación difiere del que tuvieron los ordenamientos jurídicos de otros pueblos y de otras épocas, pero la función a la que se encamina el Derecho en todas las comunidades y de todas las etapas es la misma: la seguridad en la vida colectiva queriendo orientarse hacia la justicia (...).”

Así, hallamos un grupo de aspiraciones colectivas, propias del género humano: libertad, igualdad, seguridad, es decir, justicia.

En efecto, hay elementos constantes y generales entre todas las varias culturas o, dicho en otras palabras, si bien las variantes culturales son muchas, tienen sin embargo, sus límites. Muestra de ello son las relaciones familiares, las cuales son constantes, a

²⁴ También Phillips informa sobre los resultados de la investigación de Robin M. Williams, quien destaca una lista de los valores ampliamente compartidos por los norteamericanos, enunciando, entre otros, a) la conquista y el triunfo; b) la actividad y el trabajo; c) la orientación moral; d) las costumbres humanitarias; e) la eficiencia y practicidad; f) el progreso; g) la comodidad material; h) la igualdad; i) la libertad; j) la conformidad externa; k) la democracia. *ibídem*, pp. 42-45.

²⁵ *Ibídem*, p.34.

²⁶ En la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2013, realizada en México por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), el 44% de la población encuestada en el rubro “Población de 18 años y más por entidad federativa según percepción de la seguridad en la colonia o localidad, marzo-abril 2013”, manifestó sentirse insegura. <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/tabuladosbasicos/tabgeneral.aspx?c=33623&s=est>. Recuperado el 14 de enero de 2014.

²⁷ Recaséns Siches, Luis, *loc. cit.*

pesar de las muy variadas formas que toman en cada cultura en particular. Se ha descubierto igual que hay constantes universales en todos los idiomas; todos constan de vocales y consonantes, todos tienen la forma de expresión sujeto-predicado²⁸.

Todo lo anterior confirma una verdad que se ha formulado también desde el punto de vista filosófico²⁹: la realidad de que es esencial la característica del hombre el ser siempre diferente y no obstante, siempre hacer lo mismo.

Recaséns apunta que “(...) El hombre hace siempre lo mismo, pero eso mismo que se hace siempre, lo hace siempre de maneras diferentes. El hombre cumple siempre las mismas funciones, pero siempre las desenvuelve de diversa manera: hace las mismas cosas, pero cada vez en forma nueva (...).”³⁰

3.1. Control social y cultura jurídica.

La vida en sus orígenes, seguramente no fue nada fácil. La carencia de sustento, techo y seguridad individual; el lenguaje incipiente, el instinto de autoconservación, la necesidad de vivir en grupo para perpetuar la especie, dividir el trabajo y establecer una defensa eficiente contra la flora y fauna de un agresivo ecosistema, son circunstancias que, lejos de poder darnos certeza de las condiciones de la vida primitiva, al menos podrán crear en nuestras mentes una vaga idea del principio de los inicios.

Nietzsche cita:

(...) Por más que miro a los hombres, ya con mirada benévola, ya con malos ojos, les veo siempre ocupados a todos, y a cada uno en particular, en la misma cosa: en hacer lo que conviene a la conservación de la especie humana. Y no por amor a la especie, sino sencillamente porque no hay en ellos nada tan antiguo, tan fuerte, tan irresistible, tan inexorable como aquel instinto, puesto que tal instinto es precisamente la esencia de nuestro rebaño (...).³¹

En estas condiciones, podemos afirmar que la injusticia y el abuso del poder han nacido de la mano de la justicia y la equidad, mucho antes de que al ser humano se le ocurriera inventar las normas que rigieran su existencia.

Es decir, desde las primeras asociaciones humanas encontramos ya hechos extra y antisociales, que a su tiempo se convertirían en extra y antijurídicos. Son un despilfarro de

²⁸ *Ibidem*, p. 185.

²⁹ Véase: Frondizi, Risieri, *Introducción a los problemas fundamentales del hombre*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.

³⁰ Recaséns Siches, Luis. *loc. cit.*

³¹ Nietzsche, Friedrich, *La gaya ciencia*, Madrid, Libsa, 2000, p. 5.

energía, son deslealtad para con la asociación humana apenas naciente, como hoy lo son para la sociedad adulta; pero son tan humanos como la persona misma. Diríase que la humanidad nació con vocación innata para el mal, al igual que con vocación para su contraria, la solidaridad que lo combate y mediante la cual ha de ascender hasta las cumbres de su propio perfeccionamiento³².

Ya dijo Aristóteles que el hombre es un ser esencialmente sociable³³, y una vez asociado en razón del amparo colectivo ofrece a cambio su disponibilidad personal, disolviéndose en una extensa trama familiar, naciendo en consecuencia las primeras tribus.

Siguiendo las ideas de Malo Camacho³⁴, desde las más diversas perspectivas, histórica, sociológica, económica, política, psicológica, o de cualesquiera otra índole, es cierto que invariablemente aparece reconocida esta necesidad social del ser humano, esencia que resume la condición de imprescindible relación en que el hombre vive, en la que se identifica a sí mismo y se manifiesta, lo que da sentido a la convivencia y permite entender, igualmente, el sentido de la afirmación de que existir y coexistir no son la misma cosa, ya que sólo se existe coexistiendo.

Al respecto, basta considerar que únicamente en el seno social puede el hombre satisfacer no sólo sus carencias, sino sus instintos más primarios y atávicos, como pudieran ser, los de conservación y reproducción.

Por ende, es esencial para el Derecho, la importancia de la relación social, pues el hombre es un individuo relacional, un ente de convivencia. Así pues, en esa convivencia, concurren conductas tachadas de “antisociales”, formas de actuar u omitir reprobadas por el conglomerado, y este, en respuesta al individuo que no pudo conservar la paz social, elabora un sistema normativo que pretende, en primera instancia, reprimir los ataques injustos de los individuos particulares a otros de sus congéneres, en protección de la cohesión social.

Al equilibrarse las fuerzas y los intereses entre los diversos grupos y reconocerse las jerarquías, se conforma y generaliza la estructura de poder del grupo social, lo que es un fenómeno político natural de todas las sociedades del mundo, independientemente de las características que identifiquen esa misma estructura. Lo cierto es que en todas las

³² Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano: parte general*, 7a. ed., México, revisada, puesta al día y adicionada con índices y textos legales, Antigua Librería Robredo, 1965, p. 15.

³³ *Zoón politikón*

³⁴ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, (teoría de la ley penal, teoría general del delito, teoría de la culpabilidad y el sujeto responsable, teoría de la pena), 5a. ed., Porrúa, México, 2003, pp. 19-23.

sociedades del mundo se reúnen grupos dominantes y grupos dominados, que son cambiantes, pero siempre se presentan³⁵.

Se indicó *ut supra* que la cultura es un sistema. A ello hay que agregarle que ese sistema jerarquiza normas y valores, así como un amasijo de costumbres y tradiciones. Conviene pues definir esos conceptos.

Por *norma* se entiende una expectativa ampliamente compartida en la sociedad³⁶. Es una expectativa, en la medida en que se espera que los miembros del grupo cumplan con aquella. Se refleja en una regla conductual. En caso de incumplimiento, generaría una coacción, siendo esta el origen de la norma jurídica.

Por *valor* se comprende un estándar compartido de lo que es correcto, deseable y digno de respeto en el seno social³⁷. En cada sociedad algunos valores son más estimados que otros; la puntualidad, por ejemplo es un valor altamente estimado por la cultura inglesa.

Costumbre será la forma habitual, común y usual en que un grupo hace las cosas³⁸; saludar, comer con tenedores y cuchillos, usar sombrero, portar corbata son ejemplos.

Tradicición es una idea vigorosa de lo bueno y lo malo que exige unos actos y prohíbe otros³⁹.

Todo ello configura como constante social, la necesidad de regular las conductas de los individuos, es decir, la de controlar los comportamientos del ser humano que convive con otros.

Independientemente de las características de la estructura de poder, invariablemente se revela en todo grupo social una cierta forma de control que, por lo demás, es también indispensable para mantener el orden social dentro del grupo en que se manifiesta. Dicho control puede ser institucionalizado o difuso⁴⁰. Institucionalizado, es el que aparece incorporado dentro de la estructura del gobierno, en alguna de las diversas instituciones políticas, sociales, culturales, económica, deportiva, educativa, o de cualquier otro tipo que la conforman, integradas dentro de la estructura del poder establecido. Por otra parte, se denomina control social difuso, a las diversas formas de control que, existiendo y

³⁵ *Ibidem*, p. 21.

³⁶ Phillips, Bernard, *op. cit.*, p. 41.

³⁷ Ritzer, George, Gelles, Richard J. et al., *Sociología*. México, McGraw-Hill, 2001, p. 65.

³⁸ Horton, Paul B., y Hunt, Chester L., *Sociología*, México, McGraw-Hill, 1988, p. 61.

³⁹ *Ibidem*, p. 63.

⁴⁰ Malo Camacho, Gustavo, *loc. cit.*

mostrándose en la sociedad, no aparecen integradas como parte de la estructura gubernamental⁴¹.

Las religiones —en primer lugar quizá la Iglesia católica y en un grado un poco menor las iglesias protestantes, el judaísmo y el Islam— son ejemplos de órdenes normativos institucionalizados que divergen, por lo regular, del derecho del Estado y que, tanto en el pasado como en el presente, han desencadenado, y desencadenan, múltiples conflictos con otros órdenes normativos, tanto jurídicos como sociales⁴². Las persecuciones de judíos (*pogromos*), las cruzadas, la guerra santa islámica (*jihad*), las inquisiciones, son testimonios no sólo del pasado, si no que todavía provocan atrocidades en la actualidad, en la antigua Yugoslavia, en Sudán, la India, Pakistán, Afganistán. También en Alemania hay conflictos en torno a los crucifijos en los salones escolares, la dispensa a las niñas musulmanas de la clase de deporte, la aceptación del aborto, la contratación de maestras musulmanas que utilizan el velo islámico, o el reconocimiento de las fiestas islámicas o judías. Las sectas con actividades a nivel mundial, como la cienciología, los testigos de Jehová, los adventistas, los menonitas, los mormones, están menos organizadas, pero sus divergencias respecto de valores y mandamientos de conducta son mucho mayores⁴³.

Es el Estado (nacional), quien en una sociedad organizada, detenta el control institucionalizado de la misma, pues este se encuentra en relación directa con la estructura misma de poder existente.

A la par, hay un Estado mundial que, como consecuencia del imperativo jurídico y político universal está encomendado a la humanidad en sentido jurídico-moral, ha de ser instaurado sistemáticamente como una república mundial complementaria, subsidiaria y además federal. En dicha república, claramente se puede advertir la división de poderes, antes bien, amalgamadas las funciones ejecutiva, legislativa y judicial en el seno de un solo órgano: la Organización de las Naciones Unidas, la cual pretende, desde su carta

⁴¹ Por ejemplo, el ciudadano común y corriente (con su denuncia o al emitir su querrela), es un agente del control social informal, dado que los órganos de investigación solo se enteran de la posible comisión de los ilícitos, a través de la *notitia criminis*; así, la sociedad es el ojo que vigila. Véase: Bersitáin, Antonio, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana* (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 23

⁴² (...) *Como elementos desestabilizantes de la coexistencia pacífica, encontramos a los fundamentalismos que, sean del signo que sean, hacen desaparecer la diversidad que hay dentro del Islam, del Cristianismo, del Judaísmo o de las cosmovisiones profanas. El denominador común entre los fundamentalismos es intentar imponerse sobre las demás cosmovisiones de manera exclusiva y excluyente (...)*: Sanchis Vidal, Amelia, "Pensar el modelo intercultural desde el Derecho", *Revista de estudios jurídicos*, núm. 8/2008 Segunda Época, <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/15>. Recuperado el 16 de enero de 2014.

⁴³ Gessner, Volkmar, "Comparación jurídica y pluralismo jurídico global", en Caballero Juárez, José Antonio, Concha Cantú, Hugo A. y Fix-Fierro, Héctor (coords), *Sociología del derecho, Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, volumen I: Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica, pp.103-104.

constitutiva, erigirse como la institución que cumpla con el ideal comunitario del reinado de la paz entre los individuos; por ende, asimismo detenta una especie de control social, aunque a nivel supranacional⁴⁴.

Ante la imposibilidad de estudiar y analizar a todas las culturas, un buen referente de las mismas (que no el único, pero sí muy significativo), lo es el derecho, pues este es un producto eminentemente social. De ahí que podamos distinguir culturas (jurídicas) nacionales y globales. Respecto de las primeras, el concepto alude a las experiencias, creencias, patrones aprendidos de comportamiento y valores compartidos por ciudadanos del mismo país que conforman el derecho interno. Por las segundas tendríamos un concepto más abierto, pues si bien comprenden los mismos elementos que desembocan en el fenómeno jurídico, se extienden más allá de los límites nacionales, pudiendo dos culturas compartir experiencias culturales y medios de adaptación a través del préstamo o la difusión tanto directa como indirectamente.

Lo anterior, se sigue hacer un breve análisis de las culturas jurídicas nacionales, así como de las culturas jurídicas globales. Ello nos conducirá a demostrar cómo el ser humano, que existe coexistiendo, ha construido formalmente diversos sistemas jurídicos de control social, resultado de una amalgama de experiencias históricas, que bajo la premisa de la adaptación, una determinada cultura jurídica cobra influencia en la conformación de otra.

3.1.1. Culturas jurídicas nacionales.

Hay tanto derecho estatal en la sociedad mundial como estados existen, e incluso más, en vista de que en los estados federales concurren competencias legislativas y judiciales independientes. El ámbito territorial de validez de las normas estatales se encuentra claramente delimitado. La población está sometida a un solo derecho estatal y, eventualmente, a varios derechos subestatales, pero no al derecho de otros estados⁴⁵.

El conocimiento de las reglas (jurídicas y no jurídicas) no es suficiente para poder comprender el orden social de una sociedad. El derecho puede ser descrito mejor como “derecho viviente” cuando se toma en cuenta de qué modo es interpretado, violado o utilizado estratégicamente en la sociedad, o bien, modificado por los modelos de la conducta social.

⁴⁴ Rivero Evia, Jorge, “Sistemas supranacionales de impartición de justicia”, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2013, año 1, núm. 2, ISSN 2007-6045. P. 53

⁴⁵ Gessner, Volkmar, *Op. Cit.*, p. 97.

El concepto de “cultura jurídica” se ha desarrollado en función de este conocimiento necesario adicional. Dicho concepto ha conducido a realizar investigaciones sobre el pluralismo jurídico, la implementación de las normas intervencionistas del Estado, las tasas de litigios, la corrupción, la influencia sobre los procesos legislativos, el corporativismo, la exportación del derecho y otros muchos conjuntos de temas que también podemos explorar de manera precisa a través de la investigación empírica.

La doctrina se ha encargado de clasificar en “sistemas” a lo que en el presente trabajo se denomina como “culturas jurídicas nacionales”; esta última nomenclatura que se propone es con el afán de hacer patente la influencia que aquellos sistemas tienen en las diversas naciones del orbe.

Al efecto, acorde con David y Jauffret-Spinosi⁴⁶ las principales culturas jurídicas nacionales, serían las siguientes:

- a. Cultura jurídica romano-germánica (*civil law*);
- b. Cultura jurídica rusa;
- c. Cultura jurídica del *common law* (inglesa y norteamericana);
- d. Cultura jurídica musulmana;
- e. Cultura jurídica hindú;
- f. Cultura jurídica del extremo oriente (China y japonesa); y
- g. Cultura jurídica africana.

Justamente, ello denota que en nuestro mundo, cada Estado posee un derecho propio y a menudo diversos derechos se aplican simultáneamente dentro de un mismo Estado y es patente también que algunas comunidades no estatales poseen igualmente su derecho: derecho canónico, derecho musulmán, derecho hindú, derecho judío. Existe también –como se ha apuntado en otro trabajo⁴⁷- un derecho internacional cuya vocación es regular, a nivel universal o regional, las relaciones entre Estados y el comercio internacional.

Las diversas culturas jurídicas se expresan en idiomas múltiples, conforme a técnicas diversas, elaboradas por sociedades cuyas estructuras, creencias y costumbres son igualmente muy variadas.

Ahora, si bien la multiplicidad de tales culturas es una realidad, no obstante todas ellas persiguen la misma finalidad: la seguridad y la justicia. Las diferencias existentes

⁴⁶ David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

⁴⁷ Véase: Rivero Evia, Jorge, “Sistemas supranacionales de impartición de justicia”, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2013, año 1, núm. 2, ISSN 2007-6045. Pp. 53 -84.

serían mayormente técnicas. Un ejemplo de ello lo vemos a continuación: “(...) El derecho de los Estados Unidos de América y de Inglaterra difiere porque el primero admite, mientras que el segundo rechaza un control de la constitucionalidad de las leyes. El derecho inglés difiere del francés porque el primero norma el trust en tanto que el segundo lo ignora (...)”.⁴⁸

Sin embargo, tales naciones tienen un orden jurídico basado en principios y valores que van más allá de la regla técnica del derecho, pues como uno de los bienes jurídicos tutelados contemplan a la vida humana, estableciendo las sanciones correspondientes cuando aquella es mancillada.

Veamos a continuación algunos rasgos de esas culturas jurídicas y la influencia de estas en los diversos estados nacionales.

3.1.1.1. Cultura jurídica romano-germánica (*civil law*).

Dentro de las primeras familias de derecho que se pueden identificar en el mundo contemporáneo, se encuentra la familia romano-germánica. La familia romano-germánica goza de una tradición muy antigua; está íntimamente relacionada con el sistema de derecho de la antigua Roma; una evolución milenaria alejó de manera considerable no sólo las reglas de fondo y de procedimiento sino también la concepción misma del derecho y de la regla de derecho admitidas en la época de Augusto o de Justiniano⁴⁹.

Esta cultura jurídica influyó en diversos lugares del mundo; rebasó las fronteras del antiguo Imperio romano y conquistó entre otros los países de toda América Latina, de gran parte de África, los países del Cercano Oriente, Japón e Indonesia.

Esa expansión obedeció en parte a la colonización y en parte a que la recepción fue facilitada por la técnica jurídica de la codificación, técnica habitualmente adoptada por los sistemas de derecho romanistas en el siglo XIX. El movimiento legislativo que se expresó en algunos países, atribuible a la bonanza económica que se registra en los países occidentales, favorece la aproximación al sistema romano-germánico de países como China, Japón o algunos países de África, pero tan sólo en algunas disciplinas del derecho (el derecho mercantil y el derecho penal fundamentalmente)⁵⁰.

⁴⁸ David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁹ (...) *La familia neoromanista es la más antigua, la de mayor influencia y la más ampliamente distribuida. Se considera la tradición legal de mayor importancia no sólo por la influencia sobre sistemas legales nacionales, sino también porque ha tenido gran impacto sobre el pensamiento legal internacional (...)*. Sirvent Gutiérrez, Consuelo y Villanueva Colín, Margarita, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Oxford University Press Harla, 1996, p. 6.

⁵⁰ David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *op. cit.*, p.21.

Sus características generales consisten en que su base o fundamento es el derecho romano, las fuentes de derecho son comunes y difieren de las previstas en el *common law*; la norma jurídica está encaminada a dirigir la conducta de los ciudadanos y es necesario que se encuentre codificada, requiriéndose de un proceso legislativo en el cual se toman en cuenta los principios generales del derecho como la justicia y la equidad. Otro punto a subrayar es la división entre el derecho público y el privado⁵¹. Al efecto, podemos destacar como rasgos generales:

- a. Existe una constitución escrita basada en códigos de ley específicos (por ejemplo, códigos que cubren el derecho civil, penal, mercantil, administrativo, etc.) consagrando derechos y responsabilidades básicas.
- b. Sólo las promulgaciones legislativas son consideradas obligatorias para todos. Hay poco margen para la creación judicial del derecho; ciertos tribunales pueden anular las leyes y reglamentos y sus decisiones en tales casos son vinculantes para todos.
- c. Existe menos libertad para contratar - Por ley, hay muchas provisiones implícitas dentro del contrato y las partes no pueden contratar fuera de ciertas provisiones.

Un sistema de derecho civil es más preceptivo que un sistema de derecho anglosajón. Sin embargo, el gobierno aún debe considerar si se necesita una legislación específica para que ya sea límite el alcance de cierta restricción o de una legislación específica para un sector.

3.1.1.2. Cultura jurídica rusa.

Un sistema singular se distinguió, durante mucho tiempo, de entre los grandes sistemas de derecho, de las otras concepciones del derecho conocidas en la época en el ámbito universal: el sistema socialista o soviético. Este sistema de derecho fue el resultado de una evolución histórica particular ocurrida a principios del siglo XX en Rusia. Este país, hasta entonces gobernado por un régimen zarista absolutista, adoptó una doctrina filosófico-económica que tuvo su origen en el pensamiento alemán a fines del siglo XIX: la tesis marxista que debía conducir al comunismo. Esta idea económica tuvo importantes repercusiones en la noción misma del sistema jurídico. Esta concepción del derecho implicaba mucho más que un cambio en el espíritu de los intelectuales y dirigentes que aplicaban la teoría marxista; conforme a esta tesis, el derecho debía paulatinamente desvanecerse. Una sociedad sin derecho debía nacer con el advenimiento del comunismo, pero este acontecimiento nunca acaeció, y durante toda la

⁵¹ Sirvent Gutiérrez, Consuelo y Villanueva Colín, Margarita, *op., cit.*, p. 36

vigencia del periodo soviético el derecho debió ser utilizado. De este modo hubo un sistema de derecho soviético hasta la desaparición de la URSS, que se convirtió en Rusia⁵².

En efecto, el desmoronamiento del derecho socialista ocurrido en la URSS posibilitó reformas jurídicas de una amplitud excepcional. La determinación de instaurar en Rusia una economía de mercado hizo que emergieran planteamientos totalmente nuevos. Los juristas se percataron rápidamente de los vacíos jurídicos o de la insuficiencia de las reglas hasta entonces aplicadas.

La Constitución vigente, así como las diferentes codificaciones habían sido elaboradas en una sociedad socialista. Los principios elaborados para una sociedad planificada y la concepción socialista del régimen de propiedad se tornaron súbitamente incompatibles con la adhesión a las nociones jurídicas de estado de derecho y de propiedad, principios fundamentales en las democracias occidentales. Se hizo menester por lo tanto legislar en casi todos los ámbitos. Durante el periodo de la *Perestroika* se promulgaron leyes numerosas, que concedían cierto lugar a la iniciativa privada.

Se afirma que el derecho ruso está impregnado de modelos extranjeros; empero, ello no se efectuó de manera coherente ni predeterminada; asimismo, la cultura jurídica nacional no siempre ha estado lista para integrar leyes demasiado novedosas. La inercia del pasado y la permanencia de cierto nacionalismo jurídico son incontestables. Así, la Federación Rusa no abandonó el principio de la unidad del derecho civil. Se omitió deliberadamente la elaboración de un Código de Comercio. La tradición socialista se impuso asimismo en la adopción de un nuevo código de la familia, distinto del Código Civil. Un análisis de los textos legislativos de adopción reciente permite apreciar con claridad el arraigo de la tradición socialista al lado de los principios clásicos de la economía de mercado⁵³.

Las características generales son:

- a. Se basa en un sistema de estado en transición. La influencia de las tradiciones y del sistema jurídico soviético todavía es fuerte, lo que se expresa en la costumbre de administración vertical y en la debilidad de la cultura del estado de derecho.
- b. La transformación del sistema jurídico ruso en los años 1990 permite hablar de su regreso al sistema Romano Germánico. Mientras tanto, conserva muchas especialidades tradicionales, lo que admite caracterizarla como un sistema jurídico extraeuropeo en el

⁵² David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *op. cit.*, p. 115.

⁵³ *Ibidem*, p. 172-173.

marco del sistema occidental. Al mismo tiempo, muchas prestaciones no se habitúan en Rusia, debido a que los institutos formales no funcionan, actuando los institutos y las costumbres informales y tradicionales.

c. La fuente básica del derecho ruso es el acto jurídico normativo escrito, una forma de fijación documentada de las normas del derecho. Está relacionado con las tradiciones del positivismo jurídico típico para el estado soviético. La influencia de la jurisprudencia y de la doctrina queda insignificante todavía, aunque hay esferas donde estas tradiciones se encuentran paso a paso superadas.

d. A pesar de haber ratificado los tratados internacionales y reconocido las normas *jus cogens*, Rusia tarda mucho en introducirlos en su sistema jurídico. El sistema se mantiene aislado, orientado hacia sus tradiciones nacionales, lo que obstaculiza la creación de un efectivo sistema de protección de derechos humanos y el fomento de relaciones de mercado.

e. El sistema del Poder Público se caracteriza por las posiciones muy fuertes del poder ejecutivo a perjuicio de los poderes legislativos y judiciales, lo que impide el desarrollo del estado de derecho y conlleva a la conservación de un fomentado sistema de normas y costumbres administrativas que sustituyen a las leyes. Sólo hay salida de esta situación a condición de que se constituya el poder judicial independiente.

3.1.1.3. Cultura jurídica del *common law* (inglesa y norteamericana).

Morineau⁵⁴ utiliza tres acepciones para referirse al *common law*: la primera, restringida, sirve para designar a la rama más antigua del derecho inglés. La segunda, más amplia, incluye también a la otra rama, la *equity*, y entonces nos referimos al orden jurídico de Inglaterra en su conjunto. Por último, la tercera acepción, que tiene una connotación todavía más desenvuelta, se maneja para aludir a la familia jurídica que se fue formando al extenderse tanto el dominio político, como el derecho inglés a otros lugares, más allá de Inglaterra.

El derecho inglés no conoció ni la renovación por el derecho romano, ni de la renovación por la codificación, que son las características del derecho francés y de los otros derechos de la familia romano-germánica. Se desarrolló de manera totalmente autónoma, y sólo percibió de forma limitada y ocasional la influencia del continente europeo. El jurista inglés, quien subestima la continuidad de los derechos continentales al

⁵⁴ Morineau, Marta, *Introducción al sistema de common law*, en Kurczyn Villalobos, Patricia, ¿Hacia un nuevo derecho del trabajo? México, UNAM, Institución de Investigaciones Jurídicas, 2003, p 8.

percibir que la codificación significa una ruptura con la tradición de esos derechos, se complace en resaltar la continuidad histórica de su cultura jurídica; el derecho inglés ha sido el producto de una larga evolución, que no ha sido perturbado por ninguna revolución⁵⁵.

Se pueden reconocer en la historia del derecho inglés cuatro periodos principales. El primero es el periodo anterior a la conquista normanda de 1066. El segundo, va de 1066 al advenimiento de la dinastía de los Tudores (1485), el periodo de la formación del *common law*, en la cual un sistema de derecho nuevo, común a todo el reino, se desarrolla y substituye a las costumbres locales. El tercer periodo, de 1485 a 1832, está principalmente marcado por el progreso, paralelamente al *common law*, de un sistema complementario y ocasionalmente rival, que se manifiesta en las “reglas de *equity*”. El cuarto periodo, que empieza en 1832 y que persiste en la actualidad, es el periodo moderno en el cual el *common law* debe afrontar un desarrollo sin precedente de la ley, acomodarse a una sociedad cada vez más dirigida por la administración y confrontarse constantemente con el derecho comunitario y europeo.

El derecho elaborado en Inglaterra desde la conquista normanda, por obra principal de las Cortes Reales, tuvo una expansión considerable. El *common law* devino uno de los grandes sistemas de derecho del mundo, paralelamente a los derechos romanistas.

La Corona inglesa logró establecer tres tribunales, con sede en la ciudad de Londres, en la Sala de Tribunales de Westminster, que fueron el Tribunal del Fisco (*Court of Exchequer*), con competencia en materia hacendaria; el Tribunal del Banco del Rey (*Court of King's Bench*), con jurisdicción tanto civil como penal y el Tribunal de Causas Comunes (*Court of Common Pleas*) con jurisdicción civil. Para resolver los casos de su competencia, los tribunales reales debieron buscar lo que había de “común” en las costumbres locales, para así crear un derecho unificado, reglas, que aunque en un principio tuvieran como base a estas costumbres, deberían ser, en adelante, las normas aplicables a todo el país, en otras palabras, constituirían un derecho común a todo el territorio, así surgió el *common law* o la *comune ley*, como la llamaron los normandos⁵⁶.

En un principio, los tribunales reales funcionaron como tribunales de excepción, frente a las cortes locales de los condados (*County Courts* o *Hundred Courts*). Era necesario, para lograr su intervención, solicitar y pagar al canciller, que era el funcionario

⁵⁵ David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *op. cit.*, p. 212.

⁵⁶ Morineau, Marta, *op. cit.*, p.11.

de más alto rango de Palacio, un *writ* o autorización real. Ya que muchas de las demandas para las que los particulares requerían un *writ* eran semejantes, su texto se estandarizó, o sea, que los litigantes obtenían formatos, que sólo debían completar con los datos particulares del caso, a estos formatos se les llamó “formas de acción”⁵⁷.

Cuando las demandas de los particulares aumentaron, este sistema de emisión de los *writs* se hizo insuficiente y frente al descontento de la población, hubo que buscar algún remedio, y así apareció la segunda gran rama del derecho inglés, la *equity*. De tal manera, en el siglo XIV, los particulares, al no poder obtener justicia de los tribunales reales, empezaron a llevar sus quejas directamente al rey, quien a su vez, las turnó al canciller, como la persona adecuada para resolverlas, pues además de ser el funcionario más cercano a su persona, así como su confesor, también se le consideró como el guardián de la conciencia del monarca.

Se puede decir que la *equity* nació como rama complementaria del *common law*, para remediar situaciones que este último, debido a su carácter más rígido y formal, fue incapaz de resolver. La jurisdicción de *equity* se extendió a situaciones nuevas, no contempladas por el *common law*, dando lugar, en el ámbito procesal, a la creación de nuevas instituciones que vinieron además a ampliar el campo del derecho sustantivo.

La expansión del derecho inglés, sin embargo, no acaeció sin que el *common law* en este devenir, tuviera ciertas alteraciones necesarias para adaptarlo a las condiciones particulares de los países en donde tuvo lugar la recepción de este sistema. Las transformaciones del *common law*, en estos países son de importancia y de naturaleza diversas, vinculadas íntimamente con las relaciones más o menos cercanas que el país de recepción conservó con Inglaterra, con la mayor o menor diversidad de fuentes geográficas, con la eventual influencia de una civilización autóctona aún presente o con diversos elementos de diferenciación.

Los primeros establecimientos ingleses en lo que es actualmente el territorio de los Estados Unidos de América, se remontan al siglo XVII: la constitución de las colonias por los Ingleses en Jamestown, en Virginia (1607), en Plymouth, en Massachussets (1620), en Maryland (1632); la colonia de Nueva York, fundada inicialmente por los holandeses, pero que se convirtió en inglesa en 1664; la colonia de Pennsylvania, cuyo origen fue sueco, se trocó en inglesa en 1681. Es en esta forma como emergen las trece colonias que fueron constituidas en 1722.

⁵⁷ *Ídem.*

¿A qué derecho estaban sometidas estas trece colonias inglesas? Si la interrogante se formula en la plaza de Londres la respuesta a esta pregunta se referirá al célebre caso Calvin, resuelto en 1608, y consiste en la siguiente respuesta: el *common law* de Inglaterra es en principio aplicable; este derecho migra con los súbditos ingleses, quienes lo portan con ellos, en especial cuando los súbditos ingleses se establecen en territorios que no están sometidos a naciones civilizadas. Las colonias inglesas en América se encontraban en este supuesto. El *common law* en consecuencia fue el derecho que fue recibido, y con el *common law* la legislación (*statutes*) que, hubieren sido promulgadas con anterioridad a la colonización, y que pudieron haberlo completado o modificado. La fecha considerada es según Kant, para el conjunto de las trece colonias americanas, el año 1607, en el cual la primera colonia fue fundada⁵⁸.

El derecho de los Estados Unidos de América tiene por resultado, de manera general, una estructura análoga a aquella del *common law*. Esta, empero es una observación usual; en tanto más se ahonde en este temas, se puede llegar a la conclusión sobre las múltiples diferencias estructurales entre los derechos norteamericano e inglés, aunque la brevedad de estas líneas impiden profundizar al respecto, reservando el tema para posteriores investigaciones.

No obstante, una diferencia fundamental, que amerita ser destacada si acaso someramente, es la relativa a la distinción, que se hace en Estados Unidos de América, pero no en Inglaterra, entre el derecho federal y el derecho de las entidades federativas⁵⁹.

Como características generales de esta cultura jurídica se incluyen:

- a. No siempre existe una constitución escrita o leyes codificadas;
- b. Las decisiones judiciales son forzosas; las sentencias del tribunal de última instancia pueden ser anuladas por el mismo tribunal o a través de legislación;

⁵⁸ David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *op. cit.*, p. 212

⁵⁹ Puede afirmarse que en los Estados Unidos de América no hay un *common law federal*; si bien los cincuenta derechos judiciales que pueden ser identificados en las cincuenta entidades federativas, en teoría son diferentes, se pueden considerar bastante próximos los unos de otros; asimismo, la noción de la *Equity* por parte de la jurisdicción en los Estados Unidos tiene sus matices, pues ante la inexistencia de jurisdicciones especializadas en la aplicación del derecho canónico, estos tribunales se han anexado la esfera que en Inglaterra era de la competencia de las jurisdicciones eclesiásticas; a saber: la competencia de las jurisdicciones de *Equity*, consideraron los norteamericanos, debía necesariamente ser admitida en cuanto que el derecho no ofreciera ningún *remedy*. Así el derecho no le proporcionaba ningún *remedy* en las relaciones entre cónyuges, por el sólo hecho de que consideraba al varón y a la mujer como una sola persona; y por lo tanto ninguno de los cónyuges, podía actuar uno en contra del otro. Al concepto de *Equity* en los Estados Unidos se le dio una extensión que sorprendió a los juristas ingleses; las controversias relativas a la anulación del matrimonio y al divorcio fueron consideradas en los Estados Unidos perteneciente a la noción de la *Equity* mucho antes que estas materias fueran materia de una legislación. *ibidem*, pp. 301-302.

c. Amplia libertad de contratación; son pocas las disposiciones implícitas en un contrato (sin embargo, las disposiciones que protegen a los consumidores privados pueden ser implícitas);

d. Habitualmente, todo está permitido si no está prohibido por la ley.

Un sistema de derecho anglosajón es menos preceptivo que un sistema de derecho civil. Por lo mismo, un gobierno bien pudiese querer tutelar a sus ciudadanos mediante legislación específica.

3.1.1.4. Cultura jurídica musulmana.

La cultura jurídica musulmana es una de las muchas facetas de la religión del Islam. Incluye por una parte un *àqîda*; el *àqîda* es una teología que determina los dogmas y precisa en lo que la comunidad musulmana debe creer y por otra parte la *charî'a* que prescribe a los creyentes lo que deben hacer o dejar de hacer. La lectura de la *charî'a*, es decir, la vía a seguir en vista de su “comprensión exacta” (*fiqh*) constituye lo que se ha denominado el “derecho musulmán”⁶⁰. Esta “ciencia” le prescribe a la comunidad islámica cómo debe según el Islam, regir su conducta sin que se pueda diferenciar con claridad en el principio, las obligaciones que el musulmán tiene hacia sus semejantes (obligaciones civiles, filantropía, entre otros) de las relaciones que debe de tener con Dios (rezo, ayuno, entre otros).

No obstante, los jurisconsultos musulmanes distinguen claramente los derechos de Dios de los derechos de los individuos. Aun cuando la noción de obligación gravita en torno a las nociones de la *charî'a* y del *fiqh* existe un espacio para la noción de derecho. Por un lado, aceptando los límites a las obligaciones (“Dios impone a cada hombre sólo aquello que puede llevar” dice el Corán) y por otro lado, precisando el contenido de los derechos reconocidos a los individuos. Su falta de observancia conlleva la aplicación de sanciones que en principio debe fijar el juez musulmán.

El sistema musulmán no se estructuró exclusivamente sobre los fundamentos del Corán y de la *Sunna* (la tradición del Profeta Mahoma). Una inmensa doctrina ha sido elaborada en el transcurso del tiempo por los *fouqahâ* (teólogos-juristas). El derecho musulmán no se observa en principio, más que para gobernar las relaciones entre musulmanes; los feligreses de otras religiones que vivan en un país del Islam están sometidos a las reglas de la *dhimma* (protección tutelar).

⁶⁰ Cuestión tachada como “inapropiada” por David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *op. cit.*, p. 331.

Los trazos de esta cultura jurídica son⁶¹:

a. No está codificado en un cuerpo único. Esto se debe, entre otros factores al hecho de que la ley islámica admite en el seno del Islam la posibilidad de múltiples interpretaciones, no sólo en el ámbito de grandes corrientes sino incluso a partir de reflexiones de juristas islámicos individuales, siendo todo ello partes de la *charí'a*.

b. Se señala a Dios como legislador supremo, allí donde otros sistemas jurídicos se remiten a elementos humanos (Asambleas, Parlamentos, etc.). Por ello la palabra de Dios constituye el componente normativo de tipo marco que se refleja en un texto positivo, El Corán, texto que contiene principios normativos de tipo dogmático e inmutable y con alcance universal, definidos por los doctores en Ciencias islámicas de todos los tiempos.

c. Su origen divino conlleva que la *charí'a* no pueda ser derogada por ninguna otra fuente del derecho ni por ningún poder político islámico. Teóricamente el poder político de los países musulmanes está obligado a legislar conforme a las prescripciones del Derecho islámico.

d. Todos los hombres son iguales ante los ojos de Dios por tanto el Derecho islámico debe ser aplicado por igual a todos, incluyendo a las altas magistraturas del Estado (Rey, presidente, altos funcionarios, etc.)

e. A pesar de su vocación universal, el Derecho islámico sólo regula algunas materias jurídicas abordadas directa o indirectamente por sus fuentes. Por ello siempre tuvo que coexistir, a lo largo de la historia, con el Derecho emanado del poder político, encargado de regular las demás materias del ordenamiento jurídico.

f. Cuestiones específicas.

- Préstamos de dinero. Esta cultura proscribía la usura. El concepto que el préstamo de dinero forme a priori un ratio positivo está vedado en la normativa islámica. Así toda transacción que se forje en un ámbito del derecho islámico deberá tener en cuenta este factor. En virtud de esta norma se han generado diferentes tipos de instituciones de orden financiero y un sistema bancario particular, donde la entidad participa también de los riesgos del préstamo otorgado en el caso de ser destinado a un fin comercial privado o público. Esta veda en la aplicación de intereses también influyó en toda la legislación islámica en cuanto a la formación de sociedades comerciales.

- Herencia y Testamento. Las leyes sobre herencia otorgan al individuo el derecho de disponer de sus bienes. En el marco del Islam existen disposiciones específicas a tal fin. El beneficio de los bienes de un difunto se otorga a sus familiares directos y si bien se

⁶¹ http://www.islam.com.ar/Islam/Archivos/06_derecho_Islamico.pdf. Recuperado el 14 de febrero de 2014.

tiene el derecho a generar un testamento, el mismo guarda restricciones. Hay igualdad entre parientes del mismo grado, que son acreedores de la herencia luego que se descuenta de la misma los gastos inmediatos al fallecimiento así como también sus deudas. En tercer término se ejecuta el testamento que no puede exceder un tercio del total de los bienes a favor de otros, particulares o entidades, que no sean parientes. Son herederos de primera clase, aunque con distintas proporciones, la esposa o esposo, padre, madre, hijos o hijas. Luego, hermanos o hermanas del difunto u otros parientes alejados, tíos, tías, sobrinos entre otros de acuerdo a las particularidades del caso.

-Los bienes de la sociedad. El sujeto de derecho, al pertenecer a un esquema social como lo es el Estado, tiene diferentes obligaciones hacia el mismo. Una de ellas es el ámbito impositivo. El tributo primigenio de naturaleza islámica es el "*Zakat*", es uno de los pilares obligatorios que debe cumplimentar el fiel musulmán. El destino de lo recaudado a través de este impuesto, contribuye en un estado islámico a mejorar la situación económica de sectores necesitados, así como también emprendimientos puntuales que tengan como fin el bien general.

- El matrimonio, el divorcio y la poligamia. El casamiento en el derecho islámico constituye el establecimiento de un contrato de características civiles, a través de una propuesta con su debida aceptación, en la cual contratan ambas partes por acuerdo propio y en ningún caso compulsivo. Los juristas coinciden en que ninguna de las partes debe ser obligada o arreglada una unión de este tipo en contra del deseo de los contrayentes. El mismo se formaliza, en la mayoría de los casos, ante testigos capacitados. Existen algunos impedimentos para llevar a cabo algunas uniones relacionadas con grados de parentescos consanguíneos y también en casos de amamantamiento por parte de la misma persona. Entre las condiciones para un matrimonio se encuentra la dote que debe recibir la novia. Esta es acordada por las partes y pasa a formar parte del patrimonio exclusivo de la contrayente, ya que el marido no posee derecho alguno sobre el dinero de la dote. Al ser el matrimonio un contrato de naturaleza civil se pueden incluir diferentes cláusulas en el mismo. El divorcio es una norma que aparece desde los comienzos de la legislación islámica. Aunque la disolución de una pareja es posible, se recomienda agotar las instancias a fin de no llegar a la ruptura. A tal fin, entre otras alternativas, se pueden designar mediadores de ambas familias a fin de salvaguardar la pareja. De producirse el divorcio, existe normativa que restringe los tiempos para otorgar la posibilidad de contraer matrimonio nuevamente, como en el caso de la mujer, esperar un período determinado a fin de saber si está embarazada. Existe en el derecho islámico legislación acerca de la

poligamia. Como es sabido esta costumbre estaba extendida mucho antes del advenimiento del Islam, y su práctica aparece mencionada en otras escrituras sagradas. Al principio, la estipulación de la normativa, poseía un carácter restrictivo en cuanto al número de mujeres que podía tomar un hombre, con el espíritu de limitar el mismo en contra de lo que era el uso y la costumbre de ese momento. Luego en la interpretación posterior, la recomendación coránica insta al creyente a practicar la monogamia, y de hecho es la actitud que prevalece entre los musulmanes.

3.1.1.5. Cultura jurídica hindú.

La cultura jurídica hindú se integra con el derecho de la comunidad que, en la India o en otros países del Sudeste asiático o de África, se adhieren al hinduismo. El hinduismo corresponde, más que a un dogma, a una determinada concepción del mundo y a la manera en que los hombres deben comportarse. El hinduismo recomienda a sus adeptos cierto modo de vida, ligado a su condición en la sociedad, de suerte que sus preceptos asumen, en una gran medida, la función que en otras sociedades desempeña la regla de derecho. La inmensa mayoría de habitantes de la India se adhiere a esta doctrina, que desempeña, en consecuencia, un papel importante, en las relaciones que afectan particularmente el "*status personal*".

Un sector amplio de las relaciones sociales, sin embargo, está gobernado actualmente en la India por reglas de alcance nacional, inspiradas de las concepciones inglesas (*common law*), a causa del largo período del dominio colonial británico. Muchas de las leyes indias contemporáneas muestran una gran influencia europea y estadounidense. Varios actos y ordenanzas primero introducidas por los británicos están aún vigentes.

Durante el diseño de la Constitución de la India, leyes de Irlanda, de los Estados Unidos, Reino Unido, y Francia fueron sintetizadas para conseguir un conjunto de leyes indias, las que están actualmente en vigor. Las leyes de la India se asocian también a las pautas de Naciones Unidas sobre el Derecho de los derechos humanos y Derecho ambiental. Ciertos tratados internacionales sobre comercio, tales como los de propiedad intelectual, son aplicados también en la India.

La cultura jurídica hindú, tal cual se presenta hoy en día, es difícil de ser catalogada. Por el contrario, está en plena evolución. No obstante ello, se pueden identificar ciertas notas distintivas que lo caracterizan⁶²:

- a. La preeminencia de los textos de ley
- b. La continuación del *common law*, no tanto por su contenido, como por sus métodos de trabajo: consulta de precedentes, conducción de debates durante el proceso, redacción de resoluciones;
- c. La función que asume el juez: creación de reglas de derecho, ante la ausencia del legislador e incluso, en ocasiones en su contra. Finalmente, el juez indio tiene la tendencia de poner el derecho al servicio de la justicia, tal y como le resulta de las mismas circunstancias del caso;
- d. El derecho cambia de región a región y según las costumbres de cada lugar;
- e. Predomina el marido, por ejemplo, si el marido muere la mujer debe ser incinerada junto con él;
- f. Existe un severo sistema de castas, el cual fue introducido por la invasión indogermánica. Divide en 4 clases a las personas y relaciona a cada clase con una parte del cuerpo del dios *Brahmán*;
- g. Persiste la poligamia y el matrimonio entre niños.

3.1.1.6. Cultura jurídica del extremo oriente (China y Japón).

La concepción del orden social, que se mantiene dentro de los cánones de la tradición china, que se desarrolló al margen de toda influencia extranjera hasta el siglo XIX y difiere sustancialmente de la concepción occidental. El postulado de sus fundamentos, al margen de todo dogma religioso, sostiene que existe un orden cósmico, que consiste en una recíproca interacción entre el cielo, la tierra y los hombres. Cielo y tierra obedecen a reglas inmutables; por su parte los hombres son los arquitectos de sus propios actos; de la manera en que se conduzcan va a depender el orden o el desorden en el mundo. La armonía de la que depende el equilibrio del mundo y la felicidad de los hombres comprende un doble aspecto. Es en primer término una armonía entre los hombres y la naturaleza. El comportamiento de los hombres debe estar coordinado con el orden de la naturaleza. Resulta de una gran oportunidad, para evitar epidemias, malas cosechas, inundaciones, terremotos, considerar el ciclo de las estaciones, la posición de los astros, los acontecimientos de la naturaleza para lograr los actos de la vida pública y

⁶² David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *op. cit.*, pp. 383-384.

privada. Los gobiernos en particular deben dar el ejemplo de una vida conforme al orden de la naturaleza, esa es su función esencial. La virtud y la moralidad son más relevantes para los servidores públicos que los conocimientos técnicos. Por ello, la labor del derecho ocupa un segundo lugar, ya que:

(...) Las leyes no constituyen el medio natural en la solución de controversias entre los hombres. La ley puede tener una función útil al proponer modelos de conducta a los hombres o que formular amenazas contra quienes tuvieren una conducta antisocial, pero no por ello debe concluirse que la ley deba obedecerse a la letra; una gran discreción debe ser ejercida en su aplicación y en su ejecución. El ideal consiste en que las leyes jamás deban ser aplicadas, y que los tribunales no tengan jamás que pronunciar resoluciones (...).⁶³

Como se observa, la fuente esencial del derecho chino anterior a la llegada del socialismo fue la costumbre; con el advenimiento de la doctrina socialista, se adoptó la ideología marxista-leninista. Sin embargo, el mercado y la potenciación de China como uno de los referentes globales, han provocado una profunda transformación de su cultura jurídica. Una muestra de ello es la Constitución de 1982 (en vigor, no obstante algunas reformas), que establece en sus artículos 6-12 el primado de la economía del estado y de la economía colectiva, en el numeral 18, la autorización de la inversión extranjera y el reconocimiento, en los artículos 55-56, de los derechos de los ciudadanos (expresión, prensa, trabajo, descanso, educación, indemnización contra el Estado).

Por su parte, la cultura jurídica de Japón ha pasado por diversas fases históricas, acorde con las eras de sus emperadores. La occidentalización del derecho japonés se inició con el advenimiento de la era *Meiji*, como una medida para poner fin a la inequidad de los tratados de comercio que algunas potencias occidentales (fundamentalmente por los Estados Unidos, Reino Unido, Rusia, Francia, los Países Bajos) habían impuesto al Japón en 1858 y que este percibía como un agravio nacional. Resultó más cómodo para el Japón adoptar, en un breve lapso de tiempo, la codificación que incorporarse paulatinamente al *common law*. No obstante, desde de 1869 se emprendió la tarea de traducir los códigos franceses⁶⁴.

El derecho japonés en la actualidad se encuentra situado incuestionablemente, tanto en los textos legales como en su literatura jurídica, muy próximo a los derechos occidentales. El influjo del derecho norteamericano en el derecho constitucional, la

⁶³ *Ibidem*, pp. 387-388.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 410.

influencia alemana y francesa en el Código Civil, hacen que el derecho japonés tenga rasgos de un verdadero derecho occidental.

Ahora bien, la cultura jurídica japonesa tiende hacia la solución de conflictos a través de medios alternos. En efecto, una primera clase de mecanismos de conciliación (jidán) se sitúa conforme a la tradición, en una etapa prejudicial. Recurrir a los tribunales continúa siendo en la percepción japonesa, un comportamiento reprochable. Antes de la resolución judicial se intentará acudir a mediadores de cualquier índole, e intentar regular amigablemente la controversia que emerge. La gran mayoría de las controversias en la especie se agotan en la mediación⁶⁵.

3.1.1.7. Cultura jurídica africana.

Las costumbres del África, antes de la colonización eran múltiples; cada comunidad resultaba autosuficiente en sus modos y costumbres propias. Las diferencias entre costumbres de una misma región o de una misma etnia, se referían a aspectos secundarios. Sin embargo estas variaciones cobraban mayor importancia, cuando salían del marco de estas referencias. En África encontrábamos tribus con un modelo de régimen monárquico y tribus de régimen democrático; existen tribus, empero con sistemas, en donde es difícil identificar elementos que pudieran asemejarlos a una organización política específica. La organización de la familia en algunas ocasiones describe un modelo lineal patriarcal y en otras ocasiones un modelo lineal matriarcal; a pesar de estos dos modelos contienen entre sí numerosas variantes. El valor de la tierra está sujeto por doquier a reglas muy diferentes.

La costumbre está vinculada en el espíritu de los africanos, a un orden mítico del universo. La observancia de la costumbre es un testimonio de respeto a los ancestros, cuyas osamentas están mezcladas con el suelo y cuyos espíritus velan sobre los vivos. Transgredir la costumbre hace que se incurra en el enorme riesgo de activar reacciones insospechadas, pero sin duda desfavorables, de los genios de la tierra, en un universo en donde todo está vinculado, lo natural y lo sobrenatural, la conducta de los hombres y los fenómenos de la naturaleza.

El Cristianismo y el Islam, llegaron con la colonización de aquellos territorios, y fue muy variable su efecto en las múltiples costumbres ya apuntadas, las cuales continuaron practicándose, incluso cuando pudieran haber sido contrarias a la nueva fe adoptada; esta aseveración rige por igual a un país cristianizado que a uno islamizado: el hombre es un

⁶⁵ *Ibidem*, p. 415.

pecador, y en la Ciudad de Dios, las sociedades humanas son iguales tanto en África, como en cualquier otra parte del mundo⁶⁶.

Si bien el derecho consuetudinario respondía a necesidades propias de sociedades agrícolas estáticas, los dirigentes de los Estados africanos actuales quieren realizar en la estructura misma de sus sociedades, a través de reformas profundas y colmar el “abismo cultural” que separa actualmente a las poblaciones urbanas con las del campo, a los intelectuales y otros reformadores y a la masa de ciudadanos; desean desarrollar sectores nuevos en la economía y para ello operar reformas legales en torno a la propiedad.

Así, tras la independencia de los pueblos africanos, se ha emprendido una importante obra que se ha propuesto revisar todas las leyes existentes, tanto en los Estados de tradición británica, como en aquellos de tradición francesa o belga, así como en Etiopía. A partir de ese momento, más de cien códigos han sido promulgados en los países africanos francófonos. En Etiopía se publicaron cinco códigos, a partir de los años de 1957 a 1965 y de 1957 a 1965 cuyo contenido corresponde en gran medida al de los Códigos napoleónicos. Leyes de similar importancia fueron promulgadas igualmente en los países anglófonos de África, particularmente en Ghana, en Nigeria, y en el África oriental⁶⁷.

3.1.2. Culturas jurídicas globales.

Los derechos humanos se erigen como *el producto del desarrollo de las vivencias de Justicia*⁶⁸ del conglomerado y así, es lógico comprender que las culturas jurídicas partan de esa experiencia humana⁶⁹.

Hoy podemos afirmar la existencia de una *jurisdicción internacional de las libertades*⁷⁰, que implica la presencia de expresiones que tienden hacia la construcción de culturas jurídicas globales. En efecto, la proliferación de los sistemas supranacionales de impartición de justicia marca esa tendencia, la cual se percibe a través de los siguientes rasgos:

⁶⁶ *Ibidem*, p. 425.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 440.

⁶⁸ Villoro Toranzo, Miguel, *La Justicia como vivencia*, México, Porrúa, 2004.

⁶⁹ A ese atributo se le denomina “historicidad”. Al respecto, Carbonell expone: “... *La historicidad de los derechos significa (...) que los derechos tienen una edad, para decirlo con Bobbio. Es decir, que van surgiendo tal como lo van permitiendo las condiciones sociales e ideológicas (...)*”. Carbonell, Miguel, *Los derechos en la era de la globalización... op. cit.*, p. 330.

⁷⁰ Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 174.

a) A partir de la Declaración de 1948, los derechos dejan de ser una cuestión interna de la incumbencia exclusiva de los Estados, y saltan por completo al terreno del derecho y las relaciones internacionales, convirtiendo a las personas también en sujetos de ese nuevo derecho, en la medida en que tienen asegurado un *status supranacional* e, incluso, bajo ciertas circunstancias, el acceso a una jurisdicción más allá de las fronteras nacionales, a la que podrán acudir en caso de que les sean violadas tales prerrogativas.

b) Así, surge un derecho de acción; por este, se entiende una potestad autónoma de carácter constitucional (Carnelutti, Alcalá Zamora, Couture), pero ahora, derivado del fenómeno que se intenta explicar y medir, cambia su base de sustentación individualista, en una típicamente social, emergiendo pues, la acción procesal como derecho humano a la justicia (Cappeletti, Fix-Zamudio). Entonces, se refleja que el derecho de acción (independiente del de petición), garantiza muchas libertades de la humanidad, que de ese modo gozan de una coraza *supralegal*, generando en su derredor, una nueva protección sustancial.

c) Esto se observa claramente en los tratados internacionales, que avalan el acceso a la jurisdicción a nivel supranacional, pues los principios y garantías del debido proceso están reconocidos tanto en pactos o convenios internacionales, como en importantes declaraciones y resoluciones internacionales sobre derechos humanos, adoptados por la Asamblea General de la ONU y de la OEA, tratados entre los que cabe destacar fundamentalmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

d) El derecho internacional ha reconocido principios y garantías del debido proceso que son comunes a ambas partes en el proceso judicial —víctimas e imputados, o demandantes y demandados—, algunas de las cuales tienen carácter de garantías inderogables, es decir, que no son susceptibles de suspensión, afectación o limitación bajo ninguna circunstancia. Entre los principios, derechos y garantías comunes se pueden mencionar los siguientes: principio de legalidad; principio de igualdad ante la ley y los tribunales de justicia; principio de publicidad procesal; derecho de acceso a la jurisdicción; derecho a un juez competente, independiente e imparcial, derecho a un juez natural predeterminado por la ley; derecho a la tutela judicial efectiva; derecho a un juicio justo; derecho a un trato humano; derecho a la celeridad judicial, y derecho a un recurso efectivo.

e) Respecto a estos principios y garantías comunes, la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 8) establece que “toda persona tiene derecho a un recurso

efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”; y en su artículo 10 manda que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones, o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

f) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XVIII, reconoce el derecho a la justicia, al declarar que “toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

g) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 2.3 que cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: + toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiere sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; + la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; + las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. El Pacto también dispone en su artículo 14.1 que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

h) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, reconoce en su artículo 8.1 que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. También apunta en su artículo 25, que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que la ampare

contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

i) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales marca, asimismo, en su artículo 6, que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”. En su artículo 13, el Convenio Europeo ordena que “toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio oficial de sus funciones”.

j) Por otra parte, en el derecho internacional de los derechos humanos se reconoce un amplio catálogo de principios, derechos y garantías propios del imputado, entre los que se mencionan los siguientes: el principio de presunción de inocencia; el principio de irretroactividad de la ley penal; el principio de la responsabilidad penal individual; el derecho a la defensa y a la asistencia letrada; el derecho a comunicarse con su defensor en forma confidencial y sin demora ni censura; el derecho a disponer del tiempo necesario y de los medios adecuados para su defensa; el derecho a ser informado de manera inmediata y comprensible de sus derechos, de los motivos de la detención y de la autoridad que la ordena; el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable; el derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa —*non bis in ídem*—; el derecho a no ser encarcelado por el incumplimiento de deudas o de obligaciones contractuales; el derecho a no ser obligado a declarar ni a confesarse culpable; el derecho a un intérprete o traductor; el derecho de protección contra todo tipo de detención ilegal o arbitraria; el derecho al *habeas corpus*; el derecho a que en el proceso penal se asegure que la libertad personal será reconocida y respetada como regla general y la prisión preventiva como la excepción, y el derecho a indemnización por error judicial.

k) De igual forma, se consignan ciertos derechos de protección especial de los imputados, entre ellos: el derecho de protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; el derecho de protección contra la incomunicación; el derecho de protección contra las desapariciones forzadas o involuntarias, y el derecho de protección contra las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias.

l) El derecho internacional de los derechos humanos también ha reconocido importantes principios, derechos y garantías en favor de las víctimas de delitos, de abuso del poder y de violaciones de derechos humanos. Asimismo, cobra capital importancia los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, pronunciados también en el seno de la ONU, en donde se pondera la relevancia de que a las víctimas se les conceda el acceso a la justicia.

De la enunciación de dichas normas, puede advertirse claramente, que el derecho internacional (de los derechos humanos), contiene un extenso catálogo de garantías inderogables del debido proceso, y desarrolla significativas disposiciones y prohibiciones para los Estados con el fin de garantizar la protección de derechos fundamentales de las personas, especialmente encaminadas a proteger el derecho a la vida, la integridad, seguridad y libertad personales.

En tal sentido, se reconoce el carácter inderogable de esas garantías, concibiéndose el derecho al debido proceso como parte indivisible del acceso a la justicia⁷¹.

Ahora bien, dicha oleada normativa no ha resultado suficiente, pues las garantías que el ser humano ha conquistado, podrían quedar trucas, al trasponer determinadas fronteras; de ahí que se ha pensado la conformación de una *lex universalis* válida en todo momento y en todo lugar, a lo cual responde el movimiento de la *justicia supranacional*, cuya base es el derecho intercultural.

4. Diagnóstico latinoamericano.

Quizás sea nuestra mayor desgracia el que no podamos ver sino nuestro reflejo en todo aquello que nos rodea. Entender suele ser adaptar algo a nosotros mismos, a nuestras categorías lógicas, a nuestras necesidades y deseos. Por lo tanto, comprender, de alguna manera, significa “matar” aquello que se comprende. Por ello, los encuentros entre culturas que han tenido lugar en nuestra historia no han sido otra cosa que un combate entre dos miradas que sólo se veían a sí mismas⁷².

Este es el proceso que se empieza a producir en el momento en que tiene lugar el encuentro entre las culturas americanas y las europeas, principalmente la castellana,

⁷¹ Quispe Remón, Florabel, *op. cit.*, p. 528.

⁷² Pérez Collados, José María. *El proceso intercultural de formación de los derechos del hombre. El caso hispanoamericano*. Anuario Mexicano de Historia del Derecho. Volumen VI, México, UNAM, 1994. p. 188.

desde finales del siglo XV. La mirada de España, el proyecto castellano en América queda retratado en las siguientes palabras de Bibar a Pedro de Valdivia: "(...) Trabajaba de todo corazón con servir a Dios y su rey en traer los indómitos, bárbaros indios en el conocimiento de nuestra Santa Fe Católica y a la obediencia y vasallaje de la corona real de nuestra madre España y en acrecentar nuestra santa religión cristiana y los patrimonios y rentas reales (...)."73

Claramente se observa que la expansión de la fe, el aumento de los dominios del rey y la obtención de riquezas eran los tres fines inseparables buscados por los españoles.

En efecto, hace cinco siglos que nuestro territorio fue sometido a un proceso de actualización histórica incorporativa, como resultado de las dos sucesivas revoluciones tecnológicas: la mercantil (siglo XVI) y la industrial (siglo XVIII). Las potencias ibéricas, como "imperios mercantiles salvacionistas", llevaron a cabo nuestra integración a la civilización mercantil en la forma de colonialismo, y las potencias norteamericanas, como imperios industriales, practicaron el neo-colonialismo que aún perdura, aunque el centro se haya desplazado a América del Norte y sea ya factible reconocer que nos hallamos en otra revolución, que es la tecno-científica74.

La destrucción de las culturas originarias, la muerte de sus habitantes en magnitud tal que alarmó a los propios colonizadores y la esclavitud mediante el transporte de africanos, señalan las características más salientes del colonialismo, en tanto que el neo-colonialismo, practicado una vez consumada la independencia política, se destacó por cruentas luchas que terminaron por imponer el poder de minorías locales pro-consulares de los intereses de las potencias industriales y que continuaron o consumaron la empresa del colonialismo, desencadenaron guerras de destrucción interminables, transportaron población marginada europea para reemplazar a la local despreciada como inferior e impulsaron una limitada secundarización de la economía, en la medida en que lo requería una mayor complementariedad con el centro.

Como consecuencia de una incorporación forzada que implantó un control social transculturado, funcional para sus objetivos colonialistas y neo-colonialistas. En ambos momentos, la ideología se justificó con nuestra "incuestionable inferioridad", dentro de un "marco teórico" teocrático en el colonialismo (inferioridad por no haber recibido el mensaje

⁷³ *Ídem.*

⁷⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 121-122.

cristiano) y de un “marco científico” en el neo-colonialismo (inferioridad por no tener el mismo grado de “civilización” o por ser biológicamente inferiores)⁷⁵.

Hoy nos encontramos en la tercera revolución tecnológica con consecuencias planetarias: la revolución tecno-científica.

Los países centrales pugnan por el dominio tecnológico en áreas tales como la teleinformática, la tecno-biología, la energía nuclear y la robótica. Las consecuencias de esta revolución son aún imprevisibles.

Lo cierto es que Estados Unidos, Europa, Rusia y Japón se disputan esas tecnologías en miras a la obtención de resultados productivos inmediatos y, al no escatimar esfuerzos en ese sentido, la velocidad de renovación en esos campos es vertiginosa. Esta aceleración histórico-tecnológica produce ya efectos hasta ahora no conocidos en las relaciones de los países centrales. En tanto que algunos logran paliarlos —como Japón o Europa— los Estados Unidos, en la década de los años ochenta del siglo XX, llevaron a cabo una “tercerización” de su economía, que desplazó enormes masas humanas del sector secundario al de servicios, evitando la desocupación, pero provocando un grave descenso de ingresos medios y un aumento de la polarización de la riqueza.

El impacto tecnológico produce o tiende a producir la reducción de las clases obreras centrales, en tanto que va sumergiéndolas a nuestro margen en una situación desesperada. Los elementos que nos permitían reclamar cierto respeto en el intercambio eran, básicamente, la mano de obra barata y la disposición de materias primas y alimentos. La primera ya no interesa al poder central, en tanto que la segunda tiende a perder interés rápidamente como consecuencia de su reemplazo con nuevas tecnologías.

El deterioro de la posición latinoamericana en cuanto a términos de intercambio es notorio. A esto debe agregarse que el endeudamiento de los países del área lleva a límites en que cualquier beneficio de la balanza comercial es absorbido por el centro, sin que reste la menor posibilidad de acumulación de capital productivo y, pese a ello, no alcanza más que para pagar una parte de los intereses, en tanto que los restantes siguen acumulándose y la deuda aumentando, habiendo pasado de treinta mil millones de dólares en 1972 a cuatrocientos mil millones en 1988, lo que se produjo en la década anterior como consecuencia de la abundancia de medios de pago en los países centrales y a la concesión irresponsable de créditos cuyo pago se sabía imposible, destinados a armamentos, obras faraónicas o especulación financiera pura y simple, frecuentemente a

⁷⁵ *Ibidem*, p. 123.

dictaduras militares introducidas con beneplácito o apoyo directo de los mismos prestamistas. El servicio de esta deuda se va acercando a lo que en 1972 era el total de la deuda.

La brusca restricción de las importaciones a casi un cincuenta por ciento entre 1981 y 1983 solamente, provocó una recesión sólo comparable con la de 1930: aumento de la desocupación y del subempleo, deterioro de la renta *per cápita* de cerca del diez por ciento a partir de 1980 y del salario próximo al 20%, con clara disminución del porcentaje presupuestario destinado a salud y educación.

Esta situación crítica no surte los mismos efectos sobre la totalidad de la población de nuestro continente, sino que uno de los sectores más afectados es el de las clases marginales urbanas, causando allí un considerable aumento de pobreza absoluta.

De no modificarse y revertirse la actual tendencia, estaremos fuera de toda competencia internacional, con una población joven considerablemente deteriorada por efecto de carencias alimenticias y sanitarias elementales y con deficiente educación, con notoria marginación urbana en términos de pobreza absoluta, con una alta reducción de la clase obrera.

Sin lugar a dudas, la situación es sumamente peligrosa, pero también creemos que el margen sorteará el peligro, que nuestros pueblos sabrán unirse a tiempo, que podremos lograr una transferencia tecnológica conveniente y adoptar las medidas económicas de integración regional, desarrollar nuestra capacidad de consumo y en lugar de sufrir otra etapa de actualización colonial, protagonizar una de aceleración histórica, pese a no ignorar todos los sacrificios que esto nos demandará.

Una pieza clave para sortear el peligro de un tecnocolonialismo es el manejo de un derecho intercultural, pues precisamente la adaptación a las nuevas exigencias globales, a través del diálogo entre culturas permitirá una mayor comprensión entre los individuos de distintos orígenes.

Pérez Collados⁷⁶ presenta varios ejemplos que permiten –contrario a lo que algunos críticos piensan- extraer del pasado ciertos hechos con significado válido en la actualidad, pues refieren a tradiciones culturales. Uno de ellos afirma que la estructura moral de las culturas nahuas era más flexible que la europea y que su consideración de los valores religiosos era menos dogmática. El encuentro con un nuevo sistema ético generó una tendencia a la adaptación, actitud que contrasta con la posición exclusivista

⁷⁶ *Ibídem.* pp. 189-190.

de los cristianos: Moctezuma II se convenció al ver a Hernán Cortés, de que se trataba del regreso de Quetzalcóatl.

Y dando un paso más hacia atrás, puede sostenerse que el germen de los derechos humanos presenta sus antecedentes desde la organización jurídica romana y el pensamiento cristiano⁷⁷. Efectivamente, el concepto “ciudadano romano” hace referencia al hecho de que una categoría de hombres –desde luego, no todos los hombres-, tenían un conjunto de derechos inalienables y, sobre esa base, el pensamiento cristiano comentaría la idea de “hombre”. San Pablo diría que “no hay ya judío, o griego, no hay siervo o libre, no hay varón o hembra, porque todos sois uno en Cristo Jesús”.

De tal forma que, a través de la historia, si bien se han dado varios choques entre culturas (más o menos violentos), hay algo tan común entre todas: la humanidad, que descubre poco a poco que los estándares de vida deben conducir hacia la concreción de un “ciudadano del mundo”, cuya base sea un derecho intercultural.

4. Conclusión: El derecho intercultural como producto del florecimiento de la humanidad (las capacidades humanas básicas).

¿Podemos aseverar que existen condiciones básicas asimilables a todos los seres humanos, con independencia de su origen, etnia, nación, condición o cultura?

Se ha sostenido que no hay un solo bien colectivo que pudiera maximizarse sin demérito de otros⁷⁸, que no es competencia del Estado la promoción de una sola idea de lo bueno, sino fundamentalmente establecer las reglas del juego justo, para que sean los propios sujetos los que decidan qué bienes han de perseguir.

Es evidente que cuando distintas culturas conviven juntas, en países vecinos o en el mismo país, pueden tener diferentes visiones de los derechos humanos. Las situaciones más extremas se puedan dar cuando alguna cultura no los conozca o no los entienda, o habiéndolos conocido y entendido, los rechace o no los cumpla. ¿Qué hacer con una cultura que se comporta así? Algunos dirán que hay que someterla a toda costa; otros, que hay que respetar su idiosincrasia y dejarla actuar como quiera.

Siguiendo las ideas de Beuchot⁷⁹, estimamos que ninguna de esas respuestas es satisfactoria. Ello implicaría una retórica de la prevaricación, pues se trata de evitar el

⁷⁷ Pérez Collados, José María. *Op. cit.*, p. 211.

⁷⁸ En efecto, los derechos humanos, en cuanto tales, son indivisibles e interdependientes, por lo que el disfrute de los derechos económicos y sociales está íntimamente relacionado con el goce de los derechos civiles y políticos. Los unos dependen de los otros y deben ser respetados en la misma medida.

⁷⁹ Beuchot, Mauricio. *Op. cit.* p. 17.

recurso de la violencia y la imposición, usado en ocasiones para defender los derechos humanos. De lo que se trata es de comprensión, adaptación y docencia: “(...) la labor del filósofo tiene un valor importante de educador cultural. Desde la antropología filosófica y la ética tiene que saber enseñar a las culturas a tratar de comprenderse y de valorarse (...)”⁸⁰.

Por ejemplo, si dentro de un mismo país, como México o en algunas regiones de África, hay pueblos, etnias o culturas que no aceptan los derechos humanos, o no todos (como los de las mujeres o de los niños) o los entienden de manera muy distinta, tiene que buscarse un acuerdo respecto de la correcta comprensión y valoración de tales derechos. Hacia esto apunta el derecho intercultural, como una disciplina jurídica comprensiva de todas las culturas, pues los derechos humanos tienen una aspiración universal y se presentan como un límite al relativismo, un valladar basado en la dignidad del ser.

Entonces, es posible aglomerar, en un proyecto de sociedad civilizada una pluralidad de capacidades y ámbitos evaluativos que implican respetar la dignidad singular de cada persona.

A ello se le denomina *el enfoque de las capacidades*⁸¹, propuesto por Martha Nussbaum, fincado sobre un esquema de justificación de los principios constitucionales básicos que deben ser asumidos y respetados por la autoridad política, y como baremo de lo que la dignidad humana requiere. Asimismo, dicho enfoque funciona -en un sentido más débil- como el espacio de comparación de la calidad de vida de la gente.

Las capacidades humanas básicas para Nussbaum son las siguientes:

* *Vida*. Poder vivir hasta el término de una vida humana de una duración normal; no morir de forma prematura o antes que la propia vida se vea tan reducida que no merezca la pena vivirla.

* *Salud física*. Poder mantener una buena salud, incluida la salud reproductiva; recibir una alimentación adecuada; disponer de un lugar adecuado para vivir.

* *Integridad física*. Poder moverse libremente de un lugar a otro; estar protegido de los asaltos violentos, incluidos los asaltos sexuales y la violencia doméstica; disponer de oportunidades para la satisfacción sexual y para la elección en cuestiones reproductivas.

* *Sentidos, imaginación y pensamiento*. Poder usar los sentidos, la imaginación, el pensamiento y el razonamiento, y hacerlo de manera “auténticamente humana”, un modo

⁸⁰ *Ibidem*, p. 20.

⁸¹ Sahuí Maldonado, Alejandro, *Igualmente libres., Pobreza, justicia y capacidades*, México, ediciones Coyoacán, 2009, p. 169.

que se cultiva y se configura a través de una educación adecuada, lo cual incluye la alfabetización y la formación matemática y científica básica, aunque en modo alguno se agota en ello. Poder usar la imaginación y el pensamiento para la experimentación y la producción de obras y eventos religiosos, literarios, musicales, etc., según la propia elección. Poder usar la propia mente en condiciones protegidas por las garantías de la libertad de expresión tanto en el terreno político como en el artístico, así como de la libertad de prácticas religiosas. Poder disfrutar de experiencias placenteras y evitar los dolores no beneficiosos.

* *Emociones*. Poder mantener relaciones afectivas con personas y objetos distintos de nosotros mismos; poder amar a aquellos que nos aman y se preocupan por nosotros, y dolemos por su ausencia; en general, poder amar, penar, experimentar ansia, gratitud y enfado justificado. Que nuestro desarrollo emocional no quede bloqueado por el miedo y la ansiedad. (Defender esta capacidad supone defender formas de asociación humana de importancia crucial y demostrable para este desarrollo.)

* *Razón práctica*. Poder formarse una concepción del bien y reflexionar críticamente sobre los propios planes de la vida. (Esto implica una protección de la libertad de conciencia y de la observancia religiosa.)

* *Afiliación*. En dos vertientes:

A) Poder vivir con y para los otros, reconocer y mostrar preocupación por otros seres humanos (empatía), participar en diversas formas de interacción social; ser capaz de imaginar la situación de otro. (Proteger esta capacidad implica proteger las instituciones que constituyen y promueven estas formas de afiliación, así como proteger la libertad de expresión y de asociación política.)

B) Que se den las bases sociales del autorrespeto y la no humillación; ser tratado como un ser dotado de dignidad e igual valor que los demás. Eso implica introducir disposiciones contrarias a la discriminación por razón de raza, sexo, orientación sexual, etnia, casta, religión y origen nacional.

* *Relación con otras especies*. Poder vivir una relación próxima y respetuosa con los animales, las plantas y el mundo natural.

* *Juego*. Poder reír, jugar y disfrutar de actividades recreativas.

* *Control sobre el propio entorno*. En los siguientes ámbitos:

A) *Político*. Poder participar de forma efectiva en las elecciones políticas que gobiernan la propia vida; tener derecho a la participación política y a la protección de la libertad de expresión y de asociación.

B) *Material*. Poder disponer de propiedades (ya sean bienes muebles o inmuebles), y ostentar los derechos de propiedad en un plano de igualdad con los demás; tener derecho a buscar trabajo en un plano de igualdad con los demás; no sufrir persecuciones y detenciones sin garantías. En el trabajo, poder laborar como un ser humano, ejercer la razón práctica y entrar en relaciones valiosas de reconocimiento mutuo con los demás trabajadores.

A partir de esta lista se observa la pluralidad de aspectos que Nussbaum ha estimado condiciones básicas, mínimas, para una vida humana floreciente, digna y valiosa y que permiten establecer el fundamento de un derecho intercultural, es decir, un derecho común a todas las culturas.

De lo que se trata es de huir del peligro de la injusticia y de la violación de los derechos humanos, bajo la perspectiva docente y académica, propia de la ciencia del derecho, evitando el univocismo y el equivocismo; a saber, aplicar idénticamente a todos los pueblos las leyes y aun los derechos humanos, sin ningún matiz (sin excepción) y, por otro lado, de dejar que cada cultura entienda, valore o utilice a su modo tales derechos, sin considerar ningún criterio objetivo, en referencia al relativismo, que los priva de su sentido universal. Como se ve, la propuesta es hacia la defensa de la universalidad de los derechos humanos, pero una universalidad diferenciada⁸².

De tal manera que es menester con base en lo anteriormente referido, sentar las bases de una nueva disciplina jurídica, denominada *Derecho intercultural*, cuyo programa mínimo abarque temas atinentes a la Ética de los derechos humanos, Filosofía jurídica, Sociología jurídica, todo ello en el contexto de la globalización, a fin de hallar y ponderar esos valores atribuibles a todos los seres humanos, con independencia de su origen, nacionalidad, credo o preferencia. Y a la par, plantear derechos de las culturas (a la propia conservación o preservación, a la preservación de su lengua, de su religión, de sus creencias y costumbres).

REFERENCIAS.

AGUILAR CAMACHO, Mario Jesús, *Acto de gobierno: Valoración jurídico-política*, Porrúa Hermanos, México, 2005.

ARAGÓN ANDRADE, Orlando, "Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa del pluralismo jurídico", *Boletín Mexicano de Derecho*

⁸² Beuchot, Mauricio, *Op. cit.*, p. 113.

- Comparado*, México, número 118, enero-abril de 2007, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BERISTÁIN, Antonio, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana* (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
- BEUCHOT, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI editores, 2005.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, “¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?”, en Cienfuegos Salgado, David, Esquivel Leyva, Manuel de Jesús, Morales Sánchez, Julieta (coords), *Temas de migración y derecho*, México, Fundación Académica Guerrerense, 2008.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho penal mexicano: parte general*, 7a. ed., México, revisada, puesta al día y adicionada con índices y textos legales, Antigua Librería Robredo, 1965.
- CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro y SÁNCHEZ TRUJILLO, María Guadalupe, “El artículo 2º Constitucional ¿Pluralismo jurídico en México?”, en Astudillo, César y Carpizo, Jorge (Coords.) *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- DE COULANGES, Fustel, *La ciudad antigua: Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*, 15a. ed., Porrúa, México, 1996.
- DE KONINCK, Thomas, *De la dignidad humana*, Madrid, Dykinson, 2006.
- ENRÍQUEZ, David. “Interculturalismo y transdisciplinariedad”: coordinadas en el mapa del Derecho comparado sustentable, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 132 septiembre - diciembre de 2011, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FRONDIZI, Risieri, *Introducción a los problemas fundamentales del hombre*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.
- GESSNER, Volkmar, “Comparación jurídica y pluralismo jurídico global”, en Caballero Juárez, José Antonio, Concha Cantú, Hugo A. y Fix-Fierro, Héctor (coords), *Sociología del derecho, Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, volumen I: Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica.

- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, "Hacia una formación jurídica intercultural", *Hechos y Derechos, Revista electrónica de opinión académica*, número 16 julio-agosto de 2013, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/HechosyDerechos/cont/16/art3.htm>.
Recuperado el 15 de enero de 2014.
- GUTIÉRREZ, Consuelo y VILLANUEVA COLÍN, Margarita, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Oxford University Press Harla, 1996.
- HÖFFE, Otfried, en sus versiones en español son: *Ciudadano económico, ciudadano del estado, ciudadano del mundo: ética política en la era de la globalización*, trad. de Carlos Díaz Rocca, Buenos Aires, Katz editores, 2007, vol. 3024 de Conocimiento (katz) y *Derecho intercultural*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- HORTON, Paul B., y HUNT, Chester L., *Sociología*, México, McGraw-Hill, 1988.
- MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, (teoría de la ley penal, teoría general del delito, teoría de la culpabilidad y el sujeto responsable, teoría de la pena), 5a. ed., Porrúa, México, 2003.
- MOHR, Richard, "La conversación de la humanidad": La crítica universalista del pluralismo jurídico. *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, número 26, enero-agosto de 2007, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- MORINEAU, Marta, *Introducción al sistema de common law*, en Kurczyn Villalobos, Patricia, ¿Hacia un nuevo derecho del trabajo? México, UNAM, Institución de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- NIETZSCHE, Friedrich, *La gaya ciencia*, Madrid, Libsa, 2000.
- OLIVA MARTÍNEZ, Daniel y BLÁZQUEZ MARTÍN, Diego, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- PHILLIPS, Bernard, *Sociología del concepto a la práctica*, México, McGraw Hill, 1982.
- RECASÉNS SICHES, *Tratado general de sociología*, Porrúa, México, 1968.
- RITZER GEORGE, Gelles, RICHARD J. *et al.*, *Sociología*. México, McGraw-Hill, 2001.
- RIVERO EVIA, Jorge, "Sistemas supranacionales de impartición de justicia", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2013, año 1, núm. 2, ISSN 2007-6045.
- SAHUÍ MALDONADO, Alejandro, *Igualmente libres., Pobreza, justicia y capacidades*, México, ediciones Coyoacán, 2009.

SÁNCHEZ AZCONA, Jorge, *Normatividad social*, ensayo en Sociología jurídica, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

SANCHIS VIDAL, Amelia, "Pensar el modelo intercultural desde el Derecho", *Revista de estudios jurídicos*, núm. 8/2008 Segunda Época, <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/15>. Recuperado el 16 de enero de 2014.

SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo y VILLANUEVA COLÍN, Margarita, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Oxford University Press Harla, 1996.

VILLORO TORANZO, Miguel, *La Justicia como vivencia*, México, Porrúa, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

http://www.islam.com.ar/Islam/Archivos/06_derecho_Islamico.pdf. Recuperado el 14 de febrero de 2014.

<http://www.marshallmcluhan.com/bibliography/>. Recuperado el 16 de enero de 2014.

<http://www3.inegi.org.mx/sistemas/tabuladosbasicos/tabgeneral.aspx?c=33623&s=est>. Recuperado el 14 de enero de 2014.

<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/15>. Recuperado el 16 de enero de 2014.

Recepción: 26 de abril de 2014.

Aceptación: 30 de mayo de 2014.

REFORMA POLÍTICO ELECTORAL DESDE UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y DE LOS DERECHOS HUMANOS

ELECTORAL REFORM POLITICAL APPROACH FROM A CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS

Alma de los Ángeles RÍOS RUIZ.*

*Cuando creíamos que teníamos todas las respuestas,
de pronto, cambiaron todas las preguntas.*

Mario Benedetti

RESUMEN. El presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar la reforma en materia electoral a partir del concepto de Constitución en sus diversas acepciones para llegar después a ubicar a la norma política – electoral constitucional; posteriormente, se hace brevemente referencia a los derechos humanos, con la finalidad de establecer sus implicaciones en la norma fundamental.

En este sentido la Constitución, decisión política fundamental de la Nación, se traduce en un conjunto de normas que contiene la organización estatal, los principios esenciales del orden jurídico y regula a la realidad consistente en un tiempo y lugar preciso. En efecto, la Ley Suprema surge de un acto del poder constituyente, voluntad que contiene una resolución sobre la totalidad de la unidad política, fijando su modo y forma.

La Constitución como la define Carl Schmitt en su clásico concepto, es una "decisión política del titular del poder constituyente"⁸³, por consiguiente, el poder constituyente sólo puede corresponder a la Nación en tanto que ella es anterior y sólo a ella le atañe la determinación suprema de auto regularse; así, nuestra Carta Magna nace y se mantiene por acuerdo del pueblo, si la dinámica social exige cambios en el orden normativo, este debe ser ajustado y para ello existen los medios legales y el órgano de reformas constitucionales que en nuestro derecho está conformado por el Congreso de la Unión y las Legislaturas Estatales.

* Doctora en Derecho, Profesora de Tiempo Completo (C) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT) Nivel I.

⁸³ Vid. Smith, Carl. *Teoría de la Constitución*, Edit. Nacional, México, 1960.

Bajo este orden de ideas, la Constitución recoge realidades sociales; la conexión de la norma con la realidad social es más compleja y la Carta Magna es, en gran proporción, un querer ser de la comunidad por el cual lucha. Así, en cierta medida se cumple la fuerza normativa de lo fáctico, lo que Lasalle⁸⁴ llamó reconocimiento de los "factores de poder". En efecto, una Constitución revolucionaria, como la nuestra, contiene determinaciones que en su momento fueron acertadas pero no corresponden al contorno social hoy en día; por lo que es necesario realizar ciertas modificaciones con el objetivo de afinar nuestro sistema de gobierno.

La Constitución fija postulados que implican cambios en la realidad, no se deja, como en otros tiempos, a la legislación ordinaria la configuración del régimen; los preceptos constitucionales contienen orientaciones imperativas que constituyen el elemento dorsal de la estructura institucional del sistema social, económico, cultural, político de nuestra nación.

Palabras Clave: Reforma, Sistema político, elecciones, constitución, derechos humanos.

ABSTRACT. This research aims to analyze the electoral reform through the concept of the Constitution, from its various meanings, in order to locate the policy of constitutional election. Then it briefly refers to human rights, in order to determine their implications in the application of this fundamental norm.

In this sense, the Constitution, as a fundamental political decision of the Nation, is a set of rules containing the State organization, the essential principles of the legal order and the regulator of reality in a specific time and place. Indeed, the Supreme Law arises from an act of the legislature, which contains a decision of the totality of the political unity, determining its manner and form.

The Constitution, as defined by Carl Schmitt, is a "political decision of the holder of the constituent power "; therefore, the constituent power solely reciprocates to the nation, since the later precedes the former and has the ultimate decision to self-regulate. So, our Constitution was born from the people and remains a decision of the people. If the social dynamics requires changes in the normative order, it must be adjusted, and for this purpose, there are legal means and a constitutional body, comprised by the Congress and State Legislatures.

Under this perspective, the Constitution reflects social reality. The connection between social reality and the Constitution is complex, and in large proportion, the Magna

⁸⁴ *Vid.* Lasalle, Fernando *¿Qué es la Constitución?* 2a. Ed. Ariel Madrid, 1979.

Carta is the normative ideal of the community that enacted it. So, to some extent, the normative force of the factual becomes true, which Lasalle called recognition of "power factors". Indeed, a revolutionary Constitution, like ours, has determinations that were accurate at a given time, but that do not correspond to the current social reality, so it is necessary to make accurate changes.

The Constitution establishes principles that should take into account modifications of reality, and do not leave -as in the past- to the ordinary law the configuration of the system. Constitutional provisions contain mandatory guidelines that constitute the primal element of the institutional framework of the economic, cultural, political, and social system of our nation.

Keywords: Reform, political system, elections, constitution, human rights

1. CONSIDERACIONES GENERALES.

La Constitución es reconocida como la Norma Suprema dentro de todo ordenamiento jurídico. Muchas han sido las denominaciones que ha recibido, entre las que podemos mencionar aquellas que la califican como Norma Fundamental, Carta Magna, Norma de Normas, "*lex superior*"; de donde por tales nombres se concluye que se otorga a la misma, una preeminencia jerárquica sobre todas las demás.

La Constitución enmarca una serie de principios protectores de la libertad humana, o sea aquéllos referentes al cuidado del individuo, de sus derechos y prerrogativas, los cuales nunca serán contrarios a los intereses de la colectividad, sino a favor de ésta, hoy conocidos como Derechos Humanos.

El origen de la Constitución en Occidente se da a finales del siglo XVII; con ella se busca la garantía de los derechos y la separación de poderes; de acuerdo a lo establecido en el artículo 26 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en donde se afirma: "Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución"⁸⁵, por lo que, debe considerarse a la Constitución como la columna vertebral de todo régimen legal.

⁸⁵ García de Enterría, Eduardo. "La Constitución como Norma Jurídica" en: *La Constitución Española de 1978*, 2a. edición, Civitas, Madrid, 1981, p. 98.

2. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN.

Incontables han sido las definiciones que giran en torno al concepto de Constitución, entre las que destacan, por su importancia, las que señalan los siguientes autores:

Fernando Lasalle:⁸⁶ afirma y considera a la Constitución, como la suma de los factores reales de poder que rigen en el seno de toda sociedad, es decir, llega a equipararla con la fuerza activa y eficaz que conforma todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad a que hace referencia, de tal manera que no puedan ser, en esencia, más que lo que realmente son.

Para Carl Smith:⁸⁷ existen cuatro conceptos de Constitución, a saber⁸⁸:

- a) Constitución en sentido absoluto,
- b) Constitución en sentido relativo,
- c) Constitución en sentido positivo.
- d) Constitución en sentido ideal.

Hans Kelsen⁸⁹, autor de la Teoría Pura del Derecho, indica que debe distinguirse entre Constitución en sentido material y Constitución en sentido formal; así, la primera, se concreta a regular la creación de las normas jurídicas generales, al determinar a los órganos legislativos el procedimiento de la legislación; la segunda, comprende, además, estipulaciones relativas a los órganos supremos de la administración y de la jurisdicción, ya que estos órganos también crean normas jurídicas.

En esta disposición de ideas, Jorge Carpizo⁹⁰ afirma que la Constitución, como ordenación jurídica, entraña, incluso, la validez del acto jurídico más concreto de ese

⁸⁶ Lasalle, Fernando *Ob. Cit.*, p. 62.

⁸⁷ Smith, Carl. *Ob. Cit.*, 1960, p. 5

⁸⁸ a) La Constitución en sentido absoluto, significa: la concreta manera de ser, resultante de cualquier unidad política existente; así se le equipara con la concreta situación del conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto estado, a grado tal de considerarla, como la forma especial de dominio que afecta a cada Estado y que no puede separarse de él; se citan como ejemplos: La Monarquía, la Aristocracia, la Democracia, o cualquier otra forma de gobierno, b) Constitución en sentido relativo, *Ídem*, p. 13, se trata simple y sencillamente, de la ley constitucional en particular; e incluso, puede considerarse, que toda distinción objetiva y de contenido se pierde a consecuencia de la disolución de la Constitución, en una pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente iguales. Con ello se quiere expresar, que es suficiente con que las normas se encuentren previstas en la Carta Magna, para que tengan la máxima jerarquía. c) La Constitución en sentido positivo, es la que se plasma como un acto de poder constituyente, así "el acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia" *Ídem*, p. 24. por lo tanto, se desprende que la esencia de la Constitución estriba en las decisiones políticas. d) Constitución en sentido ideal, por último, es la que el autor que seguimos, *Ídem* p. 41. designa como "la verdadera o auténtica Constitución, por razones políticas es la que responde a un cierto ideal de Constitución".

⁸⁹ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2a. Ed. UNAM, México, 1979, p. 536

⁹⁰ Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*. 4a. Ed. UNAM, México, 1980, p. 18.

orden de reglas y puede ser referida a esa Norma de Normas, Por lo tanto, la Norma de Normas sólo tiene validez en cuanto describe con veracidad la realidad de una comunidad.

En el caso de México, al buscar la fuente de nuestra Norma Fundamental vigente, el mismo autor la encuentra en el movimiento social mexicano del siglo XX, cuyo objetivo era imponer un nuevo sistema de vidas que debería estar de acuerdo con la dignidad del hombre; también indica que la Revolución Mexicana de 1910 ha sido mal denominada, ya que no implicó un cambio fundamental, de esencia, en las estructuras gubernamentales; simplemente, "se trató de un movimiento que en 1910 tuvo una finalidad política doble: derrocar al dictador y llevar a la Constitución el principio de la no reelección"⁹¹.

A partir del panorama general planteado, es decir del origen de la Constitución se analiza su efectividad en lo que concierne a su texto político; precisar si éste es capaz de ajustarse a nuestra realidad, o bien, si por el contrario resultan insuficientes las normas de contenido político insertas en ella y sobre todo si va acorde con la protección y defensa de los Derechos Humanos en materia política-electoral.

3. ANTECEDENTES Y MARCO CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

A partir de que México empieza a figurar en el escenario internacional, mediante la suscripción de acuerdos celebrados por escrito con países que de manera voluntaria deciden someterse a las normas del derecho internacional, adquiere el compromiso innegable de estar a la altura de las exigencias de acuerdo a lo plasmado en el artículo 2, inciso b de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969;⁹² con la firma de la anterior convención, México se obliga a cumplir con los subsiguientes tratados y convenciones en los términos que ahí se establecieron, en todas las materias.

Existen diversas definiciones de los derechos humanos. Una de las más completas es la que proporciona el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Define a los derechos humanos de la siguiente manera: "Exigencias elementales que puede plantear

⁹¹ *Ídem.* También véase Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles, "Análisis de las disposiciones constitucionales en materia de comercio exterior (artículos 25, 26, 27, 28, 131 y 133 y la correspondiente legislación ordinaria frente al orden jurídico internacional", *Temas Selectos de Derecho Corporativo*, Porrúa, México, 2000.

⁹² Convención de Viena 1969. "El Derecho de los Tratados "Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito: i) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o ii) entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular..."

cualquier ser humano por el hecho de serlo, y que tienen que ser satisfechas porque se refieren a unas necesidades básicas, cuya satisfacción es indispensable para que puedan desarrollarse como seres humanos. Son unos derechos tan básicos que sin ellos resulta difícil llevar una vida digna son universales, prioritarios e innegociables”.

En el mismo orden de ideas; la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sostiene que los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición.

Los derechos humanos incluyen el derecho a la vida y a la libertad de expresión, el derecho al trabajo, la educación; así como la prohibición de la esclavitud y la tortura, todos tenemos los mismos derechos, sin discriminación alguna.

Según la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México (CNDH): “Estos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Tales derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.”

Atendiendo a las definiciones anteriores, se tiene que los mismo están íntimamente ligados, con lo que, los humanistas llaman el derecho natural de los seres humanos, los cuales son inherentes a las personas, nacen con ellos, por lo tanto, debería de crecer, desarrollarse y perecer con los mismos, queda más que claro que no es el Estado quien los otorga, sin embargo se ha creado a través de la historia que éste es moralmente responsable de su reconocimiento y protección, bajo la ideología imperante, de la dignidad humana.

Los derechos humanos (DH), por otro lado, se encuentran constituidos desde hace ya aproximadamente cincuenta años, nacieron bajo la estructura que los conocemos hoy en día, después de la Segunda Guerra Mundial en 1945, como resultado de las negociaciones entabladas en la ONU al considerar la necesidad de que todo el mundo, sin ninguna distinción, toda persona debería de gozar los derechos y libertades fundamentales.

Respecto a lo antes indicado, en atención de que la dignidad es la base de todos los derechos y libertades fundamentales de todo ser humano, los DH se proclaman el diez de Diciembre de 1948, con el propósito de que fueran respetados en todos los pueblos de la tierra.

Los DH son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

Los DH son universales, están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional.

El derecho internacional de los DH establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de cierta forma en otras, a fin de promover y proteger los DH y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

Lo anterior, nos hace subrayar en ellos el principio de la universalidad de los DH, la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos. Este principio, tal como se destacó inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos.

En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, por ejemplo, se dispuso que todos los Estados tuvieran el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los DH y las libertades fundamentales.

Todos los Estados han ratificado al menos uno, y el 80 por ciento aproximadamente de ellos cuatro o más, de los principales tratados de derechos humanos, reflejando así el consentimiento de los Estados para establecer obligaciones jurídicas que se comprometen a cumplir, y confiriéndole al concepto de la universalidad una expresión concreta. Aunado a lo anterior algunas normas fundamentales de DH gozan de protección universal respaldadas en el derecho internacional consuetudinario a través de todas las fronteras y civilizaciones.

Por lo que no podemos dejar de mencionar que el reconocimiento y respeto del valor más grande con el que cuentan todas las personas y que constituye actualmente el fundamento de todos nuestros derechos: la dignidad humana. Grandes líderes y personajes de la historia de la humanidad descubrieron que la manera de garantizar la justicia y la paz en cualquiera de las latitudes del mundo es afirmando el valor de todos y cada uno de los seres humanos.

En nuestros días, la dignidad se ha convertido en el valor supremo a proteger y en el fundamento de toda convivencia noble y pacífica, materializándose en el concepto de DH que aparece actualmente en la mayoría de las constituciones modernas de los países, como consecuencia, su consagración en diversos instrumentos internacionales, es resultado del desarrollo de las ideas políticas y sociales de la humanidad, así como de la lucha de los pueblos por su libertad y por alcanzar fórmulas óptimas de convivencia

La vigencia y respeto de los derechos inherentes a la persona constituye un elemento fundamental de todo Estado constitucional democrático de derecho, por tanto, los gobiernos de cada país deben garantizar el cumplimiento de estos derechos a todas y todos sus habitantes; los Estados a quienes les corresponde garantizar las condiciones para que sus habitantes puedan hacer efectivos esos derechos; por consiguiente, está obligado a velar para que no se realicen actos dañinos e intervenir a fin de sancionar a quienes atentan y lesionan esos derechos. El único límite de los derechos humanos de una persona son los derechos de los demás, En este sentido los derechos políticos deben ser salvaguardados⁹³, por ejemplo, en materia político – electoral México tiene reconocidos y suscritos los siguientes tratados o instrumentos internacionales, por mencionar algunos:

- I. Carta de las Naciones Unidas.
- II. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- III. Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer.
- IV. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- V. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- VI. Las Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas Identificadas con los números 45/151 (1990); 46/130 (1991); 47/130 (1993); 48/124 (1994); 49/180 (1995); 50/152 (1996); 52/119 (1998); y 45/168 (2000).
- VII. Las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas identificadas con los Números 45/150 (1990); 46/137 (1991); 47/138 (1994); 48/131 (1994); 49/190 (1995); y 50/185 (1996).

⁹³ Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles, *México y su Proyección Internacional en el Marco de la Defensa de los Derechos Humanos*, información disponible en http://www.publicaciones.ujat.mx/publicaciones/perfiles/ediciones/1er_edicion/06_ART_4_MEXICO_Y_SU_PROYECCION_INTERNACIONAL_EN_EL_MARCO_DE_LA_DEFENSA_DE_LOS_DERECHOS_HUMANOS.pdf consultado el 07 de abril de 2014

- VIII. Las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas identificadas con los números 57/142 (1999); 55/99 (2001); 57/221 (2003).
- IX. Declaración del Milenio.
- X. La Carta Democrática Interamericana de Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.
- XI. Acuerdo de Constitución del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral⁹⁴

4. LA NORMA POLÍTICA-ELECTORAL CONSTITUCIONAL.

Nuestra Constitución como instrumento jurídico se ha visto modificada, sustancialmente, por cuestiones relativas a la política nacional, entre otros aspectos, si bien es cierto que jamás se ha buscado la instauración de leyes que sean "*ad perpetum*", sí se ha admitido la idea de efectuar reformas legales necesarias para lograr la mejor convivencia social, de aquí que el jurista tenga la obligación de acercarse a la realidad socioeconómica que nos rodea, y elaborar normas acordes con ella.

El derecho puede ser equiparado a un puente que sirve para unir los problemas sociales de toda índole, y en forma muy especial, aquellos que revisten características económicas, en torno a los cuales deben aplicarse soluciones justas; así Ripert⁹⁵, con gran acierto, menciona que la palabra derecho proviene de la voz "*directum*", por lo cual, el derecho dirige la actividad humana y como tal en su contexto comprende a la economía; por consiguiente, los economistas tendrán, sin duda, únicamente el derecho a indicar: por qué y hacia cuál objetivo alcanzar; pero los juristas podrán dictar por qué reglas y por cuáles soluciones. Los primeros establecen el fin y los segundos los medios.

En todo caso, nuestra realidad dinámica y fluctuante presenta múltiples problemas al legislador, el cual, por desgracia, ve reflejado un rotundo fracaso en su intento de acoplar la Carta Magna al contexto social, político y cultural de la nación.

5. PANORAMA GENERAL DE LA REFORMA POLÍTICA-ELECTORAL.

Después de 12 años y con el término del denominado presidencialismo, en ejercicio del poder público, la corriente del pensamiento político de izquierda, así como, de

⁹⁴ Información Disponible en http://www.teqroo.com.mx/sitio2007/teqroo/activos/pdf/articulos/2011/tratados_internacionales.pdf consultada el 10 de abril de 2014

⁹⁵ Ripert, George, *Aspects Juridiques du capitalisme moderne*, 10ª. Ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudencie, París, 1951, p. 216

derecha en nuestro país, se encargaron de debilitar la estructura monopólica del ejecutivo⁹⁶, situación que provocó que Diputados Federales y Senadores pertenecientes a distintas bancadas construyesen alianzas cuya finalidad fue impulsar la descentralización de facultades ordinarias como extraordinarias del Poder Ejecutivo.⁹⁷

Dicho mecanismo ha funcionado bastante bien, al grado de que las facultades para legislar en diversas materias han ido incrementando con el pasar del tiempo, otorgando mayor poder al bicameralismo que existe en nuestro país en su modalidad de Congreso de la Unión, o bien en lo que respecta a cada cámara que lo integra⁹⁸.

Atendiendo a lo antes mencionado se puede generar la siguiente crítica “¿Es correcto que el Congreso de la Unión o en lo particular cada Cámara legisle sobre materias que antes pertenecían o bien al ejecutivo federal o a congresos locales?”.

Crítica que nos hace reflexionar y ser más inquisitivos respecto de la capacidad multidisciplinaria que deben tener en el aspecto deontológico nuestros legisladores, por otro lado la capacitación en la construcción y planificación de políticas públicas eficaces y eficientes, no sólo para la mínima población que tuvo a bien por conciencia cívica o gracia

⁹⁶ Aspecto que no se vivió desde la “tímida Reforma Electoral de 1973 que no había producido resultados realmente democratizadores. Las elecciones para diputados realizadas en 1973 no mostraron ningún cambio profundo: según cifras oficiales, con un abstencionismo del 34%, el Partido Revolucionario Institucional obtuvo el 70% del total de los votos, el Partido Acción Nacional el 14.60% -la cifra más alta hasta entonces-, el Partido Popular Socialista el 3.61%, y el Partido Auténtico de la Revolución Mexicana apenas logró superar el porcentaje mínimo al obtener el 1.82%. El reflejo de esta votación en la Cámara de Diputados fue la existencia de 189 curules para el PRI, 25 para el PAN (23 de mayoría y 2 de partido), 10 para el PPS y 7 para el PARM.

⁹⁷ Movimiento de reforma similar al que ocurrió en 1940 con “la aparición de nuevos partidos en la esfera política, la XXXIX Legislatura de la Cámara de Diputados que estuvo formada casi en su totalidad por miembros del PRM. De 147 diputados, 144 pertenecían al partido oficial mientras que 3 eran “independientes”, es decir, disidentes del PRM, ya que ni el PAN ni la Liga de Acción Política, fundada en 1940 por Narciso Bassols, lograron hacer llegar a algunos de sus candidatos. Y en julio de 1943 habría de renovarse la Cámara de Diputados, cuerpo en el que la izquierda oficial había dominado los dos años anteriores por su alianza con el líder Leobardo Reynoso y los suyos frente al grupo avilacamachista de Alfonso Corona del Rosal. Esta situación incomodó al presidente, pues la minoría izquierdista había llegado a convertirse en un grupo de bloqueo dentro del aparato oficial y ello implicaba un serio obstáculo para su proyecto de unidad nacional. Así las cosas, había tres opciones a seguir: apoyar a la izquierda, inclinarse por la derecha o tratar de fortalecerse. Las dos primeras significaban el sometimiento del Ejecutivo y la última implicaba continuar la centralización política en torno a la figura presidencial. Información disponible en http://www.diputados.gob.mx/museo/s_nues7.htm consultado el 30 de marzo de 2014

⁹⁸ Situación que puede ser explicada con los siguientes datos “La Cámara de Diputados respecto de los proyectos de ley enviados por el Ejecutivo durante el periodo 1935-1961, tenemos la referencia: de 1935 a 1941, el 100% de los proyectos fueron aprobados por unanimidad. A partir de 1943 el 92%, en 1947 el 74%, en 1949 el 77%, el 59% en 1953, el 62% en 1955, el 95% en 1959 y el 82% en 61. Ahora bien, en los proyectos aprobados por la mayoría, los votos en contra no representaron más del 5% de la votación total. La debilidad de los partidos de oposición se hacía cada vez más evidente; sobre todo, en la integración de la Cámara de Diputados. En el periodo que va de 1955 a 1964, en el cual se eligieron tres legislaturas, la oposición en conjunto obtuvo apenas 20 curules de las 483 disputadas en ese lapso. Hacia principios de los años sesenta era notorio que el sistema de mayoría simple que imperaba para todas las elecciones, amenazaba la permanencia de los partidos de oposición. Información disponible en http://www.diputados.gob.mx/museo/s_nues8.htm consultada el 30 de marzo de 2014

divina, de votar⁹⁹, integrando de esta manera las Cámaras que conforman el Congreso de la Unión.

5.1 CÁMARA DE DIPUTADOS Y SENADORES.

Se parte de la pregunta y reflexión ¿Conocemos los requisitos mínimos para ser diputados y senadores federales, así como, diputados locales?, si nuestra respuesta es negativa entonces precisemos que el artículo 55 constitucional que a la letra señala lo siguiente:

Para ser diputado se requieren los siguientes requisitos:

- I. Ser ciudadano mexicano, por nacimiento, en el ejercicio de sus derechos.
- II. Tener veintiún años cumplidos el día de la elección;
- III. Ser originario del Estado en que se haga la elección o vecino de él con residencia efectiva de más de seis meses anteriores a la fecha de ella.

Para poder figurar en las listas de las circunscripciones electorales plurinominales como candidato a diputado, se requiere ser originario de alguna de las entidades federativas que comprenda la circunscripción en la que se realice la elección, o vecino de ella con residencia efectiva de más de seis meses anteriores a la fecha en que la misma se celebre.

La vecindad no se pierde por ausencia en el desempeño de cargos públicos de elección popular.

- IV. No estar en servicio activo en el Ejército Federal ni tener mando en la policía o gendarmería rural en el Distrito donde se haga la elección, cuando menos noventa días antes de ella.
- V. No ser titular de alguno de los organismos a los que esta Constitución otorga autonomía, ni ser Secretario o Subsecretario de Estado, ni titular de alguno de los organismos descentralizados o desconcentrados de la administración pública

⁹⁹ Y como sucedió en la década de los sesenta “una de las medidas de mayor trascendencia en lo político, fue la reforma a la Ley Federal Electoral en 1963, que dio cabida a la participación de las minorías en la formación de la voluntad legislativa y tuvo por objeto cambiar la imagen del autoritarismo por la de la flexibilidad en el sistema político, aunque en la realidad esto no sucediera. Con esta reforma a los procesos electorales se buscó dar muestra de una mayor apertura y flexibilidad, en un momento en el que la capacidad integradora del sistema político mexicano había empezado a ponerse a prueba. El Senado quedó al margen de esta transformación que abriría, principalmente con la posterior reforma de 1977, nuevas expectativas al quehacer parlamentario del país. Este sistema se aplicó por primera vez en las elecciones del 5 de julio de 1964. El PAN logró obtener veinte diputados partido; el PPS, nueve y el PARM, creado en 1957, cinco; los escaños así concedidos ascendieron a 32, es decir el 15.3% del efectivo total de la Cámara. Estas cifras se mantendrían casi inalteradas en las décadas posteriores.” Información disponible en http://www.diputados.gob.mx/museo/s_nues9.htm consultada el 31 de marzo de 2014

federal, a menos que se separe definitivamente de sus funciones 90 días antes del día de la elección.

No ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ni Magistrado, ni Secretario del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ni Consejero Presidente o Consejero Electoral en los consejos General, locales o distritales del Instituto Federal Electoral, ni Secretario Ejecutivo, Director Ejecutivo o personal profesional directivo del propio Instituto, salvo que se hubieren separado de su encargo, de manera definitiva, tres años antes del día de la elección.

Los Gobernadores de los Estados y el Jefe de Gobierno del Distrito Federal no podrán ser electos en las entidades de sus respectivas jurisdicciones durante el periodo de su encargo, aun cuando se separen definitivamente de sus puestos.

Los Secretarios del Gobierno de los Estados y del Distrito Federal, los Magistrados y Jueces Federales o del Estado o del Distrito Federal, así como los Presidentes Municipales y titulares de algún órgano político-administrativo en el caso del Distrito Federal, no podrán ser electos en las entidades de sus respectivas jurisdicciones, si no se separan definitivamente de sus cargos noventa días antes del día de la elección;

VI. No ser Ministro de algún culto religioso, y

VII. No estar comprendido en alguna de las incapacidades que señala el artículo 59.¹⁰⁰

Mientras que el artículo 58 de nuestra carta magna señala que para ser senador se requieren los mismos requisitos que para ser diputado, excepto el de la edad, que será la de 25 años cumplidos el día de la elección.

En el contexto de la reforma motivo del presente artículo se puede aludir que es válido querer modificar las formas, el cambio para las instituciones como para los hombres, siempre es bueno, pero ante la descentralización y concentración de facultades de un lugar hacia otro, nos hace preguntar qué dictadura es mejor, ¿la de uno o la de muchos? olvidando lo que es política, maquillando la democracia y su fin último, en búsqueda de un consenso racional entre facciones parlamentarias que en muchas ocasiones no representan ni siquiera los principios ni ideales de los partidos políticos a los que pertenecen.

Una vez concluida la alternancia política que inicio en el año 2000 con el ascenso del Partido de Acción Nacional (PAN) a la presidencia y terminó en el año 2012 cuando se

¹⁰⁰ Véase Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, versión electrónica reformada al 10 de febrero de 2014 disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

retoma la misma por el Partido de la Revolución Institucional (PRI) la actividad descentralizadora persiste por parte de un poder legislativo integrado por mayoría de diputados y senadores que pertenecen en su casi en su totalidad a partidos de izquierda, dicha descentralización hecha de forma desesperada y pactada antes de que el poder sea arrebatado una vez más, plantea la necesidad de un escenario en que se desenvuelva la reforma político electoral que analizaremos de forma breve y concisa en las siguientes líneas.

En **primer plano**, se encuentra la desaparición de los institutos electores estatales, que si bien reforzaban el pacto federal, mismo que, permitía a los estados soberanos la administración de recursos federales para llevar a cabo elecciones locales de sus respectivos poderes ejecutivo y legislativo, lo cierto es que se constituían como verdaderas cajas chicas y órganos legitimadores de las decisiones de los ejecutivos de cada Estado. (Monarquía o mafia ilimitada legitimada constitucionalmente que debe ser cuidadosamente analizada, cuyos estragos han sido fácilmente expuestos por medios de comunicación).

En **segundo plano**, nos referiremos al aumento en la designación de los magistrados electorales, el cual ha sido elevado de 9 a 11 con el propósito aparente de satisfacer las necesidades políticas de representación de las diversas facciones políticas que no precisamente representan a un Partido en específico, o dicho en otras palabras, para representan intereses particulares de los propios legisladores.

En **tercer plano**, se ubica la reforma al Artículo 79 Constitucional, la facultad de ratificación que obtiene el Senado de la Republica para el siguiente periodo presidencial de 2018 del Gabinete presidencial con excepciones de aquellos relacionados con la seguridad nacional, entiéndase Secretaria de la Defensa Nacional (SEDENA) y Marina Nacional, que sin duda no reflejan otra cosa sino la necesidad de permanencia de ciertos sectores políticos en el poder, como se ha venido comentado a lo largo de esta crítica a las intenciones que motivan la reforma política de México.

Ahora bien, analicemos la situación de la política mexicana y su efecto en el fenómeno de la reelección para diputaciones y senadurías, para el año 2018, entrará en vigor una de las disposiciones que trae consigo la reforma electoral del año 2013 que aparece en el Art. 59 Constitucional. La reelección inmediata de los diputados hasta por tres ocasiones (doce años) y la de los senadores por una sola ocasión (doce años).

Se abre también la posibilidad a los Congresos Estatales para legislar en forma similar en cuanto a los diputados locales. Se afirma que el objetivo radica en

profesionalizar las tareas legislativas y en darles a los ciudadanos la oportunidad de premiar o castigar con su voto a quienes se postulen a la reelección, pero sólo en el caso de que sus partidos o coaliciones que los postularon decidan volver a hacerlo.

Lo que significa que en términos reales su ejercicio constitucional puede extenderse hasta los doce años en total para cada uno de los que puedan acceder a esta posibilidad política, para el caso de los diputados locales tendrían que adecuar la constitución local para delimitar hasta cuantas veces podría ser accesible la reelección.

Sin embargo, la reforma en comento tiene diversas aristas que todavía no acaban de convencer tanto a la sociedad mexicana en general como a diversos analistas y estudiosos de la política mexicana, es decir, debe tomarse en cuenta las consecuencias que pueda tener la misma en el desarrollo de la vida política del país pues significa que un grupo de políticos pueda acceder a la reelección podrán estarlo por más de una década conformando grupos de élite, con la probable marginación de una generación de jóvenes que por ese periodo estarán excluidos de la posibilidad de ser elegidos como los representantes de un sector de la sociedad.

5.2 INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL (IFE)¹⁰¹ - INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL (INE).

En **cuarto plano**, se ubica, la desaparición del Instituto Federal Electoral por la creación del Instituto Nacional Electoral (INE) que es un nuevo organismo electoral, que dentro de sus facultades está la organización de todos los comicios federales y locales además de tener facultades para llevar a cabo ejercicios de plebiscito y referéndum, tendrá atribuciones en los procesos electorales federales y locales para fiscalizar ingresos y egresos de precampañas, establecer la ubicación de casillas y designación de funcionarios así como conservar el Padrón Electoral y las listas nominales de electores.

¹⁰¹ Cuyos antecedentes pueden rastrearse hasta “la promulgación de la Ley Federal Electoral en 1946, en donde arranca la primera etapa en la conformación de un sistema de partidos, al otorgárseles personalidad jurídica. Así mismo, se crearon instancias como la Comisión Federal de Vigilancia Electoral, que depositó por primera vez la organización a supervisión del proceso en un organismo federal. De igual importancia resultó la federalización del empadronamiento que quedó, cargo del Consejo del Padrón Electoral, transfiriéndole las facultades que en esa materia desempeñaban las autoridades estatales y municipales. A través de estos cuerpos se dio un paso adelante en la tarea de garantizar el buen desempeño de los comicios, eliminando las injerencias locales permeadas por intereses locales o de grupo. Asimismo, se instauraron las Comisiones Locales Electorales, los Comités Distritales, la Junta Computadora y las Mesas de Casilla. Se concedió a la Suprema Corte de Justicia la facultad de intervenir para solucionar los conflictos surgidos de la votación... Años más tarde, en 1949, se volvió a reformar la ley electoral con el fin de precisar algunos aspectos relativos a la organización y vigilancia de los comicios y de los que se excluyó a la Suprema Corte de Justicia. Se modificaron varios artículos de la ley, reasignando a la Procuraduría General de Justicia todas las funciones que anteriormente correspondían a la Corte” Información disponible en http://www.diputados.gob.mx/museo/s_nues8.htm consultado el 30 de marzo de 2014.

Siendo así que la nueva Ley Federal de Consulta Popular¹⁰², consagra que podrán hacer uso de ella el Presidente de la República, el treinta y tres por ciento de los integrantes de cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión, y los Ciudadanos siempre y cuando se cumpla con al menos el dos por ciento de los inscritos en la lista nominal de lectores.

Situaciones que en todo caso serán tramitadas por el presidente de la Mesa directiva de la Cámara que Corresponda turnándose en el primer caso a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que resuelva sobre la Constitucionalidad de la ley en 20 días naturales, en el segundo caso la Comisión de Gobernación que por materia tenga que estudiar y en el tercer caso se publicara en la gaceta parlamentaria para notificar al INE y que este verifique que se ha cumplido con el dos por ciento de los inscritos en la nómina de electores, calificando su procedencia, una vez hecho esto, enviará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la *solicitud de pregunta formulada* para que resuelva sobre la constitucionalidad de las leyes.

Bajo este orden de ideas, el concepto del cambio de denominación del IFE sugiere que se conseguirá el fortalecimiento de éste y sus atribuciones, mediante su evolución, hecho que se propuso en el año "...2001 con la creación del Instituto Nacional de Elecciones que no prosperó, propuesta que se reiteró en 2007-2008 y en 2010"¹⁰³. Lo que se pretende dentro de esta nueva reforma es que se cree un organismo que tenga las funciones mixtas dentro del proceso electoral, donde exista equidad de justicia y la organización de los comicios, entre las cuales se destaca la de designar a los consejeros electorales estatales. La declarada intención es la de minimizar la influencia o manipulación de los gobernadores sobre estas designaciones.

Un ejemplo de este modelo electoral es ilustrado con Bolivia, en 1991 hasta 2007, cuando el sistema político acuerda conformar una Corte Nacional Electoral auténticamente imparcial e independiente, exigiéndole la celebración de elecciones irreprochables que aseguren una fuerte legitimidad de origen a las autoridades elegidas.

¹⁰² Vid. Ley Federal de Consulta Popular, información disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCPo.pdf> consultada el 10 de abril de 2014.

¹⁰³ Álvarez Montero, José Lorenzo, "Pacto por México versus Pacto Federal", en *Monitor Democrático 2013-2, Democracia representativa electoral en México: ¿federalista! o ¿centralista?*, Tomo 1, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, Distrito Federal, 2013, p.381.

Costa Rica, el Salvador, Honduras, Panamá, son otro ejemplo donde existe un solo órgano constitucional autónomo que fueron conformados a mediados del siglo pasado¹⁰⁴.

Con esta unificación de las actividades en un solo organismo, mejorará y garantizará la continuidad, legitimación, certidumbre, equidad e imparcialidad del árbitro que realiza las elecciones de nuestros representantes y la legitimación de nuestro voto ciudadano¹⁰⁵.

El IFE, sólo realizaba la expedición de credenciales para votar, la administración de los tiempos de radio y televisión, el registro federal de electores, la fiscalización de los ingresos y egresos de los partidos, por lo que cada vez este organismo va tomando mayor crecimiento en la autonomía de las funciones al ser realmente un juez con carácter de legalidad y personalidad jurídica propia para imponer y hacer valer las leyes electorales.

Posterior a esta reforma, las atribuciones del nuevo Instituto Nacional Electoral son:

A. EN LOS PROCESOS ELECTORALES FEDERALES Y LOCALES¹⁰⁶:

1. La capacitación electoral y educación cívica;
2. La geografía electoral, así como el diseño y determinación de los distritos electorales y división del territorio en secciones electorales;
3. El padrón y la lista de electores;

¹⁰⁴ Vid. *Legislación Electoral Comparada: Colombia, México, Panamá, Venezuela y Centroamérica*, Centro de asesoría y promoción electoral, Instituto interamericano de derecho humanos e Instituto de investigaciones jurídicas, Edit. CAPEL, Costa Rica 1986.

¹⁰⁵ Cabe señalar que los procesos sociales como la presión política hacen modificar la perspectiva tal fue el caso en la década de los cincuenta que “se presentó nuevamente la necesidad de revisar los procesos electorales. La ley del 4 de diciembre de 1951 significó un avance en ese sentido al establecer que los representantes del Poder Ejecutivo en la Comisión Federal Electoral, se redujeran de dos a uno y que los delegados de los partidos políticos se incrementaran de dos a tres. Además se transformó el Consejo del Padrón Electoral en Registro Nacional de Electores, dándole a esta dependencia no sólo facultades de supervisión sino ejecutivas en la integración del padrón a nivel nacional. Con esto el régimen pretendía dar muestra de una mayor apertura en materia de registro y relaciones con los partidos. Sin embargo, la confluencia de gran cantidad de partidos registrados a partir de 1946 (Partido Acción Nacional, Partido Popular, Partido Democrático Mexicano, Federación de Partidos del Pueblo, Partido Nacionalista de México, Partido Fuerza Popular, etc.) y el peso adquirido por algunos de ellos, hicieron que el gobierno tomara medidas al respecto a fin de reducir las posibilidades de registro, obstaculizando su formación y su participación en los comicios. Para ello, en 1954 se reformó la ley electoral de 1951, con el propósito de elevar el número de afiliados para que un partido pudiera alcanzar su registro. A diferencia de la ley de 1946 que había fijado un mínimo de mil afiliados en dos tercios de las entidades federativas y un mínimo nacional de 30 000, ahora se exigía un mínimo de 75 000 militantes en todo el país, y 2 500 miembros en dos tercios de las entidades federativas. Los efectos pronto se dejaron ver. Mientras que entre 1946 y 1953 se habían concedido 16 registros (10 transitorios y 6 definitivos), de 1957 a 1963, sólo se concedió un registro y a cambio de una cancelación. El gobierno de Adolfo Ruiz Cortines se inició con las reformas de los artículos 34 y 115 constitucionales para otorgar el voto a la mujer.” Información disponible en http://www.diputados.gob.mx/museo/s_nues8.htm consultada el 30 de marzo de 2014

¹⁰⁶ Información disponible en https://pac.ife.org.mx/bol8_not1.html consultado el 12 de marzo de 2014

4. La ubicación de las casillas y la designación de los funcionarios de sus mesas directivas;
5. Las reglas, lineamientos, criterios y formatos en materia de resultados preliminares; encuestas o sondeos de opinión; observación electoral, y conteos rápidos;
6. La fiscalización de los ingresos y egresos de los partidos políticos y candidatos,
7. Las demás que determine la ley.

En la nueva Ley General de Partidos se pretende otorgar al INE un marco legal estable y claro, para que su funcionamiento sea eficaz.

La reforma establece la reducción en el gasto de los partidos políticos y una mayor transparencia en su manejo, la disminución en el monto de los topes de campaña, la revisión de los tiempos oficiales de radio y televisión; prohibir el uso de promoción electoral, tales como materiales de plásticos, textiles y de construcción.

Asimismo, se otorga a la credencial para votar el carácter de documento de identidad ciudadana con vigencia de diez (10) años contados a partir del año de su emisión, a cuyo término el ciudadano deberá solicitar una nueva.¹⁰⁷

B. PARA LOS PROCESOS ELECTORALES FEDERALES¹⁰⁸:

1. Los derechos y el acceso a las prerrogativas de los candidatos y partidos políticos.
2. La preparación de la jornada electoral;
3. La impresión de documentos y producción de materiales electorales;
4. Los escrutinios y cómputos en los términos que señale la ley;
5. La declaración de validez y el otorgamiento de constancias en las elecciones de diputados y senadores;
6. El cómputo de la elección de Presidente de los Estados Unidos

En cuanto al sistema de medios de impugnación, se propone la incorporación de las causas de nulidad, aparte de las que ya contempla la actual legislación; el rebase de los topes de campaña, la utilización de recursos al margen de las normas que establece el órgano electoral, la compra de cobertura informativa en cualquiera de sus modalidades periodísticas.

¹⁰⁷ En los artículos transitorios se precisa que las credenciales para votar con fotografía vigentes con nomenclatura del Instituto Federal Electoral (IFE) se mantendrán como válidas hasta la fecha de su vencimiento, sin perjuicio de su oportuna renovación.

¹⁰⁸ *Ídem.*

PARA LOS ORGANISMOS ELECTORALES ESTATALES, SU PARTICIPACIÓN SÓLO SERÁ EN¹⁰⁹:

1. Los derechos y el acceso a las prerrogativas de los candidatos y partidos políticos;
2. La preparación de la jornada electoral;
3. La impresión de documentos y producción de materiales electorales;
4. Los escrutinios y cómputos en los términos que señale la ley;
5. La declaración de validez y el otorgamiento de constancias en las elecciones locales;
6. El cómputo de la elección del titular del poder ejecutivo;
7. Los resultados preliminares; encuestas o sondeos de opinión; observación electoral, y conteos rápidos, conforme a los lineamientos establecidos en el Apartado anterior;
8. Todas las no reservadas al Instituto Nacional Electoral, y
9. Las que determine la ley.

Otro de los factores que no permiten vislumbrar un panorama claro o por lo menos que ayude a despejar la idea de que esta reforma no es una tentativa partidista para terminar de monopolizar el poder político en el país por parte de los partidos mayoritarios como el PAN, PRI o el PRD, quienes se verían beneficiados, pero será mayor el beneficio que parece que van a tener las cúpulas de estos partidos puesto que la reelección se la irán turnando los que tienen los hilos del poder político en los partidos y para muestra sólo hay que ver lo que hasta ahora han hecho los que controlan los partidos, pues pasan de una cámara a otra o bien sólo dejan pasar un periodo para nuevamente contender y ocupar otra curul.

Asimismo la reforma política en lo que se refiere al asunto de la reelección tiene como punto de contradicción el hecho de que para acceder a dicha figura la persona tendrá que hacerlo a través de la coalición o partido que lo postuló al cargo y no bajo otra circunstancia, lo que es en sí una limitante ciudadana ya que la persona que no esté de acuerdo con el actuar del partido que lo postuló de alguna manera estará en los términos del suicidio político, porque aunque haya hecho una labor excelente o por lo menos decorosa y siente que puede ser refrendado su mandato o representación tendrá la limitante de partido y obviamente de sus dirigentes quienes habrían de avalar la procedencia de su postulación.

¹⁰⁹ *Ídem.*

Es quizá este escollo el que permite que se siga generando la polémica y debate en torno a la reelección tanto legislativa como la de carácter administrativo como los alcaldes, puesto que tienen que superar la barrera o la limitante del referendo o aceptación del partido postulante, lo que en términos llanos plantea o deja de manifiesto que quienes seguirán detentando el poder político son los partidos políticos, lo que de nuevo deja en entredicho el objetivo que deben tener las reformas, el beneficio del colectivo mucho más allá del beneficio o interés de un ente como los partidos políticos pues en el análisis queda claro que los partidos que actúan en las cámaras legislativas actuaron en defensa de sus intereses.

Otra de las vertientes que permiten este análisis es el hecho de que las reformas fueron poco discutidas, se aprobaron casi al vapor, después de la reforma energética¹¹⁰ lo que genera todavía a mayor suspicacia de que fue elaborada casi por una cuestión de compromiso y no por el hecho de que se hubiera hecho a base de propuestas bien elaboradas, por cierto, que también se dice que ha sido un canje del ejecutivo hacia el legislativo para que tuviera también sus méritos en lo referente a las reformas estructurales llevadas a cabo durante el año 2013.

La reelección propuesta en la reforma electoral no parece ser adecuada en los términos en que ha sido planteada puesto que para el caso de la reelección legislativa, el hecho de llevar a cabo una reelección de Senadores es suficiente aunque en términos de temporalidad daría como resultado que un senador durara en el cargo doce años, pero en términos de tiempos legislativos se define como reelección por un periodo, en cambio parece que ha habido un exceso en lo referente a la reelección de los diputados puesto que en términos de tiempo serán de doce años, al igual que los senadores pero en lo referente a reelección de periodos legislativos se está hablando de cuatro periodos consecutivos de reelección lo que se plantea desde un particular punto de vista como algo excesivo en el ejercicio del poder político.

Por ello, se pierde la credibilidad referente a esta propuesta de reforma, tal parece que los legisladores de la Cámara de Diputados no se quisieron quedar atrás con su colegisladora de la también llamada Cámara alta y quisieron homologarse a doce años en lo relacionado a la reelección, lo que se torna en un despropósito, pues a algunos parece un exceso que los diputados puedan permanecer tanto tiempo en sus cargos, que en vez de profesionalizarlos, lo que hará la formación de costos de poder dentro de los recintos

¹¹⁰ DOF (20/12/2013, entró en vigor un día después) http://www.cronica.com.mx/especial.php?id_tema=1740&id_notas=804505

parlamentarios, y que al final de cuentas no se cumplirían los objetivos originales de formar diputados más profesionales.

Bajo este orden de ideas, se pretende hacer hincapié en que México es un país en el que la conciencia cívica y política es por menos valorizada y mucho menos ejercida, se abre una interrogación: ¿estamos preparados para la reelección de nuestros legisladores? y ¿existen mecanismos de evaluación de los mismos?

En **quinto plano**, la reforma plantea la posibilidad de fiscalizar el gasto de campañas electorales desde el momento en el que inician, y si este sistema se lleva a cabo de manera correcta, podría beneficiar tanto a los candidatos en campaña como a la certeza de la correcta ejecución de los procesos electorales, tal como lo señala la exposición de motivos¹¹¹, “es más fácil supervisar el gasto que el ingreso”, y es que realmente sería muy bueno que el gasto de campaña electoral fuese monitoreado desde el primer momento en el que comienza a llevarse a cabo, teniendo sanciones severas para quien rebase los gastos de campaña estipulados.

Se precisa que a más tardar en octubre del año previo a la elección, el Consejo general del INE determinará los topes de gasto de precampaña por precandidato y tipo de elección para la que pretenda ser postulado.

El límite será equivalente al 20% del establecido para las campañas inmediatas anteriores, según la elección de que se trate.

En este sentido el artículo 41 Constitucional Apartado. D, fracción VI incorpora como causa de nulidad de las elecciones federales y locales el excederse del monto total autorizado como gastos de campaña.

En **sexto plano** el artículo 102 Constitucional¹¹² prevé la sustitución de la Procuraduría General de la República (PGR) por una Fiscalía General de la República, pero ésta contará con plena autonomía y la designación de su titular se presenta en una combinación de atribuciones entre el Senado y el Ejecutivo. El Senado enviará una lista con 10 candidatos y el Ejecutivo devolverá una terna para la decisión final del Senado. El nuevo órgano contará con fiscalías especializadas en materia de delitos electorales y de combate a la corrupción.

¹¹¹ Información disponible en <http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.diputados.gob.mx%2FPEF2014%2F&ei=I8xFU8elKpKu2gXajYCQCA&usg=AFQjCNFBcsOjppqldaHzUuQaOAWtluYzE2g&bvm=bv.64507335,d.b2l> consultada el 9 de abril de 2014

¹¹² *Op. Cit.* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En **séptimo plano** la reforma política prevé la modificación al artículo 116 Constitucional, introduciendo al sistema político electoral mexicano la figura de las candidaturas independientes avalando a ciudadanos sin militancia política, para que obtengan su registro y puedan contender a cargos de elección popular, sea como presidente, diputados y senadores del Congreso de la Unión.

Por ello, se establecen como parámetros de obligaciones y derechos de los candidatos independientes los siguientes puntos:

1. Crear una asociación civil que tendrá el mismo tratamiento de un partido político.
2. La obligación de darse de alta ante el SAT.
3. Informar por escrito al INE su deseo de contender en las elecciones.
4. Efectuar actos de proselitismo para alcanzar el porcentaje de apoyo ciudadano requerido.
5. Utilizar financiamiento privado que no rebase el tope de gastos señalado o perderán el derecho a ser registrados o, si ya está efectuado el registro se cancelará el mismo.
6. Designar un representante para asistir a las sesiones de los Consejos General, locales y distritales, sin derecho a voz ni voto.
7. Insertar en su propaganda la leyenda “aspirante a Candidato Independiente”.
8. Tendrán acceso a los tiempos de radio y televisión, como si se tratara de un partido político de nuevo registro.

Los requisitos para obtener el registro los Candidatos serán los siguientes:

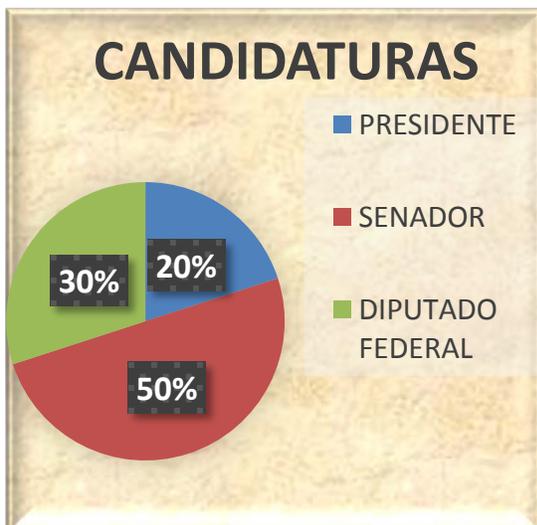
- a. Para Presidente, deberán recabar firmas de al menos 1% de la lista nominal de electores.
- b. Para Senador, al menos 2% de firmas de la lista nominal de electores de la entidad federativa.
- c. Para Diputado, firmas equivalentes al menos 2% de la lista nominal de electores correspondiente al distrito electoral.

Ahora bien, anteriormente los partidos políticos establecían el criterio para dividir los gastos de campaña de acuerdo a su libre elección, en cambio, la nueva ley reglamentaria señala los topes de acuerdo a la participación de las diferentes candidaturas en un mismo acto para quedar de la siguiente manera:



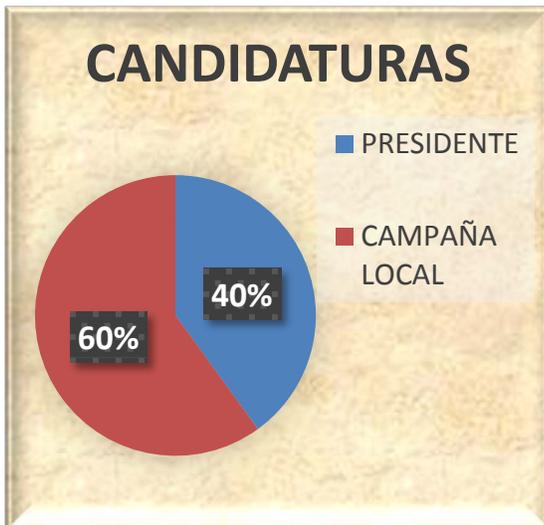
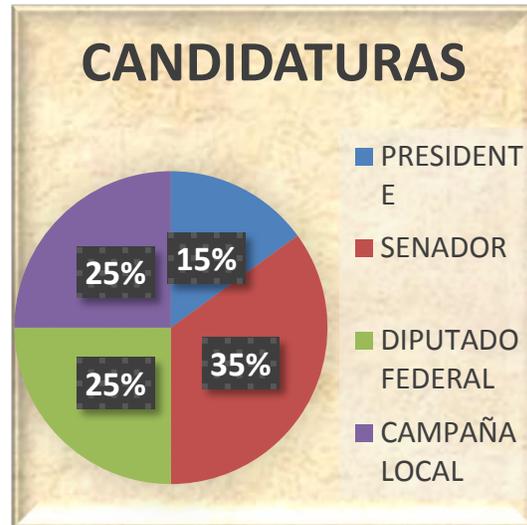
Presidente + Senador = 40% y 60%.

Presidente + Diputado Federal = 60% y 40%.



Presidente + Senador + Diputado Federal = 20%, 50%, 30%

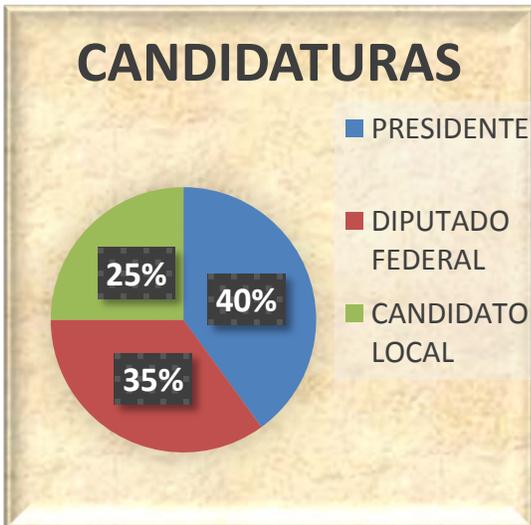
Presidente + Senador + Diputado Federal + campaña local = 15%,35%,25%, y 25%.



Presidente + campaña local = 40% y 60%.

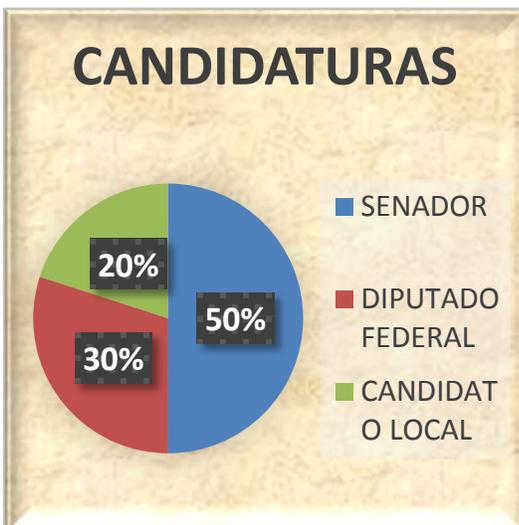
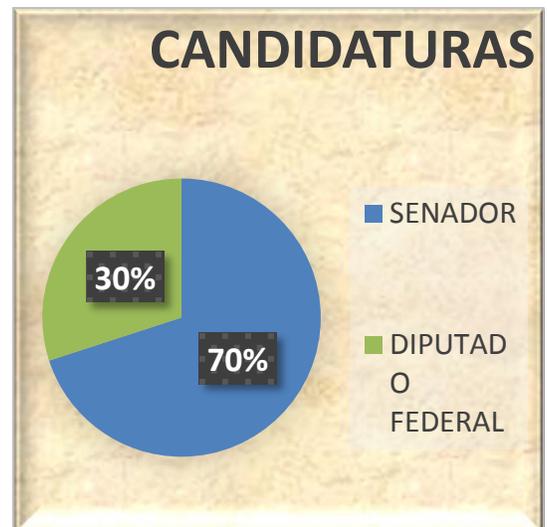
Presidente + Senador + campaña local = 20%, 60% y 20%.



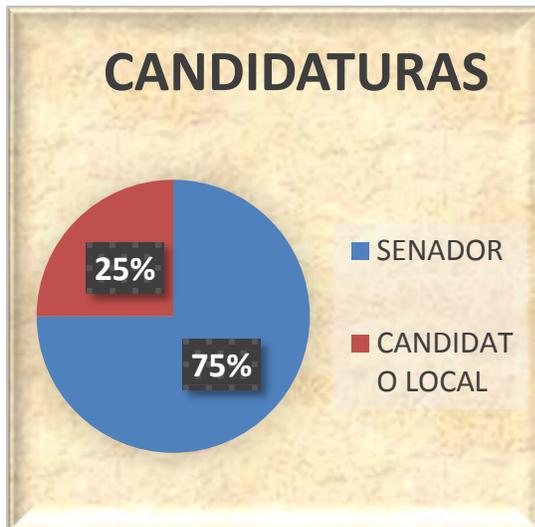


Presidente + Diputado Federal + candidato local = 40%, 35% y 25%.

Senador + Diputado Federal = 70% y 30%.

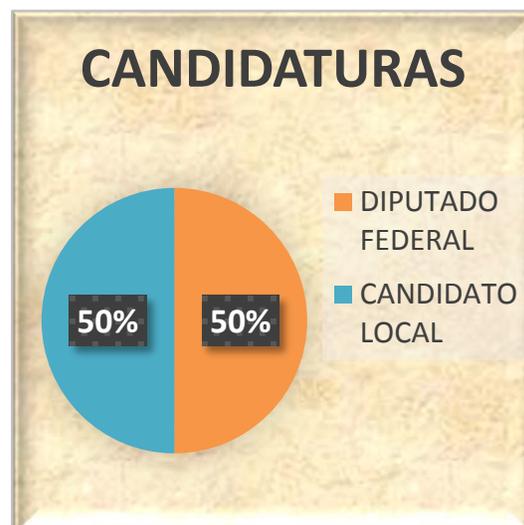


Senador + Diputado Federal + candidato local = 50%, 30% y 20%.



Senador + Candidato local = 75% y 25%.

Diputado Federal + Candidato local = 50% y 50%.



Asimismo, se establece que cuando participen en un acto de campaña dos o más candidatos a un mismo cargo de elección popular, por ejemplo dos Senadores o dos Diputados locales, el porcentaje que corresponde a esas candidaturas se dividirá entre el número de candidatos del mismo cargo.¹¹³

En **octavo plano**, en legislación secundaria se contempló la modificación de varios artículos del Código Federal de Procedimientos Electorales, para ser específicos los

¹¹³ Vid. arenapublica.com/articulo/2014/05/16/1372. Principales cambios de la reforma político-electoral. Información consultada 18 de junio de 2014.

numerales 218, 219 y 220 cuya finalidad es cumplir con cuotas de género en las Cámaras que integran el Congreso de la Unión¹¹⁴.

En este sentido, la paridad de género se estableció de la siguiente forma:

- I. Los candidatos registrados (propietario y suplente) deberán ser del mismo género.
- II. Existe la obligación para los partidos políticos de promover y garantizar la paridad entre los géneros, en la postulación de candidatos a cargos de elección popular en el Poder Legislativo en cualquier nivel.
- III. Las listas de representación proporcional (plurinominales) se conformaran por fórmulas de candidatos compuestos cada una por un propietario y un suplente del mismo género y se alternarán las fórmulas de distinto género a efecto de garantizar el principio de paridad hasta agotar cada lista.
- IV. Las fórmulas de candidatos para el cargo de Senador, deberán estar integradas de manera alternada por personas de género distinta.

En **noveno plano**, la reforma en materia electoral contempla los siguientes aspectos:

- a. Se castigarán las denuncias frívolas, es decir, “aquellas que se promuevan respecto a hechos que no se encuentran soportados en ningún medio o prueba”.
- b. Se incrementan los tiempos de los partidos políticos en radio y televisión de 18 a 30 minutos para precampañas electorales y de 12 a 30 minutos para campañas políticas.
- c. El INE tendrá a su disposición 48 minutos diarios en cada estación de radio y televisión que se distribuirán en un horario comprendido entre las seis (6) y las veinticuatro (24) horas de cada día, a partir de las precampañas y hasta el día de la jornada electoral.
- d. Solamente se permitirá emplear artículos utilitarios textiles durante las precampañas y campañas políticas.
- e. El Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) y los organismos del desarrollo de la Ciencia y Tecnología recibirán los recursos obtenidos por la aplicación de sanciones derivadas de infracciones cometidas por partidos, precandidatos y candidatos.

¹¹⁴ Vid. http://genero.ife.org.mx/primera-reunion-consejeras_2011/m1.html información consultada el 10 de abril de 2014

- f. La asignación de Diputados plurinominales en las entidades federativas, se cambia a través de una fórmula que garantiza que la presencia de los partidos en los congresos locales sea proporcional a los votos que obtuvieron en su elección.

En **décimo plano**, se reforma la Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral, contemplando los siguientes aspectos:

- a. El respeto a los derechos como finalidad de la interpretación de la ley en cada impugnación.
- b. La procedencia del recurso de impugnación para la Consulta Popular.
- c. La procedencia del recurso de revisión contra resoluciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).
- d. La facultad que poseen los representantes de los candidatos independientes de interponer cualquier impugnación.
- e. La posibilidad de interponer juicios de inconformidad y recurso de reconsideración en el caso de la Consulta Popular.
- f. La posibilidad de anular elecciones en casos graves, dolosos y determinantes que sean acreditados de forma objetiva y material, previendo una elección extraordinaria donde no pueda participar la persona sancionada.
- g. La procedencia del recurso de revisión para sentencias de salas regionales del TEPJF y resoluciones del INE, los cuales serían turnados a la Sala Superior del mencionado tribunal (TEPJS).

En **onceavo plano**, se reforma la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos para incluir las siguientes obligaciones:

- 1. La obligación de acatar las resoluciones del INE y la ley electoral aplicable a todos los funcionarios.
- 2. La prohibición de infringir por acción u omisión la normatividad en materia electoral a todos los funcionarios.
- 3. Se considera grave cualquier infracción a los dos puntos anteriores.

En **doceavo plano**, que corresponde al Voto del mexicano en el extranjero, la reforma precisa que:

- A. Los residentes podrán ejercer su derecho de votar tanto en la elección presidencial como en la relativa al Jefe de Gobierno del Distrito Federal y la de los Gobernadores de entidades federativas, bajo las modalidades de voto personal en los consulados, embajadas y centros de votación autorizados o a través del servicio postal.

- B. Se realizará un proceso de credencialización permanente en embajadas y consulados y se elaborará la Lista Nominal de Electores para el voto del extranjero.
- C. Se implantará una plataforma electrónica que permitirá recibir los votos de los migrantes que residen en el extranjero y de conformidad con el registro de la mencionada Lista Nominal de Votantes Residentes en el Extranjero.
- D. Asimismo, se autoriza a los partidos políticos nacionales y los candidatos a cargos de elección popular efectuar campaña electoral en el extranjero.

En **treceavo plano**, se establecen nuevas sanciones a determinados delitos electorales contemplados en la Ley General de Delitos Electorales, se reforman las facultades y obligaciones de autoridades en la materia y la coordinación entre la federación y los estados durante un proceso electoral.

Las sanciones que se aprobaron fueron las siguientes:

1. Multas de mil (1000) a cinco mil (5000) días y de cinco (5) a quince (15) años de prisión al que por sí o por intermediario aporte, utilice o reciba aportaciones de dinero o en especie a favor de algún precandidato, candidato, partido político, coalición o agrupación política cuando exista una prohibición legal para ello, o se utilicen fondos o bienes con un origen ilícito, o que rebasen los permitidos por la ley.
2. Se impondrán penas de dos (2) a nueve (9) años de prisión al precandidato, candidato, funcionario partidista u organizadores de actos de campaña cuando se beneficien con fondos, bienes o servicios en apoyo o perjuicio de otro contendiente.
3. A los servidores públicos que cometan cualquier delito previsto en la norma, se les sancionarán de dos a seis años, además de la inhabilitación para ocupar un cargo en el servicio público federal, local o municipal, delegacional o en el Distrito Federal y en su caso, la destitución del cargo.¹¹⁵

¹¹⁵ En lo que refiere a la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos se incluyen las siguientes obligaciones: 1.-todos los funcionarios tendrán la obligación de acatar las resoluciones del INE y la Ley Electoral aplicable. 2.-Se prohíbe a los funcionarios infringir por acción u omisión la normatividad en materia electoral. 3.-Se considera grave cualquier infracción a los dos puntos anteriores.

6. CONCLUSIONES

1. La reforma busca transparentar gastos y hacer eficientes los procesos y procedimientos antes, durante y después de las elecciones, tal y como se advierte en la iniciativa así como de su exposición de motivos,
2. Del análisis se puede advertir que estamos en presencia de modificaciones trascendentales a nuestro sistema jurídico, ya que esta reforma política en conjunto con las reformas financiera, energética, hacendaria, entre otras nos marca sin duda una nueva etapa del Derecho en México, sin parecer totalmente que este sea para un mayor crecimiento del país sino para un mayor crecimiento de sectores políticos específicos.
3. Queda pendiente analizar los mecanismos de responsabilidad política y administrativa a los cuales debe sujetarse a los legisladores federales o estatales que gocen de las nuevas prerrogativas y si los existentes podrían en determinado caso ser suficientes.

Fuentes Consultadas.

Bibliografía

CARPIZO, Jorge, La Constitución Mexicana de 1917. 4a, Ed. UNAM, México, 1980.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La Constitución como Norma Jurídica" en: La Constitución Española de 1978, 2a. edición, Civitas, Madrid, 1981.

KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, 2a. Ed. UNAM, México, 1979.

LASALLE, Fernando ¿Qué es la Constitución? 2a. Ed. Ariel Madrid, 1979.

RIPERT, George, Aspects Juridiques du capitalisme moderne, 10ª. Ed. Librairie Général de Droit et Jurisprudencie, París, 1951.

RÍOS RUIZ, Alma de los Ángeles, Análisis de las disposiciones constitucionales en materia de comercio exterior (artículos 25, 26, 27, 28, 131 y 133 y la correspondiente legislación ordinaria frente al orden jurídico internacional, Temas Selectos de Derecho Corporativo, Porrúa, México, 2000.

SMITH, Carl. Teoría de la Constitución, Edit. Nacional, México, 1960.

Legislación Electoral Comparada: Colombia, México, Panamá, Venezuela y Centroamérica, centro de asesoría y promoción electoral, instituto interamericano de derecho humanos e Instituto de investigaciones jurídicas, Edit. CAPEL, Costa Rica 1986.

Fuentes electrónicas.

RÍOS RUIZ, Alma de los Ángeles, México Y Su Proyección Internacional En El Marco De La Defensa De Los Derechos Humanos, información disponible en http://www.publicaciones.ujat.mx/publicaciones/perfiles/cs/ediciones/1er_edicion/06_ART_4_MEXICO_Y_SU_PROYECCION_INTERNACIONAL_EN_EL_MARCO_DE_LA_DEFENSA_DE_LOS_DERECHOS_HUMANOS.pdf consultado el 07 de abril de 2014

http://www.diputados.gob.mx/museo/s_nues7.htm

http://www.diputados.gob.mx/museo/s_nues8.htm

http://www.diputados.gob.mx/museo/s_nues9.htm

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

http://www.diputados.gob.mx/museo/s_nues8.htm

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCPo.pdf>

http://www.diputados.gob.mx/museo/s_nues8.htm

https://pac.ife.org.mx/bol8_notas.html

http://www.cronica.com.mx/especial.php?id_tema=1740&id_notas=804505

<http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.diputados.gob.mx%2FPEF2014%2F&ei=I8xFU8elKpKu2gXajYCQCA&usq=AFQjCNFBcsOjpldaHzUuQaOAWtluYzE2g&bvm=bv.64507335,d.b2l>

http://genero.ife.org.mx/primer-reunion-consejeras_2011/m1.html

Recepción: 20 de abril de 2014.

Aceptación: 16 de julio de 2014

TRABAJADORES BURÓCRATAS DE CONFIANZA Y EL DERECHO DE SINDICACIÓN

BUREAUCRATIC WORKERS IN POSITION OF CONFIDENCE AND THE RIGHT OF ASSOCIATION

José Atanacio ALPUCHE MARRUFO*

RESUMEN. La sindicación es un derecho que nació con un sentido pleno de universalidad que reconoció a los trabajadores la facultad de asociarse para la defensa de sus intereses comunes y aceptó un derecho colectivo al sindicato, el cual una vez constituido adquiere existencia y realidad propia.

En México a partir de la adición del apartado B del artículo 123 constitucional se proscribió a los trabajadores de confianza el derecho a sindicarse. Así se desprende de la interpretación constitucional que de las fracciones X y XIV de dicho apartado hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la norma expresa contenida en el artículo 70 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado. La justificación de esa prohibición se analiza bajo el esquema argumentativo empleado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo el método de escrutinio severo y del escrutinio ordinario para descartar el carácter discriminatorio de una norma.

De ese análisis se advierte que el derecho colectivo de sindicación resulta incompatible con el ejercicio de los cargos de confianza, ya que el Estado en virtud del principio de regularidad en el funcionamiento de los órganos públicos debe velar que sus funcionarios cumplan cabalmente sus atribuciones, facultades y obligaciones.

Palabras clave: Trabajadores burócratas de confianza. Sindicación. Ley.

* Magistrado integrante del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, con sede en Mérida Yucatán, Abogado por la Universidad Autónoma de Yucatán; Maestro en Derecho Constitucional y Amparo por el Instituto Nacional de Estudios Fiscales en la ciudad de Tuxtla Gutiérrez, Chiapas; Doctor en Derecho por la Universidad Anáhuac Mayab. Correo: jaalpuchem@hotmail.com

ABSTRACT. The right of association was born with a full sense of universality, with the goal of defending workers' common interests, where all workers share a collective right to form a Trade Union, which, once constituted, becomes a legitimate entity.

In Mexico, the addition of paragraph B of article 123 of the Constitution proscribed the right of association to trust workers. This can be seen from the Supreme Court's interpretation of the fractions X and XIV of paragraph B of the article 123 and the norm contained in article 70 of the Federal law of Workers at the Service of the State. The justification for this prohibition is analyzed under the argumentative scheme used by the Supreme Court under the method of severe scrutiny and regular scrutiny to rule out the discriminatory nature of a norm.

Such analysis warns that the collective right of association is incompatible with those in positions of trust, since the State, by virtue of the principle of regularity in the functions of public bodies, must comply to fulfill its responsibilities, powers and obligations.

Keywords: Trust governmental workers. The right of association. Law.

I. Introducción.

Este tema se eligió porque el derecho de sindicación aunque en la doctrina hay uniformidad en lo que concierne a los aspectos positivos y negativos de la libertad individual y de la colectiva, no sucede lo mismo en las normas positivas.

En efecto, en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo se omitió mencionar los aspectos negativos de la libertad sindical y se dejó a la legislación nacional su regulación. Por su parte, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos existe un trato diferenciado en el artículo 123 en sus apartados A y B, que prevé las relaciones de trabajo para los trabajadores ordinarios y para los burócratas.

En las leyes reglamentarias de los citados apartados del artículo 123 constitucional, se consignan en los capítulos concernientes a las restricciones y prohibiciones al derecho de sindicación.

Acerca de las diversas limitaciones al derecho de sindicación, se han emitido diferentes opiniones, pero sobre todo con respecto al tema de la proscripción del derecho de los trabajadores burócratas de confianza para formar sindicatos; las opiniones son pocas y divergentes y en ninguna de ellas se ha examinado si se justifica esa prohibición desde el punto de vista del principio de igualdad como derecho humano de que las personas serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas.

Así, el objeto de estudio es el derecho de sindicación desde la perspectiva de los trabajadores al servicio del Estado, en sus categorías de base y de confianza. En tanto que el objetivo de esta investigación consistió en determinar si se justifica o no la proscripción a los trabajadores burócratas de confianza respecto de su derecho de sindicación.

El tema de los trabajadores al servicio del Estado implica la necesaria comprensión de la naturaleza de la relación burocrática, su desenvolvimiento primero en el derecho civil, posteriormente en el administrativo y por último en el burocrático. En los trabajadores de confianza destaca como característica especial su esfera de facultades, competencias y atribuciones que en su conjunto constituyen el elemento objetivo de los órganos públicos. El fiel y cabal desempeño de esas facultades y competencias es objeto de protección a través de diferentes formas en las que el Estado ejerce su poder jurídico de mando y tratándose de los trabajadores de confianza ese objetivo se cumple excluyéndolos de ciertos derechos individuales y colectivos.

El Estado como ente colectivo es una cuestión medular que debe abordarse previo a la división de poderes y al principio de regularidad en el funcionamiento de los órganos públicos.

En palabras del ilustre jurista Hans Kelsen, el Estado tiene multiplicidad de objetos de tal manera que se trata de un término difícil de conceptuar. La palabra, según explica en un sentido muy amplio se usa para designar a la sociedad como tal y en sentido restringido para referirse a un determinado órgano de la sociedad, como el gobierno, la nación o el territorio. Desde un punto de vista jurídico se toma en consideración al sujeto de derecho, esto es, a la persona colectiva y la cuestión trascendente que la diferencia de otras personas colectivas lo es el orden normativo que la constituye. Así el Estado es la comunidad creada por un orden jurídico nacional. El Estado como persona jurídica es la personificación de dicha comunidad o el orden jurídico nacional que la constituye.¹¹⁶

II. Libertad de reunión y de asociación.

Dentro de las finalidades o propósitos fundamentales del hombre se encuentra el trabajo, como medio para satisfacer sus necesidades físicas y mentales y obtener sustento para él y su familia o dependientes económicos.

El hombre al vivir en sociedad se agrupa con otros individuos con el propósito de ser más eficaz en el logro de sus metas y objetivos. Así es como nace en forma natural el

¹¹⁶ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*. UNAM, México, 1995, p. 215.

derecho de reunión y posteriormente el de asociación dentro de la esfera de libertad reconocida al individuo.

La libertad de reunión, consiste básicamente en que todo individuo puede congregarse o agruparse con otras personas, en un ámbito privado o público y con la finalidad lícita que se quiera siempre que el ejercicio de este derecho se lleve a cabo de manera pacífica.

La libertad de asociación en cambio constituye: "...un derecho complejo compuesto por libertades de índole positiva y negativa que implica entre varias cuestiones la posibilidad de que cualquier individuo pueda establecer, por sí mismo y junto con otras personas, una entidad con personalidad jurídica propia, cuyo objeto y finalidad lícita sea de libre elección."¹¹⁷

Su diferencia substancial con la libertad de reunión radica en que en aquélla produce la formación de una nueva persona jurídica con efectos legales continuos y permanentes.

III. Derecho de sindicación.

En el campo de los derechos colectivos de los trabajadores destacan: el derecho de sindicación; la negociación colectiva y la huelga. Aquí nos centraremos en el estudio del derecho de asociación profesional de los trabajadores o derecho de sindicación, que dentro de los derechos fundamentales instituidos en el artículo 123 constitucional, apartado A, fracción XVI y apartado B, fracción X, reconocen el derecho de los trabajadores para asociarse para la defensa de sus intereses comunes.

La relación existente entre el derecho de sindicación y la libertad sindical es estrecha; sin embargo, dichos términos no son sinónimos, ya que el derecho de sindicación es la facultad reconocida por el Estado en las normas jurídicas para que los trabajadores o grupos de trabajadores formen sindicatos, ligas y asociaciones. Este término se identifica entonces con el derecho positivo; mientras que la libertad sindical es la suma de derechos, potestades, privilegios e inmunidades concedidas a los trabajadores por todo tipo de normas jurídicas, ya sea constitucionales, internacionales y legales tendientes a garantizar el desarrollo de las acciones destinadas a la defensa de sus intereses y al mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo. En la libertad sindical

¹¹⁷ Tesis Aislada, 1ª. LIV/2010, Primera Sala de la Suprema corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, Marzo de 2010, Registro: 164995, p. 927.

inclusive se encuentran algunas facultades que no están consideradas por las normas jurídicas, sino únicamente por la doctrina.

La doctrina sobre el tema de la libertad sindical es uniforme en cuanto a los aspectos positivos y negativos de la libertad individual y de la colectiva. Lo mismo acontece, en términos generales en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo; sin embargo, en el derecho patrio, constitucional y leyes secundarias no hay tal uniformidad de tal manera que los principios de la libertad sindical, reconocidos por la doctrina fueron violentados en las normas positivas o bien se dan limitantes que justifican algunas prohibiciones a la libertad sindical.

Con relación a las dimensiones de la libertad personal de la sindicación Mario de la Cueva las divide en tres aspectos:

- a) La libertad positiva, que es la facultad de ingresar a un sindicato ya formado, o de concurrir a la constitución de uno nuevo.
- b) La libertad negativa, que posee dos matices: no ingresar a un sindicato determinado y no ingresar a ninguno.
- c) La libertad de separación o de renuncia, que es la facultad de separarse o de renunciar a formar parte de la asociación a la que hubiese ingresado el trabajador o a la que hubiere contribuido a constituir.¹¹⁸

La libertad positiva de sindicación, se caracteriza como un derecho social subjetivo, que al igual que los derechos naturales del hombre de las declaraciones de los siglos XVIII y XIX, impone al Estado y al capital un deber de no hacer, un abstenerse, de todo acto que pudiera obstaculizar el ejercicio de la libertad. Al igual que los demás derechos sociales, poseen una segunda manifestación, en virtud de la cual el Estado debe asegurar a cada trabajador, el ejercicio libre de su facultad.

Para Helios Sarthou la libertad sindical la clasifica en individual y colectiva y cada una de ellas en sus aspectos positivo y negativo.

El aspecto individual de la libertad sindical se clasifica en las siguientes facultades:

- a) Adhesión.
- b) Constituyente.
- c) Desistimiento.
- d) Abstención.

¹¹⁸ Cfr. DE LA CUEVA, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo II, Porrúa, 9ª. ed., México, 1998, pp. 302 y 303.

La facultad constituyente consiste en el derecho o potestad otorgada a los trabajadores para formar organizaciones sindicales, cuando no haya sindicato, o en el caso de que el trabajador no está dispuesto a adherirse al existente y trabaja para el concierto de voluntades, a fin de crear un nuevo sindicato.¹¹⁹

Este derecho está garantizado por el artículo 2° del Convenio Número 87 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), que dispone “los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes”.

Esta norma reconoce a los trabajadores individualmente considerados como sujetos activos de este derecho, que pueden ejercer frente al Estado, los empleadores, los demás trabajadores o cualquiera otra persona física o jurídica que pretendiera perturbar o impedir su ejercicio.

Con relación al tema de la libertad sindical individual, en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado en sus artículos 69 y 70 prevén lo siguiente: “Artículo 69. Todos los trabajadores tienen derecho a formar parte del sindicato correspondiente, pero una vez que soliciten y obtengan su ingreso, no podrán dejar de formar parte de él, salvo que fueren expulsados”.

La primera parte de este precepto se refiere a la facultad constituyente y de afiliación de que gozan los trabajadores burócratas a fin de erigir un sindicato nuevo o bien de afiliarse al de su elección. La segunda parte de la norma desconoce la libertad individual negativa, específicamente, la facultad de desistimiento, ya que en esa porción normativa se prevé que una vez que los trabajadores obtengan su ingreso ya no podrán dejar de formar parte del sindicato salvo cuando sean expulsados.

“Artículo 70. Los trabajadores de confianza no podrán formar parte de los sindicatos. Cuando los trabajadores sindicalizados desempeñen un puesto de confianza, quedarán en suspenso todas sus obligaciones y derechos sindicales”.

Esta norma establece una prohibición expresa para los trabajadores de confianza en cuanto al goce de sus derechos colectivos, particularmente el derecho de sindicación y por ende no disfrutan de la libertad sindical individual en su aspecto positivo en cuanto a sus facultades constituyentes y de adhesión, ya que no podrán integrar ningún sindicato, ni afiliarse a alguno de los ya constituidos.

¹¹⁹ Cfr, DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio (coords.), *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Universidad Nacional Autónoma de México, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, México, 1977, p.189.

Los trabajadores sindicalizados al desempeñar un puesto de confianza, quedarán en suspenso sus derechos sindicales durante el tiempo que desarrollen funciones de confianza.

IV. Normativa nacional.

Al examinar el derecho patrio, particularmente la legislación constitucional, cuyo artículo 123 constitucional fue adicionado con el apartado B, que creó la regulación normativa de los trabajadores al servicio del Estado, anexión a partir de la cual se proscribió a los trabajadores de confianza el derecho de asociación para formar sindicatos y se crearon otras limitaciones a la libertad sindical.

Esta prohibición contenida en la norma positiva plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Si la libertad sindical es un derecho reconocido a las demás categorías de trabajadores desde la perspectiva de los principios de igualdad y de no discriminación se justifica dicha prohibición?

La pregunta es interesante, ya que si se atiende a la reforma al artículo 123, en su adición del apartado "B" en el año de mil novecientos cincuenta y nueve, en la iniciativa presidencial se indica que tiende a incorporar dentro del texto constitucional el conjunto de derechos sociales e individuales de los trabajadores que ya estaban establecidos por el Estatuto Jurídico de los Trabajadores al Servicio del Estado. En dicha adición al artículo 123, se consagran las bases mínimas de protección a los trabajadores que en esta forma aseguran su tranquilidad personal y el bienestar a través del señalamiento de la jornada máxima, descansos, vacaciones, escalafón para ascensos, derechos de asociación, derecho de huelga, pues así se satisface plenamente al individuo quien entrega su vida al Estado y que dentro de las instituciones del derecho del trabajo se encuentra la libertad de asociación como uno de los derechos fundamentales que por definición implica la libertad de los trabajadores para organizarse en sindicatos y federaciones, principios sustantivos del sindicalismo que permite a los servidores del Estado disfrutar de los derechos necesarios para el desarrollo de las fuerzas populares.

V. Normativa internacional.

En el plano internacional, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en sus Convenios 87 y 98 ha elaborado importantes normas sustantivas respecto a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación. En el primer convenio, que ha sido reconocido como uno de los fundamentales de la organización se adoptó como principios

para que los Estados-miembros lo pusieran en práctica que los trabajadores y los empleadores, sin distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a esas organizaciones, con la sola condición de observar sus estatutos.

En otro de sus preceptos se definió que las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades, el de formular su programa de acción, y que las autoridades públicas debían abstenerse de toda intervención que tienda a limitar ese derecho o a entorpecer su ejercicio legal. Asimismo, se previó que las citadas organizaciones no estarán sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa y que las mismas tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de adherirse a éstas y toda organización, federación o confederación, tienen el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales.

En el Convenio número 87 de la OIT se consagró la libertad sindical con un sentido pleno de universalidad, partiendo del derecho personal de cada trabajador a asociarse y reconociendo así, un derecho colectivo. Estas normas internacionales regulan lo que la doctrina denomina como la libertad sindical, individual y colectiva en su aspecto positivo.

En el citado convenio, se señaló que la legislación nacional, deberá de determinar hasta qué punto se aplicará a las fuerzas armadas y a la policía.

Con posterioridad en el convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, en su artículo 6º se estableció que ese convenio no trata respecto de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado.

El análisis de los preceptos del Convenio número 87 de la OIT, lleva a la conclusión de que no mencionan a la libertad sindical negativa. Esta omisión tiene una explicación histórica y, desde luego efectos respecto de la interpretación de sus normas. La oposición sindical a la consagración en el convenio de la libertad negativa de no afiliarse, se fundaba en que una inclusión de esa índole implicaba una virtual prohibición de las cláusulas sindicales, también llamadas de “seguridad o consolidación sindical”, tales cláusulas, con los más variados matices, eran generalmente pactadas en los convenios colectivos de trabajo, y constituían prácticas usuales en numerosos países. Estaban destinadas a promover la afiliación sindical, mediante la inclusión en los convenios colectivos de prohibiciones -directas o condicionadas- dirigidas al empleador de

contratar trabajadores no afiliados al sindicato pactante. La omisión del Convenio 87, dejó la cuestión librada a la práctica y la reglamentación nacionales.¹²⁰

El Convenio número 151 (OIT), sobre las relaciones de trabajo en la administración pública es el que contiene las normas internacionales del trabajo específicas para las relaciones de trabajo de los empleados públicos y de su derecho de sindicación.

Por la singular importancia del citado convenio, se transcribe el siguiente:

Artículo 1.

1. El presente Convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo.

2. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial.

3. La legislación nacional deberá determinar asimismo hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía.¹²¹

Este artículo establece que los sujetos a los que se aplicará el convenio son a los empleados públicos y prevé un principio de norma más favorable, según la cual se observarán los preceptos que otorguen mayor beneficio a los empleados públicos, independientemente si dichas reglas de derecho se ubican en el Convenio Número 151 o en otros Convenios Internacionales del Trabajo.

El principio de reserva permite que sean las legislaciones de los Estados Miembros las que definan hasta qué grado o punto se aplicarán a los empleados de alto nivel, atendiendo a la naturaleza de sus funciones. Para tal efecto, clasifica las funciones en: a) Decisión, b) Dirección y c) De carácter confidencial.

¹²⁰ Cfr. ETALA, Carlos Alberto, *Derecho Colectivo del Trabajo. Asociaciones Sindicales. Convenios Colectivos. Conflictos. Conciliación y Arbitraje. Huelga*, Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 2001, p. 63.

¹²¹ ODERO, Alberto y Guido, Horacio, *Derecho sindical de la OIT. Normas y Procedimientos*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995, p. 35.

VI. Principio de igualdad.

A fin de analizar si se justifica o no la proscripción de sindicación a los trabajadores burócratas de confianza, se atenderá al principio de igualdad, el cual debe entenderse como la exigencia constitucional, de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Así, el principio de igualdad como derecho de que las personas serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y en cuanto al contenido de la ley, se guía por criterios a la luz de los cuales serán examinados por la norma constitucional que instaura un trato distinto para los trabajadores de confianza en cuanto al derecho de sindicación, para evidenciar si con base en los criterios de igualdad la distinción introducida por el legislador obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, puesto que el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos constitucionalmente válidos, y se examinará también la racionalidad o adecuación de la distinción introducida por el legislador de tal forma que ésta constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiso alcanzar.

Conforme a lo expuesto, la hipótesis general de investigación parte del supuesto de que si se justifica la prohibición del derecho de sindicación de los trabajadores burócratas de confianza, entonces se deberá demostrar la racionalidad y proporcionalidad de la medida legislativa que contiene dicha proscripción, así como si responde a fines objetivos y constitucionalmente válidos.

VII. Derecho de igualdad.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que sirve de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación. Por ello, el texto constitucional establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, preferencias sexuales o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El principio de igualdad se compone de dos principios parciales que facilitan su aplicación:

a) Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.

b) Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.

El ejercicio de análisis para evaluar cualquier tratamiento desigual, consta de tres pasos a seguir:

a) Determinar si la finalidad es objetiva y constitucionalmente válida. Ello, en razón de que los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar conexión con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad.

b) Examinar la racionalidad de la medida, esto es, que exista un vínculo de índole instrumental entre los medios utilizados y el bien pretendido.

c) Valorar que se cumpla con el principio de proporcionalidad, lo cual propiamente sopesa la relación de medios afines, con el propósito de determinar si en aras de un fin constitucionalmente válido no se afecta de manera innecesaria o excesiva otros bienes o derechos protegidos por la Constitución Federal, verificando, en su caso, si pudiera existir alguna vía menos gravosa para el derecho.

El artículo 123 constitucional, en su texto original no contenía apartados y regulaba los derechos mínimos de los trabajadores en general; sin embargo, como los trabajadores al servicio del Estado estaban sujetos a reglamentos y estatutos, así como a circulares, ello los desvinculaba de la relación laboral prevista para los trabajadores en general, lo que ameritó la adición del apartado “B”, que colocó a los trabajadores burócratas en una situación diferente; así en el apartado “A” fracción XVI se prevé que tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera. El apartado “B” fracción X, señala que los trabajadores tendrán el derecho de asociarse para la defensa de sus intereses comunes. En ambas normas se reconoce a los trabajadores su derecho de sindicación, pero partiendo de la idea de que existen diversos tipos o categorías de trabajadores, entre ellos los burócratas de confianza, precisamente tratándose de ellos la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha interpretado la citada fracción X, conjuntamente con la XIV, en el sentido de que no gozan de todos los derechos laborales sino únicamente de las medidas de protección del salario y de los beneficios de la seguridad social, lo cual tiene sustento también en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, que en su artículo 70, prohíbe a los trabajadores de confianza formar sindicatos.

En consecuencia la interpretación de la norma constitucional y las leyes federales dan un trato distinto a los trabajadores burócratas de confianza a pesar de que el espíritu

que se desprende del original artículo 123, creado por el Constituyente de Querétaro fue la de consagrar la libertad sindical con un sentido pleno de universalidad, partiendo del derecho personal de cada trabajador a asociarse y reconociendo un derecho colectivo una vez que el sindicato adquiere una existencia y una realidad propias.

Tal pareciera que el espíritu de las normas constitucionales fue prever sin restricción alguna un mínimo de derechos laborales a favor de los trabajadores, entre los que se encuentra el derecho de libre asociación para la defensa de sus intereses; sin embargo, si la libertad sindical no fue conferida a los trabajadores burócratas de confianza se debe establecer si esa exclusión, en cuanto implica que la ley les da un trato distinto, si se justifica esa distinción en el trato utilizando para ello los criterios orientadores proporcionados por el principio de igualdad jurídica, denominados también factores de discriminación que en realidad constituyen criterios que permiten al sujeto obligado por el principio de igualdad construir categorías esenciales de lo igual y lo desigual, definir quiénes quedan comprendidos en una o en otra categoría y con base a ello asignar a los sujetos el tratamiento igualitario o diferenciado según corresponda. El principio de igualdad contempla dos directivas: la primera, dispensar un tratamiento idéntico a las personas que sean consideradas iguales y, la segunda, prohíbe dispensar un tratamiento distinto a las personas que sean estimadas distintas sobre la base de un criterio injustificable.

El punto de partida de los factores de discriminación para evidenciar lo justificado o injustificado del trato diferenciado se hará atendiendo a los criterios creados por el legislador al construir la categoría de los trabajadores de confianza y al principio de regularidad en el funcionamiento de los órganos públicos.

Al describir las limitaciones y prohibiciones a la libertad sindical, se hizo a la luz de los principios de igualdad, del régimen protector de los derechos sociales a fin de determinar, si el trato diferenciado contenido en la norma, resulta constitucionalmente válido atendiendo a los elementos de proporcionalidad, racionalidad y objetividad que forman parte del citado principio de igualdad.

El examen de la proscripción de la sindicación de los trabajadores burócratas de confianza se formula bajo el esquema que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha empleado para estudiar cuestiones de constitucionalidad con base en el principio jurídico de igualdad. El escrutinio se realiza bajo dos aspectos: 1.- El severo o estricto y 2.- El ordinario. En el primero se realiza bajo dos vertientes: a) la de los criterios numerados en el artículo 1° último párrafo de la Constitución Federal como motivos prohibidos de

discriminación, y b) la de derechos fundamentales, específicamente la libertad de trabajo y el derecho de sindicación.

VIII. Criterios numerados.

Empezando por la definición del tipo de criterio a seguir en el escrutinio del principio de igualdad, es claro que las normas impugnadas no introducen una clasificación legislativa articulada alrededor de ninguna de las categorías mencionadas en el artículo 1º, último párrafo de la Constitución como motivos prohibidos de la discriminación.

La norma contenida en la fracción XIV del apartado B del artículo 123 constitucional y en el numeral 70 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, no otorga a los trabajadores burócratas de confianza el derecho a la sindicación y, por tanto, de modo alguno utiliza un criterio de distinción referido al origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la religión, el estado civil, las preferencias sexuales o cualquier otra que aluda a una categoría de personas que compartan o hayan compartido históricamente una condición de exclusión, ni se articula en torno a elementos que atenten contra la dignidad humana o tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Lo que las normas constitucional y secundaria en examen incluyen es una directiva restrictiva de derechos colectivos laborales a todos los trabajadores al servicio del Estado que dada la calidad específica del cargo que ejercen o de la naturaleza de la función que realizan forman parte de los trabajadores de confianza, constituyendo así una categoría pero no un grupo, sociológicamente hablando, equiparable a los articulados en torno a los criterios mencionados en el artículo 1º constitucional, ni tampoco una categorización que atente contra la dignidad humana o tenga por objeto anular o menoscabar sus libertades. Se trata, por el contrario, de una disposición restrictiva de derechos laborales colectivos que se aplica a todas las personas físicas, como tantas otras que por la calidad específica del cargo que ejercen se sitúan en la categoría de trabajadores de confianza.

IX. Derechos fundamentales.

La exclusión de los trabajadores de confianza respecto de los derechos colectivos laborales, en particular de la sindicación, no es una medida legislativa que afecte el derecho al trabajo digno, puesto que esa modalidad no propicia el desempleo, sino que sólo tiende a salvaguardar la prestación del servicio público en óptimas condiciones que

podieran verse afectadas si el Estado otorgara esos derechos a servidores públicos catalogados de confianza en perjuicio de la buena marcha de la actividad estatal.

El apartado B, fracción X, del propio precepto dispone que los trabajadores tendrán el derecho de asociarse para la defensa de sus intereses comunes. Este apartado se refiere a los trabajadores al servicio de los Poderes de la Unión y del Gobierno del Distrito Federal, y en la fracción XIV, de dicho apartado el constituyente introduce implícitamente una restricción que no significa una limitación que condicione la posibilidad de ejercer la libertad de trabajo o el derecho de sindicación reconocido a los trabajadores de base en la fracción X, sino que simple y sencillamente estructura una proscripción de ejercicio respecto de uno de los derechos colectivos de los trabajadores, específicamente el derecho de sindicación de aquellos que tengan la categoría de confianza.

Es importante señalar que el artículo 123 apartado "A", fracción XVI, al indicar que "tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera" está reconociendo un derecho fundamental a favor de los trabajadores regulados en dicho apartado (trabajo ordinario), creando así un derecho que debe ser respetado para esa categoría de sujetos, pero que tratándose de los trabajadores burocráticos la sindicación debe ser analizada bajo las normas que regulan el apartado B.

X. Escrutinio ordinario.

Los preceptos constitucionales 41, 49 y 116, establecen de manera clara el principio constitucional de división de poderes, pero también en dichas normas se encuentra inmerso el principio general de regularidad constitucional en el funcionamiento de los órganos públicos, principio que resulta de singular importancia ya que la regularidad en la función del Estado es la finalidad que persigue la norma en el ámbito laboral al excluir a los trabajadores burócratas de confianza del derecho de sindicación.

En términos del aludido principio constitucional de regularidad en el funcionamiento de los órganos públicos, la conformación de los diversos órganos de gobierno se estructura de manera tal que se garantice el desempeño de las atribuciones que le competen de manera continua y normal, ya que todo cargo público conlleva una específica esfera competencial y al Estado toca velar para que sus servidores acaten fielmente los deberes que garantizan la eficacia y continuidad de la función pública.

El principio de regularidad en el funcionamiento de los órganos públicos tiene matices especiales en la materia laboral.

Sin embargo, la creación de un apartado concretamente previsto para el trabajo burocrático compuesto de normas que responden a las particularidades esenciales de la función pública, puso de manifiesto la voluntad del Constituyente de establecer una diferencia clara entre este régimen y el previsto para el trabajo ordinario, considerando precisamente la diversa naturaleza de la relación que existe, por una parte, entre el trabajador ordinario y su patrono, y por otra, el servidor público y el Estado, así como la distinta posición que guardan los sujetos que intervienen en dichas relaciones.

Otro concepto que resulta de especial importancia es el de órgano como elemento propio del Estado. Generalmente se acepta que el órgano, como instrumento técnico de la actividad jurídica estatal, es un centro o esfera delimitada por normas jurídicas que le reconocen ciertos cometidos o atribuciones que serán realizados por una persona física o conjunto de ellas, utilizando para su actuación bienes y actos pertenecientes o adscritos al Estado.

Los órganos del Estado tienen un elemento objetivo y otro subjetivo. El objetivo consiste en ese centro abstracto de imputación de atribuciones públicas que, como es lógico, está determinado por normas jurídicas.

En términos generales existe una relación de trabajo entre el poder público y sus servidores, pero esta relación no tiene las características de un verdadero contrato de trabajo, pues la ley laboral tiende esencialmente a regular las actividades del capital y del trabajo como factores de la producción, o sea, en funciones económicas, lo que no sucede tratándose del poder público y sus empleados, atenta la organización política y social, porque las funciones encomendadas al Estado no persiguen un fin económico, sino más bien, un objetivo de control para la convivencia de los componentes de la sociedad.

El apartado B, del artículo 123 constitucional, acorde con su espíritu protector configura una ficción jurídica, consistente en equiparar la relación existente entre el Estado y empleado, con una relación laboral, y en disminuir la calidad del Estado al nivel de un patrón.

El Estado, con arreglo al mandato constitucional, está obligado a preservar la eficacia y continuidad de la función pública, y debido a ello le corresponde velar porque sus servidores acaten fielmente los deberes que la misma impone, para lo cual es preciso que esté investido del poder jurídico suficiente para proteger y preservar su organización, en contra de quienes quebranten las reglas de orden público y de interés general, poniendo en peligro la consecución de los cometidos estatales.

En el escrutinio ordinario se inicia con el principio de división de poderes y del principio de regularidad en el funcionamiento de los órganos públicos. Se pondera la racionalidad de la medida legislativa que desconoce los derechos colectivos a los trabajadores de confianza y si esa medida guarda una relación de índole instrumental entre los medios utilizados y la finalidad pretendida por la norma que es el adecuado desempeño de las facultades, atribuciones y competencias de los servidores públicos que ocupen cargos de confianza, y en cuanto a la proporcionalidad de la medida legislativa se proponen tres reglas con las que se pretende justificar que el legislador al privar de los derechos colectivos a los trabajadores de confianza no actuó de un modo abiertamente desproporcional al tratar de alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo, como lo es, la regularidad en el funcionamiento de los órganos públicos.

a. Racionalidad de la medida legislativa.

La exclusión del goce de los derechos colectivos obedece a que tratándose de los trabajadores de confianza no son compatibles con el tipo de cargo y naturaleza de la función que desempeñan, ni con el derecho a la inamovilidad en el cargo como derecho individual.

La exclusión de los derechos colectivos, particularmente del derecho de sindicación a los trabajadores de confianza al servicio del Estado guarda una relación de índole instrumental con la finalidad pretendida con la norma conocida como principio de regularidad constitucional en el funcionamiento de los órganos públicos, ya que la sindicación tiene por objeto el estudio, mejoramiento y defensa de los intereses comunes de los trabajadores mediante la integración de asociaciones profesionales, según se desprende del artículo 67, de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

Ahora bien, cabe preguntar por qué los derechos colectivos, específicamente el de sindicación son incompatibles con el ejercicio del cargo y amerita su exclusión tratándose de trabajadores de confianza.

Para dar respuesta a dicha interrogante se debe tomar en cuenta lo siguiente:

a) La finalidad de la norma contenida en la fracción XIV, del apartado B, del artículo 123 constitucional, es proteger la regularidad en el funcionamiento de los órganos públicos.

b) Para la consecución de ese objetivo se dota al Estado de un poder jurídico de mando que garantiza el debido funcionamiento de los órganos públicos a través de la actuación de los servidores públicos.

En materia laboral ese poder jurídico de mando se traduce en la facultad del Estado de vigilar la actuación de los trabajadores a su servicio, específicamente tratándose de los de confianza, lo que se logra en el ámbito de los derechos individuales a través de la no estabilidad en el empleo y en el derecho colectivo mediante la supresión del derecho de sindicación, que tiene como propósito la formación de organizaciones para la protección, estudio y mejoramiento de los intereses comunes de los trabajadores; derechos e intereses que privilegian al elemento subjetivo de las relaciones laborales, en tanto que la exclusión del derecho de sindicación tiene un alcance de instrumentalidad vinculado con el objeto de la relación jurídica, que es el debido, eficaz y regular funcionamiento del Estado, por conducto de las personas físicas que desarrollan las competencias, facultades y atribuciones que el Estado les otorga en normas de derecho objetivo y cuyo fin primordial es la salvaguarda de los valores que orientan la función pública.

Los derechos colectivos no son compatibles con el ejercicio de los cargos de confianza, por las siguientes razones:

1. En los cargos de confianza se debe privilegiar el objeto de la relación que es la regular actuación del Estado, a través del cumplimiento de las competencias, atribuciones y facultades conferidas al orden público y encarnadas o materializadas en el servidor público, inclusive privilegiando dicho objetivo por encima de los sujetos de la vinculación laboral que son los trabajadores y sus derechos laborales y en virtud de que los derechos sindicales buscan la protección, defensa y mejoramiento de los intereses comunes de los trabajadores, entonces su ejercicio privilegia a los sujetos. Ese cambio de óptica en cuanto a la preferencia, ya sea del objeto o del sujeto de la relación burocrática es lo que hace incompatible el ejercicio de los cargos de confianza con los derechos colectivos, concretamente el de sindicación.
2. Conectado con lo anterior, la actuación de los trabajadores de confianza representa en forma directa al Estado e inclusive dada la ficción jurídica de que los órganos actúan a través de personas físicas, la voluntad de éstas viene a ser la voluntad del Estado.

b. Proporcionalidad de la medida legislativa.

La medida legislativa debe cumplir el requisito de proporcionalidad. El legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, sino que debe cuidar que exista un adecuado balance entre el trato

desigual que se otorga y la finalidad perseguida. El análisis de este requisito se limita a determinar si la distinción realizada por el legislador se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley, y los bienes y derechos afectados por la misma; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.¹²²

a. Primera regla de proporcionalidad.

La proscripción no comprende a todos los trabajadores al servicio del Estado, solo a los de confianza, que constituye así una categoría de excepción.

El artículo 4º, de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, es el que señala la diferenciación entre trabajadores de base y de confianza.

A consecuencia de dicha diferenciación no se deja en estado de indefensión y sin ley aplicable a los trabajadores de confianza, sino que debe entenderse en el sentido de que quedan excluidos de las prerrogativas propias de los de base.

Esa clasificación de los trabajadores que se contiene en la norma expresa citada, también se desprende del análisis sistemático de las fracciones que integran el apartado B, del artículo 123, de la Constitución Federal, que establecen los derechos que tienen los trabajadores al servicio del Estado, así como las normas básicas que deben ser aplicables a sus relaciones de trabajo y que será materia de regulación pormenorizada a través de la Ley reglamentaria correspondiente.

El esquema constitucional que sustenta la construcción de esas dos categorías de trabajadores se apoya en una diferencia esencial, que lo es el elemento confianza, que dentro de un criterio de ponderación constituye una característica que sólo puede darse entre personas específicas a grado tal que bastaría que cambiaran las personas para que automáticamente se desvaneciera dicho componente. La confianza supone cualidades que si desaparecen también automáticamente producen la supresión de la confianza.

Se trata de una categoría de trabajadores que por la naturaleza de la función o tipo de cargo que desempeñan no pueden gozar de todos los derechos que como garantías mínimas se otorgan a favor de los trabajadores de base al servicio del Estado, sino que, atendiendo a esa calidad, tiene prerrogativas fundamentales, como disfrutar de las

¹²² Cfr. Ejecutoria pronunciada en el Amparo Directo en Revisión 988/2004, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIV, Septiembre de 2006, p. 77.

medidas de protección al salario y gozar de los beneficios de la seguridad social, y aun cuando pueden extenderse la protección a los demás derechos individuales, estos tienen como límite lógico y jurídico, la compatibilidad con la calidad y naturaleza del cargo que desempeñen.

Ahora bien, la seguridad jurídica de los trabajadores de confianza en cuanto a su relación de trabajo está protegida específicamente por el artículo 123, apartado B, de la Constitución y por su Ley reglamentaria y por ende esa categoría de trabajadores no quedan en estado de indefensión al gozar de un sistema de protección establecido en la Constitución y en las leyes que regulan sus derechos laborales y los derechos de los cuales están excluidos sólo significa que esta exclusión está referida al principio de estabilidad en el empleo y a las prerrogativas propias de los trabajadores de base.

b. Segunda regla de proporcionalidad.

La categoría de confianza está limitada por el legislador, comprende a los trabajadores que por la índole del cargo que ocupan, por la naturaleza de las funciones que realizan o por el lugar y persona a la que prestan el servicio, es incompatible con los derechos colectivos.

En efecto, la fracción XIV, del apartado B, del artículo 123 constitucional al disponer que la ley fijará los cargos que serán considerados de confianza, se advierte que el poder revisor de la Constitución tuvo la clara intención de que el legislador ordinario especificara qué trabajadores al servicio del Estado, por la designación de su cargo, por la naturaleza de las funciones realizadas o por el lugar y persona a la que prestan el servicio, serían considerados de confianza y, por ende, únicamente disfrutarían de las medidas de protección al salario y de los beneficios de la seguridad social.

Así, resulta patente que conforme a lo previsto en el citado precepto constitucional la indicación sobre qué trabajadores al servicio de Estado son de confianza y, por exclusión, cuales son de base, quedó al arbitrio del legislador, precisándose en la propia norma fundamental que este señalaría los cargos de confianza; lo que implica, atendiendo a que todo cargo público conlleva una específica esfera competencial, que la naturaleza de confianza de un servidor público está sujeta a la índole de las atribuciones conferidas por la ley a determinados cargos, por la naturaleza de las funciones, y por el lugar y persona a la que se presta el servicio.

c. Tercera regla de proporcionalidad.

La exclusión del derecho de sindicación no involucra un desconocimiento total de los demás derechos de los trabajadores de confianza, tales como los que derivan de los servicios que prestan en los cargos que ocupan, esto es de la protección al salario, donde queda comprendido el salario ordinario, aguinaldo, quinquenio, entre otras, así como los derechos derivados de su afiliación al régimen de seguridad social, dentro de las cuales se incluyen, entre otros derechos, seguros de enfermedades y maternidad, de riesgos de trabajo, de jubilación, de retiro, por invalidez, servicio de rehabilitación, préstamos para adquisición de casas.

La fracción XIV, del apartado B, del artículo 123 constitucional limita los derechos de los trabajadores de confianza, entre los cuales el más importante es el ubicado en la fracción IX, donde se estipula la estabilidad o inamovilidad en el empleo, así como el derecho a sindicalizarse a que se refiere la fracción X, los cuales se reservan para los trabajadores de base.

Esta tercera regla de proporcionalidad no produce un desconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores de confianza, tampoco los priva de seguridad jurídica en la materia laboral, ya que los derechos individuales y colectivos respecto de los cuales están excluidos constituyen un medio apto para la consecución de los fines del poder público que es la regularidad en el funcionamiento y actuación del Estado.

La situación de hecho en que se encuentran los trabajadores de confianza al servicio del Estado y los bienes y derechos afectados en virtud de pertenecer a esa medida clasificatoria lleva a la conclusión de que la persecución del objetivo constitucional mencionado no se hizo a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

El escrutinio ordinario de la norma trae como consecuencia que el establecimiento de reglas distintas para los trabajadores de base y los de confianza al servicio del Estado no se traduce en una medida violatoria del principio de igualdad, ya que las normas sujetas a examen se sustentan en consideraciones razonables y objetivas. Además tratándose de los de confianza al crearse la categoría o medida clasificatoria correspondiente, las normas dirigidas a esos trabajadores comprenden a todas las personas inmersas en esa categoría, con lo cual se les trata igualitariamente desde la perspectiva señalada.

XI. Conclusiones.

1.- El análisis de la proscripción del derecho de sindicación de los trabajadores burócratas de confianza, se hizo bajo el principio de igualdad utilizando el esquema argumentativo empleado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para analizar diversos temas relacionados con dicho principio.

2.- La citada estructura argumentativa se puede realizar atendiendo a un escrutinio severo o cuidadoso y al escrutinio ordinario.

El escrutinio severo se realizó bajo dos vertientes:

a) Criterios numerados.

La norma contenida en la fracción XIV del apartado B, del artículo 123 constitucional y en el numeral 70 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado no otorga a los trabajadores burócratas de confianza el derecho a la sindicación y, por tanto, de modo alguno utiliza un criterio de distinción referido al origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la religión, el estado civil, las preferencias sexuales o cualquier otra que aluda a una categoría de personas que compartan o hayan compartido históricamente una condición de exclusión, ni se articula en torno a elementos que atenten contra la dignidad humana o tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

b) Derechos Fundamentales.

De las categorías de trabajadores creadas por el constituyente en el apartado B), del artículo 123 constitucional, únicamente se reconoció a los trabajadores de base el derecho fundamental a la sindicación. En tanto, que los trabajadores de confianza fueron exceptuados de ese derecho.

3.- El escrutinio ordinario se efectuó de la siguiente manera:

a) Finalidad de la norma. La regularidad en la función del Estado es el fin que persigue la norma, ya que la Constitución Federal estructura el ejercicio del poder público bajo el principio de preservación de la regularidad en el ejercicio de las funciones que encomienda a los diversos órganos de gobierno y debido a ello, le corresponde velar para que sus servidores acaten fielmente los deberes que le impone la ley.

b) Racionalidad de la medida legislativa. El derecho de sindicación tiene como presupuesto la defensa de los intereses individuales y colectivos de los trabajadores. Defensa de los intereses que atiende al elemento subjetivo de la relación: los trabajadores en la promoción y conquista de sus derechos laborales, por tanto, el derecho de sindicación resulta incompatible con el ejercicio de esos cargos que privilegian el objeto

de la relación: que es el debido, eficaz y regular desempeño de las funciones públicas. Así el Estado está investido de un poder jurídico de mando suficiente para proteger y preservar su organización, en contra de quienes quebranten las reglas del orden público y de interés general.

c) Proporcionalidad de la medida legislativa.

Primera regla. La proscripción no comprende a todos los trabajadores al servicio del Estado, sólo a los de confianza que constituye así una categoría de excepción.

Segunda regla. La categoría de confianza está limitada por el legislador, comprende a los trabajadores que por la índole del cargo que ocupan, por la naturaleza de las funciones que realizan o por el lugar y persona a la que prestan el servicio, es incompatible con los derechos colectivos.

Tercera regla. La exclusión del derecho de sindicación no implica un desconocimiento total de los demás derechos de los trabajadores de confianza, tales como las medidas de protección al salario y de seguridad social.

FUENTES DE INFORMACIÓN.

DE LA CUEVA, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo II, Porrúa, 9ª. ed., México, 1998.

DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio (coords.), Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, México, 1977.

ETALA, Carlos Alberto, Derecho Colectivo del Trabajo. Asociaciones Sindicales. Convenios Colectivos. Conflictos. Conciliación y Arbitraje. Huelga, Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 2001.

Ejecutoria pronunciada en el Amparo Directo en Revisión 988/2004, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIV, Septiembre de 2006.

KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado. UNAM, México, 1995.

Tesis Aislada, 1ª. LIV/2010, Primera Sala de la Suprema corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, Marzo de 2010, Registro: 164995.

ODERO, Alberto y Guido, Horacio, Derecho sindical de la OIT. Normas y Procedimientos, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995.

Recepción: 19 de abril de 2014.

Aceptación: 16 de julio de 2014.

Crónica Jurídica Anáhuac

XX CONGRESO DE LA FACULTAD DE DERECHO “Transformación del Orden Jurídico en México”

María Guadalupe SÁNCHEZ TRUJILLO*

Desde que se fundó la Universidad Anáhuac Mayab en 1984 y con ella la Facultad de Derecho, se planteó como uno de los objetivos académicos, generar conocimiento y debate jurídico que impulsara a nuestros alumnos a incubar, desarrollar y plantear sus ideas sobre lo que es el Derecho y cómo debe éste ser un elemento transformador de la sociedad, siempre buscando el bien común y por ende, la promoción de la dignidad humana. Es por eso que en 1994 se celebró el primer Congreso de la Facultad de Derecho. Aunque la memoria histórica se pierde en relación a los primeros diez Congresos, de los siguientes sí se tiene información para dar cuenta de ellos.

El XI Congreso de la Facultad de Derecho “Globalización jurídica” se realizó en 2004 y participaron como ponentes: Baltasar Garzón Real, Rafael Marcial Macedo de la Concha, Luis Ernesto Derbez Bautista, Juan Velásquez, Jorge Amigo Castañeda, Pedro Joaquín Coldwell, Kate Doyle.

El XII Congreso de la Facultad de Derecho “Gestión y Políticas Públicas” fue en 2005 y estuvieron presentes Salvador Olimpo Nava Gomar, entre otros académicos.

El XIII Congreso de la Facultad de Derecho “Justicia Criminal y Seguridad Jurídica” se llevó a cabo en 2006 y disertaron: Ángel Prieto Méndez, Pedro José Peñaloza, Mayra González Solís, Olga Sánchez Cordero de García Villegas¹²³, Armando Villareal Guerra, Juan Manuel Herrera Campos, Bello Melchor Rodríguez Carrillo.

El XIV Congreso de la Facultad de Derecho “Democracia en Latinoamérica: realidad y nuevas tendencias” se verificó en 2007, donde los conferencistas fueron: Manuel Espino Barrientos, Beatriz Paredes Rangel y Carlos Marín, Yussif Heredia Fritz, Fernando Bolio Vales y Hernán Vega Burgos.

* Doctora en Derecho. Profesora investigadora, titular del Seminario de Investigación Jurídica del Doctorado en Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, maria.sanchezt@anahuac.mx

¹²³ Su disertación puede leerse en <http://189.254.138.4/oscgv/sites/default/files/sites/sitios.scjn.gob.mx.ministros/files/justicia-criminal.pdf>, recuperada el 24 de junio de 2014.

El XV Congreso de la Facultad de Derecho “Reforma constitucional en materia penal” en 2008 en esta ocasión las conferencias estuvieron a cargo de: María Luisa Quintero, Cleominio Zoreda Novelo y Pablo Vicente Monroy Gómez.

En 2009 la Península de Yucatán y particularmente la Ciudad de Mérida, vivió graves momentos con el brote de influenza A/H1N1 que ya de por sí amenazaba a México en esos días. Por eso se tomó la decisión de no celebrar el Congreso de la Facultad de Derecho

Ya con renovada calma, el XVI Congreso de la Facultad de Derecho “Derecho de familia y la protección del menor” se realizó en 2010. Participaron: Mariano Azuela Güitrón, Adda Lucelly Cámara Vallejos y Manuel F. Chávez Asencio.

El XVII Congreso de la Facultad de Derecho, titulado “Abogado mexicano 2011: un nuevo modelo profesional” en donde los oradores fueron: Victor Everardo Beltrán Corona, José Luis Izunza Espinosa y Rafael Heredia Rubio.

El XVIII Congreso de la Facultad de Derecho “Reformas estructurales fundamentales para México” se efectuó en 2012. Brindaron ponencia: María del Pilar Hernández Martínez, Rodrigo Muñoz Serafín y Fidel Antuña Batista.

El XIX Congreso de la Facultad de Derecho “Nuevos retos del Derecho y su enseñanza” se verificó en 2013, los ponentes fueron: María Esthela Morales Tamez, Celia Rivas Rodríguez, Jorge Victoria Maldonado y Jorge Rivero Evia.

Del 12 al 14 de mayo de 2014, se llevó a cabo la edición número XX de nuestro Congreso de la Facultad de Derecho. Considerado una de las actividades académicas más relevantes de la Península de Yucatán, este año se tituló: “Transformación del Orden Jurídico en México”. El objetivo del Congreso se enfocó a plantear y discutir dos de las trascendentes reformas legales que se dieron en México y que hoy por hoy, constituyen un objeto de estudio de gran importancia para los alumnos de Derecho.

Este Congreso, como se ha visto, se sustenta en conferencias de renombrados juristas, servidores públicos, líderes políticos y sociales. En esta ocasión, el programa se integró por las conferencias: “Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos y su trascendencia en los fallos del Poder Judicial Federal”, brillantemente disertada por el Lic. Pablo Vicente Monroy Gómez, Magistrado titular del Tribunal Unitario del Décimo Cuarto Circuito del Poder Judicial Federal; “Reforma Constitucional en Materia Política”, impartida por el diputado y Maestro en Comunicación Política y Gobernanza Estratégica Luis Hevia Jiménez, Presidente de la Junta de Gobierno y Coordinación Política del Congreso del Estado de Yucatán.

Pablo Vicente Monroy Gómez enfocó su participación a responder tres preguntas: ¿qué son los derechos humanos?, ¿Cuál es su protección Constitucional? Y ¿Cuál es su impacto en las resoluciones de la judicatura?, a partir de la inclusión del término “derechos humanos” en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que vino a sembrar una teoría de la justicia construida con los derechos humanos, enriquecida con el principio de control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad, así como la interpretación conforme a los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos e interpretación a favor de la persona.

Luis Hevia Jiménez, enfatizó la trascendencia de la reforma constitucional en materia política-electoral, pues refunda las Instituciones electorales y redistribuye las competencias de las mismas: crea el Sistema Nacional Electoral, encabezado por el Instituto Nacional Electoral y los Institutos Estatales; redefine la fiscalización de los ingresos y egresos de los Partidos Políticos; la preparación de la jornada electoral, escrutinios y cómputos, etc.

Parte fundamental de esta manifestación académica, lo constituyen los talleres jurídicos y que este año se dedicaron a: 1) “Marco jurídico de la protección al medio ambiente”, impartido por el Maestro en Derecho José Lafontaine Hamui, Delegado de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente en Yucatán (PROFEPA); 2) “Taller de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, Coordinado por el Contador Público Álvaro Traconis Flores, Consejero Presidente del Instituto Estatal de Acceso a la Información Pública del Estado de Yucatán (INAIP); 3) “Taller de Derecho Electoral” coordinado por la licenciada María Elena Achach Assaf, Presidenta del Instituto de Procedimientos Electorales y Participación Ciudadana del Estado de Yucatán (IPEPAC).

La ceremonia de inauguración del XX Congreso de la Facultad De Derecho “Transformación del Orden Jurídico en México”, estuvo presidida por el Maestro Absalón Álvarez Escalante, Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab; el Doctor Narciso Acuña González, Vicerrector Académico de la Universidad Anáhuac Mayab; Licenciado en Derecho Renán Barrera Concha, Alcalde de la Ciudad de Mérida y egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab.

Dentro de este marco, se realizó la entrega de reconocimientos a los mejores promedios de los semestres Enero-Junio y Agosto-Diciembre de 2013.

COLLOQUIUM

MÉXICO ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

MEXICO AND THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (IACHR)

Luis Rubén MARTÍNEZ ARELLANO*

RESUMEN. México ha tenido una activa participación en el sistema interamericano de derechos humanos desde su vinculación al Pacto de San José de Costa Rica en el año de mil novecientos ochenta y uno. En las últimas dos décadas la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emitido diecisiete informes de fondo en casos paradigmáticos de violaciones a los derechos humanos, cuyas recomendaciones en un elevado porcentaje, han quedado sin una respuesta satisfactoria, debido a la ausencia de un instrumento jurídico que a nivel interno permita al Estado Mexicano cumplir con los estándares internacionales mínimos de respeto, investigación, protección, defensa, y reparación de los derechos humanos.

Palabras clave: Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recomendaciones. Casos Paradigmáticos.

ABSTRACT. México has had and active participation in the Inter-American Human Rights System since its ratification of the Pact of San José of Costa Rica in 1981. In the last two decades, the Inter American Commission of Human Rights has issued seventeen reports regarding paradigmatic cases of violations of human rights in our country. A high percentage of these recommendations have not been satisfactorily addressed due to the absence of an internal legal instrument to allow the Mexican state to meet minimum international standards of observance, investigation, protection, defense and redress of human rights.

Keywords: Inter-American Human Rights System. Inter-American Commission of Human Rights. Recommendations. Paradigmatic cases.

* Abogado Postulante, Maestro en Derecho. Cursando actualmente el Doctorado en Derecho en la Universidad Anáhuac Mayab. Correo: martinezarellano@prodigy.net.mx

1. INTRODUCCIÓN.

En el “Diagnóstico de la Situación de los Derechos Humanos en México”¹²⁴, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos en nuestro país (OACNUDH) emitió treinta y un recomendaciones, entre las que destaca la siguiente:

Reformar la Constitución para incorporar el concepto de derechos humanos como eje fundamental de la misma, y reconocer a los tratados de derechos humanos una jerarquía superior a los órdenes normativos federal y local, con el señalamiento expreso de que todos los poderes públicos se someterán a dicho orden internacional cuando éste confiera mayor protección a las personas que la Constitución o los ordenamientos derivados de ella. Además, establecer un programa para el retiro de las reservas y declaraciones interpretativas y ratificar los tratados internacionales pendientes en materia de derechos humanos.¹²⁵

De acuerdo con el citado informe, el Estado Mexicano debió llevar a cabo un proceso legislativo por virtud del cual, su Constituyente Permanente procediera a reformar el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con el objetivo de establecer los mecanismos de incorporación de recomendaciones y sentencias de organismos supranacionales cuya competencia ha aceptado por virtud de los compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.

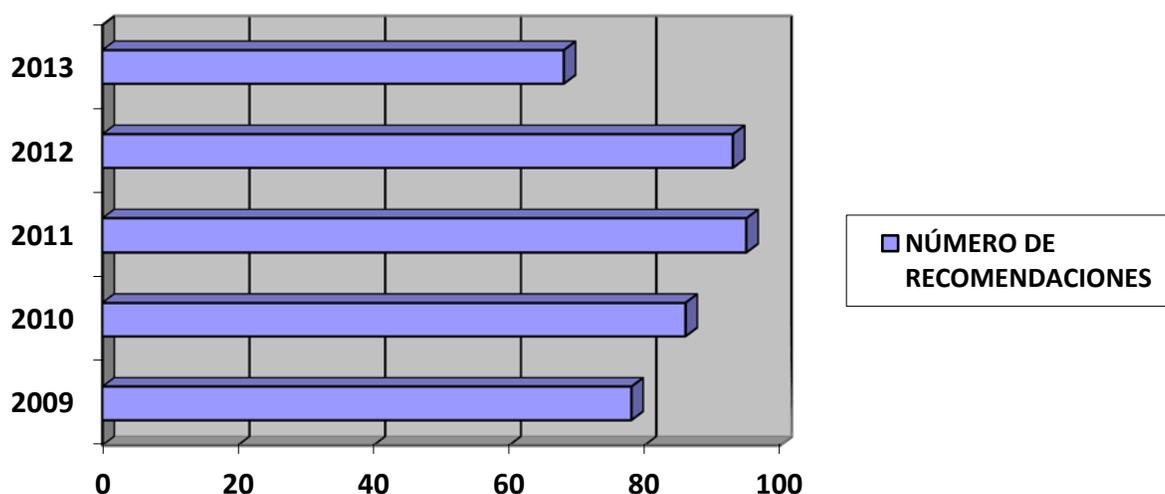
En relación con lo anterior, debe decirse que desde la creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Estado mexicano ha participado activamente en los dos órganos que lo componen: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, al momento de ratificar la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en 1981, México no se sujetó plenamente a la revisión de dichos órganos. Fue hasta finales de 1988 que procedió a reconocer la competencia contenciosa de la Corte. A pesar de la presencia y participación de México en el sistema regional de protección a derechos humanos, y de su tibia apertura al escrutinio internacional, aún persisten casos individuales y colectivos de violaciones graves a los derechos fundamentales. Efectivamente, ante los sistemas no jurisdiccionales tanto nacional como interamericano, se han documentado peticiones en casos de tortura, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas; además se ha evidenciado la prácticamente nula protección y garantía de los derechos económicos,

¹²⁴ Publicado el 8 de diciembre de 2003 por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México.

¹²⁵ Visible en la página www.hchr.org.mx/doctos/libros/8diagnosticoCompleto.pdf. Consultada el día 29 de enero del 2014.

sociales y culturales. Casos como las matanzas de Aguas Blanca y Acteal; los feminicidios en Ciudad Juárez, las agresiones a defensores de derechos humanos¹²⁶, y la represión a las manifestaciones sociales demuestran que a nivel interno, no se han adoptado medidas eficaces para reducir la incidencia de violaciones a los derechos humanos. Si bien la retórica oficial ha hecho de los derechos humanos una bandera política constante; y los órganos del gobierno mexicano han implementado – desarticuladamente- políticas públicas y cambios legislativos, esto no ha permeado integral ni transversalmente a todos los niveles de gobierno, ni de la sociedad, de tal suerte que los mexicanos no percibimos un cambio de rumbo.

Esto se puede demostrar en el ámbito interno con los indicadores que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha presentado en sus informes anuales. A manera de ilustración se tiene que el citado organismo autónomo ha emitido en un total de cuatrocientas veinte recomendaciones en el último lustro, siendo los derechos de primera generación los más vulnerados. La incidencia en el periodo señalado se muestra como sigue¹²⁷:



La gráfica demuestra que, a nivel interno, el organismo protector de los derechos humanos ha emitido en promedio 84 recomendaciones al año, lo que permite afirmar que los esfuerzos de los distintos niveles de gobierno por prevenir los actos violatorios de derechos humanos, aún no fructifica.

¹²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 49/97. Caso 11,543. “Aguas Blancas”. México. 18 de febrero de 1998.

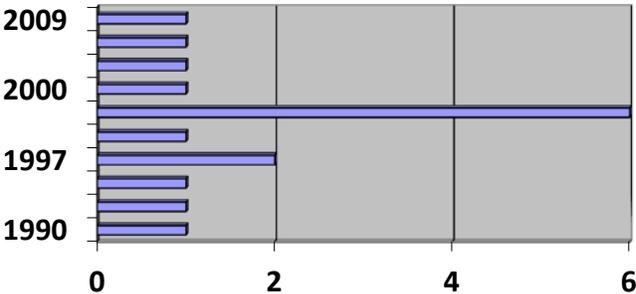
¹²⁷ Datos obtenidos de la página de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos www.cndh.org.mx/Recomendaciones. Consultada el día 29 de enero de 2014.

En el ámbito internacional las cosas no se muestran tan diferentes. Si bien es cierto que por virtud de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del año 2011, el Estado Mexicano ha avanzado sustancialmente reconociendo expresamente el carácter constitucional de los tratados internacionales como lo recomendó en su oportunidad la OACNUDH (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos); también lo es que, a la fecha, no se cuenta con un orden jurídico interno que permita atender a cabalidad con las recomendaciones y sentencias de los organismos que integran el sistema interamericano.

Tan sólo del año 1996 al año 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emitido un total de 17 informes de fondo emitido al Estado Mexicano que contienen una serie de recomendaciones, de las cuales, sólo el cuarenta por ciento se tienen por totalmente cumplidas; veinte por ciento ejecutadas parcialmente, y 40 en vías de realización. Lo anterior deja en evidencia que si bien en los últimos diez años ha existido una voluntad política de apertura al escrutinio internacional, también lo es que aún falta mucho camino por recorrer para lograr una plena compenetración de todos los órganos del Estado para el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones internacionales contraídas en materia de derechos humanos.

La información anterior quedaría representada de la siguiente manera:

Informes de fondo emitidos por la CIDH al Estado Mexicano¹²⁸.

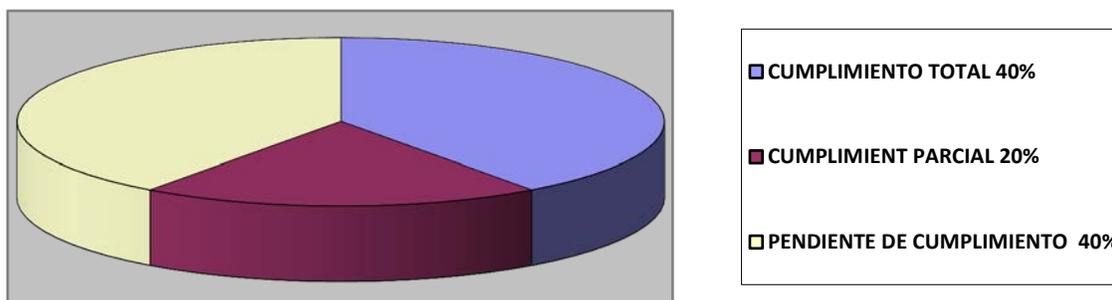


	1990	1993	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2006	2009
■ INFORMES DE FONDO EMITIDOS AL ESTADO MEXICANO	1	1	1	2	1	6	1	1	1	1

¹²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 2012. Visible en la página www.oas.org/es/cidh/informes/anales Consultada el día 29 de marzo de 2014.

El grado de cumplimiento de las recomendaciones emitidas en los informes de fondo ha sido clasificado por la CIDH en tres grandes rubros: A) Cumplimiento Total; B) Cumplimiento Parcial; y c) Pendientes de cumplimiento.

Respecto a los informes de fondo en el periodo ya citado, se observa el comportamiento del Estado Mexicano de la siguiente manera:



Como se puede advertir de la gráfica anterior, El Estado Mexicano ha atendido en su totalidad con un 40% de las recomendaciones emitidas por la CIDH en informes de fondo emitidos en casos particulares¹²⁹.

2. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

Como todo *corpus iuris*, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se nutre de normas y principios. Algunos de estos últimos derivan del derecho internacional público, y otros son propios de la disciplina, generados para hacer efectiva la aplicación de las normas jurídicas. El más importante de los principios es al que la doctrina llama "*pro homine*", o como lo conocemos hoy en día por virtud de las reformas trascendentales en materia de derechos humanos en México publicadas en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio del dos mil once, el "*principio pro persona*", entendiéndolo como un criterio hermenéutico que colma todo el derecho internacional de los derechos humanos, por virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más favorable, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la

¹²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 2012. Visible en la página www.oas.org/es/cidh/informes/anales. Consultada el día 29 de marzo de 2014.

norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de restricciones al ejercicio de los derechos.

El sistema interamericano de derechos humanos tiene distintos niveles de aplicación, puesto que hay diferentes grados de vinculación en la materia para los miembros de la Organización de los Estados Americanos, según estos hayan o no ratificado el Pacto de San José de Costa Rica, y entre los primeros, si aquellos han o no aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A diferencia del sistema Europeo de Derechos Humanos donde todos los asuntos llegan a conocimiento del Tribunal de Estrasburgo, en el sistema interamericano la gran mayoría de los casos encuentra acceso vía pronunciamiento y sometimiento al sistema jurisdiccional por vía de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Es por ello sumamente importante desde el plano teórico, que redunde desde luego en el aspecto práctico, intentar develar cuál es el alcance del compromiso de los Estados en materia de derechos humanos en el marco del sistema interamericano, y en particular cuál es el carácter jurídico de las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, más allá de que sus pronunciamientos no son por naturaleza sentencias emanadas de un órgano jurisdiccional.

El sistema interamericano de derechos humanos es en realidad preponderantemente latinoamericano, teniendo en cuenta que la mayoría de los Estados del Caribe y de América del Norte que son partes de la Organización de los Estados Americanos, o no han ratificado el Pacto de San José de Costa Rica, o habiéndolo hecho no aceptaron la competencia contenciosa de la Corte¹³⁰. En este último aspecto hay que reconocer que América Latina predomina casi completamente en el conjunto de Estados de la OEA que han efectuado la declaración de aceptación de la competencia del Tribunal. Sin duda las tareas que llevan adelante los dos órganos con facultades protectoras: la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos han contribuido a lograr la consolidación del sistema entre los países que tiene distinto nivel vinculante. Tanto la Comisión como la Corte tienen actuaciones que incumben a todos los países que integran la Organización de los Estados Americanos. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano que posee competencia para estudiar la situación general de derechos humanos, y para tramitar peticiones individuales ante la presunta violación de uno o más derechos por un Estado miembro de la OEA. Asimismo, cualquier Estado de la OEA puede solicitar opiniones consultivas a la Corte

¹³⁰ Visible en la página corteidh.or.cr/index/es/acerca-de. Consultada el día 19 de enero de 2014.

Interamericana de Derechos Humanos, y participar en un procedimiento consultivo ante el Tribunal, aún sin ser parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por las razones apuntadas, se concluye que hay un único sistema interamericano de derechos humanos, que partiendo desde los derechos de la persona humana contiene normas, órganos, doctrina y jurisprudencia vinculantes para cualquier país integrante de la Organización de los Estados Americanos.

3.- EL PAPEL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano de protección y promoción de los derechos humanos en todo el continente, lleva a cabo una gran diversidad de acciones que van desde aquellas de carácter político, hasta el conocimiento de casos concretos de presuntas violaciones a los derechos humanos. Ambas funciones, al ser complementarias edifican y fortalecen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Dentro de las funciones de carácter cuasi jurisdiccional, la Comisión conoce de peticiones en donde se reclaman violaciones a derechos humanos en toda América, así como de solicitudes de medidas cautelares en situaciones de gravedad y urgencia. El organismo supranacional posee jurisdicción territorial para analizar cualquier denuncia de violación a los derechos humanos en el Continente Americano en la que haya intervenido un Estado que sea miembro de la Organización de Estados Americanos. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede ventilar casos de los países que han ratificado la Convención, utilizando este instrumento internacional para definir la existencia o inexistencia de responsabilidad internacional.

Asimismo, con base en la Carta de la OEA y su propio estatuto, además de considerar denuncias de violaciones a la Convención Americana sometidas por Estados partes de ese instrumento, la CIDH está facultada para examinar presuntas violaciones a la Declaración Americana por parte de Estados miembros de la OEA que aún no sean parte de la Convención Americana. Esto significa que la Comisión puede conocer de casos de países que no han ratificado la Convención Americana pero que sí son miembros de la Organización de Estados Americanos.

La función más conocida de la CIDH es la relacionada al análisis de denuncias o peticiones relacionadas con casos específicos de violaciones a los derechos humanos. En su informe anual correspondiente al año 2010, la CIDH estimó que había recibido más de catorce mil peticiones. La relativa accesibilidad al Sistema Interamericano ha propiciado

que se presenten año con año una gran cantidad de peticiones o denuncias. Por ejemplo, en el propio año 2010, la Comisión Interamericana reportó que recibió un total de mil quinientos noventa y ocho peticiones, siendo Colombia el país con mayor incidencia de peticiones con trescientas veinticinco; y en un nada honroso segundo lugar, México, con 287¹³¹.

Además de las funciones de carácter cuasi jurisdiccional de la CIDH, ésta ejerce otras de naturaleza política, que derivan del artículo 41 del Pacto de San José de Costa Rica, el cual establece que, con el fin de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, la Comisión debe realizar entre otras actividades: a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten; f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones; y g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Estas actividades se concretan de muy diversas formas. Así, se tienen desde luego el desahogo de audiencias sobre temas de interés en materia de derechos humanos en el continente, la publicación de informes y de comunicados de prensa; la elaboración de informes sobre la situación de países o informes sobre grupos de personas o temáticas de interés; las visitas *in loco*; las consultas a sociedad civil y organismos públicos sobre temáticas de derechos humanos; la organización de talleres, seminarios y cursos sobre el Sistema Interamericano, así como reuniones privadas y públicas con autoridades estatales y con miembros de la sociedad civil, entre otras.

¹³¹ Informe Anual 2010 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Visible en la página cidh.oas.org/annualrep/2010sp/indice2. Consultado el 29 de enero de 2014.

Para ciertos concedores del sistema interamericano como los maestros Santiago Corcuera Cabezut y José Guevara B¹³², estas actividades de la Comisión llegan a tener un efecto preventivo y correctivo a corto o mediano plazo, ayudando así en la resolución de conflictos y violaciones a los derechos humanos. No obstante, las funciones políticas de la CIDH han sido poco estudiadas en el ámbito de la investigación académica, a diferencia de los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional dentro de la misma institución

4. MÉXICO BAJO LA SUPERVISIÓN DE LA CIDH. CASOS PARADIGMÁTICOS.

Desde la creación de la Comisión, en la década de los años sesenta del siglo pasado, se le otorgó a los particulares la posibilidad de presentar quejas por violaciones a los derechos humanos; y desde 1981, año en el que México ratificó la Convención Americana, las personas sujetas a su jurisdicción tienen acceso al sistema de peticiones individuales del organismo. En un principio, este medio de defensa fue poco utilizado por quienes sufrieron vulneración a sus derechos fundamentales por las autoridades mexicanas, básicamente por el desconocimiento del sistema; sin embargo, con el devenir de los años, la actividad escrutadora de la Comisión ha ido incrementándose en la medida en que se han dado a conocer los resultados de cada caso planteado.

El primer contacto de nuestro país con la Comisión Interamericana fue en el año de mil novecientos sesenta y seis, cuando celebró su décimo tercer período de sesiones en el territorio mexicano. En el citado evento, el primer mandatario Gustavo Díaz Ordaz se congratuló por la visita de los integrantes del organismo¹³³. Años más tarde, la propia Comisión emitió una serie de recomendaciones derivadas de reiteradas violaciones a derechos humanos en la época de la “guerra sucia”.¹³⁴

El segundo contacto de México data del año de 1966 cuando la CIDH recibió informaciones del Gobierno relacionadas con violaciones a los derechos humanos, la Comisión determinó hacer del conocimiento de los peticionarios la información suministrada.¹³⁵

¹³² Corcuera Cabezut Santiago y Guevara B. José A. *México ante Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Universidad Iberoamericana. México 2003.

¹³³ Monroy García María del Mar y Sánchez Matus Fabián. *Experiencia de México ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Fundación Konrad Adenauer. México. 2007. Pág. 36.

¹³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 65/05, Petición 777-01. Admisibilidad. Rosendo Radilla Pacheco. México. Octubre de 2005. Visible en la página www.oas.org/es/cidh/informes/anales Consultada el día 29 de enero de 2014.

¹³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Sobre la Labor Desarrollada Durante el Décimo Cuarto periodo de sesiones. Washington. Octubre de 1966.

a. Tres Casos. Derechos Políticos.

Posteriormente, en mil novecientos noventa, se decidieron tres casos de naturaleza político electoral en el que se reclamaban violaciones a los artículos 8 y 23 de la Convención, incluida también una queja por violaciones a las garantías judiciales, derechos políticos, integridad personal, libertad de expresión y reunión entre otras.

Estos asuntos son paradigmáticos porque evidenciaron la forma en que el Estado mexicano organizaba y celebraba sus procesos electorales. La Comisión reconoció que las tres quejas versaban sobre irregularidades cometidas por el Partido Revolucionario Institucional contra candidatos del Partido Acción Nacional en tres elecciones distintas: Chihuahua en 1985 y 1986 para elegir diputados y gobernador respectivamente; y Durango en el propio año 1986, en las elecciones municipales. Las irregularidades consistían en la falsificación de los originales y de algunas copias de las actas de escrutinio y cómputo; así como la utilización de recursos públicos, coacción al voto ciudadano, inconsistencias en el padrón electoral; irregularidades en la ubicación de las mesas receptoras del voto, así como presión sobre los funcionarios de las casillas electorales.

Al concluir su informe, la CIDH señaló:

La Comisión debe hacer presente al Gobierno de México en esta oportunidad que debe cumplir a cabalidad con la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos políticos y a la protección judicial, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.1 de la Convención Americana. En este sentido, la Comisión debe señalar que ha sido informada sobre la existencia de un activo proceso de reforma de la legislación electoral. La Comisión espera que tales reformas conduzcan a la adopción de normas que protejan adecuadamente el ejercicio de los derechos políticos y a instituir un recurso efectivo y rápido para la protección de los mismos. La Comisión se pone a disposición del Gobierno de México para cooperar con él en todo aquello que conduzca a lograr los fines mencionados, tal como lo ha hecho en el pasado con otros gobiernos. Asimismo, la Comisión solicita al Gobierno de México que le remita la información referida al proceso de reformas electorales en curso,

de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹³⁶

b. Caso Luis Felipe Bravo Mena

Posteriormente, en el año de mil novecientos noventa y tres, se resolvió otro asunto de carácter político electoral relativo a Luis Felipe Bravo Mena que denunció violaciones a los derechos políticos de las personas que participaron en el proceso electoral verificado tres años antes. Esta resolución es de suma trascendencia toda vez que, al analizar los alcances del artículo 23 de la Convención, la CIDH determinó que las elecciones en el país debían ser auténticas, universales, periódicas, y realizadas a través del voto secreto o alguna otra forma que preservara la libre expresión de voluntad del elector. En ese caso, la Comisión concluyó que México debía modificar su legislación interna de tal manera que se garantice “un sistema probatorio que permita a los ciudadanos gozar de recursos sencillos, rápidos y efectivos en materia de derechos políticos y la conformación de los órganos electorales”.¹³⁷

c. Década de 1990. Incremento de Peticiones.

Fue hasta la década de los años noventa del siglo pasado, que se identifica un incremento en el número de casos de violaciones a los derechos humanos por el Estado mexicano sometidos al conocimiento de la Comisión. Es probable que este incremento se haya dado por virtud del reforzamiento de las medidas de seguridad implementadas por el gobierno en su lucha en contra del Ejército Zapatista de Liberación Nacional al cual se sumaron otros movimientos como el Ejército Popular Revolucionario y el Ejército del Pueblo Insurgente. Aunado a éstos movimientos, las organizaciones de la sociedad civil empezaron a presentar cada vez más peticiones, por lo que el sistema interamericano de derechos humanos tuvo un crecimiento exponencial en la difusión de sus facultades.

A continuación describiré algunos de los casos más representativos:

¹³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 01/90. 17 de mayo de 1990. Informe de casos 9768, 9780, 9828 de México. Visible en la página <http://www.cidh.oas.org/annualrep/89.90span/Cap3d.htm> Consultada el día 19 de enero de 2014.

¹³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 14/93. Caso 10956. México 7 octubre de 1993. Visible en la página: <http://www.cidh.org/annualrep/93span/cap.III.mexico10.956.htm>. Consultada el día 29 de marzo de 2014.

d. Caso José Francisco Gallardo.

Mención particular merece el caso José Francisco Gallardo que se inició por violaciones a los artículos 7, 8, 11, 13 y 25 de la Convención Americana. Según la solicitud de petición¹³⁸, el 25 de enero de 1995, el general brigadier del Ejército mexicano José Francisco Gallardo Rodríguez había sido víctima de amenazas, hostigamientos e intimidaciones por altos mandos de la Secretaría de la Defensa Nacional. Asimismo, se señaló que mediante la fabricación de delitos y responsabilidades, nunca probados, se sometió a procesos judiciales y penas de prisión injustos. El sustento de la persecución se basó en el inicio de quince averiguaciones previas y la instrucción de nueve causas penales en su contra. La Secretaría de la Defensa Nacional, emprendió una campaña de difamación y descrédito en su contra, y que el día 9 de noviembre de 1993 fue detenido arbitrariamente y encarcelado por falsas acusaciones.

La Comisión, concluyó lo siguiente: Con la detención y sometimiento del general José Francisco Gallardo a dieciséis investigaciones y ocho causas penales de manera continuada y sin propósito razonable lógico y justificable, el Estado mexicano dejó de cumplir con su obligación de respetar y garantizar los derechos a la integridad personal, garantías judiciales, honra y dignidad, y protección judicial del mencionado general brigadier José Francisco Gallardo Rodríguez, de conformidad con los artículos 5, 7, 8, 11 y 25 de la Convención Americana, por los reiterados hechos ocurridos en México desde 1988. La Comisión recomendó a México, entre otras, la liberación inmediata de Gallardo, la investigación y sanción de los responsables de su persecución, además de pagarle una indemnización por concepto de reparación por el daño causado.

e. Caso Aguas Blancas.

El caso “Aguas Blancas”¹³⁹ se presentó ante la CIDH por violaciones basadas en los siguientes hechos: El 28 de junio de 1995 varios miembros de la Organización Campesina de la Sierra del Sur (OCSS) salieron con destino a la ciudad de Atoyac de Álvarez a bordo de dos camiones. Cuando se acercaban al vado de Aguas Blancas, fue detenido uno de los camiones por agentes de la Policía Judicial del Estado de Guerrero, obligando a descender y tirarse en el piso a más de sesenta campesinos. Unos diez minutos después llegó al lugar de los hechos el otro camión, cuyos campesinos también

¹³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 43/96. Caso 11430. Posición de los peticionarios. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. México. 15 de octubre de 1996.

¹³⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 49/97. Caso 11,543. “Aguas Blancas”. México. 18 de febrero de 1998.

fueron obligados a bajar, pero en el momento de descender, los policías comenzaron a dispararles indiscriminadamente, muriendo diecisiete personas y quedando otras heridas gravemente. Al terminar la balacera y luego de obligar a los sobrevivientes a regresar a sus pueblos, los policías se dieron a la tarea de colocar armas a los muertos, para que se fundamentara la versión de que se había producido un enfrentamiento. La Comisión determinó la responsabilidad del Estado mexicano por violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial por los hechos antes mencionados.

En este caso y en el similar “Ejido Morelia”¹⁴⁰ la Comisión recomendó al gobierno mexicano “realizar una investigación rápida, imparcial y efectiva”, “ejercer las acciones penales correspondientes, a fin de someter a un procedimiento judicial a los presuntos responsables de los hechos”, reparar los daños a los familiares de las víctimas, así como adoptar las medidas que fueran necesarias, a fin de que se dictara a la brevedad posible, la legislación reglamentaria del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de hacer efectivas las garantías judiciales y de protección judicial, consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

f. Caso Loren Riebie.

En el Caso Loren Riebie se invocaron violaciones al derecho a la integridad y a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la protección de la honra y de la dignidad, a la libertad de conciencia y de religión, a la libertad de pensamiento y expresión, a la libertad de asociación, a la propiedad privada, a la libertad de circulación y residencia, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial en perjuicio de tres sacerdotes, uno norteamericano, uno argentino y otro español. Los sacerdotes fueron privados ilegalmente de su libertad, interrogados, maltratados y expulsados de la República Mexicana por autoridades migratorias sin derecho a la asistencia consular ni jurídica, ni al derecho de audiencia, ya que las autoridades migratorias argumentaron que realizaban “actividades no permitidas por su status migratorio”. La Comisión Interamericana concluyó que, efectivamente, a los tres sacerdotes extranjeros se les violaron sus derechos por la privación arbitraria de la libertad y la expulsión sumaria. La Comisión también concluyó que el arresto y la expulsión se efectuaron en violación a la integridad física de los mencionados sacerdotes, y del derecho a la protección de su honra y dignidad. La

¹⁴⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 48/97. Caso 11,411. Severiano, Hermelindo y Sebastián Santiz Gómez “Ejido Morelia”. México. 18 de febrero de 1998.

Comisión resolvió que el Estado debía cumplir a manera de reparación con lo siguiente: A. Adoptar las medidas apropiadas a fin de revisar la validez del procedimiento administrativo sancionador seguido contra las víctimas del caso. B. Investigar las responsabilidades de los funcionarios públicos implicados en las violaciones a derechos humanos y aplicar las sanciones correspondientes. C. Restablecer la situación jurídica infringida en el goce y ejercicio de los derechos humanos de las víctimas; y D. Reparar adecuadamente las violaciones de los derechos humanos sufridas por las víctimas.¹⁴¹

g. Caso Héctor Félix Miranda.

En este caso los peticionarios alegaron violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial por el asesinato del periodista del Semanario “Zeta” de Tijuana acaecido el día 20 de abril de 1988; así como la falta de una investigación seria e imparcial¹⁴². Después de más de dos años de trámite en la Comisión Interamericana, se determinó la responsabilidad del Estado mexicano; y por tanto, se le recomendó lo siguiente: A. Llevar a cabo una investigación seria, completa, imparcial y efectiva para determinar la responsabilidad penal de todos los autores del asesinato de Héctor Félix Miranda. B. Llevar a cabo una investigación seria, completa, exhaustiva e imparcial para determinar si hay hechos de encubrimiento y delitos contra la administración de justicia que impidieron la investigación completa de los hechos que motivan el presente informe; y en su caso, aplicar las sanciones penales, administrativas y/o disciplinarias que correspondan. C. Reparar e indemnizar adecuadamente a los familiares de Héctor Félix Miranda por las violaciones a sus derechos humanos.

h. Caso Alfonso Martin Del Campo Dodd.

El 13 de julio de 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una denuncia presentada por Alfonso Martín del Campo Dodd en la cual se alegó la responsabilidad internacional de los Estados Unidos Mexicanos por su detención ilegal y tortura, así como su posterior condena a cincuenta años de prisión en un juicio, sin respeto de las normas de debido proceso, que incluye la utilización de una confesión

¹⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 49/99. Caso 11.610. Loren Laroye Riebie y otros. México. 1998.

¹⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 50/99. Caso 11.739. México. 13 de abril de 1999.

obtenida bajo tortura.¹⁴³ En una posterior comunicación se presentaron como peticionarios Acción de los Cristianos contra la Tortura (ACAT), así como el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)

La Comisión Interamericana concluyó en este informe que Alfonso Martín del Campo Dodd fue detenido arbitrariamente el 30 de mayo de 1992, y sometido a torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes por policías judiciales de la Ciudad de México, con el objeto de hacerle confesar el homicidio de su hermana Juana Patricia Martín del Campo Dodd y su cuñado Gerardo Zamudio Aldaba, cometido la noche anterior. Concluyó asimismo que no se respetaron las garantías del debido proceso, especialmente el derecho a la presunción de inocencia, en virtud de que distintos magistrados ignoraron sus denuncias de tortura y dieron valor a la supuesta confesión obtenida en tales condiciones. En ese sentido, tampoco se le garantizó la protección de sus derechos fundamentales.

La trascendencia de este caso es, al igual que otros seis, haber sido turnado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en términos de lo dispuesto en los artículos 50 y 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos, habiéndose desestimado la causa por una excepción preliminar *ratio temporis* opuesta por el Estado Mexicano en su defensa.

Es importante destacar que en los casos anteriores, los peticionarios invocaron violaciones a derechos de primera generación, a saber: Integridad personal, garantías Judiciales, protección judicial, derecho a la vida y derecho a la libertad personal.

En todos, la CIDH reconoció la responsabilidad del Estado mexicano por violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, lo que evidencia el incumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas con la ratificación de la Convención Americana y el escaso interés que hasta hace quince años manifestaba el poder público en la protección, defensa, promoción, investigación, sanción y reparación de los derechos humanos en nuestro país.

5. CONCLUSIONES.

Después de hacer un breve análisis de las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, haciendo una descripción de ocho casos en los

¹⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 117/09. Caso 12.228. México. 12 de noviembre de 2009.

cuales se responsabilizó al Estado mexicano de violaciones a los derechos humanos en territorio de su jurisdicción, se puede concluir de manera provisional, lo siguiente:

PRIMERA. Se reconoce que en los últimos quince años México ha tenido una participación activa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, desde la conformación de los órganos del sistema; hasta la defensa oficial del Estado ante peticiones individuales.

SEGUNDA. Con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha diez de junio del dos mil once, se cumple parcialmente con las recomendaciones emitidas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el año dos mil tres; sin embargo, queda pendiente la elaboración de una norma interna que permita cumplir satisfactoriamente con las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puesto que el 60% de sus recomendaciones no han sido satisfechas. En tal sentido, debe concretarse el procedimiento legislativo para culminar el dictamen de la Ley general de Cooperación con el Sistema Interamericano de Promoción y Protección a los Derechos Humanos.

TERCERA. En cumplimiento de las obligaciones de promover y difundir los derechos humanos el Estado mexicano –en todos sus niveles de gobierno- debe ampliar el conocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a fin de que, sociedad civil y autoridades cuenten con parámetros de actuación que permitan resolver casos concretos. En la medida en que se conozca el funcionamiento y resoluciones del sistema interamericano habrá menor incidencia de violaciones a derechos humanos.

CUARTA. Al tener un carácter subsidiario el Sistema Interamericano se robustece y legitima al conocer y resolver casos paradigmáticos en los que se responsabilizan a los estados miembros de la Organización de Estados Americanos de presuntas violaciones a derechos fundamentales contenidos en la Convención Americana. En tal sentido, no todos los casos violaciones, aún en casos graves, llegan a la CIDH. Es necesario entonces conocer las vías de acceso al sistema.

QUINTA. El sistema casi jurisdiccional que caracteriza a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos persigue, -además de reparar violaciones a derechos humanos en casos concretos-, cambios estructurales en los Estados; de tal suerte que, sus recomendaciones pueden contener verdaderos cambios al andamiaje normativo que, partiendo de la Constitución, permeen a todo el sistema jurídico. Esto trae como lógica consecuencia un Estado en donde los procedimientos administrativos,

legislativos y judiciales se ajusten de manera progresiva a los estándares mínimos de derechos humanos contenidos en la Convención Americana.

SEXTA. Materia de estudio posterior será abordar precisamente los obstáculos que a nivel interno presenta nuestro sistema jurídico para dar cumplimiento total a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

REFERENCIAS.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 2012.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 65/05, Petición 777-01. Admisibilidad. Rosendo Radilla Pacheco. México. Octubre de 2005.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Sobre la Labor Desarrollada Durante el Décimo Cuarto periodo de sesiones. Washington. Octubre de 1966.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 01/90. 17 de mayo de 1990. Informe de casos 9768, 9780, 9828 de México.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 14/93. Caso 10956. México 7 octubre de 1993.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. México. Informe 43/96. Caso 11430. 15 de octubre de 1996.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 49/97. Caso 11,543. "Aguas Blancas". México. 18 de febrero de 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 48/97. Caso 11,411. Severiano, Hermelindo y Sebastián Santiz Gómez "Ejido Morelia". México. 18 de febrero de 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 49/99. Caso 11.610. Loren Laroye Riebie y otros. México. 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 50/99. Caso 11.739. México. 13 de abril de 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 117/09. Caso 12.228. México. 12 de noviembre de 2009.

CORCUERA CABEZUT Santiago y GUEVARA B. José A. (2003) "México ante Sistema Interamericano de Derechos Humanos". (1ª. Ed). México Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Universidad Iberoamericana.

- FAUNEZ LEDESMA Héctor. (2004). "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales". (3ª. Ed). San José de Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2004). "El sistema interamericano de protección a los derechos humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión. Tomo II. San José de Costa Rica.
- MARTIN Claudia y RODRÍGUEZ PIZON Diego y GUEVARA B. José A. (2010). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (1ª ed.) México. Universidad Iberoamericana.
- MONROY GARCÍA María del Mar y SANCHEZ MATUS Fabián. (2007). "*Experiencia de México ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*".(1ª ed). México. Fundación Konrad Adenauer.
- O'DONNELL Daniel. (2012). "Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano". (2ª. Ed). México. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México. (2003) "Diagnóstico de la Situación de los Derechos Humanos en México". México.
- Organización de Estados Americanos. (2006). "Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano". Washington.

PÁGINAS DE INTERNET.

- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2013). *Recomendaciones*. Recuperado de: www.cndh.org.mx/Recomendaciones.
- Organización de Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informes Anuales*. Recuperado de www.oas.org/es/cidh/informes/anuales

Recepción: 30 de abril de 2014.

Aceptación: 11 de julio de 2014.

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LA SOCIEDAD DEL CONTROL

PROTECTION OF PERSONAL DATA AND CONTROL SOCIETY

Carlos Manuel HORNELAS PINEDA*

Un paranoico es alguien que sabe un poco de lo que está pasando.

William S. Burroughs

RESUMEN. El incremento del uso de diversos dispositivos electrónicos posibilita intromisiones no deseadas a los datos personales de los individuos, lo cual plantea una infracción al derecho a la privacidad. Organismos tanto privados como públicos tienen acceso a datos personales a través de la tecnología digital que redundan en su propio beneficio y sirven como instrumentos de control social.

Palabras Clave: Datos personales, derecho a la privacidad, internet, videovigilancia, control social

ABSTRACT. The increased use of electronic devices has made it possible to access individuals' personal data, violating their right to privacy. Through digital technology, public and private companies use that personal information to obtain economic benefits or as social control techniques.

Keywords: Personal data, Right to Privacy, Internet, electronic surveillance, social control

I. Introducción.

En la actualidad una triple mirada acecha. Somos observados por ojos públicos, a través de cámaras de videovigilancia colocadas por el gobierno para cuidar la seguridad de los ciudadanos. Nos escrutan, asimismo, ojos privados que escudriñan lo que hacemos en el

* Maestro en Comunicación Institucional, Profesor / Investigador de la Escuela de Comunicación y Alumno del Doctorado de Gobierno y Gestión de Políticas Públicas de la Universidad Anáhuac Mayab. Mérida, Yucatán. carlos.hornelas@anahuac.mx 942-4800 ext. 563

supermercado, en las oficinas en las que trabajamos, en las tiendas de conveniencia o al interior de las escuelas. Lo hacen a través de diversos dispositivos para monitorizar: cámaras, pantallas, espejos, actividad en la red, entre otros. Finalmente, ojos indiscretos atentan contra la intimidad de las personas: cualquier ciudadano puede tomar una fotografía con algún dispositivo inteligente y la puede subir y publicar en la red casi de manera simultánea sin que lo notemos o consintamos. Algunos pueden pensar que la vida privada ha cedido terreno o que simplemente se han difuminado las fronteras entre lo público y lo privado.

Mientras gozamos de las bondades de la tecnología moderna, de esto que se ha llamado la Sociedad de la Información, también debemos cuestionarnos si el precio de comodidades se da a cuenta de la renuncia a la pretendida privacidad. Del extremo contrario al de la seguridad se encuentra el control y la vigilancia. Las intromisiones y prácticas de espionaje de la privacidad individual podrían ser objeto de una revisión profunda desde el punto de vista democrático. La tecnología también puede verse como fuente de producción de nuevas formas de acotamiento de la vida privada, incluso en el ámbito laboral, donde los medios informáticos son empleados so pretexto de aumentar la productividad y terminan siendo banco de información detallada de las actividades y rendimiento de los sujetos que los empleadores pueden revisar.

II. La protección de datos personales en México.

La protección de datos personales en el país es una preocupación relativamente reciente, que puede remontarse a una década atrás, con la promulgación de la primera Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en 2002. A partir de entonces la sociedad civil ha presionado por aumentar la lista de sujetos obligados a presentar información sobre áreas que gracias a la discreción de sus autoridades era frecuentemente negada. Como efecto colateral, en los años recientes la atención al tema ha girado hacia la protección de datos personales en manos de particulares.

La literatura en materia de transparencia se ha incrementado considerablemente en los últimos años. Sobre todo el área académica ve en este nuevo objeto de estudio una interesante intersección para el derecho, la gestión de políticas públicas, la sociología y la comunicación.

La problemática legal de la definición de los datos personales en México inicia con la ambigüedad con la cual se refiere a ellos desde diversos puntos de vista para el

profesional del derecho. Los datos personales pueden entenderse bien como una extensión o parte de su personalidad, colocándolos de este modo como un derecho de la persona y en el caso de su reconocimiento a través del artículo sexto constitucional, un derecho fundamental.

Asimismo los datos personales se relacionan con los conceptos de derecho de imagen, derecho de réplica, derecho a la autodeterminación informativa, Derecho a la Privacidad e intimidad y particularmente a la capacidad de oponer recursos ante las instancias correspondientes para el acceso, rectificación, cancelación y oposición de información inexacta que obre en las bases de datos de instituciones y /o empresas.

Un leve vistazo a la evolución histórica de las modificaciones de los artículos 6° y 16° Constitucionales puede dar cuenta de la transformación del concepto dentro del marco jurídico, así como, dependiendo del momento coyuntural, el legislador ha añadido fracciones a dichos artículos en respuesta a circunstancias políticas específicas.

La protección de datos personales en México tiene como antecedente obligado la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental publicada el 11 de junio del año 2002 en el Diario Oficial de la Federación. Esta disposición debe entenderse como el cumplimiento de un compromiso contraído durante su campaña por el entonces Presidente de la República, Vicente Fox Quesada. Surge como una alternativa para proteger el derecho del ciudadano contra los actos de la autoridad que hacían opaco su proceder en algunos temas, en particular el de la rendición de cuentas; así como todos aquellos relacionados con el erario y la discrecionalidad para ejercer el gasto público.

Posteriormente, el 20 de julio de 2007 se da a conocer en el Diario Oficial de la Federación la modificación al artículo sexto constitucional, por la cual se incorporan los principios y criterios básicos que deberán regir el acceso a la información como derecho fundamental. Como se detalla a continuación:

A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: (Adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de julio de 2007. Reubicado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013, convirtiéndose en apartado a.)

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. (Adicionada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de julio de 2007.)

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. (Adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de julio de 2007.)

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de estos. (Adicionada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de julio de 2007.)

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión. “(Adicionada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de julio de 2007.)

Para los efectos de esta exposición, las fracciones II y III cobran una relevancia específica. En lo que se refiere la fracción segunda, se puede pensar que una de las acepciones que tienen los datos personales dentro de nuestra Carta Magna eleva a derecho fundamental la protección a la privacidad.

El caso de la fracción tercera, admite que la titularidad de los datos personales le pertenece a la persona, valga la redundancia, porque se podría decir, son una extensión de su personalidad que lo identifican; y por lo tanto, no es propiedad de quien los tenga en posesión. Razón por la cual, el afectado podrá solicitar la rectificación de sus datos cuando estime conveniente.

En el año 2007, en el marco de la nueva reforma electoral vigente, se fijaron condiciones específicas para la propaganda política de los candidatos a puestos de elección popular a través de los medios de comunicación masiva. En particular, los

concernientes a la radiodifusión, condicionando su difusión exclusivamente a los llamados tiempos del estado. Asimismo hubo una prohibición expresa de la realización de las llamadas “campañas negras” con el fin de denigrar, discriminar y/o zaherir a candidatos adversarios políticos. En ese orden de ideas, se añadió al artículo sexto constitucional el siguiente señalamiento “el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley”. Con esta incorporación se abre la posibilidad de que el afectado pueda solicitar una réplica a un medio de comunicación si la información que difunde es inexacta, lo cual lo ubica como una especie de rectificación.

Para el año 2009, se añaden una serie de fracciones al artículo 16 constitucional en diversas ocasiones. Desde el primer párrafo, se puede apreciar la protección a la esfera íntima de la persona cuando se afirma que “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.” Esto constituye un claro señalamiento de aquello que ha sido llamado Derecho a la Privacidad y/o derecho a la intimidad.

El segundo párrafo, por ejemplo establece la protección de datos personales de la siguiente manera:

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

Este párrafo en particular es la inspiración para el acrónimo con el cual la doctrina internacional se refiere a estos derechos, se les ha llamado derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición).

Más adelante acota:

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la

comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración.

La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

El 30 de abril del 2009, en el Diario Oficial de la Federación se publicó una adición al artículo 73 constitucional, el cual señala en su fracción XXIX-O las facultades exclusivas del Congreso de la Unión para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares. Lo cual equivale a admitir que esa materia es solamente de carácter federal.

Asimismo, establece que tiene facultad:

XVII. Para dictar leyes sobre vías generales de comunicación, tecnologías de la información y la comunicación, radiodifusión, telecomunicaciones, incluida la banda ancha e Internet, postas y correos, y sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal.¹⁴⁴

El 5 de junio de 2010 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. Si la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental ya vela por los datos del ciudadano común y corriente ante los actos de abuso de autoridad, esta ley de reciente creación los datos personales en posesión de particulares, es decir, en aquellos casos en los que las bases de datos a las que se hace referencia no sean de carácter oficial ni estén soportadas por alguna dependencia del Estado.

De lo anterior se deduce que si un determinado particular, por ejemplo, una empresa o una compañía de bienes y servicios, mantiene una base de datos personales de sus clientes, deberá regirse por los principios y normas establecidas a nivel federal en

¹⁴⁴ Fracción reformada DOF 11-06-2013.

materia de datos personales en posesión de particulares, por el Congreso de la Unión y las leyes que determinen su momento. Asimismo esto quiere decir que las autoridades locales al interior de los estados no tienen ninguna competencia en materia de datos personales tratándose de particulares. Las autoridades locales tienen competencia solamente en lo que se refiere a los datos personales en posesión de las autoridades correspondientes. El órgano garante a nivel federal es el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de datos: IFAI.

Como se ha señalado anteriormente la legislación en materia de protección de datos personales tiene como antecedente obligado la ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental. En ese sentido, cabe mencionar que mientras que esta ley garantiza el acceso a la información, también incluye una serie de reservas al principio de máxima publicidad. Dicha ley plantea una diferencia entre la información reservada y la de carácter confidencial. Se entiende a la información reservada como aquella en manos de la autoridad que no puede ser divulgada a partir de un supuesto de seguridad nacional o una causa mayor. Mientras que la información de carácter confidencial engloba a los datos personales, de los cuales, se dice, requieren el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización.

Así, pues, la ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental en su artículo cuarto de la fracción III señala como objetivo de la ley: “garantizar la protección de los datos personales en posesión de los sujetos obligados”.

En el artículo 3 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares afirma que “para los efectos de esta ley, se entenderá por: [...] II. Bases de datos: el conjunto ordenado de datos personales referentes a una persona identificada o identificable.” Más adelante, el mismo artículos los define como “V. Datos personales: cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable.”

Sin embargo debe reconocerse el contexto de esta óptica con la cual opera dicha definición. Si bien un dato de un sujeto pueden ser, por ejemplo su estatura o su complexión, por sí solas estas medidas no constituyen un dato personal sino hasta el momento en que se asocian y establezcan de modo efectivo la posibilidad de identificar a un sujeto por su complexión, estatura, género, origen étnico, etcétera.

Por esa razón se habla de bases de datos en lugar de, simplemente datos. Mientras, en el mismo artículo 3 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares diferencia los datos personales sensibles y los define como:

VI. [...] aquellos datos personales que afecten a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. En particular, se consideran sensibles aquellos que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente y futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical, opiniones políticas, preferencia sexual.

Cabe mencionar que la revelación de datos sensibles se castiga con una pena fijada como el doble de la que corresponde a la revelación de datos personales.

En el artículo sexto de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares se señala que “Los responsables en el tratamiento de datos personales, deberán observar los principios de licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad, previstos en la ley”.

Para tal efecto, se dice, los particulares deberán exhibir un aviso de privacidad en sus instalaciones, que le informe al ciudadano cómo se almacenarán los datos, con qué fines, hasta qué período y definirá a un responsable para la custodia y resguardo de estos datos personales.

Como puede colegirse la comprensión del tema gira en torno a las colindancias de derechos, en primer lugar; las diferentes acepciones de los datos personales a las que se hace referencia, en segundo; las motivaciones políticas que propician las modificaciones a los artículos que las elevan a derechos fundamentales. Asimismo, la evolución de las modificaciones a los artículos constitucionales permite vislumbrar que la explicación o parte de ella se encuentra a través de estos momentos históricos que articulan tanto las apreciaciones teóricas que les respaldan como su traducción a la práctica cotidiana.

III. Caracterización de los usuarios de internet en México.

De acuerdo con la Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI), en el reporte presentado el pasado 17 de mayo de 2013 en el marco de la conmemoración del día internacional de Internet, titulado “Hábitos de los usuarios de Internet en México 2013” se da a conocer un crecimiento del 10% de usuarios desde 2012 al 2013, de tal modo que la cifra alcanzada es de 45,1 millones de usuarios.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Véase en <http://www.merca20.com/wp-content/uploads/whitepapers/redes-sociales-whitepaper-2013.pdf>, consultado el 21 de mayo de 2014.

El estudio establece que existe una equidad en el empleo de internet dado que 51% de los usuarios son hombres y 49% mujeres. Asimismo, casi el 30% de los internautas en México se encuentra entre los rangos de 25 a 44 años. Durante 2013 el tiempo promedio de conexión diaria del internauta mexicano fue de 5 horas y un minuto, 67 minutos más que en 2012.

Las tres principales actividades que desempeña el internauta mexicano son: envía/recibe correo electrónico 87%; búsqueda de información 84% e ingreso a redes sociales 82%. También se especifica que 9 de cada 10 internautas mexicanos entran a una red social.

Los usuarios de mayor uso de las redes sociales son los consumidores de 25 a 34 años, alrededor del 50% afirman estar enlazados todo el día; 42% del segmento de 18 a 24 años las revisan de 6 a 9 veces al día y en general se conectan regularmente en las noches.¹⁴⁶ Las redes sociales más populares son: Facebook, Twitter y Youtube, en ese orden. Aunque hay ligeras variaciones de preferencia entre una y otra dependiendo de los usuarios por las diferentes edades de los usuarios.

Los usuarios de internet en México ingresan a las redes sociales desde su teléfono celular inteligente, su *tablet*, la computadora de escritorio o la computadora portátil. Aquí también se encuentran distribuidos por edad. Por ejemplo, los usuarios jóvenes de 18 a 24 años de edad lo hacen regularmente a través de computadoras portátiles, mientras que los de 25 a 34 años se conectan más a través de sus celulares inteligentes.

El advenimiento de las redes sociales virtuales como una de las actividades más socorridas por los internautas presupone diversos problemas de orden teórico, conceptual y práctico en relación con la protección de datos personales. El uso intensivo y exponencialmente en crecimiento del internet, en particular de las redes sociales virtuales, plantea interrogantes a propósito de las patidifusas fronteras entre la intimidad y la propensión a compartir datos a través de estas plataformas. Muy pocas personas en la red son conscientes de que al subir contenido o compartir información sus acciones pueden ser consideradas posibles infracciones a los derechos de imagen, a la seguridad de las personas, al secreto o sigilo en distintas clases de procedimientos así como en un espectro bastante amplio que rodea la llamada protección de datos personales para instituciones, empresas, organismos sociales y particulares.

Los datos personales en las redes sociales virtuales tienen colindancia con una serie de derechos que implican una problemática ya de suyo específica como: el derecho

¹⁴⁶ *Ídem.*

a la imagen, el derecho a la intimidad, el Derecho a la Privacidad, el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho de réplica, el derecho de autor y el llamado “derecho al olvido” entre otros. A esto habrá que añadir que las redes sociales virtuales más populares no son nacionales y en ocasiones las compañías que las operan no tienen oficinas en nuestro país. Esto hace que los llamados derechos ARCO (acrónimo de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición) sean más difíciles de hacer valer.

México no cuenta en su Constitución Política con la definición del llamado *Habeas Data* como ocurre como en el caso de algunos países latinoamericanos como Argentina en el cual admite la posibilidad de solicitud de un amparo a la autoridad correspondiente ante dichas violaciones. En el caso mexicano, el ciudadano se deberá dirigir ante el depositario de la información que requiere retirar o rectificar y en caso de serle negado su derecho, puede acudir ante los institutos de transparencia estatales si se trata de sujetos obligados, es decir entes públicos, o bien ante el IFAI si se trata de datos personales en posesión de particulares.

Por consiguiente, aunque la Ley Federal de Protección de Datos Personales y su reglamento tienen procedimientos específicos para la reclamación, tal pareciera que en la práctica dicha protección se reduce a la emisión de un aviso de privacidad como advertencia a los usuarios.

Entonces la reflexión gira alrededor del sujeto responsable de los datos en la empresa o compañía y alberga una serie de cuestionamientos sin resolver, por ejemplo ¿deberá existir sólo una persona responsable?, ¿No será mejor distribuir privilegios de consulta, acceso y distribución por niveles jerárquicos a varios responsables?

Para las redes sociales virtuales el llenado del formulario en línea que solicita incorporarse en cualesquiera de estas compañías, a cambio de un espacio público en la red funciona de facto como un contrato de adhesión que al presionar el botón “aceptar” otorga un claro consentimiento del sujeto para que la empresa en cuestión utilice sus datos personales en el modo que estime más conveniente a partir de ese momento. Además, en la inmensa mayoría de los casos las empresas no tienen sede en México lo cual hace de internet una cuestión extra-territorial.

Como puede apreciarse existe la posibilidad real de que diversos agentes sociales que van desde las instituciones públicas hasta las empresas transnacionales intervengan directamente en ellas para su propio interés, con el detrimento de las libertades y derechos de la población en general.

Una reflexión sobre el marco de protección de una de las cuestiones más sensibles de la persona humana, como lo son sus datos personales, se hace necesaria. Delimitar y caracterizar aquello que puede ser objeto de protección es un debate actual que debe nutrirse de los aportes transdisciplinarios de la comunicación, el derecho y la política pública.

A medida que los usuarios son cada vez más demandantes de servicios otorgados a través de internet tales como la búsqueda de información, el entretenimiento, trámites oficiales o de consulta a órganos gubernamentales, las transacciones comerciales y el contacto con otros individuos empleando plataformas de redes sociales virtuales, sigue siendo un asunto pendiente el marco de regulación específico sobre la privacidad.

IV. La sociedad del control y a vigilancia.

A. En la red, ¿somos la araña o la mosca?

Los avances logrados en las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC)¹⁴⁷, constituyen la infraestructura de una plataforma global en línea que procesa y da tratamiento simultáneo a datos personales de los usuarios, que finalmente terminan con o sin su consentimiento tanto en manos del Estado, instituciones privadas, empresas comerciales o terceras personas, sirviendo de insumo para sus diferentes propósitos.

En la Sociedad de la Información las TIC actuales abarcan desde chips de memoria altamente eficiente; la convergencia de las comunicaciones digitales; la capacidad ilimitada de almacenamiento; el procesamiento ultrarrápido de altos niveles de información; los dispositivos móviles multipropósito; las redes sociales virtuales; el reconocimiento automatizado de rasgos faciales¹⁴⁸; la geolocalización de datos y dispositivos en “tiempo real”; así como un incremento en la vigilancia, supervisión y monitoreo del flujo y contenido de correos electrónicos; ataques cibernéticos; escudriñamiento de características biométricas o genéticas; computación en la nube;

¹⁴⁷ Las TIC se definen como sistemas tecnológicos mediante los que se recibe, manipula y procesa información, y que facilitan la comunicación entre dos o más interlocutores. Por lo tanto, las TIC son algo más que informática y computadoras, puesto que no funcionan como sistemas aislados, sino en conexión con otras mediante una red. También son algo más que tecnologías de emisión y difusión (como televisión y radio), puesto que no sólo dan cuenta de la divulgación de la información, sino que además permiten una comunicación interactiva. El actual proceso de “convergencia de TIC” (es decir, la fusión de las tecnologías de información y divulgación, las tecnologías de la comunicación y las soluciones informáticas) tiende a la coalescencia de tres caminos tecnológicos separados en un único sistema que, de forma simplificada, se denomina TIC (o la “red de redes”). Cfr. ONU- CEPAL. *Los Caminos Hacia Una Sociedad de la Información en América Latina y El Caribe*, Bávaro, Punta Cana, República Dominicana, 29 al 31 de enero de 2003[<http://www.itu.int/wsis/docs/rc/bavaro/eclac-es.pdf>] Consultado el 14 de enero de 2014, página 3.

¹⁴⁸ Cfr. “Reconocimiento facial”, en *Biometría. Métodos biométricos*, Disponible en línea [<http://www.biometria.gov.ar/metodos-biometricos/facial.aspx>] consultado el 10 de febrero de 2014.

técnicas de visualización de datos a través de dispositivos digitales; dispositivos de identificación de radiofrecuencia (RFID¹⁴⁹); hasta artefactos diminutos para la medición de características físicas de los individuos. Todos los cuales tienen en común el uso y / o tratamiento de datos personales.

A partir del advenimiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se ha adoptado una presunción básica acerca de la protección de datos personales basada en una moderna interpretación del Derecho a la Privacidad. Establece que cada persona tiene cualidades atributos o características únicas e irrepetibles distintas a todos los demás que configuran en su conjunto los elementos de su persona.

En ese sentido, la protección de datos personales se equipara con el derecho a la personalidad. Siendo entonces estos elementos constituyentes de la persona y que en conjunto permiten su plena identificación, es completamente razonable que se convierta en una prerrogativa individual su divulgación o reserva del modo en que más le convenga o interese, es decir, que en última instancia sea quien ejerza el control sobre sus propios datos, o bien consienta su tratamiento a terceros.

No obstante, en la actualidad hay un incremento sustancial de métodos cibernéticos o informáticos intrusivos e indetectables que pueden utilizarse para identificar, analizar, evaluar o crear perfiles individualizados de personas, que sirven como insumo a terceros, vulnerando con ello sus derechos fundamentales, y, peor aún, exponiendo su seguridad, dado que dicha información puede resultar hasta en acciones de localización y ubicación física para fines de todo tipo¹⁵⁰.

B. *Nosotros: la mercancía y los consumidores.*

Desde el punto de vista comercial, la tecnología permite la creación de perfiles personalizados de consumo y preferencias basados en la acumulación de información referenciada en los datos personales que delinean tendencias¹⁵¹. A modo de ejemplo, las

¹⁴⁹ Cfr. Alexandres Fernández, Sadot (*et. al.*), "RFID: La tecnología de Identificación por Radio Frecuencia", en *Anales de mecánica y electricidad*, Enero-Febrero 2006, Disponible en línea [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1448367&orden=62874&info=link>] páginas 47-52 Consultado el 30 de enero de 2014

¹⁵⁰ @ADN Político, *Sitio web revela datos personales...¿están los tuyos?*, en ADN Político, 7 noviembre de 2013, Disponible en línea [<http://www.adnpolitico.com/gobierno/2013/11/07/tu-ife-curp-y-domicilio-estandon-disponibles-en-un-sitio-web>] Consultado 14 de enero de 2014

¹⁵¹ "Precisamente la información de carácter personal ha sido necesaria en el proceso evolutivo de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones y, sobre todo, de los servicios que se prestan a través de ellas. Una de las facetas de esa necesidad es, evidentemente, económica. Las empresas requieren de la creación de bases de datos que les permitan tener un mejor perfil de sus clientes y en el caso de las telecomunicaciones, sobre todo en lo que concierne a los prestadores de servicios, las bases de datos tienen un carácter esencial". Arellano Toledo, Wilma "Privacidad y protección de datos en internet: España, la Unión

compañías que operan a través de la nube conocen con precisión la última compra de música realizada en línea, y con datos tan específicos como el número de la tarjeta de crédito, la dirección asociada para la facturación, el importe y fecha del consumo, el gusto por un determinado género musical y los dispositivos en los cuales se ha descargado la melodía¹⁵².

Asimismo, la computadora del vehículo guarda el número de viajes, las trayectorias recorridas, su duración. En el caso de los *Smartphones* que comparten información con las redes sociales virtuales suelen sugerir encuentros con personas “interesantes” que son amistades potenciales, basados en los pasatiempos favoritos publicados como el tipo de lecturas, películas, lugares o intereses comunes. E incluso podrían enviar un aviso de alerta cuando detectan que se encuentran próximos, a partir del uso de instrumentos de geolocalización. La mayor parte de las redes sociales virtuales, por ejemplo, establecen como condición indispensable para intercambiar información, que las personas abandonen el anonimato en sus interacciones.

A fin de posicionar los productos y servicios, el procesamiento de datos ha sustituido en parte a las encuestas personales que proporcionaban estadísticas fiables sobre preferencias de consumo y a través del tratamiento de datos personales han logrado personalizar ofertas a clientes potenciales. Además dicha información es capaz de detectar tendencias y fluctuaciones, por pequeñas que sean, a lo largo del tiempo, toda vez que se acumula progresivamente y la muestra se incrementa exponencialmente, dándole estabilidad y aumentando con ello su nivel de confiabilidad.

La empresa Google¹⁵³ reúne datos del individuo en sus bases de datos para la creación de perfiles que logren automatizar la personalización de publicidad y mejorar las técnicas mercadológicas para su beneficio económico y su venta a terceros. Es posible medir el impacto de las comunicaciones móviles, las tendencias de su uso, interacciones

Europea y México" en Tenorio Cueto, Guillermo (Coordinador) 2012. *Los datos personales en México. Perspectivas y retos de su manejo en posesión de particulares*. Editorial Porrúa México. Universidad Panamericana páginas 143- 168-

¹⁵² ADN político, *El IFAI indaga presunto espionaje en dispositivos móviles*, Disponible en línea [<http://www.adnpolitico.com/gobierno/2013/07/05/el-ifai-indaga-presunto-espionaje-en-dispositivos-moviles>], consultado el 14 de enero de 2014. El espionaje, según esta nota se realiza a través de un software que se autoinstala llamado Fin Fisher: Es un programa que puede infiltrarse en computadoras, teléfonos celulares y otros dispositivos móviles mediante un archivo adjunto en un mensaje. Así el controlador del software puede tener acceso a datos personales como directorios telefónicos, conversaciones en audio o en texto y fotografías de los usuarios de cada equipo.

¹⁵³ Cfr. Rueda, Nicolás, “Google pagará multa por rastrear sin permiso a usuarios de Safari”, en *MedíaTelecom*, publicado el 19 de noviembre de 2013, Disponible en línea [<http://www.mediatelecom.com.mx/index.php/tecnologia/internet/item/54373-google-pagara-multa-por-rastrear-sin-permiso-a-usuarios-de-safari>], Consultado el 19 de noviembre de 2013

entre usuarios de ciertos sitios o páginas de internet, preferencias sociales de uso y consumo a través de diversos dispositivos.

De esta manera la colecta de datos personales se convierte en un modo de sistematizar verdaderas bases de datos simultáneas y “vivas” que se actualizan constantemente sin la intervención de las empresas para ingresar la información que sirve de insumo. Son, precisamente los usuarios de estos servicios en línea, quienes realizan la tarea de subir todos estos datos a la nube voluntariamente a cambio de los servicios prometidos. La mayor parte de las ocasiones las personas ignoran que su información es fuente de riqueza, así como también las políticas de tratamiento de datos de las empresas que les brindan el servicio. En el último de los casos, algunos individuos ven esta práctica como un mal necesario a fin de obtener servicios que son calificados de “gratuitos” como el correo electrónico o una página personal en las redes sociales virtuales. Así las cosas, los datos personales de cada individuo se convierten en mercancías valiosas a disposición de diferentes actores en el mercado, algunos de ellos anónimos.

Estas mercancías han sido adquiridas, por así decirlo, sin trabajo alguno para la empresa que las comercia en la mayoría de los casos sin el consentimiento de las personas, o bien en detrimento de la privacidad de las mismas. En este sentido, la relación mercantil se negocia desde una posición asimétrica en la cual la empresa difunde un engaño inicial consistente en hacer pasar como gratuitos los servicios que ofrece y que la información recabada sólo tendrá fines estadísticos para la mejora continua. Entonces se erige en una posición de ventaja sobre las personas, que en el momento de la transacción carecen de medios de contrapeso consintiendo contratos de adhesión preestablecidos y no negociables. Esta práctica es considerada desleal desde el momento en que una de las partes o actores no disponen de la misma información que la otra sobre el objeto de la transacción comercial, lo cual contraviene en última instancia el principio de equidad en el mercado. Hay quienes opinan que en la actualidad es posible que las empresas en línea tengan más información sobre nosotros que el propio Estado¹⁵⁴.

C. La sociedad de la vigilancia.

Después de los atentados del 9/11 en Nueva York, los esfuerzos para prevenir situaciones similares resultaron en el desarrollo e implementación de tecnologías de vanguardia para la observación y vigilancia de amenazas potenciales a la seguridad, las

¹⁵⁴ Terra Noticias, *Sitio web ofrece datos del IFE de forma gratuita*, 7 noviembre de 2013, Disponible en línea [http://noticias.terra.com.mx/mexico/sitiowebofrecedatosdelifedeformagratis,313074f2d4332410VgnVCM300009af154d0RCRD.html] Consultado 14 de enero de 2014

cuales se integraron a sistemas de alerta a determinadas autoridades, constituyendo un protocolo de acción para estos casos. Si J. Edgar Hoover viviera en esta época sería completamente feliz. Cada internauta ha construido minuciosamente un expediente detallado con toda la información que antes sólo podía ser obtenida mediante horas de vigilancia y mecanismos de inteligencia que integraban una red de informantes encubiertos¹⁵⁵. Lo mejor de todo es que ha proporcionado sus datos voluntariamente, sin coacción alguna.

Estos esfuerzos han logrado edificar redes a través de cámaras de altas especificaciones interconectadas con bases de datos en línea, de manera simultánea, por ejemplo, para el monitoreo de tránsito de pasajeros en aeropuertos. De tal modo que, si eventualmente un rostro le es familiar al sistema por antecedentes que configuren una posible amenaza, sean detectados al momento para emitir una advertencia a las autoridades a fin de que sea neutralizada en el menor tiempo posible. En este sentido se ha implementado software especializado que mediante la captura de imágenes de las cámaras instaladas, registran la comunicación no verbal así como las posturas intimidantes y gestos desafiantes de las personas y con base en el análisis simultáneo podrían dar cuenta de potenciales comportamientos agresivos, muestras de ansiedad o casos sospechosos que serían catalogados por el mismo software como amenazadores. Los comportamientos, entonces, ya pueden clasificarse dentro de normas preestablecidas por los organismos de control, quienes deciden qué es normal. Podría pensarse que esta tarea hace más fácil el trabajo a los dispositivos de cómputo porque finalmente impone un principio de homogeneización del comportamiento humano, al menos para el procesamiento de la máquina.

En el caso del Estado de Yucatán, en meses recientes, se han instalado más de 500 cámaras de videovigilancia en diversos lugares de la ciudad, así como también en puntos estratégicos de ciertas vías de comunicación¹⁵⁶. El sistema es capaz de entregar con nitidez imágenes de placas de automóviles desplazándose a 200 kilómetros por hora. La idea es que se emita automáticamente la infracción correspondiente por exceso de

¹⁵⁵ Gonzalbo (*Op. Cit.*) señala al respecto que: "Este sentido común dice que lo privado debe estar más o menos protegido, a salvo de cualquier intromisión, mientras que lo público debe ser visible, transparente; en la práctica, tengo la sensación de que ocurre lo contrario: del gobierno en adelante, las instituciones públicas resultan oscuras, no podemos saber lo que sucede en ellas, mientras que nuestra vida privada está sujeta a toda clase de controles y sistemas de vigilancia. Por eso se quiere leyes que garanticen la transparencia, el acceso a información pública, y se quiere también leyes que protegen la privacidad. (página 10)"

¹⁵⁶ *Cfr.* "Refuerzan vigilancia en video en territorio yucateco" en *Diario de Yucatán*, publicado el 16 de enero de 2014, Disponible en línea [<http://yucatan.com.mx/merida/policia/refuerzan-vigilancia-en-video-en-territorio-yucateco>], consultado el 18 de enero de 2014

velocidad al titular del vehículo, recuperando el nombre de la base de datos con la que se cuenta.

Las dimensiones de la cantidad de datos personales que son procesados a través de estos portales se incrementan exponencialmente. Las comunicaciones digitales en línea enlazadas a través de satélites pueden ser monitoreadas, rastreadas, geolocalizadas, e incluso las personas pueden ser reconocidas automáticamente por sus rasgos faciales.

De acuerdo con los documentos filtrados a diversos medios por el ex-contratista de inteligencia, Edward Snowden¹⁵⁷, Estados Unidos, a través de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA, por sus siglas en inglés), habría puesto en marcha operaciones de escucha no autorizada alrededor del mundo a distintos objetivos de su particular interés, incluyendo en ellos a sus propios aliados. BBC Mundo, por su parte, publicó que el programa PRISM habría sido lanzado por NSA en 2007. A través de él se pueden captar correos electrónicos, videos, fotografías, actividad en redes sociales, llamadas de voz o de imagen y voz combinadas e incluso contraseñas y otros datos de los usuarios puestos en circulación a través de las empresas proveedoras del servicio de internet así como portales de servicios en red. Entre las compañías involucradas en el programa PRISM se encuentran Microsoft, su división Skype; Google y su división Youtube; Yahoo, Facebook, America On Line (AOL) de Warner Communications y Apple, entre otros.

Una asimetría nos coloca en el mismo escenario: por un lado el ciudadano común y corriente, y por otro, el Estado y su aparato. A través de la tecnología, sistemas inteligentes entregan reportes automatizados que de manera unilateral, puesto que ignoramos los indicadores e índices de la metodología empleada, pueden definir, categorizar y clasificar a las personas por su “nivel de riesgo” o “peligrosidad”, basado en sus aficiones, lecturas, gustos, activismo a favor de ciertas causas, preferencias sexuales o contactos sociales. La hiperconectividad entonces se vuelca contra el ciudadano como una libertad positiva.

Nunca como ahora el Estado se informa a través de diversas tecnologías de vigilancia sobre los sujetos sociales¹⁵⁸ sin la posibilidad del error humano o la alteración del material por la influencia de emociones, sentimientos o cualquier otro rasgo de

¹⁵⁷ *Cómo espía EEUU., según Snowden.* BBC Mundo publicado el jueves 31 de octubre de 2013 [http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/10/131031_eeuu_nsa_espionaje_tecnicas_az.shtml] Recuperado el 13 de octubre de 2013

¹⁵⁸ *Cfr.* “Snowden: NSA puede decodificar conversaciones privadas” en *Noticieros Televisa*, 14 diciembre 2013, Disponible en línea [<http://noticieros.televisa.com/mundo/1312/snowden-nsa-puede-decodificar-conversaciones-privadas/>] Consultado el 14 diciembre 2013

subjetividad que ocasionara un sesgo para el análisis. Desde el gobierno se dice que la observación sirve en última instancia a la consecución de la seguridad, la paz social y el bien común, incrementando su efectividad en los métodos empleados para la vigilancia y el control social. Sin embargo queda el resquicio para plantear una duda razonable ¿es esto una amenaza a las libertades individuales?

En un principio, la regulación de datos personales se centró en la relación entre el Estado y los individuos, dado que éste guarda minuciosos registros y bases de datos personales y tiene la capacidad real de limitar, coartar o intervenir en la libre esfera de acción de los ciudadanos de manera directa, inmediata y justificada. En una sociedad que se precie de ser democrática, el individuo debe tener la facultad de saber qué tipo de datos son almacenados por el Estado y con qué propósitos, durante qué período. Así como tener la capacidad de rectificarlos, oponerse a su divulgación, o cancelarlos en caso de no existir una razón necesaria para su acopio¹⁵⁹. El control de los datos es una prerrogativa individual del sujeto que se extiende a su privacidad, y por tanto, que debe ser garante de la confidencialidad de sus comunicaciones, sin preocuparse porque puedan ser intervenidas o que admitan tecnológicamente intromisiones no consentidas.

REFERENCIAS.

- ADN político, El IFAI indaga presunto espionaje en dispositivos móviles, Disponible en línea [<http://www.adnpolitico.com/gobierno/2013/07/05/el-ifai-indaga-presunto-espionaje-en-dispositivos-moviles>], consultado el 14 de enero de 2014
- ALCÁNTARA, José F. Privacidad, propiedad Intelectual y el futuro de la libertad. Barcelona, España. El Cobre Ediciones. Colección Planta 29. 2008.
- ALEXANDRES FERNÁNDEZ, Sadot (*et al.*), "RFID: La tecnología de Identificación por Radio Frecuencia", en Anales de mecánica y electricidad, Enero-Febrero 2006, Disponible en línea [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1448367&orden=62874&info=link>] páginas 47-52 Consultado el 30 de enero de 2014
- ARELLANO TOLEDO, Wilma. "Privacidad y protección de datos en internet: España, la Unión Europea y México" en Tenorio Cueto, Guillermo (Coordinador) *Los datos personales en México. Perspectivas y retos de su manejo en posesión de particulares*. México D.F. Editorial Porrúa-Universidad Panamericana 2012

¹⁵⁹ El Economista, *Desactivan web con datos personales*, Publicado el 7 de noviembre de 2103, Disponible en línea [<http://eleconomista.com.mx/sociedad/2013/11/07/desactivan-web-datos-personales>], Consultado el 20 de enero de 2014

- Carta de los Derechos Fundamentales de La Unión Europea de 2010 [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:es:pdf>]
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 [http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm]
- Convención de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1959 [<http://www.cjf.gob.mx/documentos/2011/HTML/DGDHEGyAI/Tortura/Textos%20internacionales/Soporte/Documentos/15.%20convenioProtec.Fundamentales.pdf>]
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 [<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>]
- Cómo espía EEUU., según Snowden. BBC Mundo, jueves 31 de octubre de 2013, [http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/10/131031_eeuu_nsa_espionaje_tecnicas_az.shtml]
- Declaración Universal de los Derechos Humanos [<http://www.un.org/es/documents/udhr/>]
- El Economista, Desactivan web con datos personales, Publicado el 7 de noviembre de 2103, Disponible en línea [<http://eleconomista.com.mx/sociedad/2013/11/07/desactivan-web-datos-personales>]
- Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Tomo III D-E. Editorial Porrúa. México, 2002, Págs. 408 – 410.
- ESCALANTE GONZALBO, Fernando. *El Derecho a la Privacidad*. Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. Colección cuadernos de transparencia # 2. México D.F. 6ª edición. 2008
- GAMBOA MONTEJANO, Claudia y AYALA CORDERO, Arturo. *Derecho de la Intimidad y el Honor vs. Derecho a la Información. Estudio Teórico Conceptual, Marco Jurídico a Nivel Federal y Estatal e Iniciativas presentadas en la materia en la LIX Legislatura*. México D.F. Edit. Centro de Documentación, Información y Análisis. Cámara de Diputados LX Legislatura. 2007 [<http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-01-07.pdf>]
- ONU- CEPAL. Los Caminos Hacia Una Sociedad de la Información en América Latina y El Caribe, Bávaro, Punta Cana, República Dominicana, 29 al 31 de enero de

2003[<http://www.itu.int/wsis/docs/rc/bavaro/eclac-es.pdf>] Consultado el 14 de enero de 2014.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966
[<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>]

“Reconocimiento facial”, en Biometría. Métodos biométricos, Disponible en línea
[<http://www.biometria.gov.ar/metodos-biometricos/facial.aspx>] consultado el 10 de febrero de 2014.

“Refuerzan vigilancia en vídeo en territorio yucateco” en Diario de Yucatán, publicado el 16 de enero de 2014, Disponible en línea
[<http://yucatan.com.mx/merida/policia/refuerzan-vigilancia-en-video-en-territorio-yucateco>]

RUEDA, Nicolás, “Google pagará multa por rastrear sin permiso a usuarios de Safari”, en MediaTelecom, publicado el 19 de noviembre de 2013, Disponible en línea
[<http://www.mediatelecom.com.mx/index.php/tecnologia/internet/item/54373-google-pagara-multa-por-rastrear-sin-permiso-a-usuarios-de-safari>], Consultado el 19 de noviembre de 2013

Terra Noticias, Sitio web ofrece datos del IFE de forma gratuita, 7 noviembre de 2013, Disponible en línea
[<http://noticias.terra.com.mx/mexico/sitiowebofrecedatosdelifedeformagratis,313074f2d4332410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>]

VELASCO SAN MARTÍN, Cristos. *Protección de datos personales en internet*. Revista Electrónica Entérate en Línea. Internet, Cómputo y Telecomunicaciones. Año 7 Núm. 74, Publicación Mensual, 27 de Noviembre de 2008.Universidad Nacional Autónoma de México. Dirección General de Servicios de Cómputo Académico
[<http://www.enterate.unam.mx/Articulos/2003/enero/protecci.htm>]

<http://noticieros.televisa.com/mundo/1312/snowden-nsa-puede-decodificar-conversaciones-privadas/>

<http://www.merca20.com/wp-content/uploads/whitepapers/redes-sociales-whitepaper-2013.pdf>, consultado el 21 de mayo de 2014.

Recepción: 30 de abril de 2014.

Aceptación: 27 de junio de 2014.

RECENSIONES

DONDÉ MATUTE, Javier; GUEVARA BERMÚDEZ, José A. (Coordinadores). *México y la Corte Penal Internacional*, prólogo de Luis González Placencia. México, Tirant lo Blanch (monografías), Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Instituto de Investigación aplicada en derechos humanos, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2014, XX-295 pp.

Jorge RIVERO EVIA*

Podemos observar un orden internacional que envuelve la dimensión económica del proceso de globalización, y hace que ningún Estado —por más poderoso que éste sea— tenga la última decisión sobre los flujos comerciales, financieros y de inversión. Es también evidente la expansión de una vasta red de comunicaciones, sobre las cuales un Estado en particular tampoco tiene influencia suficiente. Una más de las dinámicas novedosas de nuestros días, en comparación con la original construcción de la sociedad de naciones, es la intensificación de los ámbitos multilaterales de negociación y diplomacia económica, como eje vital de las relaciones internacionales.

No obstante, la globalización no puede reducirse solamente a su aspecto económico, sino que, en su afán integracionista pretende también consolidar un sistema de derecho que sea aplicable para todos los seres humanos, con base en un solo estándar de justicia.

Uno de los más grandes desafíos a los que tendrán que enfrentarse los líderes a lo largo de este siglo es la multiculturalidad. La tecnología y los transportes modernos están cambiando rápidamente el mundo, y el concepto de la *aldea global*¹⁶⁰ nunca ha sido más real. Por todo ello, el orbe se encuentra en una encrucijada crítica.

* Doctor en derecho por la Universidad Anáhuac-Mayab. Magistrado Cuarto del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán. jriverev@yahoo.com

¹⁶⁰ *Aldea global (global village)* es un término que busca describir las consecuencias socioculturales de la comunicación inmediata y mundial de todo tipo de información que posibilita y estimula los medios electrónicos de comunicación. Sugiere que, en especial, ver y oír permanentemente personas y hechos -como si se estuviera en el momento y lugar donde ocurren- revive las condiciones de vida de una pequeña aldea: percibimos como cotidianos hechos y personas que tal vez sean muy distantes en el espacio o incluso el tiempo, y olvidamos que esa información es parcial y fue elegida entre una infinidad de contenido. El término fue acuñado por el sociólogo canadiense Marshall McLuhan. El concepto aparece varias veces en sus libros *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man* (1962) y *Understanding Media* (1964) y probablemente se haya popularizado a partir de estos. En 1968, McLuhan lo utilizó en el título de su libro *War and Peace in the Global Village* (1968). McLuhan se refiere a la *Aldea global* como un cambio producido principalmente por la radio, el cine y la televisión. Véase: <http://www.marshallmcluhan.com/bibliography/>. Recuperado el 16 de enero de 2014.

En cualquier dirección concurren nuevas realidades económicas, políticas, ecológicas, educativas y tecnológicas que algunas veces resultan pasmosas, como la caída del muro de Berlín, la ola democrática que se da en la Europa del Este o la “*primavera árabe*”. En este siglo, nuestras poblaciones y líderes necesitarán actitudes y conductas que les permitan reconocer y promover la interdependencia y cooperación entre naciones.

Atendiendo a la etimología de ambas palabras y centrándonos en sus respectivos prefijos, podemos hacer una primera distinción entre lo “*multi*” y lo “*inter*” cultural.

De este modo, el término “*multicultural*” tal y como indica su prefijo “*multi*”, hace referencia a la existencia de varias culturas diferentes, pero no ahonda más allá, con lo que nos da a entender que no hay relación entre las distintas culturas. Sin embargo, el prefijo “*inter*”, va más allá, alude a la relación e intercambio y, por tanto, al enriquecimiento mutuo entre las distintas culturas¹⁶¹.

Entonces, “*interculturalidad*”, implica una comunicación comprensiva entre las distintas culturas que conviven en un mismo espacio, siendo a través de aquéllas donde se produce el enriquecimiento mutuo y por consiguiente, el reconocimiento y la valoración (tanto intrínseca como extrínseca) de cada una de las culturas en un marco de igualdad.

Otra vez, la vía del derecho es esencial para *omnicomprender* la diversidad de culturas, que tienden hacia un mismo ideal: la prevalencia de la justicia como valor social.

Es a raíz del trabajo del *iustfilósofo* alemán Otfried Höffe¹⁶², que puede empezar a hablarse con seriedad de un auténtico *Derecho Intercultural*, producto de la era de la globalización.

Y una de sus manifestaciones, la podemos encontrar en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

En los últimos quince años del siglo XX, se verificaron transformaciones de la sociedad internacional muy significativas que marcaron el fin de una etapa y el inicio de otra en la evolución no sólo de la propia comunidad internacional, sino también del

¹⁶¹ (...) Así pues, en *multiculturalismo*, el prefijo “*multi*” califica directamente al sustantivo *cultura*; y en este sentido, se refiere a una gama de culturas existentes. Como contraste a ello, en *interculturalismo*, el prefijo “*inter*” sólo califica indirectamente al sustantivo *cultura* —pluralizado—, toda vez que su énfasis radica en el espacio de encuentro en que las culturas se sitúan. Esto es, no califica ninguna de las culturas en cuestión, sino la circunstancia entre cada una de ellas, como distintas entre sí (...). Enríquez, David. “Interculturalismo y transdisciplinariedad: coordenadas en el mapa del Derecho comparado sustentable”. *Boletín mexicano de Derecho comparado*. Número 132 Septiembre - Diciembre 2011, IJ-UNAM, página 1109.

¹⁶² Los dos pilares de la obra de Höffe, en sus versiones en español son: *Ciudadano Económico, Ciudadano del Estado, Ciudadano del Mundo. Ética Política en la era de la globalización*, Katz Editores, Buenos Aires, 2007; y *Derecho Intercultural*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2008.

Derecho internacional contemporáneo. Una de esas modificaciones gestó a la Corte Penal Internacional (CPI), mediante el Estatuto de Roma (EDR) en 1998, y su entrada en vigor en 2002, lo que representa la afirmación definitiva del principio de la responsabilidad jurídica internacional del individuo, y con ello, lo constituye, acorde con la dogmática penal, en sujeto activo de los delitos (*macrocrímenes*) cuya competencia incumbe a dicho órgano jurisdiccional. Su competencia *ratione materiae* se desgrana en los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto; a saber: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; y d) el crimen de agresión (artículo 5.1. EDR). La CPI tiene su sede en la Haya, Países Bajos, y se encuentra compuesta por 18 magistrados que son nombrados para un periodo de nueve años. Su estructura básica se conforma con tres secciones (Cuestiones Preliminares, Primera instancia y Apelaciones); una Secretaría y una Fiscalía. La jurisdicción se activa principalmente, a instancia de los llamados *trigger mechanisms*, en donde el Fiscal adscrito es el protagonista por excelencia; a saber: 1. Cuando un Estado Parte le remite una *situación* en la que parece haberse cometido un delito competencia de la CPI; 2. Cuando el Consejo de Seguridad de la ONU (mantenimiento de la paz y seguridad internacionales), hace lo propio, con fundamento en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas; o 3. De oficio (el Fiscal, *motu proprio* puede dar inicio a tal actividad, por tener conocimiento de la posible comisión de un ilícito, especialmente a través de las propias víctimas).

Otra nota importante a destacar es el *principio de complementariedad* (Preámbulo, artículos 1 y 17 del EDR) acorde al cual, la CPI no sustituye a las jurisdicciones penales nacionales, sino que sólo ejercerá sus funciones cuando el Estado competente no esté dispuesto a enjuiciar unos determinados hechos o no pueda hacerlo efectivamente. Sin embargo el Consejo de Seguridad de la ONU está facultado para pasar por alto dicho principio.

En esas condiciones, debemos reconocer que si existe una instancia que pretende sancionar ese tipo de conductas, es porque el ser humano no ha aprendido a convivir en paz. De esta manera, la jurisdicción de la CPI, es un mecanismo procesal que nunca quisiéramos utilizar, pues representa un fracaso a nuestros anhelos de hacer efectivo el imperativo categórico que implica el respeto a los derechos humanos, cuenta habida de su universalidad.

Así pues, el libro que hoy se presenta nos acerca a una triste realidad – virtualmente posible-; consistente en que México pudiese ser un territorio en donde a la

fecha se están cometiendo crímenes internacionales de envergadura tal que justifique la intervención de la justicia supranacional.

A través de diversos artículos, se ofrece un panorama general de la jurisdicción de la CPI, desde sus antecedentes fundacionales, hasta la valoración de si en México se han perpetrado crímenes de lesa humanidad y de guerra durante la encarnizada lucha contra el flagelo de la delincuencia organizada. En esta misma dirección apunta un ensayo referente a la impunidad generada en esa misma lucha, con motivo de la comisión de homicidios dolosos.

Asimismo, se abordan temas procesales de alta complejidad como son el inicio de una investigación sobre una *situación* en México, que a la postre pudiera formar un caso ante la CPI; el relativo al principio de complementariedad y el que trata la cooperación entre los estados a fin de hacer realidad el paradigma de la justicia universal.

No escapan tampoco tópicos de dogmática penal, pues se aborda el interesantísimo tema del dolo eventual desde la base normativa del EDR.

El común denominador del libro justifica su título, pues todos y cada uno de los ensayos parten de la óptica del contexto mexicano.

Esta es una obra urgente y necesaria en nuestro país, pues son escasísimos los trabajos serios que afronten el tema de las jurisdicciones supranacionales.

Enhorabuena por este producto académico que seguramente será un referente en lo futuro y piedra angular de la disciplina del Derecho Penal Internacional, cultivada en nuestro país desde hace ya varios años por el Doctor Dondé Matute, rama jurídica que desde mi muy particular punto de vista, pretende mostrarnos una faz humana de la globalización, al intentar exorcizar del mundo a los demonios de la macrocriminalidad.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, prólogo de Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México, Porrúa-IMDPC (Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 80), 2013, XX-263 pp.

Jorge RIVERO EVIA*

El amparo remonta sus orígenes hasta el Derecho Castellano. El “amparamiento” Alfonsino, por una parte, y las funciones del Justicia mayor de Aragón, por otra, se sitúan en el umbral de nuestra institución mexicana; se pueden hallar asimismo, ciertos antecedentes en el *habeas corpus*. Sin embargo, nuestro Derecho Patrio aportó lo propio de su experiencia para conformar la institución tal como hoy se conoce, habida cuenta, por ejemplo, de la impronta yucateca de 1841¹⁶³.

Es, en palabras de Fix Zamudio, una institución compleja, de carácter procesal que constituye el resultado de una lenta y dolorosa evolución en la atormentada historia del pueblo de México, por lo que se ha convertido en el símbolo y el paradigma de la lucha por su libertad política y social, con un arraigo profundo en la conciencia nacional¹⁶⁴.

En efecto, toda institución, como todo organismo, tiende a tornarse compleja. A fin de explicar lo anterior, Peniche López citaba la *alegoría del gusano de tierra*, refiriendo que éste no es más que un tubo con dos bocas; pero evolucionan las especies animales y llegan a ofrecer tipos tan complicados, tan difíciles como los encontramos en el desarrollo actual de la escala zoológica¹⁶⁵: “... así, también las instituciones jurídicas, cuando son nuevas, carecen de enredo, de complejidad, y el amparo en sus primeros tiempos debió ser una institución simple, tan fácil, que no revelaba lo que habría de ser con el tiempo...”. El mismo jurista ya vislumbraba al juicio de amparo, como el *escudo protector* de los derechos del hombre.

Por otra parte, las Constituciones crecen, como crecen los árboles, los niños y se encarnan, toman cuerpo, toman estatura, toman movimiento... vida. Así pues, si se considera, como sostuvo Burgoa¹⁶⁶ que la Carta Magna es la fuente de existencia y

* Doctor en derecho por la Universidad Anáhuac-Mayab. Magistrado Cuarto del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán. jriverev@yahoo.com

¹⁶³ Véase la Presentación del Ministro (actualmente en retiro) Mariano Azuela Güitrón a la obra de Arizpe Narro, Enrique. *La primera sentencia de amparo*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006.

¹⁶⁴ Fix Zamudio, Héctor. *Juicio de Amparo*. Porrúa, México, 1964, p. 371.

¹⁶⁵ Peniche López, Vicente. *Garantías y Amparo*. Suprema Corte de Justicia de la Nación- Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 2006, p. 74.

¹⁶⁶ Burgoa, Ignacio. *El juicio de amparo*. Cuadragésima primera edición. Porrúa, México, p. 139.

fundamento primordial (vital) del juicio de amparo, podemos imaginar lo tortuoso, difícil y extenso del camino andado.

Entonces, puede afirmarse que la línea histórica de evolución del constitucionalismo mexicano, viene marcada por el creciente arraigo de los derechos humanos¹⁶⁷ dentro del texto fundamental. Y el problema parece ser eterno y permanente: ¿Cómo lograr su eficacia?

La eficacia de los derechos fundamentales suele entenderse en un doble sentido¹⁶⁸:

- a) El *criterio social* de eficacia de los derechos, que proclama la necesidad de que el Estado lleve a cabo una política de derechos fundamentales, la cual presupone determinadas prestaciones para superar las circunstancias de índole social y económica que dificultan el disfrute real de los derechos por parte de las capas de población más desfavorecidas, la elevación del respeto de los derechos fundamentales a criterio de la actuación cotidiana de los poderes públicos y los órganos administrativos y una acción de fomento directo de su ejercicio.
- b) En segundo sitio, la eficacia de los derechos se contempla desde un *criterio jurídico*, que requiere habilitar los instrumentos jurídicos necesarios para restablecer o preservar los derechos fundamentales de los ciudadanos ante actuaciones de los poderes públicos o de otros ciudadanos que los amenacen o vulneren.

Por ende, la reflexión sobre los derechos y su desarrollo normativo, debe ir acompañada de medidas que favorezcan su implementación y efectividad. Para ello es necesario analizar la práctica de los operadores y el grado real de satisfacción de los derechos.

México ha dado un paso importante con las reformas constitucionales de junio de 2011; a saber, la del día 6, en materia de amparo, y la del día 10, en materia de derechos humanos¹⁶⁹. La una no puede entenderse sin la otra, principalmente, por la apertura del parámetro de control del otrora *juicio de garantías*, hacia "... los derechos humanos reconocidos en (la) Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte..." (Artículo 103, fracción I) y por el imperativo categórico ordenado a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de "... promover,

¹⁶⁷ Se utilizarán, para los fines de esta presentación, como sinónimos los conceptos de "Derechos fundamentales" y "Derechos humanos", pues dada la brevedad de estas líneas, sería imposible una aproximación seria a la problemática respectiva, que de hecho, se aborda en la obra comentada.

¹⁶⁸ Véase: Carrasco Durán, Manuel. *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 30-32.

¹⁶⁹ Considerando la fecha de publicación correspondiente en el Diario Oficial de la Federación.

respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad...”, los cuales son atribuibles a todas las personas, quienes gozarán de tales prerrogativas cuyo continente se encuentra en la Constitución y en tales tratados internacionales (artículo 1º), conformándose pues un evidente *bloque constitucional*¹⁷⁰.

Se advierten al menos, tres situaciones en concreto, que seguramente transformarán la justicia constitucional en México:

- a. La sustitución en el lenguaje constitucional del concepto de “*garantías individuales*”, por el de “*derechos humanos*”, al modificarse la denominación del Capítulo I del Título Primero del ordenamiento.
- b. La inserción de la filosofía de la reforma en el tercer párrafo del artículo 1º, al ordenar que todas las autoridades (incluidas las administrativas no solamente jurisdiccionales y las legislativas), respeten íntegramente los derechos humanos con base al nuevo sistema constitucional ya en vigor.
- c. Asimismo, lejos de difuminarse dicha idea en los demás numerales constitucionales reformados, el segundo párrafo del artículo 3º, la robustece, pues implica la norma central de la Constitución¹⁷¹, al determinar como eje rector a la educación en derechos humanos.

De esta manera, surge la imperiosidad de estipular cómo se harán efectivos los derechos humanos.

La Carta de Naciones Unidas (1945), firmada por 51 países (actualmente son 192 los Estados miembros), representa el inicio de este movimiento, después de la fallida Sociedad de Naciones. En su “preámbulo” se refiere a la necesidad de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de naciones grandes y pequeñas”. Los derechos y libertades deben además tener *efectividad*, como lo expresa el artículo 56, inciso c), de dicho instrumento¹⁷².

¹⁷⁰ El 3 de septiembre de 2013, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que las normas de derechos humanos de fuente internacional, forman parte de la Constitución, conforme a lo dispuesto por la reforma al artículo uno de la Carta Magna, integrándose entonces, un bloque constitucional.

¹⁷¹ “La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.”

¹⁷² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En: *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*. Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro (coordinadores). Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2011, pp. 346-347.

La Comisión de Derechos Humanos (creada en 1946 y convertida en Consejo en 2006) se encargó de la redacción de lo que se convertiría en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en París por la Asamblea General Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Esta declaración, compuesta de tan sólo 30 artículos, constituye el primer paso de la internacionalización del derecho constitucional en cuanto establece un catálogo de derechos humanos para la humanidad. Si bien la declaración, en principio, carece de fuerza jurídica, debido a su aceptación generalizada como instrumento de humanización, progresivamente se le ha otorgado carácter vinculante, sea por los tribunales internacionales o regionales, incluso por los propios ordenamientos y tribunales internos. De esta manera, la Declaración Universal se convirtió en la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos¹⁷³.

He aquí pues, la conexión de nuestro derecho interno con el internacional, simbiosis necesaria en esta era de la globalización.

En ese sentido, la reforma constitucional mexicana desembocó, más tarde que temprano¹⁷⁴, en una nueva Ley de Amparo, cuyas pautas normativas representan un cambio de paradigma, propiciado no sólo por los movimientos *legisferantes* ya anotados o por la comentada apertura de nuestro derecho al derecho internacional, sino también por el evidente cambio cultural que ha vivido México, desde 1936, data en que entró en vigor la ya abrogada Ley de la materia, que perduró hasta 2013.

Como se puede advertir, el cambio ha sido complejo, paulatino y necesario; difícil de comprender sin una guía, que haciendo las veces del Virgilio de Dante en su Divina Comedia, nos conduzca por la selva oscura de la abrumadora información¹⁷⁵.

Hoy se comenta un documento que es precisamente lo anterior: una *guía* en donde los doctores Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, nos llevan de la mano hacia esa puerta de San Pedro a la que quería llegar el poeta florentino, a través de una metodología que marca la evolución de nuestro juicio de amparo desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial¹⁷⁶.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 347.

¹⁷⁴ Para el 4 de octubre de 2011 (fecha límite de la *vacatio legis* de la reforma en materia de amparo), ya se debía contar con la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales, acorde con el artículo transitorio respectivo (120 días), lo cual no aconteció sino hasta el 2 de abril de 2013, con la publicación en el Diario Oficial de la Federación de la Ley de Amparo.

¹⁷⁵ "... -¡Oh! ¿Eres tú aquel Virgilio, aquella fuente que derrama tan ancho raudal de elocuencia? -le respondí ruboroso-. ¡Ah!, honor y antorcha de los demás poetas! Válgame para contigo el prolongado estudio y el grande amor con que he leído y meditado tu obra. Tú eres mi maestro y mi autor predilecto; tú solo eres aquél de quien he imitado el bello estilo de vida que me ha dado tanto honor...". Alighieri, Dante. *La divina comedia*. Porrúa, México, 2012, Colección Sepan Cuantos La divina comedia-La vida nueva. Número 15. p.4.

¹⁷⁶ Muestra de ello es, por ejemplo, cuando se aborda el tema de la "Autoridad responsable" (pp.89-102); los autores, partiendo de la comparación del concepto entrabmas legislaciones (abrogada y nueva), dan cuenta

Es constante en el contenido de la obra -y afirmamos pues la transversalidad de tales ideas- la alusión al afán de sistematización del derecho procesal constitucional, dada la intención del legislador de dotar de perfección técnica al juicio de amparo; y desde luego, el tema del acceso a la justicia, construido en el derrotero del texto con base en la *experiencia sensible* propia de los autores, que además de ser amplios conocedores de la teoría, han destacado en la práctica del derecho.

El libro, que contiene un excelente prólogo del Ministro Zaldívar Lelo de Larrea, se compone de las siguientes partes: *A manera de introducción; Un muy largo camino; La reforma de 2011; La nueva Ley de Amparo; Balance inicial y Bibliografía.*

En el primer rubro (*A manera de introducción*), se da cuenta de la novedosa impronta que se percibe con la Ley de Amparo; entre otras cosas, la necesaria variación de su nomenclatura tradicional como *juicio de garantías* por la de *juicio de derechos fundamentales*; defiende la existencia de un *bloque de constitucionalidad* y en torno suyo, discurre –aunque mínimamente, por no ser ni el lugar ni el momento- respecto de la entelequia jurídica de los derechos fundamentales. Es valiosísimo el dato que se utiliza para justificar la utilización del concepto de derechos fundamentales por encima de cualquier otro y demostrar que también en la tradición jurídica nacional pudiese cobrar arraigo esa expresión – dato desconocido por quien escribe estas líneas y quizás por otros muchos-; a saber, la referencia a Ignacio Vallarta, a quien los autores atribuyen desde antaño, la utilización de tal denominación.

Por otra parte, se destaca en la misma Introducción, el sentido homenaje que Eduardo y Rubén verifican para sus maestros Héctor Fix Zamudio e Ignacio Burgoa Orihuela, respectivamente. Si bien existe un contraste entre las dos escuelas de las que provienen los autores -Eduardo, que abrevó de la tendencia “comparatista”, bajo la tutela de Fix Zamudio; Rubén, de inclinación “nacionalista”, con el auspicio de Burgoa Orihuela-, ambos, en comunión pretenden –y lo consiguen- hacer una simbiosis ante la aparente contradicción de tal progenie intelectual.

Pasando a *Un muy largo camino*, ahí se hace una relatoría de la aduana difícil que ha tenido que sortear el amparo en México en las últimas décadas, dándose cuenta de ese histórico evento del cual los yucatecos fuimos anfitriones: *El Congreso Nacional de*

de “... la irreflexiva aplicación del antiguo criterio que data de 1919...”, consistente en que “autoridad para efectos del juicio de amparo”, sería únicamente el órgano que dispone de la fuerza pública; de ahí, tras discernir al respecto, relatando de manera por demás interesante la forma como se gestó en el seno de la Corte tal precedente, delatan que, a pesar de la precisión técnica del artículo 5, fracción II de la nueva ley de amparo, aún existen *zonas grises* y remitiendo a un pie de página en que se citan diversas tesis en las que se aborda el tema de si es o no autoridad para el juicio de amparo el Instituto Mexicano del Seguro Social y la Comisión Federal de Electricidad.

Juristas, del 6 al 8 de noviembre de 2000, celebrado en esta ciudad de Mérida¹⁷⁷; se indica la importancia de otros esfuerzos de la Suprema Corte para propulsar ese necesario cambio, como lo fue la Consulta Nacional que implicó a la postre, la redacción del *Libro blanco de la reforma judicial* y finalmente, se destacan las correspondientes iniciativas formales de reforma. Queda patente en este apartado que el amparo, antes de los cambios constitucionales ya aludidos, evolucionó o se actualizó fundamentalmente a través de la jurisprudencia.

En *La reforma de 2011*, se dedican los autores a la exégesis de las principales modificaciones constitucionales que cobran relevancia en el nuevo juicio de amparo. La metodología utilizada parte de dos elementos: El primero, consistente en que dicho proceso deben ser siempre analizado *desde la Constitución*. El segundo, atinente a que el *canon* de interpretación siempre será el principio *pro persona*, favoreciendo la imperiosa efectividad de la cual debe estar dotado el *juicio de derechos fundamentales*. Cobra relevancia la responsabilidad de los autores para emitir sus opiniones, pues en muchas ocasiones Ferrer se reserva las mismas, dado que como Juez Interamericano podría pronunciarse anticipadamente respecto de algunos temas áridos, afectándose su imparcialidad, siendo Sánchez quien se responsabiliza de aquéllas¹⁷⁸, pues la postulancia le brinda una mayor libertad al respecto.

Como temas se desarrollan los siguientes; la impugnación (principal y accesoria) de normas generales; el amparo contra omisiones (¿Qué tipos de omisión?); los tratados internacionales y el Bloque de constitucionalidad como parámetro de regularidad constitucional; el Interés legítimo, agravio personal y directo, amparo colectivo y efectos de las sentencias; declaratoria general de inconstitucionalidad, relatividad de las sentencias y expulsión del ordenamiento; el Amparo directo adhesivo, la celeridad procesal; las violaciones directas a la Constitución; la suspensión ponderativa y medidas cautelares; los Plenos de Circuito y el cumplimiento de sentencias.

Una vez expuestas la implicaciones constitucionales, el capítulo intitulado *La nueva Ley de Amparo* explica los temas básicos para su comprensión: los principios generales del derecho como supletorios del enjuiciamiento; el nuevo concepto de autoridad responsable, con énfasis en los actos de los particulares reclamables en amparo; el rol de las entidades públicas como quejas; la figura del tercero interesado;

¹⁷⁷ “*Por todos, una nueva ley de amparo*”, fue el slogan utilizado por el Ministro Juan Silva Meza, al enunciar las palabras de Clausura de dicho Congreso, visibles en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/248/pr/pr12.pdf>. Recuperado el 12 de septiembre de 2013.

¹⁷⁸ A lo largo del texto, cuando ello acontece se expresa: “... *para el segundo de nosotros...*”.

las nuevas tecnologías; el trámite prioritario de los asuntos; los beneficios procesales a las personas en desventaja social; la concentración y acumulación de expedientes; la desaparición forzada de personas como acto reclamado; una especial referencia al amparo penal; las causales de improcedencia; el amparo indirecto; las violaciones procesales relevantes; la sentencias del nuevo juicio; la declaratoria general de inconstitucionalidad; la publicidad de los proyectos de sentencia; el recurso de queja; cumplimiento y ejecución; y finalmente, la jurisprudencia.

De lo anterior se ve que no hay punto novedoso de la Constitución o de Ley que no haya sido abordado, sea de forma sutil o con moderada profundidad, pues como se refleja en la última sección del libro, denominada *Balance inicial*, apenas nos encontramos en el inicio de los primeros *experimentos pensantes*, lo cual nos hace recordar la célebre frase de Norberto Bobbio, cuando afirmaba en su *Política e cultura* que “... *el deber de los hombres de cultura es hoy más que nunca sembrar dudas, no ya recoger certezas*¹⁷⁹...”, siendo precisamente que los temas se encuentran abiertos al debate.

La extensa bibliografía que se ofrece, contiene una variedad importante de fuentes que demuestran la erudición de los autores.

A manera de conclusión, el Derecho es visto en ocasiones como un castillo aislado del resto del mundo por un río caudaloso y profundo; los juristas tienen una llave que de vez en cuando usan para bajar durante unos breves momentos el puente levadizo que permite al foro asomarse a su interior.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil han construido en la obra que ahora se comenta, un puente novedoso, de extraordinaria solidez y anchura, que une permanentemente ese castillo con la comunidad jurídica. Es tal el tráfico que incentiva ese puente, que la vida dentro del castillo ha cambiado radicalmente, pues se nos permite acceder a conocer una de las *joyas de la corona* de la ciencia del derecho procesal constitucional.

¹⁷⁹ Citado por Eco, Umberto. *Norberto Bobbio: la misión del docto revisada*. En: A paso de cangrejo. De bolsillo, Barcelona, 2008, p. 76.