



Facultad
de Derecho

In Jure Anáhuac Mayab

Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Universidad Anáhuac Mayab

ISSN: En trámite



MÉXICO AÑO 1 PRIMERA ÉPOCA NÚMERO 1 OTOÑO-INVIERNO 2012

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 (Universidad de Medellín)
José Antonio Caballero Juárez (Centro de Investigación y Docencia Económicas)
Ramiro Contreras Acevedo (Universidad de Guadalajara)
Jorge Alberto González Galván (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM)
María del Pilar Hernández Martínez (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM)
Francisco José Paoli Bolio (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM)
Ruperto Patiño Manffer (Facultad de Derecho, UNAM)
Alma de los Ángeles Ríos Ruiz (Facultad de Derecho, UNAM)
María Guadalupe Sánchez Trujillo (Instituto de Investigaciones Jurídicas,
Universidad Anáhuac Mayab)

COMITÉ EDITORIAL

María Cristina Burgos Montes de Oca

Gerardo Centeno Canto

Julia Amanda Díaz Aguilar

Armando Peraza Guzmán

Jorge Rivero Evia

Marco Antonio Sánchez Vales

In Jure Anáhuac Mayab, Año 1, Núm. 1, Agosto – diciembre 2012, 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: En trámite. 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, 3 de enero de 2013.

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.

DOI Digital: <https://doi.org/10.5281/zenodo.15801530>

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. 11

Estudios Jurídicos

Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. **Pág. 14**

Jorge Rivero Evia

Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho. **Pág. 39**

Ramiro Contreras Acevedo

Derechos humanos y estado de derecho: desafíos y posibilidades en México. **Pág. 57**

María Guadalupe Sánchez Trujillo

Efectos indeseados derivados del diseño legislativo y de la aplicación del artículo 224, fracción VI, de la Ley Federal de Derechos. **Pág. 74**

Gerardo Centeno Canto

La Formación Profesional en México, Competencias y Valores. **Pág. 91**

Absalón Álvarez Escalante

Colloquium

La Corrupción en un México Globalizado. **Pág. 98**

Alberto Cobos Palma

Crónica Jurídica Anáhuac

El verdadero conocimiento se logra a través del entendimiento. MAYABMUN 2012.

Pág. 122

Julia Amanda Díaz Aguilar

Trascendencia de los Procesos de Acreditación de los Programas de Estudios de la
Licenciatura en Derecho. **Pág. 125**

María Cristina Burgos Montes De Oca

PRESENTACIÓN

Absalón ÁLVAREZ ESCALANTE¹

Director de la Facultad de Derecho

La formación de Licenciados en Derecho con una preparación académica y humana de excelencia que les permita conjuntar el conocimiento y las capacidades profesionales necesarias para lograr el éxito, con el compromiso de asumir un liderazgo transformador, cimentado en los más altos valores que dignifican a la persona humana, así como en la búsqueda irrenunciable del imperio de la verdad, la equidad y la justicia, **es la misión de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab.**

Hemos transitado ya desde el año 2004, con la apertura de nuestro primer programa Doctoral, de ser una escuela que contaba solamente con un programa de licenciatura, a convertirnos en una Facultad que desde el año de 1995 dio inicio a sus actividades de postgrado. Actualmente, nuestra oferta educativa se integra por: dos licenciaturas (Licenciatura en Derecho y Licenciatura en Administración Pública y Gobierno), cuatro maestrías (Derecho Empresarial, Relaciones Laborales, Administración Pública y Defensa Administrativa y Fiscal) y dos programas de Doctorado (Doctorado en Derecho y Doctorado en Gobierno y Gestión Pública).

Desde el año de 1996 estamos afiliados a la Asociación Nacional de Facultades, Escuelas de Derecho, Departamentos de Derecho e Institutos de Investigación Jurídica, A.C. (ANFADE) y somos miembros de la Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho de América Latina (AFEIDAL), desde su fundación el 13 de noviembre de 1988. Nos enorgullece mucho haber sido la primera Facultad de Derecho acreditada en el Estado de Yucatán (en noviembre de 2007), ante el Consejo Nacional para la Acreditación de la Educación Superior en Derecho, A.C. (CONFED), organismo evaluador de la calidad de los programas de derecho a nivel nacional.

La búsqueda de la excelencia y la calidad en nuestros programas académicos debe ahora también rendir frutos en la generación de un pensamiento jurídico propio, resultado del estudio y la investigación seria, significativa, trascendente, analítica y reflexiva, creadora y propositiva, como elemento fundamental para lograr un orden jurídico ideal, que, garantizando a la sociedad mexicana el pleno respeto a la dignidad de la persona

¹ Maestro en Derecho Corporativo y Candidato a Doctor en Derecho, absalon.alvarez@anahuac.mx

humana, sea igualmente propicio para alcanzar su desarrollo integral, es decir, en todos los ámbitos requeridos para conseguir la convivencia armónica y pacífica de sus integrantes.

Nace la Revista Jurídica **“IN JURE ANÁHUAC MAYAB”**, como la expresión del Jurista Anáhuac Mayab, en formato electrónico, como medio de difusión de los trabajos jurídicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, integrado por catedráticos, egresados e investigadores invitados, que con su investigación, reflexión, conclusiones y propuestas, serán la génesis de nuestro pensamiento jurídico.

¡Que al salir a la luz pública, ésta no sólo sea el reflejo de su existencia, sino que la revista **“IN JURE ANÁHUAC MAYAB”** llegue verdaderamente a iluminar con el pensamiento jurídico que difunde!

Estudios Jurídicos

Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI.

Balance y perspectiva desde los derechos humanos.

Jorge RIVERO EVIA*

Resumen.

El paradigma actual de los derechos humanos, como producto positivo de la globalización, vincula una vez más a la ciencia del derecho con la práctica del mismo. Las reflexiones históricas de lo que se entiende por Justicia concluyen lo que ahora se encuentra sintetizado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana: Justicia será todo aquello que se encuentre vinculado con el respeto a los Derechos Humanos, bajo criterios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Resumido en una frase: la nueva lucha por el Derecho se erige en la figura de la Justicia Universal.

Palabras clave: Derechos Humanos, Justicia, Método de Casos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Constitución.

Abstract.

The current paradigm of human rights as a positive byproduct of globalization links once again the scientific and practical aspects of Law. Historical reflections of what is understood as Justice conclude what is now synthesized in Article 1 of the Mexican Constitution: Justice will be all that is linked with respect for Human Rights, under criteria of universality, interdependence, indivisibility, and progressivity. Summarized in one sentence: the new fight for Law is built on the figure of Universal Justice.

Keywords: Human Rights, Case Method, Justice, American Court of Human Rights, Constitution.

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

Introducción.

Hoy sabemos que el Derecho no es un elemento autónomo sino dependiente del sistema económico, político y social, que se desarrolla siguiendo el notorio esquema de Bobbio, conforme a la «*variable institucional*» en un sistema «*cerrado o abierto*», de acuerdo con la «*variable social*» en el seno de una «*sociedad estable o cambiante*», y según la «*variable cultural*» con carácter «*autónomo o dependiente*» respecto al sistema social, y da lugar a una ciencia «*vinculada-libre*», «*conservadora-innovadora*» y «*formalista-realista*²».

Las ciencias, en general, son según García Maynez³: "... *ensayos de explicación parcial de lo existente...*", o si se alude a la definición gramatical⁴, la ciencia es "... *el conocimiento cierto de las cosas por sus causas...*".

De tales asertos, es menester allegarnos a conceptos más cercanos a lo jurídico. Una primera instancia, y por sentido común, nos ubica en la afirmación de que en un concepto genérico de *ciencia jurídica* hemos de hallar cierta dimensión o talla para arribar a un saber metódicamente logrado y, por supuesto, con validez objetiva⁵.

Se ha colocado en tela de duda, el carácter científico del Derecho, al observar sus métodos, su forma de conceptuar un fenómeno particular desde su entidad normativa y básicamente sus fundamentos y sus resultados objetivos y demostrables.

Principalmente, la duda de mérito, acontece en virtud del *dogmatismo*, al cual García Máñez, responsabiliza fundamentalmente como una limitación a las disciplinas jurídicas para su estimación científica⁶:

... las disciplinas cuyo fin consiste en exponer de manera sistemática el contenido de las diversas ramas de los derechos privado y público, o de otras difícilmente incluíbles en esta dicotomía (como el derecho agrario o el del trabajo), tienen, por la índole propia de su objeto, un carácter claramente dogmático. Objeto de tales disciplinas es el conjunto de normas de la rama a que cada una de ellas se refiere y, normalmente al menos, sólo se trata de las que tienen vigencia en tal o cual época...

El dogma pues, es la ley, y constituye un dato que se acepta sin discusión, concediéndole un sentido y el valor que los creadores de los precepto le atribuyen; por

² Vidal Gil, Ernesto J. *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, página 39.

³ García Máñez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa Séptima Edición, México, 1956, página 116.

⁴ Real academia española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, decimonovena edición, 1970, página 299.

⁵ González de la Vega, René, *Ciencia Jurídico Penal*, Inacipe, México, 2003, página 148.

⁶ García Máñez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, Decimoprimer edición, México, 1999, página 9.

ende, resultaría muy sencillo afirmar, a partir de lo anterior, que el Derecho no es una ciencia.

Atienza, mediante la distinción entre *normas* y *proposiciones normativas*, intenta establecer, prima facie, una separación entre el Derecho, del saber acerca del Derecho o ciencia jurídica; aunque reconoce⁷:

... el mismo lector advertirá que, después de todo, la distinción no es excesivamente clara o, por lo menos, que no implica que el Derecho y la llamada («ciencia» del Derecho constituyan esferas de fenómenos claramente distinguibles entre sí. Esto es algo que tiene una gran importancia en nuestro campo y puede explicarse con cierta facilidad, pero que el lector no se haga la ilusión de haber llegado ya al final del capítulo. Pensemos, por ejemplo, en que es muy difícil confundir una reacción química con la fórmula de la ciencia química que la describe, el comportamiento de los animales con los libros de etología o los acontecimientos históricos con las descripciones y explicaciones que de los mismos dan los historiadores. Pero esta distinción de niveles no es tan fácil de establecer en otros campos: la reflexión sobre la literatura puede seguir siendo literatura, como saben todos los lectores de Borges, los libros de filosofía consisten muchas veces en comentarios sobre textos filosóficos, y los libros de ciencia jurídica pueden constituir, en algún sentido, Derecho vigente. Para poner un ejemplo famoso de esto último, las «Instituciones» —una de las partes en que se dividía el *Corpus iuris civilis* de Justiniano— era una obra didáctica escrita para facilitar el aprendizaje del Derecho, pero fue promulgada como ley. Es decir, que al mismo tiempo que ciencia del Derecho, era Derecho vigente....

Por otro lado, se dice que aquella no es la única peculiaridad del saber acerca del Derecho que suele denominarse *ciencia jurídica*, *doctrina jurídica*, *dogmática jurídica*, *jurisprudencia* y de algunas otras formas.

El objeto de estudio del saber jurídico tradicional es un Derecho vigente en un determinado lugar y momento histórico. Y como los límites en los que rige un mismo Derecho positivo tienden a coincidir —al menos, desde la época moderna— con las fronteras de las naciones, la ciencia del Derecho ha sido y es una ciencia acusadamente nacional⁸. Y cierta es la aseveración de Atienza, respecto de que los dogmáticos no escriben libros de Derecho penal, de Derecho laboral o de Derecho administrativo, sino tratados de Derecho penal alemán, de Derecho laboral italiano o de Derecho administrativo español. La ciencia del Derecho no puede dejar de reflejar el carácter plural y diverso de su objeto.

⁷ Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Fontamara, México, 2007, página 163.

⁸ *Idem*.

La ciencia del Derecho tal y como hoy solemos entenderla, sostiene Atienza⁹ que surge en Europa a comienzos del XIX tiene tres grandes centros de desarrollo: Alemania, Francia e Inglaterra. En cada uno de estos países se desenvuelve —en forma relativamente autónoma— una tendencia de pensamiento jurídico que dejará una huella duradera: en Alemania, la escuela histórica del Derecho; en Francia, la escuela de la exégesis y, en Inglaterra, la jurisprudencia analítica.

No es el lugar para ocuparse del análisis de cada una de aquélla, pero como dato general, podemos decir que se trata de tres escuelas que difieren entre sí en múltiples aspectos, pero que tienen también un punto esencial en común, dado que todas participan del concepto de Derecho positivista.

... El Derecho no es ni más ni menos que el Derecho positivo, esto es, el Derecho puesto, bien sea por el autor de un código, por el soberano o por el («pueblo» en su desenvolvimiento orgánico. La ciencia del Derecho no aparece ya como una ciencia que «construye» su objeto (como era el caso del Derecho natural, sino como una ciencia que reflexiona sobre un objeto ya dado, aunque en ocasiones se reconozca (el caso de la escuela histórica) que los juristas cumplen un papel importante a la hora de poner de manifiesto lo que en el Derecho del pueblo está solamente implícito. Ahora bien, es muy importante aclarar desde el principio que el positivismo jurídico, en cuanto concepción del Derecho, no implica el positivismo en cuanto concepción de la ciencia jurídica. El concepto de ciencia positivista se basa en el rechazo de la metafísica y de los valores y en la defensa del método de la observación y de la inducción. Por eso, una ciencia del Derecho positivista no podría ser otra cosa que una ciencia de hechos, y de ahí que quienes pretendieron trasladar este modelo al campo del Derecho —lo que sólo ocurre a partir de la segunda mitad del XIX— traten de encontrar el objeto de esta ciencia en determinados hechos sociales y/o psicológicos.¹⁰

Las vías intentadas para resolver si el Derecho es una ciencia, podrían ser las siguientes:

1. Diferenciar en el Derecho entre los aspectos formales (estructurales) y de contenido y, en consecuencia, defender una ciencia del Derecho formalista que no se preocupa del Derecho en cuanto fenómeno histórico y social; y
2. Diferenciar entre el Derecho en cuanto fenómeno normativo y en cuanto fenómeno empírico.

Ahora bien, el Derecho no solamente representa su aspecto normativo, sino que actúa siempre aliado a la facticidad y a la axiología¹¹:

⁹ *Op. cit.*, página 173.

¹⁰ Atienza, Manuel, *Op. cit.*, página 174.

¹¹ González de la Vega, René, *Op. cit.*, página 158.

"... resulta fundamental en la tarea de desentrañar problemas viejos y novedosos,,," "... hacer planteamientos con todas sus consecuencias implícitas, que involucren simultáneamente a filósofos, sociólogos y juristas..."

Es por lo anterior, que resulta interesante citar la definición del Derecho de Ponce de León Armenta¹²:

"... el derecho es la ciencia que se manifiesta como un sistema de doctrina jurídica (principios y valores), legislación, jurisprudencia, resoluciones jurisdiccionales y convenios que rigen las relaciones humanas e institucionales y su entorno natural, en el marco de la justicia y la seguridad jurídica..."

Así, con base en lo anteriormente indicado, podemos colegir, que el Derecho es una ciencia porque:

Es saber que se puede transitar, a través de los casos, por un proceso metódico de comprobación, y porque los fenómenos socio-jurídicos admiten constantes o leyes científicas que se repiten, no de manera idéntica de cómo las de las ciencias de la naturaleza, pero de una manera semejante; de estas constantes, se genera la teoría y así los modelos científicos.

1. La nueva lucha por el Derecho.

Según Ihering, el Derecho es una *idea práctica* que parte de su propia antítesis, es decir, por un lado tiene el objetivo de conseguir la paz social, y por otro es en esencia la lucha contra aquello que la perturba. Así, el Derecho se encargaría de dictar normas que regulasen las relaciones dentro de una sociedad, y a la vez, se encargaría de luchar contra el injusto jurídico. Ihering llegó a afirmar que el Derecho que no luchase contra la injusticia se negaría a sí mismo¹³.

Parafraseando a Ihering en la época en la que nos toca vivir, se justifica la reivindicación de la lucha por el Derecho, en el marco de una concepción de la Ciencia del Derecho que sea libre, innovadora y realista, frente a la alternativa tradicional de una ciencia vinculada (propia de un sistema cerrado), conservadora (como corresponde a una sociedad cerrada) y formalista (donde el Derecho es autosuficiente respecto de la realidad social).

¹² Ponce de León Armenta, Luis, *Modelo Trans-universal del Derecho y el Estado*, Porrúa, México, 2001, página 24.

¹³ Von Ihering, R. *La lucha por el Derecho*. Porrúa, México, 1989, página 1.

De ahí la atención a las cuestiones relacionadas con la extensión y los límites de la Creación judicial del Derecho, a los problemas derivados de la interpretación y aplicación del Derecho y al examen de las cuestiones de inconstitucionalidad y convencionalidad, cuyo planteamiento muestra que se está produciendo un cambio muy importante en la judicatura nacional. También de ahí proceden los análisis de los casos difíciles y aún de los casos trágicos que los órganos del Poder Judicial de la Federación, y en específico la Suprema Corte de Justicia, con más frecuencia de la que sería deseable debe resolver con el riesgo de constituirse en una «tercera» Cámara, dada la sin duda censurable omisión del Legislativo en afrontar determinados temas, ha de resolver.

1.1. El case method en la enseñanza del Derecho y en la praxis judicial.

La atención al *case law* pretende tender puentes entre la teoría y la praxis y recuperar la vieja y buena tradición medieval de las *disputatio*, que potencie la discusión, y el ejercicio en el arte y la técnica de la argumentación de capital importancia para la formación de un jurista integral, recto y crítico, o lo que es igual, de un "jurisconsulto" que sepa aplicar las leyes erudita y juiciosamente a diferencia de los "leguleyos" o meros repetidores de leyes, de los "jurisperitos" o técnicos en la controversia legal y de los "rábidas" que se quedan en los estudios crudos de la ley.

Estas reflexiones deben servir para el ejercicio de la argumentación y se oponen a la concepción del jurista calculante en el que prima el logicismo interpretativo, para recuperar un jurista racional y prudente, que tiene en cuenta la equidad y no obstante sus diferencias, la razonabilidad, y conjuga la racionalidad con la razonabilidad, cuya legitimidad de ejercicio se asienta sobre la justificación que no la explicación, y la motivación del razonamiento jurídico.

Ahí es donde surge un método de enseñanza del Derecho, más apegado a la realidad (a la práctica); a saber, el *case method*, orientado a formar a abogados, que también han sido a lo largo de su vida buenos jueces, defensores y fiscales. No se trata del caso como un mero ejemplo ilustrador, sino de un elemento configurativo de la forma de pensar.

Se dice que C.C. Langdell -Profesor de la Harvard Law School- fue de los precursores de esa especie de método, al iniciar en 1870 su curso de contratos interrogando a sus alumnos del modo siguiente:

(...) Señor Fox : ¿le importaría exponer los hechos del caso Payne vs Cave?¹⁴
(...).

Es sabido que el método del caso guarda relación con un determinado concepto de Derecho, en el que se produce un desplazamiento del centro de gravedad desde la actividad del legislador a la actividad del juez. Si bien es una manera de enseñar a pensar y a argumentar que proviene de los países con tradición jurídica residente en el *common law*, también ha sido utilizado en los sistemas jurídicos cuyas raíces provienen del *civil law*.

Muestra de ello es el libro de Mezger¹⁵, intitulado *Derecho penal parte general (libro de estudio)*, el cual dedica un apartado sumamente sintético, pero de gran utilidad práctica, denominado “*Algunas líneas directrices para el tratamiento de casos prácticos*”, en donde el maestro alemán recomendaba a sus alumnos: 1. Leer con gran atención el caso en su totalidad y concretamente el planteamiento singular de la cuestión. De la lectura no cabe añadir ni suprimir o modificar nada arbitrariamente. 2. Disponer de un soporte material para anotar las disposiciones legales que se perfilen como aplicables (lo importante se olvida con facilidad cuando se profundiza, tras un examen ulterior). 3. Debe tenerse presente que dicho tratamiento jurídico de un caso práctico deberá estar siempre presidido por el inevitable principio de legalidad. 4. Deben ordenarse las cuestiones o problemas que se hayan detectado como consecuencia de un análisis precedente. 5. Una vez que se han individualizado y ordenado dichas cuestiones jurídicas, debe recurrirse a las disposiciones legales que pueden afectar a las mismas, leyéndolas y meditándolas con cuidado y conciencia; tras ello -agregan Cobo del Rosal y Quintanar Díez¹⁶-, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional. 6. El estudio de las cuestiones pueden llevar a un alejamiento involuntario del caso concreto, por ello es aconsejable volver siempre al caso, leerlo nuevamente, de modo que, tras el estudio de las cuestiones jurídicas citadas, se podrá captar más profundamente el supuesto en su totalidad y su verdadero sentido. 7. No debe plegarse el alumno a alguna de las opiniones doctrinales o jurisprudenciales estudiadas, de una forma acrítica o poco meditada; debe fomentarse una opinión propia en torno a los perfiles que se puedan plantear. 8. Pueden considerarse y proponerse soluciones eventuales para que el supuesto deje abiertas diversas posibilidades.

¹⁴ Lavilla Rubira, Juan José. *Sobre el case-method para la enseñanza del Derecho: la experiencia de la Harvard Law School*. Revista de Administración Pública, 1998, núm. 117, página 433.

¹⁵ Citado por Cobo del Rosal, Manuel; Quintanar Díez, Manuel. *Selección de casos prácticos de Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, página 15.

¹⁶ *Ibidem*, página 17.

La enseñanza del Derecho pues, debe de ir a la par de las transformaciones del sistema jurídico y de la complejidad de las relaciones sociales e interestatales.

La tendencia en los últimos 20 años en nuestro país, ha sido la decisión política de iniciar una auténtica *reforma judicial*; las piezas centrales de ese esfuerzo son¹⁷:

- a) *La reforma constitucional federal publicada el 31 de diciembre de 1994 en el Diario Oficial de la Federación*, que produjo cuatro consecuencias fundamentales: 1. La creación del Consejo de la Judicatura Federal; 2. La redistribución de las facultades jurisdiccionales y no jurisdiccionales que tenía la Suprema Corte a otros órganos del Poder Judicial de la Federación y, 3. La competencia en exclusiva del Máximo Tribunal para conocer de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. 4. La integración del Pleno sufrió un importante cambio. El número de Ministros se redujo de 26 a 11; asimismo, los Ministros empezarían a ocupar sus cargos por quince años y serían sustituidos de manera escalonada¹⁸.
- b) *La reforma constitucional federal "en materia de seguridad pública y justicia penal"*, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, que derivó en la implementación de juicios orales, los jueces de control, el impulso de un nuevo sistema penitenciario, el fortalecimiento de los defensores de oficio y el establecimiento de alternativas a la solución de conflictos.
- c) *La reforma constitucional federal "en materia de amparo"*, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 6 de junio de 2011, que removió instituciones básicas del juicio de amparo, como la apertura del parámetro de control (hacia los derechos humanos); la ampliación del interés jurídico hacia el interés legítimo para combatir ciertos actos (y omisiones) de la autoridad; o la excepción que implica a la Fórmula Otero la declaración general de inconstitucionalidad; y
- d) *La reforma constitucional federal "en materia de derechos humanos"*, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, que eliminó el concepto de "garantías individuales", sustituyéndolo por el de "derechos humanos", dirigiéndose hacia una concepción *iusnaturalista* del derecho al referir en el artículo 1º constitucional que esos derechos son "reconocidos" por

¹⁷ Véase: Coaña Be, Luis David. *Lo que nos dejó 2011 en el mundo del Derecho*. En: El mundo del Abogado, Año 15, número 154, México, Febrero de 2012, páginas 20-22.

¹⁸ La reducción en el número de integrantes implicó, adicionalmente, que las Salas fueran dos, en lugar de cuatro. Anteriormente, la Primera Sala se ocupaba de la materia penal; la Segunda, de la civil; la Tercera de la administrativa y la Cuarta, de la laboral.

el Estado mexicano (no “otorgados” como se indicaba en el texto anterior, referido claro, a las garantías individuales) y radicando el eje de la interpretación de las normas, bajo el principio *pro persona*, entre otras novedades.

Con ello, podemos apreciar en nuestro país, una división del poder público más efectiva, (aunque no sea tan eficiente como lo esperábamos) pero es indudable la independencia del legislativo y la actuación restrictiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contra la actuación del Ejecutivo Federal con las nuevas vías de control constitucional creadas y hechas efectivas en 1994 (las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad), idea que cobró relevancia en el caso del Estado de Yucatán, puesto que, siguiendo con esa tendencia, la Constitución Estatal se reformó en el mes de abril de 2010, y se dispuso la creación del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado¹⁹, así como la existencia de un Tribunal Constitucional y de medios de control constitucional locales (controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad, acción por omisión legislativa y control previo de constitucionalidad). A su vez, la oralidad en materia penal, contemplada en la carta magna federal²⁰, ha permeado en otras ramas del Derecho, como en la mercantil (Reformas al Código de Comercio de diciembre de 2011) y en la familiar (Nuevos Códigos de Familia y de Procedimientos Familiares del Estado de Yucatán, de abril de 2012).

Que los hechos son los que moldean al Derecho y a su interpretación, es algo que poco a poco convence en México. En nuestro país –contrariamente a lo que muchos sostienen-, se han dado pasos importantes al respecto en la *praxis judicial*.

En efecto, la propia jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha evolucionado, de un tribunal frío y calculante, a uno racional y prudente.

Nota de ello, es la antigua concepción (en la Octava Época del Semanario Judicial de la Federación) de los requisitos que los conceptos de violación debían reunir en el

¹⁹ Diario Oficial del Gobierno del Estado de 17 de mayo de 2010.

²⁰ La oralidad en sí, se basa en tres premisas: a) Predominio de la palabra hablada como medio de expresión; b) La inmediación de la relación entre el tercero que actúa en el proceso y las personas cuyas declaraciones tiene aquél que valorar; y c) Concentración en la sustanciación de la causa en un periodo único, que se desenvuelva en una audiencia única o en el menor número posible de ellas. Véase: Castillejo Manzanares, Raquel. *La crisis del proceso judicial. La oralidad, principio informador de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*. En: Bravo Peralta, M. Virgilio; Islas Colín, Alfredo (Coordinadores). *Argumentación e Interpretación Jurídica para juicios orales y la protección de derechos humanos*. Porrúa, México, 2010, página 79.

juicio de amparo. Así, la entonces Tercera Sala, sostuvo el siguiente criterio jurisprudencial²¹:

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. REQUISITOS LÓGICOS Y JURÍDICOS QUE DEBEN REUNIR. El concepto de violación debe ser la relación razonada que el quejoso ha de establecer entre los actos desplegados por las autoridades responsables y los derechos fundamentales que estime violados, demostrando jurídicamente la contravención de éstos por dichos actos, expresando, en el caso, que la ley impugnada, en los preceptos citados, conculca sus derechos públicos individuales. Por tanto, el concepto de violación debe ser un verdadero silogismo, siendo la premisa mayor los preceptos constitucionales que se estiman infringidos; la premisa menor, los actos reclamados; y la conclusión la contrariedad entre ambas premisas.

Tal concepción, fue superada años más tarde por la Segunda Sala del Máximo Tribunal de la Nación, al incorporar en la doctrina jurisprudencial, la teoría de la "causa de pedir" como instrumento mínimo de análisis, en la siguiente jurisprudencia²²:

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR.- Esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abandona el criterio formalista sustentado por la anterior Tercera Sala de este Alto Tribunal, contenido en la tesis de jurisprudencia número 3a./J. 6/94, que en la compilación de 1995, Tomo VI, se localiza en la página 116, bajo el número 172, cuyo rubro es "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. REQUISITOS LÓGICO JURÍDICOS QUE DEBEN REUNIR.", en la que, en lo fundamental, se exigía que el concepto de violación, para ser tal, debía presentarse como un verdadero silogismo, siendo la premisa mayor el precepto constitucional violado, la premisa menor los actos autoritarios reclamados y la conclusión la contraposición entre aquéllas, demostrando así, jurídicamente, la inconstitucionalidad de los actos reclamados. Las razones de la separación radican en que, por una parte, la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales no exige, en sus artículos 116 y 166, como requisito esencial e imprescindible, que la expresión de los conceptos de violación se haga con formalidades tan rígidas y solemnes como las que establecía la aludida jurisprudencia y, por otra, que como la demanda de amparo no debe examinarse por sus partes aisladas, sino considerarse en su conjunto, es razonable que deban tenerse como conceptos de violación todos los razonamientos que, con tal contenido, aparezcan en la demanda, aunque no estén en el capítulo relativo y aunque no guarden un apego estricto a la forma lógica del silogismo, sino que será suficiente que en alguna parte del escrito se exprese con claridad la causa de pedir, señalándose cuál es la lesión o agravio que el quejoso estima le causa el acto, resolución o ley impugnada y los motivos que originaron ese agravio, para que el Juez de amparo deba estudiarlo.

²¹ Octava Época Instancia: Tercera Sala Fuente: Apéndice de 1995 Tomo: Tomo VI, Parte SCJN Tesis: 172 Página: 116

²² Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Apéndice 2000 Tomo: Tomo VI, Común, Jurisprudencia SCJN Tesis: 109 Página: 86

Y ha sido ratificada por el Tribunal Pleno, al referirse a las acciones de inconstitucionalidad y a las controversias constitucionales, como se advierte de las siguientes jurisprudencias:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. PARA QUE SE ESTUDIEN LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE LA CONTRAVENCIÓN DE LA NORMA QUE SE IMPUGNA CON CUALQUIER PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- De la lectura integral de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se desprende que exija como requisito esencial e imprescindible para demostrar la inconstitucionalidad de la norma general que se impugne, que la expresión de los conceptos de invalidez se haga como un verdadero silogismo. Ello es así porque, conforme al citado precepto, para que se proceda a su estudio será suficiente con que en el escrito de demanda respectivo se exprese con claridad la contravención de la norma combatida con cualquier precepto de la Constitución Federal, sin perjuicio de que hecho el análisis de los conceptos de invalidez expuestos, éstos deban desestimarse.²³

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. PARA QUE SE ESTUDIE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA O ACTO BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA LA CAUSA DE PEDIR. Si bien es cierto que los conceptos de invalidez deben constituir, idealmente, un planteamiento lógico jurídico relativo al fondo del asunto, también lo es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede admitir como tal todo razonamiento que, cuando menos, para demostrar la inconstitucionalidad contenga la expresión clara de la causa de pedir. Por tanto, en el concepto de invalidez deberá expresarse, cuando menos, el agravio que el actor estima le causa el acto o ley impugnada y los motivos que lo originaron, para que este Alto Tribunal pueda estudiarlos, sin que sea necesario que tales conceptos de invalidez guarden un apego estricto a la forma lógica del silogismo.²⁴

Ahora bien, la situación de que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya establecido en su jurisprudencia que para que procedan tales estudios, basta con que en ellos se exprese la causa de pedir, obedece a la necesidad de precisar que los *planteamientos de hecho* y de derecho no necesariamente deben realizarse a manera de silogismo jurídico, o bien, bajo cierta redacción sacramental, pero ello de manera alguna implica que los quejosos, recurrentes o accionantes se limiten a realizar meras afirmaciones sin sustento o fundamento, pues es obvio que a ellos corresponde (salvo en los supuestos legales de suplencia de la queja) exponer razonadamente el por qué estiman inconstitucionales o ilegales los actos que reclaman o recurren. Lo anterior

²³ Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Apéndice 2001 Tomo: I, Jur. Acciones de Inconstitucionalidad y C.C. Tesis: 17 Página: 19

²⁴ Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXII, Octubre de 2005 Tesis: P./J. 135/2005 Página: 2062.

se corrobora con el criterio sustentado por el Alto Tribunal en el sentido de que resultan inoperantes aquellos argumentos que no atacan los fundamentos del acto o resolución que con ellos pretende combatirse²⁵.

La recuperación de la *práctica* como una metodología necesaria e insustituible, para la enseñanza del Derecho y el acercamiento a la cultura del *case method*, es un proceso cuyas raíces y causas están perfecta y plenamente identificadas, cuando se advierte que la primacía del Derecho natural racionalista sobre el Derecho romano favoreció la concepción del Derecho como conjunto de normas generales y abstractas.

El caso es pues, *la imagen sensible para acceder a lo que se escapa y huye de ser aprehendido* y cobra relevancia no solamente en la argumentación académica o constitucional, sino también, en el nuevo sistema penal acusatorio, en el cual, a través del principio de contradicción, se pretende garantizar la igualdad procesal de las partes, en la medida en que se les permite escuchar de viva voz las argumentaciones de la contraria para apoyarlas o rebatirlas y observar desde el inicio la manera como formulan sus planteamientos en presencia del juzgador.

Así, tanto el Ministerio Público como el imputado y su defensor, deben exponer al juzgador su versión de los hechos con base en los datos que cada uno de ellos aporte, a fin de lograr convencerlo de su versión, la cual ha sido denominada en la literatura comparada como "teoría del caso"²⁶, que ha sido definida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como

(...) la idea central o conjunto de hechos sobre los que versará la participación de cada parte, a efecto de explicarlos y determinar su relevancia, dotándolos de consistencia argumentativa para establecer la hipótesis procesal que pretende demostrarse y que sustentará la decisión del juzgador, la cual deberá vincularse con los datos aportados para desvirtuar aquellos en que se apoyen las afirmaciones de su contraparte, de manera que la intervención de las partes procesales puede resumirse en: presentación, argumentación y demostración (...)²⁷.

En otras palabras, la teoría del caso se basa en la capacidad argumentativa de las partes para sostener que está acreditado un hecho y que a éste le corresponde una

²⁵ Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Apéndice 2002 Tomo: Tomo VI, Común, Jurisprudencia SCJN Tesis: 8 Página: 12. CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO.

²⁶ Sobre este tema, Véase: Benavente Chorres, Hesbert. *La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*. JM Bosch Editor. Barcelona, 2011.

²⁷ 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 1; Pág. 291.

consecuencia jurídica. Es un método general para la determinación del Derecho que va mucho más allá de la ilusoria operación de interpretación de la letra de la ley para “dejarla caer” sobre los hechos.

La relevancia del caso en la docencia y en la aplicación del Derecho es pues, indudable. Y lo es por razones didácticas, pero sobre todo, metodológicas.

Más allá de consideraciones metodológicas generalizadas, el papel de los casos se muestra cada vez más relevante. No estamos ante el mero plantear hechos nuevos a la consideración del juez, ni tampoco ante la ejemplificación de supuestos arquetípicos de conceptos abstractos. El trabajo con casos pone a prueba la capacidad de la dogmática para idear conceptos idóneos en el marco de sistemas, que por ser tales han de gozar de completitud y universalidad²⁸.

Una concepción del Derecho que parte desde la experiencia jurídica y tendente a captar su sentido en la plenitud de sus manifestaciones, debe orientar su enseñanza no sólo a la consideración de las formas normativas y de las construcciones teóricas sino a las estructuras de la *praxis social* en las que éstas surgieron y sobre las que se proyectaron. Por este motivo, es prioritario revitalizar, sin caer en ningún tipo de reduccionismo, la enseñanza práctica de la Filosofía del Derecho mediante el recurso al *case method* cuya razón de ser no está como a menudo se afirma apresuradamente en la existencia de un precedente en sí, sino en cuanto éste contiene «buenas y justificadas» razones para resolver un caso, sin caer en el exceso ni en la simplificación de reducir el Derecho al *black letter law*, mediante el abuso de la informática jurisprudencial.

1.2. La moral jurídica. Teorías de la Justicia.

Dworkin es quien abundó en estos problemas desde antaño, al señalar el brete en el que se encontraría un juzgador cuando el litigante le planteara un caso sobre el cual no existiese un acuerdo general²⁹ sobre la forma de proceder: (...) Un ejemplo es el problema ético que se plantea cuando un abogado no pregunta si una ley determinada está en vigor, sino si es justa (...)³⁰.

²⁸ Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (Coordinador). *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*. La Ley, Madrid, 2011, páginas 58-59.

²⁹ Partiendo de la Teoría de la Verdad como consenso, la cual sostiene, a muy grandes rasgos, que una proposición es verdadera si acerca de ella hay acuerdo o consenso en todo el grupo de sujetos con los cuales, actual o potencialmente, se establece un diálogo al respecto. El máximo representante de esta postura es Jürgen Habermas.

³⁰ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho, Barcelona, 5ª reimpresión, 2002, página 43.

No es la intención del sustentante abordar el ríspido e inacabado tema de lo *que es la Justicia*, puesto que ello excede con mucho los objetivos planteados en el presente trabajo, sin embargo, a fin de plasmar cómo el Derecho se conecta con el valor Justicia y desprender de ahí, los tópicos morales necesarios para la argumentación judicial, se describirán algunas de las teorías principales al respecto, sin que ello implique de ninguna manera un análisis profundo.

El derecho persigue fines enlazados entre sí, como son la justicia, el orden, la seguridad, la libertad y la paz³¹, que, finalmente se concretan en servir al perfeccionamiento y realización del ser humano en toda su plenitud.

Así, se ha dicho que la Justicia³² es el valor dominante entre los que aspira el derecho a realizar; por ello, los romanos, definían a la ciencia del derecho o jurisprudencia, como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, de lo justo y lo injusto³³. La *Justitia* es la Justicia, cualidad del hombre justo. Ulpiano la define como “la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo”³⁴.

Para los fines pretendidos en esta investigación, podemos tomar el ejemplo de la definición de Ulpiano (una de las más socorridas), que puede ser *suficientemente aleccionadora*³⁵, empero, no queda exenta de polémica.

El problema radica, según Campillo Sáinz³⁶ en la precisión de lo que le es suyo a cada individuo:

(...) Y yo me pregunto ¿qué es lo suyo? ¿Es solamente la contraprestación debida para guardar igualdad en los cambios? Evidentemente que eso es lo suyo, cuando se ha dado una prestación y se espera una contraprestación proporcional. Pero, ¿no es también lo suyo, lo de cada persona, el derecho a la existencia? ¿no es lo suyo el derecho a la vida digna y libre? ¿no es un derecho, también, que esa vida una vida digna y libre se sustente en un mínimo de bienestar que haga posible el ejercicio real de la libertad y que preserve la dignidad de los hombres? ¿no es lo suyo participar en la vida de la comunidad; de informarse, de integrarse, de ejecutar un trabajo, de realizar una actividad que permita el desenvolvimiento de su capacidad creativa y realizarse plenamente como hombre?(...).

³¹ Nótese que, en buena medida, esos valores coinciden con los derechos humanos de primera generación; por ende, se puede afirmar sin cortapisa alguna, que los derechos humanos tienden a la realización de la Justicia.

³² García Máynez distingue como los valores a que el derecho debe atenerse, los siguientes: a) valores jurídicos fundamentales; b) valores jurídicos consecutivos; y c) valores jurídicos instrumentales. Tienen el rango de fundamentales la Justicia, la Seguridad Jurídica y el bien común; esa denominación de fundamentales se les asigna porque de ellos depende la existencia de todo orden jurídico genuino. García Máynez, Eduardo. *Filosofía del Derecho...Op. cit.*, página 439.

³³ Campillo Sáinz, José. *Dignidad del Abogado*. Porrúa, México, 1995, página 8.

³⁴ Petite, Eugène. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Editora Nacional, México, 1966, página 19.

³⁵ Atienza, Manuel. *Op. cit.*, página 84.

³⁶ *Ibidem*, páginas 8-9.

Dicha problemática (de determinar lo que a cada quien corresponde), se resuelve estableciendo los principales parámetros constituidos por los méritos, las obras, los esfuerzos, la conducta, las necesidades; esos parámetros nos permiten aplicar la justicia a casos concretos porque los méritos pueden determinarse, las obras pueden valorarse y precisarse, los esfuerzos son manifestaciones objetivas, la conducta puede evaluarse y las necesidades son manifestaciones concretas que pueden considerarse³⁷.

De forma que la historia de la humanidad, ha sido la de una continua marcha hacia su elevación y de un ascenso hacia formas más elevadas de dignidad y justicia; por ende, la fórmula de Ulpiano se enriquece con el tiempo y adquiere cada vez mayor significado.

En este tópico se destaca Aristóteles, quien distinguió entre Justicia universal (*iustitia universalis*) y Justicia particular (*iustitia particularis*). La conducta de quien realiza todas las virtudes, es llamada por Aristóteles *virtud total*; cuando ésta se manifiesta en el comportamiento del hombre con los demás, recibe el nombre de Justicia universal; a la que contrapone el concepto de Justicia particular, reducida a la conducta del observante de la igualdad³⁸.

De esta Justicia Particular, se desprenden, según el filósofo griego, la *Justicia distributiva*, que atiende al principio de que los iguales deben ser objeto de un trato igual y los desiguales, de un trato diferente, pero proporcionado a su desigualdad, y la *Justicia rectificadora*, que alude a la restauración de un daño causado por otro, mediante una sanción pecuniaria, aplicado criterios aritméticos³⁹.

A continuación, se esbozarán algunas ideas básicas de los que se ha dicho respecto de la Justicia, atendiendo a las concepciones *iusnaturalista*, *kantiana*, *utilitarista*, *historicista*, *analítica* y *rawlsiana*⁴⁰.

1.2.1. La concepción iusnaturalista de la Justicia.

El *iusnaturalismo* ofrece la posibilidad de no considerar como valores últimos o únicos los recogidos por el Derecho positivo; suministra una vía para criticar a éste y justificar la desobediencia de los mandatos de autoridad que se alejen del Derecho natural.

³⁷ Ponce de León Armenta, Luis. *Op. cit.*, página 33.

³⁸ García Máynez, Eduardo. *Filosofía del Derecho...*, *Op. Cit.*, página 440.

³⁹ *Ibidem*, páginas 442-443.

⁴⁰ Hablar de todas las concepciones de la Justicia, sería interminable. Por eso, se sigue como criterio genérico rector, el que plantea Manuel Atienza, en *Op. cit.*, páginas 108-143.

Esta concepción se remonta a las obras de Homero y Hesíodo, y llega hasta nuestros días, según Atienza⁴¹:

(...) el haber pervivido durante un lapso tan dilatado hace que su caracterización presente no pocas dificultades. A primera vista, no parece muy claro lo que pueden tener en común concepciones de la justicia tan dispares entre sí, como las de los sofistas, Platón, Aristóteles, los estoicos, san Agustín, santo Tomás, los voluntaristas medievales, la escuela racionalista de Derecho natural, la escuela española de Derecho natural y de gentes, Locke, Rousseau, Hobbes(...).

Los puntos de conexión entre esas variantes tan disímolas (que han tenido un desarrollo de prácticamente veinticinco siglos), serían:

- a) Lo justo se identifica con una serie de principios, que derivan de la naturaleza, y que son cognoscibles por el hombre.
- b) Estos principios son verdaderos en la medida en que describen fidedignamente la naturaleza.
- c) Al menos alguno de estos principios tiene el carácter de inmutable y universal.

1.2.2. La concepción kantiana de la Justicia.

El pensamiento de Emmanuel Kant constituye una síntesis del racionalismo continental, el empirismo anglosajón y la filosofía política de Rousseau; según Atienza, Kant sigue siendo, en muchos aspectos, un autor *iusnaturalista* que formula una teoría del contrato social y de los derechos innatos (reducidos a uno: el derecho a la libertad); empero, su trabajo presenta elementos originales que integran por sí mismos un paradigma de la Justicia⁴².

Lo anterior, cuando Kant establece el fundamento de la moralidad, el cual gira en torno de tres ejes: el deber, el imperativo categórico y los postulados⁴³. Lo que da un carácter moral a un acto humano se encuentra en el interior de dicho sujeto y es su razón práctica o buena voluntad, la cual ha de dirigirse al deber, por el deber mismo. No es tanto lo que ejecuta, sino cómo lo ejecuta; actuar el deber no es suficiente, hay que realizarlo por sí mismo; así, cuando una persona cumple con sus deberes, con eso ya se encuentra en un nivel legal; y si además cumple con el deber porque su intención reside en el respeto de aquél, entonces asciende a un plano o nivel moral.

⁴¹ *Ibidem*, página 108.

⁴² *Ibidem*, página 112.

⁴³ Gutiérrez Sáenz, Raúl. *Historia de las doctrinas filosóficas*. Esfinge, México, 2000, página 149.

La fórmula suprema del imperativo categórico es: *actúa de tal manera que la máxima de tu acción pueda convertirse en ley universal*⁴⁴. En definitiva, el imperativo categórico recoge tanto el principio de universalidad, como el de dignidad de la persona humana y el de autonomía o libertad de la voluntad⁴⁵.

Cuando ese imperativo categórico se aplica al campo de las acciones externas del hombre, según el autor, nos encontramos ante el Derecho, entendido como "... el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según la ley general de libertad...", concepto que se identifica con lo que debería ser el Derecho, es decir, *el Derecho justo*⁴⁶.

1.2.3. La concepción utilitarista de la Justicia.

La formulación clásica de la justicia utilitarista se encuentra en las tesis de Bentham.

Para esta concepción los actos e instituciones son justos en la medida en que sus consecuencias contribuyan positivamente a expandir el bien intrínseco. Este es generalmente identificado con la felicidad general, pero es interpretado de muy diversas maneras. Hay una interpretación hedonista, como la de Jeremy Bentham, que asociaba a la felicidad con el placer⁴⁷.

Tomando como punto de referencia central la obra de Bentham, la concepción utilitarista puede basarse en los dos siguientes presupuestos:

a) La concepción empirista y determinista de la psicología, que niega la existencia de normas innatas. Concibe a la razón como una facultad que opera a partir de los sentidos; así, el Derecho –la legislación- es un medio adecuado para promover la reforma social.

b) La identificación de lo bueno con el placer, con la felicidad. Indica que lo único que hay de natural en el hombre es un conjunto de sentimientos, de inclinaciones a la felicidad, que es preciso armonizar según el principio de utilidad.

1.2.4. La concepción historicista de la Justicia.

⁴⁴ *Ibidem*, página 150.

⁴⁵ Atienza, Manuel, *Op. cit.*, página 114.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Nino, Carlos Santiago. *Justicia*. En: Doxa, No. 14, 1993, página 67. [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_05.pdf#search="concepcion utilitarista justicia bentham"&page=7](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_05.pdf#search=). Recuperado el 30 de noviembre de 2011.

Las principales corrientes *historicistas* surgidas en el siglo XIX y que han ejercido una influencia profunda en el pensamiento jurídico hasta la actual fecha, son la escuela histórica del Derecho (con Von Savigny), la filosofía *hegeliana* y el *marxismo*⁴⁸.

Defender una concepción historicista de la Justicia, significa considerar que ésta no es dada *a priori*, sino algo que se realiza en el devenir de la historia. Un agente actúa justamente, un orden jurídico o un acto será justo si cae dentro de una determinada ley de evolución de la historia, que es lo que le sentido y justificación.

1.2.5. La concepción analítica de la Justicia.

Bajo el rótulo común de *filosofía analítica* se suele distinguir a un conjunto bastante amplio de autores, entre los cuales pueden establecerse notables diferencias; empero, asimismo se denotan puntos de conexión, como son:

- a) La tendencia a ver una relación entre filosofía y lenguaje;
- b) La adopción de una posición cautelosa frente a la metafísica;
- c) La actitud positiva frente al saber científico; y
- d) El reconocimiento de que el análisis constituye una condición básica para filosofar.

Se destacan como los autores más influyentes al respecto, en materia jurídica a Kelsen, Ross y Hart.

Kelsen⁴⁹ concluye que no puede afirmar lo que es la Justicia, una Justicia "... absoluta que la humanidad ansía alcanzar...", pero explica, de modo particular, Su Justicia: "... la Justicia para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi Justicia en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia...".

Ross afirma que las palabras "justa" e "injusta", tienen sentido cuando se aplican para caracterizar la decisión de un juez, o por cualquier otra persona que tiene que aplicar un conjunto de reglas; decir que una decisión es justa, significaría que fue adoptada de manera regular, esto es, de conformidad con la regla vigente⁵⁰.

Hart, por su parte, indica que pueden establecerse racionalmente unos mínimos contenidos de Justicia (*contenido mínimo de Derecho natural*), como son⁵¹:

- a. La vulnerabilidad humana; que establece la necesidad de establecer normas que restrinjan la violencia;

⁴⁸ Atienza, Manuel, *Op. cit.* página 123.

⁴⁹ Kelsen, Hans. *¿Qué es Justicia?* Ariel, Séptima Edición. Barcelona, 2008, página 63.

⁵⁰ Atienza, Manuel, *Op. cit.*, página 140.

⁵¹ *Ibidem*, página 142.

- b. La igualdad aproximada de los hombres (abstenciones y concesiones mutuas);
- c. El altruismo limitado (como los hombres no son ni demonios ni ángeles, es menester la existencia de reglas que disponen ciertas abstenciones);
- d. Los recursos limitados (alguna forma de propiedad);
- e. La comprensión y fuerza de voluntad limitadas (establecimiento de sanciones, pues no todos tienen facultad de comprensión para acatar las normas o fuerza de voluntad para ello).

1.2.6. La concepción rawlsiana de la Justicia.

El debate en los últimos años de lo que es Justicia, se ha dado en relación con la obra de John Rawls⁵².

En concreto, recoge la teoría del contrato social y la eleva a un grado de abstracción que pretende establecer, por consenso, los principios de la Justicia; los cuales serían los siguientes:

- + Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos.
- + Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo (principio de diferencia), y b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.

1.2.7. Balance de las concepciones de Justicia: los derechos humanos.

Parece ser que todas las concepciones hasta aquí expuestas, coinciden en un punto toral: en la idea de que los *derechos humanos* constituyen un mínimo –o un máximo, apunta Atienza⁵³- de Justicia.

Los derechos humanos se erigen pues, como *el producto del desarrollo de las vivencias de Justicia*⁵⁴ del conglomerado y así, es lógico comprender que las teorías anotadas, partan de esa experiencia humana.

Por ende, resulta necesaria la revisión constante y permanente del orden jurídico, a fin de que no se desvíe de lo que según la *communis opinio* es lo justo; a saber: los derechos humanos.

⁵² Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1997.

⁵³ Atienza, Manuel, *Op. cit.*, página 149.

⁵⁴ Villoro Toranzo, Miguel. *La Justicia como vivencia*. Porrúa, México, 2004.

Dicha tendencia es la que aparentemente sigue el Estado mexicano, que es ahora más que nunca resulta imperativa para todos los jueces en nuestro país, con la reciente *constitucionalización* de los derechos humanos.

En efecto, México, como se ha dicho, ha experimentado un cambio trascendental en su ordenamiento constitucional con la reforma de junio de 2011: “(...) La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 tendrá un impacto profundo en nuestras concepciones de los derechos fundamentales. Las modificaciones que aporta al constitucionalismo mexicano no son solamente de forma, sino que afectan al núcleo central de comprensión de lo que son los derechos (...)”⁵⁵.

En efecto, se sustituye en el lenguaje constitucional el concepto de “garantías individuales”, por el de “derechos humanos”, al modificarse la denominación del Capítulo I del Título Primero del ordenamiento constitucional.

El artículo 1 de la Carta Magna, es ahora del siguiente tenor:

“(...) Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

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

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas (...)”.

Resulta especialmente trascendente el tercer párrafo del indicado artículo, ya que ahí se inserta la filosofía de toda la reforma, al ordenar que todas las autoridades (incluidas las administrativas no solamente jurisdiccionales y las legislativas), respeten

⁵⁵ Carbonell, Miguel. *Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución mexicana*. Documento electrónico. Página 63.

íntegramente los Derechos Humanos con base al nuevo Sistema Constitucional ya en vigor.

No menos importante resulta el nuevo contenido del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal⁵⁶, que es del siguiente tenor:

(...) Artículo 103.- Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (...).

Así, se advierte que el parámetro de control judicial, tanto en la instancia común, como en el juicio de amparo, lo será el de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales signados por el Estado mexicano.

De tal manera, si partimos del reconocimiento de la Constitución como fuente del de derecho, e incluso admitimos que ella es la fuente de las fuentes del derecho, tal aseveración significará que el derecho *se carga de moral a través de valores, principios o fines*⁵⁷.

Dicha reforma, conecta con las recientes condenas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos le ha impuesto a México, jurisdicción supranacional que en su jurisprudencia desarrolló el concepto de “*control de convencionalidad*” el cual implica que los jueces de un país que ha firmado la Convención Americana de Derechos Humanos y reconocido la competencia contenciosa de aquella Corte, si bien se encuentran sometidos al imperio de su ley interna (cuenta habida el principio de legalidad), en sus funciones deberán velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

En efecto, en el Caso Almonacid Arellano contra Chile, la Corte Interamericana resolvió:

(...) 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de

⁵⁶ Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011.

⁵⁷ Vigo, Rodolfo Luis. *¿Control judicial de las decisiones éticas?*. Raíz y Conciencia, Número 21, Octubre de 2008, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial. Suprema Corte de Justicia de la Nación, página 7.

“control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (...)”.

Y en el Caso Radilla contra México, expresamente se indicó:

(...) 339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (...)

En forma similar se pronunció la Corte Interamericana al resolver los asuntos Fernández Ortega (párrafo 236), Rosendo Cantú (párrafo 219) y Cabrera García y Montiel Flores (párrafo 225).

Entonces, cuenta habida de lo anterior, en el Estado Mexicano aparecen *nuevos jueces constitucionales* (además de los que efectivamente ejercen control jurisdiccional en materia de amparo, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales) con el poder de desaplicar las leyes por razones sustanciales, es decir, que por ser incompatibles con los derechos humanos, acorde con el principio *pro persona* (contenido en el artículo 1 Constitucional) y en acatamiento a las sentencias emitidas por la Corte Interamericana, resultando así una altísima carga ética en las futuras decisiones de los tribunales del fuero común.

De ahí la atención no sólo a los problemas genéricos que suscita la interpretación del ordenamiento «de» y «desde» la Constitución, sino también a la interpretación constitucional, donde cobra especial relieve la trascendencia que en el contexto del régimen democrático y constitucional adquiere la motivación como una exigencia no sólo ética sino como un deber jurídico de justificar, que no sólo de explicar, las decisiones judiciales, con especial cuidado en examinar el contenido de los Votos particulares, y la atención prestada a delimitar las líneas de diferenciación entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, esta última como se sabe taxativamente prohibida en la Constitución.

1.3. Conclusión

No hace falta ser muy perspicaz para darse cuenta, que en estos tiempos se prestará mucha más atención a los procesos de interpretación y aplicación del Derecho (o de los Derechos Humanos) que al proceso de creación de las normas, hasta tal punto que el análisis de la función y límites de la aplicación judicial del Derecho disminuirá en modo significativo la atención a la figura del Legislador, y se erigirá al Juez en el nuevo «*señor del Derecho*» y el trabajo en el corto plazo. Entre las razones que justifican este cambio de orientación se encuentran sin duda alguna la necesidad de dar respuesta a hechos tan heterogéneos y diversos, como la crisis del modelo formalista y de la dogmática iusprivatista, la descodificación y la hiperinflación normativa, el tránsito del Estado liberal al social y su crisis, la tensión entre el Estado de derecho y el Estado constitucional, la crisis la soberanía nacional, la irrupción del pluralismo jurídico y del multiculturalismo, o la inflación normativa y el «*desbordamiento de las fuentes del Derecho*».

Así, podemos concluir, tal y como expresó en su momento Dworkin⁵⁸, que nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada *teoría moral*, a saber, que las personas tienen derechos morales contra el Estado; es decir, un cúmulo de *valores básicos*⁵⁹ contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales firmados por México, que por perseguir un fin en el mismo espacio, están llamados a colaborar entre sí.

Fuentes de Información.

ATIENZA, Manuel, Introducción al Derecho, Fontamara, México, 2007.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio. JM Bosch Editor. Barcelona, 2011.

BRAVO PERALTA, M. Virgilio; Islas Colín, Alfredo (Coordinadores). Argumentación e Interpretación Jurídica para juicios orales y la protección de derechos humanos. Porrúa, México, 2010.

CAMPILLO SÁINZ, José. Dignidad del Abogado. Porrúa, México, 1995.

CARBONELL, Miguel. Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución mexicana. Documento electrónico

⁵⁸ Dworkin, Ronald. *Op. cit.*, página 230.

⁵⁹ Díez-Picazo, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Aranzadi, Pamplona, 2008, página 40.

- COAÑA BE, Luis David. Lo que nos dejó 2011 en el mundo del Derecho. En: El mundo del Abogado, Año 15, número 154, México, Febrero de 2012.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; Quintanar Díez, Manuel. Selección de casos prácticos de Derecho Penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sistema de Derechos Fundamentales. Aranzadi, Pamplona 2008.
- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Ariel Derecho, Barcelona, 5ª reimpresión, 2002.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa Séptima Edición, México, 1956.
- _____ Eduardo, Filosofía del Derecho, Porrúa, Decimaprimera Edición, México, 1999
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, Ciencia Jurídico Penal, Inacipe, México, 2003.
- GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl. Historia de las doctrinas filosóficas. Esfinge, México, 2000.
- KELSEN, Hans. ¿Qué es Justicia? Ariel, Barcelona, 2008.
- LAVILLA RUBIRA, Juan José. Sobre el case-method para la enseñanza del Derecho: la experiencia de la Harvard Law School. Revista de Administración Pública, 1998, núm. 117.
- NINO, Carlos Santiago. Justicia. En: Doxa, No. 14, 1993, página 67. [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_05.pdf#search="concepcion utilitarista justicia bentham"&page=7](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_05.pdf#search=). Recuperado el 30 de noviembre de 2010
- PETITE, Eugène. Tratado elemental de Derecho Romano. Editora Nacional, México, 1966.
- PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, Modelo Trans-universal del Derecho y el Estado, Porrúa, México, 2001.
- RAWLS, John. Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1997.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, Madrid, decimonovena edición, 1970.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coordinador). Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal. La Ley, Madrid, 2011.
- VIDAL GIL, Ernesto J. Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

VIGO, Rodolfo Luis. ¿Control judicial de las decisiones éticas?. Raíz y Conciencia, Número 21, Octubre de 2008, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

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

VON IHERING, R. La lucha por el Derecho. Porrúa, México, 1989.

Es necesario un modelo metodológico antes de intentar la definición del derecho

Ramiro CONTRERAS ACEVEDO⁶⁰

Resumen.

Desde el auge del paradigma racionalista, usado para la producción de las ciencias “duras”, los expertos del Derecho alentaron la idea de poder crear ciencia de “ese modo”. A los conocimientos jurídicos se les quiso unir el adjetivo de “científicos”. Surgieron dificultades y discusiones por varios siglos. Hubo quiénes se afanaban por probar que las “ciencias jurídicas” eran “científicas”; otros lo negaban y otros hasta afirmaron que dichos conocimientos nunca serían tales. El derecho y su aplicación se arrinconaron en el formalismo jurídico y en el desdén de la sociedad. ¿Cómo reconstruir el derecho moderno? Este escrito propone que se pueden vivificar los esfuerzos de los expertos en derecho si ponemos atención a los pasos de quien ya lo ha hecho.

Palabra clave: Derecho

Abstract:

Since the rise of rationalist paradigm, used for the production of the "hard" sciences, law experts encouraged the idea of creating science "that way." A legal knowledge they wanted to unite the adjective "scientific". Difficulties arose and discussions for several centuries. Were there any people were anxious to prove that the "legal science" were "scientific", others denied it; another even claimed that such knowledge would never be such. The law and its application were cornered in the legal formalism and society's disdain. How reconstruct modern law? This paper proposes that it's possible quicken the efforts of legal experts if we pay attention to the steps of one who has already done.

Keywords: Law

⁶⁰ Profesor investigador. Universidad de Guadalajara. ramirocontreras2000@yahoo.com.mx

Los cambios que ha sufrido la sociedad actual y el estado permanente de transición de la sociedad ha puesto de manifiesto la necesidad de renovar la teoría jurídica. Los modelos teóricos del Estado moderno se encuentran desgastados y sobre todo son monólogos. Las normas que hacían eficaz la administración de justicia, no lo son más: se ha olvidado su naturaleza dialógica. El desarrollo económico y tecnológico producido en el siglo pasado, el replanteamiento de los derechos de la población indígena y la evolución de los derechos colectivos, el comercio internacional y el electrónico, los descubrimientos genéticos, los procedimientos alternativos para la solución de conflictos, la lucha contra el crimen organizado, los modelos corporativos, el desarrollo acelerado del Derecho Económico y sobre todo las nuevas explicaciones de la sociedad en un mundo globalizado exigen una profundización del modelo que hay que construir para generar la teoría jurídica, requisito necesario para la evolución del sistema jurídico nacional. Es preciso reconstruir los conceptos tradicionales de Estado, Soberanía, Sociedad, Familia, Comercio, Controversias Jurisdiccionales, Derechos Humanos, Relaciones Internacionales, Seguridad Social, entre otros muchos. De ahí que los tradicionales contenidos epistemológicos del Derecho Civil y Mercantil, del Derecho Penal y del Procesal, del Derecho Laboral y Agrario, del Derecho Constitucional y del Administrativo, del Derecho Fiscal y Familiar, del Derecho Internacional, Público y Privado, entre otras muchas áreas, deben revisarse a fondo, sobre todo sus puntos de partida.

Los cambios de la sociedad actual se están resintiendo más en los países influidos por la cultura occidental, específicamente en Europa⁶¹.

Desde el auge del paradigma racionalista, usado para la producción de las ciencias “duras”, los expertos del Derecho alentaron la idea de poder crear ciencia de “ese modo”. A los conocimientos jurídicos se les quiso unir el adjetivo de “científicos”. Surgieron dificultades y discusiones por un siglo. Hubo quiénes se afanaban por probar que las “ciencias jurídicas” eran “científicas”; otros lo negaban y otros hasta afirmaron que dichos conocimientos nunca serían tales.

Dejando en claro que no existe consenso en la definición de Derecho, motivado por la variedad de los paradigmas desde donde se aborda (positivismo, concepción tridimensional, procedimentalismo, teoría autopoietica, constructivismo, etc.) y que hay una confusión entre metodología para la producción del conocimiento jurídico; metodología de la investigación jurídica y, finalmente, por las exigencias establecidas en

⁶¹ Baverez, Nicolás. *Francia en declive: los años decisivos*. Ed. Gota a gota. Consultado en <http://www.abc.es/abc/pg051127/prensa/noticias/Gente/Gente/200511/27/NAC-GEN-099.asp> Consultado el 3 de septiembre de 2012.

los programas académicos (la conclusión de una tesis de maestría o doctorado), es importante señalar nuevos aportes epistemológicos que esclarezcan cómo se produce el conocimiento en el área del derecho, de gran impacto para la sociedad, guardando la coherencia teórica y rigurosidad metodológica.

En este trabajo no se presenta una alternativa para la producción de conocimiento jurídico científico ni se propone una nueva ordenación epistemológica que genere una nueva forma de producción de conocimiento científico en el derecho. Se ofrece un ejemplo de cómo, desde un modelo teórico dado, se puede “construir una explicación” del derecho, después de haber creado un modelo de explicación de la sociedad. El ejemplo que se ofrece es el esfuerzo habermasiano de la reconstrucción del derecho.

No es difícil comprobar que la práctica jurídica, es decir, la aplicación del derecho, se guía por una concepción positivista⁶², que rigidiza la interpretación de estos fenómenos. Para Hart, un clásico de esta concepción, la expresión “positivismo jurídico” significaba que: 1. El derecho es el conjunto de mandatos formulados por seres humanos; 2. Entre derecho y moral, o entre el derecho que es y el que debiera ser, no existe una conexión necesaria; 3. El análisis del significado de los conceptos jurídicos debe distinguirse de las indagaciones históricas, de las sociológicas y de los ensayos de valoración; 4. Un sistema jurídico es un sistema en el cual, aplicando procedimientos lógicos, es posible inferir decisiones correctas de una serie de normas predeterminadas, sin necesidad de tomar en cuenta principios éticos o tendencias políticas; y 5. Los juicios morales no se formulan, ni pueden ser racionalmente defendidos, en la forma en que lo son los que se refieren a hechos.⁶³

Estos fueron los cánones con los que se enseña y aplica el derecho.

Ha pasado tiempo y, entre otros modelos, ha tomado auge el modelo constructivista.

La posición constructivista se explica con el ejemplo de que el cerebro del sujeto cognoscente funciona como un generador y procesador simbólico, cuyos productos se manifiestan en fenómenos como las imágenes mentales o los significados proposicionales⁶⁴.

⁶² Vázquez, Rodolfo. Eduardo García Máynez y el debate positivismo jurídico-jusnaturalismo. En *Revista de la Escuela Libre de Derecho de PUEBLA* No. 4, 2001, pág. 123. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/4/art/art7.pdf> Consultado el 2 de Agosto de 2012.

⁶³ *Ibid.* Pág. 124.

⁶⁴ Cáceres, Enrique. “Constructivismo jurídico, verdad y prueba”. En: Cáceres, E, Flores, Imer, Saldaña J., Villanueva E. *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. México, UNAM, 2005, pág. 115.

Entre el primer modelo (positivista) y este último (el constructivista) se han desarrollado otros modelos que se han usado como marco teórico para explicar el fenómeno jurídico, pero la confusión sigue anidada en estas tres áreas: la metodología, la epistemología y la teoría jurídica.

Hay “saberes” *sobre hechos* (información), “saberes” sobre *el por qué* de los fenómenos de la naturaleza y “saberes” referentes al “*cómo se sabe*” (son saberes que se refieren a habilidades para hacer algo).

Siguiendo el proceso de la tradición analítica, este trabajo parte de la afirmación de que el derecho es un discurso: un discurso que habla del derecho y sobre el derecho. Y la particularidad que se recalca es que tiene naturaleza dialógica⁶⁵.

Respecto a la clasificación de los tipos de conocimiento jurídico, se considera que existen tres:

- a. El conocimiento jurídico de implicación vivencial ordinaria, es decir, aquel que tiene la población en general.
- b. El conocimiento jurídico de implicación operativa o práctica, es decir, aquel que poseen los profesionales encargados de la aplicación del derecho.
- c. El conocimiento jurídico teórico: el que producen y reproducen los doctrinarios del derecho⁶⁶

Pero al querer “explicar” los objetos de estos conocimientos se hace a manera de monólogo, como puede aceptarse en otros tipos de conocimientos. El derecho es “texto” y “contexto”.⁶⁷ El discurso jurídico reclama poder “esclavizar” las operaciones jurídicas de acuerdo con el contexto normativo y el propósito institucional⁶⁸. La imprecisión epistemológica, sea utilizada como un concepto filosófico, o como un concepto de filosofía de la ciencia al aplicarlo al campo jurídico, produce confusiones conceptuales.⁶⁹

⁶⁵ Berumen, Arturo. “Derecho y razón comunicativa”. En Vázquez, Rodolfo, *Normas, razones y derecho*. Trotta, Madrid, 2011, Pág. 165.

⁶⁶ García Amado, Juan Antonio, “Sobre los modos de conocer el derecho o de cómo construir el objeto jurídico”. 1992, Pág. 55. Disponible en: <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds20-21/ds020021-05.pdf> Consultado el 10 de septiembre de 2012.

⁶⁷ Robles, Gregorio, *Epistemología y derecho*. Editorial Pirámide, Madrid, Pág. 52.

⁶⁸ Teubner, Gunther, “El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho”. *Doxa*. Núm. 25, 2002, Pág. 47.

⁶⁹ Teubner advierte sobre la trampa epistémica. Mientras que el análisis del discurso en la línea de Foucault ve a la época moderna en manos de un epistémico perverso y considera al Derecho como otra disciplina, como una expresión particular del complejo poder/conocimiento, la teoría de la autopoiesis considera que la sociedad moderna está fragmentada en múltiples epistémicos autónomos (nota 75). El discurso jurídico moderno se encuentra de esta manera en un conflicto irreconciliable entre la autonomía y la heteronomía epistémica. La dinámica de la diferenciación social obliga al discurso jurídico a producir construcciones de la realidad propias. Pero esta misma dinámica hace que el Derecho dependa de una multitud de epistémicos autónomos que compiten entre sí.

Aquí se sostiene que “el discurso jurídico inventa una “hiperrealidad” jurídica que ha perdido el contacto con las realidades de la vida cotidiana, y que, al mismo tiempo, impone nuevas realidades a esta vida cotidiana. Es una “*efficacité quasi magique*”, en palabras de *Bordieu*, que el Derecho posee en sus prácticas de «creación del mundo». Desde esta perspectiva de Teubner, una perspectiva constructivista, no hay forma alguna de retar la autoridad epistémica del Derecho; ni pueden las propias realidades sociales, ni el sentido común, ni la observación científicamente controlada. Teubner sostiene que una epistemología social sobre una base constructivista puede explicar por qué el Derecho parece ser un «discurso que esencialmente se autovalida», del cual debería esperarse que fuera «en gran medida impermeable a otros campos del conocimiento».⁷⁰

Ahora bien, una sociedad con normas anacrónicas no funciona. La única posibilidad que queda, cuando esto sucede, es abandonarlas o reconstruirlas. Para ello es necesario generar previamente el modelo metodológico de dicho quehacer. Y para esto hay que estudiar ejemplos de cómo se ha hecho.

Otra confusión que pasa en el campo del derecho consiste en “adoptar” un marco epistemológico y, conforme a esa perspectiva, decir que el derecho es lo que ese marco teórico sostiene.

El ejemplo que se trae a consideración quiere hacer ver que es necesario crear, primero, el modelo metodológico desde donde se “explique” lo que esa realidad es.

Las siguientes líneas tratan de mostrar la propuesta habermasiana, sobre la fundamentación del derecho moderno y sobre la posibilidad de su reconstrucción.

Quizás para otras ramas del conocimiento la fundamentación del paradigma normativo no sea un hecho significativo. Para el área jurídica es importante porque la norma –las leyes que tiene esta sociedad- se ha anclado en un paradigma jurídico metafísico y positivista. Los teóricos de las ciencias jurídicas y políticas no se han ocupado de esta necesidad y si se han dado cuenta de la vejez de estos paradigmas, no han podido traducir a la vida diaria sus propuestas. El impacto es que prácticamente no hay aportaciones jurídicas sobre el desarrollo, evolución o cambio del paradigma jurídico que revivifique la normatividad nacional. Algunos autores del área de las ciencias políticas y que se dedican a escribir sobre estos temas creen que lo han resuelto con lo que se ha dicho sobre el problema de la legitimidad. Pero la acción política se rige por la *norma establecida, institucionalizada*.

⁷⁰ García Amado. *Ibid.* Pág. 50 y s.

La metodología jurídica no puede resolver el vetusto problema de *sostener* el “estado de derecho” y promover su *evolución*. Existe una innegable tensión entre guardar la norma, *el orden*, y la certeza de la violación *cotidiana* de casi todos los derechos fundamentales en el llamado “estado de derecho”.

Antes de acercarnos a la explicación de este fenómeno de la sociedad, su derecho, es necesario entender el modelo.

Para el campo jurídico dos problemas son importantes: la fundamentación de la norma – las leyes- en sociedades pluriculturales, donde ya no se puede fundamentar con argumentos metafísicos (la aplicación de la Constitución política, en x sentido, en muchas ocasiones, se cree que puede justificarse con el argumento de que la norma vale, es decir, debe observarse, porque está en la Constitución). Y puesto que ya no hay sociedades monoculturales, ni México es una de ellas, es necesaria la reflexión sobre la fundamentación y la validez de la Constitución, como norma generadora de derecho. La posibilidad de una re-construcción es un problema actual y nada fácil. Por otro lado si no se re-construye el derecho, seguirá siendo una *norma impuesta* a los ciudadanos y esa no es la *polis* que las ciencias políticas ponen como ideal.

Los presupuestos teóricos habermasianos:

Hoy, las sociedades multiculturales requieren de una explícita legitimación de sus normas jurídicas. En “Facticidad y validez” de Habermas, se propone reconstruir el derecho de las sociedades actuales, o mejor, quizás, encontrar la fundamentación de la norma jurídica en sociedades pluriculturales y postmetafísicas, como son prácticamente todas las sociedades actuales en esta era de la globalización. Habermas señala que existe una tensión entre facticidad o validez social que tiene una norma, por un lado, y legitimidad o validez racional o comunicativa, por otro⁷¹ La función de integración social que al derecho le corresponde sólo puede cumplirse, si las normas jurídicas poseen un elemento de legitimidad que rebase la imposición coactiva, es decir, solamente cuando el procedimiento de creación de las normas reproduce el procedimiento argumentativo y consensual de la razón comunicativa o, dicho de otro modo, cuando se sigue el procedimiento democrático⁷² entonces el derecho cumple *racionalmente* su función integradora, es decir, cuando es fruto del discurso racional de un proceso participativo. La

⁷¹ García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999, Pág. 21.

⁷² *Ibid*, Pág. 19

generación de leyes y los huecos que tiene el conjunto normativo nacional no es un ejemplo de ello.

Lo anterior es, para la reflexión teórico-jurídica, la ocasión para plantear la pregunta, dados los paradigmas iusnaturalistas y iuspositivistas donde se sostienen las normas del sistema jurídico nacional, sobre la fundamentación de las normas: ¿por qué sólo es válido el derecho que reúna ciertas “condiciones de contenido” como afirma el iusnaturalismo o cuando reúne ciertos pasos procedimentales como dirá Habermas? La tensión que se da entre facticidad o eficacia, validez o positividad y justicia o legitimidad existente en la sociedad. Lo que México vive en estos momentos es un ejemplo de ello.

Es un trinomio el campo que define la función actual del derecho: validez, facticidad y legitimidad. Para Habermas el derecho moderno, autonomizado de la moral, queda constituido como un ámbito abierto a la argumentación, a la acción comunicativa, que sólo puede basarse en el entendimiento, concebido éste como la razón, herencia de los iluministas del siglo XVIII.⁷³

Es decir, sin la autonomía integral que los derechos humanos garantizan, no sería posible el ejercicio de la autonomía política. Ésta se da a través de la formación discursiva de opiniones y voluntades⁷⁴ de ciudadanos con los mismos derechos.

La reconstrucción de la *teoría del derecho* exige la diferenciación de moral y derecho. Las normas morales y las normas legales, aunque diferentes, son complementarias, como lo es la relación entre la ley natural y la ley positiva. La teoría del discurso, a través del Principio Discursivo (Principio D), aborda los conflictos legales, morales y políticos desde una misma perspectiva. Provee en todos los casos un procedimiento discursivo imparcial que puede ofrecer soluciones legítimas para todos los participantes en el *discurso práctico*. Las diferencias están en los tipos de argumentos que se requieren en cada

⁷³ La aportación teórica para la reconstrucción del derecho moderno se ve en la frase de García Amado: “la idea decisiva es que el principio democrático se debe al entrelazamiento del “principio de discurso” con la forma jurídica. Este entrelazamiento lo entiendo como una *génesis lógica del derecho*, que puede reconstruirse paso por paso. Comienza con la aplicación del “principio del discurso” al derecho, a libertades subjetivas de acción –derecho que es constitutivo de la forma jurídica como tal- y acaba con la institucionalización jurídica de condiciones para un ejercicio discursivo de la autonomía política mediante la que la autonomía privada, que en un primer momento sólo queda puesta en términos abstractos, puede ser objeto de desarrollo y configuración jurídicos. De ahí que el principio democrático sólo pueda aparecer como núcleo de un *sistema* de derechos. La génesis lógica de estos derechos constituye entonces un proceso circular o movimiento circular, en el que el código que es el derecho y el mecanismo para la generación de derecho legítimo, es decir, el principio democrático, se constituyen *cooriginalmente* (García Amado J. A., *Op. Cit.*, Pág.19)

Así el derecho genera nuevo derecho y de manera legítima:...”con ello la interrelación interna entre soberanía popular y derechos humanos consiste en que el sistema de derechos indica precisamente las condiciones bajo las cuales las formas comunicativas necesarias para una creación del derecho políticamente autónoma pueden, a su vez, ser jurídicamente institucionalizadas”. Habermas, J., *Facticidad y Validez*. Trotta. Madrid. 1998. Traducción de Jiménez Redondo. Véanse las págs. 168 y 169.

⁷⁴ *Ibíd.* pág. 26.

dominio: los argumentos morales se resuelven por consenso; los argumentos legales por compromiso y negociación y los argumentos políticos por la regla de mayoría⁷⁵ Ya se dijo arriba, si la norma de una sociedad no se fundamenta, entonces se obedece a fantasmas, a dogmatismos. Para fundamentarla es necesario encontrar una manera válida de hacerlo. Habermas hace este recorrido: encontrar un principio que valga para todos. Sus principales ideas son:

La ética del discurso.

El punto central consiste en explicar la moral desde los presupuestos comunicativos universales de la argumentación. Habermas, como Apel, intentan encontrar, con la ética discursiva, un principio ético para la argumentación⁷⁶.

Habermas afirma que las intuiciones morales cotidianas ni están necesitadas de una teoría ética ni normalmente sacan mucho partido de ella⁷⁷ Con la ética discursiva se resuelve un problema de la razón teórica que incide en cuestiones prácticas, o sea, las “reglas” que se encuentran “válidas” deben tener eficacia en las acciones, fuera de las argumentaciones, es decir, en la sociedad no queda claro cuáles son las normas con arreglo a las que hay que convivir y acerca de cómo se pueden regular los conflictos de acción en común interés de todos⁷⁸

De la misma manera que las cuestiones éticas, las cuestiones morales solamente se pueden tratar desde la perspectiva de los implicados, si es que no se desea privar a las preguntas y a las respuestas de su obligatoriedad normativa. Pero este punto de vista moral exige una operación de universalización de las máximas e intereses controvertidos, que fuerce a las partes a *trascender* el contexto social e histórico de la forma de vida específica de cada una de ellas y de su particular comunidad⁷⁹.

El punto es obtener normas éticas -válidas para las acciones- a partir de las argumentaciones. ¿Cómo? La cuestión de la legitimidad de las normas no es un asunto meramente de filósofos. Nótese que el lugar de la moral no es -primariamente- el diálogo argumentativo, sino la vida cotidiana. Por ello sólo si se mostrara que el discurso está incrustado en la estructura de las acciones teleológicas mediadas por el lenguaje, se

⁷⁵ Mejía Quintana, Oscar. *La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas*. En <http://www.espaciocritico.com/articulos/om-a05.htm> Pág. 6 y s. Consultado el 21 de septiembre de 2012.

⁷⁶ Habermas, J. *Introducción a la ética del discurso*, Trotta, Madrid. Pág. 127

⁷⁷ Velasco, Marina, “Fundamentación de la ética discursiva: ¿Apel o Habermas? Pág. 234. Disponible en: <http://www.ifcs.ufrj.br/~mvelasco/Textos/FundEticDisc.pdf> consultado el 11 de septiembre de 2012.

⁷⁸ Habermas, J. *Ibid.* Pág. 127-29.

⁷⁹ Habermas, J. *Ibid.* Pág. 133.

podría pretender probar que las normas pueden ser justificadas en un discurso⁸⁰ y de ahí, pasar a la obligatoriedad en la vida práctica o la fundamentación del derecho

Esta fundamentación tiene cuatro momentos:

1.- La justificación de este principio parte del análisis de los tipos de acciones sociales, donde ésta, *la acción social, no puede ser concebida como un tipo de interacción estratégica, sino como una acción orientada al entendimiento o comunicativa*, es decir, en la que los actores se orientan por pretensiones de validez ligadas a los actos de habla, es decir, la fundamentación del principio para acción debe mostrar que la pretensión (de legitimidad de las normas) ya aparece en el mundo de la vida, en los contextos de la acción, y no sólo en el discurso. Y la teoría de la acción necesita apoyarse en una investigación pragmática del lenguaje porque las acciones orientadas al entendimiento sólo pueden explicitarse por medio de un análisis del uso comunicativo del lenguaje. De otro modo no se pondría fundamentar la norma para la acción.

2. La pragmática universal (o "*la teoría del significado pragmático-formal*") es quien lleva a cabo esta tarea: ella explica el significado de los actos de habla basándose en sus condiciones de aceptabilidad. Ello motiva al oyente a aceptar que el acto de habla es la garantía ofrecida por el hablante para justificar (einlösen), llegado el caso, la pretensión de validez que su acto de habla comporta. La verdad y la corrección se muestran como pretensiones de validez justificables discursivamente. Sin embargo, la analogía entre las dos pretensiones discursivamente justificables no es completa. Los actos de habla se relacionan con las normas de manera diferente que con los hechos. Mientras que la pretensión de verdad es adjudicable a la persona que la sostiene, la pretensión de validez normativa reside en las propias normas. Una norma es un enunciado deóntico que regula expectativas de comportamiento que se pretenden legítimas. Puesto que se trata de un modo de existencia que depende del reconocimiento intersubjetivo, una norma fáctica dejaría de ser una auténtica norma si dejara de ser reconocida como intersubjetivamente vinculante. Al mismo tiempo, una norma puede probarse como válida –ser reconocida como intersubjetivamente vinculante– aun cuando no tenga vigencia fáctica. Por eso Habermas sostiene que para analizar las condiciones de validez de los juicios morales se puede pasar directamente a un análisis de la lógica del discurso práctico⁸¹

3. En el *contexto de una lógica del discurso práctico* se postula una regla argumentativa que garantiza el acuerdo. ¿En qué circunstancias se dice que una norma de acción está

⁸⁰ Velasco, M. *Ibíd.* Pág. 25.

⁸¹ Habermas, J. *Teoría de la acción comunicativa*. Taurus, Madrid, 1993, Pág. 69 y ss.

justificada, o que un juicio sobre normas es imparcial? Una norma justificada tendría que ser objeto de un asentimiento universal: una norma sería válida si pudiera ser aceptada por todos los afectados por la misma. ¿Y en qué condiciones sería aceptada por todos los afectados? Sólo si suponemos el Principio de Universalización "U"⁸²

4. La prueba del "principio U" (*el principio de universalización*). Sólo en este punto Habermas reconoce usar el argumento pragmático-trascendental de Apel. Estos son los pasos:

- a) quien argumenta presupone inevitablemente las reglas ideales de simetría;
- b) si, además, sabe lo que quiere decir "justificar una norma";
- c) aceptar la validez del principio de universalización. La "prueba" del "principio U", entonces, se hace a través del siguiente argumento: si todos lo que entran en argumentaciones tienen que presuponer las reglas ideales de simetría, y si entendemos las normas justificadas como aquellas que *regulan el interés común de todas las personas involucradas*, entonces todos los que emprenden seriamente la tentativa de justificar discursivamente pretensiones de validez normativas aceptan condiciones de procedimiento que equivalen a un reconocimiento implícito de "U", porque de las reglas ideales de simetría resulta que una norma controvertida sólo podría encontrar asentimiento entre los participantes de un discurso práctico si "U" es aceptado⁸³

En fin, como Habermas dice en sus "Aclaraciones", el principio de fundamentación que desarrolla *la ética del discurso* tiene como objetivo obtener, de las suposiciones de racionalidad de ese tipo, una regla de argumentación para los discursos en los que se pueden fundamentar normas morales,⁸⁴ pues "la conexión interna de las normas con las razones que las justifican constituyen el *fundamento racional de la validez normativa*."⁸⁵

La teoría de la acción comunicativa.

La reconstrucción crítica de la racionalidad, como base de la sociedad democrática y como cumplimiento del ideal emancipatorio de la modernidad, es uno de los conceptos claves de Habermas. Todo ello es posible entenderlo, una vez que ya se ha justificado el principio discursivo, es decir, una vez que se puede hablar en una sociedad.

El concepto de racionalidad intersubjetiva se expresa mediante los actos de habla o de comunicación. De este modo Habermas sustituye la problemática moderna, que se centra

⁸² *Ibíd.* Pág. 75.

⁸³ Habermas. *Ibíd.* Pág.139.

⁸⁴ Habermas. *Ibíd.* Pág. 141.

⁸⁵ *Ibíd.* Pág. 152.

en la conciencia subjetiva, por una reflexión crítica acerca del lenguaje. La teoría de la acción comunicativa es una crítica trascendental del lenguaje, o más específicamente, de los actos de habla. Su intención principal es desarrollar una pragmática universal de los actos del habla, es decir, del mismo modo que existen estructuras sintácticas y gramaticales, también concurre una pragmática contenida en el habla cotidiana: cada vez que alguien dice algo, el interlocutor lo escucha suponiendo que lo que dice es verdad, más allá de que, lo que dice, sea verdad o no. La comunicación sólo se hace posible partiendo de la confianza en tal intención. Se parte de un principio basado en la intencionalidad de toda acción comunitaria. Habermas supone un concepto ideal del habla. Se sabe que este ideal de comunicación nunca podrá ser alcanzado pero su función es la de corregir los modos de comunicación. Una decisión justa es una decisión fundada en el consenso realizado mediante la argumentación racional de las posiciones de todos los involucrados⁸⁶

Este es el principio que constituye los presupuestos “de los que los miembros de una comunidad jurídica moderna han de partir, si quieren poder tener *por legítimo* su ordenamiento sin apoyo para ello de fundamentos de tipo religioso o metafísico así como la conexión entre los derechos fundamentales, los derechos del hombre, la soberanía popular y resolver la paradoja del nacimiento de la legitimidad a partir de la legalidad⁸⁷.”

La teoría de la acción comunicativa, trasfondo de toda la concepción teórica de *Facticidad* y *Validez*, supone la estructura dialógica como el a priori constitutivo de todo acto de discernimiento y conocimiento.

Habermas analiza “las aporías más chocantes de la modernización social” y manifiesta cuál es la relación de intercambio entre el sistema y el mundo de la vida, y encuentra, en el denominado proceso de “juridización” (Verrechtlichung), un claro ejemplo que evidencia empíricamente el proceso de colonización interna del mundo de la vida.

La juridización es el proceso social paulatino a través del cual el derecho incrementa su carácter de normativa escrita. Este incremento se da tanto por extensión, regulando jurídicamente mayor cantidad de ámbitos sociales que estaban normados informalmente, como por densidad, o sea, “desmenuzación de una materia jurídica general en varias materias particulares”⁸⁸

Este proceso de juridización es identificado por Habermas como un movimiento dinámico históricamente conformado a través de cuatro etapas que se dan en Europa y después

⁸⁶ Habermas, J. *Conciencia moral y acción comunicativa*. T I. Ediciones Península, Barcelona. Pág. 77-78.

⁸⁷ Habermas, J. *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 1998, Pág. 189.

⁸⁸ Habermas, J. *Teoría de la acción comunicativa*. T II: 504 y s.

en toda América Latina: el Estado burgués del Absolutismo (primera etapa), el Estado de derecho en su forma paradigmática como en la Monarquía alemana del siglo XIX (segunda etapa), el Estado democrático de derecho que surge con la Revolución francesa y la Independencia de los E.E.U.U (tercera etapa). La cuarta etapa es el Estado social y democrático de derecho. En esta juridización, o regulación normativa de la vida pública y privada, de las relaciones interpersonales, la escuela, la familia, etc. se produce una ambivalencia. La institucionalización jurídica tiene un efecto positivo (garantía, protección) y un efecto negativo (limitación e intromisión de los imperativos sistémicos en el mundo de la vida).

La forma de fundamentar el derecho de una sociedad es mediante la teoría discursiva, es decir, el derecho se legitima discursivamente. Es fuerza legítima porque sus contenidos son consensuados discursivamente. Habermas plantea un nuevo paradigma discursivo-procedimental del derecho y un modelo normativo de democracia participativa, siguiendo y aumentando, en muchos aspectos, el paradigma consensual del derecho de John Rawls.

Habermas analiza tres problemáticas que el derecho ha tenido, en el siglo pasado y que deben resolverse en las sociedades pluriculturales del siglo XXI: la concepción marxista, donde el derecho es visto como una superestructura, cuya única función es la de garantizar el dominio de clase y la supervivencia de una estructura económica capitalista. Segundo, rescatar la reflexión sobre la teoría jurídico-constitucional, tanto alemana como anglosajona y el pensamiento filosófico angloamericano. En tercer lugar, resolver el conflicto entre sistema y mundo de la vida, donde la acción comunicativa bastaba para resolver las mediaciones conflictivas entre ambas esferas, sin acudir al derecho como instrumento de reconciliación social.

En realidad hay dos paradigmas en el derecho moderno: el paradigma burgués del derecho formal y el paradigma del Estado benefactor de derecho materializado. El primero, que puede denominarse paradigma burgués-liberal, reduce la ley a formalidad legal y la justicia a igual distribución de derechos, mientras que el segundo, que puede designarse como el paradigma del bienestar social, reduce la ley a políticas burocráticas y la justicia a justicia distributiva. Por ello es importante fundamentar y resolver el problema de una re-construcción del derecho. En ambos casos, la perspectiva del juez se sobredimensiona, como se puede ver en la figura del superjuez Hércules de Ronald

Dworkin, imposibilitando, a la teoría legal, concebir la opinión pública como fuente de inspiración normativa de los procedimientos legales⁸⁹

El paradigma discursivo del derecho constituye el reconocimiento de los procedimientos jurídicos, en tanto sus contenidos garantizan la multiplicidad de perspectivas del mundo de la vida. Esta posición dialogal supera los límites del paradigma monológico de la modernidad. Y es este paradigma discursivo- procedimental la piedra angular de la propuesta re-constructiva del derecho de Habermas. El derecho es el único instrumento social que sobrevive después de la racionalización y desencantamiento de las imágenes unitarias tradicionales del mundo. Pero, pese a su acción reguladora del mundo de la vida, su dinámica jurídico-procedimental obedece más a los imperativos sistémicos que a los socio-culturales, lo cual no sólo lo convierte en el medio de colonización interna del sistema por excelencia, sino en la causa material del progresivo horadamiento y deslegitimación de las preformas y formas sociales existentes, tanto de sociedades tradicionales, como complejas. Y este problema no es visto por los juristas. La racionalización del derecho y la colonización del mundo de la vida producen la relativización de las estructuras convencionales de legitimación que, ante la desaparición del marco institucional existente, dejan a la sociedad en su conjunto, sin elementos de legitimación adecuados. La fórmula weberiana de "fe en la legalidad" no es suficiente para satisfacer los enormes déficits de legitimación de la sociedad contemporánea. Esta tensión entre la *facticidad* de la ineficacia del derecho, las desigualdades de los individuos que componen las sociedades (tanto más, cuanto mayor es la diversidad de sus miembros) y la legitimidad de los órdenes normativos se resuelve, en las sociedades modernas, fundamentando y reconstruyendo el derecho en el principio discursivo.

El *paradigma discursivo-procedimental* debe conciliar los resultados del paradigma del Estado de bienestar y de la perspectiva deontológica. La interpretación constitucional legítima y prioriza lo que es igualmente justo para todos, más aquello que es bueno para unos, desde un punto de vista determinado. Y es en la acción judicial de las sociedades modernas -concretamente latinoamericanas y de modo particularizado en México- donde más se ve la tensión entre la facticidad y la validez del derecho. Ahí es a donde debe apuntar la rectificación de injusticias, antes que a la solución de disfunciones procedimentales. No se ve cómo pueda evolucionar el derecho mexicano sin una re-construcción. Y ésta no es un asunto teórico, sino eminentemente práctico.

⁸⁹ Mejía Quintana. *Ibíd.* Pág.12.

Esta reflexión obliga a revisar la metodología del quehacer legislativo y político. El así llamado “Estado de derecho” de la sociedad mexicana, que afirma basarse en la democracia, aunque sabe que todavía no existe y que es consciente de que la práctica jurídica sigue otros paradigmas. Es este “Estado de derecho” el que debe re-construirse. En los estudios de teoría jurídica no se encuentran elementos para realizar esta tarea. El paradigma procedimental que propone Habermas, compele a que el procedimiento sea filtrado por el principio discursivo, pues la ausencia de constricciones antimayoritarias pueden perpetuar oficialmente sanciones contra las minorías sociales, representadas o ausentes, en los espacios legislativos

Esta relación que se establece entre el poder comunicativo y la génesis del derecho es el núcleo del paradigma de la reconstrucción jurídica. Y esta interpenetración de la producción legal discursiva y el poder comunicativo se explica por la fuerza motivacional que la acción comunicativa de las comunidades poseen en sus razonamientos. El derecho, a diferencia de la moral, opera como un medio de auto-organización legal de la comunidad, en determinadas condiciones sociales e históricas. A través del derecho, muchas convicciones morales tienen una proyección *realizativa*, fundidas con proyecciones teleológicas específicas.

El principio discursivo provee un criterio procedimental-argumentativo de validez normativa para re-construir el derecho. En este intento han fracasado varias de las más relevantes teorías filosóficas, jurídicas y sociológicas contemporáneas sobre el derecho: el objetivo es la reconstrucción del derecho y la fundamentación normativa del Estado constitucional a través de un sistema universal de derechos. Se trata de superar la construcción monológica del derecho por medio de una reconstrucción dialógica.

Y es este presupuesto de fundamentación teórica la posibilidad para poder construir una teoría de los derechos humanos⁹⁰.

La tensión del derecho.

Por ello, el asunto a resolver, en este marco teórico habermasiano, consiste en identificar el fundamento de la concepción procedimental del derecho: la “génesis lógica” del “sistema de los derechos” no es una reconstrucción de la “génesis histórica” del “sistema de los derechos”. En la “génesis lógica” el punto a resolver es la reconstrucción conceptual de la idealidad articuladora de la realidad del derecho, que opera como aguijón interno para esa realidad; “génesis lógica” y “génesis histórica” son ambas tareas

⁹⁰ Habermas, J. *Verdad y justificación*, Trotta, Madrid, 2002, Pág. 60.

legítimas, pero que no deben confundirse entre sí, pues tienen estructura distinta y obedecen a intereses teóricos distintos⁹¹

De lo que se trata en la “génesis lógica” es de descubrir y reducir a unidad las relaciones conceptuales y de principio operantes en esta compleja e inverosímil estructura de elementos históricos, y ello a partir de dos elementos: la “forma jurídica” de las normas y el “principio del discurso”⁹²

Habermas entiende por *norma de acción* toda aquella expectativa de comportamiento generalizada en la dimensión temporal, social o de contenido.

Y norma de acción “*válida*” se refiere a las normas de acción y a los correspondientes enunciados normativos generales y universales.

Y una norma de acción “*para mí*”, hay que entender a todo aquel sujeto al que toca en sus intereses, las consecuencias y resultados de una práctica general regulada por normas.

El *discurso racional* es entonces, toda aquella tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se han transformado en problemas a resolverse racionalmente.

El derecho que preceptúa iguales libertades subjetivas de acción, se materializa en derechos fundamentales, que como derechos positivos, llevan consigo amenazas de sanción y que son factibles de ser usados en contra de las violaciones a las normas en que se plasman. Esto implica necesariamente el presupuesto de la capacidad de sanción por parte de una institución que sea poseedora de los medios adecuados para el empleo legítimo de la violencia, encaminado a que se respeten las normas jurídicas acordadas legítimamente.

En las sociedades modernas, el derecho puede cumplir la función de estabilizador de expectativas o esperanzas, cuando se encuentre vinculado de manera interna con la fuerza integradora que tiene la acción comunicativa.

Pero los argumentos que fundamentan la legitimidad del derecho deben ser coincidentes con los principios morales de justicia y solidaridad universal. Por ello se afirma que los derechos humanos y el principio de soberanía, son las principales bases sobre las que descansa el derecho moderno y los discursos son el sitio en donde se da la existencia de una voluntad racional.

⁹¹ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Trotta, Madrid, 1998, Pág. 9.

⁹² *Ibíd.* Pág. 12.

Por ello la legitimidad del derecho se basa en este proceso de comunicación, puesto que los integrantes del grupo social en donde esa norma tendrá vigencia y aplicación, debatirán mediante discursos racionales.

Por ello el principio democrático surge de la vinculación del principio de discurso con la forma jurídica, cuyo primer paso es la “génesis lógica de derecho”⁹³ lo cual puede construirse paso a paso, dando valor a la percepción del derecho.

Como se puede ver, esa génesis inicia con la aplicación del principio del discurso a *libertades subjetivas de acción* y finaliza con la *institucionalización jurídica para llevar a cabo el ejercicio discursivo de la autonomía política mediante la autonomía privada*, que inicialmente sólo está en términos abstractos. Por ello es que el principio democrático aparece como núcleo del sistema de derecho.

El derecho que se tiene para la protección de los derechos individuales, se concreta en derechos fundamentales, mismos que fundan pretensiones relativas a la posibilidad de una justicia que juzgue sin parcialidad y con independencia.

El sistema de derechos no puede nacer ni en virtud de una lectura moral de los derechos del hombre, ni de la lectura ética de la soberanía popular, sino que las intuiciones que se relacionan con esos derechos y esa soberanía, sólo pueden hacerse valer plenamente en el sistema de derecho, siempre y cuando se tenga como presupuesto del derecho iguales libertades de acción.

La reconstrucción del derecho moderno.

Así, según Habermas, los elementos que deben tomarse en cuenta para la reconstrucción del derecho moderno son:

- 1.- *Los derechos subjetivos*, protegiéndolos de los actos arbitrarios del Estado y de particulares.
- 2.- *La seguridad de los ciudadanos para ejercitar su autonomía política. Esto da la legitimidad del derecho, nacida de la legalidad de éste.* Por otro lado los argumentos que fundamentan la legitimidad del derecho deben de ser coincidentes con los principios morales de justicia y solidaridad universalista. Esto culminará con la inclusión de la moral en el derecho.
- 3.- La función estabilizadora de expectativas o esperanzas normativas que debe tener el derecho.

⁹³ *Ibíd*, Pág. 187.

- 4.- La legitimidad del derecho. El proceso democrático de producción del derecho es la fuente donde descansa, e implica el principio de soberanía popular.
- 5.- Los derechos del hombre y el principio de soberanía. Estas son las bases donde descansa el derecho moderno y los discursos son el sitio donde se da la voluntad racional.
- 6.- La producción políticamente autónoma del derecho que permita a los destinatarios una comprensión correcta del orden jurídico en su conjunto.
- 7.- La fundamentación constante del derecho. Esta es un punto teórico necesario para legitimar las acciones de las sociedades pluriculturales del siglo XXI.

La afirmación central de este artículo es que los modelos de racionalidad de la científicidad que se utilizaron para las ciencias duras en el siglo XVII, XVIII y XIX no funcionan para las ciencias sociales y mucho menos para una ciencia que todavía no encuentra un modelo adecuado para construir la explicación de lo que es.

Hoy se puede ver, en la aplicación del derecho, dado el período de transición que vive México con su reforma procesal penal: hay una fundamental variación en la respuesta sobre lo que es el derecho si, siguiendo el modelo formalista se considera al derecho como un lenguaje monológico. En cambio, si no solo es visto como un lenguaje sino como un discurso en diálogo, será posible que los llamados juicios orales transformen al país. Considerar el derecho como un sistema de actos comunicativos, que es el que presenta Habermas con su teoría del discurso, es la mejor alternativa para trascender el formalismo jurídico del sistema jurídico mexicano. Si no, la reforma procesal penal y la del Artículo 1º constitucional, serán vino nuevo en odres viejos.

Fuentes de información.

BAVEREZ, Nicolás. *Francia en declive: los años decisivos*. Ed. Gota a gota. Consultado en <http://www.abc.es/abc/pg051127/prensa/noticias/Gente/Gente/200511/27/NAC-GEN-099.asp>

BERUMEN, Arturo. "Derecho y razón comunicativa". En Vázquez, Rodolfo, *Normas, razones y derecho*. Trotta, Madrid, 2011.

CÁCERES, Enrique. "Constructivismo jurídico, verdad y prueba". En: Cáceres, E, Flores, Imer, Saldaña J., Villanueva E. *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. México, UNAM, 2005.

- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Sobre los modos de conocer el derecho o de cómo construir el objeto jurídico". 1992. Disponible en: <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds20-21/ds020021-05.pdf>
- _____ *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999.
- HABERMAS, J., *Introducción a la ética del discurso*, Trotta, Madrid.
- _____ *Conciencia moral y acción comunicativa*. T I. Ediciones Península, Barcelona.
- _____ *Teoría de la acción comunicativa*. Taurus, Madrid, 1993.
- _____ *Facticidad y Validez*. Trotta. Madrid. 1998. Traducción de Jiménez Redondo.
- _____ *Verdad y justificación*, Trotta, Madrid, 2002.
- MEJÍA QUINTANA, Oscar. *La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas*. En <http://www.espaciocritico.com/articulos/om-a05.htm>
- ROBLES, Gregorio, *Epistemología y derecho*. Editorial Pirámide, Madrid.
- TEUBNER, Gunther, "El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho". *Doxa*. Núm. 25, 2002.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, "García Máynez y el debate positivismo jurídico-jusnaturalismo". En *Revista de la Escuela Libre de Derecho de PUEBLA* No. 4, 2001. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/4/art/art7.pdf>
- VELASCO, Marina, "Fundamentación de la ética discursiva: ¿Apel o Habermas? Disponible en: <http://www.ifcs.ufrj.br/~mvelasco/Textos/FundEticDisc.pdf>

Derechos humanos y estado de derecho: desafíos y posibilidades en México

María Guadalupe SÁNCHEZ TRUJILLO⁹⁴

Resumen:

A finales del siglo XX y lo que va del XXI, se ha desarrollado un capitalismo extremo, en donde la desigualdad apunta a lo irracional. Así, el fortalecimiento de lo desigual en la economía, se traduce en la aniquilación de cualquier posibilidad de realización de los derechos humanos. Esta situación no abona a resolver el escenario de desorden (desconcierto) existente en las discusiones de derechos humanos derivado de confundir la naturaleza del Derecho con la función del Derecho y las aplicaciones de ello en el estado de derecho.

“El Informe de México: avances y desafíos en materia de derechos humanos” realizado por la Secretaría de Relaciones Exteriores, da cuenta de los avances legislativos y técnicos que sobre derechos humanos se han dado en México; el fortalecimiento de los mecanismos constitucionales de protección de los derechos humanos; mayor vinculación entre el gobierno y la sociedad civil y la política de apertura y cooperación con el sistema internacional de derechos humanos. Sin embargo, en julio de 2010, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos publicó un informe en el que se denunciaba alrededor de 10,000 migrantes secuestrados por la delincuencia organizada. De enero a mayo de 2011 la CNDH registró 422 quejas por cateos ilegales⁹⁵. Se ha declarado constitucional el arraigo y la ley de extinción de dominio.

Palabras claves: derechos humanos, estado de derecho, globalización.

Abstract:

⁹⁴ Doctora en Derecho. Profesora investigadora, Universidad Anáhuac Mayab, maria.sanchezt@anahuac.mx

⁹⁵ Recomendación General Número 19, CNDH, México.

At the end of the twentieth century and the beginning of the XXI century, it has developed an extreme capitalism, where the inequality reaches the irrational. Thus, the strengthening of unequal in economy produces the annihilation of any possibility of human rights. This situation does not help to solve the scenario of disorder (confusion) that exists in human rights discussions, induced by confusing nature of the law, the rule of law and its applications.

“The report of Mexico: progress and challenges in the field of human rights” realized by the Foreign Affairs Department, report the legislative and technical progress on human rights that have been given in Mexico; the strengthening of the constitutional mechanisms to protect human rights; the relationship between the government and civil society and the strategy of openness and cooperation with the international human rights system. Nevertheless, in July 2010, the National Committee of Human Rights published a report denouncing around 10,000 migrants abducted by organized crime. From January to May of 2011 the NCHR (National Committee of Human Rights) registered 422 complaints of illegal searches. It has been declared constitutional entrenchment and law of extinction of domain. has registered 422 claims recorded by illegal searches, and has been declared constitutional Curfews and forfeiture law.

Keywords: human rights, rule of law, globalization.

I. Introducción.

En el escenario internacional prevalece la tesis sobre el fortalecimiento del estatus jurídico de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como el reposicionamiento de México frente a la política internacional sobre los mismos, a partir de la redefinición de su sistema jurídico. De continuar anclado en una concepción monista, se corre el riesgo de ahogar los titánicos esfuerzos que se han realizado para transitar a un sistema jurídico dualista.

En este trabajo se aborda el caso mexicano y su camino hacia la concreción de un estado de derechos humanos, a partir de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el impulso de organismos internacionales.

También se pretende clarificar cuál es el paradigma de derechos humanos en México a partir de la Reforma Constitucional de 2011, determinando sus desafíos y posibilidades de concreción en el Estado Mexicano.

II. ¿Qué pasa con los derechos humanos en América Latina?

Si bien se hablará de lo que pasa en México, este país está en un contexto latinoamericano que lo nutre y en dónde los derechos humanos siguen siendo un anhelo.

En América Latina los derechos humanos no han podido consolidarse. Está Constituida por 575'867,000 millones de habitantes, en donde el 33.1% de la población se encuentra en pobreza, de los cuales el 13.3% están en pobreza extrema o indigencia; es decir, son 183 millones de personas pobres de las que 74 millones son indigentes.⁹⁶

Los países latinoamericanos son muestra fehaciente de lo que ha sido la lucha por alcanzar la concreción de los derechos humanos.

Después de cincuenta años de violencia y crisis social, Colombia sigue buscando alternativas para los derechos humanos. Constituyó el Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, firmó en 2010 la Declaración Conjunta Hacia una Política de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario⁹⁷ y organizó la Conferencia Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario que tiene como objetivo “la definición de una agenda común y con la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que contará con la participación del Gobierno Nacional, de otras Entidades del Estado, de la Sociedad Civil y el acompañamiento de la Comunidad Internacional.”⁹⁸

A pesar de estos esfuerzos, aún siguen presentándose crímenes de lesa sociedad, enfrentamientos entre las fuerzas policiales y grupos armados, ejecuciones extrajudiciales, desplazamiento interno, desapariciones forzadas; violación de derechos humanos, particularmente, de pueblos indígenas, niños y mujeres.⁹⁹

El 28 de junio de 2009 se produjo en Honduras el derrocamiento del Presidente Manuel Zelaya Rosales, democráticamente electo. En su lugar fue nombrado como Presidente Porfirio Lobo Sosa. “Con el golpe de Estado se incrementaron las muertes, las

⁹⁶ Panorama Social de América Latina 2010, CEPAL, p. 11, <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/41799/PSE-panoramasocial2010.pdf> 28/05/2012

⁹⁷ La Declaración fue firmada por el Vicepresidente de la República, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y representantes de la comunidad internacional y de la sociedad civil. Puede verse el texto completo de la Declaración Conjunta Hacia una Política de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en http://www.vicepresidencia.gov.co/Noticias/2010/Documents/101122_DecConferenciaNalDDHH.pdf consultada el 25 de marzo de 2012.

⁹⁸ <http://www.derechoshumanos.gov.co/Conferencia/Paginas/Conferencia-Nacional-DDHH-DIH.aspx> 26/03/2012

⁹⁹ Véase el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010 <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/indice2010.htm> consultada el 28 de marzo de 2012.

persecuciones, las amenazas y las intimidaciones en contra de aproximadamente 3 mil 500 familias campesinas que reclaman tierra para vivir con dignidad en el Bajo Aguán.”¹⁰⁰

La realidad de los derechos humanos en Honduras ha sido documentada por organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo otros.¹⁰¹

2002 fue el último año en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pudo visitar Venezuela. A partir del golpe de Estado, se han acumulado graves violaciones sobre derechos humanos, especialmente sobre los derechos de libertad de expresión, de reunión, de manifestación, independencia de los jueces, acceso a la justicia, entre otros.¹⁰²

En 2009, se dio una reforma a la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público¹⁰³, para trasladar al Presidente de la República, competencias que eran de los gobernadores, centralizando una gran parte de la administración de la infraestructura del país. En el año 2000 se publicó la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia¹⁰⁴ para su Primer Período Constitucional, ignorando los mecanismos establecidos en la Constitución y que resguardaban la independencia e imparcialidad del Poder Judicial. En los últimos años, los jueces no surgen de un concurso de oposición. De esta forma, los jueces pueden ser removidos a discreción.¹⁰⁵

El 13 de agosto de 2009 la Asamblea Nacional aprobó la Ley Orgánica de Educación¹⁰⁶, que establece:

¹⁰⁰ “Honduras: Violaciones de Derechos Humanos en el Bajo Aguán”, *Informe Preliminar de la Misión de Verificación Internacional*, Realizada del 25 febrero a 4 marzo de 2011. En http://viacampesina.org/downloads/pdf/sp/Informe_mision_final.pdf 28/03/2012.

¹⁰¹ Véase Informe Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado, CIDH, 2009. En <http://www.cidh.org/pdf%20files/HONDURAS2009ESP.pdf> 28/03/2012. También puede verse “Gobierno de Facto Viola Derechos Humanos en Honduras. Informe Final”, *Misión internacional de observación sobre la situación de los derechos humanos en Honduras*, Washington, 2009, <http://www.cedoh.org/documentacion/articulos/files/Informe%20final.pdf> 28/03/2012.

¹⁰² Informe Sobre la Situación de Los Derechos Humanos en Venezuela 2003, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.cidh.org/countryrep/venezuela2003sp/indice.htm> 08/03/2012

¹⁰³ Puede verse la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público en <http://www.tsj.gov.ve/gaceta/marzo/170309/170309-39140-2.html> 30/05/2012

¹⁰⁴ Véase el texto de la Ley en <http://docs.venezuela.justia.com/federales/leyes/ley-especial-para-la-ratificacion-o-designacion-de-los-funcionarios-o-funcionarias-del-poder-ciudadano-y-magistrados-y-magistradas-del-tribunal-supremo-de-justicia-para-su-primer-periodo-constitucional.pdf> 08/03/2012

¹⁰⁵ Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Informe 2009, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, P.55, <http://www.cidh.org/pdf%20files/VENEZUELA.2009.ESP.pdf> 09/03/2012

¹⁰⁶ Puede verse el texto completo de la Ley en <http://i.hoy.ec/wp-content/uploads/2009/08/ley-organica-de-educacion-de-venezuela.pdf> 09/03/2012

Artículo 10. Se prohíbe en todas las instituciones y centros educativos del país, la publicación y divulgación de programas, mensajes, publicidad, propaganda y promociones de cualquier índole, a través de medios impresos, audiovisuales u otros que inciten al odio, la violencia, la inseguridad, la intolerancia, la deformación del lenguaje; que atenten contra los valores, la paz, la moral, la ética, las buenas costumbres, la salud, la convivencia humana, los derechos humanos y el respeto a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes, que promuevan el terror, las discriminaciones de cualquier tipo, el deterioro del medio ambiente y el menoscabo de los principios democráticos, de soberanía nacional e identidad nacional, regional y local.

Artículo 11. Se prohíbe en todas las instituciones y centros educativos oficiales y privados, la difusión de ideas y doctrinas contrarias a la soberanía nacional y a los principios y valores consagrados en la Constitución de la República.

El gobierno venezolano controla la libertad de expresión y prohíbe la libertad de cátedra.

III. El Paradigma de los derechos humanos en México.

El camino mexicano hacia un Estado de Derecho *humanizado*, está marcado por una resistencia a concretar los derechos humanos. El recorrido ha significado en muchas ocasiones, un retroceso hacia el Estado autoritario con careta democrática. Los movimientos sociales que en México se han dado, son muestra clara del desarrollo de las violaciones a los derechos humanos, pero también de lo que contra corriente se ha logrado. En nuestro país, la justa por la democracia es un retrato de la lucha de los movimientos sociales y de las conquistas sobre la protección y tutela de los derechos humanos. El Movimiento Estudiantil de 1968¹⁰⁷, el Movimiento Popular Cardenista de 1988¹⁰⁸, la Lucha por el Respeto al Voto y por la Dignidad Ciudadana de 1991 (Movimiento Navista)¹⁰⁹, el Levantamiento Zapatista en Chiapas de 1994¹¹⁰, Movimiento Ciudadano de Alianza Cívica de 1994¹¹¹, o bien, el actual movimiento estudiantil “Yo soy 132”¹¹². Otra vertiente del mismo proceso, son los graves acontecimientos que se han sumado al gran cúmulo de violaciones de derechos humanos a manos de autoridades

¹⁰⁷ Véase Modonesi, Massimo, *1968: a 40 años del movimiento estudiantil en México*, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal24/08modon.pdf> 23/04/2012

¹⁰⁸ Véase Reygadas Robles Gil, Rafael, “Medio siglo de organizaciones civiles en México”, *Veredas Especial*, UAM-Xochimilco, México, 2011, págs. 189-210. En http://148.206.107.15/biblioteca_digital/articulos/12-576-8185lww.pdf 23/04/2012

¹⁰⁹ *Ídem*.

¹¹⁰ Véase Pleyers, Geoffrey. “A Quince Años del Levantamiento Zapatista: Alcances y Retos de un Movimiento Local En la Edad Global”. *Revista de Ciencias Sociales* (Cr) [en línea] 2009, [citado 2012-06-14]. Disponible en Internet: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=15315124001>. ISSN 0482-5276.

¹¹¹ Véase Valdés Vega, María Eugenia, Alianza Cívica en las Elecciones de 1994. Una Reflexión, Política y Cultura, otoño, número 005, UAM –Xochimilco, México, 1995 pp. 175-190. [En línea], citado 17/05/2012. Disponible en Internet: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/267/26700512.pdf>

¹¹² Véase <http://yosoy132.mx/>; también puede verse <http://www.elmundo.es/americas/2012/05/29/mexico/1338300676.html> 10/06/2012

mexicanas, servidores públicos, fuerzas del orden; por mencionar algunos: Caso de la Región Loxicha¹¹³, Caso Aguas Blancas en Guerrero¹¹⁴, Caso Agua Fría en Oaxaca¹¹⁵, Caso San Salvador Atenco¹¹⁶, Caso Guardería ABC¹¹⁷, Caso Ayotzinapa Guerrero,¹¹⁸ Caso de la profesora Eufrosina Cruz Mendoza, indígena zapoteca de la Chontal Alta en la Sierra Sur del estado de Oaxaca¹¹⁹. Desde 2006 a la fecha, han sido asesinados 14 defensores de derechos humanos, algunos de sus familiares y perseguidos y maltratados otros.¹²⁰

Este panorama sirve para visibilizar los desafíos y posibilidades de los derechos humanos en un país como México, en donde por largo tiempo, se solidificó a base de reformas

¹¹³ En la madrugada del 29 de agosto de 1996, en la población de Santa Cruz, municipio de Santa María Huatulco, distrito de Pochutla, Oaxaca, fueron atacadas las instalaciones de la Partida de Infantería de Marina, de la Policía Judicial Federal, de Policía Judicial del estado de Oaxaca, de Policía Preventiva del Estado, de Policía Municipal de Santa María Huatulco y de FONATUR, de lo cual resultaron trece muertos, entre ellos, cuatro infantes de marina, tres policías preventivos, un policía municipal, un civil y cuatro personas más no identificadas. Se señaló como responsables de estos hechos a los indígenas de la Región Loxicha, argumentando que pertenecían al grupo armado autodenominado Ejército Popular Revolucionario y las autoridades les imputaron delitos que no cometieron. "los casos de 75 indígenas de la Región Loxicha, quienes manifestaron haber sido detenidos de manera ilegal, e indican, en general, que fueron privados de su libertad sin contar con orden de aprehensión, y en ocasiones, en el interior de sus domicilios, por lo que se lograron acreditar catorce casos en que la detención fue arbitraria." Caso de la Región Loxicha. Síntesis del Informe Especial, http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/2003_loxicha.pdf 25/03/2012

¹¹⁴ Masacre de 17 campesinos a manos de las fuerzas de seguridad del Estado de Guerrero. Véase Informe N° 49/97, Caso 11.520, Tomás Porfirio Rondin, "Aguas Blancas", México, 18 de febrero de 1998, <http://www.cidh.org/annualrep/97span/Mexico11.520.htm> 13/06/2012

¹¹⁵ "El 31 de mayo fueron asesinadas 26 personas de origen zapoteco en el paraje de Agua Fría, municipio de Santiago Textitlán, distrito de Sola de Vega, en la región Sierra Sur de Oaxaca. Los indígenas, originarios de Santiago Xochiltepec, fueron emboscados cuando viajaban en un camión de volteo, al regresar de sus labores en el aserradero de San Pedro el Alto". Informe Especial Caso Agua Fría, http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/2002_aguafria1.pdf 18/04/2012

¹¹⁶ En mayo de 2006, veintiséis mujeres sufrieron violencia sexual por parte de los policías que las custodiaban. Véase Violencia de Estado contra Mujeres Privadas de Libertad en México. El caso San Salvador Atenco. Informe alternativo al CEDAW, Agosto 2006, http://www.amdh.org.mx/mujeres3/biblioteca/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/9_informes/ONG/32.pdf 22/04/2012

¹¹⁷ La muerte de 49 niños en la Guardería ABC, subrogada por el Instituto Mexicano del Seguro Social. Véase Serna de la Garza, José María, *Globalización y Gobernanza: Las Transformaciones del Estado y sus Implicaciones para el Derecho Público (Contribución para una Interpretación del Caso de la Guardería ABC)*, IIJ-UNAM, México, 2010.

¹¹⁸ La muerte de 2 estudiantes normalistas y la violencia ejercida sobre otros manifestantes por parte de la policía estatal y federal en el año 2011. Véase la Recomendación No. 1 VG/2012 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, <http://www.cndh.org.mx/node/694> 11/06/2012

¹¹⁹ "El 4 de noviembre de 2007, durante la celebración de las elecciones para concejales, por el sistema de usos y costumbres, en la comunidad de Santa María Quiegolani, distrito judicial de Yautepec y distrito electoral de Tlacolula, estado de Oaxaca, las autoridades municipales desecharon las boletas en las que algunos ciudadanos de la comunidad habían anotado el nombre de la profesora Eufrosina Cruz Mendoza, justificando este proceder por el hecho de ser mujer". Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre el Caso de Discriminación a la Profesora Eufrosina Cruz Mendoza http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/2008_disc.pdf 12/05/2012

¹²⁰ Véase *Contralínea*, "Con Calderón 61 defensores de derechos humanos asesinados", 19 de diciembre de 2010. Disponible en: <http://contralinea.info/archivo-revista/index.php/2010/12/19/con-calderon-61-defensores-de-dhasesinados/> 03/06/2012

constitucionales, jurisprudencias y tesis aisladas el paradigma de “garantía individual”, llevando a extremos su calidad individualista a partir de los efectos *relativos* de la sentencia del único mecanismo de protección constitucional con que cuenta el ciudadano: el juicio de Amparo.

IV. Casos Paradigmáticos.

Existe un gran número de casos de violación de derechos humanos por parte del Estado Mexicano en contra de sus ciudadanos que han sido conocidos y sentenciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, revisaremos sucintamente tres de ellos por su importancia en la incorporación de los derechos humanos en el Sistema Jurídico Mexicano.

4.1 El Caso Rosendo Radilla Pacheco.¹²¹

El 23 de septiembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictó sentencia en el Caso de Desaparición Forzada del Señor Rosendo Radilla Pacheco.¹²² A más de 30 años de haber sido detenido por militares en el Estado de Guerrero y ser acusado de guerrillero (1974), el Estado Mexicano ha cumplido con 2 de los 10 puntos que constituyen la sentencia: 1) Conducir de manera eficaz y diligente, la investigación y, en su caso, los procesos penales que deban tramitarse en relación con la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, para la debida certeza jurídica e impartición de justicia; 2) Continuar con la búsqueda efectiva y la localización inmediata del señor Rosendo Radilla Pacheco o, en su caso, de sus restos mortales; 3) adoptar las reformas legislativas para conciliar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 4) realizar reformas legislativas para concordar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; 5) implementar programas o cursos permanentes de análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como un programa de formación sobre la debida

¹²¹ Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011 15/05/2012.

¹²² Puede verse la sentencia completa en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf 15/05/2012

investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas; 6) publicar en el Diario Oficial de la Federación y en otro diario de amplia circulación nacional, partes relevantes de la Sentencia y publicarla íntegramente en el sitio web oficial de la Procuraduría General de la República; 7) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad y en desagravio a la memoria del señor Rosendo Radilla Pacheco (cumplido); 8) realizar una semblanza de la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco (cumplido); 9) brindar atención psicológica y/o psiquiátrica gratuita a los familiares de la víctima que así lo soliciten; 10) pagar las indemnizaciones por daño material e inmaterial y el reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del Fallo.

Este caso particularmente ha sentado diversos precedentes en la impartición de justicia mexicana: todos los jueces están obligados a no aplicar normas contrarias no sólo a la Constitución, sino también normas que contravengan a los tratados internacionales en materia de derechos humanos; los jueces deberán comunicar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando tengan un asunto de desaparición forzada para que ésta ejerza la facultad de atracción.¹²³

4.2 Caso González y otras (Campo algodnero)¹²⁴

El 16 de Noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictó sentencia en contra del Estado Mexicano en el caso de desaparición y muerte de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, quienes fueron encontradas sin vida en un campo algodnero de Ciudad Juárez Chihuahua, el 6 de noviembre de 2001.

Los puntos que constituyen la Sentencia son: 1) El Estado deberá conducir eficazmente el proceso penal en curso y los necesarios para identificar, procesar y sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las jóvenes González, Herrera y Ramos (la investigación deberá incluir una perspectiva de género); 2) investigar a los funcionarios acusados de irregularidades y aplicar las sanciones administrativas, disciplinarias o penales correspondientes a quienes fueran encontrados responsables; 3) realizar las investigaciones correspondientes y

¹²³ Pueden revisarse las versiones taquigráficas de las sesiones en las que la Corte estudió la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_article=1246 18/04/2012

¹²⁴ Puede verse la Sentencia completa en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf 17/04/2012

sancionar a los responsables de los hostigamientos de los que han sido objeto familiares de las víctimas; 4) publicar en el Diario Oficial de la Federación, en un diario de amplia circulación nacional y en un diario de amplia circulación en el estado de Chihuahua, partes relevantes de la Sentencia. También deberá publicar la presente Sentencia íntegramente en una página electrónica oficial del Estado; 5) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, en honor a la memoria de Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal y Claudia Ivette González; 6) levantar un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género en Ciudad Juárez; 7) continuar con la estandarización de sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género. Al respecto, se deberá rendir un informe anual durante tres años; 8) deberá, adecuar el Protocolo Alba, o en su defecto implementar un nuevo dispositivo análogo, implementando búsquedas de oficio y sin dilación alguna, cuando se presenten casos de desaparición, como una medida tendiente a proteger la vida, libertad personal y la integridad personal de la persona desaparecida. Deberá rendir un informe anual durante tres años; 9) crear una página electrónica que actualizará permanentemente y que contendrá la información personal de todas las mujeres, jóvenes y niñas que desaparecieron en Chihuahua desde 1993 y que continúan desaparecidas. Esto con el fin de que cualquier individuo pueda proporcionar información sobre el paradero de la mujer o niña desaparecida; 10) debe continuar implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género; perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres dirigidos a funcionarios públicos. El Estado deberá informar durante tres años, sobre la implementación de los cursos y capacitaciones; 11) deberá realizar un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua, con el fin de superar dicha situación. El Estado deberá presentar un informe por tres años, en el que indique las acciones que se han realizado al respecto; 12) brindar atención psicológica y/o psiquiátrica gratuita a los familiares de las víctimas que así lo soliciten; 13)

pagar las indemnizaciones y compensaciones por daños materiales e inmateriales y el reintegro de costas y gastos, según corresponda.

Este caso, ha generado altos niveles de presión internacional, no sólo de la sociedad civil, sino de instituciones gubernamentales, que alarmados por la brutalidad con que las mujeres son victimizadas en Ciudad Juárez, han exigido a México tomar acciones prontas al respecto. El gobierno mexicano ha realizado algunos trabajos pero estos no han sido suficientes, ni han cumplido a cabalidad con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²⁵. Sin embargo, la comunidad internacional está ahí, insistiendo en que México debe empoderar a la mujer como ciudadana, ama de casa, trabajadora, estudiante, jefe de familia, etc.

4.3 Caso Valentina Rosendo Cantú¹²⁶

El 31 de agosto de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó Sentencia en contra del Estado Mexicano por la responsabilidad internacional del Estado por la violación sexual y tortura en perjuicio de la señora Valentina Rosendo Cantú ocurrida el 16 de febrero de 2002, por la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de esos hechos, por la falta de reparación en favor de la víctima y sus familiares, por el uso del fuero militar para la investigación y juzgamiento de violaciones a los derechos humanos, y por “las dificultades que enfrentan las personas indígenas, en particular las mujeres, para acceder a la justicia y a los servicios de salud.”¹²⁷

La Sentencia ordena que el Estado: 1) deberá conducir en el fuero ordinario, la investigación y el proceso penal en relación con la violación sexual de la señora Valentina Rosendo Cantú, para determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar las sanciones que la ley prevea; 2) deberá examinar el hecho y la conducta del agente del Ministerio Público que dificultaron la recepción de la denuncia presentada por la señora Rosendo Cantú, así como del médico que no dio el aviso legal correspondiente a las autoridades; 3) deberá adoptar las reformas legislativas para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 4) deberá adoptar las reformas pertinentes para que las personas afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo de impugnación de tal competencia; 5) deberá realizar un acto

¹²⁵ Véase <http://www.campoalgodonero.org.mx/> 03/06/2012

¹²⁶ Puede verse la Sentencia completa en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf 21/03/2012

¹²⁷ *Ídem.*

público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del caso; 6) deberá publicar la Sentencia en el Diario Oficial de la Federación, así como en un periódico de circulación nacional y un periódico de amplia circulación en el estado de Guerrero, en idiomas español y me'paa; 7) deberá continuar con el proceso de estandarización de un protocolo de actuación, para el ámbito federal y del estado de Guerrero, respecto de la atención e investigación de violaciones sexuales considerando los parámetros del Protocolo de Estambul y de las Directrices de la Organización Mundial de la Salud; 8) deberá continuar implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra las mujeres, que incluyan una perspectiva de género y etnicidad, los cuales deberán impartirse a los funcionarios federales y del estado de Guerrero; 9) deberá continuar con las acciones desarrolladas en materia de capacitación en derechos humanos de integrantes de las Fuerzas Armadas, y deberá implementar un programa o curso permanente y obligatorio de capacitación y formación en derechos humanos, dirigido a los miembros de las Fuerzas Armadas; 10) deberá brindar el tratamiento médico y psicológico que requieran las víctimas, 11) deberá otorgar becas de estudios en instituciones públicas mexicanas en beneficio de la señora Rosendo Cantú y de su hija, Yenys Bernardino Rosendo; 12) deberá continuar brindando tratamiento a mujeres víctimas de violencia sexual por medio del centro de salud de Caxitepec, el cual deberá ser fortalecido a través de la provisión de recursos materiales y personales; 13) deberá asegurar que los servicios de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual sean proporcionados por las instituciones indicadas por México, entre otras, el Ministerio Público en Ayutla de los Libres; 14) deberá continuar las campañas de concientización y sensibilización de la población en general sobre la prohibición y los efectos de la violencia y discriminación contra la mujer indígena; 15) deberá pagar la indemnización por daño material e inmaterial y el reintegro de costas y gastos, conforme se establece en el Fallo.

Lo grave de este caso es la multi-victimización de Valentina Rosendo Cantú, su *falta* no sólo es ser mujer, sino además, indígena y pobre. Valentina ha tenido que salir al mundo a pedir, con el apoyo de organizaciones nacionales e internacionales, que México cumpla con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en concreto que el Presidente Felipe Calderón, ordene a la Procuraduría de Justicia Militar que los expedientes de Inés Fernández y Valentina Rosendo Cantú sean remitidos a la

Procuraduría General de la República, para que pueda darle curso legal a sus demandas y se les “haga” justicia.¹²⁸

V. Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos.

El 10 de junio de 2011, se dio la reforma Constitucional en derechos humanos.¹²⁹ A partir de esa fecha, se modificó la denominación del capítulo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: De los Derechos Humanos y sus Garantías.

REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS¹³⁰

TEXTO ANTERIOR	DECRETO DEL 10 DE JUNIO DE 2011
Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.	Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.
Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.	Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.
Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.	Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales , el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Obsérvese que sigue manteniéndose cierta distancia entre derechos humanos y garantías individuales. De esta forma, las garantías individuales consignadas en la Constitución son

¹²⁸ <http://justiciaporinesyvalentina.wordpress.com/> 08/06/2012

¹²⁹ Véase Diario Oficial de la Federación, <http://www2.scjn.gob.mx/Leyes/ArchivosLeyes/00130212.pdf> 28/05/2012

¹³⁰ Fracción de Cuadro Comparativo realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomado de <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/> 01/06/2012

el instrumento legal para proteger y hacer valer los derechos humanos. A nuestro parecer, sigue enarbolándose el legalismo a ultranza para escatimarle a los seres humanos lo que *per se* les corresponde.

Realizar los derechos humanos (ddhh) significa asegurar el escenario idóneo y seguro para la pluralidad, justicia, participación e inclusión de los seres humanos. Esto sólo puede lograrse en un verdadero estado de derecho.

Los derechos fundamentales constituyen la dimensión sustancial del estado de derecho y son el cauce y la medida de la actuación de los poderes públicos.

... los derechos fundamentales, a diferencia de los demás derechos, vienen a configurarse como otros tantos vínculos sustanciales normativamente impuestos – en garantía de intereses y necesidades de *todos* estipulados como vitales, por eso «fundamentales» (la vida, la libertad, la subsistencia) – tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado. La forma universal, inalienable, indisponible y constitucional de estos derechos se revela, en otras palabras, como la técnica –o *garantía*– prevista para la tutela de todo aquello que en el pacto constitucional se ha considerado «fundamental».¹³¹

VI. Desafíos y posibilidades de los Derechos humanos y el estado de derecho en México.

En un Estado de Derecho no pueden existir espacios en los que los derechos fundamentales cedan ante las prerrogativas del Poder Público. Los derechos fundamentales deben hacerse valer en todo momento y frente a toda actuación de la autoridad, sin que puedan tenerse zonas de inmunidad o exención donde tales derechos sean ineficaces.

El paradigma del Estado de Derecho debe ir más allá de ser un Estado con un Sistema Jurídico. La ley en sí misma, desde una visión positivista, no garantiza que un Estado pueda ser realmente de Derecho, sino que la ley debe estar justamente asentada en los derechos humanos.

En el caso de México hay que redefinir la naturaleza de su sistema jurídico. Debe discutirse y en serio, si queremos continuar con un sistema jurídico anclado en una concepción dualista en donde el derecho interno y el derecho internacional no se relacionan¹³², corriéndose el riesgo de ahogar los titánicos esfuerzos que se han realizado

¹³¹ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 35.

¹³² Malpica de Lamadrid, Luis, "Revisión del Régimen Constitucional de los Tratados", Méndez Silva, Ricardo Coordinador, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IIJ-UNAM, México, 2002, pp. 349-369.

para transitar a un sistema jurídico monista que integre armoniosamente el derecho interno y el derecho internacional.

La reforma constitucional en materia derechos humanos¹³³, debe traducirse en el inicio de la construcción de un nuevo paradigma que sostenga al sistema jurídico y guíe la actuación de la administración pública hacia un estado de derecho *humanizado*.

El Estado mexicano debe reconocer y subsanar las violaciones que contra los derechos humanos ha cometido. La elevación de los mismos al texto constitucional debe confirmar un compromiso de institucionalizar la cultura jurídica a favor de los derechos humanos.

VII. Conclusiones.

De los tres hechos de violaciones de derechos humanos que en particular abordamos: Rosendo Radilla Pacheco, Claudia González y otras (Campo algodonnero) y Valentina Rosendo Cantú, se perfila un nuevo horizonte de tutela constitucional para los derechos humanos.

Hasta ahora, el avance ha sido a cuenta gotas, pero la inclusión del término *derechos humanos* en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la aceptación, al menos inicial, de un paradigma que por siglos fue ignorado en México.

La resistencia y la necesidad para no concretar y respetar los derechos humanos, poco a poco se ha ido minando. Aún falta mucho por alcanzar, pero vamos sobre un buen rumbo. La redefinición del sistema jurídico; a veces compelida, otras de propia voluntad, nos obliga a revisar los principios de soberanía y supremacía constitucional. De continuar anclados en una concepción dualista, corremos el riesgo de involucionar hacia un estado totalitario.

Fuentes de Información.

Caso de la Región Loxicha. Síntesis del Informe Especial,
http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/2003_loxicha.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Contralínea, "Con Calderón 61 defensores de derechos humanos asesinados", 19 de diciembre de 2010. Disponible en: <http://contralinea.info/archivo-revista/index.php/2010/12/19/con-calderon-61-defensores-de-dhasesinados/>

¹³³ Además de la adición al Artículo 1º Constitucional, el 6 de junio de 2011 se dio a conocer la reforma constitucional en materia de Amparo y que impacta en los derechos humanos. Al respecto, se reformaron los artículos 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Declaración Conjunta Hacia una Política de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, http://www.vicepresidencia.gov.co/Noticias/2010/Documents/101122_DecConferenciaNalDDHH.pdf

DE LA GARZA, José María, *Globalización y Gobernanza: Las Transformaciones del Estado y sus Implicaciones para el Derecho Público (Contribución para una Interpretación del Caso de la Guardería ABC)*, IIJ-UNAM, México, 2010.

Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Informe 2009, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, P.55,
<http://www.cidh.org/pdf%20files/VENEZUELA.2009.ESP.pdf> 09/03/2012

Diario Oficial de la Federación,
<http://www2.scjn.gob.mx/Leyes/ArchivosLeyes/00130212.pdf>

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

“Gobierno de Facto Viola Derechos Humanos en Honduras. Informe Final”, *Misión internacional de observación sobre la situación de los derechos humanos en Honduras*, Washington, 2009,
<http://www.cedoh.org/documentacion/articulos/files/Informe%20final.pdf>

“Honduras: Violaciones de Derechos Humanos en el Bajo Aguán”, *Informe Preliminar de la Misión de Verificación Internacional*, Realizada del 25 febrero a 4 marzo de 2011. En http://viacampesina.org/downloads/pdf/sp/Informe_mision_final.pdf

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010
<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/indice2010.htm>

Informe Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado, CIDH, 2009. En <http://www.cidh.org/pdf%20files/HONDURAS2009ESP.pdf>

Informe sobre Desarrollo Humano 2011. Sostenibilidad y equidad: Un mejor futuro para todos, PNUD, Nueva York, 2011.

Informe Sobre la Situación de Los Derechos Humanos en Venezuela 2003, Comisión Interamericana de Derechos Humanos,
<http://www.cidh.org/countryrep/venezuela2003sp/indice.htm>

Informe N° 49/97, Caso 11.520, Tomás Porfirio Rondín, "Aguas Blancas", México, 18 de febrero de 1998, <http://www.cidh.org/annualrep/97span/Mexico11.520.htm>

Informe Especial Caso Agua Fría,
http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/2002_aguafría1.pdf

Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre el Caso de Discriminación a la Profesora Eufrosina Cruz Mendoza
http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/2008_dis c.pdf

Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público en
<http://www.tsj.gov.ve/gaceta/marzo/170309/170309-39140-2.html>

Ley en <http://docs.venezuela.justia.com/federales/leyes/ley-especial-para-la-ratificacion-o-designacion-de-los-funcionarios-o-funcionarias-del-poder-ciudadano-y-magistrados-y-magistradas-del-tribunal-supremo-de-justicia-para-su-primer-periodo-constitucional.pdf>

MALPICA DE LAMADRID, Luis, “Revisión del Régimen Constitucional de los Tratados”, Méndez Silva, Ricardo Coordinador, Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, IIJ-UNAM, México, 2002.

MODONESI, Massimo, *1968: a 40 años del movimiento estudiantil en México*, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal24/08modon.pdf>

Panorama Social de América Latina 2010, CEPAL, <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/41799/PSE-panoramasocial2010.pdf>

Recomendación General Número 19, CNDH, México.

PLEYERS, Geoffrey. “A Quince Años del Levantamiento Zapatista: Alcances y Retos de un Movimiento Local en la Edad Global”. *Revista de Ciencias Sociales* (Cr) [en línea] 2009, [citado 2012-06-14]. Disponible en Internet: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=15315124001>. ISSN 0482-5276.

Recomendación No. 1 VG/2012 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, <http://www.cndh.org.mx/node/694>

Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo.
http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011

REYGADAS ROBLES GIL, Rafael, "Medio siglo de organizaciones civiles en México",
Veredas Especial, UAM-Xochimilco, México, 2011. En
http://148.206.107.15/biblioteca_digital/articulos/12-576-8185lww.pdf 23/04/2012

VALDÉS VEGA, María Eugenia, Alianza Cívica en las Elecciones de 1994. Una Reflexión,
Política y Cultura, otoño, número 005, UAM –Xochimilco, México, 1995. [En línea],
citado 17/05/2012. Disponible en Internet:
<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/267/26700512.pdf>

Violencia de Estado contra Mujeres Privadas de Libertad en México. El caso San Salvador
Atenco. Informe alternativo al CEDAW, Agosto 2006,
[http://www.amdh.org.mx/mujeres3/biblioteca/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/9_in](http://www.amdh.org.mx/mujeres3/biblioteca/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/9_informes/ONG/32.pdf)
[formes/ONG/32.pdf](http://www.amdh.org.mx/mujeres3/biblioteca/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/9_informes/ONG/32.pdf) 22/04/2012

<http://www.campoalgodonero.org.mx/>
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf
[http://www.derechoshumanos.gov.co/Conferencia/Paginas/Conferencia-Nacional-DDHH-](http://www.derechoshumanos.gov.co/Conferencia/Paginas/Conferencia-Nacional-DDHH-DIH.aspx)
[DIH.aspx](http://www.derechoshumanos.gov.co/Conferencia/Paginas/Conferencia-Nacional-DDHH-DIH.aspx)
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf
<http://justiciaporinesyvalentina.wordpress.com/>
<http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>

EFFECTOS INDESEADOS DERIVADOS DEL DISEÑO LEGISLATIVO Y DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 224, FRACCIÓN VI, DE LA LEY FEDERAL DE DERECHOS.

Gerardo CENTENO CANTO¹³⁴

Resumen.

El inadecuado diseño legislativo y una incorrecta aplicación práctica de una ley fiscal federal producen el rompimiento del principio de estricto derecho en materia tributaria y el aumento del fenómeno natural conocido como intrusión salina.

Palabras clave: derecho, ley, ley fiscal, aguas nacionales.

Abstract.

The inadequated legislative design and an incorrect practical application of a federal taxative law break a severe law principle in tribute subject and the natural phenom rising that is the saline intrusion.

Keywords: law, tax law, national waters.

Introducción.

La Ley Federal de Derechos es una norma jurídica de naturaleza tributaria, con un objeto, debidamente delimitado para los fines del presente estudio, que se integra por las contribuciones que se causan por explotar, usar o aprovechar los bienes del dominio público de la Nación, en especial las "aguas nacionales", definidas en términos del artículo 27, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹³⁵ En términos generales, la gestión ambiental de estos bienes se realiza a través del diseño y aplicación de instrumentos y políticas, entre otros, los que integran aspectos impositivos y ambientales, con los que legislativamente se ha pretendido inducir que ocurran ciertas

¹³⁴ Doctor en Derecho por la Universidad Anáhuac Mayab. iuspro17@hotmail.com

¹³⁵ Carbonell, M. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. 2012.

conductas sobre determinados bienes. Este tipo de instrumentos se prevén en el artículo 22 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente¹³⁶.

En el presente análisis, se plantea una situación que es generada por el diseño legislativo y la aplicación administrativa del artículo 224, fracción VI, de la Ley Federal de Derechos, que exenta del pago de las contribuciones por extraer, explotar, usar o aprovechar “aguas interiores salobres”, como medida de carácter extrafiscal con la cual el legislador federal busca privilegiar el uso de “aguas salobres” en actividades privadas y desalentar el empleo del “agua dulce”, con la finalidad de preservarlas para destinarlas a necesidades básicas.

En algunos sitios cercanos a las costas, existen algunas zonas donde se mezclan el “agua salada” y el “agua dulce”, dando lugar a las “aguas salobres”. En estos sitios esta exención es bien aceptada por los beneficios financieros que representa; sin embargo, en este análisis se llama la atención sobre situaciones que son provocadas por el diseño y aplicación de la hipótesis contenida en el citado dispositivo legal.

La primera de tales cuestiones tiene que ver con el diseño legislativo que surge del propio artículo 224, fracción VI, primer párrafo, de la Ley Federal de Derechos¹³⁷, y que se atribuye a una imprecisión semántica que conduce a una indebida aplicación en la práctica administrativa. El segundo aspecto consiste en la exacerbación del fenómeno que se conoce como “intrusión salina”, que ocurre ordinariamente en la naturaleza y consiste en que en las zonas costeras los espacios que son desocupados por el “agua dulce” son ocupados por “agua salina”, pero al cual se contribuye artificialmente como resultado de la aplicación del citado artículo al propiciarse la extracción de “aguas salobres” en el macizo continental del territorio nacional, rompiendo el delicado equilibrio que naturalmente existe en la zona de transición.

Para arribar a la conclusión de lo que ahora se plantea en este ejercicio académico se acudirá al análisis semántico de conceptos técnicos y jurídicos que se abordan en la propuesta, por lo que una vez que hayan sido precisados éstos, se acudirá al método de interpretación constitucional y fiscal.

¹³⁶ Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

¹³⁷ Comisión Nacional del Agua. *Ley Federal de Derechos*. 2012.

1. Marco de referencia.

Se ha juzgado necesario traer al contenido del presente documento algunos aspectos de índole constitucional, legislativa y técnica, bajo la consideración de que ameritan ser precisados antes de iniciar la argumentación conceptual que habrá de ocuparnos y así integrarlos como su referencia inmediata.

1.1 Aguas de propiedad nacional.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹³⁸, dispone en su artículo 27, párrafo quinto, el régimen de dominio al que están sujetos para su regulación los bienes que son de propiedad nacional. En dicho artículo se señala que las aguas ubicadas en zonas del territorio nacional son propiedad de la Nación y si bien no indica expresamente que las “aguas del subsuelo” lo sean, tal reconocimiento deriva de la legislación secundaria y del desarrollo jurisprudencial, tal como se advierte de la tesis:

AGUAS DEL SUBSUELO. ES COMPETENCIA FEDERAL REGULAR SU EXPLOTACIÓN, USO O APROVECHAMIENTO, INCLUYENDO SU EXTRACCIÓN O DESCARGA. Los artículos 27, quinto y sexto párrafos y 73, fracciones XVII y XXIX, inciso 2o., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen cuáles son las aguas propiedad de la Nación; que las aguas del subsuelo podrán alumbrarse libremente mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización, así como establecer zonas vedadas; que el dominio de la Nación sobre las aguas es inalienable e imprescriptible y que su explotación, uso o aprovechamiento por parte de particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, requerirá de concesión otorgada por el Ejecutivo Federal; asimismo, que corresponde al Congreso de la Unión expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal y establecer contribuciones sobre el aprovechamiento y explotación de ese recurso natural. Por su parte, dicho Congreso, en ejercicio de sus facultades, expidió la Ley de Aguas Nacionales para regular dichos uso y aprovechamiento, cuyos artículos 3o., 4o., y 91 determinan cuáles son las aguas residuales; que su administración corresponde al Ejecutivo Federal, quien la ejercerá directamente o a través de la Comisión Nacional del Agua, y que su recarga o infiltración para recargar acuíferos requiere permiso de la Comisión y ajustarse a las Normas Oficiales Mexicanas que al efecto se emitan. Atento a lo anterior, se concluye que es competencia federal regular la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas del subsuelo, incluyendo su extracción y descarga o infiltración de aguas residuales para recargar acuíferos.¹³⁹

Al respecto se sostiene que el hecho de que sea considerada el agua como un bien de dominio público implica el análisis de su naturaleza jurídica como “bien susceptible de

¹³⁸ Carbonell, M. *Op. Cit.*, 2012.

¹³⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sistema IUS. No. de registro 175694, Novena Época, Pleno; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; XXIII, Marzo de 2006; Pág. 1483.

apropiación” y que con este principio como fundamento se construye toda la estructura regulatoria del agua.¹⁴⁰

1.2 Ley de Aguas Nacionales¹⁴¹.

Es el ordenamiento jurídico secundario que reglamenta al artículo 27, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de aguas nacionales; fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de diciembre de 1992, derogando a la Ley Federal de Aguas, que se publicó en 1972.

Posteriormente, esta norma sufrió múltiples cambios debido a un Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de abril de 2004, por el que se reformaron, adicionaron y derogaron varias de sus disposiciones, en las que fundamentalmente se realizó un giro hacia la gestión por cuencas hidrológicas.

En esta norma secundaria se establece de modo expreso que las “aguas del subsuelo” son propiedad de la Nación, por lo que están sujetas al régimen de dominio que se prescribe en el texto constitucional; sin embargo, el objeto teleológico de esta legislación estriba en regular la extracción, explotación, uso o aprovechamiento de las “aguas nacionales”, su distribución y control, así como la preservación de su cantidad y calidad para lograr su desarrollo integral sustentable, por lo que en sus artículos 3º, fracción I, y 16, párrafo segundo, indica que son las que se relacionan en el párrafo quinto del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que lleva a pensar, *prima facie*, que bastaría con acudir a la norma suprema para dilucidar el régimen jurídico (público o privado) de propiedad aplicable. No obstante, como antes se ha mencionado, en este artículo no se contemplan las “aguas subterráneas” como bien de propiedad nacional.

Lo relativo a este tema recibió tratamiento y se definió en jurisprudencia hasta 1992, cuando entró en vigor la Ley de Aguas Nacionales¹⁴², norma que definió en su artículo 3º, fracción IV, que las “aguas del subsuelo” son “aguas nacionales” que existen debajo de la superficie terrestre, naturaleza que se reitera en el artículo 18, párrafos primero y último, del ordenamiento jurídico secundario en mención.

La Ley de Aguas Nacionales también indica en su artículo 3o, fracción V, que con el concepto “aguas marinas” se hace referencia a las aguas ubicadas en zonas marinas,

¹⁴⁰ Carmona Lara, M. *La Constitución y el Agua: Apuntes para la gobernabilidad en el caso del Agua en México*. Agua, Aspectos Constitucionales. Editorial Porrúa-UNAM. 2011.

¹⁴¹ Comisión Nacional del Agua. *Ley de Aguas Nacionales y su Reglamento*. 2004.

¹⁴² Diario Oficial de la Federación. www.dof.gob.mx

respecto de las cuales dicha ley sólo regula las descargas de aguas residuales que sobre ellas se realice.

1.1. Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales.

Se publicó el 12 de enero de 1994 en el Diario Oficial de la Federación¹⁴³ y se encuentra en vigor por un fenómeno jurídico de ultra actividad legislativa que es regulada específicamente por el artículo Segundo Transitorio del “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Aguas Nacionales”, publicado en el mismo medio oficial el 29 de abril de 2004.

Para efectos del presente estudio interesa, de modo particular, el artículo 2º, fracción I, del citado reglamento, que define como “aguas continentales”, las “aguas nacionales”, superficiales o del subsuelo, ubicadas en la parte continental del territorio nacional. También se indica la existencia de una primera clasificación en la que se distingue entre “aguas continentales” y “aguas marinas”.¹⁴⁴

En el artículo 44 de esta norma se establece que los concesionarios o asignatarios de “aguas nacionales” podrán solicitar a la Comisión Nacional del Agua, la expedición de los certificados a que aluden el artículo 224, fracción V, de la Ley Federal de Derechos donde se establecía la figura de exención que nos ocupa, aclarando que el tema que interesa se localiza actualmente en la fracción VI, esto, debido a la diferencia de épocas en las que se publicaron el reglamento en cuestión y el texto vigente de la mencionada legislación fiscal.

1.2. Ley Federal del Mar.

Las “aguas marinas” son de propiedad nacional en virtud de que así lo dispone el artículo 27 constitucional; su regulación reglamentaria corresponde a la Ley Federal del Mar¹⁴⁵, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1986. En su artículo 36, indica que las “aguas marinas interiores”, como una especie de las zonas marinas, son aquéllas comprendidas entre la costa y las líneas de base, normales o rectas, a partir de las cuales se mide el mar territorial y que incluyen: I) La parte norte del Golfo de California; II) Las de las bahías internas; III) Las de los puertos; IV) Las internas de los arrecifes; y V. Las de las desembocaduras o deltas de los ríos, lagunas y estuarios comunicados permanente o intermitentemente con el mar.

¹⁴³ *idem*

¹⁴⁴ Nava Escudero, C. *Comentarios al artículo 27 Constitucional en materia de aguas*. O. Rabasa, E. La Constitución y el medio ambiente. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007.

¹⁴⁵ Cámara de Diputados. *Ley Federal del Mar*. www.diputados.gob.mx. Consultado el 2 de julio de 2012.

La delimitación geográfica de esta zona económica está regulada por el artículo 37 de la misma Ley Federal del Mar, donde se especifica que su límite interior coincide con la línea de bajamar a lo largo de la costa, cuando esta línea no se toma como base para medir el “mar territorial”, de conformidad con las disposiciones del reglamento de dicha ley y tal como aparezca en las cartas a gran escala reconocidas oficialmente por los Estados Unidos Mexicanos.

En vinculación con la precisión conceptual que se pretende alcanzar con el análisis conceptual que se realizará, el artículo 38 de la Ley Federal del Mar, dispone que para los efectos de límite interno de las “aguas marinas interiores”, la línea de bajamar es la de mayor flujo y reflujo donde llegan las “aguas marinas” en un momento dado en las costas continentales o insulares de la Nación.

También debe considerarse el artículo 39 de la norma en comento, donde se indica que el límite exterior de las “aguas marinas interiores” coincide idénticamente con las líneas de base a partir de las cuales se mide el mar territorial, tal como aparezca en las cartas a gran escala reconocidas oficialmente por los Estados Unidos Mexicanos.

1.3. Ley Federal de Derechos.

Es el ordenamiento donde el legislador federal fija anualmente los derechos a cargo de los contribuyentes cuya situación particular coincida con alguna de las hipótesis de causación que en ella se tipifican. Por “derecho”, en la materia tributaria, se entiende, de conformidad con el artículo 2º, fracción IV, del Código Fiscal de la Federación, las contribuciones establecidas en ley por el uso o aprovechamiento de bienes del dominio público de la Nación. En este mismo sentido, en el artículo 1º, párrafo primero, de la Ley Federal de Derechos¹⁴⁶ se prescribe que los derechos que en ella se indican, se pagarán por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación y como ya se ha reseñado, las “aguas nacionales” son de propiedad nacional. La Ley Federal de Derechos dispone que están obligadas al pago, las personas físicas y morales por extraer, explotar, usar o aprovechar “aguas nacionales”, de hecho o al amparo de títulos de asignación, concesión, autorización o permisos, otorgados por el Gobierno Federal.

1.4. Intrusión salina.

La intrusión salina es un fenómeno que ocurre de manera natural en las costas y que explicado de manera sumamente básica consiste en que el agua de mar penetra tierra

¹⁴⁶ Comisión Nacional del Agua. *Ley Federal de Derechos*. 2012

adentro conformando los acuíferos cercanos, conformando una zona de mezcla o transición entre el “agua marina” y el “agua dulce”.

En la Sinopsis Geohidrológica del Estado de Yucatán¹⁴⁷ se informa que dentro del área que es ocupada por la cuña de “agua marina”, la influencia de las mareas y el movimiento de la superficie freática provocan oscilaciones de la interfase salina y da lugar a la formación de una zona de mezcla que contiene agua con una salinidad de 1000 a varios miles de partes por millón (ppm), cuya amplitud aumenta hacia el litoral y que en la faja costera del Estado reduce en varios metros el espesor de agua de calidad aprovechable. En el estudio se revela que la operación de las captaciones (extracciones) produce el ascenso de “aguas salobres” ubicadas en la zona de mezcla, lo que puede aumentar la salinidad del agua extraída hasta altas concentraciones.

En la Sinopsis Geohidrológica del Estado de Quintana Roo¹⁴⁸, se indica que a fin de evitar que la explotación anárquica del acuífero provocara su salinización, por decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación de fechas 17 de marzo de 1964 y 11 de marzo de 1981, se estableció veda para la extracción de agua del subsuelo en zonas de Payo Obispo, Juárez y Cozumel.

De la información contenida en el Programa Hidráulico Regional 2002-2006¹⁴⁹ se tiene que la “intrusión salina” es un problema en las franjas costeras por la demanda de agua que se asocia al desarrollo turístico de la región por la “salinización” del acuífero por la introducción de una “cuña” de “agua salina” que ocupa los espacios provocados por la extracción de “agua dulce”, lo que afecta la vulnerabilidad del acuífero.

2. Ingresos del Estado por explotar, usar o aprovechar aguas nacionales.

Los ingresos públicos se clasifican en ingresos tributarios y no tributarios¹⁵⁰. Los tributos son el resultado de imponer a los particulares la obligación de financiar el gasto público y comprenden impuestos, tasas, el producto de las empresas públicas, empréstitos públicos e ingresos varios como multas y accesorios a la obligación principal de tributar y al producto de bienes públicos¹⁵¹.

¹⁴⁷ Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos. Comisión Nacional del Agua. *Sinopsis Geohidrológica del Estado de Yucatán*.1988.

¹⁴⁸ Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (SARH). Comisión Nacional del Agua. *Sinopsis Geohidrológica del Estado de Quintana Roo*.1990.

¹⁴⁹ Comisión Nacional del Agua. *Programa Hidráulico Regional 2002-2006*

¹⁵⁰ Faya Viesca, J. *Finanzas Públicas*. Ed. Porrúa.1996.

¹⁵¹ De la Garza, S. *Derecho Financiero Mexicano*. Ed. Porrúa, 1992.

Dentro de los ingresos de derecho público se distingue entre los que tienen destino específico y los que no. Por lo general, los impuestos están destinados a financiar el gasto público en tanto que los derechos se destinan a financiar actividades relativas a los bienes del dominio público, en este caso las “aguas nacionales”, por lo que se trata de ingresos públicos que derivan de funciones de derecho público del Estado.

En la categoría de ingresos públicos, los que se recaudan por extraer, explotar, usar o aprovechar “aguas nacionales” tienen el carácter de tributarios porque se cobran como “derechos”, una especie del género contribución a que se refiere el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁵², lo que implica que están sujetos a los mismos requisitos de las contribuciones y los principios que establece el Presupuesto de Egresos, según se establece en los artículos 73 y 74 de la Ley Fundamental.

De esta manera, el cobro por la extracción, explotación, uso o aprovechamiento de las “aguas nacionales” del subsuelo, desde el punto de vista ingreso, debe cumplir con requisitos formales de legalidad de la contribución, así como con requisitos de equidad y proporcionalidad; y desde el punto de vista egreso, debe cumplir con el principio de anualidad contenido en el artículo 74 Constitucional, el cual establece que es facultad exclusiva de la Cámara de Diputados la atribución de discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación.

En México, el mecanismo bajo el cual se determina el cobro de derechos por el uso o aprovechamiento de “aguas nacionales” del subsuelo se ubica en el artículo 73 Constitucional, que establece como facultad del Congreso General, la de establecer contribuciones cuando se verifiquen dichas acciones sobre bienes relacionados en el artículo 27, párrafos cuarto y quinto del texto Fundamental.

Acorde con la Ley Suprema, el Código Fiscal de la Federación¹⁵³ incluye en el género “contribuciones”, los derechos derivados de la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales del subsuelo. La Ley Federal de Derechos adopta la definición del Código Tributario Federal y fija los elementos de la tributación: objeto, sujeto, base, tasa y forma de pago, de los que deben pagarse sobre las “aguas nacionales”.

Teniendo en cuenta la convergencia de normas que regulan el tema, Valencia¹⁵⁴ afirma que la determinación del derecho sobre aguas nacionales se sustenta en principios que

¹⁵² Carbonell, M. *op. cit.*

¹⁵³ Ediciones Fiscales y Jurídicas, S.A. de C.V. *Compendio Tributario*. 2012.

¹⁵⁴ Valencia Álvarez, D. *Derechos y tarifas de agua en México: ¿Anarquía económica legalizada?* Editorial Porrúa. 2004.

pertenecen a ámbitos distintos, aunque correlacionados, ya que, por una parte, la determinación del derecho obedece a medidas protectoras del medio ambiente, y por otra parte, se rige por principios de carácter social, económico y financiero, que se encaminan a lograr el uso eficiente del recurso y del desarrollo.

3. El artículo 224, fracción VI, de la Ley Federal de Derechos.

De todo lo antes expuesto se tiene que, en términos generales, las “aguas nacionales” son propiedad de la Nación y su extracción, explotación, uso o aprovechamiento, genera la obligación de pagar derechos federales, esto es, genera una obligación de carácter fiscal, que constituye la regla general.

Sin embargo, el artículo 224, fracción VI, de la Ley Federal de Derechos establece una hipótesis de exención al establecer que no se pagará el derecho relativo tratándose de aguas interiores salobres, cuando se obtenga certificado expedido por la Comisión Nacional del Agua que establezca que contienen más de 2,500 miligramos por litro, de sólidos disueltos totales, con independencia de si se desaliniza o se trata, el cual será válido durante tres ejercicios fiscales contado aquél en que fue expedido.

Son “aguas salobres” aquellas que reúnen ciertas características fisicoquímicas que deben demostrarse con análisis de laboratorios acreditados conforme a la Ley Federal sobre Metrología y Normalización; además, como elemento formal del procedimiento de exención, el sujeto interesado deberá obtener un certificado que compete otorgar a la Comisión Nacional del Agua.

4. Carácter racionalizador y excepción a la regla de tributación.

Como ya antes se señaló, la regla general de tributación que existe en materia de aguas nacionales tiene una excepción en el artículo 224, fracción VI, párrafo primero, de la Ley Federal de Derechos.

Esta ley, según se deduce de su artículo 1º, señala que estos derechos federales no sólo tienen por función la finalidad fiscal de recaudar los costos de usar o aprovechar el bien público, sino también de racionalización; de este modo, el numeral establece que los derechos deberán estar relacionados con el costo total del servicio, incluso el financiero, salvo que dichos cobros tengan un carácter racionalizador del servicio.

De esto se asume que el cobro de derechos derivados de la extracción, explotación, uso o aprovechamiento de “aguas nacionales” no tiene sólo una finalidad de carácter fiscal, sino

también una función reguladora del consumo, que ha sido asumida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según se advierte de la tesis que enseguida se procede a transcribir:

AGUAS NACIONALES. SU EXTRACCIÓN POR MEDIO DE POZOS PUEDE TENER DIFERENTE TRATO FISCAL, SEGÚN SEA LA ZONA DE DONDE SE OBTIENE. Esta Suprema Corte en reiterados precedentes ha sostenido que las leyes tributarias pueden perseguir fines extrafiscales; así, el hecho de que se extraiga agua de una zona de veda, como lo es la Cuenca o Valle de México, constituye el factor determinante para justificar que el artículo 227, fracción II, de la Ley Federal de Derechos establezca una tarifa mayor a la aplicable en los municipios de otras entidades federativas por el uso o aprovechamiento de aguas nacionales, sin que por ello se viole la garantía de equidad tributaria, pues está técnicamente comprobado que la extracción de aguas subterráneas en esa zona afecta gravemente el subsuelo de la ciudad de México, ocasionando su hundimiento, problema al que debe sumársele el del exceso de población en dicha zona y ambos determinan la necesidad de racionar la extracción de agua dentro de la Cuenca o Valle de México, fin extrafiscal que se intenta conseguir mediante el trato que el dispositivo reclamado establece.”¹⁵⁵

5. Finalidad extrafiscal de la exención.

El artículo 224 de la Ley Federal de Derechos constituye una disposición que encierra una medida de carácter extrafiscal pues la pretensión del legislador fue la de producir determinados efectos en el terreno de lo ambiental a través de la implementación de una medida de naturaleza fiscal, esto es, se busca inducir a los particulares en el uso o aprovechamiento de “aguas salobres” a fin de que a través del incentivo fiscal final las prefieran en relación con el “agua dulce”, a fin de conservar estas últimas.

Con este esquema se generó un atractivo financiero que busca modificar ciertas conductas particulares y hacerlas actuar por un interés particular y no necesariamente con motivo de la legislación fiscal, pero que bajo este esquema se alinean y contribuyen a armonizar los intereses que intervienen. Callan y Thomas, ya han indicado que al asignar un determinado valor a la calidad ambiental, se inducen cambios en las condiciones de mercado, de tal suerte que tanto empresas como consumidores responden a esos cambios con un comportamiento óptimo.¹⁵⁶

Desde la perspectiva ambiental, estas acciones constituyen instrumentos de política ambiental que se contemplan de modo específico en el artículo 21 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, donde se dispone que la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus competencias, los diseñarán,

¹⁵⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sistema IUS. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, tomo I, Enero a Julio de 1988, pág. 132.

¹⁵⁶ Callan, S.J. *et al. Environmental Economics and Management*, USA, 1996.

desarrollarán y aplicarán a fin de incentivar el cumplimiento de objetivos de política ambiental, y dentro de ellos se contemplan los instrumentos fiscales.

En el artículo 22 de la misma legislación se establece que los instrumentos de carácter fiscal, entendidos como parte de una política ambiental, son los estímulos con los que se busca incentivar el cumplimiento de objetivos de la política ambiental y que en ningún caso se establecerán con fines exclusivamente recaudatorios.

El rompimiento del paradigma que consideraba al agua como un recurso infinito y la persistencia de prácticas poco eficientes y poco racionales en su uso, han provocado la necesidad de diseñar y poner en práctica instrumentos que orienten la actividad humana hacia el cuidado del vital líquido, los cuales no siempre están motivados por el convencimiento educativo o cultural. El empleo de instrumentos fiscales que tienden a provocar ciertas conductas alineadas con la implementación de políticas públicas en orden a un cuidado preventivo del medio ambiente tiene diversos pilares normativos y programáticos que hacen coincidir las ramas fiscal y ambiental del Derecho, con la idea de inducir un cuidado no sólo correctivo.

En este ejercicio se analiza exención prevista en la Ley Federal de Derechos que busca el uso preferente de “aguas salobres”, como medida excepcional adoptada con fines extrafiscales al inducir su uso, es decir, aguas caracterizadas por la presencia de más de 2,500 miligramos de sólidos disueltos por cada litro, en lugar de “agua dulce”, lo que significa que se pretendió un “doble dividendo” para destacar las bondades de instrumentos tributarios en la política ambiental, donde surgen otros beneficios, porque los ingresos producidos disminuyen impuestos susceptibles de provocar distorsiones sobre la oferta de empleo, la inversión o el consumo.¹⁵⁷

El diseño legislativo y aplicación del artículo 224, fracción VI, de la Ley Federal de Derechos, al exentar del pago de derechos federales por usar o aprovechar “aguas salobres” que se extraen en el macizo continental genera una situación en la que se rompe con el esquema de interpretación y aplicación estricta de las normas fiscales que liberan de cargas tributarias. Este indebido diseño y aplicación del dispositivo tributario impide que no se logre el efecto deseado por el legislador, pues el atractivo de la exención genera fenómenos de explotación no considerados por la misma, con lo que se está propiciando que el “agua salina” avance tierra adentro, ocupe lugares en los cuales el “agua salobre” naturalmente se ha depositado y cumpliendo una función como zona de

¹⁵⁷ Ríos Granados G. *Incentivos fiscales para el uso de energías renovables: caso de desalación de agua de mar y agua salobre*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2524/12.pdf>

amortiguamiento que se ubica entre el “agua salina” y el “agua dulce”. Como adelante se establecerá, ocurre la extracción de agua en el macizo continental con degradación de la cantidad y calidad del “agua dulce” debido al fenómeno de “intrusión salina” que se magnifica de manera artificial, por lo que donde se esperaba legislativamente la protección y preservación del “agua dulce” a través de una medida de carácter extrafiscal, se genera un fenómeno no previsto ni deseado.

6. Diferencia conceptual entre aguas continentales y aguas marinas.

El análisis de la norma contenida en el párrafo quinto del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite establecer la existencia de diversas categorizaciones de los recursos hídricos nacionales.

Como se ha establecido, una primera clasificación derivada del texto constitucional distingue entre “aguas de propiedad privada” y “aguas de propiedad pública”. Estas últimas son las que constituyen el objeto de interés para los efectos de este ejercicio, pues como regla general es su explotación, uso o aprovechamiento la conducta que actualiza la hipótesis de causación. Una segunda clasificación distingue entre “aguas superficiales” y “aguas del subsuelo”.

El artículo 3º, fracción IV, de la Ley de Aguas Nacionales, define “aguas del subsuelo” como aguas nacionales existentes debajo de la superficie terrestre. En este sentido, debe subrayarse su importancia como elemento donde se verifica fenómeno natural de “intrusión salina”, ya que sobre ellas recae el adjetivo de “salobres” en virtud de su naturaleza fisicoquímica, particularmente en acuíferos existentes en zonas cercanas al mar, pero sobre el macizo continental.

Para efectos de esta exposición, resulta de especial importancia otra clasificación que cabe derivar del texto constitucional en análisis. Se trata de aquella que distingue entre “aguas continentales” y “aguas marinas”. Sobre el particular debe considerarse la clasificación de Nava respecto de la noción de “aguas” que emplea el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quien señala que con esto se alude a dos diferentes conceptos: “aguas continentales” y “aguas marinas”.¹⁵⁸ Con la primera, se hace alusión tanto a las aguas superficiales como a las aguas del subsuelo que se encuentran en la parte continental del territorio nacional. Con la segunda se alude

¹⁵⁸ Nava Escudero, C. *Comentarios al artículo 27 Constitucional en materia de aguas*. O. Rabasa, E. La Constitución y el medio ambiente. UNAM. III. 2007.

tanto a las aguas en zonas marinas que forman parte del territorio donde la nación ejerce derechos de soberanía.

Ahora bien, para los fines del presente estudio y por razón de método, se precisa el interés de este trabajo por las “aguas nacionales” del dominio público que se ubican debajo de la superficie terrestre y por resaltar dos vertientes del concepto en atención a su ubicación: a) aguas cuyos cauces, vasos o depósitos se ubican físicamente en el macizo continental del territorio nacional; y b) aquellas otras que se encuentran en alguna de las zona marinas previstas en la legislación.

7. Exención por el empleo de aguas salobres.

Como se ha informado, el artículo 224, fracción VI, párrafo primero, de la Ley Federal de Derechos dispone que no se pagará el derecho por la explotación, extracción, uso o aprovechamiento de “aguas interiores salobres”, cuando se obtenga certificado expedido por la Comisión Nacional del Agua en el que se establezca que contiene más de 2,500 miligramos por litro, de sólidos disueltos totales, con independencia de si se desaliniza o se trata.

Lo que dicho numeral establece es una exención, consistiendo ésta en que por disposición de la ley queda liberado de su obligación el sujeto pasivo de la obligación fiscal, pues ocurre la liberación por efecto de ley.¹⁵⁹ En consecuencia, si con la exención se releva al contribuyente de su obligación, aunque haya realizado el hecho generador, no se puede exigir el cumplimiento de aquella. La exención es una relación jurídica, que se conecta con el hecho imponible y se inspira y ajusta con principios que conforman el ordenamiento jurídico, lo cual provoca el sometimiento a un régimen jurídico que se caracteriza por el no nacimiento o, el nacimiento en forma reducida de la obligación tributaria material.¹⁶⁰

8. Interpretación de las disposiciones fiscales.

La interpretación y aplicación de las normas fiscales puede realizarse por cualquier de los métodos de interpretación jurídica que se conocen, siempre y cuando el resultado de tal ejercicio no trastoque el modo estricto de aplicación previsto para las normas tributarias

¹⁵⁹ Rodríguez Lobato, R. *Derecho Fiscal*. Editorial Harla.1986.

¹⁶⁰ Salinas Arrambide, P. *La exención en la teoría general del Derecho Tributario*. Tribunal Fiscal de la Federación. Colección de Estudios Jurídicos.1993.

que establezcan cargas a los particulares, por lo que las disposiciones fiscales que establezcan exenciones, deben ser interpretadas bajo la misma lógica.

En el sistema jurídico tributario, por disposición del artículo 5º, párrafo primero, del Código Fiscal de la Federación¹⁶¹, las normas fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas son de aplicación estricta. Sin embargo, el mismo canon admite que otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. Esto resulta particularmente actual en el caso que se analiza, pues se trata de arribar a una conclusión respecto de la aplicación de una norma fiscal mediante el empleo del análisis conceptual.

9. Falla en el diseño legislativo del concepto de “aguas interiores salobres”.

Del marco conceptual del presente trabajo académico es posible desprender que el concepto de “aguas interiores salobres” no se encuentra contemplado ni definido por el marco jurídico en materia de aguas nacionales, lo que resulta de especial importancia, máxime cuando lo que está de por medio es la liberación de una carga tributaria con un fin extrafiscal y ambiental.

Esta situación es resultado de una confusión semántica en el diseño legislativo, lo que ha llevado al exceso de asumir que la extracción de “agua salobre” que se realiza sobre el macizo continental del territorio nacional, está exenta del pago del derecho federal con fundamento en el artículo 224, fracción VI, de la Ley Federal de Derechos, pues ésta es una situación que rompe con el principio de aplicación estricta que es propio de la materia fiscal.

Bajo la denominación de “aguas continentales” se incluyen las que se ubican en el macizo continental pero que presentan ciertas variables, ya que puede ocurrir que sean superficiales, subterráneas, meteóricas, dulce, salobres, etc. Farías indica que dentro el concepto de “aguas continentales” existen variables, a saber: aguas claras, saladas, residuales, minerales, sulfurosas, termales, medicinales, etc.¹⁶²

Sin embargo, y esta es la hipótesis fundamental del presente trabajo, las “aguas continentales” no están exentas conforme al artículo 224, fracción VI, de la Ley Federal de Derecho, puesto que la hipótesis de exención se refiere al concepto “aguas interiores salobres”, que conforme a los conceptos analizados no tienen existencia legal y no deben ser identificadas con aquellas.

¹⁶¹ Ediciones Fiscales y Jurídicas, S.A. de C.V. *Compendio Tributario*. 2012.

¹⁶² Farías, U. *Derecho Mexicano de Aguas Nacionales*. Editorial Porrúa. 1993

De esta manera se crea una suerte de antinomia entre ambos conceptos donde la aplicación del concepto “aguas interiores salobres” rompería con el principio de aplicación estricta en materia fiscal pues con “aguas interiores” se alude a una zona económica que define y delimita la Ley Federal del Mar, por lo que ambos conceptos son antinómicos, a menos que se acepte la existencia de “aguas interiores” en el macizo continental, lo que conforme al análisis conceptual realizado es imposible.

Con los razonamientos anotados se excluyen, por definición, las “aguas marinas”, que es una categoría en la cual clasifican aquellas aguas que dentro de sus características fisicoquímicas presenten alto grado de salinidad y se ubican en alguna de las zonas marinas definidas por la Ley Federal del Mar. Lo anterior ocurre debido a que si se considera que las “aguas salobres” son una mezcla entre “aguas marinas” y “agua dulce”, el producto es excluyente para ambas como objeto de exención.

Se cuestiona la aparente bondad de la medida extrafiscal en cuestión, puesto que en la práctica la citada exención se otorga a quien acredite estar extrayendo, explotando, usando o aprovechando aguas que pudieran ser clasificadas como "continentales salobres", ya que se efectúa en el macizo continental, lo que constituye un concepto y situación de hecho que no es congruente con la hipótesis de exención, en virtud de que si bien se asume su carácter de “aguas nacionales”, no son las “aguas interiores” a que se refiere la norma fiscal de exención, propiciando que se desvirtúe o rompa el efecto teleológico que con ella se ha buscado producir, produciéndose, de facto, un efecto no deseado y por tanto no previsto ni regulado.

Luego entonces, existe en el caso una indefinición que rompe con el esquema de debida interpretación y aplicación estricta de una norma tributaria de exención, como principio característico de la materia fiscal, con demérito de la extrafiscalidad que el tema comporta y propiciando que mediante medidas artificiales provenientes del diseño legislativo y su aplicación, se esté contribuyendo a incrementar el fenómeno de “intrusión salina”.

Conclusión.

Con el ejercicio realizado se tiene que con el empleo del concepto “aguas interiores salobres” se rompe el principio de estricta, que es propio de la materia fiscal.

De manera importante y en virtud del diseño legislativo del artículo 224, fracción VI, de la Ley Federal de Derechos y su aplicación práctica, se propicia un efecto ambiental contrario a aquél que se propuso el legislador con la implementación de la mencionada norma y la teleología ínsita en la misma.

El análisis conceptual desarrollado demuestra que la imprecisión de semántica y la práctica administrativa, provocan que en el caso se incremente de manera artificial el fenómeno de “intrusión salina” con lo que se afectan los cuerpos de “agua dulce” en una intensidad que bien podría constituir el objeto de un estudio técnico específico, pero que para los efectos del presente estudio se demuestra que es una consecuencia que resulta contraria al deseo y fines que se formuló el legislador federal al diseñar la norma que ha sido analizada.

BIBLIOGRAFÍA.

- Callan, S.J. et al. *Environmental Economics and Management*, USA, 1996.
- Carmona Lara, M. *La Constitución y el Agua: Apuntes para la gobernabilidad en el caso del Agua en México*. Agua, Aspectos Constitucionales. Ed. Porrúa. 2011.
- De la Garza, S. *Derecho Financiero Mexicano*. Ed. Porrúa, 1992.
- Farías, U. *Derecho Mexicano de Aguas Nacionales*. Ed. Porrúa. 1993
- Faya Viesca, J. *Finanzas Públicas*. Ed. Porrúa. 1996.
- Nava Escudero, C. *Comentarios al artículo 27 Constitucional en materia de aguas*. O. Rabasa, E. La Constitución y el medio ambiente. UNAM. IIJ. 2007.
- Rodríguez Lobato, R. *Derecho Fiscal*. Editorial Harla. 1986.
- Salinas Arrambide, P. *La exención en la teoría general del Derecho Tributario*. Tribunal Fiscal de la Federación. Colección de Estudios Jurídicos. 1993.
- Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (SARH). Comisión Nacional del Agua. *Sinopsis Geohidrológica del Estado de Yucatán*. 1988.
- _____. *Sinopsis Geohidrológica del Estado de Quintana Roo*. 1990.
- Valencia Álvarez, D. *Derechos y tarifas de agua en México: ¿Anarquía económica legalizada?* Editorial Porrúa. 2004.

LEGISLACIÓN.

- Carbonell, M. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. 2012.
- Comisión Nacional del Agua. *Ley de Aguas Nacionales y su Reglamento*. 2004.
- _____. *Programa Hidráulico Regional 2002-2006*
- _____. *Ley Federal de Derechos*. 2012.
- Ediciones Fiscales y Jurídicas, S.A. de C.V. *Compendio Tributario*. 2012.

INTERNET

Cámara de Diputados. *Ley Federal del Mar*. www.diputados.gob.mx.

Cámara de Diputados. *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente*.
www.diputados.gob.mx.

Ríos Granados G. *Incentivos fiscales para el uso de energías renovables: caso de
desalación de agua de mar y agua salobre*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros>

Diario Oficial de la Federación. www.dof.gob.mx

La Formación Profesional en México, Competencias y Valores¹⁶³

Absalón ÁLVAREZ ESCALANTE¹⁶⁴

Resumen.

La eficacia de la formación profesional en México es una de las prioridades que las Instituciones de Educación Superior debemos estar evaluando de manera permanente. Es imperativo cuestionarnos de manera honesta y objetiva si las universidades están cumpliendo con la formación adecuada de los profesionales que nuestro país requiere y si los modelos, métodos y estrategias de enseñanza del derecho son los adecuados.

Palabras Clave: Educación superior, Universidad, enseñanza del derecho

Abstract.

The efficacy of training in Mexico is one of the priorities that the Institutions of Higher Education must be evaluated be permanently.

It is imperative to question ourselves honestly and objectively whether universities are meeting the appropriate training of professionals and our country needs if the models, methods and teaching strategies of law are appropriate.

Keywords: Higher education, University, Legal education

Introducción.

Según el último censo 2010 del Instituto Nacional de Geografía y Estadística y datos de la Secretaría de Educación Pública¹⁶⁵, de los 112 millones de mexicanos que componen nuestra población actual, en número globales, 25 tienen acceso a la educación básica, 4 a la educación media superior y solamente 2 millones de mexicanos cursan estudios superiores de licenciatura. Conforme a lo anterior, estaríamos hablando

¹⁶³ Ponencia presentada en el XXII CONGRESO NACIONAL DE ANFADE. Guanajuato, México, junio 30, 1 y 2 de Julio 2011.

¹⁶⁴ Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab.

¹⁶⁵ EP. Sistema Educativo de los Estados Unidos Mexicanos. Principales cifras 2007-2008, 2008-2009 y 2009-2010. www.sep.gob.mx Consultada el 08 de Octubre de 2012.

aproximadamente del 1.78% de la población, que tienen la posibilidad de obtener un grado de licenciatura y serán los integrantes de esta minoría, los responsables de la construcción del México del presente y la definición del México del futuro.

I. El problema

Resulta evidente, que la enseñanza en todos sus niveles, pero los estudios superiores, con mayor acento por su influencia directa e inmediata en la realidad de nuestro país, debe tener como eje central de su tarea, a la sociedad misma.

En ese orden de ideas, las instituciones que ofrecen programas de educación superior en Derecho, no deben ser simples generadoras de documentos que acrediten oficialmente la obtención de un grado académico, sino las certificadoras originarias de que quienes ostenten un título de licenciatura, sean garantía de conocimientos, competencias y habilidades mínimas que les permitan resolver de manera eficiente los problemas que aquejan a la comunidad en las diversas áreas del conocimiento y correlativas disciplinas profesionales.

La realidad y la necesidad social, entonces, constituyen la fuente generadora de los **“objetivos fundamentales”** de todos los programas educativos, porque fundamentan la expresión de esos conocimientos, habilidades y aptitudes que debe adquirir un estudiante, en los procesos de enseñanza-aprendizaje desarrollados en cada clase, en cada materia, en cada programa, etc.

Sin embargo, debemos admitir, lamentablemente, que aún existen Instituciones de Educación Superior que se limitan a enseñar conocimientos que los estudiantes de Derecho, aprenden de memoria, sin fomentar estrategias para que dicho conocimiento se emplee significativamente.

Los egresados de este tipo de escuelas, como consecuencia lógica, están ante la inminente amenaza de no logran obtener un empleo acorde a su profesión, ni son tampoco capaces de generar su actividad profesional independiente, ante la carencia de habilidades y competencias que lo distingan en su campo laboral.

Según el estudio “Mercado Laboral de Profesionistas en México, diagnóstico y prospectiva al 2010”, de la ANUIES, citado por la revista CNNEXPANSIÓN¹⁶⁶, “sólo hay poco más de 557,000 estudiantes en todo el país en las licenciaturas que no forman parte

¹⁶⁶ <http://www.cnnexpansion.com/mi-carrera/2010/09/08/profesiones-con-futuro-prometedor> consultada el 21 de Octubre de 2012.

de las 20 saturadas (como derecho o administración), así que la búsqueda por un buen empleo puede (y ya es) convertirse en todo un reto”

Es importante considerar que mucho de esta problemática tiene su origen en el otorgamiento de los Reconocimientos de Validez Oficial (REVOE) por parte de las autoridades educativas, a nuevos programas de licenciatura de disciplinas que no resultan socialmente pertinentes ante la sobreoferta de los mismos tanto a nivel público, como privado. La autorización de programas de Licenciatura en Derecho a instituciones que no cumplen con los mínimos de calidad requeridos para la formación ideal de sus alumnos y en ciudades o estados que no tienen justificación de pertinencia, son un grave ejemplo de esta problemática. Sería idóneo que la ANFADE, se integrara formalmente al CONSEJO NACIONAL DE PARTICIPACIÓN SOCIAL EN LA EDUCACIÓN, al que se refiere el artículo 72 de la Ley General del Educación (artículo cuya última reforma se publica en el DOF el 28 de Enero del 2011), ya que entre las facultades conferidas a este organismo de consulta, se señala que “...podrá opinar en asuntos pedagógicos, planes y programas de estudio y propondrá políticas para elevar la calidad y la cobertura de la educación..”¹⁶⁷

La normatividad educativa nacional, en su artículo 71¹⁶⁸, igualmente dispone que estos consejos se deben formar en cada Entidad Federativa para los mismos fines, por lo que la ANFADE deberá incorporarse a dichos órganos de consulta locales, para opinar oportunamente sobre la pertinencia, calidad y justificación social de las solicitudes de Reconocimiento de Validez Oficial de nuevos programas de Estudios del área del Derecho.

La enseñanza universitaria, entonces, debe lograr la consecución de los “objetivos” que conduzcan a la formación que requiere el futuro profesional en función de

¹⁶⁷ Artículo 72.- La Secretaría promoverá el establecimiento y funcionamiento del **Consejo Nacional de Participación Social en la Educación, como instancia nacional de consulta, colaboración, apoyo e información**, en la que se encuentren representados padres de familia y sus asociaciones, maestros y su organización sindical, autoridades educativas, **organizaciones de la sociedad civil cuyo objeto social sea la educación**, así como los sectores social y productivo especialmente interesados en la educación. Tomará nota de los resultados de las evaluaciones que realicen las autoridades educativas, conocerá el desarrollo y la evolución del sistema educativo nacional, **PODRÁ OPINAR EN ASUNTOS PEDAGÓGICOS, PLANES Y PROGRAMAS DE ESTUDIO Y PROPONDRÁ POLÍTICAS PARA ELEVAR LA CALIDAD Y LA COBERTURA DE LA EDUCACIÓN**. Artículo reformado DOF 28-01-2011

¹⁶⁸ Artículo 71.- **En cada entidad federativa funcionará un consejo estatal de participación social en la educación, como órgano de consulta, orientación y apoyo**. Un órgano análogo se establecerá en el Distrito Federal. **En dicho Consejo se asegurará la participación** de padres de familia y representantes de sus asociaciones, maestros y representantes de su organización sindical, instituciones formadoras de maestros, autoridades educativas estatales y municipales, **organizaciones de la sociedad civil cuyo objeto social sea la educación, así como los sectores social y productivo de la entidad federativa especialmente interesados en la educación**.

competencias y habilidades que sean adecuadas, pertinentes y reflejen las actividades reales que requiere para su inserción exitosa en la sociedad.

Toda institución de educación superior debe priorizar los siguientes elementos esenciales para lograr, de manera integral, el objetivo de formar a profesionales idóneos para cumplir con su responsabilidad de ser útil, eficiente y congruente con la necesidad y realidad social.

- a).- Plan de Estudios basado en el Modelo de Competencias y Habilidades
- b).- Planta docente capacitada para la implementación del modelo y su metodología y correlativas estrategias de enseñanza aprendizaje.

II. ¿Cuáles son las competencias, habilidades y aptitudes ideales para formar a un profesional de derecho?

Según el estudio denominado "Valores profesionales de profesores y estudiantes" de Ana Hirsch y Rodrigo López, del año 2008, el nuevo profesional debe contar con cuatro tipos de competencias para reunir los VALORES PROFESIONALES IDÓNEOS PARA EL EMPLEADOR:¹⁶⁹

- a).- Competencias afectivo-emocionales
- b).- Competencias Cognitivas.
- c).- Competencias Sociales
- d).- Competencias Éticas

Estas cuatro áreas competenciales constituyen la formación integral del modelo profesional idóneo para el empleador en México. Identifiquemos el ámbito correspondiente a cada una de estas competencias.

Competencias afectivo-emocionales.- Ésta área comprende la identificación con la profesión y el desarrollo de la capacidad emocional relacionada con la misma.

Competencias Cognitivas. Esta área comprende la adquisición del conocimiento, el desarrollo de habilidades técnicas y la capacidad de innovación.

Competencias Sociales.- Fomento del compañerismo, capacidad de relacionarse, habilidades de comunicación, de trabajar en equipo, de ser disciplinado en el desempeño del trabajo.

¹⁶⁹ Redalyc. Reseña de "Ética profesional y posgrado en México. Valores profesionales de profesores y estudiantes" de Ana Hirsch y Rodrigo López (coords.) *Perfiles Educativos*. Vol.XXXI. Número 125.2009. Pág. 110-116. Universidad Nacional Autónoma de México.

Competencias Éticas.- Las competencias anteriores aparentaban ser suficientes para lograr el éxito profesional, pero la realidad es distinta:

Según el estudio que se comenta y con lo cual nos manifestamos totalmente de acuerdo, el futuro empleador del egresado de una institución de educación superior y la sociedad en general, requieren no sólo a un profesional eficaz. No les basta el conocimiento teórico, el dominio de competencias, habilidades y aptitudes de índole técnica o práctica, del nuevo experto en un área del conocimiento o disciplina profesional, si no van acompañadas de valores como: responsabilidad, honestidad, ética profesional, ética personal, conciencia social, respeto y principios morales.

III. CONCLUSIONES

- 1.- Los estudios superiores, por su influencia directa e inmediata en la realidad de nuestro país, deben considerar como eje central de su tarea, las necesidades sociales.
- 2.- Las Instituciones de Educación Superior deben ser las certificadoras originarias de que quienes ostenten un título de licenciatura, sean garantía de conocimientos, competencias y habilidades mínimas que les permitan resolver de manera eficiente los problemas que aquejan a la comunidad,.
- 3.- El otorgamiento de los Reconocimientos de Validez Oficial (REVOE) por parte de las autoridades educativas, a nuevos programas de licenciatura de disciplinas que no resultan socialmente pertinentes ante la sobreoferta de los mismos tanto a nivel público, como privado y que no garantizan calidad y excelencia académica, impiden a su egresados obtener un empleo acorde a su profesión, porque no son tampoco capaces de generar su actividad profesional independiente, ante la carencia de habilidades y competencias que lo distingan en su campo laboral .
- 4.- La ANFADE por el liderazgo nacional que como Asociación de Facultades, Escuelas de Derecho, Departamentos de Derecho e Institutos de Investigación Jurídica, debe integrarse a los Consejos Nacionales de Participación Social en la Educación a Nivel Federal y Estatal, para opinar con toda oportunidad, sobre la pertinencia, calidad y justificación social de las solicitudes de Reconocimiento de Validez Oficial de nuevos programas de Estudios del área del Derecho.
- 5.- Toda institución de educación superior debe priorizar como elementos esenciales para la formación de un profesional idóneo para su inserción exitosa en la sociedad:
 - 5.1).- Plan de Estudios basado en el Modelo de Competencias y Habilidades y;

5.2).- Planta docente capacitada para la implementación del modelo y su metodología y correlativas estrategias de enseñanza aprendizaje.

6.- El nuevo profesional del Derecho, debe contar con cuatro tipos de competencias para reunir los valores profesionales idóneos para el empleador o que lo hagan capaz de iniciar una actividad profesional independiente: a).- Competencias afectivo-emocionales; b).- Competencias Cognitivas; c).- Competencias Sociales; d).- Competencias Éticas

7.- Las competencias éticas o de valor que debe fomentarse en el nuevo profesional son: responsabilidad, honestidad, ética profesional, ética personal, conciencia social, respeto y principios morales.

No basta ser eficiente, ni saber mucho, si esa eficiencia y ese conocimiento no dignifican a la persona humana, si no se ponen al servicio del bienestar social, si no se ejerce la profesión en concordancia con las competencias, habilidades y aptitudes requeridas por el empleador, pero sobre todo en un entorno en donde prevalezca el respeto, la honestidad, y los principios morales.

El éxito profesional necesariamente requiere del éxito de la persona, en su integridad.

Fuentes de Información.

EP. Sistema Educativo de los Estados Unidos Mexicanos. Principales cifras 2007-2008, 2008-2009 y 2009-2010. www.sep.gob.mx Consultada el 08 de Octubre de 2012.

Redalyc. Reseña de "Ética profesional y posgrado en México. Valores profesionales de profesores y estudiantes" de Ana Hirsch y Rodrigo López (coords.) *Perfiles Educativos*. Vol.XXXI. Número 125.2009. Pág. 110-116. Universidad Nacional Autónoma de México.

<http://www.cnnexpansion.com/mi-carrera/2010/09/08/profesiones-con-futuro-prometedor>

Colloquium

LA CORRUPCIÓN EN UN MÉXICO GLOBALIZADO

Alberto COBOS PALMA¹⁷⁰

RESUMEN.

La corrupción es un mal que involucra y afecta a México, así como a la Comunidad internacional en general, ocasionando en los respectivos países, problemas económicos, sociales y políticos. A la par de la misma, el Crimen Organizado, va creciendo de manera desmedida, en un mundo globalizado, rebasando fronteras. Existen diversos organismos e instituciones internacionales y nacionales anticorrupción, en la que nuestro país, al igual que otros, han tomado medias, acuerdos y demás acciones para combatir este mal de manera conjunta y estratégica, sin embargo, el problema se acentúa más en nuestro país, por el fortalecimiento desmedido de las organizaciones criminales que operan en el mismo, sus disputas violentas y al alto índice de corrupción que ha permeado los tres niveles de gobierno, por las cuantiosas y millonarias sumas de dinero con que son involucradas las autoridades respectivas. Lo anterior nos obliga a la implementación de estrategias y medidas de carácter legal, que logren un combate formal y efectivo a este mal.

Palabras clave: Corrupción, Crimen Organizado, Lavado de Dinero, Administración Pública, Globalización.

ABSTRACT.

The corruption is badly that involves and affects Mexico, as well as to the international Community in general, causing in the respective countries, economic, social and political problems. On a par of the same one, the Organized Crime is growing of excessive way, in a globalized world, escaping border. Diverse organisms and international and national institutions exist anticorruption, in which our country, like others, have taken average, agreements and other actions to fight badly this of joint and strategic way, nevertheless,

¹⁷⁰ Licenciado y Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma de Yucatán; Diplomado en Derecho Corporativo y Diplomado en el Procedimiento Penal Acusatorio y Técnicas de Litigación Oral por la UADY; Especialidad en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España; Estudios completos de Doctorado en Derecho por la Universidad Anáhuac Mayab.

the problem accentuates more in our country, by the excessive fortification of the criminal organizations that operate in he himself, its violent disputes and to the high index of corruption that has permeated the three levels of government, by the numerous and millionaire sums of money whereupon the respective authorities are involved. The previous thing forces to the implementation of strategies and measures of legal character, those obtain a formal and effective combat to this badly.

Keywords: Corruption, Organized Crime, Money laundering, Public Administration, Globalization.

INTRODUCCIÓN.

La corrupción es un tema que afecta los intereses económicos, políticos y sociales de México, denotando un grave aumento en todos los niveles, órdenes y rubros de nuestra vida cotidiana, especialmente, en la Administración Pública. La corrupción, al igual que el crimen organizado, ha evolucionado y trascendido las fronteras de los países que conforman este mundo globalizado, surgiendo con esto, nuevas formas y figuras delictivas, más técnicas, especializadas y complejas, apreciándose prácticas corruptas ya no sólo en el ámbito público del país, sino en el sector privado nacional e internacional. La comunidad internacional, de la cual México forma parte, conscientes de esta situación, así como de los devastadores efectos que ocasiona la corrupción en sus propias Naciones, a través de diversos organismos e instituciones, han adoptado políticas, acciones y estrategias anticorrupción, para el combate de este mal, así como de sus grandes aliados, el crimen organizado y el lavado de dinero, esto, mediante convenios, acuerdos y compromisos en la materia. Sin embargo, la percepción y realidad en nuestro país, es que no obstante lo anterior, son pocos o nulos los resultados que se ven para frenar los excesos e impunidad de funcionarios o servidores públicos en prácticas corruptas, así como su participación en actos o conductas delictivas, obligando a replantear un mejor y eficaz combate a este mal, ya sea mediante una legislación penal más enérgica, o a través de medidas efectivas en torno a los tentáculos de la misma.

I. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN.

Por Corrupción podemos entender según el diccionario de la Real Academia Española, que proviene del latín corruptio, -ōnis, Acción y efecto de corromper. Alteración o vicio en un libro o escrito. Vicio o abuso introducido en las cosas no materiales. Corrupción de

costumbres, de voces. En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores¹⁷¹. Conforme al Diccionario Jurídico de María Laura Valleta, encontramos que a la Corrupción se le define como la Alteración o vicio en un libro o escrito. Soborno que se hace al juez o a cualquier otra persona mediante dádivas con propósito de cohecho. Perversión o seducción de una persona por otra¹⁷². Guillermo Cabanellas de Torres, en su libro *Diccionario Jurídico Elemental*, nos señala que, se estimaba tal, el acto de quienes, estando revestidos de autoridad pública, sucumbían a la seducción, como los realizados por aquellos que trataban de corromperlos. En realidad, la corrupción venía a confundirse con el soborno o el cohecho. Pero en el presente, corrupción equivale a destruir los sentimientos morales de los seres humanos¹⁷³. De igual forma, el Doctor Julio Fernández García, profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, España, en su monografía “Algunas Reflexiones sobre la Corrupción Política”, en el marco del XXII edición del Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal de la propia Universidad de Salamanca, señala que como concepto de corrupción, tanto pública como privada, se debe entender en un sentido amplio, como Aquellos actos que implican, por acción u omisión, la violación de un deber posicional, o el incumplimiento de una función específica, en un marco de discreción, y con el objetivo de obtener algún tipo de beneficio extraposicional¹⁷⁴. Asimismo, la Doctora en Derecho María Estela Ayllón González, en su trabajo “Breves Factores Institucionales, Políticos, Económicos y Sociales de la Corrupción en México”, define a la corrupción como la actividad ilegal por medio de la cual un agente corruptor y agente corrupto intercambian recíprocamente una serie de bienes y derechos de los cuales no son propietarios, sino al caso del funcionario público: únicamente depositarios¹⁷⁵.

El Artículo VI de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, más que una definición, señala los “actos” que pueden ser considerados como “corrupción”, y por el cual es aplicable dicha Convención, observándose entre estos: a).-El requerimiento o la

¹⁷¹ Diccionario de la Real Academia Española, véase en: <http://www.rae.html>, consultada el 28/08/2012.

¹⁷² Valleta, María Laura, *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Valleta Ediciones, S.R.L., 4ª Edición, 2006, p. 228.

¹⁷³ Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 19ª Edición, 2008, p. 99.

¹⁷⁴ Fabián Caparrós, Eduardo A. y Pérez Cepeda, Ana Isabel (Coordinadores), *Estudios Sobre Corrupción*, Salamanca, España, Editorial Ratio Legis Librería Jurídica, 2010, p.45.

¹⁷⁵ Rezzoagli, Bruno Ariel (Coordinador), *Análisis Jurídico, Económico y Político de la Corrupción*, México, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., 2005, p. 45.

aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b).-El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c).-La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; d).-El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; e).-La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo¹⁷⁶.

Otro de los conceptos relevantes son los del Doctor Jorge F. Malem Seña, Catedrático de la Universidad de Pompeu Fabra, en Barcelona, España, al considerar como actos de corrupción los que reúnen una serie de características, entre ellas las siguientes: a).-Un acto de corrupción implica la violación de un deber posicional, es decir, quienes se corrompen, transgreden de manera activa o pasiva, o provocan la transgresión de algunas de las reglas que rigen el cargo que ostentan o la función que cumplen. Puede ser un funcionario público, pero también, puede ser entre agentes o iniciativa privada (fuga de secretos o información en una empresa); b).-Para que exista un acto de corrupción, debe haber un sistema normativo que le sirva de referencia, siendo consecuentemente su naturaleza de índole económica, política, jurídica, o ética, o de varios niveles a la vez (el encargado de compras de un empresa es sobornado para adquirir una mercancía a mayor precio, aquí el marco normativo es el libre mercado, la competencia leal y la lealtad en el trabajo); c).-Un acto de corrupción no siempre entraña una acción penalmente antijurídica, es decir, que el acto de corrupción sea legal o ilegal, penalmente, dependerá del tratamiento punitivo que se le dé en la legislación que aplique al caso (el soborno para que se dicte una resolución no contraria, sino que sea pronta y legal); d).-Los actos de corrupción están siempre vinculados a la expectativa de obtener un beneficio

¹⁷⁶ Véase en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>, consultada el 28/08/2012.

extraposicional, no necesariamente un beneficio económico, puede ser político, profesional, sexual, entre otros. Los actos de corrupción suelen ser siempre realizados bajo la discrecionalidad, esto es, que al ser la corrupción un acto desleal, trae en sí una carga negativa, la cual no puede ser ventilada en público¹⁷⁷.

Por último, en México, en el Programa Nacional de Rendición de Cuentas, Transparencia y Combate a la Corrupción 2008–2012, de la Secretaría de la Función Pública del Gobierno Federal de los Estados Unidos Mexicanos, en la parte correspondiente a su glosario, define a la Corrupción como la: Conducta que se desvía de la función pública reglamentada debido a una consideración de índole privada o para obtener beneficios pecuniarios o de rango; o la violación de reglas por consideraciones de carácter privado. Se refiere a la ejecución de acciones que contradicen el ordenamiento legal del Estado y que se desvían de los criterios normativos establecidos¹⁷⁸.

Como se puede ver no existe una definición exacta o precisa que esté universalmente aceptada de “Corrupción”, en razón de que la misma expresión, tiene numerosas connotaciones.

II. ANTECEDENTES DE LA CORRUPCIÓN.

Desde antes de Jesucristo, la corrupción ha existido en el planeta, representándose de diversas maneras, en especial, en la lucha por el poder y en la obtención de beneficios como consecuencia de ser parte de ese poder. Las primeras manifestaciones de corrupción nos remontan a la antigua Babilonia, fundada por los sumerios, dos mil años antes de Cristo, y en la cual tuvo relevancia la intervención del célebre legislador y Rey Hammurabi, plasmando el famoso Código de Hammurabi¹⁷⁹, creado en el año de 1692 a. C. (1728 a. C. según cronología media) el cual, al igual que el Código Ur-Nammu (2100 y 2050 a. C.), el Código de Lipit-Ishtar (2112-2046 a. C.) y las Leyes de Eshnunna (1930 a. C.), se trata de los instrumentos de leyes más antiguos. El Código de Hammurabi, es un conjunto de leyes escrito en idioma acadio, y tallado en una bloque de basalto de 2.50 metros (gravado en estela de diorita de 2.25 mts.) por 1.90 metros de base, y en su zona superior está la imagen del Rey Hammurabi con Shamash Dios-Sol de la Justicia de Mesopotamia, debajo, están inscritos en caracteres cuneiformes acadio, las leyes que

¹⁷⁷ Malem Seña, Jorge F., *La Corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, España, Editorial Gedeisa, S.A., 2002, pp. 32-35.

¹⁷⁸ Puede verse en <http://www.funcionpublica.gob.mx/images/doctos/PROGRAMAS/pnrctcc/espanol.pdf>, consultada el 29/08/2012.

¹⁷⁹ Brioschi, Carlo Alberto, *Breve Historia de la Corrupción De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, España, Editorial Santillana Ediciones Generales, S.L., Traductor Juan Ramón Azaola, 2010, p. 43.

regían la vida cotidiana de la época, numeradas del 1 al 282, y que trataban respecto de la jerarquía social, de los precios de honorarios médicos, de los salarios, del funcionamiento judicial, en donde la justicia se impartía por Tribunales y se podía apelar al Rey, de las penas, según los delitos y crímenes cometidos, entre otros, teniendo la peculiaridad una parte de estas leyes, que se aplicaba la “ley del Talión” (ojo por ojo, diente por diente). El Código estaba colocado en el templo de Sippar, y se colocaron varios ejemplares similares en diversos lugares del reino, con el fin de homogeneizar jurídicamente a todo el reino¹⁸⁰.

La Ley y justicia eran conceptos fundamentales, ésta última administrada por los tribunales, los cuales tenían entre uno y cuatro jueces, comúnmente formado por los ancianos de la ciudad. Los jueces no podían revocar sus decisiones por ninguna razón, aunque podían dirigirse apelaciones contra sus veredictos ante el rey¹⁸¹.

Dentro de las 282 leyes que conformaban el Código de Hammurabi, se contemplan las primeras sanciones relacionadas con motivo de conductas o actividades indebidas realizadas por Jueces, Gobernadores o Prefectos, tal y como lo señalan las leyes 5 y 34 del citado Código: la Ley 5: Si un juez ha sentenciado en un proceso y dado un documento sellado (una tablilla) con su sentencia, y luego cambió su decisión, este juez será convicto de haber cambiado la sentencia que había dictado y pagará hasta 12 veces el reclamo que motivó el proceso y públicamente se le expulsará de su lugar en el tribunal y no participará más con los jueces en un proceso; y, la Ley 34: Si un gobernador o un prefecto se han apoderado de los bienes de un oficial, han causado daño a un oficial, han dado en locación un oficial, han regalado un oficial, en un proceso, a uno más poderoso, han quitado a un oficial el regalo que el rey le había dado, este gobernador y este prefecto recibirán la muerte¹⁸².

III. CLASES DE CORRUPCIÓN.

Existen diversas clases o clasificaciones de Corrupción, entre ellas, la del Doctor en Economía Andrés Solimano, de acuerdo a los tipos de corrupción: a).-Corrupción de Estado, es la más común y en ella están involucrados funcionarios, agencias y organismos del Estado, dándose de manera centralizada o descentralizada, abarcando

¹⁸⁰ Véase en http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hammurabi, consultada el 29/08/2012.

¹⁸¹ Puede verse en <http://gestiopolis.com/recursos2/documentos/fulldocs/ger/administracionjpa-1.htm>, consultada el 29/08/12.

¹⁸² Puede verse en http://es.wikisource.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hamurabi:_Leyes_1_a_50, consultada el 28/08/2012

inclusive el sector público extranjero como el nacional; b).-Corrupción Política, es la que afecta a miembros de partidos políticos, que buscan extraer recursos del Estado, explotando sus influencias y posiciones políticas, ya sea para enriquecimiento de sus partidos o enriquecimientos personales; c).-Corrupción en el Sector Privado, que es la que se da en empresas privadas en las que altos ejecutivos aprovechando sus posiciones y teniendo información privilegiada, sobre materias propias para el funcionamiento de la empresa u oportunidades de negocios, y la utilizan para su provecho personal, realizándose inclusive fugas o ventas de información secreta o confidencial, propia y exclusiva de la empresa; d).-Corrupción en el Sector No Gubernamental, relacionada con actos corruptos realizados por organizaciones no-gubernamentales, sujetas a franquicias tributarias y que reciben donaciones¹⁸³.

Por su parte los autores Jaime Cárdenas y María de la Luz Mijangos, sostienen que la Corrupción puede ser: a.-Pública, la cual se relaciona con el aparato del Estado, sus servidores públicos, las entidades directamente ligadas a éstos, como sindicatos, partidos, organizaciones empresariales, etc.; b.-Privada, como aquella que se genera en las empresas, las relaciones comerciales y financieras; c.-Social, que es la que se gesta en el interior de organizaciones no gubernamentales u otras de orden social.

A su vez la corrupción puede ser Nacional y Transnacional. Dentro de la primera, es la que atañe al Estado, y en ella se encuentra la corrupción que realizan los altos funcionarios del Estado y grandes empresarios sobre contratos, obras y recursos políticos, y también se encuentra la que realizan los funcionarios de bajo nivel, mal remunerados, y que la practican para complementar sus ingresos bajos como servidores públicos. La transnacional, es aquella en la que personas o empresas al amparo del proceso de globalización, con las nuevas tecnologías informáticas y en el sector financiero internacional, realizan prácticas corruptas, encubriendo transacciones de dinero, tráfico de drogas, mercancías y demás, para sus fines ilícitos.

De igual forma, dentro de la corrupción privada se encuentran las siguientes clases de corrupción: Narcotráfico, Crimen Organizado, Empresarial, Individual y de Grupos de la Sociedad Civil. Asimismo la privada la clasifican en Sistemática y Aislada-Accidental, y a su vez en Negra, Gris y Blanca¹⁸⁴.

¹⁸³ Solimano, Andrés, Tanzi Vito, del Solar, Felipe, *Las Termitas del Estado. Ensayos sobre corrupción transparencia y desarrollo*, Santiago de Chile, Editorial Centro Internacional de Globalización y Desarrollo (CIGLOB) y Fondo de Cultura Económica de Chile S.A., 2008, pp. 11-13.

¹⁸⁴ Cárdenas Jaime y Mijangos, María de la Luz, *Estado de Derecho y Corrupción*, México, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. y Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 66-70.

El Doctor en Derecho Guillermo Ariel Todarello, clasifica la corrupción conforme a los actos irregulares cometidos dentro del marco de la Administración Pública, de la siguiente manera: a).-La corrupción Nacional y Transnacional. La nacional, constituye la comisión de actos irregulares que le constriñen al ámbito gubernamental limitado a un solo Estado. La internacional, es cuando afecta al menos, el ámbito de dos países. En ambos casos, es necesaria la intervención de algún sujeto representativo del Estado; b).-La corrupción Unipersonal o Plurisubjetiva. La unipersonal, es la que se refiere a actos irregulares cometidos por una sola persona, ejemplo de estos, el funcionario que se apodera de los fondos públicos o los distrae para fines privados. Por lo contrario en la corrupción plurisubjetiva, se contemplan el concurso de dos o más personas en los actos irregulares; c).-La corrupción de acuerdo con su Percepción Social. Bajo este esquema se contempla el sentir de la opinión pública respecto a los actos irregulares, dividiéndose en tres clases, la primera, “la reprochable”, en la que la sociedad en general expresa o hace sentir la necesidad de sancionar un determinado acto irregular; la segunda, “la ambigua”, es cuando existe una opinión imprecisa o dudosa respecto a la aprobación o no de una específica conducta ilícita; y por último, la “tolerable”, que es cuando la mayor parte de la opinión pública considera ciertos actos desviados, como tolerables o permisibles, en los que no se percibe una exigencia o necesidad de criminalizar o castigar los mismos; d).- Los actos de corrupción Parcial o Total. Se puede entender por corrupción parcial, aquella en la que el funcionario público percibe de parte del ciudadano, el pago previsto por el Estado respecto un bien o servicio, el cual ingresa al erario público, pero también recibe el importe correspondiente a una cuota o dádiva corrupta e indebida, el cual ingresa en su patrimonio personal. Por otro lado, en la corrupción total, el funcionario público, no sólo se queda con el importe previsto por el Estado respecto del citado bien o servicio, desviándolo de su ingreso al erario público, sino además, recibe un soborno o dádiva por el acto irregular, el cual también lo ingresa a su patrimonio personal; e).-La corrupción Aislada y la corrupción Sistemática. Se entiende por corrupción aislada, aquel acto o actos irregulares o corruptos, son realizados por un funcionario público que actúa individualmente, sin que surgan conexiones importantes con otros agentes para que se den dichas conductas irregulares. En lo referente a la corrupción sistemática, esta se da, cuando existen mecanismos o prácticas corruptas vigentes, que prácticamente rebasan todo orden legal y organizativo de un sector de la administración pública, siendo las irregularidades una práctica común o norma; f).-La corrupción Descendente o Ascendente. Dentro de la primera, la descendente, llamada también, corrupción arriba-

abajo, se trata de aquella la cual se inicia y desarrolla en los más altos niveles de la administración, y se despliega hacia los rangos o grados más bajos de la misma. En lo referente a la ascendente (corrupción abajo-arriba), la corrupción se origina desde los niveles más bajos o inferiores, y se van involucrando hasta las jerarquías superiores¹⁸⁵.

IV. EFECTOS POLÍTICOS, ECONÓMICOS, IUSFUNDAMENTALES Y SOCIALES DE LA CORRUPCIÓN.

1.-Efectos Políticos.-El Doctor en Derecho Eduardo A. Fabián Caparrós, señala como tales, a los efectos agregados de la corrupción sistémica, a la pérdida de la confianza ciudadana, es decir, al descrédito de las Instituciones Públicas: “miedo al uniforme”, así como a un progresivo proceso de deslegitimación del Estado democrático de Derecho. Estos efectos lo contemplamos además, en el policía que “negocia una multa” o el funcionario que recibe una “atención” por agilizar un trámite. Una cosa es que haya 1 o 10 agentes corruptos, y otra es, que todo el estado sea un ente corrupto. Se produce una pérdida de la confianza ciudadana, el Estado de derecho de una administración que es la que da el cumplimiento de las normas, siendo que esa administración pública es la que no respeta el cumplimiento de las normas y la única forma de impulsarla es a “golpe de billete” es decir, bajo sobornos. Como consecuencia de lo anterior, el ciudadano que observa que el estado está infringiendo las normas todos los días, le dice al Estado, que como es posible que le exija al ciudadano que “cumpla” con las normas, situación que produce una deslegitimación del Estado de Derecho que ocasiona no solamente que se viole el código penal todos los días, sino que las estructuras del Estado, se derrumban¹⁸⁶.

2.-Efectos Económicos.-El propio Doctor Fabián Caparrós, señala que ésta presenta efectos positivos y negativos: Los positivos son la agilización de los mecanismos del Estado (a cambio de un billete, las cosas o tramites se mueven más), el incentivo para la llegada de capital exterior (cuando una empresa transnacional ve que llevando un “maletín de dinero” a otro país, puede hacer que su empresa crezca de manera acelerada; el reparto social del sostenimiento del funcionariado, mejorando sus condiciones salariales (además de su sueldo, por el trámite o acto corrupto, el funcionario recibe un dinero extra al de su sueldo, por lo que una parte se la paga el Estado y la otra

¹⁸⁵ Todarello, Guillermo Ariel, *Corrupción Administrativa y Enriquecimiento Ilícito*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Editores del Puerto S.R.L., 2008, pp. 112-122.

¹⁸⁶ Fabián Caparrós, Eduardo A., en su cátedra de Corrupción y Blanqueo de Capitales en Derecho Penal, en la Edición XXVI de los Cursos de Especialización en Derecho de la Fundación General de la Universidad de Salamanca, España, 2010.

los ciudadanos). Dentro de los negativos están el notable agravamiento del gasto público (porque el estado gasta más, ya que el soborno lo paga el particular, pero el particular traslada ese “pago” o “soborno”, en sus contrataciones con la administración. Inflan los precios o no ponen los materiales o productos que se deben poner en la contratación, el progresivo proceso de monopolización y de supresión de la competencia. Efecto multiplicativo (se produce un efecto monopolizador ya que al momento de elegir a un proveedor, se elige al corrupto, es decir, el gobierno elige al que más paga al que da más soborno), la retracción de la inversión exterior (los empresarios que llegan a un país a invertir que “entraron” al mercado pagando grandes sobornos para obtener beneficios en exención de impuestos, etc., al estar ya trabajando en el país corrupto, después, tienen que seguir pagando un “impuesto” de “protección” para seguir trabajando, ya que existe una extorsión y una amenaza física. Ejemplo, Rusia y sus mafias)¹⁸⁷.

3.-Efectos lusfundamentales.-Bajo este concepto, el mismo Profesor de la Universidad de Salamanca, España, señala que la corrupción constituye el paradigma de la desigualdad entre los individuos, lesiona gravemente la acción social del Estado, profundizando las desigualdades en perjuicio de los más desfavorecidos. La corrupción genera un Estado débil e incompetente para cumplir con sus gobernados, con sus funciones básicas de seguridad, justicia, educación, salud, protección, igualdad, entre otras, siendo que con un Estado infectado por la corrupción, se pierde la noción del bien común resultando perjudicados los sectores más desprotegidos, al empezar a carecer de suficientes medios económicos, circunstancia por la que se empieza a deteriorar las condiciones de vida de los ciudadanos con menos recursos, al no contar con los elementos prioritarios como la educación pública, la atención médica gratuita, el acceso adecuado y eficiente a la procuración e impartición de justicia, todo esto, en contraste de la enorme mejoría, de quienes ostentan el poder, bajo el manto de la corrupción, marcándose en consecuencia, una notable y grave desigualdad social entre sus ciudadanos¹⁸⁸. Para el Doctor en Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Complutense de Madrid, Manuel Villoria Mendieta, la desigualdad, crea un estado desigual y deslegitimado, en razón a la propia atmósfera en que vive el ciudadano común o menos favorecido, siendo por el contrario, el funcionario de este sistema, desde un punto de vista del interés inmediato y egoísta, se

¹⁸⁷ Ídem.

¹⁸⁸ Ídem.

preocupa por el mantenimiento de su puesto y su carrera, favoreciendo su propio statu quo¹⁸⁹.

4.-Efectos Sociales.-Para el Doctor Guillermo Ariel Todarello, este rubro se presenta en diversas formas, entre ellas, en los llamados “incentivos negativos”, en razón de que la aportación de dinero o dádivas que de “buena manera” o voluntaria el ciudadano le da al funcionario público por la obtención de un servicio expedito, con el transcurso del tiempo, se va haciendo una obligación o exigencia. De igual forma, el ciudadano honesto se ve rebasado por otros individuos que progresan a grandes pasos, por la realización de actos corruptos, por lo que la sociedad en sí misma, se ve obligada a involucrarse en estos actos de corrupción para poder competir en su mercado laboral o comercial en que se encuentre. Cuando esto sucede, y los funcionarios y ciudadanos se acostumbran a realizar esas prácticas corruptas de manera fácil, y sin problema alguno, los incentivos de estos individuos se encuentran encaminados hacia actividades sociales improductivas e ilegales, que es lo que se denomina “incentivos negativos”. Otro efecto negativo para la sociedad, y considerado como uno de los más profundos, lo es la pérdida de la confianza recíproca entre los diferentes miembros de una comunidad, es decir, la confianza implica que una persona o una institución actuarán del modo esperado o del modo en que se supone que deben de conducirse correctamente, siendo este elemento, necesario para el desarrollo de una sociedad democrática. Con la corrupción, los lazos o vínculos entre los individuos y de éstos con las instituciones, se rompen o destruyen, por la falta de confianza o credibilidad de sus acciones corruptas. Un ejemplo claro, es el del funcionario público que de la noche a la mañana adquiere bienes de manera desproporcionada, incrementando su patrimonio, situación que afecta a la sociedad en general, con ánimos de disgusto y desilusión, circunstancias que ocasionan que los ciudadanos en general tengan una natural desconfianza a los políticos y funcionarios públicos, ya que estos, más que dedicarse a realizar el bien común, se dedican a satisfacer sus intereses particulares, pero además lo hacen, de manera opulenta y desmedida. Otro efecto que produce en la sociedad, es la corrupción como sistema de protección del delito, en el que la tolerancia o contubernio de las autoridades en actividades ilícitas, ocasionan una afectación a la sociedad en general, ya sea en su seguridad o en su economía, por ejemplo, en los caso en que se trata de piratería de discos o películas, o en ropa ilegal o de contrabando, estas actividades ilícitas afectan la economía del ciudadano o comerciante legalmente

¹⁸⁹ Villoria Mendieta, Manuel, *Ética Pública y Corrupción. Curso de Ética Administrativa*, Madrid, España, Editorial Universitat Pompeu Fabra y Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2000, p. 110.

establecido y que paga impuestos, el cual no puede competir contra este tipo de economía. Pero también, están las actividades relacionadas con narcotráfico, terrorismo, lavado de dinero, tráfico de armas, tráfico de órganos, trata de personas, secuestros, asaltos, entre otros, en los que se afecta gravemente la seguridad y bienestar de la sociedad, muchas veces, de manera impune, por las prácticas protectoras de las autoridades involucradas con este tipo de conductas ilícitas. Por último, y de no menor importancia, lo es los efectos de la corrupción en la generación de riesgos, y su afectación a la sociedad, ya que las prácticas corruptas realizadas en obras públicas, como carreteras, edificios, gasoductos, termoeléctricas, presas, entre otros, por dichos arreglos corruptos, se disminuye la calidad y cantidad de los materiales utilizados en éstas, lo que constituye un riesgo para la ciudadanía en general. Otra forma de afectación a la población y sociedad en general, es cuando empresas transnacionales mediante sobornos, obtiene permisos para la elaboración y explotación de materiales altamente tóxicos, los que en sus países les son negados por estar prohibidos, circunstancias que ocasionan un serio riesgo al ecosistema y a la salud, entre otros¹⁹⁰.

V. CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.

Como concepto o definición “Delincuencia Organizada” o “Crimen Organizado”, los juristas Genaro David Góngora Pimentel y E. Alejandro Santoyo Castro, nos señalan que es un fenómeno delictivo en el que la criminalidad improvisada se moderniza y perfecciona en cuanto a su estructura y forma de operación, para mostrar mayor eficacia frente a los medios de control estatal, en los diversos órdenes (federales, locales y municipales), así, algunos individuos y grupos dedicados al crimen evolucionan en cuanto a la eficacia para cometer delitos, que en general resultan ser de fuerte repercusión social, ya sea en términos de la violencia con que se ejecutan, por las pérdidas económicas que conllevan al Estado o por cualquier otra característica que genere inseguridad en el ánimo de la sociedad¹⁹¹.

El Doctor Luis Alfonso Brucet Anaya nos señala que cuando la delincuencia común llega hasta el extremo de evolucionar o de perfeccionamiento y rebasa los límites del control gubernamental, esto mediante el establecimiento líneas especiales de operación, basadas en un sistema complejo de operatividad, similares al de una empresa, bien estructurado, pero bajo el rubro de negocios delictivos, y cuando persigue a través de las acciones y

¹⁹⁰ Todarello, Guillermo Ariel, *Corrupción Administrativa y Enriquecimiento Ilícito*, op. cit., pp. 187-197.

¹⁹¹ Góngora Pimentel, Genaro David y Santoyo Castro, E. Alejandro, *Crimen Organizado. Realidad Jurídica y Herramientas de Investigación*, México, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., 2010, p. 27

actos violentos la búsqueda de poder, ya sea político o económico o social, es cuando se puede decir, que se está ante un grupo o un caso de “Delincuencia Organizada”. Esta terminología fue utilizada por vez primera en los Estados Unidos de América, al referirse a las operaciones delictivas criminales realizadas por la mafia, toda vez que tiene por similitud las terminologías de “Grupo”, “Asociación”, “Sindicato”, “Sociedad”, “Gremio”. “Coalición”, “Unión”, y era en relación a actos de violencia realizados por varias personas con el fin de cometer dichos actos delictivos¹⁹².

Las organizaciones criminales se caracterizan por diversos aspectos en su grupo como en sus actividades delictivas, esto es, cometer de manera constante y permanente delitos de alto impacto social y económico en perjuicio de Estado. Entre estas características se encuentran la sofisticación, permanencia, estructura, y de manera peculiar la Violencia y la Corrupción, siendo esta última, la que la permiten operar, con cierta confianza e impunidad, pues parte de sus ganancias son utilizadas para la compra y pago de sobornos, favores, cuotas, etc., a diversas autoridades, obteniendo con esto, información de operativos, protección, y muchas veces, hasta utilizar los propios recursos del Gobierno para atacar a sus cárteles contrincantes. Esta “Violencia” desatada en México por las organizaciones criminales, bajo la tutela de la corrupción de servidores públicos, ha generado en los últimos años, una cruenta lucha de las propias organizaciones entre sí, y en contra de los cuerpos policiacos y fuerzas armadas, dejando a la población, en un estado de inquietud, zozobra e inseguridad, con más de 60,000 muertos, situación que preocupa no solo a los propios mexicanos, sino también, a la comunidad internacional. Como ejemplo de lo anterior, la Agencia Antidrogas de Estados Unidos (DEA) en un informe presentado el 4 de octubre del año 2011 ante el Congreso Estadounidense, denominado “Es Mérida Anticuado? Segunda Parte: Actualización Política de Estados Unidos de América para contrarrestar las amenazas de la Insurgencia y Narco-Terrorismo”, señala que el número de homicidios vinculados con el narcotráfico ha contabilizado un impactante y alarmante número de cerca de 43,000 muertes¹⁹³.

Aquí en México, la investigadora Beatriz Eugenia Ramírez Saavedra, nos habla de esta misma situación, señalando que la seguridad pública en nuestro país se encuentra en crisis, y ha puesto en riesgo la Seguridad Nacional, es decir, en base a la violencia y

¹⁹² Brucet Anaya, Luis Alfonso, *Del Crimen Organizado (Origen, Evolución, Situación y Configuración de la Delincuencia Organizada) en México*, México, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., 2ª Edición, 2007, p. 49

¹⁹³ Informe: *Es Mérida Anticuado? Segunda Parte: Actualización Política de Estados Unidos de América para contrarrestar las amenazas de la Insurgencia y Narco-Terrorismo*, del 04 de Octubre del 2011, de la Agencia Antidrogas de los Estados Unidos de América (DEA) rendido al Congreso de los Estados Unidos de América. Puede verse en <http://www.justice.gov/dea/speeches/html>, consultada el 29/08/2012.

criminalidad desmedidas, ha hecho que el Gobierno Federal utilice a un gran número de elementos de las Fuerzas Armadas para combatir a los cárteles de la droga y a la propia delincuencia organizada, creando una serie de expectativas, entre las que se cuestiona la propia corrupción dentro de las fuerzas armadas, y la violación de los derechos humanos, esto en base a las estadísticas de la Comisión Nacional de Derechos Humanos CNDH, como resultado de operativos realizados por dichas fuerzas militares¹⁹⁴.

Es decir, la vinculación de la corrupción con otros fenómenos delictivos, como lo son el Crimen Organizado, el Narcotráfico, el Secuestro, Tráfico de Personas, Terrorismo, Lavado de Dinero, Piratería, entre otros, es un problema que ya no solo afecta a nuestro propio país en su “corrupción doméstica”, sino que es un mal que ha rebasado fronteras “corrupción transnacional”, afectando desde luego a los países que conforman la comunidad internacional, es decir, la Globalización como un fenómeno económico se ve afectada por el crecimiento de la Corrupción, la cual está íntimamente ligada con uno de los factores que hacen posible e impulsan su propio proceso integrador, como lo es el Crimen Organizado¹⁹⁵.

VI. ESTADÍSTICAS DE CORRUPCIÓN EN MÉXICO.

La corrupción en la administración pública mexicana, no nos permite participar exitosamente en un mundo globalizado. Como punto estadístico, uno de los organismos internacionales no gubernamentales de mayor importancia en los últimos años, es Transparency Internacional, fundada por Peter Eigen después de abandonar el Banco Mundial, por observar prácticas corruptas en materia de apoyos a diversos países¹⁹⁶. Este Organismo, lleva la tarea desde 1995 de emitir una lista de “Índice de Percepción de Corrupción” a nivel mundial. Conforme al ranking de países según este índice, México en el año 2011 fue ubicado en el lugar 100 de una tabla del 1 al 182¹⁹⁷.

Por su parte, el Informe Ejecutivo 2010 del Índice Nacional de Corrupción y Buen Gobierno (INCBG) realizado por Transparencia Mexicana, en el cual se midió las experiencias y percepciones de la ciudadanía mexicana en materia de corrupción, realizada en nuestro País en dicho año, arrojo que en ese año 2010, se identificaron

¹⁹⁴ Ramírez Saavedra, Beatriz Eugenia, *La Crisis de Seguridad y la Agenda de Riesgos de Seguridad Nacional. La pérdida de la paz pública puede amenazar seguridad de la nación?*, México, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., 2010, p. 386

¹⁹⁵ Paoli Bolio, Francisco José, *Teoría del Estado*, México, Editorial Trillas, S.A. de C.V., 2009, p. 205

¹⁹⁶ Puede verse en <http://www.contralacorrupcion.org/wp-content/uploads/2008/11/estudiocorrupcionmexico>, consultada el 30/08/2012.

¹⁹⁷ Puede verse en <http://www.transparencia.org.es/indexdepercepcion2011>, consultada el 31/08/2012.

doscientos millones de actos de corrupción en el uso de servicios públicos provistos por las autoridades federal, estatales y municipales, así como concesiones y servicios administrados por particulares, y en el que la “mordida” costó a los hogares mexicanos un promedio de \$165.00 pesos, m.n.; de igual forma, para acceder o facilitar 35 trámites y servicios públicos medidos por Transparencia Mexicana, se destinaron más de \$32'000,000.00 millones de pesos en “mordidas”, siendo que los hogares mexicanos destinaron el 14% de su ingreso para este rubro; entre otros¹⁹⁸.

De igual forma, la “Encuesta de Fraude y Corrupción en México 2008” realizada por la empresa KPGM nos da resultados preocupantes, señalando que el 44% de las empresas realiza pagos extraoficiales a servidores públicos, en la proporción de nivel de gobierno siguiente: el 33% al Municipio, 26% al Estatal, 24% al Federal y un 17% a las Agencias Públicas, entendiéndose por estas, a las organizaciones o prestadores de servicios que actúan en nombre del estado, como notarías públicas, aduanas o empresas de agua o servicios¹⁹⁹.

VII. PRINCIPALES ORGANISMOS E INSTITUCIONES INTERNACIONALES ANTICORRUPCIÓN.

Existen diversos Organismos Internacionales Anticorrupción, que preocupados por la gravedad del problema de la corrupción y de los alcances de la misma, en relación a otros fenómenos delictivos, como los son el Crimen Organizado, el Lavado de Dinero o Blanqueo de Capitales, así como el Terrorismo, han celebrado convenios y acuerdos, en los que reconocen la gravedad y secuelas de la propia corrupción, los planes y estrategias para difundir su combate de manera conjunta y coordinada, a nivel Estado Nación, así como a nivel Internacional, observándose entre estos los siguientes:

1.-La Organización de Estados Americanos (OEA).-La “Convención Interamericana contra la Corrupción”, de la OEA, celebrada en Caracas, Venezuela el 29 de Marzo del año de 1996, la cual entró en vigor el 6 de marzo de 1997, es la pionera en esta materia²⁰⁰. Se trata del primer instrumento jurídico internacional en su tipo, y entre sus principios señala el reconocimiento a la trascendencia internacional de la corrupción y la necesidad de contar con un instrumento de tal carácter que promueva y facilite la cooperación entre los países para combatirla, estando dentro de sus labores, las de intercambiar experiencias y

¹⁹⁸ Información visible en <http://www.transparenciamexicana.org.mx/ENCBG/>, consultada el 31/08/2012.

¹⁹⁹ Puede verse en www.kpmg.com/MX/es/.../DE2008/reporteFRAUDE.pdf, consultada el 31/08/2012.

²⁰⁰ Puede verse en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>, consultada el 04/09/2012.

mejores prácticas en el combate a la corrupción, la creación de marcos jurídicos que garanticen la rendición de cuentas y transparencia en la gestión pública, así como la adopción de políticas públicas tendientes a la participación de la sociedad en la lucha contra la propia corrupción. Dentro de los objetivos de la Convención están también, promover y fortalecer el desarrollo por parte de cada uno de los Estados que la conforman, la implementación de mecanismos y estrategias necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, así como promover, facilitar y regular la cooperación entre los propios Estados, para asegurar la eficacia de las medidas y acciones que se acuerden contra el combate de la corrupción.

2.-Las Naciones Unidas.-a).-La “Convención Contra el Crimen Organizado Transnacional” llamada (Convención de Palermo) del 15 de Noviembre del año 2000²⁰¹. Su finalidad es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional, esto basado en el ámbito de aplicación de la misma, en la protección de la Soberanía, en la Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado, en la Penalización del blanqueo del producto del delito y de la corrupción, en las medidas para combatir el blanqueo de dinero y la corrupción, en la Responsabilidad de las personas jurídicas, en cuestiones del Proceso, fallo y sanciones, en el Decomiso e incautación, en la Cooperación internacional para fines de decomiso, así como en la Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados, en temas de Extradición, Asistencia judicial recíproca, y en investigaciones conjuntas, entre otros temas. La Convención tiene la peculiaridad en el marco de la delincuencia organizada y el lavado de activos, que prevé la necesidad de penalizar los actos de corrupción realizados por los funcionarios públicos nacionales (arts. 8 y 9); b).-La “Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción”, llamada (*Convención de Mérida*) y/o (*Convención Anticorrupción de la ONU*), celebrada en esta Ciudad de Mérida, Yucatán, México²⁰², el 09 de Diciembre del año 2003, en la cual los Países integrantes de las Naciones Unidas se reunieron para promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir de manera eficaz y eficientemente la corrupción, esto mediante medidas y acciones como las de promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluyendo en este rubro, la cuestión de la recuperación de fondos o activos involucrados en dichos actos ilícitos. De igual manera se contempla una

²⁰¹ Consúltase en: <http://www.undoc.org/documents/peruandecuador//Publicaciones.tocebook.pdf>, consultada el 04/09/2012.

²⁰² Puede consultarse en: http://www.undoc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Conventio/04-56163_S.pdf, consultada el 07/09/2012.

serie de acciones y políticas tendientes a alcanzar un compromiso y obligación de rendir cuentas, una correcta gestión de los asuntos, negocios y bienes públicos, y en especial, una nueva cultura en lo referente a todo lo relacionado con la prevención, investigación y enjuiciamiento de las personas y bienes relacionados con la corrupción, así como el embargo preventivo, incautación, decomiso y restitución en su caso del producto de delitos tipificados conforme a dicha Convención.

3.-La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).-La “Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”, llamada “*Convención Anti-Cohecho*”²⁰³, se firmó en el año de 1997 y entró en vigor el 26 de julio de 1999. La Convención es un acuerdo internacional a través del cual los países que forman parte, establecen medidas para disuadir, prevenir y penalizar a las personas y a las empresas que prometan, den o encubran gratificaciones a funcionarios públicos extranjeros que participan en transacciones comerciales internacionales. Esta convención busca prevenir la comisión de actos de cohecho en operaciones o transacciones comerciales internacionales de sus países miembros, promoviendo preventivamente, el establecimiento e imposición de sanciones a los servidores públicos, personas, empresas y profesionistas que encubran o participen en dichos actos, así como la propia definición del delito de cohecho, su jurisdicción, las disposiciones y organización de la cooperación bajo la que operaran, en cuestiones de apoyo y extradición, declarando igualmente ilegal el pago de sobornos para la obtención de asuntos o negocios internacionales.

4.-El Consejo Europeo.-a).-La “Convención de Derecho Penal contra la Corrupción” (Estrasburgo 27/Enero/1999)²⁰⁴. Este convenio tiene por objeto la persecución penal de los actos de corrupción y el fomento de la cooperación internacional. El 27 de Enero de 1999 el Comité de Ministros del Consejo Europeo abrió a la firma el Convenio que es además el primer instrumento europeo jurídicamente contra la corrupción. En su primer enfoque abarca todo lo relacionado con la Represión de los Actos de corrupción, como son los hechos punibles, sanciones, jurisdicción, declaraciones y reservas. Después se centra en el tema de la Detección de los Actos de Corrupción, la Cooperación internacional y la Supervisión del propio Convenio; b).-La “Convención de Derecho Civil

²⁰³ Véase en: <http://www.cgu.gov.br/conferenciabrocde/archivos/Espanol-Convencion-Combatir-Cohecho-Servidores-Publicos-Extranjeros.pdf>, consultada el 07/09/2012.

²⁰⁴ Puede verse en: http://polis.osce.org/library/details?doc_id=2681&lang=es&_ru=%2Flibrary%2Fdetails.php%3D2658%26lang%3Des, consultada el 10/09/2012.

contra la Corrupción” (Estrasburgo 27/Enero/1999)²⁰⁵, con su protocolo adicional de (04/noviembre/1999). Como una preocupación de buscar una compensación para las personas que han sufrido las consecuencias de la corrupción, se aprobó este Convenio, el cual se refiere a la protección de las víctimas de la corrupción; c).-El “Grupo de Estados contra la Corrupción” (GRECO)²⁰⁶. Tiene su sede en Estrasburgo y fue creado en 1999 por el Consejo de Europa para supervisar el cumplimiento por los Estados con la organización anti-corrupción de las normas. Tiene como objetivo mejorar la capacidad de sus integrantes en la lucha contra la corrupción, esto vigilando su cumplimiento con el propio Consejo y a través de procedimientos de evaluación continua, analizando las fallas en la lucha contra la corrupción, las políticas nacionales, las medidas legislativas aplicadas en torno a este problema. En la actualidad, el GRECO está compuesto por 48 Estados miembros (47 Estados de Europa y los Estados Unidos de América).

5.-La Unión Europea.-El “Convenio Relativo a la Protección de Intereses Financieros de las Comunidades Europeas” (Bruselas 26/07/1995)²⁰⁷. En este convenio se establece la lucha contra el fraude en perjuicio de los intereses financieros de la Comunidad Europea, y señala que tanto lo relacionado en materia de gastos como de ingresos, debe ser objeto de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias en cada Estado integrante de la comunidad. Se plasman las estrategias y medidas que deben adoptar los Estados miembros para garantizar que estos actos ilícitos y sus implicaciones, sean objeto de sanciones penales efectivas, recomendando inclusive, en caso de fraude grave, dichas medidas deben suponer penas de prisión y la posibilidad de extradición. Asimismo contempla que cuando un fraude afecta al menos a dos Estados miembros, estos cooperarán de manera efectiva en la investigación, en las diligencias judiciales y en la ejecución de la sanción pronunciada, mediante la asistencia judicial mutua, la extradición, la transmisión de las diligencias o la ejecución de las sentencias dictadas en otro Estado miembro; b).-El “Convenio Relativo a la Luchas de los Actos de Corrupción en que están Implicados Funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea” (Bruselas 26/05/1997)²⁰⁸. Como una medida contra la corrupción en la

²⁰⁵ Véase en: <http://www.boe.es/boe/dias/2010/03/31/pdfs/BOE-A-2010-5259.pdf>, consultada el 10/09/2012

²⁰⁶ Consúltase en: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2008\)3_Spain_One_Es.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2008)3_Spain_One_Es.pdf), consultada el 10/09/2012.

²⁰⁷ Puede verse en: http://europa.eu/lesgislation_summaries/fight_against_fraud/protecting_european_communitys_financial_interests/l33019_es.htm, consultada el 10/09/2012.

²⁰⁸ Véase en:

que puedan estar implicados los funcionarios de la comunidad europea, se establece que cada Estado tomara medidas para que los comportamientos que constituyen actos de corrupción pasiva o activa cometidos por funcionarios sean sancionables penalmente, garantizando que esos actos y sus propias implicaciones sean objeto de sanciones penales, recomendando inclusive penas privativas de libertad que pudieran dar lugar a extradición. Este Convenio entró en vigor el 28 de septiembre de 2005; c).-La “Decisión Marco 2003/568/JAI” sobre corrupción en el sector privado (Bruselas 22/07/2003); d).-La “Decisión 2008/852/JAI” relativa a red de puntos de contacto contra la corrupción (Bruselas 24/10/2008); e).-La “Directiva 2005/60/CE” relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para financiación del terrorismo (Bruselas 26/10/2005)

6.-La Unión Africana.-Con la “Convención para Prevenir y Combatir la Corrupción” (Maputo 11/07/2003)²⁰⁹.

VIII. RECUPERACIÓN DE ACTIVOS.

Como una medida para el combate a la corrupción, a nivel internacional, se han realizado estrategias y acciones en materia de recuperación de fondos o activos provenientes de la corrupción. Este tema fue tratado por primera vez en las Naciones Unidas en su Asamblea General celebrada en el mes de Diciembre del año 2000, bajo la resolución 55/188, y en la que se plasmó la necesidad de elaborar instrumentos que permitiesen evitar y combatir la transferencia ilícita de fondos y en su caso, contemplar la repatriación a los países de origen, de los fondos transferidos ilícitamente. Dentro de los grupos y organizaciones que se encargan del combate a la corrupción en el rubro de devolución de fondos o activos y lavado de dinero o blanqueo de capitales se encuentran el Grupo del Banco Mundial, el Grupo de los Ocho, el Grupo de Acción Financiera, el Grupo Egmont, el Consejo de Cooperación Aduanera (Organización Mundial de Aduanas), el Grupo de Asia y el Pacífico, el Grupo de Acción Financiera del Caribe, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la Organización de los Estados Americanos, el Grupo contra el blanqueo de dinero de África oriental y meridional, el Comité Especial de Expertos sobre evaluación de medidas contra el blanqueo de dinero del Consejo de

http://europa.legislation_summaries.fight_against_fraud/fight_against_corruption/l33027_es.htm, consultada el 11/09/2012.

²⁰⁹ Consúltense en:

http://www.apminebanconvention.org/fileadmin/pdf/other_languages/spanish/MBC/MSP/1MSP/Maputo_declaration_sp.pdf, consultada el 11/09/2012.

Europa entre otras. Bajo este concepto es importante mencionar la posición de Suiza, como el primer país del mundo en llevar a cabo una política de restitución de fondos de dictadores con cuentas en esa Nación, mismos fondos o activos que son bloqueados y posteriormente restituidos a su país de origen.

Entre los casos más relevantes, están los de los siguientes dictadores:

1.-Vladimiro Lenin Montesinos Torres, Jefe de facto del Servicio de Inteligencia Nacional del Perú y asesor presidencial de la dictadura que presidió el japonés Alberto Kenyo Fujimori, con 107 millones de dólares, de los cuales 77 millones ya han sido devueltos a su país de origen.

2.-Mobutu Sesé Seko(Joseph-Désiré Mobutu), Dictador del Zaire, actual República Democrática del Congo, con 7.7 millones de dólares, en trámite de devolución a su país de origen.

3.-Sani Abacha, Político y General, fue el décimo Presidente de Nigeria entre 1993 y 1998, con 700 millones de dólares, de los cuales solo quedaba 7 por ser devueltos. El Banco Mundial informo que de 500 millones restituidos a Nigeria, estaban siendo utilizados en la creación de infraestructura y acción social.

4.-José Eduardo Dos Santos, 2º Presidente de Angola, con 100 millones de dólares, bloqueados.

5.-Jean Claude-Duvalier, llamado Bébé Doc, fue Presidente vitalicio y dictador de Haití entre 1971 a 1986, siendo el Jefe de Estado más joven de la historia moderna, asumiendo el poder con sólo 19 años de edad, con 5.7 millones de dólares, bloqueados.

6.-Benazir Bhutto, Política paquistaní, se convirtió en la primera mujer dirigente del mundo musulmán, al ser elegida Primera Ministra de la República de Pakistán en 1988, año en el que también contrajo matrimonio con el terrateniente Asif Alí Zardari. Dos años más tarde fue destituida, acusada de corrupción, despotismo e ineficacia política, entre 50 y 80 millones de dólares bloqueados.

7.-Nursultán Nazarbáyev, Presidente de Kazajistán, con 200 millones de dólares bloqueados.

8.-Ferdinand Edralin Marcos, Abogado y Político, fue Presidente de Filipinas entre 1965 y 1986, con 1,039 millones de dólares, de ellos 356 bloqueados y se han devuelto 683 millones²¹⁰.

²¹⁰ Fabián Caparrós, Eduardo A., en su cátedra de Corrupción y Blanqueo de Capitales de Derecho Penal, *Op. Cit.*

CONCLUSIONES.

La Corrupción es hoy en día uno de los males que afecta tanto a nuestro país como a la comunidad Internacional, no respetando gobiernos, clases sociales, colores, ni política alguna. En un mundo globalizado, este mal, ha crecido de manera alarmante, trascendiendo sus fronteras, al igual que sus fuentes principales de alimentación, el crimen organizado y el lavado de dinero. México presenta hoy en día, uno de sus peores momentos de corrupción, tal y como diversos indicadores lo han evidenciado, esto aunado, a la pública e internacionalmente conocida guerra entre las diversas organizaciones criminales que operan en nuestro país. Existen diversas instituciones y organismos anticorrupción internacionales, de los que México forma parte, y en los que se han planteado estrategias y acciones para combatir este mal, lineamientos que nuestro país han implementado en la medida de sus posibilidades, sin embargo, hace falta mucho por hacer, para poder tener un efectivo frente ante este dañino mal, empezando, con nuestra propia legislación en materia penal anticorrupción, en la que se plasmen penas más severas por la comisión de ese tipo de conductas ilícitas.

FUENTES DE INFORMACIÓN.

- BRIOSCHI, Carlo Alberto, “Breve Historia de la Corrupción. De la Antigüedad a Nuestros Días”, Editorial Santillana Ediciones Generales, S.L., Traductor Juan Ramón Azaola, España, 2010.
- BRUCET ANAYA, Luis Alonso, “El Crimen Organizado (Origen, Evolución, Situación y Configuración de la Delincuencia Organizada) en México”, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2007.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, 19ª Edición, Editorial Heliasta, S.R.L., Argentina, 2008.
- CÁRDENAS, Jaime y Mijangos, María de la Luz, “Estado de Derecho y Corrupción”, Edit. Porrúa, S.A. de C.V. y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. y Pérez Cepeda, Ana Isabel (Coordinadores), “Estudios Sobre Corrupción”, Editorial Ratio Legis Librería Jurídica, España, 2010.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David y Santoyo Castro, E. Alejandro, “Crimen Organizado. Realidad Jurídica y Herramientas de Investigación”, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2010.
- MALEM SEÑA, Jorge F., “Las Corrupción. Aspectos Éticos, Económicos, Políticos y Jurídicos”, Editorial Gedisa, S.A., España, 2002.

- PAOLI BOLIO, Francisco José, "Teoría del Estado", Editorial Trillas, S.A. de C.V., México, 2009.
- RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz Eugenia, "La Crisis de Seguridad y la Agenda de Riesgos de Seguridad Nacional. ¿La pérdida de la paz pública puede amenazar la seguridad de la nación?", Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2010.
- REZZOAGLI, Bruno Ariel (Coordinador), "Análisis Jurídico, Económico de la Corrupción", Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2005.
- SOLIMANO, Andrés, Tanzi, Vito y Del Solar, Felipe, "Las Termitas del Estado. Ensayos sobre Corrupción, Transparencia y Desarrollo", Editorial Fondo de Cultura Económica Chile, S.A. y Centro Internacional de Globalización y Desarrollo, Chile, 2008.
- TODARELLO, Guillermo Ariel, "Corrupción Administrativa y Enriquecimiento Ilícito", Editoriales del Puerto, S.R.L., Argentina, 2008.
- VALLETA, María Laura, "Diccionario Jurídico", Editorial Valleta Ediciones, S.R.L, 4ª Edición, Argentina, 2006.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel, "Ética Pública y Corrupción: Curso de Ética Administrativa", Editorial Tecnos(Grupo Anaya, S.A.) y Universidad Pompeu Fabra, España, 2000.

DIRECCIONES ELECTRÓNICAS (INTERNET).

- <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>.
- <http://www.funcionpublica.gob.mx/images/doctos/PROGRAMAS/pnrctcc/espanol.pdf>.
- http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hammurabi.
- <http://gestiopolis.com/recursos2/documentos/fulldocs/ger/administracionjpa-1.htm>.
- http://es.wikisource.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hamurabi:_Leyes_1_a_50.
- <http://www.justice.gov/dea/speeches/html>.
- <http://www.contralacorrupcion.org/wp-content/uploads/2008/11/estudiocorrupcionmexico>.
- <http://www.transparencia.org.es/indicepercepcion2011>.
- <http://www.transparenciamexicana.org.mx/ENCBG/>.
- www.kpmg.com/MX/es/.../DE2008/reporteFRAUDE.pdf.
- <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>.
- <http://www.undoc.org/documents/peruandecuador//Publicaciones.tocebook.pdf>.
- http://www.undoc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Conventio/04-56163_S.pdf.
- <http://www.cgu.gov.br/conferenciabrocde/archivos/Espanol-Convencion-Combati-Cohecho-Servidores-Publicos-Extranjeros.pdf>.
- http://polis.osce.org/library/details?doc_id=2681&lang=es&ru=%2Flibrary%2Fdetails.php%3D2658%26lang%3Des.
- <http://www.boe.es/boe/dias/2010/03/31/pdfs/BOE-A-2010-5259.pdf>.
- [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2008\)3_Spain_One_Es.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2008)3_Spain_One_Es.pdf).
- http://europa.eu/lesgislation_summaries/fight_against_fraud/protecting_european_communitys_financial_interests/l33019_es.htm.

http://europa.legislation_summaries.fiqth_against_fraud/fiqth_against_corruption/l33027_es.htm.
http://www.apminebanconvention.org/fileadmin/pdf/other_languages/spanish/MBC/MSP/1MSP/Maputo_declaration_sp.pdf.

Crónica Jurídica Anáhuac

El verdadero conocimiento se logra a través del entendimiento.

MAYABMUN 2012

Julia Amanda DÍAZ AGUILAR²¹¹

En la actualidad, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se acerca más a los ciudadanos y no solamente a los expertos y políticos. Los Modelos de las Naciones Unidas son una oportunidad para que todos nosotros formemos parte de las transformaciones políticas y económicas de la esfera internacional. La información, el estudio de los fenómenos internacionales, el análisis y el debate son elementos indispensables para entender adecuadamente los cambios que experimenta la sociedad, y a su vez, representan herramientas valiosas para colaborar, tomar decisiones, fijar objetivos y principalmente, para generar y expandir el conocimiento.

La simulación de organismos internacionales comenzó desde antes del nacimiento de la ONU, cuando se hizo una serie de Modelos de la Liga de las Naciones en la década de 1920. Hoy en día, es una actividad global, en la que participan más de 200,000 estudiantes de preparatoria y universidad al año. Muchos de los líderes mundiales en política y administración pública, han participado en Modelos en el transcurso de su formación académica.

Un Modelo de Naciones Unidas es un evento educativo y cultural en el que se representa el Sistema de Naciones Unidas. Cada alumno elige ser el representante de un Estado Miembro de la Organización ante un comité en el que se debaten temas que están en la agenda internacional. Esta actividad impulsa a los jóvenes a conocer las preocupaciones y esperanzas de la sociedad en las diferentes regiones del mundo, presentando propuestas para mejorar la vida de la comunidad internacional.

De igual manera, esta actividad inspira a los jóvenes para que se sumerjan por completo dentro de la cultura del país elegido, comprendiendo sus fortalezas y debilidades; obteniendo conocimiento sobre problemas de política internacional vigentes,

²¹¹ Maestra en Derecho de la Unión Europea y Maestra en Derecho Empresarial. Profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab. julia.diaz@anahuac.mx

alcanzando un dominio total sobre los mismos, y ofreciendo soluciones alternativas; adquieran pleno sentido del funcionamiento de los diversos órganos de las Naciones Unidas a través del protagonismo activo en las Asambleas, pero también por medio de la investigación; aprendiendo a debatir de acuerdo a un protocolo establecido, en este caso el de las Naciones Unidas, el cual es común en todos los sistemas parlamentarios, y en los foros más sobresalientes del mundo; ejerciten habilidades de negociación, introduciéndose al mundo de la diplomacia y las relaciones internacionales; y lo más importante, que lleguen a la conclusión de que el verdadero conocimiento se logra a través del entendimiento.

La idea de efectuar un evento de esta naturaleza en la Universidad Anáhuac Mayab ya estaba latente en la Facultad de Derecho y fue en 2004 que se tomó la iniciativa para desarrollarlo, el proyecto lleva por nombre MAYABMUN, vocablo apócope de **Unimayab Model United Nations**.

Como es común en todo Modelo, el Comité Organizador del MAYABMUN se formó por una sinergia de alumnos y docentes. Las acciones que se tomaron para encaminar este proyecto fueron de acuerdo con un Plan Estratégico desarrollado específicamente para llevar paso a paso las etapas organizativas.

En octubre de 2004, se creó el Equipo de Debates Modelo Naciones Unidas, que contó con gran asistencia de alumnos de todas las carreras de nuestra universidad. Dentro de este grupo que se reunió periódicamente, se llevaron a cabo debates con apego a los reglamentos y protocolo de la ONU. Adicionalmente, sirvió de instrumento para que los alumnos que pretendían participar en MAYABMUN desplegaran sus habilidades de investigación, negociación y diplomacia. El Equipo de Debates finalizó sus actividades en enero de 2005 con la impartición de un taller de oratoria para los integrantes. Al iniciar el primer semestre del 2005, la organización del MAYABMUN comenzó una nueva etapa, llegándose la hora de tomar muchas decisiones y de determinar cada detalle de lo que se debía hacer para que este proyecto culminara con éxito. Se reinició el semestre con una gran disposición para realizar nuestros planes, y con la firme intención de conducir a buen fin este gran proyecto que rendiría importantes frutos para nuestra institución.

Con este proceso enriquecedor buscamos cumplir con los objetivos ya mencionados, pero sobre todo, la intención de vivir y sentir la experiencia de un Modelo de las Naciones Unidas.

Desde el 2005 hasta el presente año, se cuenta con el aval del CINU (Centro de Información de las Naciones Unidas en México), y los participantes son alumnos de universidades y preparatorias del sureste del país: Yucatán, Campeche, Quintana Roo, Tabasco y Chiapas, además de la totalidad de nuestras universidades hermanas Anáhuac.

En la Ceremonia de inauguración asisten los cónsules de carrera y honorarios acreditados en el sureste, el Delegado de la Secretaría de Relaciones Exteriores en Yucatán, y después de escuchar al Conferencista invitado se ofrece un brindis en el cual autoridades de la Universidad y los estudiantes conviven con los diplomáticos.

El MAYABMUN 2012, celebrado del 30 de octubre al 1° de noviembre, no fue la excepción, pues participaron 250 alumnos que abordaron los importantes temas de: Desempleo como amenaza mundial; la intervención de los niños en conflictos armados; la Explotación sexual comercial infantil; Ganadería: amenazas al medio ambiente, abasto alimentario y salud humana; Protocolo de Kioto: bonos de carbono como incentivo empresarial; la represión de la labor periodística como una violación a la libertad de expresión; los Castigos corporales en las escuelas, entre otros.

Las Naciones Unidas no detendrán todos los conflictos en el mundo, pero ciertamente contribuye a enfrentarlos mejor y con el papel de liderazgo positivo de los jóvenes que participan en esta actividad, contribuimos para seguir por el buen camino.

Trascendencia de los Procesos de Acreditación de los Programas de Estudios de la Licenciatura en Derecho.

María Cristina BURGOS MONTES DE OCA²¹²

Egresados de Derecho son el fiel testimonio de la capacidad académica de excelencia al insertarse en las fuerzas laborales, competencias garantizadas por las Instituciones Educativas acreditadas ante CONFEDE.

El Derecho como ciencia, estudia la disciplina social bajo un método y fin práctico, por lo que constantemente se encuentra sujeto a modificaciones en cuanto a su estructura, esto sucede como consecuencia de los cambios en la sociedad que al evolucionar de conformidad con las necesidades que demanda día a día, exige forzosamente ser congruente con el establecimiento y cumplimiento a las normas vigentes que regulan la conducta del hombre dentro de la Sociedad, por ello las Instituciones Educativas de Educación Superior que se avocan a la impartición de la Licenciatura en Derecho, tienen un gran compromiso para con la sociedad consistente en formar futuros Licenciados en Derecho y/o Abogados según corresponda, con una preparación profesional, que les permita eficazmente atender a la diversidad de conflictos que se presentan en la sociedad, ser juristas de avanzada, preocupados en ser prototipos serios y formales del investigador de la realidad social .

Para tal efecto, desde hace algunos años, las Universidades, Escuelas, Facultades y Departamentos de Derecho de México se han interesado y ocupado en verificar que los programas de estudios que comprenden la malla curricular de la Licenciatura en Derecho, se ajusten a los estándares de calidad que diversos organismos han establecido para ello, por lo que debe reconocerse la importancia de estos institutos como pilares en los procesos de certificación: el Consejo Nacional para la Acreditación de la Educación Superior en Derecho, A. C. (CONFEDE) y el Consejo para la Acreditación de la Educación Superior, A. C. (COPAES), siendo el primero de los nombrados al que hoy en día la

²¹² Profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab. Coordinadora del Proceso de Acreditación 2007 y del Proceso de Re-acreditación 2012 ante CONFEDE. cristina.burgos@anahuac.mx

Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, se ha acreditado desde el año 2007, habiendo obtenido la **acreditación Lisa y Llana de su programa de estudios**.

El objetivo general de todo proceso de acreditación, tal y como señala CONFED, es el de “Evaluar y acreditar la calidad y pertinencia de los programas académicos de las IES que imparten estudios en derecho, respecto a la congruencia entre sus definiciones y objetivos institucionales con su operación, considerando los estándares de calidad nacionales e internacionales...”²¹³

De lo anterior, resulta evidente que los procesos de acreditación de los Programas de Estudios establecidos por el organismo antes mencionado, son la herramienta perfecta para verificar el cabal cumplimiento de la pertinencia de los programas de estudios de derecho con las necesidades del mundo actual.

Cabe destacar, que en el año 2006 la Facultad de Derecho de la entonces Universidad del Mayab, S. C., se incorpora a la Asociación Nacional de Facultades, Escuelas de Derecho, Departamentos de Derecho e Institutos de Investigación Jurídica, A. C. (ANFADE)²¹⁴ como parte de la Circunscripción No. 11, y de ahí dio inicio por conducto de su organismo certificador (CONFED), al análisis o autoevaluación de los estándares académicos ofrecidos a la comunidad universitaria y es en el mes de noviembre del año 2007, que obtiene la acreditación correspondiente, habiendo cumplido con todos los procesos y procedimientos establecidos por CONFED.

La acreditación del Programa de Estudios obtenida tiene una vigencia de 5 años, por lo que hoy en día, la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, se encuentra en el proceso de Re-Acreditación de su programa de Estudios, destacando la importancia de este proceso, toda vez que no solamente se reiterará la congruencia y pertinencia del programa de estudios 2004 sino que se incluirá el Plan de Estudios 2010 (en vigor) para su análisis correspondiente, lo que refrendará los reconocimientos obtenidos años atrás al haber sido señalada como **la Primera Facultad de Derecho del Sureste en obtener la Acreditación de su Programa de Estudios y la Primera Facultad de Derecho de la Red de Universidades Anáhuac**.

Estos procesos de certificación o acreditación de programas de estudios, no solamente están establecidos a nivel nacional por conducto de las organizaciones citadas con anterioridad, sino también a nivel internacional se ha permeado la trascendencia del tema, por lo que en el año 2008 la Facultad de Derecho de nuestra casa de estudios, se

²¹³ <http://www.confede.org.mx/> Documento recuperado el 19 de Noviembre de 2012.

²¹⁴ <http://www.anfade.org.mx/docs/Institucionesafiliadas2012.pdf> Documento recuperado el 19 de Noviembre de 2012.

incorpora a la Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho de América Latina (AFEIDAL), como órgano garante de la superación de la calidad de la enseñanza del Derecho y de la Investigación de las Ciencias Jurídicas en Latinoamérica y el Caribe, organización que como resultado de los congresos internacionales verificados en los años del 2007 al 2009, constituyó el denominado “Instituto Internacional de Acreditación del Derecho, AC. (IIDEA)”²¹⁵, en donde a nivel internacional se establecieron las herramientas con las cuales las Instituciones Educativas impartidoras del Derecho, podrán solicitar el proceso que les otorgue la acreditación internacional.

Habiendo señalado las asociaciones nacionales e internacionales acreditadas y reconocidas por la Secretaría de Educación Pública para la realización de tan importantes procesos de acreditación, se presenta al lector un panorama general de la información que se requiere para el inicio de los mismos:

- a) El proceso de acreditación inicia a petición de la Institución Educativa impartidora del Programa de Estudios de la Licenciatura en Derecho interesada, por conducto de la solicitud por escrito a la Acreditadora.
- b) La Institución Educativa y la Acreditadora firman un contrato de prestación de servicios y ésta última realiza el pago del derecho correspondiente a la acreditación.
- c) La IE procederá a la realización del autoestudio de su programa académico procurando verificar las cualidades, cantidades, actividades, organización, insumos, procesos, funcionamiento general, resultados y alcance de objetivos y metas del mismo.
- d) La Acreditadora integrará un Comité de Visitadores, conformado por tres académicos designados por dicha asociación, quienes con base al autoestudio proporcionado por la IE, realizarán una valoración integral del programa mediante una revisión documental y posterior visita a la Institución.
- e) Habiéndose efectuado la visita del Comité de Visitadores, éstos elaborarán y entregarán un informe de resultados de la visita al Comité Técnico Evaluador.
- f) El Comité Técnico Evaluador es un grupo de académicos colegiado, encargado de dictaminar y emitir los resultados del informe. Las categorías del dictamen son: Acreditado; y No Acreditado.

²¹⁵ <http://www.confede.org.mx/component/content/article/34-confede/83-iidea-instituto-internacional-de-acreditacion-del-derecho-a-c.html> Documento recuperado el 19 de Noviembre de 2012.

- g) La acreditación otorgada por las Acreditadoras las Instituciones Educativas de Educación Superior tiene una vigencia de 5 cinco años, alcanzando tal categoría por contar con calidad y pertinencia en los programas de estudios de la Licenciatura en Derecho.
- h) Las Instituciones de Educación Superior que adquieran la categoría No Acreditado, será por no cumplir con los requisitos mínimos esenciales establecidos podrán iniciar de nueva cuenta el proceso siempre y cuando haya transcurrido el tiempo que pactaron para tal efecto y hayan cumplido con las recomendaciones hechas.
- i) De igual manera, y sólo para el caso de que la Institución Educativa no se encuentre conforme con el dictamen emitido, podrá hacer uso de un mecanismo de revisión establecido para tal efecto por la Acreditadora ante la que se haya presentado la solicitud correspondiente.

En conclusión, considerando la existencia de un sinnúmero de escuelas que proporcionan estudios educativos profesionales para el ejercicio del Derecho, en las que únicamente procuran dotar a sus estudiantes de conocimientos prácticos sin fundamentos legales ni mucho menos profundidad en cuanto a las cátedras que imparten, es de vital importancia que las Universidades, Escuelas y Facultades que ofrecen la Licenciatura en Derecho, cumplan con los estándares de calidad acordados en los procesos de acreditación o certificación de sus propios programas de estudios para en primera instancia se reconozca públicamente la calidad que prometen en sus Instituciones Educativas, así como también para impulsar su mejora continua, logrando que la malla curricular que estructura los programas académicos para la formación del Licenciado en Derecho, alcance los parámetros de calidad nacionales e internacionales que se requieran y para contribuir a la disposición de recursos suficientes y de los mecanismos idóneos para asegurar la realización de dichos propósitos, siendo congruentes con su misión y visión para el servicio de la sociedad.