

CIENCIA JURÍDICA

DIVISIÓN DE DERECHO, POLÍTICA *y* GOBIERNO
DEPARTAMENTO DE DERECHO
CAMPUS GUANAJUATO
AÑO 1, NÚMERO 2

UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO

José Manuel Cabrera Sixto

Rector General

Manuel Vidaurri Aréchiga

Secretario General

Rosa Alicia Pérez Luque

Secretaria Académica

Luis Felipe Guerrero Agripino

Rector del Campus Guanajuato

Teresita Rendón Huerta Barrera

Directora de la División de Derecho, Política y Gobierno

Antonio González Arroyo

Director del Departamento de Derecho

José Cervantes Herrera

Secretario Académico de la División de Derecho, Política y Gobierno



CIENCIA JURÍDICA
DEPARTAMENTO DE DERECHO
DIVISIÓN DE DERECHO, POLÍTICA y GOBIENO
CAMPUS GUANAJUATO
AÑO 1, NÚMERO 2



COMITÉ CIENTÍFICO

Manuel Atienza Rodríguez

(Universidad de Alicante)

Luis Arroyo Zapatero

(Universidad de Castilla-La Mancha)

Irina Contreras Bravo

(Universidad Autónoma de Nayarit)

Sergio J. Cuarezma Terán

(Centro de Estudio e Investigación Jurídica, Nicaragua)

Ma. Paula Díaz Pita

(Universidad de Sevilla)

Carlos Espluges Mota

(Universidad de Valencia)

Jorge Fernández Ruiz

(Universidad Nacional Autónoma de México)

Juan Carlos Ferré Olivé

(Universidad de Huelva)

Sergio García Ramírez

(Universidad Nacional Autónoma de México)

Marcos Pablo Moloensnik Gruer

(Universidad de Guadalajara)

Francisco Muñoz Conde

(Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)

Miguel Ontiveros Alonso

(Instituto Nacional de Ciencias Penales)

Ángel Guillermo Ruíz Moreno

(Universidad de Guadalajara)

Oscar Javier Solorio Pérez

(Universidad de Colima)

Juan Antonio Travieso

(Universidad de Buenos Aires)

Diego Valadez Ríos

(Universidad Nacional Autónoma de México)

Rosario Valpuesta Fernández

(Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)

COMITÉ DE REDACCIÓN

José Cervantes Herrera (Universidad de Guanajuato)

Luis Felipe Guerrero Agripino (Universidad de Guanajuato)

Teresita Rondón Huerta Barrera (Universidad de Guanajuato)

Julio César Kala (Universidad de Guanajuato)

Pedro López Ríos (Universidad de Guanajuato)

Manuel Vidaurri Aréchiga (Universidad de Guanajuato)

Ciencia Jurídica, año 1, núm.2, julio-diciembre 2012, es una publicación semestral, arbitrada y de investigación académica especializada, editada y distribuida por Universidad de Guanajuato, Lascuráin de Retana núm. 5, Zona Centro, C.P. 36000, Guanajuato, Gto., a través del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno. Dirección de la publicación: Lascuráin de Retana núm. 5, 3er. piso. Zona Centro, C.P. 36000, Guanajuato, Gto., Tel. (01) 473 73 20006, ext. 3099. www.cienciajuridica.ugto.mx Editor Responsable: Manuel Vidaurri Aréchiga. Producción: División de Derecho, Política y Gobierno. Diseño de Portada: Adriana Chagoyán. Formación: Jessica Rosalía Velázquez Sierra y Jorge León Soto. Corrección: Comité de Investigación. Apoyo en corrección: Tania Elsa Reyes Reyes. Certificado de Reserva de Derechos al uso exclusivo 04-2011-121317085700-102 de fecha 13 de diciembre de 2011, ISSN: 2007-3577, ambos otorgados por la Dirección de Reservas de Derechos del Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título y Contenido en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobierno. Impresa en linotipografía Dávalos hermanos, S.A. de C.V., paseo del moral no. 117, colonia Jardines del Moral, C.P. 37160, León, Gto., México., éste número se terminó de imprimir el 21 de febrero de 2013, con un tiraje de 500 ejemplares.

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

CIENCIA JURÍDICA
DEPARTAMENTO DE DERECHO
DIVISIÓN DE DERECHO, POLÍTICA y GOBIERNO
CAMPUS GUANAJUATO

AÑO 1, NÚMERO 2

ÍNDICE

Presentación	
<i>Teresita Rendón Huerta Barrera</i>	7

ARTÍCULOS

Breve reseña histórica y conceptual de la prisión	
<i>Herlinda Enríquez Rubio Hernández</i>	11

Crisis del Derecho penal burgués (Un examen al carácter de clase del Estado de Derecho)	
<i>Oscar A. Fernández O.</i>	29

El ejercicio de la libertad y la aptitud para decidir de las personas reclusas en una prisión	
<i>Maximiliano Hernández Cuevas</i>	45

El diseño de la jurisdicción contencioso-administrativa en México, sustentada sobre una concepción civilista	
<i>Pedro López Ríos</i>	51

Discrepancia en la clasificación de costos en la industria de la construcción: un estudio comparativo entre el reglamento de la Ley de Obra Pública y servicios relacionados con la misma para el Estado y los municipios de Guanajuato y las normas de información financiera.	
<i>Eva Lozano Montero</i>	63

Seguridad ciudadana (Hacia una radiografía de la seguridad subjetiva en Guadalajara)	
<i>Marcos Pablo Moloeznik</i>	83

Las relaciones fiscales intergubernamentales Una aproximación al contexto jurídico de la tributación local en México <i>Gloria Plascencia</i>	107
Sustantividad jurídica de la pretensión en el código de procedimiento y justicia administrativa para el estado y los municipios de Guanajuato <i>Teresita Rendón Huerta Barrera</i>	127
Globalización y posmodernidad en los derechos humanos <i>Carlos Salvador Rodríguez Camarena</i>	137
El Derecho a la Autonomía de los Pueblos Indígenas de México: Una aproximación desde los Derechos Humanos <i>José Jesús Soriano Flores</i>	159
Facultad de resolver controversias de límites Territoriales entre entidades federativas. La inconveniencia de la Reforma Constitucional de los artículos 46, 73, 76 y 105 de la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos del año 2005 <i>Vicente Vázquez Bustos</i>	171
RESEÑA	
Sobre guía temática de filosofía del derecho de Eugenio Trueba Olivares. Lo esencial del Derecho <i>Jesús Antonio de la Torre Rangel</i>	195
Criterios Editoriales.....	199

PRESENTACIÓN

Una de las funciones inmanentes a la esencia de la Universidad es la investigación. Como producto de esa función sustantiva, la revista *Ciencia Jurídica*, dirigida a profesionales, académicos e investigadores, contribuye a la difusión del quehacer científico, buscando trascender las fronteras del entorno inmediato para vincularse con la comunidad académica nacional e internacional.

Nacida con una acreditada vocación por la disertación en las disciplinas jurídicas, *Ciencia Jurídica* es una de las expresiones más representativas del trabajo universitario, mostrando los progresos de la investigación en el campo del derecho. Para lograr mayor cobertura en la extensión del conocimiento en el ámbito académico, cultural y social, se edita, con contenido idéntico, en papel y en formato electrónico en red abierta en el portal Web www.cienciajuridica.ugto.mx

Es propósito mediato del Programa de Investigaciones Jurídicas de la División de Derecho, Política y Gobierno, tener una publicación con estándares científicos, que permitan obtener reconocimiento en el ámbito internacional y que logre los parámetros editoriales para acceder al Sistema Latindex y SciELO, entre otros. Por ello desde 2011 se invitó a investigadores de prestigio nacional e internacional, externos a conformar el Comité Científico.

Es importante destacar que este es el primer número pasado por el filtro formal del arbitraje de pares, por lo que vale reconocer la colaboración de los docentes investigadores cuyos artículos fueron aprobados mediante arbitraje para esta edición: Herlinda Enríquez Rubio Hernández, Oscar A. Fernández O., Maximiliano Hernández Cuevas, Pedro López Ríos, Eva Lozano Marcos Pablo Moloeznik, Gloria Plascencia, Carlos Salvador Rodríguez Camarena, José Jesús Soriano Flores y Vicente Vázquez Bustos. Asimismo, contamos con la participación del doctor Jesús Antonio de la Torre Rangel, hombre versado en leyes y profundo conocedor de la historia y la filosofía, quien nos ofrece una magnífica reseña sobre la Guía Temática de Filosofía del Derecho del prestigioso jurista D.h.c. Eugenio Trueba Olivares.

Además de reconocer el esfuerzo de los participantes en este número, celebramos la selección, interés y pluralidad de los temas: La Prisión. Reseña Histórica y Conceptual; Crisis del Derecho penal burgués; El ejercicio de la libertad y la aptitud para decidir de las personas recluidas en una prisión; El diseño de la jurisdicción contencioso-administrativa en México, sustentada sobre una concepción civilista; Discrepancia en la clasificación de costos en la industria de la construcción: un estudio comparativo entre el Reglamento de la Ley de Obra Pública y Servicios relacionados con la misma para el Estado y los municipios de Guanajuato y las normas de información financiera; Seguridad ciudadana; Las relaciones fiscales intergubernamentales; Sustantividad jurídica de la pre-

tensión en el código de procedimiento y justicia administrativa para el estado y los municipios de Guanajuato; El derecho a la autonomía de los pueblos indígenas de México: una aproximación desde los derechos humanos; Facultad de resolver controversias de límites territoriales entre entidades federativas. Agradecemos a los autores y pares evaluadores que se han comprometido en este esfuerzo, trabajando arduamente para seguir mejorando la calidad de nuestra publicación.

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

ARTÍCULOS

LA PRISIÓN Reseña Histórica y Conceptual.

Short historical and conceptual review of the prison

*Herlinda Enríquez Rubio Hernández**

Sumario:

1. Antecedentes. 2. Comienzo de la Prisión. 3. Definición. 4. Bibliografía.

Resumen: *En el siguiente trabajo se presenta una narración sucinta de la evolución de la pena privativa de la libertad, tomando en cuenta sus antecedentes más representativos, el comienzo de la prisión y su ulterior desarrollo. Se analiza a la institución penitenciaria como parte de la construcción social denominada Derecho Penal, a fin de consolidar una definición de la misma. Para ello, se analizan diversas perspectivas teóricas que nos han permitido estructurar con cierta claridad y exactitud la significación de esta institución, su naturaleza y su razón de ser.*

Palabras clave: *evolución, razón de ser y definición de la prisión.*

Abstract: *The following paper presents a succinct narrative of the evolution of the penalty of deprivation of freedom, taking into account its more representative history, the beginning of the prison and its further development. We analyze the correctional institution as part of the social construction called Penal Law, in order to consolidate a definition of it. To do this, we analyze various theoretical perspectives that have allowed us to structure with some clarity and precision the significance of this institution, its nature and rationale.*

Keywords: *evolution, rationale and definition of the penalty of deprivation of freedom.*

1. ANTECEDENTES

En un primer acercamiento para definir a la prisión, podemos decir que ésta es producto de la evolución de la pena; que su función primordial al igual que el resto de las penas es el castigo y que apareció en su momento para humanizar y, poco a poco, dejar de lado las crueles prácticas que se venían realizando. Es por ello necesario revisar de manera concisa el desarrollo que ha tenido, gradualmente, la pena a lo largo del devenir histórico, considerando las circunstancias políticas y sociales fácticas a fin de no incurrir en una concepción ahistórica que distorsionaría e impediría comprender con claridad nuestro objeto de estudio: la prisión, sus fines y funciones.

* Profesora investigadora de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México. Catedrática y miembro del Comité de Doctorado del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Al respecto, Emiro Sandoval Huertas ubica dentro de la transformación de la pena, cuatro fases, de acuerdo a la función declarada de cada momento histórico: Vindicativa, expiacionista o retribucionista, correccionalista y resocializante.¹

La primera fase puede ser identificada en los pueblos primitivos, llegando a extenderse hasta el periodo denominado como Antiguo Régimen, en el cual la venganza es el primer antecedente de la pena, no obstante que no se trataba de una reacción institucional. La venganza regulaba las relaciones entre familias y clanes que daban forma a una comunidad. Estaba basada en un acuerdo informal que emanaba de los particulares.

Con el nacimiento de las incipientes formas de Estado, el derecho a castigar fue expropiado por el jefe del grupo social, quien decidía por los demás; la figura del jefe implicaba la aparición de un tercero que fungía como árbitro en la solución de los conflictos, asumiendo una función de control ante el acto de vengar, garantizando que el castigo fuera igual al daño causado. Aparece así la Ley del Talión (de talis, el mismo o semejante) “ojo por ojo, diente por diente, rotura por rotura” y “la Composición o Rescate del Derecho de Venganza”.² Esta última abrió la posibilidad de realizar transacciones comerciales sobre el derecho de tomar venganza, que poseía el ofendido.

En esta época se conoció también la privación de la libertad como medida aplicable al autor de conductas sancionables, mas no como un instrumento de venganza sino como recurso para asegurar que el ofensor no escapase a la sanción, ésta sí, vindicativa. Ejemplo de ello puede apreciarse en las Partidas de Alfonso el Sabio (finales del S. XIII y comienzos del S. XIV): “La cárcel non es dada para escarmentar yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ellas hasta que sean juzgados”.³

El particularismo jurídico de los siglos XII al XVII fue terminado por los monarcas absolutos del llamado Antiguo Régimen, convirtiéndose en atributos de aquellos la elaboración de leyes y la administración de justicia.⁴ La legitimación para la imposición de sanciones seguía siendo similar al de la fase vindicativa, por lo que el desplazamiento hacia el representante de la divinidad produjo que varios autores le denominaran periodo de la venganza divina o teocrática, momento de transición para las sanciones penales entre la retribución del ofendido y el argumento de la expiación. La concepción de cárcel como lugar de custodia donde el reo esperaba el momento de la ejecución, ya fueran mutilaciones, azotes, la vergüenza pública y/o el servicio en galeras prevaleció dentro del derecho del Antiguo Régimen⁵ así como la no extinción de la pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas por la muerte del trasgresor; la sanción se aplicaba sobre su cadáver o se hacía extensiva a sus descendientes.

En la fase expiacionista o retribucionista (o de la explotación oficial del trabajo recluso), la forma y función de la pena estaban determinadas por la formación y consolidación de organizaciones religiosas que desde su origen legitimaron la modalidad de poder político y la imposición de sanciones penales, estableciendo la conciencia de que el infractor debía eximir o redimir su culpa mediante el dolor ante los representantes de la divinidad: rey o

* Profesora investigadora de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México. Catedrática y miembro del Comité de Doctorado del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

¹ Sandoval, H. Emiro, *Penología*, Parte General. Universidad de Colombia 1982 p. 41.

² Floresgómez, G. Fernando, *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*, Porrúa, México, 1994 p. 173.

³ García Ramírez S. *La prisión*, Porrúa, México, p. 114.

⁴ Speckman G. Elisa. *Crimen y Castigo*. El Colegio de México Centro de Estudios Históricos de la UNAM, México 2002 p. 25.

⁵ *Ibidem*...p. 26.

jueces, que obraban en su nombre o por las castas sacerdotales. El castigo era una expresión del poder divino en la tierra y por ello no requería de una justificación explícita. El delito era considerado como un atentado al rey y a Dios y los actos contra la fe eran delitos.⁶ El inquisidor expropiaba la potestad del castigo a los particulares y estructuraba un sistema de penas orientado en su totalidad por la práctica de producir dolor al cuerpo a través de la tortura con vías a la confesión.⁷ Lo valioso de la pena era el dolor que redimía.

La expiación, ya trasladada al ámbito de la normatividad, tuvo una modalidad distintiva como respuesta al momento económico y político de los Siglos XV, XVI y XVII, caracterizados por la expansión colonialista hacia América, África y otros territorios y la fase de acumulación primaria de capital previa a la revolución industrial. La redención se alcanzaría a través del trabajo, ya que el lucro generado por éste aliviaría el daño producido a la colectividad por la conducta delictiva.

De este modo, la función de la pena se desplazó del horizonte mágico, divino, hacia una cultura de lo racional, de lo justo y de lo útil. En este periodo se da la transición económica hacia el capitalismo y justo entonces surge la necesidad de contener a las grandes cantidades de hombres que una vez fuera de los feudos no encontraban rápido acomodo en el nuevo modo de producción. A partir de entonces el trabajo es adoptado como un instrumento para cubrir la necesidad de mano de obra que proponía el nuevo esquema económico. Las formas que acogió la sanción penal en esta fase, en orden cronológico, fueron: las galeras, los presidios, la deportación y los establecimientos correccionales, entre otras. La finalidad retribucionista prevaleció a lo largo del siglo XVIII en los llamados establecimientos correccionales: instituciones de transición entre la aristocracia y la burguesía. El nombre les fue dado del primer establecimiento que existió en Londres hacia 1552 la “House of Correction” (Casa de Corrección) y aunque fue creada en el siglo XVI su principal objetivo era el aprovechamiento del trabajo de los reclusos. Fue hasta 1595, en Ámsterdam, que se reprodujeron centros similares: Rasphuys y Spinnhyes en 1597. En el primero se albergaba a mendigos o delincuentes jóvenes; en el segundo a mujeres, vagos y mendigos. Todos laboraban de manera forzada, sólo que en el segundo caso las personas recluidas eran encerradas por decisión de sus parientes. Este modelo se reprodujo en Europa, específicamente en España (Madrid, Valladolid y Granada); en Inglaterra (Worcester, Norwich y Bristol); Italia (Roma, Florencia, Milán y Venecia); Alemania (Hamburgo, Dantzig, Bremen, Lubeck, Munich, Osnabruck y Berlin); Francia (Paris y Lyon); Bélgica (Gante); Suiza (Schellenwerke); etc.⁸

Conviene resaltar que dichos centros no sólo fueron destinados para trasgresores de la ley sino que también eran destinados para mendigos, prostitutas, vagos, homosexuales, alcohólicos y enfermos mentales. Todos unidos por un elemento común: la desviación de la norma y de sus reglas. El loco y el delincuente representaban la parte del hombre que debía ser eliminada del comercio social. Existieron algunas modalidades en las que había cabida para hijos de artesanos y otros habitantes pobres, menores de 25 años, que trataban mal a sus padres o que se negaban a trabajar por pereza; muchachas que habían sido seducidas o en peligro de serlo.

⁶ *Ibidem...* p. 26.

⁷ Sandoval... *op. cit.* pp. 48-52.

⁸ Neuman, Elias. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*. Pannedille; Buenos Aires, 1971, p. 32 y Villalba, Carlos. *La justicia sobornada*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, p. 74 Citado por Sandoval, *Penología... op. cit.* pp. 59, 60.

En todos los casos citados la finalidad prevaleciente era la explotación de la fuerza de trabajo, coadyuvando así en el proceso primario de acumulación del capital burgués y representándose como un instrumento de regulación del mercado de trabajo escasamente calificado. Todas estas instituciones no eran administradas por el Estado, sino que representaban un negocio personal pues eran concesionadas a particulares quienes recibían no sólo el producto de la comercialización de lo manufacturado por los reclusos, sino también de las cantidades que por concepto de carcelaje⁹ tenían que pagar los internos. El derecho de carcelaje fue abolido mucho tiempo después gracias al trabajo realizado por John Howard, entre otros.¹⁰

Aunado a lo anterior, las casas correccionales desarrollaron una nueva forma de poder político, como afirma Foucault.¹¹ A lo largo del S. XVIII se agregó a otros poderes, “*la disciplina*”, que debe entenderse como un tipo de poder, una modalidad para ejercerlo implicando todo un conjunto de instrumentos, de técnicas de procedimientos, de niveles de apreciación, de metas, o sea, una física del poder, una tecnología asumida en diferentes instancias: por instituciones especializadas (penitenciarias o casa de corrección), por instituciones que la han utilizado como un instrumento esencial para su fin (casa de educación, hospitales, etc.), por instancias preexistentes que encuentran en la disciplina el medio para reforzar o reorganizar sus mecanismos internos de poder (la familia), por aparatos que han hecho de la disciplina su principio de funcionamiento interno: ejemplo de ello es la disciplinarización del aparato administrativo a partir de la época napoleónica, y por aparatos estatales que tienen por función, no exclusiva sino principal, hacer reinar la disciplina en el ámbito de la sociedad.

Así, este poder disciplinario “fabrica” individuos y el conocimiento que de él se puede obtener. Es por ello que se puede afirmar que fabrica realidades, cuyos efectos no siempre son en términos negativos: excluir, reprimir, rechazar, censurar, abstraer, disimular, ocultar. De hecho, el poder disciplinario produce. Produce realidad; produce ámbitos de objetos y rituales de verdad. Es un poder modesto, suspicaz, que funciona permanentemente. Su éxito se debe al uso de dos instrumentos simples: la vigilancia jerárquica,¹² la sanción normalizadora¹³ y su combinación en un procedimiento que le es específico: el examen.¹⁴

⁹ En muchos centros correccionales adoptaron eufemísticamente el nombre de fondas para aludir al hecho de que todos los servicios que se prestaban había que pagarlos, incluyendo el agua para beber (técnicamente “en beneficio de los confinados”)

¹⁰ Neuman, Elias. *Evolución...* pp. 73, 74. Citado por Sandoval... *op.cit.* pp. 61, 62.

¹¹ Foucault, Michael. *Vigilar y castigar*. S XXI México 1989 pp. 218, 219.

¹² *Ibidem...* pp. 175-182, La vigilancia jerárquica es un dispositivo de las instituciones disciplinarias que coacciona por el juego de la mirada. En estas instituciones se ha secretado una maquinaria de control a manera de un microscopio de la conducta permitiendo verlo todo permanentemente con una sola mirada. Gracias a ella el poder disciplinario se convierte en un sistema integrado de relaciones de arriba hacia abajo, de abajo hacia arriba y lateralmente: vigilantes permanentemente vigilados.

¹³ *Ibidem...* pp.183-188 La sanción normalizadora: dentro de todos los sistemas disciplinarios funciona un pequeño mecanismo penal, establecen una “infra-penalidad” o micropenalidad del: tiempo, de la actividad, de la manera de ser, de la palabra, del cuerpo, de la sexualidad y al mismo tiempo se utilizan una serie de procedimientos a título de castigos haciendo punibles las fracciones más pequeñas de la conducta que se desvía de la regla. El castigo debe ser esencialmente correctivo bajo un sistema doble: gratificación-sanción; recompensa permitiendo ganar rangos y puestos y castigo haciendo retroceder y degradando. La penalidad en el régimen disciplinario utiliza 5 operaciones: compara, diferencia, jerarquiza, homogeniza, excluye, en una palabra, normaliza.

¹⁴ *Ibidem...* pp. 189-198. El examen combina las técnicas de la jerarquía que vigila y las de la sanción que normaliza. Es una mirada normalizadora, una vigilancia que permite calificar, clasificar y castigar. El poder

Finalmente, las casas correccionales constituyeron el antecedente más cercano a las prisiones. El Hospicio de San Miguel creado en Roma en 1704 y la Casa de Fuerza de Gante en Bélgica en 1773 ó 1775 son considerados como instituciones de transición entre el retribucionismo y el correccionalismo.

En el siglo XVIII, en la época de La Ilustración, pensadores como Voltaire, Montesquieu, Morelly y Beccaria, entre otros, desarrollaron un interés por reformar la práctica judicial pugnando por la eliminación del catálogo de delitos y los actos contra la religión y por la creación de criterios fijos para la administración de justicia, humanización de las penas y la aplicación de castigos proporcionales al delito¹⁵, abriendo con ello la posibilidad de que el Derecho Clásico o Liberal se consolidara en el siglo XIX.

A fines del siglo XVIII, la Escuela Clásica o Liberal del Derecho Penal, al racionalizar la Ley del Talión abre una forma de castigo que marca el inicio de una nueva etapa en la función de la pena: la fase correccionalista, al concentrar en la medición del tiempo el criterio de proporcionalidad. De esta manera se establecía qué cantidad de tiempo privado de su libertad tendría que cumplir quien violaba el contrato social. Pavarini señala al respecto que a cada conducta transgresora del consenso le corresponde, en justo rigor, un *quantum* de tiempo expropiado, de tiempo libre ausente de sentido útil para el delincuente, que deberá gastarse en el encierro.¹⁶

2. COMIENZO DE LA PRISIÓN

Existen diversas tesis en torno al nacimiento de la prisión. Algunas, las tradicionales, afirman que el humanismo de la ideología liberal clásica sirvió de fundamento para la expedición de legislaciones penales en los que la pena privativa de la libertad surge como sanción en sí misma y con la finalidad de obtener la corrección del condenado. El primer antecedente al respecto se ubica en el Código Criminal francés de 1791 en el cual se redujeron los delitos sancionables con pena de muerte, se suprimieron las mutilaciones y otras medidas que aún subsistían desde la fase vindicativa; ungió tres modalidades de privación de libertad;¹⁷ el calabozo, la géne y la prisión.

Al respecto, Foucault refiere que las sanciones privativas de libertad establecidas en el Código Criminal francés constituyeron la adopción en materia penal de un conjunto de principios y postulados de contenido político, ya que se orientaban al control de los individuos, hecho palpable en otras esferas de la vida social, independientemente del humanismo auspiciado por Beccaria y otros autores de identificación similar. Es por ello que resulta cuestionable la supuesta vinculación del humanismo liberal al nacimiento de la prisión: “El funcionamiento jurídico-antropológico que se revela en toda la historia de la penalidad moderna no tiene su origen en la superposición a la justicia criminal de las ciencias humanas y en las exigencias propias de esta nueva racionalidad o del humanismo que llevaría consigo;

disciplinario se ejerce haciéndose invisible; en cambio impone a aquellos a quienes somete a un principio de visibilidad obligatorio. Es la técnica por la cual el poder, en lugar de emitir los signos de su potencia mantiene a sus sometidos en un mecanismo de objetivación. El examen equivale a la ceremonia de esta objetivación.

¹⁵ Speckman, ... *op. cit.* p. 26.

¹⁶ Pavarini Massimo, *Control y Dominación*. Siglo XXI editores, 1988, pp. 37-40.

¹⁷ Foucault, ... *op. cit.* pp. 120, 121. Calabozo: cadena en pies y manos, oscuridad, soledad, pan y agua. El régimen de la géne: calabozo alumbrado, cadena a la cintura, trabajo solitario durante cinco días a la semana, pero en común los otros dos; este trabajo era pagado y permitía mejorar su comida diaria...

tiene su punto de formación en la técnica disciplinaria que ha hecho jugar esos nuevos mecanismos de sanción normalizadora”.¹⁸

Por otra parte, algunos cambios significativos producto de los postulados del liberalismo que se extendieron por Europa occidental y en la mayor parte de las repúblicas americanas en el transcurso del S. XIX fueron: la concepción de delito y castigo: en la primera se dejó de considerar como una ofensa al monarca o a Dios pasando a ser una falta al contrato social, o sea, a la sociedad y por lo tanto el transgresor, así como el resto de la colectividad, resultaban beneficiados con la ejecución del castigo. La imposición de las penas era vigilada para evitar que las autoridades incurrieran en abusos, por lo que no se eximió a los criminales de protección jurídica y se consideró que el castigo debía ser proporcional al delito.

De igual manera, y con el fin de hacer más evidente la coherencia en el plano legal, desde finales del S. XVIII y a lo largo del XIX los legisladores europeos y latinoamericanos promulgaron códigos civiles, penales, comerciales y procesales.¹⁹

Un importante concepto adoptado en esta fase fue el de “régimen penitenciario” entendido como técnica orientada hacia la corrección del penado teniendo como base, el modelo médico que se extendía en la cura de enfermedades y específicamente en el área de los trastornos mentales. A partir de entonces, y con la llegada de los médicos a las prisiones, se imprimió al correccionalismo un trasfondo terapéutico, pues con sus observaciones del fenómeno criminal hizo caer las tesis contractualistas y de libre albedrío; con ello la sanción penal es ya una medida curativa encaminada a sanear el comportamiento del individuo ya que, según afirmaban los positivistas, el delito era una condición que se encontraba dentro del sujeto.²⁰

Los positivistas fueron los creadores de la Criminología y el estudio del criminal. Y las máximas positivistas eran: “La pena como medicina del alma”, junto con “el sistema penitenciario progresivo”.²¹

La pena privativa de la libertad iba así encontrando cauce como prototipo de castigo en una sociedad que evolucionaba con dinamismo. Dentro de las formas de pena privativa de la libertad se pueden citar a los regímenes “filadélfico o pensilvánico”, auburniano y el panóptico. El primero empezó a funcionar de manera experimental en 1790 en Filadelfia, y cuatro décadas después se estableció la primera institución para ejecutarlo de manera exclusiva. Se caracterizaba por aislamiento o segregación celular permanente; prohibición de trabajar; educación religiosa y silencio absoluto.

El segundo fue obra de Elam Lynds, quien en 1821, al asumir la dirección del centro inaugurado en 1818 en Auburn, N. Y., donde inicialmente se daría aplicación al régimen pensilvánico, implantó su régimen cuyo principio rector era: “severa disciplina a través de castigos corporales”. Lynds manifestaba: “Considero tales castigos los más eficaces, y al mismo tiempo los más humanos que existen, porque sirven para intimidar a los reclusos y no dañan su salud. He visto muchos prisioneros en mi vida a quienes fue imposible someter por este medio y sólo dejaron la celda para ir al hospital. Yo considero imposible gobernar una prisión de crecido contingente de prisioneros sin los azotes”.²² Parte de la creación y dirección de Lynds fueron la prisión de Sing Sing, San Quintín en California y Cannyon City en

¹⁸ *Ibidem. op. cit.* p. 188.

¹⁹ Speckman, *op. cit.* p. 28.

²⁰ Pavarini, ... *op. cit.* p.49-54.

²¹ Rivera Beiras, Iñaqui, *et. al. Tratamiento Penitenciario y derechos fundamentales.* Edit. J.M. Bosch, Barcelona 1994 p. 57.

²² Neuman, *Evolución...* Citado por Sandoval ... *op. cit.* p. 129.

Colorado entre otras. Los rasgos característicos de este régimen fueron: aislamiento celular nocturno; trabajo en común; disciplina extrema; y silencio absoluto.

Por lo que concierne al tercero, su creador fue Jeremias Bentham, conocido comúnmente como creador del utilitarismo. En su obra “Tratado de Legislación Civil y Penal” en 1802 afirmó que la prisión bajo la forma del panóptico “es un establecimiento propuesto para guardar a los presos con más seguridad y economía y para operar al mismo tiempo en su reforma moral con medios nuevos de asegurar su buena conducta y de proveer a su subsistencia luego de su liberación”.²³ Dos aspectos que él desarrolló fueron: su arquitectura y su régimen interno, concediéndosele mayor atención a la arquitectura de la prisión que al régimen, del cual se dice que fue fundado sobre la base de una trilogía: “De la dulzura, de la severidad y de la economía”²⁴ rasgos que no le confirieron mayor trascendencia.

Las ideas arquitectónicas de Bentham tuvieron gran aceptación en todo el mundo, en especial en Norteamérica y España, principalmente para poner en práctica el régimen filadélfico. Su propuesta arquitectónica consistía en “un enorme edificio circular, a lo largo de cuya circunferencia se ubicaban celdas, cada una de las cuales debía alojar un máximo de cuatro reclusos: y en el centro de aquella, pero en un nivel superior, esto es, en un plano situado a mayor altura que las celdas, se encontraba la torre o centro de vigilancia, circundado íntegramente por ventanillas que desembocaban en diferentes celdas. Desde esa torre, como característica fundamental de la edificación y de la que incluso toma su nombre, era posible en un mínimo lapso vigilar a todos los reclusos, sin que ellos se percataran de que eran observados”.²⁵ En torno a ello Foucault cita “El panóptico es una máquina de disociar la pareja ver-ser visto: en el anillo periférico, se es totalmente visto, sin ver jamás: en la torre central, se ve todo, sin ser jamás visto”.²⁶

Tiempo después, el positivismo vendría a transformar las concepciones del hombre, de la sociedad y del mundo en general, percibiéndose dentro del ámbito carcelario notables modificaciones: el Estado se reafirma como único rector de la ejecución de penas; con su cumplimiento se beneficiaba tanto al infractor como a la comunidad bajo la idea del progreso al servicio del bienestar social. Por tanto, el llamado Welfare State fue cubriendo cada vez más todas las áreas de la vida individual y social.

Al mismo tiempo se retoma el modelo de estudio de las ciencias naturales, pretendiendo dar un carácter científico a las ciencias sociales y, con ello, un trato científico a los infractores, bajo la idea de que la sociedad es un organismo donde cada una de sus partes constituye un todo y cada una tiene una función específica.

De manera coincidente con el positivismo, nace la propuesta de la Nueva Penología Norteamericana, que se erige a favor de la resocialización.²⁷ Este sistema penitenciario acogió una atisbadura fundamentada en el auge del nuevo modelo económico, el inicio de la Era del Imperialismo, enmarcando dentro de la desviación a todas aquellas conductas que se contraponían al progreso.

Consecuentemente, el tránsito de la fase correccionalista a la resocializadora se inicia en los Estados Unidos con el “Congreso Nacional sobre la Disciplina de las Penitenciarías y Establecimientos de Reforma”, llevado a cabo en Cincinnati, Ohio, en octubre de 1870 en el

²³ *Ibidem...* p. 94.

²⁴ *Ibidem,* p. 95.

²⁵ Sandoval, ... *op. cit.* p. 95.

²⁶ Foucault, ... *op. cit.* p. 205.

²⁷ También denominada: reinserción social, readaptación social, reeducación social, rehabilitación social, reincorporación social, etc.

cual se establece que: “El trato de los criminales por la sociedad tiene por motivo la seguridad social. Mas, como el objeto de él es el criminal y no el crimen, su fin primordial debe ser la regeneración moral de aquél. Por esta razón, la mira suprema de las prisiones debe ser la reforma de los criminales y no la imposición del dolor, o sea, la venganza”²⁸

Desde ese momento la tesis de la resocialización se constituyó en la principal legitimación manifiesta de las sanciones penales subsistiendo hasta la época actual.

Habría que señalar que a diferencia de la fase correccionalista, en la resocializadora se introduce un nuevo concepto extrapolado de la ciencia médica: el “tratamiento”, y en concordancia con ello, tanto en el ámbito médico como en el penitenciario, lo indeseable se halla en el sujeto y por lo tanto la acción terapéutica debe recaer en él.

Aparece entonces el siglo XX dentro de un contexto impregnado por una visión medicalizada de la pena, reforzando la idea de la función intimidatoria y asumiendo que la utilidad del encierro es la readaptación social. La idea de cura confiere a la prisión un rostro de humanismo y de generosidad frente a su condición real.

Y es precisamente en este contexto en que se formula uno de los más importantes documentos a nivel internacional en torno al encierro, el denominado Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, dado a conocer en el “Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente” celebrado en Ginebra en 1955. Las Reglas fueron aprobadas dos años más tarde y han permanecido vigentes hasta nuestros días. En dicho documento se especifican los principios y prácticas generales que se consideran aceptables para el tratamiento de los reclusos, representando las condiciones adecuadas mínimas que acepta la Organización de las Naciones Unidas, mismas que han sido igualmente concebidas para protegerlos de los malos tratos, particularmente en lo concerniente a la imposición de la disciplina y la utilización de instrumentos de coerción en las instituciones penales. Asimismo, en su segunda parte, las Reglas establecen que el tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, “en tanto la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo”. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto a sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad. Todo lo anterior se logrará a través de la asistencia religiosa, en los países en que esto sea posible, de la instrucción, de la orientación y la formación profesional, de los métodos de asistencia social individual, del asesoramiento relativo al empleo, del desarrollo físico y a través de la educación de carácter moral en conformidad con las necesidades de cada recluso.²⁹

Ciertamente los objetivos de las Reglas resultan loables como garantía mínima del respeto a los derechos humanos de la población interna en centros de reclusión, ya que la incorporación de tales ordenamientos a la normatividad de los Estados miembros, ha significado una mejoría en las condiciones de vida de los penados. Sin embargo, y en lo que respecta

²⁸ Del Olmo, Rosa, *Desarrollo histórico de la criminología en América Latina*, U. Central de Venezuela, Caracas, 1979, vol. I, pp. 21, 22. Citado por Sandoval. *op. cit.* p. 101.

²⁹ “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, presentadas en el 1er Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, el 30 de agosto de 1955 en Ginebra. Aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU. Mediante las resoluciones 663 C I (XXIV) de 31 de julio de 1957, 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977 y 1984/47 de 25 de mayo de 1984. Al quedar reconocido como fundamento de principios en materia de justicia penitenciaria, este documento informa en torno al derecho consuetudinario internacional que, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, constituye una fuente de derecho para los Estados Miembros.

al tratamiento, la influencia ideológica de una de las “teorías de la pena”³⁰ frecuentemente citada, como lo es la de la prevención especial, en extremo positivista, tiene su más clara manifestación en las llamadas Reglas Aplicables a Categorías Especiales en cuyo Apartado “A”, referente a condenados, sobresalen de manera preponderante aspectos tales como: el insistente carácter pedagógico y resocializante del tratamiento penitenciario; dicta además como norma, el recurrir a criterios de corte religioso y moral (Regla 66.1) y considera como elementos esenciales para determinar el tratamiento, el indagar en el pasado social y criminal del individuo así como su condición psicológica (Reg.66.1 y 67). La aplicación de este tratamiento está condicionada a los resultados obtenidos a través de un estudio de personalidad (Regla. 69), la instauración de un sistema de privilegios tendiente a alentar la buena conducta y a promover la aceptación del propio tratamiento.³¹

Otros acuerdos internacionales que insisten en la resocialización como principal función de las sanciones penales son:

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966 en el que se expresa que: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.³²

Por su parte, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José señala, de igual manera al instrumento anterior, que las penas privativas de la libertad tendrán el mismo fin.³³

No obstante que la prisión fue una institución característica de la fase correccionalista, en la fase resocializadora surgen otros regímenes propios de esta última, a saber: los regímenes progresivos, los regímenes *all aperto*, la prisión abierta o régimen abierto y los regímenes de las instituciones de máxima seguridad.

Los primeros se caracterizan por la progresividad y el sentido técnico del tratamiento penitenciario. Consisten en utilizar tres o cuatro periodos, según vaya evolucionando el indivi-

³⁰ Mal llamada teoría, dado que al atribuirle a la pena la función de prevenir se contraviene la ley de Hume, ya que, al hablar de teoría y de funciones se le está trasladando al mundo del ser, al terreno de lo teórico-sociológico, es decir, se acepta en los hechos que la pena efectivamente previene, cuando sólo se trata de un fin axiológico que se hace desde el mundo normativo, incurriendo así en una falacia normativista. Véase, Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal*, Edit. Trotta Madrid, 2009 pp.321-326.

³¹ *Ibidem*. 66.1“(…) Se deberá tener en cuenta su pasado social y criminal, su capacidad y aptitud físicas y mentales, sus disposiciones personales, la duración de su condena y las perspectivas después de su liberación”67.”Los fines de la clasificación deberán ser: a) separar a los reclusos por su pasado criminal o su mala disposición, ejercerían una nociva influencia sobre los compañeros de detención; b). Repartir a los reclusos en grupos, a fin de facilitar el tratamiento encaminado a su readaptación social”. 69.”(…)Tan pronto como ingrese en un establecimiento un condenado a una pena o medida de cierta duración, y después de un estudio de su personalidad se establecerá un programa de tratamiento individual, teniendo en cuenta los datos obtenidos sobre sus necesidades individuales, su capacidad y sus inclinaciones”. 70. “En cada establecimiento se instituirá un sistema de privilegios adaptado a los diferentes grupos de reclusos y los diferentes métodos de tratamiento, a fin de alentar la buena conducta, desarrollar el sentido de responsabilidad y promover el interés y la cooperación de los reclusos en lo que atañe a su tratamiento”.

³² El Pacto fue adoptado por votación unánime por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El pacto amplía los derechos esenciales civiles y políticos proclamados en la Declaración universal de los Derechos Humanos en 1948. Actualmente 95 países son miembros del Pacto incluyendo a todos los miembros de la ONU correspondientes a Europa Occidental.

³³ La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José fue signada el 18 de noviembre de 1969 en San José Costa Rica. Es la versión latinoamericana del Pacto Internacional. En la actualidad 24, de los 34 miembros de la OEA son firmantes del Pacto de San José, 21 aceptan la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entre las naciones que no han ratificado la Convención están Canadá, Estados Unidos y algunos países del Caribe.

duo, siendo el último aquel en el cual suele suponer un régimen muy próximo a la libertad; todo ello con la finalidad de alcanzar la resocialización de los sentenciados.

Los segundos consisten como su nombre lo indica, en establecimientos al aire libre habilitados para trabajo de los sentenciados, esto es, fuera de los tradicionales muros de las prisiones, y puede ser como la última fase de un régimen progresivo o bien una institución autónoma; así que puede funcionar permitiendo la salida del establecimiento de los reclusos bajo diversas modalidades o sin que ellos deban salir, si el diseño del penal lo permite. Dentro de este tipo de regímenes podemos ubicar a las colonias penales como la de las Islas Mariás, hasta agosto de 2009.³⁴ El régimen abierto o prisión abierta “(...) se caracteriza por la ausencia de precauciones materiales y físicas contra la evasión (tales como muros, cerraduras, rejas y guardia armada u otras guardias especiales de seguridad), así como por un régimen fundado en una disciplina aceptada y en el sentimiento del recluso a hacer uso de las libertades que se le ofrecen sin abusar de ellas (...)”³⁵

Y finalmente, se recurre a la modalidad de los regímenes aplicados en las instituciones de máxima seguridad en los casos en que, a juicio del juzgador, el sujeto no puede acceder a la resocialización y se precisa hacer al delincuente incapaz de cometer nuevos delitos fuera de prisión. Aun cuando estas instituciones han sido creadas dentro del marco de la resocialización, la finalidad del internamiento del recluso no obedece a ella sino más bien se ha planteado como neutralización o incapacitación, en concordancia con la “teoría de la prevención especial en su parte negativa”³⁶

Al respecto, Sebastian Scheerer discurre acerca de la teoría de la pena,³⁷ la cual contiene la idea de la “prevención especial positiva” cuando la prisión es vista como instrumento para la rehabilitación o resocialización de los delincuentes; así el tiempo expropiado al sujeto por la prisión será útil, ya que le brinda la posibilidad de educarlo, curarlo o resocializarlo. Y negativa considerando que si la resocialización no funciona, por lo menos se puede neutralizar o incapacitar al sujeto.

No obstante todo lo anterior en la segunda mitad del S. XX surgió una corriente teórica que promueve la idea del **abolicionismo penal**.³⁸ Esta corriente ve a la prisión como parte de esa construcción de la realidad denominada derecho penal. Al interior de esta corriente es pertinente una distinción entre dos tipos de posturas abolicionistas; una de ellas niega legitimidad a las acciones desarrolladas en la organización social y cultural del derecho penal. Desde esta perspectiva, el derecho penal no sólo no es una respuesta legítima a las situaciones conflictivas, sino que constituye un problema público. La otra postura afirma que el derecho penal no debe ser abolido, sino que la eliminación va en el sentido del cómo

³⁴ Fecha en la cual el gobierno federal dispuso cambios estratégicos en la colonia penal, entre los cuales destacan: “el traslado por vía aérea y marítima de al menos 10 mil 427 internos actualmente reclusos en los penales federales del Altiplano, Noroeste, Occidente, Nayarit, Veracruz, así como otros centros a la Isla María Madre, donde serían vigilados por un pequeño ejército compuesto por 500 custodios y 450 policías federales”, situación que en el pasado reciente era prácticamente imposible. SIPSE.com, Milenio 28 de agosto 2009.

³⁵ Definición acordada en el 1er Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente en Ginebra 1955.

³⁶ Véase Ferrajoli, Luigi. *Derecho y...op.cit.* pp. 321-326.

³⁷ Scheerer, Sebastián: La prisión en la teoría de la prevención-integración. Ponencia presentada en el encuentro internacional: “La experiencia del penitenciarismo contemporáneo: aportes y expectativas” organizado por la II Asamblea de representantes del Distrito Federal y el Departamento del Distrito Federal del 26 al 27 de julio de 1993

³⁸ Hulsman, C. Louk: El sistema de justicia penal y el futuro de las prisiones. Ponencia presentada en el encuentro internacional citado. México 1993.

se percibe éste. Bajo esta perspectiva abolición es: “la anulación del lenguaje que prevalece sobre el derecho penal y su reemplazo por otro que permita someterlo a la hipótesis crítica, o sea, que permita probar que el derecho penal no es natural y que su construcción no puede ser legitimada”, por lo tanto la prisión como parte del derecho penal es sometida a la crítica: mostrando cómo funciona realmente y cuáles son las consecuencias de su funcionamiento en los diferentes estratos de la sociedad, así como descubrir los sistemas de pensamiento que son el fundamento de esta institución y su práctica, trabajando con quienes directamente están involucrados en su funcionamiento para lograr modificarla desarrollando otras formas de pensamiento.

Esta segunda propuesta de abolición, más flexible, añade a los elementos de la primera, diferentes formas de experimentación, que deben tener en común el mostrar al mundo exterior hasta qué grado son falsas las suposiciones que hay detrás de la organización cultural del derecho penal, a través de la concentración de labores que permitan a las direcciones de las prisiones contribuir a proyectos como el del santuario³⁹ y procedimientos preparatorios para decisiones sobre la incapacitación.⁴⁰ Los abolicionistas afirman que la prisión no es buena para los prisioneros. El deber de quienes organizan el “servicio de prisiones” es actuar de tal forma que los efectos negativos de ésta sobre los prisioneros y la gente cercana a ellos, se minimicen.

Un punto de vista que algunos vislumbran como alternativo es la política de los socialdemócratas o de la **tercera vía**,⁴¹ mismos que profesan los valores de centro izquierda; política que insiste en la importancia vital de un gobierno activo y de la esfera pública, que busca el equilibrio entre el Estado, el mercado y el orden civil. Para lo cual se precisa de la conexión de estas tres esferas a través de un nuevo contrato social apropiado a la nueva época (globalización e individualismo) insistiendo en los derechos y en los deberes de los ciudadanos, bajo preceptos⁴² tales como: “Ningún derecho sin responsabilidad”, “ninguna autoridad sin democracia” y “siempre que se pueda, invertir en capital humano” con el propósito de que el gobierno mantenga un papel regulador que facilite a los ciudadanos los recursos para asumir su responsabilidad y las consecuencias de lo que hacen. Giddens afirma que para la tercera vía, una parte básica es el intento de responder en serio a la preocupación pública por el crimen y la crisis de la vida familiar; la protección y mejora de la esfera civil es una

³⁹ Santuario: en la Edad Media, la institución del santuario desempeñaba un papel importante. Los que eran considerados autores de hechos horribles, podían encontrar refugio o asilo en ciertas ciudades y lugares sacros. Ahí estaban a salvo de la persecución de las autoridades y de la venganza privada, y desde allí podían preparar la conciliación con las víctimas y/o el comienzo de una nueva vida en otro lugar. Lo que se llama delito es a veces un evento traumático que tiene repercusiones públicas y que puede ocasionar miedo y desintegración. Estos hechos requieren también rituales de reordenamiento. El santuario podría probablemente desempeñar un papel importante en tales rituales. Sería interesante examinar hasta qué grado la prisión podría desempeñar un papel como éste. Hulsman, *Ibidem*.

⁴⁰ Incapacitación: Esta es otra área en la que se puede justificar la privación de la libertad o la fijación de la residencia. La incapacitación puede aplicarse a individuos y tendría características especiales si se aplicara a grupos. La demanda de incapacitación puede venir de personas directamente amenazadas o de instituciones públicas. EL juez de Derechos Humanos tendría que conocer de estas demandas. En el caso de peligro provocado por una organización política o semipolítica, la incapacitación tendría elementos comunes con la institución de los prisioneros de guerra. La existencia de una amenaza directa podría acreditarse probando que se ha cometido el mismo acto con anterioridad. Hulsman, *Ibidem*.

⁴¹ Giddens, Anthony: La Tercera Vía y sus críticos, Taurus, España 2000 p.p. 175-180.

⁴² Giddens, Anthony, La tercera Vía. La renovación de la socialdemocracia. Taurus, México 2000, pp.80-84

de sus preocupaciones fundamentales.⁴³ Así, bajo esta ideología, la víctima del delito y de las conductas desviadas necesariamente es considerada como sujeto merecedor de atención y la reparación del daño causado cobra relevancia. Resumiendo, se trata de una política activa de oferta especialmente dedicada a la educación, un sistema de bienestar positivo que implica atacar los problemas de dependencia, aislamiento y falta de satisfacción personal dondequiera que surjan.

3. DEFINICIÓN

Antes de abordar directamente la definición de la institución penitenciaria, conviene aclarar que para efectos de fluidez en la exposición del presente trabajo se han utilizado de manera indistinta los términos: prisión, cárcel, centros de reclusión, establecimientos de internamiento, reclusorio, penitenciaria, así como intracarcelario, intramuros o intrapenitenciario para referirse a lo que acontece dentro de dichos lugares, al margen de diferencias que algunos estudiosos del tema han argumentado en sus obras, y que en la presente no resultan de mayor relevancia.

Ahora bien, una definición de la prisión exige revisar un cúmulo de ideas con diversas perspectivas que permitan ser analizadas y que ayuden a estructurar con cierta claridad y exactitud la significación de esta institución, su naturaleza y su razón de ser; por ello, revisaremos a continuación lo que algunos teóricos han referido.

Al respecto, Louk Hulsman⁴⁴ menciona que las prisiones son parte de una forma específica de cooperación entre organizaciones como: la policía, las Cortes (en el más amplio sentido de la palabra, no sólo los jueces, sino también el procurador, el ministerio público, los abogados, etc.), las leyes, los departamentos de criminología en el mundo académico, el Ministerio de Justicia y el Parlamento. Conforman así, todas ellas, el derecho penal. Por lo tanto esa forma específica de cooperación o de organización social y cultural a la cual él llama derecho penal, es la que construye la realidad de una manera específica; así, la prisión, como parte de esta construcción social y cultural, separa y aísla a individuos de su medio, de sus amigos, de su familia, del sustrato material de su mundo. Los separa también de las personas que se sienten víctimas de la acción que se les atribuye; colocándolos fuera de su medio, creándoles uno artificial, además de crear individuos ficticios y una interacción ficticia entre ellos.

Por su parte, David Garland⁴⁵ hace notar que la prisión es parte del entramado de leyes, procedimientos, discursos, representaciones e instituciones que integran el ámbito penal, al cual él ha denominado “penalidad”, como un sinónimo más preciso de “castigo”. La cárcel es parte del castigo, considerado éste como una institución social que ayuda a definir la naturaleza de nuestra sociedad, el tipo de relaciones que la componen y la clase de vida posible y deseable. En virtud de ello, la cárcel proporciona una manera de castigar al individuo —de

⁴³ *Ibidem*, pp.104-107 significa que la policía debe colaborar estrechamente con los ciudadanos para mejorar los niveles comunitarios locales y la conducta cívica, utilizando la educación, la persuasión y el asesoramiento en lugar de la denuncia. (...) Un énfasis renovado en la prevención del crimen antes que el endurecimiento de las leyes puede ir acompañado de la reintegración de la policía en la comunidad(...)coordinar programas comunitarios dirigidos a la prevención del crimen que contribuyan directa e indirectamente a fomentar la justicia social(...)

⁴⁴ Hulsman, C. Louk, ... *op. cit.*

⁴⁵ Garland, David, *Castigo y sociedad moderna*. Un estudio de teoría social. Siglo XXI editores, México, 1999. pp. 33-38 y 326-328.

someterlo a un trato duro, infligiéndole dolor o haciéndole daño—. La prisión es una forma de violencia sustituta y sutil, una manera de retribución suficientemente discreta y negable que promueve la aceptación cultural de la mayoría de la población, resultando compatible con las modernas sensibilidades y las restricciones convencionales frente a la violencia física manifiesta.

Para ambos autores la prisión es ubicada como parte de un todo, ya no es vista sólo como un establecimiento con fines separados y distintos del resto de las organizaciones de las que forma parte. Así, la prisión resulta ser un segmento de la construcción social y cultural denominada Derecho Penal que como una expresión del poder del Estado contribuye a crear una identidad social puesto que no sólo define la naturaleza de nuestra sociedad, el tipo de relaciones que la componen y la clase de nivel de vida alcanzable, sino que además fabrica a un grupo social identificado como la población interna, su medio y sus formas de interactuar entre sí. Todo ello de manera artificial, ya que esta invención se encuentra distante del mundo exterior.

Una mirada a las relaciones interpersonales que de manera cotidiana se dan en los establecimientos de reclusión, nos remite necesariamente al detallado estudio de Erving Goffman, quien ubica a estos centros como parte de uno de los cinco grupos en los que clasifica a las instituciones totales.⁴⁶ Dicho grupo está integrado por: las cárceles, los presidios, los campos de trabajo y de concentración, todos ellos “organizados para proteger a la comunidad contra quienes constituyen intencionalmente un peligro para ella”. Goffman sostiene que toda institución absorbe parte del tiempo y del interés de sus miembros y les proporciona, en cierta forma, un mundo propio. Pero en el caso de aquellas identificadas como totales, la tendencia absorbente se percibe en un grado mayor, haciendo uso de medios de todo tipo para obstruir la interacción social con el exterior. La institución total es un híbrido social, parte de ella es comunidad residencial y otra es de organización formal que rompe las barreras que separan los ámbitos de la vida de un individuo, mediante el manejo de las múltiples necesidades humanas a través de la organización burocrática de grupos humanos indivisibles.

El enfoque de Goffman nos resulta relevante porque no estudia a la prisión de manera particular, sino que la contempla como una de las instituciones totales en el análisis teórico-práctico que de ellas hace, brindándonos la descripción de las instituciones consideradas como absorbentes y dejándonos en la posibilidad de escudriñar dentro de su estudio y poder así identificar aquellas características que son propias de los centros penitenciarios, tales como el proceso de mortificación del yo que sufre el individuo cuando ingresa y a lo largo de su estancia en alguno de estos centros, así como a las diversas formas de adaptación a las que tiene que recurrir para soportar su internamiento.⁴⁷

Otra contribución, por demás notable, es la de Michael Foucault, quien señala a la prisión como lugar de ejecución de la pena, que es a la vez lugar de observación de los individuos castigados. En dos sentidos: vigilancia naturalmente, y por otro el conocimiento de la conducta de cada detenido. Define a la prisión como: “la región más sombría en el aparato de

⁴⁶ Goffman, Erving, *Internados*, Amorrortu editores, 4ª reimpression, Buenos Aires, 1992. pp.17-20 La clasificación de por grupos es la siguiente: 1º Instituciones erigidas para cuidar de las personas que parecen ser a la vez incapaces e inofensivas. 2º para cuidar de aquellas personas que, incapaces de cuidarse por sí mismas, constituyen además una amenaza involuntaria para la comunidad. 3º instituciones deliberadamente destinadas al mejor cumplimiento de una tarea de carácter laboral, y que solo se justifican por estos fundamentos instrumentales (cuarteles) 4º concebidas como refugios del mundo, sirven con frecuencia también para la formación religiosa y 5º para proteger a la comunidad (la prisión).

⁴⁷ Enríquez Rubio H., Herlinda, *El pluralismo Jurídico Intracarcelario*, Porrúa, México, 2008, pp. 29-37.

justicia; es el lugar donde el poder de castigar, que ya no se atreve a actuar a rostro descubierto, organiza silenciosamente un campo de objetividad donde el castigo podrá funcionar en pleno día como terapéutica, e inscribirse la sentencia entre los discursos del saber”.⁴⁸ Foucault afirma que la prisión ha sido siempre un fracaso y, pese a sus defectos, subsiste por dos razones: la primera, que la prisión está “profundamente enraizada”, es decir, que la prisión se incluye entre los grandes sistemas disciplinarios que él considera peculiares de la sociedad moderna; y la segunda, porque ejerce “funciones precisas”: la prisión no descubre ni controla a los delincuentes, los fabrica en dos sentidos: uno, al crear las condiciones propicias para la reincidencia y en segundo término, al crear con sus sistemas la categoría de criminal-individual susceptible de estudio y control.

Otra visión crítica en torno a la cárcel es la de Alessandro Baratta, quien afirma que la cárcel representa, en suma, la punta del *iceberg* que es el sistema penal burgués, ya que representa el momento culminante de un proceso de selección que comienza aun antes de la intervención del sistema penal con la discriminación social y escolar, con la intervención de los institutos de control de la desviación de los menores, de la asistencia social, etc. Produce actualmente un sector de marginación social, reclutándolo sobre todo en las zonas más desfavorecidas de la sociedad, particularmente cualificado por la intervención estigmatizante del sistema punitivo del Estado, y por la realización de aquellos procesos que, en el nivel de la interacción social y de la opinión pública, son activados por la pena y concurren a realizar su efecto marginador y atomizador. Además de la consabida función de consolidación definitiva de carreras criminales. Refiere también, que la cárcel posee un carácter contradictorio ya que no es posible excluir e incluir al mismo tiempo. La cárcel refleja a la sociedad, sobre todo en las características negativas. Las relaciones sociales y de poder que se producen al interior de la subcultura carcelaria son la ampliación, en forma menos mistificada y más “pura”, de las características típicas de la sociedad capitalista, basadas en el egoísmo y en la violencia ilegal en cuyo seno los individuos socialmente más débiles se ven constreñidos a funciones de sumisión y explotación. Para modificar lo anterior Baratta precisa que “antes de querer modificar a los excluidos es preciso modificar la sociedad excluyente, llegando así a la raíz del mecanismo de exclusión”.⁴⁹

Un criterio en torno a la función de la cárcel que merece nuestra atención, es el de Durkheim, quien explica que “la prisión ha sobrevivido porque satisface el deseo popular –o judicial- de infligir castigo a los infractores y apartarlos de la vida social normal sin importar cuáles sean los costos o las consecuencias de largo plazo”.⁵⁰

Por último, nos referiremos al concepto oficial que de prisión nos proporcionan algunos documentos normativos a nivel internacional y, en el ámbito nacional.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos emitidas por la Organización de las Naciones Unidas en 1955,⁵¹ establecen que la prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son alictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de la libertad. (...) El fin y justificación de las penas y medidas privativas de la libertad son: proteger a la sociedad contra el crimen aprovechando el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible,

⁴⁸ Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI editores, 16ª. Edición, México, 1989. pp. 233-252.

⁴⁹ Baratta, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI, México, 1990 pp. 173-198.

⁵⁰ Durkheim, E., *Two laws of penal evolution*. Cit en Garland, David, *op. cit.* pp.53-55.

⁵¹ Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, dado a conocer en el “Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente” celebrado en Ginebra en 1955. Fueron aprobadas dos años más tarde y han permanecido vigentes hasta nuestros días.

que el delincuente una vez liberado, no solamente quiera respetar la ley y proveer sus necesidades, sino que sea capaz de hacerlo.

Por su parte el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos⁵² y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵³ expresan que: las penas privativas de la libertad tienen como finalidad esencial: la reforma y la readaptación social de los penados.

En el ámbito nacional nuestra legislación fija que la prisión es una pena que consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial.⁵⁴

Asimismo, nuestra Constitución señala en su artículo 19°, una modalidad de la pena privativa de la libertad denominada: prisión preventiva, la cual es solicitada al juez por parte del Ministerio Público sólo cuando otras medidas cautelares no son suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en un juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. También el juez podrá ordenarla de manera oficiosa en casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, (...)

En cuanto al sistema de prisiones del país, el artículo 18° constitucional instituye que:

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.(...)

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en **el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo** así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido **reconocidos**. (...)

Ahora bien, si observamos con detenimiento la cita anterior, podemos advertir que en su redacción se ha incluido el respeto de los derechos humanos como una de las bases sobre las que se debe organizar el sistema penitenciario nacional junto con el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte. Adición hecha en la reforma constitucio-

⁵² El Pacto fue adoptado por votación unánime por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966.

⁵³ La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José fue signada el 18 de noviembre de 1969 en San José Costa Rica.

⁵⁴ Art.25 del Código Penal para el fuero federal en la República Mexicana. (Vigente a junio de 2012)

nal en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011.

Esta reforma, nos ofrece la posibilidad, de cambiar de manera profunda la forma de concebir, interpretar y aplicar los derechos en México. Enfatiza que en nuestras cárceles se deben respetar los derechos humanos y que no puede haber un régimen penitenciario compatible con su violación. La pena de privación de la libertad de la que son objeto las personas que delinquen, no justifica de ninguna manera que se violen sus derechos humanos, ni por acción ni por omisión de las autoridades. Es preciso hacer notar que esta reforma no olvidó a este sector de la población, no obstante de tratarse de un grupo de seres humanos que han sido victimarios pero que se convierten en víctimas del sistema de justicia penal en el momento de ser aprehendidos, dado que, no sólo quedan privados de la libertad, sino que aunado a esta privación pierden autonomía y autodeterminación, por ello, al estar en situación de encierro se tornan débiles⁵⁵, hecho que el mismo estado debe considerar si se precia de ser un Estado Democrático de Derecho, y aún más, porque nace justo cuando la situación del respeto por los derechos humanos en nuestro país se ha degradado considerablemente dentro de un marco de exacerbada violencia ilegal de parte de algunos representantes del gobierno (sean estos parte de las fuerzas armadas o del área de seguridad y custodia de las prisiones), y cuando el estado mexicano cuenta ya, con seis sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que constatan a nivel internacional que el gobierno de México presenta graves deficiencias en la defensa y promoción de los derechos. Por todo ello, estas breves pero sustanciales adiciones al marco legal de la existencia de la prisión en la República Mexicana resultan trascendentales.

Así, al considerar todas y cada una de las aportaciones anteriores dentro de un análisis global, se puede afirmar que los establecimientos de reclusión, sean éstos para menores o bien para adultos, son parte de la construcción social denominada Derecho Penal, y funcionan como uno de los instrumentos del Estado para ejercer el control social, porque se crea un imaginario que cubre la expectativa o necesidad humana, tanto a nivel individual como colectivo, de sentir que se está haciendo justicia, que se vive seguro y de que se está protegido. Todo ello, a través de una ideología que le da sentido a la prisión al combinar como funciones manifiestas de ella la reinserción social del delincuente y la intimidación de éste, así como de la población en general, a fin de garantizar la protección de los intereses del conglomerado. Conviene aclarar que esta ideología omite las funciones no declaradas, que en el mundo de los hechos son las que verdaderamente se cumplen.

Y finalmente, bajo una visión del derecho penal mínimo y garantista,⁵⁶ nos adherimos a lo expresado por Ferrajoli al afirmar que, la pena, en este caso la privativa de la libertad, no sólo debiera servir para prevenir los injustos delitos, sino también para prevenir los castigos injustos, que no tutela sólo a la persona ofendida por el delito sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas, en este sentido la pena no sólo es un medio, sino que es ella misma un fin.⁵⁷

⁵⁵ Véase Ferrajoli Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Editorial Trotta, 4ª Edic. Italia. 2004.

⁵⁶ Ferrajoli, *Derecho y ...op.cit.* pp. 851-854 ... es posible distinguir tres acepciones de la palabra Garantismo (Un modelo normativo de derecho; una teoría jurídica de la validez y de la efectividad y una filosofía política)

⁵⁷ *Ibidem*, p. 332.

4. BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI, México, 1999.
- ENRÍQUEZ RUBIO H., Herlinda, *El pluralismo Jurídico Intracarcelario*, Porrúa, México, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal*, Edit. Trotta Madrid, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Edit. Trotta, 4ª edic. Italia. 2004.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI editores, 16ª. Edición, México, 1989.
- GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*. Un estudio de teoría social. Siglo XXI editores, México, 1999.
- GIDDENS, Anthony, *La tercera Vía. La renovación de la socialdemocracia*. Taurus, México 2000.
- GIDDENS, Anthony: *La Tercera Vía y sus críticos*, Taurus, España 2000.
- GOFFMAN, Erving, *Internados*, Amorrortu editores, 4ª reimpresión, Buenos Aires, 1992.
- HULSMAN, C. Louk: *El Sistema de justicia penal y el futuro de las prisiones*. Ponencia presentada en el encuentro internacional citado. México 1993.
- PAVARINI Massimo, *Control y Dominación*. Siglo XXI editores, 1988.
- RIVERA BEIRAS, Iñáqui, *et. al. Tratamiento Penitenciario y derechos fundamentales*. Edit. Bosch, J.M., Barcelona 1994.
- SANDOVAL, H. Emiro, *Penología*, Parte General. Universidad de Colombia 1982.
- SCHEERER, Sebastián: *La prisión en la teoría de la prevención-integración*. Ponencia presentada en el encuentro internacional: "La experiencia del penitenciarismo contemporáneo: aportes y expectativas" organizado por la II Asamblea de representantes del Distrito Federal y el Departamento del Distrito Federal del 26 al 27 de julio de 1993.
- SPECKMAN G. Elisa. *Crimen y Castigo*. El Colegio de México Centro de Estudios Históricos de la UNAM, México 2002.

NOTAS PERIODÍSTICAS

SIPSE.com, Milenio 28 de agosto 2009.

DOCUMENTOS NORMATIVOS

Código Penal Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. 18 de noviembre de 1969, San José Costa Rica.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

Pacto Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, presentadas en el 1er Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, el 30 de agosto de 1955, Ginebra.

CRISIS DEL DERECHO PENAL BURGUÉS (un examen al carácter de clase del estado de derecho)

Crisis of the bourgeois criminal law (An examination to the Rule of Law's class nature)

“Se busca un Juez que ocupe el medio, entre las partes; y a veces se da a los jueces el nombre de mediadores, como si estuviéramos seguros de haber encontrado la justicia, una vez que hemos hallado el justo medio”.

Aristóteles
Ética a Nicomaco

Oscar A. Fernández O.*

Sumario:

1. Introducción. 2. La expansión del derecho penal: en defensa de un orden de clase. 3. La Democracia y la Ley. A manera de conclusión. 4. Bibliografía

Resumen. La visión burguesa acerca del delito común se ciñe estrictamente al acto violento cometido por uno o más individuos en contra de la propiedad o de la integridad física a terceros y su solución es de exclusiva responsabilidad del Estado, quien debe ejercer la violencia legal para controlarla o erradicarla, quedando la comunidad a merced de las medidas policiales y judiciales que se implementan para tal fin. El delito no es una anomalía, es el resultado insoslayable de la existencia del modelo de explotación y expropiación en la sociedad capitalista, que promueve un capitalismo salvaje.

El origen del delito es de carácter estructural, es immanente al tipo de relaciones de propiedad, de producción y de intercambio que se dan dentro de ella. La reproducción del capitalismo se presenta no sólo como producción y distribución de mercancías, también como reproducción de individuos carentes de medios de subsistencia que se ven obligados a venderse al capitalista (y esto es necesario para la preservación del sistema) pero como no todos logran incorporarse al sistema productivo –ya que este es incapaz de absorberlos en sutotalidad-, se origina una “masa” de desposeídos (ejército de reserva los llamaba Marx) que no pueden garantizar en absoluto su existencia; esta “masa” privada de todo medio de subsistencia se ve empujada a saciar sus necesidades básicas de manera instintiva e inmediata; ya no se le presentan opciones entre lo correcto o no, lo deseable o no; ahora es un asunto de perentoria supervivencia del individuo, del marginado, del execrado del disfrute de la riqueza que produce la propiedad privada, obligándose a esa “masa” a delinquir.

Palabras clave: Derecho, Orden Jurídico, Estado de Derecho, Estado Democrático, conflicto social.

* Polítologo y Pedagogo. Catedrático- Investigador Universitario. Estudiante del Doctorado en CC SS. Universidad del Zulia, Venezuela. Universidad de El Salvador. jucarman.dez@gmail.com

Abstract. *The bourgeois vision of the offense adheres strictly to common violent act committed by one or more individuals against property or physical integrity of others and their solution is the sole responsibility of the State, who must use violence to control or eradicate legal, leaving the community at the mercy of police action judicial and implemented for this purpose. Crime is not an anomaly, is the inevitable result of the existence of the pattern of exploitation and expropriation of capitalist society, which promotes a savage capitalism. The origin of the crime is structural; it is inherent to the type property relations of production and exchange that exist within it. The reproduction of capitalism has not only production and distribution of goods, as well as reproduction of individuals without means of subsistence are forced to sell to the capitalist (and this is necessary for the preservation of the system) but as not all manage to enter the productive system, as this is unable to absorb them into their -all, it causes a "mass" of the dispossessed (reserve army Marx called them) who cannot absolutely guarantee its existence, this "mass" deprived of all means of subsistence is driven to satisfy their basic needs instinctively and immediate and are not presented choices between right or wrong, desirable or not is now an urgent matter of survival of the individual, the marginalized, the execrated the enjoyment of the wealth produced private property, forcing the "mass" to commit crimes.*

Keywords: *law, legal system, rule of law, democratic state, social conflict.*

1. INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho excede un simple conjunto de normas constitucionales y legales, pues involucra a todos los ciudadanos, no sólo a diputados que legislan o a políticos que gobiernan. La existencia del Estado de Derecho se mide en el funcionamiento de las instituciones y en la praxis política cotidiana. El Estado de Derecho suministra la libertad para el libre juego de pensamiento y acciones y debe permitir las modificaciones y cambio que el proceso social requiera. El Estado de Derecho excede el campo de lo jurídico para tocar el terreno de la política y la ética, pues existen derechos naturales inalienables. Así entendido, podemos hablar de un *Estado Social Democrático de Derecho* que comprende los derechos sociales de los cuales la población es titular y garantiza el ejercicio pleno de la democracia, reflejada en las leyes, la educación y la cultura.

Es obvia, entonces, la relación entre derecho y política. El derecho emana de la voluntad de los ciudadanos no de una élite económica, y el gobierno, expresión de esa voluntad ciudadana, está limitado en su acción por los derechos que esa voluntad encarna. El logro del bien común es el objetivo genérico del derecho. Si bien la democracia es una forma jurídica específica no puede limitarse a garantizar la alternancia en el poder de las diversas expresiones políticas, sino que debe avanzar en la institucionalización de principios y valores de justicia social distributiva.¹

En este sentido, el principio de Estado Social de Derecho contrasta con el Estado de Derecho liberal en cuanto a sus fines: el Estado Social de Derecho ya no se limita solamente a asegurar la vida, la propiedad y la libertad mediante la protección contra el fraude, el hurto, el incumplimiento contractual o los daños ocasionados por terceros, funciones típicas del Estado gendarme. Sus fines tienen mayor alcance e incluyen, entre otros, promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados

¹ García, Jordi. *Ética contrapolítica. Los intelectuales en el poder de Elías Díaz*. 1990. Ed. Paidós, Barcelona.

en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.

El Derecho, para decirlo claramente, es un fenómeno politizado (es decir, de naturaleza política) pues dependerá del consenso alcanzado en democracia. En otras palabras los derechos sociales deben ser incorporados a los fundamentos del orden estatal mismo. Es esto lo que se llama Estado Social de Derecho y es lo que una democracia participativa en este siglo XXI debe profundizar, permitiendo que se plasmen en las conductas políticas democráticas de todos los días la mutabilidad y los desafíos relativos al bien común. Para ello debe crear canales donde fluyan las voluntades y se encaucen los procesos de desarrollo de las personas que constituyen todo el entramado democrático. Se requiere, pues, de una cultura política de la legalidad vista como la convicción de que no basta la existencia de un Estado de Derecho para que pueda hablarse de una sociedad justa, pues la sociedad justa sólo se alcanza en un Estado Social de Derecho. Al igual que debemos admitir que es en la democracia participativa, donde se puede proceder a distribuir la riqueza social.

La democracia está hecha de los materiales sociales que componen la sociedad llamada democrática. Las normas jurídicas no son legítimas sólo por su origen, fundamentalmente lo deben ser por sus efectos. El asunto es, pues, el papel del derecho (*Rule of law*) en la fundación y regulación de la democracia. La Constitución es el consenso sobre una concepción de la vida colectiva, es el contrato social. En nuestra sociedad no existe un compromiso hacia las reglas del juego democrático encarnado en el derecho, ni por parte del pueblo ni por parte de las autoridades. El Estado Social de Derecho implica principios éticos, jurídicos y políticos que deben tener eco en las decisiones judiciales que fomenten el respeto a las reglas fundamentales del juego político.²

2. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL: EN DEFENSA DE UN ORDEN DE CLASE

No conocemos ni nos explicamos completamente nuestra existencia contemporánea, porque nuestra comprensión del pasado como del presente, se encuentra mitificada por una ideología (visión falsificada de la realidad) que nos miente y nos engaña constantemente y sólo sirve para preservar el orden económico-social, político-jurídico vigente. El orden de clase, en este plano y de acuerdo a una visión marxista de la conformación social, es la disposición en que se encuentra establecido el sistema de propiedad de los medios de producción, resguardado por una legalidad diseñada de manera ex profesa, para proteger los intereses de la clase dominante, en este caso la burguesía. Todo el ordenamiento jurídico del Estado, como instrumento de control de esta clase, está en función de lo anterior, aunque el discurso filosófico liberal apunte a la igualdad “frente a la ley”.

Si se quiere eliminar la explotación y la opresión de nuestra realidad, debemos reflexionar críticamente y en forma activa acerca de nuestras propias opiniones y prácticas cotidianas,

² En el terreno teórico, las nociones de «ley» y «derecho» son tratadas (sin intención de entrar en discusiones de relativa profundidad), como el debate entre iusnaturalismo y positivismo jurídico a partir de nuestras visiones de sentido común hasta situarlas en una relación precisa con la política. Con este propósito, nuestra perspectiva de análisis del Estado de derecho lo vincula con problemas de fundamentación moral y política que muchas veces quedan fuera de los enfoques que se limitan a lo jurídico. Ésta es la razón por la que, una vez que entramos en el terreno legal, nos quedamos en el nivel que más admite una lectura política y social: la teoría constitucional, nivel que es, por lo demás, la forma de presentación moderna de la figura del Estado de derecho. (Ver Estado de Derecho y Democracia. Jesús Rodríguez Zepeda. Cuadernos de divulgación de la cultura democrática. Instituto Federal de México. Cap. III: Kant. Ética y Estado de Derecho)

comprendiendo dialéctica e históricamente la cosmovisión del mundo que nos rodea. Marx, precisa que: “No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia”.^{3, 4}

En tal sentido, debemos entender que cualquier posibilidad de una vida distinta resultará únicamente de nuevas ideas que se formen cuando modificamos nuestra concepción de la realidad y de nuestro modo de vida, siendo necesario para ello un nuevo punto de partida intelectual, espiritual, político, comprendiendo que son los pueblos quienes hacen su historia por su acción según su voluntad, que es la expresión de sus ideas (ideología), las que proceden de sus condiciones de existencia material, de su pertenencia a una clase. Por lo que, solamente con una explicación teórica de nuestra práctica y de nuestras ideas podremos empezar a construir un país mejor. Estamos obligados, si nuestro objetivo es liberarnos, a crear pensamiento alternativo, coherente y correspondiente con la época histórica que nos ha tocado vivir.

En el campo del régimen legal, nuestro pensamiento se limita a confirmar una ideología del establishment que respalda el orden social y económico vigente (statu quo) Mientras no se comprenda la naturaleza del derecho en la sociedad capitalista neoliberal, seguiremos sujetos a una realidad opresiva. De lo señalado diremos entonces, que, se necesita una filosofía crítica-marxista del orden legal imperante, que permita encarar y procurar el logro de una nueva realidad.

Únicamente con una comprensión real del significado del orden legal, a través de una Teoría crítica dialéctica e histórica, será posible superar el presente y crear una existencia alternativa al orden imperante de los grandes capitalistas, por cuanto, el objeto final de una filosofía crítica del orden legal, es la liberación que se logrará a través de una crítica de una acción revolucionarias de los seres humanos, permitiéndonos salir de esta manera de la ideología burguesa y de sus condicionantes.

El Derecho Penal capitalista, por sí solo, como lo hemos dicho en ocasiones anteriores, protege a una minoría de la población: a los explotadores, a los detentadores del poder económico y político y por ende propietarios de los medios de producción, en desmedro de las grandes mayorías, carentes de bienes y propiedad privada de los medios de producción, y que solo son dueños de su fuerza de trabajo (desocupados, explotados, oprimidos, pobres, excluidos sociales), impidiendo así el sistema jurídico que las clases desposeídas adquieran poder, o mejor dicho lo ejerzan ya que les corresponde históricamente.⁵

³ Marx, C. *Contribución a la crítica de la Economía Política*. Ed. Siglo XXI. 1980

⁴ *En un estado determinado de su desarrollo las fuerzas productivas materiales de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes o –lo cual sólo constituye una expresión jurídica de lo mismo- con las relaciones de producción dentro de las cuales se habían estado moviendo hasta ese momento. Al considerar esta clase de trastocamientos, siempre es menester, distinguir entre el trastocamiento material de las condiciones económicas de producción, fielmente comprobables dentro de las ciencias naturales, y las formas jurídicas, religiosas, políticas, artísticas o filosóficas, en suma ideológicas, dentro de las cuales los hombres cobran conciencia de este conflicto y lo dirimen.* (Karl Marx. *Contribución a la Crítica de la Economía Política*. 1859)

⁵ *Parece obvio que el derecho penal del enemigo realiza una demonización de determinados grupos de infractores, esto es, es un derecho penal de autor y no de hecho. Si observamos nuestra legislación penal en materia de terrorismo, el “estar ahí” de algún modo, “formar parte” de alguna manera, “ser uno de ellos”, aunque solo sea ideológicamente, es suficiente. En este sentido se pronuncio acertadamente el jurista chileno Juan Bustos, al afirmar que la legislación antiterrorista “no está dirigida a hechos determinados, sino a sujetos determinados, a los terroristas, con lo cual ya el principio básico del derecho penal como un derecho sobre hechos y no sobre autores, resulta afectado”. Comparto la idea defendida por este autor de que la idea de partida de esta legislación se basa en una relevancia total del aspecto subjetivo, lo que produce una división*

La aparente contradicción prevención - represión, no es el fracaso del sistema penal que confía más en la represión, sino en las groseras contradicciones y desigualdades que presenta nuestro proceso social, exacerbadas por una estrategia neoliberal extremista que descarta el bienestar social, aumenta la exclusión y potencia la concentración de la riqueza. La policía no es un hecho metafísico, sino que político; no es una institución simplemente del Estado, sino siempre de un **determinado** Estado.⁶

En otras palabras diríamos que tener fe ciega en los parámetros legales estipulados por el Derecho penal, y aceptar la explicación y descripción de los fenómenos del crimen y la violencia generalizada, sin el mayor análisis crítico es caer en una postura subjetiva y dogmática, al creer en la “cientificidad” de esta perspectiva de estudio del delito, de tendencia técnico jurídico y acrítica.

Las tasas de criminalidad de cualquier Estado también constituyen un índice de la medida en que la clase dominante, a través de su aparato de derecho punitivo, debe ejercer su coerción sobre el resto de la población evitando de esa manera cualquier amenaza a su capacidad de poder y poseer. Así, la ley penal como medio de coerción para el establecimiento del orden interno en interés de la clase dominante, se convierte en una premisa fundamental de la crítica radical sobre el crimen.

En El Salvador impera un capitalismo selectivo en donde no hay una economía abierta a los más pobres que son la mayoría, sino abierta a la globalización y a la especulación del capital transnacional, esto se explica debido a que existe una mala e injusta distribución de la riqueza social, de la renta nacional per cápita y tiene como complemento un alto índice de desempleo y más del 40% de subempleo o empleo informal. Con la desregulación del trabajo laboral se ha intensificado la explotación del trabajo sobre todo juvenil, incrementando la pobreza, la desocupación y la exclusión social, favoreciéndose los grandes señores capitalistas dominantes.

Esto ha demostrado en los hechos que el neoliberalismo como respuesta a la crisis de desarrollo, no sólo ha sido incapaz de resolver las necesidades básicas de la población como: salud, educación, trabajo, etc., sino que por el contrario ha agudizado las enormes diferencias existentes en nuestra sociedad actual, haciendo más pobres a los pobres y enriqueciendo más a los ricos todo por su afán de acumular más riqueza. Es un modelo basado en la violencia, que por lógica engendra violencia.

Comprender que el sistema legal no está al servicio de la mayoría de la población nacional, sino de los intereses de la clase dominante, es el punto de partida de una comprensión reflexiva, crítica y radical del derecho penal en la sociedad capitalista neoliberal.

“La clase dominante logra mediante su empleo del sistema legal preservar un orden interior que permite a los intereses económicos dominantes conservarse y promoverse. La clase

entre amigos y enemigos. Esto es, el terrorista deja de ser un ciudadano más y pasa a ser un enemigo. (Juan Fernández Requena. Terrorismo en el Derecho Penal del Enemigo. Universidad de Valencia. España, 2001)

⁶ *Bajo el impacto de la mundialización del capitalismo y las nuevas relaciones económicas y sociales que ésta genera, nuestras ciudades deshacen las antiguas relaciones culturales, comunitarias y religiosas, y precipitan a los habitantes a relaciones cada vez más difíciles y agresivas suscitadas básicamente por la exclusión de cada vez mayor cantidad de personas. “La juventud ha sido anatemizada y convertida en objeto de miedo. Los adultos tratamos de beneficiarnos de la impunidad, y cada uno siente que los valores de la vida social están siendo cuestionados más gravemente por estas faltas de civilidad que por el delito mismo* (Michel Marcus. El delito y la regulación de conflictos urbanos. ILANUD, Ed. Siglo XXI. 1997)

dominante sin embargo, no ejerce el control directo del sistema legal, sino que debe operarlo a través de los mecanismos del Estado”.⁷

La visión burguesa acerca del delito común se ciñe estrictamente al acto violento cometido por uno o más individuos en contra de la propiedad o de la integridad física a terceros y su solución es de exclusiva responsabilidad del Estado, quien debe ejercer la violencia legal para controlarla o erradicarla, quedando la comunidad a merced de las medidas policiales y judiciales que se implementan para tal fin. El delito no es una anomalía, es el resultado insoslayable de la existencia del modelo de explotación y expropiación en la sociedad capitalista, que promueve un capitalismo salvaje.⁸

El origen del delito es de carácter estructural, es inmanente al tipo de relaciones de propiedad, de producción y de intercambio que se dan dentro de ella. La reproducción del capitalismo se presenta no sólo como producción y distribución de mercancías, también como reproducción de individuos carentes de medios de subsistencia que se ven obligados a venderse al capitalista (y esto es necesario para la preservación del sistema) pero como no todos logran incorporarse al sistema productivo –ya que este es incapaz de absorberlos en su totalidad–, se origina una “masa” de desposeídos (ejército de reserva los llamaba Marx) que no pueden garantizar en absoluto su existencia; esta “masa” privada de todo medio de subsistencia se ve empujada a saciar sus necesidades básicas de manera instintiva e inmediata; ya no se le presentan opciones entre lo correcto o no, lo deseable o no; ahora es un asunto de perentoria supervivencia del individuo, del marginado, del execrado del disfrute de la riqueza que produce la propiedad privada, obligándose a esa “masa” a delinquir.⁹

El drama histórico de nuestro tiempo es que la burocracia del Estado y el sistema político corrupto, debaten acerca del delito y sus consecuencias, logrando que pase desapercibido el carácter de clase capitalista del Estado, su verdadero fundamento o contenido social. El Estado de los hombres más ricos ha planteado el debate en términos que nada tienen que ver con la supuesta defensa de los derechos de la “ciudadanía” o de los “intereses generales” de las “personas”, ni con los derechos históricos nacionales, sino con el dominio o la decisión de rescatar y fortalecer el modelo neoliberal y perpetuar una sociedad excluyente, necesaria

⁷ Elena Larrauri. La herencia de la criminología crítica, ed. Siglo XXI, 2da. Edición. México.

⁸ *Adicionalmente, de acuerdo con Ferrajoli, para que una pena esté justificada debe probarse que cumple con las finalidades antes expuestas. En este sentido Ferrajoli (1995: 325) distingue doctrinas de justificación (criterios valorativos que sólo pueden rebatirse con argumentos normativos) y justificación (comprobación empírica de los fines preconizados). Entiendo como un avance de la teoría de Ferrajoli que no declare la pena justificada hasta que no se pruebe empíricamente la correspondencia entre el fin que debe servir y la función que efectivamente cumple, superando con ello la creencia de que basta la alegación de la prevención de delitos para creer que la pena está justificada (falacia normativista).* Elena Larrauri. *Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo*. Estudio realizado en 1998, presentado en la Facultad de Derecho, Universidad de Medellín.

⁹ Zaffaroni, lo explica de esta forma que comparto en otro trabajo que publiqué: “En la teorización de la política criminal, siempre se postularon mayores cuotas de represión para los crímenes más graves, incluso, desde las posiciones más radicalizada. Además, casi siempre se ha teorizado una represión diferente para los no molestos (a la policía) y otra para los molestos, destinando, para los últimos, medidas de segregación o eliminatorias, desproporcionadas con la gravedad de las infracciones cometidas. En consecuencia, no es ninguna novedad que se teorice una represión penal plural: por un lado, para los patibularios (¡Mátenlos!) y para los locos y molestos (¡Fuera de aquí!), y, por otro, para los ocasionales (Gente más parecida a uno, que se equivoca)” Zaffaroni, Eugenio. La legitimación del control penal de los “extraños”. Publicado en www.neopanopticum.wordpress.com, agosto de 2008.

para el desarrollo del mercado que se sustenta en la desigualdad. Un Estado que se defiende de sus “nuevos enemigos”.¹⁰

En El Salvador, la reforma penal ha traído más confusión que efectividad, puesto que el liderazgo político no termina de digerir que en una democracia real la institución policial cambia el viejo concepto clasista burgués por el de servicio público, obligándola a proteger los derechos de los ciudadanos y a descubrir la mayor cantidad de delitos, para que el sistema penal cumpla con mantener la criminalidad dentro de límites socialmente tolerables.

La problemática de la criminalidad es un asunto complejo, que debe ser abordado de manera sistemática y multifactorial, hemos insistido en ello. Aun así, es una utopía pretender erradicar la delincuencia, porque es consustancial al conglomerado social. Sin embargo, es factible aspirar a una reducción de sus cifras. El cumplimiento de este objetivo está condicionado a la sensatez de las soluciones propuestas desde la política criminal estatal. Si se opta por soluciones inadecuadas, el problema, lejos de disminuir, sin duda aumentará pasando de formas simples a formas mucho más complejas, pues sus efectos se acumulan y se convierten en causas.

El triángulo policía – justicia penal – cárcel se ha demostrado impotente. Tenemos la Policía con el mayor presupuesto de Centro América y la delincuencia continua sin presentar una reducción alentadora. A la Fiscalía se le ha otorgado el monopolio en la investigación criminal y sin embargo su fracaso es manifiesto. El problema de los reclusorios y centros de detención es ya impresentable.

Para ser efectivos contra el delito no necesitamos transformar a la Policía en un suprapoder justiciero o en un súper ejército armado hasta los dientes, ni convertir el país en un gigantesco campo de detención, dónde todos seremos culpables hasta que no probemos lo contrario. Lo que la Policía debe hacer es depurarse, especializarse, prepararse y reorganizarse en función de una mayor exigencia para enfrentar adecuadamente nuevas y mucho más complejas modalidades del crimen callejero y del gran crimen organizado, que ha sido “ignorado” por mucho tiempo.

El debate no ha perdido actualidad. Todo lo contrario. Todos los días seguimos encontrándonos con sectores del poder político que pretenden echar mano al derecho penal para “solucionar” conflictos. Por otro lado, seguimos encontrando justificaciones doctrinarias de esas prácticas.

Asimismo, en la posición contraria seguimos escuchando, cada vez con mayor ahínco teórico, afirmaciones provenientes de grandes exponentes de la sociología y la criminología que pugnan por deslegitimar la expansión normativa llevando las cosas a estadios exorbitantes. De ahí la insistencia por nuestra parte de seguir investigando, acerca de los verdaderos límites del poder punitivo del Estado. Límites estos, que se intentarán buscar en los dos sentidos posibles, es decir, buscando el mínimo de conductas que deben estar previstas por las

¹⁰ Si la cúspide de la civilización fue alcanzada a través del actual sistema capitalista, cuyos mejores tesoros a mostrar son su democracia representativa, su positivización de los derechos humanos y su derecho penal y procesal penal respetuoso de las garantías individuales ¿Cuál es el motivo de las continuas violaciones de esos derechos humanos? ¿Cuál es la necesidad permanente de recurrir a legislaciones de excepción que “limiten”, “restringan”, “suspendan” determinadas garantías individuales? ¿Por qué se deja de lado el tan laureado Estado de Derecho y se legisla respondiendo a coyunturas, con una clara tendencia a ganar rédito político y no de garantizar la justicia? El Derecho Penal del Enemigo, sostiene Riquert y Palacios, surge como una postura teórica en la dogmática penal que justifica la existencia de un derecho penal y procesal penal sin las mencionadas garantías. Uno de sus sostenedores es el pensador alemán Günther Jakobs, quien a los fines de construir su teoría del delito se basa en el estructuralismo-funcional de Luhmann. Revista La Ley. www.scrbd.com

leyes penales como así también los límites sobre lo máximo que pueda pensarse de acuerdo a las exigencias de justicia. En otros términos, intentaremos buscar los límites de un derecho penal *justo*, que sancione aquello que por lógica debe ser sancionado, pero deslegitimando aquella intervención estatal que, so pretexto de “necesidades político-criminales”, configure un arbitrario ejercicio del *ius puniendi*.¹¹

Es lamentable que pretendidas políticas civilizatorias y digamos modernas en materia de seguridad pública, sean víctimas de un cuestionamiento superfluo e ideologista y terminen siendo orientadas a la utilización del derecho represivo frente a la ocurrencia de los múltiples conflictos sociales. El Estado y sobretudo los legisladores no deben continuar concibiendo la función policial como exclusivamente represora del crimen y a la policía como una agencia estatal destinada sólo a la ejecución de la norma penal.

En otro plano, una afligida sociedad se pregunta cómo después de firmada la paz, veinte años de gobiernos ultraderechistas han propiciado un tremendo fracaso frente al avance del crimen y de la impunidad, permitiéndoles incrustarse en nuestro imaginario social con la categoría de cultura.

La respuesta está en una visión simplista de las causas del delito y en la falta de capacidad para reconducir a la policía, la cual evidencia ya un deterioro que la desvía de los propósitos trazados por los Acuerdos de Paz. Es posible que hace quince años hayamos pensado, consciente o inconscientemente, en una policía para controlar delitos manifiestos contra los bienes y el mantenimiento del orden público, pero ahora, frente a nuevas formas de criminalidad, debe adoptarse otro modelo psicológico de selección policial y sin duda, de profesionalización y organización.

Si la nueva realidad nos demanda construir un Estado democrático dónde el Derecho no sólo sea norma sino un límite del poder y la característica sea eficacia y sabiduría para gobernar respetando las libertades, no nos escudemos culpando al Derecho de nuestra incapacidad de entender la democracia, porque en el principio de este mito se encuentra la mentira que legitima a los tiranos.

La maquinaria punitiva del Estado se ha visto incrementada cuantitativa y cualitativamente desde hace ya tiempo. Esta incrementación se produce, obviamente, en el plano de lo que la doctrina más popular denomina “criminalización primaria”. Pero en el plano de la

¹¹ *Lejos están los legisladores de tomar en cuenta la verdadera causa de la delincuencia y de programar soluciones, sostiene Leonardo Schonfeld. “La mayoría de ellas a largo plazo, que puedan solucionar el problema. Es más fácil recurrir, con la confianza legalista propia de un racionalista, a las leyes; como si el Código Penal pudiera cobrar vida y, por sí mismo, saliera a reprender delincuentes. El estúpido e infantil idealismo maltrae a quienes expanden el derecho penal. Surge entonces la inevitable pregunta: ¿No atentan estas inflaciones contra un Derecho que verdaderamente respete el mínimo de libertad de que la naturaleza humana es digna? La respuesta es inevitablemente afirmativa. Pero debe ser un poco más reflexiva. Veamos. La inflación penal existe, de eso no cabe duda. Pero ese “hecho” inflacionario puede tener diversas motivaciones, según sea la ideología que lo inspire. En un sentido contrario, la tentativa de limitar al poder punitivo del Estado puede provenir de distintas ideologías que, con fundamentos diferentes y partiendo de diferentes postulados, lleguen a la misma conclusión. Es decir, y valga como ejemplo: Un legislador presenta un proyecto de ley propugnando una reforma al Código Penal introduciendo la pena de “castración” frente al aumento de delitos violación. Pero debe advertirse que esta actitud legislativa vino provocada por los parciales medios de comunicación que “mediatizan” casos previamente seleccionados de entre una enorme cantidad de delitos que se cometen a diario. Así, la expansión del derecho penal se debe, de manera mediata, a los intereses de los medios de comunicación. La mecánica es simple: se cometen delitos de toda índole de los cuales los medios seleccionan los más “relevantes”, generando una “sensación de inseguridad” en la sociedad respecto de la comisión de esos delitos. (Schonfeld, Leonardo. *La expansión del derecho penal como política demagógica*, 2da. Parte. Derecho Penal y Criminología Latinoamericana. 2010)*

criminalización secundaria la situación es la inversa. Nos encontramos con la imposibilidad física de canalizar todo aquello que se “criminaliza” primariamente. Las razones por las cuales estas agencias de criminalización secundaria se ven imposibilitadas de acarrear con aquél aumento desmedido de la incriminación legislativa, pueden obedecer, según creo, a dos factores.

Por un lado, existe una “intrínseca ineptitud operacional” para concretizar la amenaza de pena concebida *teóricamente* de modo abstracto. Es decir, las agencias secundarias no tienen el “poder” para detectar ciertos delitos entre los que se encuentran los más relevantes en el contexto actual latinoamericano. Vale poner como ejemplo, la enorme cantidad de delitos económicos y de corrupción, cuya investigación prácticamente se obvia o se encarga a ciertas instituciones secundarias que por la propia génesis del sistema político se ven imposibilitadas para detectarlos. Por otro lado, nos encontramos frente a una criminalización primaria tan ilusa, simplista y demagógica, que echa mano al Código Penal para solucionar problemas que deben ser resueltos en otro plano.

El proceso penal no puede ignorar ciertos principios rectores de carácter constitucional. Es de interés de la sociedad que los delitos sean sancionados, pero también lo es, el que en la administración de justicia prevalezcan la verdad y el derecho. Es fundamental para la colectividad que tanto la investigación como el procedimiento penal se lleven a cabo sin menoscabar los derechos fundamentales de las personas.

El proceso penal busca descubrir la verdad de lo sucedido con relación al delito o delitos que se investigan, y el instrumento jurídico para realizarlo es la prueba. “La prueba (del latín *probandum*, hacer patente, mostrar) es una constatación de hechos”. Cabe señalar que lo relativo a la subjetividad de la prueba es conocido también como *onus probandi* o la incumbencia del probar. Ello presupone responder a la pregunta ¿cuál de los sujetos procesales debe producir la prueba de los hechos en litigio?¹²

En atención al interés público que supone la materia penal, un importante porcentaje de la actividad probatoria se encuentra a cargo del Estado, que de modo imparcial debe tratar de reconstruir los hechos para encontrar la verdad. Los demás sujetos procesales tratarán por su parte de presentar elementos o medios probatorios que apoyen sus intereses particulares.¹³

Debemos señalar que, de acuerdo a lo anterior, en el proceso penal lo relativo al principio de la carga de la prueba no tiene mayor impacto ya que al imputado se le debe reconocer jurídicamente su inocencia y esto trae aparejada la no-exigencia u obligación de demostrarla.¹⁴

En El Salvador, la reforma Constitucional establece que la Fiscalía General es la responsable de la prueba, lo que vulgarmente significa la condena del imputado. Desde mi punto de vista como politólogo, es decir desde la función política del Derecho, es un error considerar que le corresponda al Ministerio Público Fiscal la carga de la prueba, puesto que su interés no es condenar sino representar fielmente los intereses de la sociedad. Es el litigio entre el pueblo salvadoreño versus él o los imputados.¹⁵

¹² Hernández Pliego, Julio Antonio. Programa de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, México, 2002.

¹³ Celia Blanco Escandón. La prueba y los Derechos Humanos. Universidad Latina de América. Sede México.

¹⁴ Granfeld, David, “Justicia: El Corazón del Derecho. Universidad Iberoamericana, México.

¹⁵ Para evaluar y proyectar el trabajo de la Fiscalía General de la República –FGR– se debe de partir de su papel constitucional específico como operador de la Administración de Justicia, la cual es un sistema de responsabilidad compartida, cuyo eficaz funcionamiento depende de la forma y medida en que se coordinen los roles de cada uno de los sujetos que participa en la misma; el papel y responsabilidad fundamentales de la FGR se

Por ello es que nos atrevemos a afirmar, que el deber real de investigar debe corresponder al Poder Judicial, a través de atribuciones en materia probatoria que podrá ejercitar tanto en la etapa de la instrucción como durante el juicio mismo. Las pruebas se apreciarán por el tribunal según su libre convicción, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia. Alejarse de dicho principio puede conducir a la violación de garantías individuales.¹⁶

La posición del imputado dentro del proceso penal ha sido desde sus orígenes, motivo de controversia. El dilema *ius puniendi* versus *ius libertatis* ha estado presente a lo largo de la historia y de la evolución de las ideas penales y no ha sido siempre resuelto de igual manera. Tenemos planteamientos que van desde la sobrevaloración, por ejemplo, de la prueba confesional que legitimaba incluso al uso de la tortura como un instrumento procesal válido para obtenerla, hasta el reconocimiento de un estado de inocencia garantizado por cada una de las etapas procesales así como por una gama de principios que tutelan los derechos del acusado.¹⁷

El sistema probatorio adoptado en el proceso penal centroamericano constituye un termómetro del nivel de desarrollo democrático de una concreta comunidad. La relación entre proceso penal y sistema constitucional es excepcionalmente evidente al observar cómo los principios básicos que inspiran la justicia penal deben obtener una referencia en la carta política. En realidad el régimen procesal es reflejo fiel del sistema político, y da más o menos atribuciones al juez, a la defensa y a los ciudadanos, según el sistema político imperante.^{18, 19}

A pesar de ello, los ciudadanos alarmados por el constante incremento de las actividades criminales reclaman un cambio hacia una postura más represiva y dura del sistema penal. La mejor forma de combatir los abusos y la represión en materia penal continúa siendo la de limitarlos mediante la protección de los derechos inalienables de los seres humanos. Los poderes probatorios no deben conducirnos al autoritarismo. El buen criterio judicial, al resolver sobre la responsabilidad penal de una persona, se debe apoyar en el respeto por parte del Estado a la dignidad e integridad del ser humano, sino se profundiza la victimización y la violencia crece, impulsada por un efecto paradójico del Derecho Penal clasista.

ubica en la promoción de la acción penal pública y en la investigación y persecución del delito. (Ortiz Ruiz, Eliseo. Diez Tesis para un Debate sobre la Fiscalía General) www.eliseo-ortiz.blogspot.com

¹⁶ Azuela G., Mariano. Derecho, Sociedad y Estado. Universidad Iberoamericana, México, 1996.

¹⁷ Binder, A. Justicia Penal y Estado de Derecho. La justicia penal a las puertas del siglo XXI. 2004

¹⁸ Daniel González. Presidente Sala Casación. Costa Rica, www.cienciaspenales.org.cr

¹⁹ *Se destacan tres grandes irregularidades del proceso inquisitivo muy conocidas y debatidas que los penalistas, estén de acuerdo en las siguientes, que alimentaron la necesidad de una reforma constitucional:*

1. *La confusión de funciones investigativas, acusatorias y judiciales en los fiscales fundamentadas en el afán de aplicar una justicia retributiva.*
2. *La falta de publicidad del proceso penal por el enorme compromiso de lo escrito sobre lo oral en el proceso penal.*
3. *La irrelevancia del juicio oral en la medida que los procesos criminales en el país se deciden en la parte sumarial o fase de investigación. (Álvaro Cárdenas. La justicia restaurativa vs. La justicia retributiva en el sistema penal acusatorio. Prolegómenos- Derechos y Valores. Bogotá, D.C., Colombia - Volumen X - N° 20 - Julio - Diciembre 2007.)*

3. LA DEMOCRACIA Y LA LEY. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La mayoría de las personas piensan que las leyes sirven para poco, sobre todo cuando en este país los primeros en hacer que se cumplan se encargan de violarlas a su antojo, fomentando y diseminando la corrupción como forma de manejar el Estado y por su lado, los que deben aplicarlas parecen no estar capacitados ni profesional ni éticamente, salvo contados políticos, funcionarios y jueces capaces y valientes, que son la excepción que confirman nuestras bizarras reglas del “juego social”.

El escepticismo y la suspicacia de la población respecto a la efectividad de la protección legal en nuestro país, no carece de justificación. Esto ocurre porque la concepción del derecho ha cambiado y la ley no ofrece garantías ni se demuestra efectiva para todos. Lo cual se ha convertido en una “razón de peso” para los que detentan el poder, para argumentar que la ley de la sociedad debe ser suplantada por la ley del mercado, es decir, la ley de los iguales por la ley de los desiguales, dónde unos pocos controlan el poder y otros muchos sufren las brutales consecuencias de este abuso.

No obstante hay que mantener la resistencia a esa forma de usurpar el poder colocando el dedo en la llaga, porque la ley no sólo es la norma general cuyo cumplimiento es exigido por la autoridad, sino es el sentido de justicia de la sociedad hecha norma, como afirma N. Bobbio ²⁰

En nuestro país los legisladores evidencian desde hace mucho, una manía por hacer leyes es decir, nos han llevado a una “inflación” de leyes lo cual desacredita al verdadero espíritu del Derecho y degenera el Estado de Derecho. Parece que nuestra suerte hoy depende más de la capacidad o incapacidad del legislador, del funcionario público o del abogado que de la Justicia.

Pero no sólo es la avalancha de leyes lo que disminuye el valor del Derecho, es también su mala calidad, porque a los diputados de la derecha poco les importa la congruencia con el Derecho (incluso lo ignoran) e imponen su voluntad mediante normas confusas que no pueden aplicarse con carácter general, favoreciendo sectores poderosos y destruyendo la naturaleza misma de la ley. La Constitución (por lo menos en teoría) no encomienda la labor de cambiar las leyes a su antojo, sino de evitar que cualquier poder lo haga así. Los parlamentarios no pueden sustituir a los juristas, porque no lo son. Los parlamentos del pueblo no fueron concebidos cómo máquinas productoras de leyes.

Sería enteramente gratuito tratar de identificar (o confundir) este concepto de Estado de Derecho con el concepto de Estado democrático, tan gratuito como sería suponer (como parecen suponerlo nuestros «armonistas éticos» de inspiración krausista) que el Estado de Derecho es un Estado que ha eliminado la violencia y la pena de muerte, como si el derecho no implicase por sí mismo la violencia y como si la pena de muerte no figurase en las constituciones de la mayor parte de los Estados de Derecho de nuestro presente. En efecto, el Estado de Derecho puede considerarse realizado también en una sociedad política fuertemente jerarquizada, aristocrática, por ejemplo, y, en todo caso, no parlamentaria, pero provista de un ordenamiento jurídico prácticamente omnicompreensivo (total) al que hubieran de ajustarse los miembros de la «nomenclatura», y que podría incluso comprender las más sutiles garantías constitucionales de la «libertad personal» (independientemente del estamento o clase social del que el individuo forme parte). Cabe inferir además que un Estado de Derecho aristocrático tendrá muchas posibilidades en sociedades políticas comparativa-

²⁰ Bobbio, Norberto. *Igualdad y Libertad*, ed. Paidós, Barcelona, 1985.

mente sencillas, desde el punto de vista del desarrollo económico y tecnológico; en sociedades pre estatales, por ejemplo, las «formas elementales de parentesco» están mucho más normalizadas que en las sociedades constituidas como Estados. En cualquier caso, el Estado de Derecho de los doctrinarios alemanes estaba concebido en el ámbito de una monarquía hereditaria (no electiva); no contaba con el sufragio universal; el pueblo no era «el cuerpo electoral capitativo» que se reúne en asamblea, o por lo menos, nombra representantes parlamentarios, sino un pueblo concebido históricamente (como lo concibió Savigny), heredero de un derecho considerado sagrado, que se distinguía cuidadosamente de las leyes más o menos contingentes.

No es, por tanto, la transición a una democracia del voto por capitación el criterio que sirve para explicar el origen del Estado de Derecho, ni menos aún, el criterio para determinar el paso a una democracia efectiva. El concepto de Estado democrático no deriva del concepto de un Estado de Derecho. El criterio ha de tomarse de las transformaciones en la composición de las clases y grupos que constituyen la trama del conflicto social.

Es necesario entonces, destacar que resulta crucial rescatar el sistema de garantías constitucionales dado que nuestros derechos no son seguros frente a una concepción formal, positivista y manoseada de la ley, ni pueden estar sujetos a los intereses de clase de la plutocracia o gobierno de los ricos, que echan mano nuevamente del autoritarismo para imponer y defender su ideología de la desigualdad.²¹

El poder económico y sus voceros políticos, realizan una cruzada de “liberalización” del derecho, lo que demuestra el ataque contra el garantismo y la aplicación de un Derecho basado en los derechos humanos. Lamentablemente una sociedad poco educada y con tendencia al autoritarismo como la nuestra, está cayendo en la trampa. Recordemos como lo afirman los datos históricos, que la caída de la democracia griega comenzó cuando las personas fueron sometidas a leyes tan fácilmente cambiables y manipulables, que resultaron incapaces de asegurar la protección de los derechos.

Por ello como dice Norberto Bobbio: “La relación entre derecho y política se hace tan estrecha, que el derecho se considera como el principal instrumento mediante el cual las fuerzas políticas que detentan el poder dominante en una determinada sociedad ejercen su dominio”. En este sentido, la relación entre derecho y política es vital para comprender los distintos modelos jurídicos y la lógica de sus transformaciones.²²

²¹ *En cuanto al poder judicial, el contraste entre la Constitución (España 1978) y el Espíritu de las Leyes no puede ser más frontal. Sin perjuicio de la institución del jurado hay que decir que la idea del poder judicial utilizada de hecho tiene componentes fuertemente corporativos, como corporativo es el concepto de independencia del poder judicial que en este contexto se utiliza. (García S., Pelayo. Diccionario de Filosofía. Biblioteca Filosofía en Español. Oviedo, España, 1999. En www.filosofia.org*

²² *En ese sentido, todos los autores que debatieron el derecho penal autoritario, afinaron y propugnaron reformas político-criminales, proponiendo alternativas al derecho penal vigente. La base de esas reformas consistió siempre en intentar limitar el poder punitivo, o la violencia aplicada legalmente por el Estado, mediante reglas racionales. Dando cuenta de ellas puede escribirse la historia del derecho penal liberal. En los últimos años, y a raíz de la crisis de confianza en los fines instrumentales de la pena, aquel derecho penal democrático ha resurgido con su finalidad limitadora del poder punitivo. Ante las dudas sobre la capacidad utilitaria de la pena (Garland 1999), las políticas criminales propugnadas por los autores democráticos han intentado basarse en la prudencia y en la limitación de la propia violencia estatal legítima. De esta manera, tales autores volvían sobre la senda del derecho penal liberal clásico expuesto ya en los textos de Beccaria, Kant o Carrara (Silva 1992:35). Ello puede observarse en los autores del área anglosajona y escandinava que se engloban en las teorías llamadas del *just desert* (cuyo nombre hace hincapié en la proporcionalidad, pero que en teoría no olvida los otros límites), y también en los de lengua alemana (entre los primeros Von Hirsch 1998; entre los últimos Zipf 1980). Sin embargo, han sido los autores italianos los que más directamente han influido para*

En el preámbulo de la Constitución francesa de 1791 se lee que los constituyentes han llegado a abolir “irrevocablemente las instituciones que herían la libertad y la igualdad de los derechos” y para recalcar ese propósito se afirma “Ya no hay, para ninguna parte de la Nación, ni para ningún individuo, privilegio o excepción alguna al derecho común de todos los franceses. Ya no hay cofradías, ni corporaciones de profesiones, artes y oficios. La ley ya no reconocerá ni votos religiosos, ni ningún otro compromiso que sea contrario a los derechos naturales o a la Constitución.”

Sin embargo, el ideal de una sociedad que se organiza en Estado para que éste, sobre la base de una carta o gran pacto fundacional, sea el centro neutral que asegure los derechos y las libertades democráticas, aparece cada día como más lejano en el actual posmodernismo.

“El mundo postmoderno ha sufrido, en sus parámetros de razonamiento, un notable fenómeno: la cosificación del tiempo. En el milenio anterior, el tiempo era una circunstancia que acompañaba la realidad. Hoy, el tiempo es parte de una realidad, incluso como objeto prioritario. Las cosas no son las mismas según los tiempos que demoran, de modo tal que el tiempo es parte de la cosa”²³

Este razonamiento contemporáneo, traducido en la ansiedad del hombre moderno, se manifiesta en orden al derecho penal. La demanda de soluciones rápidas y eficientes, o, lo que es peligroso, eficientes porque son rápidas, ha repercutido en el sistema penal y procesal, obviando casi siempre, en nombre de esta supuesta eficiencia, los derechos y libertades de los ciudadanos. No obstante, pese al teórico Estado Democrático y de Derecho en el que nos encontramos, han ido apareciendo manifestaciones inequívocas de este derecho, principalmente el de las vías de represión a todo lo calificado de terrorismo o que atente a la “seguridad nacional”. Ciertamente, se aplica el viejo aforismo autoritario “ninguna libertad para los enemigos de la libertad”. Debemos ser conscientes y tener la esperanza de que éste otro período de ventaja del Derecho Penal, que lamentablemente se torna bastante degradante, y ante ello, uno tendrá que analizar y saber discernir de acuerdo a sus principios, lo que ahora es lo correcto en este contexto donde se mancilla el Estado de Derecho.

4. BIBLIOGRAFÍA

AZUELA G., Mariano. *Derecho, Sociedad y Estado*. Universidad Iberoamericana, México, 1996.

BINDER, Alberto. *Justicia Penal y estado de Derecho*. Ed. Ad Hoc. 2da. Edición. 2004.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y Democracia*. Fondo de Cultura Económica. México. 1ª. Edición en español, 1992.

dictar los principios limitadores que conforman una política criminal democrática. La misma surgía en los años setenta también como una alternativa, y así era expresado por los grupos afines a la asociación de jueces Magistratura democrática que hablaban de un uso alternativo del derecho. Posteriormente, por intermedio de sus máximos representantes teóricos, comenzaría a hablarse de una política criminal garantista o minimalista (Ferrajoli 1986 y 1995, Baratta 1987, 1998 y 2000). Uno de los más importantes aciertos de estos planteamientos consistió en percatarse de que en realidad esa política criminal propuesta no era una «alternativa», sino que era una derivación lógica de los principios plasmados en la Constitución. (Rivera Beiras, Iñaki (coordinador) Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas. Anthropos editorial. Observatorio del sistema penal y los Derechos Humanos. Bracelona, 2005)

²³ De la Rúa, Jorge. El derecho penal democrático en la Argentina de hoy. Conferencia pronunciada en el XV Congreso latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología, Universidad de Córdoba, Octubre de 2003.

- BOBBIO Norberto, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino (comps.), *Diccionario de política*, vol. 1, Siglo XXI, México, 1988.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad*. Ed. Paidós, Barcelona, España, 1992.
- CHOMSKY, Noam. *Estados Canallas (El Imperio de la fuerza en los asuntos mundiales)*, Editorial, Paidós. Estado y Sociedad, Barcelona-España, 2001.
- DE LA FUENTE, Virginia. *Justicia Restaurativa y mediación penal*. Burgos, España.
- GÜNTHER, Jakobs. Cancio Meliá, M. *Derecho Penal del enemigo*. Editorial Aranzadi. 2006.
- DÍAZ GARCÍA, Elías. *Ética contra política*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. España, 1990.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. *Programa de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, México, 2002.
- JACKOBS, Günter. *Derecho Penal del enemigo*. Thomson Civitas. Cuadernos Civitas. 1ª edición. 2003.
- LOÏC Wacquant. *Las cárceles de la miseria*. Manantial, 2000, p. 192.
- NIETO, Alejandro. *El desgobierno judicial*. Madrid, España, 2005.
- LARRAURI, Elena. *Herencia de la Criminología crítica*. Ed. Siglo XXI, España. 3ª. Edición. 2000.
- MARX, Karl. *Contribución a la crítica de la Economía Política*. Siglo XXI.
- PLANAS, Ricardo. Sánchez-Ostiz, Pablo. *La crisis del Derecho penal contemporáneo*. Barcelona, España. 2009.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. (Coordinador) *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Anthropos editorial. Observatorio del sistema penal y los Derechos Humanos. Barcelona, 2005).
- VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y Castigar*. Ed. Trotta, Madrid, España. 1998.

SITIOS WEB:

- BLANCO ESCANDÓN, Celia. *La prueba y los Derechos Humanos*. Universidad Latina de América. Sede México (www.unla.edu.mx)
- GONZÁLEZ, Daniel. *Presidente Sala Casación. Costa Rica. Aplicación del Derecho Penal*. (www.cienciaspenales.org)
- La Crisis del Derecho Penal*. www.juecesparalademocracia.com.es
- DE LA RÚA, Jorge. *El derecho penal democrático en la Argentina de hoy* www.iuspenalismo.com.arg
- SEGOVIA BERNABÉ, José Luis. *La seguridad ciudadana y las víctimas: pistas éticas para humanizar el sistema penal*. Artículo publicado en internet: <http://www.iigov.org/seguridad/>

OTROS TRABAJOS RELACIONADOS DEL AUTOR:

El delito y la burguesía. Análisis y publicación. 2010.

De vuelta a la mano dura. Artículo publicado. 07-2010.

La gran conspiración. Artículo publicado. 05-2010.

Estado, Globalización y Crimen organizado. Conferencia. 06-2010.

El urgente rediseño de la Policía Nacional Civil. 01-2010.

Crimen Organizado: Mitos y realidades. Artículo 03-2011.

La seguridad pública: una arquitectura social. Ensayo: Septiembre de 2011.

EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD Y LA APTITUD PARA DECIDIR DE LAS PERSONAS RECLUIDAS EN UNA PRISIÓN

The exercise of freedom and the ability to decide of the inmates in a prison

Maximiliano Hernández Cuevas^{1*}

Resumen. El artículo centra el debate en el tema de la libertad de conciencia de los detenidos en las prisiones mexicanas, derecho de las personas que es vulnerado por los programas de rehabilitación o reinserción social y la legislación correspondiente, incluidos algunos instrumentos legales de carácter internacional sobre derechos humanos. Se exponen argumentos dirigidos a demostrar que tanto la prescripción jurídica de trabajos forzados, como la práctica de diagnósticos de personalidad, resultan trasgresiones al derecho de los reclusos a decidir en torno a cuestiones fundamentales sobre su vida, interés subjetivo que debe ser protegido aun en la vida de reclusión.

Palabras clave: prisiones, derechos humanos, libertad de conciencia, reinserción social.

Abstract. The article focuses on the issue of freedom of conscience of prisoners in Mexican prisons, a right of people which is violated by the programs of rehabilitation, social reintegration and related legislation, including some international legal instruments on human rights. Presents arguments designed to prove that both: the legal requirement of forced labor and the practice of diagnoses of personality, are transgressions of the right of prisoners to decide fundamental questions about life, subjective interest to be protected even during imprisonment.

Key words: prisons, human rights, freedom of conscience, social integration.

Por lo general, entre los derechos del ser humano el de la libertad suele ponderarse como uno de los más importantes debido a diferentes razones: ya sea porque representa una de las principales reivindicaciones del pensamiento liberal, por su orden de aparición entre los instrumentos internacionales en calidad de derecho de primera generación, o bien por la relevancia que se le ha concedido en la discusión teórica.² No obstante, es pertinente hacer notar que las acciones humanas involucran un repertorio de experiencias y visiones del mundo tan diversas, que resulta ingenuo suponer que todas las personas comparten las mismas condiciones y capacidades para la práctica de su derecho a la libertad.

^{1*} Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México y Catedrático del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

² Por ejemplo, véase Rawls, John, *La justicia como equidad*, Paidós, 2002, pp. 18 y 19 y 147 y ss.; *Teoría de la Justicia*, Fonda de Cultura Económica, México, sexta reimpresión, pp. 192 y ss.; SEN, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Planeta, México, 2000, pp. 86-89; Correas, Óscar, *Acerca de los derechos humanos*, Ediciones Coyoacán, México, 2003, pp. 149-153; Beuchot, Mauricio, *Derechos humanos, historia y filosofía*, Fontamara, México, 2001, pp. 9-19

En tal sentido, puede destacarse cómo *la privación de capacidades básicas*,³ es decir, aquellas que permiten desarrollar el potencial del individuo para mejorar el nivel de calidad de su vida, tales como: la salud, el discernimiento, el pensamiento lógico, la expresión clara de ideas y sentimientos, el trato social solidario y la aptitud de asumir decisiones congruentes, influye de modo determinante en la competencia de los sujetos y de los grupos para ejercer la libertad. En otras palabras, la capacidad y el tipo de decisiones tomadas por alguien son un resultado de su cúmulo de conocimientos y experiencias —y de su estado de salud—, lo mismo que de las circunstancias en las cuales ha crecido y de aquellas que lo rodean.

Por ello, afirmar simplemente que todos somos iguales puede desmentirse desde una perspectiva no solamente económica, sino también desde las correspondientes a los ámbitos de carácter cultural, social y de vivencias propias de cada ser humano. Implica que aun cuando nuestras necesidades existenciales básicas *nos igualan* en la condición de seres humanos, la divergencia entre visiones del mundo, de oportunidades de acceso a la educación, la salud, el trabajo, vivienda y, en general, de satisfactores y experiencias, en cambio, *nos distancian* como individuos capaces de ejercer la libertad, por ejemplo, *para decidir* acerca de diferentes situaciones.

Ahora bien, en este asunto, dentro de la prisión se presenta una situación paradójica: en tanto que para los reclusos es necesario *decidir* por cuenta propia qué medidas les resultan indispensables o convenientes para mantenerse, no digamos equilibrados en su existencia, sino con vida, la absorbencia totalitaria de la institución los deteriora precisamente en aquello que más necesitan, que son *sus capacidades* de desempeño, incluida la de tomar decisiones. De ahí que sea un absurdo pretender reinsertar socialmente a alguien infligiendo severos ataques des-estructurantes a su identidad, es decir, a su integridad moral, psíquica, física y, en suma, a todo aquello que lo hace un individuo diferente, único entre los demás.

En efecto, la cárcel al mortificar y des-estructurar a los detenidos perjudica sus aptitudes para actuar en la vida. De modo que la libertad de un sujeto de pensar, expresarse, moverse, de elegir entre diversas alternativas que la vida le ofrece (es decir, su libertad de decidir⁴ y de conducirse en torno a su propia existencia), cuando ingresa en la prisión se ve seriamente circunscrita y disminuida por el régimen totalitario que sojuzga su singularidad.

Pero el hecho de que la uniformidad disciplinaria y la violencia autoritaria entorpezcan la capacidad del interno para tomar sus decisiones, no implica que alguien deba decidir por él y constreñir su voluntad, como sucede en el caso del tratamiento de rehabilitación que se le prescribe. Al contrario, significa que tales circunstancias necesariamente requieren ser modificadas y sustituidas con base en criterios guiados por el respeto a la dignidad humana, lo cual supone una concepción diferente de la organización penitenciaria.

Así, es preciso advertir que la libertad de decisión de los reclusos o autonomía de conciencia es inviolable. Por ello, en materia de derechos humanos y legislación, resulta **asunto conflictivo** el que dentro de tratados como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, por citar sólo algunos, se permita lesionar la voluntad y por lo tanto la integridad de los individuos reclusos en una cárcel: 1º al consentir la práctica del *trabajo forzado* cuando se impone como sanción penal

³ Al respecto de *la pobreza como privación de capacidades*, Vid., SEN, Amartya. *op.cit.*, pp. 114-141.

⁴ la cual, incluso en la vida exterior, se ejerce diferencialmente por los individuos de acuerdo con sus capacidades de actuación.

adjunta⁵ (posibilidad que en nuestra constitución política se recoge en su artículo quinto⁶); y 2º por considerar como parte del derecho a la integridad personal, a la finalidad de reforma y readaptación social de los condenados a la pena de prisión.

Esto revela cuánto ha llegado a valorarse moral, social y legalmente al trabajo como elemento formativo de la vida humana. Al grado de aceptar que aun cuando éste sea impuesto como actividad forzada, o se le prescriba como parte de un tratamiento presuntamente curativo o reformador, se le estime favorablemente para el objeto de incidir en el comportamiento de un condenado. Sin embargo, procede objetar que precisamente ante la obligación del Estado de preservar la integridad de quien está preso, no es admisible forzar su voluntad para trabajar o invadir la esfera de su intimidad con objeto de diagnosticarlo y determinarle un tratamiento, dado que toda acción o circunstancia que restrinja su posibilidad de decidir, resulta atentatoria a la integridad psíquica y moral del mismo.

Ciertamente, de acuerdo con la reflexión filosófica, la investigación teórica y las respectivas disposiciones jurídicas, los derechos de cualquier individuo son restringibles cuando como resultado de sus acciones se ven afectados los derechos de terceros; de ahí que la privación de la libertad se estime necesaria en muchos casos, junto con la limitación a otros derechos, para quien quebranta los de alguien más.

Pero una vez dentro de la prisión, el despojar a alguien de su libertad para tomar decisiones, lo cual se hace con los programas de tratamiento que buscan su rehabilitación social, no es humanística ni científicamente sostenible. Constituye una intromisión a la autonomía

⁵ *Vid. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 8º, numeral 3 incisos:* “a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; b) **El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe**, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, **el cumplimiento de una pena de trabajos forzados** impuesta por un tribunal competente; c) no se considerarán como “**trabajo forzoso u obligatorio**”, a los efectos de este párrafo: i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b, se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada (...), y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. Numeral 6.* “Las penas privativas de la libertad tendrán **como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.**” *Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre. Numeral 2.* “Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada **pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente.** El trabajo forzoso no debe afectar la dignidad ni la capacidad física e intelectual del recluso.” Numeral 3. “**No constituyen trabajo forzoso u obligatorio**, para los fines de este artículo: a) Los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado”. Negritas puestas en esta investigación.

⁶ Artículo 5, párrafo tercero: “Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo **impuesto como pena** por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.” Artículo 123, apartado A, fracción I: “La duración de la jornada máxima será de ocho horas;” fracción II: “La jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas. Quedan prohibidas: las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo otro trabajo después de las diez de la noche, de los menores de dieciséis años;” (negritas puestas en esta investigación). No obstante que la imposición del trabajo como pena por disposición judicial se intente apartar del trabajo forzoso, al condicionar el desempeño laboral a los términos del artículo 123, sólo se acota pero no se impide la eventualidad de forzar la voluntad de modo extremo: se restringe la duración de la jornada pero *no se dice nada de su intensidad*; y el prohibir los trabajos insalubres o peligrosos, y el industrial nocturno, no impide que cualquier otra labor pudiera llegar a ser inicua si las condiciones de su ejecución se manejan *discrecionalmente* por una autoridad proclive al abuso de poder, como la encargada de la prisión.

de conciencia del detenido y, por consiguiente, una merma a su integridad psíquica y moral. En tal sentido, nadie, incluido el poder público, bajo ningún argumento presuntamente respetuoso y protector de los derechos a la libertad y a la integridad del ser humano, puede *forzar* la voluntad de otro e intervenir en su intimidad para, además, pretender modificar su estructura de pensamiento y aptitud volitiva.⁷

Así, respecto de los documentos internacionales citados, resulta irónico que en éstos se hagan excepciones *violatorias* al ejercicio de los derechos a la libertad e integridad de los individuos, al contravenir los de aquéllos que son prisioneros. En efecto, no es admisible que con la constricción del derecho a la libertad de tránsito, mediante la cárcel, también se limite la libertad de albedrío de los reclusos, pues, como vimos, esto constituye una agresión directa a su integridad y por ello una trasgresión al derecho que la reivindica, el cual no es alterable bajo ningún supuesto.

Por lo tanto, al no reparar en que el trabajo forzado y el tratamiento terapéutico son agresiones graves a la voluntad e integridad de los reclusos, y darle aval a dichas actividades, esos documentos incurren en una contradicción derivada en gran parte del anacronismo; antinomia posible de resolver por medio de una revisión que logre transformarlos, a fin constituir una directriz de mayor congruencia sobre definición y protección de los derechos humanos, es decir, que no violente los de individuos encerrados en la prisión.

Con el actual respaldo de los citados pactos internacionales, la autoridad penitenciaria violenta al recluso mediante la imposición de los estudios diagnósticos de personalidad y un tratamiento de readaptación -ahora llamada reinserción-, lo cual es una falta grave a su derecho a la libertad volitiva, no obstante ser acciones legales. Ello, en razón de que ninguna ley emitida dentro de un Estado de derecho (léase, Estado garantista), en calidad de garantía individual, puede considerarse como tal aunque esté vigente, si transgrede precisamente los derechos que debe tutelar. Esto significa que cualquier precepto legal que no cumpla con la *única* finalidad sólidamente justificadora de la existencia del derecho penal, a saber, la protección de los derechos humanos, es una ley inconsistente para el propósito de salvaguardar al individuo del abuso del poder público.⁸

En tal sentido, en México tanto el artículo 18 constitucional, lo mismo en su redacción anterior que en la vigente a partir del 18 de junio de 2008, como la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (vigente en el ámbito federal desde 1971), y la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal (vigente en la Ciudad de México desde 1999), al concebir al recluso como sujeto de tratamiento para su rehabilitación⁹ (llamarla readaptación o reinserción da igual, pues se conserva la visión

⁷ “Sobre sí mismo, sobre su mente”, dice John Stuart Mill, “el individuo es soberano”. *Vid.* Ferrajoli, Luigi, *op.cit.*, p.272.

⁸ Es decir, bajo la perspectiva de la teoría del garantismo penal, la existencia y el fin del derecho penal sólo se justifica como recurso para proteger a los individuos del abuso del poder del Estado. Respecto al garantismo penal como modelo normativo, teoría jurídica de la validez y la efectividad normativa, y como filosofía del derecho y crítica de la política, *Vid.* Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, op.cit.* En particular, sobre la validez y la efectividad normativa, pp. 353-362, 852-853, 855-857, 868-880.

⁹ Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 18, 2º párrafo: “El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir...” Ley Que Establece Las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social De Sentenciados, Artículo 2º. “El sistema penal se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente.” Ley De Ejecución De Sanciones Penales Para El Distrito Federal, Artículo 8. “La Subsecretaría, a través de la Dirección General, organizará las instituciones del Sistema Peni-

terapéutica) se violentan varios de sus derechos, entre los que aquí se destaca el del libre albedrío, al someterlo, sin considerar su opinión, a un estudio para diagnosticarlo y tratarlo aun *contra* su voluntad.

Al respecto, no obstante que tanto en la ley de “Normas Mínimas” como en la de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, se estipula que al asignar trabajo a los internos se tomarán en cuenta “sus deseos, la vocación, las aptitudes” (Ley de “Normas Mínimas”, Artículo 10)), así como “su interés” (Ley de Ejecución..., Artículo 14), el hecho de que esto sea parte de un tratamiento para el cual, en cambio, no se considera su punto de vista cuando se decide sujetarlos al mismo, involucra una imposición encubierta. Y en el mismo sentido, en la referida Ley de Ejecución de Sanciones, de forma también tácita, **se establece la obligatoriedad del trabajo en los reclusos**: “Artículo 15. No es indispensable el trabajo a: I quienes presenten alguna imposibilidad debidamente acreditada, ante el Consejo Técnico respectivo. II Las mujeres durante cuarenta y cinco días antes y después del parto. III Los indiciados, reclamados y procesados.”¹⁰

Ahora bien, con relación al quebranto de varios derechos de los detenidos al someterlos a un tratamiento de tipo terapéutico, conviene agregar lo siguiente:

1º De entrada, su presunción de inocencia es violentada dado que desde su ingreso se le somete a estudios de personalidad y se le diagnostica *siempre* como peligroso, ya sea en un bajo, medio o alto nivel y se le prescribe un tratamiento del cual el trabajo es parte. De este modo, el recluso, de inicio, aunque procesalmente aún no es determinada su responsabilidad del hecho que se le imputa, ya es *peligroso y enfermo*; dado que ha sido encasillado en una concepción clínica totalitaria en la que cualquiera es diagnosticado, en algún grado, con desequilibrios de personalidad. Nadie resulta sano en los estudios que se le practican, empero ¿quién va a conservar la salud íntegra, si acaso se posee, en ese entorno?

2º Todos los reclusos resultan con trastornos similares puesto que sus “perturbaciones” son formuladas en los mismos términos. Es decir, la visión totalitaria de la prisión prevaleciente entre el personal penitenciario, deviene en que cualquier detenido es acomodado a criterios de desequilibrio de personalidad -incluido el grado de su peligrosidad- *formateados* totalitariamente como instrumentos de diagnóstico. Bajo estas premisas, la totalidad de los internos se “ajusta” a una personalidad delincencial que es una ficción sostenida en un terreno “clínico” penitenciario falsamente científico; y esto significa que los estudios que se les aplican son cooptados por una visión absorbente en la cual no cabe la individualización. Por ello nadie puede resultar sano, dado que todo el que entra ha sido sujeto de alguna *imputación*. Y en esto último está la visible falla: al recluso se le estudia “científicamente” *con base* en una imputación jurídica, la cual, dentro de la prisión, se traduce en la etiqueta de delincuente más o menos peligroso, pero *siempre* peligroso; de ningún modo sano de acuerdo al crimino-diagnóstico emitido, sobre todo, con sustento en este presupuesto más que mediante evidencias de carácter objetivo. De manera que su

tenciario del Distrito Federal, previendo que el proceso de readaptación de los internos se base en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación...”

¹⁰ Ley De Ejecución De Sanciones Penales Para El Distrito Federal. Dentro de la mayor parte de las prisiones mexicanas el trabajo no es obligatorio para los internos, sin embargo, como se acaba de ver, el prescribirlo como elemento terapéutico es una forma de imposición a la voluntad del sujeto.

personalidad se ajusta a lo que institucionalmente debe ser el perfil de un trastornado a quien es menester rehabilitar, sin la posibilidad de que sea de otro modo. Este es el objetivo primordial mediante el que se justifica la intervención en la intimidad y se fuerza la voluntad del sujeto a tratamiento.

Por último, procede hacer énfasis en que administrar un tratamiento penitenciario en las condiciones descritas constituye una falta grave a los derechos humanos de los detenidos. Es menester que cualquier programa aplicado dentro de la cárcel se dirija en sentido diferente. Uno que implique la conservación y equilibrio de los detenidos; que contemple su opinión y por lo mismo les ofrezca *opciones* a las cuales accedan en ejercicio de su libre albedrío. Cualquier imposición, directamente como sanción accesoria a la pena privativa de libertad, o indirectamente al prescribirse como parte de un tratamiento de orientación terapéutica, atenta contra el derecho a la libertad de decisión del detenido.

BIBLIOGRAFÍA

- BEUCHOT, Mauricio, Derechos humanos, historia y filosofía, Fontamara, México, 2001.
- CORREAS, Óscar, Acerca de los derechos humanos, Ediciones Coyoacán, México, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal, Trotta, 9ª edición, Madrid, 2009.
- RAWLS, John, La justicia como equidad, Paidós, Barcelona, 2002.
- _____ Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, México, sexta reimpresión, 2006.
- SEN, Amartya, Desarrollo y libertad, Planeta, México, 2000.
- Documentos jurídicos
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal.

EL DISEÑO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MÉXICO, SUSTENTADA SOBRE UNA CONCEPCIÓN CIVILISTA

The contentious-administrative jurisdiction design in Mexico based on a civil law conception

Al maestro Néstor Raúl Luna Hernández, profesor de Derecho Administrativo en la otrora Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato.

Pedro López Ríos¹

“...aun cuando es propósito firme de los procesalistas estructurar un proceso administrativo autónomo y diferente al proceso civil, es innegable la actual influencia de éste no sólo como modelo sino como supletorio expreso del proceso administrativo,”²

Alfonso Nava Negrete

Sumario:

1. Introducción. II. Esencia de la jurisdicción. III. La concepción teórica de la jurisdicción civil. IV. Teoría del dualismo de los poderes públicos. La jurisdicción civil y la jurisdicción administrativa, su identidad esencial. Diferencias. V. El diseño del contencioso administrativo en México, basado en una concepción civilista. VI. Hacia un rediseño del proceso administrativo, con autonomía del proceso civil. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

Resumen: *Este artículo plantea una reflexión sobre el proceso administrativo conforme a su naturaleza, apoyándose en tratadistas clásicos y en ordenamientos que constituyeron el modelo para el sistema mexicano; asimismo, ofrece algunos elementos para rediseñar el proceso administrativo, con autonomía del proceso civil.*

Palabras clave: *Proceso administrativo, justicia administrativa, contencioso administrativo.*

Abstract: *This article offers a theoretical framework to approach the nature of the administrative process. It draws upon classical theorists and the legal system that made up the model for the Mexican system. Likewise, this paper advances some clues to redesign the administrative process autonomously from the civil process.*

Keywords: *Administrative process, administrative justice.*

¹ Profesor en el Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato. Exmagistrado del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato

² Nava Negrete, Alfonso, *Derecho procesal administrativo*, Porrúa, México, 1959, p. 118.

INTRODUCCIÓN

El gran jurista romano Marco Tulio Cicerón, columna de la República Romana, nos enseña que la verdadera ley es la recta razón, concordante con la naturaleza de las cosas, y Juan Jacobo Rousseau sustenta que “si el legislador, equivocándose en su objeto, toma un camino diferente del indicado por la naturaleza de las cosas...se verán las leyes debilitarse insensiblemente, la constitución alterarse y el Estado no cesar de estar agitado hasta que, destruido o modificado, la invencible naturaleza haya recobrado su imperio”.³

Al respecto, es preciso señalar que la esencia del proceso administrativo no es declarativa del derecho, sino impugnativa o de control de la legalidad, debiendo el diseño metodológico coincidir con su naturaleza, lo que no ha acontecido en el sistema jurídico mexicano. Ya hace más de 50 años que el profesor Alfonso Nava Negrete planteaba como un desiderátum, o mejor, como una necesidad, la autonomía del proceso administrativo respecto del proceso civil, si bien, ambos dentro del contexto de una teoría general del proceso. Esta discordancia, entre la naturaleza jurídica y el método propio del proceso administrativo, constituye a mi juicio, uno de los problemas capitales de la teoría general del proceso, que trascienden de manera significativa al ámbito normativo: ordinario y constitucional, a la impartición de justicia, al ejercicio de la abogacía y a la vida académica misma.

1. ESENCIA DE LA JURISDICCIÓN

Partir de una clara concepción de lo que sea la jurisdicción nos abre las puertas para resolver el problema referido. De acuerdo con su semántica, jurisdicción proviene del vocablo latino *jus dicere*, que significa decir o declarar el derecho. En congruencia, la jurisdicción puede definirse como “la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto”.⁴ Su etimología permite dar a esta voz un sentido amplio, al comprender tanto a la actividad del poder judicial como a la del poder ejecutivo. En el poder judicial, son los jueces quienes dicen el derecho, siguiendo un proceso de conocimiento; en el ejecutivo, son los órganos ejecutivos o administrativos quienes dicen el derecho, siguiendo asimismo un procedimiento histórico.

Los teóricos del proceso nos ofrecen definiciones coincidentes respecto a lo que sea la función jurisdiccional, y señalan en esencia, siguiendo a Calamandrei, que desde el punto de vista material o funcional, esto es, de acuerdo con su naturaleza, la jurisdicción consiste en “el poder de hacer observar en concreto las normas ya establecidas”;⁵ ello, independientemente del criterio formal u orgánico, esto es, del órgano del que emana la declaración del derecho.

Este ejercicio de aplicación: si se hace a instancia de parte o de oficio, si previamente existe una controversia o no, si con esta aplicación se satisface un interés público o privado, siendo cuestiones relevantes no alteran su esencia, como se verá más adelante.

³ Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, Grupo Editorial Éxodo, México, 2005, p. 47.

⁴ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, voz “Jurisdicción”, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 1995, p. 339.

⁵ Citado por Armienta Calderón, Gonzalo M., *Teoría general del proceso*, Porrúa, México, 2006, p. 48.

II. LA CONCEPCIÓN TEÓRICA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

La concepción teórica del proceso civil es, sin duda, fruto del talento y del esfuerzo por siglos de sus académicos, una concepción recogida por los legisladores que merece ser asumida como un modelo por los cultores de las demás disciplinas jurídicas, en su justa dimensión.

Los teóricos civilistas están muy orgullosos de su trabajo y con toda razón, pero también reconocen sus limitaciones. Qué mejor que traer a la memoria a uno de sus clásicos: Francesco Carnelutti, quien nos dice en su obra: *El sistema de derecho procesal civil*, de manera por demás sincera, realista y visionaria: “En este libro, como en mi cátedra, se enseña sólo Derecho procesal civil. Hasta cierto punto, esta restricción es una necesidad impuesta por la limitación de las fuerzas humanas. Un sistema que abarque juntos todos los tipos de proceso, si bien es idealmente posible, temo que determinaría los inconvenientes de un edificio de dimensiones excesivas... Por otra parte, a la vez que me ajusto a esa necesidad, deseo manifestar con mayor firmeza todavía, el convencimiento de la unidad fundamental de todas las formas del proceso. Esta unidad se revela en la función común y, por correlación necesaria, en la comunidad esencial de la estructura, y no resulta destruida por diferencias secundarias. Un estudio completo de los distintos procesos no podría, desde luego, hacerse sin tener en cuenta esas diferencias; pero tanto o más nocivo resultaría perder de vista su fundamental unidad. Estoy seguro de no equivocarme al afirmar que la ciencia del Derecho procesal no alcanzará su cima hasta que no se haya construido sólidamente una parte general, en que los elementos comunes a cualquier forma de proceso encuentren su elaboración”.⁶

Carnelutti define a la jurisdicción civil como “la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia las cuestiones litigiosas que les sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones”.⁷ Esta definición, clara y precisa para el ámbito del Derecho Civil, resulta ser un ejemplo de definición acotada a su propia disciplina, y ha ejercido una indudable influencia, casi avasalladora, como un modelo para los demás tipos de jurisdicción, en especial para el derecho administrativo, cuyos teóricos la han aceptado sin mayor reflexión en su propio campo.

Habrá que reconocer que “la ciencia de derecho administrativo es de relativa reciente aparición, por cuya razón es aún un disciplina en formación; su gestación se ubica en la Francia revolucionaria, durante la época de la Asamblea Constituyente, como producto de la sistematización de los principios racionales que fundan la acción administrativa, las atribuciones del poder público, los caracteres esenciales de las instituciones administrativas, así como los derechos humanos”.⁸

IV. TEORÍA DEL DUALISMO DE LOS PODERES PÚBLICOS. LA JURISDICCIÓN CIVIL Y LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA, SU IDENTIDAD ESENCIAL. DIFERENCIAS.

En este tema es punto fundamental la teoría del dualismo de poderes públicos, y el apoyo en tres grandes teóricos: a) Carlos Luis de Secondat, Barón de la Brede y de Montesquieu, ese gran pensador de la ilustración, quien en su obra: *Del espíritu de las leyes*, publicada en 1748,

⁶ Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Cárdenas Editor, México, 1998, p. 306.

⁷ Citado por Armienta, *op. cit.*, nota 5, p. 49.

⁸ Fernández Ruiz, Jorge y López Acosta, Santiago, *Derecho administrativo del Estado de Guanajuato*, Porrúa-UNAM, México, 2008, p. XXVI.

expresa: “En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En virtud del primero, el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitoria o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado”.⁹

En el párrafo transcrito, Montesquieu menciona dos veces al poder ejecutivo, cuando se refiere al poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y al poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil, de donde se desprende que este autor plantea originariamente la tesis dualista de poderes: el poder legislativo, cuya función es la creación de las normas jurídicas generales, y los poderes ejecutivo y judicial, cuya función es la ejecución de las leyes; pero además plantea la diferenciación de los poderes ejecutivos basada en la naturaleza jurídica de las normas generales bajo su jurisdicción. Como una secuencia de su pensamiento, en otra parte de su obra nos dice, refiriéndose al poder judicial, que: “Podría ocurrir que la Ley, que es al mismo tiempo previsora y ciega, fuese, en casos dados, excesivamente rigurosa. Pero los jueces de nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley...”.¹⁰

En el contexto de esta teoría, planteada por Montesquieu, podemos asimilar al juez con el órgano administrativo, quien, asimismo, al aplicar la norma general al caso concreto, no es ni más ni menos que “la boca que pronuncia las palabras de la ley”; ello explica, por qué en el ámbito administrativo no hay jueces, ya que la función de declarar el derecho lo hace el órgano administrativo, y hay sólo “magistrados”, como en el poder judicial, que revisan si la aplicación del derecho se hizo o no correctamente, esto es, si la norma individualizada es congruente con la norma general.

b) Jean-Jacques Rousseau, en su obra: *El contrato social*, publicada en 1760, señala siguiendo a Montesquieu, que “La soberanía es indivisible por la misma razón que es inalienable; porque la voluntad es general, o no lo es; la declaración de esta voluntad constituye un acto de soberanía y es ley, en el segundo, no es sino una voluntad particular o un acto de magistratura; un decreto a lo más. Pero nuestros políticos, no pudiendo dividir la soberanía en principio, la dividen en sus fines y su objeto: en fuerza y voluntad, en poder legislativo y en poder ejecutivo”;¹¹ y continúa, refiriéndose al gobierno en general, que “En toda acción libre hay dos causas que concurren a producirla: la una moral, o sea la voluntad que determina el acto; la otra física, o sea la potencia que la ejecuta. Cuando camino hacia el objeto, necesito primeramente querer ir, y en segundo lugar, que mis pies puedan llevarme. Un paralítico que quiera correr, como un hombre ágil que no quiera, permanecerán ambos en igual situación. En el cuerpo político hay los mismos móviles: se distinguen en él la fuerza y la voluntad; ésta bajo el nombre de Poder Legislativo, la otra bajo el de Poder Ejecutivo...” El poder ejecutivo consiste así, en actos particulares que se desarrollan bajo la dirección de la voluntad general.

c) Hans Kelsen, en su obra: *Esencia y valor de la democracia*, editada en 1920, plantea el tópico de la dualidad cuando se refiere al proceso de democratización del “segundo grado en el proceso de volición estatal”, esto es, a “aquellos actos individuales de voluntad del Es-

⁹ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévez, Porrúa, México, 1982, p. 104.

¹⁰ *Ibidem*, p. 108.

¹¹ Rousseau, Jean-Jacques, *op. cit.*, nota 3, p. 47.

tado que se incluyen bajo los enunciados de administración de justicia y de administración pública, integrantes de la función ejecutiva en sentido amplio”;¹² y lo desarrolla como punto central de su obra: *Teoría general del estado*, publicada en 1925,¹³ expresando en su Compendio de teoría general del estado, escrito por él mismo, al referirse a la creación del orden estatal y, en específico, a los grados de producción del derecho, que: “Según la concepción tradicional, el poder unitario del Estado se descompone en tres poderes coordinados entre sí: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. En estos tres poderes deben encontrar expresión las tres funciones fundamentales del Estado: la Legislación, la Jurisdicción o Jurisprudencia (declaración del derecho) y la Administración. Ahora bien, puesto que toda función del Estado es función del Derecho, la teoría de las funciones del Estado habrá de concebir al Derecho en su funcionamiento, es decir, el movimiento propio y específico del Derecho; o lo que es igual, el Derecho desde el punto de vista de su dinámica. Por consiguiente, función del Estado es función creadora de Derecho; es el proceso graduado (o escalonado) y sucesivo del establecimiento de las normas... **En todo caso, no se trata de funciones colocadas en el mismo plano, exentas de relación y esencialmente diferenciadas entre sí, sino de una serie de grados de la producción del derecho que determina una relación de subordinación**”.¹⁴

Posteriormente, en su *Teoría general del derecho y del estado*, editada en 1944 siendo profesor en la Universidad de Berkeley, California, reitera: que las funciones ejecutiva y judicial son esencialmente idénticas, y que el llamado “procedimiento administrativo” es una expresión soberana de jurisdicción, al igual que el proceso judicial.

En esencia, ésta es la reflexión que sobre el tema de la jurisdicción administrativa y de la jurisdicción civil nos hace este teórico de la ciencia política y del derecho: que las tres grandes funciones públicas, en realidad se refieren a dos grados de volición, el consistente en la creación de normas generales y, el segundo, en la génesis de normas individualizadas. Así, textualmente en su obra de 1944, expresa: “La usual tricotomía se basa en realidad en una dicotomía. La función legislativa suele oponerse a un mismo tiempo a las funciones ejecutiva y judicial, que, tienen entre sí una relación mucho mayor que guardan con la primera. La legislación (*legis latio* del derecho romano es la creación de leyes (*leges*). Si hablamos de ejecución tenemos que preguntarnos qué es lo que se ejecuta. La respuesta no puede ser otra sino que lo que se ejecuta son las normas generales, es decir, la Constitución y las leyes creadas por el poder legislativo. La función de ambos es realmente la misma. Las normas jurídicas generales son ejecutadas tanto por el poder ejecutivo como por el judicial. La diferencia estriba solamente en que, en un caso, la ejecución de las normas generales es confiada a los tribunales, y en el otro a los llamados órganos “ejecutivos” o administrativos. La tricotomía usual es pues, en el fondo, una dicotomía, es decir, la distinción fundamental entre *legis latio* y *legis executio*. La última es subdividida en las funciones judicial y ejecutiva en sentido estricto”.¹⁵

¹² Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Colofón, México, 1992, p. 100.

¹³ Kelsen, Hans, *Teoría general del estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, ed. Nacional, México, año de reimpresión 1972, pp. 311-322.

¹⁴ Kelsen, Hans, *Compendio de teoría general del estado*, trad. de Luis Recasés Siches y Justino de Azcárate Colofón, México, 1992, pp. 189-190.

¹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, Trad. Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1979, pp. 302-335.

La jurisdicción administrativa: el procedimiento y el acto administrativo. De la tesis sobre la identidad esencial de las funciones ejecutiva y judicial, derivan otras, relativas al modo de ser de la jurisdicción administrativa. Al respecto, el fundador de la Escuela de Viena sostiene que “Aquellas leyes y reglamentos que, en atención a su contenido, reciben tradicionalmente el nombre de “preceptos administrativos” –como las leyes relativas a la industria, a la sanidad, a la enseñanza, etc. – son aplicadas en concreto exactamente del mismo modo que las llamadas leyes judiciales: una autoridad constata el hecho establecido por la norma general como condición del acto coactivo, y aplica la consecuencia jurídica... En el acto administrativo como la sentencia judicial “realízase un acto de jurisdicción, de creación de normas individuales. La distinción entre uno y otro es una mera diferencia técnica”.¹⁶

En este punto, parece coincidir Chiovenda cuando expresa “La jurisdicción que actúa en las relaciones públicas, esto es, que median entre el particular y la Administración como “poder”, cualesquiera que sean los órganos a los cuales se confía, puede llamarse con nombre complejo jurisdicción “administrativa”, mientras que la jurisdicción “civil” en sentido estricto significa la jurisdicción que actúa en las relaciones entre particulares (comprendidas las relaciones en las cuales interviene la Administración), pero obrando como particular”.¹⁷ Lo anterior, no obstante su reconocimiento de gran dificultad para su diferenciación, cuando ambos: proceso y procedimiento concluyen, como ya antes se dijo, en una sentencia o en un acto administrativo. Mas Chiovenda nos dice algo que aún nos reta en su comprensión: “Que deberá decirse de los actos de naturaleza jurisdiccional provenientes del poder administrativo? ¿Son de considerarse como actos administrativos? La cuestión es muy escabrosa porque es difícil la distinción funcional entre acto administrativo y acto jurisdiccional”,¹⁸ y es que, si una y otra función corresponden a poderes que aplican la norma general al caso concreto, creando normas individualizadas, ambos tienen -en esencia- poder jurisdiccional. Con esta visión funcional coincide el profesor Ovalle Favela, quien expresa: “Pero la expedición de estas jurídicas generales por los poderes judicial y ejecutivo no constituyen el contenido fundamental de las funciones jurisdiccional y ejecutiva. El resultado normal de estas funciones es la creación de normas jurídicas individualizadas, aplicables a personas determinadas y a situaciones jurídicas concretas. Tanto la sentencia como el acto administrativo contienen una norma jurídica que no es general, sino individualizada... ambas conciernen a situaciones jurídicas concretas, y no a situaciones jurídicas abstractas. Por eso se suele decir que, por medio de la función legislativa se crea o se modifica la ley; y a través de las funciones jurisdiccional y ejecutiva, normalmente se aplica aquella”,¹⁹ y más adelante en su propia obra: **“La función ejecutiva, como su nombre lo indica, se dirige a la ejecución de las leyes, y en esto se asemeja a la función jurisdiccional”**.²⁰

Sobre el procedimiento administrativo, Kelsen sostiene que “Si la Constitución prescribe que ninguna interferencia con la propiedad, libertad o vida del individuo puede tener lugar si no es mediante un “juicio previo”, esto no implica necesariamente un monopolio de los tribunales relativamente a la función judicial. El procedimiento administrativo puede es-

¹⁶ Kelsen, *op. cit.*, nota 15, p. 311.

¹⁷ Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de José Casais y Santaló, Cárdenas editor, México, 1980, t. 1, p. 409.

¹⁸ Chiovenda, Giuseppe, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffré Editore, Milán, 1991, p. 113.

¹⁹ Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, Harla, México, 1994, pp. 111-112..

²⁰ *Ibidem*, p. 116.

tructurarse de tal manera que corresponda al ideal del “juicio previo”,²¹ en la fase histórica y, en ella, al igual que en el proceso judicial, la prueba es un elemento clave para la dicción del derecho, siendo aplicable el aforismo romano: *da mihi factum, dabo tibi jus*.

En uno y otro caso, el proceso judicial o del procedimiento administrativo son idénticos desde el punto de vista material o de su naturaleza jurídica, ya que para su emisión se deben respetar las garantías de competencia, audiencia y legalidad; y su producto: el acto administrativo, al igual que la sentencia, debe estar fundado y motivado. Así, la Suprema Corte de Justicia de nuestro país ha sustentado la siguiente tesis jurisprudencial: “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas”. Jurisprudencia. Materia(s): Común. Séptima Época. Instancia: Segunda Sala.

Pero además, la sentencia y el acto administrativo son idénticos en su estructura: resultandos, considerandos y puntos resolutivos, y gozan de presunción de legalidad, que sólo podría ser destruida mediante una acción impugnativa, por tal razón, ambos gozan de ejecutoriedad.

Diferencias entre las funciones administrativa y judicial. Al respecto, cabe señalar que la unidad fundamental entre proceso judicial y procedimiento administrativo se revela, como señala Carnelutti en la nota 6 del presente ensayo, en la función común de todas las formas del proceso a que antes se hizo referencia, y sus diferencias sustantivas, propias de cada tipo de jurisdicción, se dan en tres puntos, esencialmente: a) por el campo normativo de ejecución. En la función administrativa se aplica, como señala Montesquieu, el de las cosas relativas al derecho de gentes, y la judicial, a las cosas que dependen del derecho civil; b) por los sujetos. Conforme a Carnelutti y Kelsen, la ejecutiva se confía a los órganos administrativos, e intervienen dos personas: el administrado y el órgano administrativo, mientras que la judicial se confía a los tribunales e intervienen tres personas: el juzgador y dos partes, la que ejerce una pretensión y contra quien se pretende; y c) Por el objeto. La función administrativa tiende a la realización de un interés público, sin que exista una controversia, mientras la judicial, conforme a la definición de Carnelutti, a resolver cuestiones litigiosas que le sean sometidas, esto es, a la composición de un interés privado en conflicto. Al respecto, el profesor vienés expresa “El procedimiento judicial tiene usualmente la forma de una controversia entre partes. Una de ellas pretende que el derecho ha sido violado por la otra, o que ésta es responsable de una violación jurídica cometida por otro individuo, y la parte contraria niega que este sea el caso. La sentencia judicial es la resolución de una controversia. Desde el punto de vista de la norma general que tiene que ser ejecutada a través del ejercicio de la función judicial, el carácter polémico del procedimiento judicial es de importancia secundaria”.²²

²¹ Kelsen, *op. cit.*, nota 15, p. 330.

²² Kelsen, *op. cit.*, nota 15, p. 324.

V. EL DISEÑO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN MÉXICO, BASADO EN UNA CONCEPCIÓN CIVILISTA

Sustentado que el procedimiento administrativo es materialmente jurisdiccional, tenemos que, como en el judicial, se dan las fases clásicas para la aplicación del derecho, como son: a) declarativa del derecho a que antes se hizo referencia, b) impugnativa, de revisión o de control jurídico, también denominada “contencioso-administrativa” a que ahora nos enfocaremos, y c) ejecutiva.

Respecto de la impugnativa, revisora o de control jurídico de la norma individualizada, el problema más general estriba, conforme al tratadista austriaco “en garantizar que una norma inferior se ajuste a la superior que determina su creación o su contenido... el derecho positivo conoce dos métodos para asegurar la concordancia entre una norma inferior y otra superior. El orden jurídico puede establecer un procedimiento por el cual es examinada la conformidad de la norma inferior con la superior, pudiendo la primera ser abolida si se descubre que no concuerda con la segunda. El orden jurídico puede también hacer personalmente responsable al órgano que crea una norma ilegal”. Continúa este tratadista señalando que la teoría de la separación de poderes “parece exigir que ninguno de los tres poderes sea controlado por cualquiera de los otros dos. Sin embargo, este principio es el que se invoca para justificar el más estricto control de la administración por los tribunales...”, “Si la Constitución de un régimen democrático establece... el control de las funciones legislativa y administrativa por los tribunales, ello sólo puede explicarse por razones históricas”.²³ En la actualidad, dicho control jurídico se realiza en México por los tribunales ubicados en el poder ejecutivo, conforme a la tradición continental europea, en el judicial, según la tradición anglosajona, o bien autónomos de los poderes públicos mencionados; pero independientemente de su adscripción formal, lo importante es que garanticen la concordancia de la norma jurídica individualizada con la ley, como expresión de la voluntad general.

El contencioso administrativo, su origen. En nuestro país, la formas del proceso impugnativo administrativo tienen su fuente de inspiración en el sistema francés. Así sucedió con la trascendental creación de la jurisdicción contenciosa administrativa en materia fiscal, realizada mediante la Ley de Justicia Fiscal de 27 de agosto de 1936. Esta Ley, que evolucionó hasta ser comprensiva a la fecha de toda la materia administrativa federal, conforme a la vigente *Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo* publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1º de diciembre de 2005, ha servido de modelo al sistema contencioso-administrativo local. Don Alfonso Cortina Gutiérrez, uno de los integrantes de la Comisión para el diseño de dicha Ley, y antiguo profesor de teoría general de la tributación en la UNAM, expresa: “Nuestro juicio tributario es muy francés. No es italiano, ni menos anglosajón... El meollo del contencioso administrativo está en el de anulación y en el de plena jurisdicción. El recurso de anulación está dirigido siempre en contra de una “decisión ejecutoria”, es decir, de un acto administrativo que emana unilateralmente de un órgano del Estado, dentro de su actuación soberana, de su poder de imperio; acto que por el interés general que corresponde al campo del derecho público en el que se desarrollan las funciones estatales, es ejecutable “*per se*”, sin previas formalidades de orden judicial”; y continúa señalando “Ya puedo afirmar, una vez más, que el juicio ante el Tribunal Fiscal es un juicio de anulación en algunos casos, pero también de plena jurisdicción en otros casos.

²³ *Ibidem*, pp. 316 y 332-335.

Que el Código Fiscal de la Federación haya previsto originalmente un recurso por exceso de poder en el sentido francés, es evidente, pues basta leer su artículo 202 para darse cuenta no sólo de que expresamente la ley habla de causas de anulación, sino también de que las cuatro causas que ese precepto señala son idénticas a las “*ouvertures*” del exceso de poder en Francia”.²⁴

Pero, nos preguntamos ¿de dónde surge la denominación de: juicio (y no recurso, como en el sistema francés), de partes, de demanda y contestación, de que serán admisibles toda clase de pruebas (como si se tratara de un proceso de conocimiento o histórico), de que mediante el procedimiento contencioso se está resolviendo una controversia, de que a falta de prevención expresa se aplicará las del Código de Procedimientos Civiles, elementos todos ellos que se ubican en la Ley de Justicia Fiscal de 1936?. Sin duda, todos estos elementos no son propios de un proceso impugnativo, sino de uno de conocimiento o de declaración del derecho, y más propiamente de uno de índole civil? ¿Qué conforme al sistema francés de origen, no se dijo antes que se trata de un recurso por exceso de poder?, ésta y otras interrogantes no tendrán respuesta por ahora en este espacio, pero sí al menos se establece que hay una clara confusión en la naturaleza jurídica de este proceso. Confusión que no sólo aconteció con el legislador ordinario de 1936, sino que aún se contiene actualmente, conforme a la *Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo (Diario Oficial de la Federación* el 1º de diciembre de 2005, cuya última reforma se publicó el 28 de enero de 2011). Más grave aún, cuando esta confusión se da no sólo en la Ley ordinaria, sino también en el intérprete de la norma suprema de nuestro país, la Segunda Sala de la Suprema Corte, que estableció la siguiente tesis de jurisprudencia bajo el rubro: “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LAS PRUEBAS DEBEN ADMITIRSE EN EL JUICIO Y VALORARSE EN LA SENTENCIA, AUN CUANDO NO SE HUBIERAN OFRECIDO EN EL PROCEDIMIENTO”. Contradicción de tesis 80/2001-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo del Décimo Cuarto Circuito, Segundo en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito y Primero en Materia Administrativa del Sexto Circuito. 14 de noviembre de 2001. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Rosalía Argumosa López. Tesis de jurisprudencia 69/2001. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veintitrés de noviembre de dos mil uno. Dicha tesis se refiere a la presunción de legalidad de que goza la resolución impugnada, al tenerse por consentidos hechos u omisiones consignados en el oficio de observaciones que no fueron desvirtuados de manera documental; no obstante, la tesis sostiene que admite prueba en contrario en caso de impugnarse la resolución, aun cuando no hayan sido planteados en la instancia administrativa, desvirtuándose así el sentido de un procedimiento administrativo, en que la autoridad concedió al particular el derecho de audiencia.

Pero además, el Constituyente federal establece, en diversas partes del texto constitucional (art. 73 fracción XXIX-H, 115 fracción II, 116 fracción V), refiriéndose a los medios impugnativos en materia administrativa, específicamente al contencioso administrativo: federal, municipal y estatal, respectivamente, que su objeto es el de dirimir controversias, elevando así a rango constitucional una confusión que se creía sólo en ley ordinaria, y aún más grave, el establecer en el primer artículo referido, que el contencioso administrativo federal tendrá a su cargo asimismo “imponer sanciones a los servidores públicos por responsabilidad administrativa”, lo que implica no sólo la confusión en referencia sino una

²⁴ Cortina Gutiérrez, Alfonso, “El control jurisdiccional administrativo de la legalidad y de la facultad discrecional”, *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, número extraordinario, 1965, México, pp. 70-71 y 79.

absoluta distorsión de las fases de la función administrativa misma. Ejemplo de una clara equivocación constitucional, en la naturaleza de las cosas, al dotar al órgano revisor de una facultad declarativa del derecho, lo que trajo por consecuencia un rechazo funcional en el órgano mismo.

VI. HACIA UN REDISEÑO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO, CON AUTONOMÍA DEL PROCESO CIVIL.

Para que el Estado de Derecho logre su verdadera realización, como de manera precisa y contundente afirma el profesor Soto Guerrero, “es necesario que establezca, entre otros principios básicos de orden jurídico, una serie de medios de impugnación, a través de los cuales se pueden revocar o anular los actos de los poderes públicos lesivos de los derechos de los gobernados. Cuando falten garantías, cuando haya amplias zonas de la actividad pública a las que injustificadamente no llegan dichos medios de impugnación, puede afirmarse, sin temor a caer en el error, que el Estado de Derecho no existe”.²⁵

Conforme a la teoría de los medios de impugnación que dicho autor propone, específicamente en su parte especial: a) el acto impugnado lo es el acto administrativo, equivalente a la sentencia judicial, como antes se precisó, ya sea en única o en primera instancia; b) el acto impugnativo lo sería, no la demanda como se tiene diseñado, sino el recurso (por exceso de poder, como en Francia, o el recurso contencioso-administrativo español) contra dicho acto, y su pretensión: la declaración de no conformidad a derecho; en su caso, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento, incluida la indemnización de los daños y perjuicios cuando proceda; c) el procedimiento será de índole impugnativo, y en él se deberá apreciar el acto tal cual fue emitido por la autoridad. En dicho procedimiento el elemento esencial se constituye por los agravios expuestos por el recurrente, sin que sea admisible prueba de hechos, salvo que ésta fuese superveniente. d) finalmente, la resolución habrá de ser congruente con la pretensión ejercida, y si, en su caso, fuere estimada procedente la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios, su concreción definitiva quedará diferida al período de ejecución de la resolución. En adición, ha de señalarse que la supletoriedad del proceso civil respecto del administrativo ha sido abandonada en varias legislaciones de las entidades federativas, comenzando con la del Estado de México, pionera en este aspecto en nuestro país, diseñando ya, en este punto, un proceso impugnativo autónomo del proceso civil.

Para un diseño de la forma impugnativa ya se tiene una metodología de revisión muy bien perfilada por el proceso civil, y ésta, no el proceso de conocimiento de demanda y contestación, podría servir para el proceso impugnativo en materia administrativa, porque es su equivalente en cuanto a su naturaleza jurídica. Así, puede servir como modelo el recurso de apelación civil, en que el magistrado revisa la sentencia a la luz de los agravios expuestos por el recurrente, sin que sea admisible siquiera un informe de la autoridad cuyo sentencia es recurrida. Otra metodología, que tiene un reconocimiento en nuestro sistema jurídico, y por el cual me pronunciaría, es el procedimiento adoptado para el juicio de amparo, en que a la autoridad emisora se le pide un informe, pero sin que su desahogo sea requisito indispensable para continuar el procedimiento de revisión. Si bien este proceso es para revisar el

²⁵ Soto Guerrero, Salvador, “Los medios de impugnación (Reflexiones sobre una teoría general de la impugnación)”, *Investigaciones Jurídicas*, Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, Boletín 35, Julio-septiembre de 1989, p. 172.

acto frente al texto constitucional, este método es perfectamente aplicable para su confrontación frente a la ley ordinaria.

Sin duda, que una impugnación basada sobre estos fundamentos, tendría viabilidad teórica, normativa y jurisprudencial, permitiendo una congruencia sistemática con otros procesos, como lo planteara ese gran teórico del proceso, Francesco Carnelutti, en la idea de construir una teoría general de la impugnación sencilla, comprensible y ágil en torno a la consecución de la justicia.

VII. CONCLUSIONES

Al menos tres conclusiones podemos desprender del presente ensayo:

a) Las funciones del Estado no son tres, sino dos: creación y aplicación (ejecución) de la ley. La distinción entre creación y aplicación del derecho sirve de base al dualismo propuesto por Montesquieu y Rousseau y desarrollado por Hans Kelsen. Las funciones ejecutiva y judicial son esencialmente idénticas, en cuanto transforman las normas generales en normas individualizadas.

b) La concepción del proceso administrativo como un proceso de conocimiento es contrario a su naturaleza jurídica, que es impugnativa.

c) El rediseño del proceso administrativo en México, conforme a la teoría general de la impugnación, encuentra su cauce similar, como un recurso de apelación en materia civil, o bien, como el juicio de amparo.

BIBLIOGRAFÍA

CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Cárdenas Editor, México, 1998.

CORTINA GUTIÉRREZ, Alfonso, "El control jurisdiccional administrativo de la legalidad y de la facultad discrecional", *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, número extraordinario, 1965, México, pp. 70-71 y 79.

CHIOVENDA, José, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de José Casais y Santaló, Cárdenas editor, México, 1980. t. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milán, 1991.

De PINA, Rafael y De PINA VARA, Rafael, voz "Jurisdicción", *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 1995.

FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge y López Acosta, Santiago, *Derecho administrativo del Estado de Guanajuato*, Ed. Porrúa-UNAM, México, 2008, p. XXVI.

KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Colofón, México, 1992.

_____, *Teoría general del estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Ed. Nacional, México, año de reimpresión 1972.

_____, *Compendio de Teoría general del Estado*, trad. de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate, Colofón, México, 1992.

_____, *Teoría general del derecho y del estado*, Trad. Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1979.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévanez, Porrúa, México, 1982.

NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho procesal administrativo*, Ed. Porrúa, México, 1959.

OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, Harla, México, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Grupo Editorial Éxodo, México, 2005.

SOTO GUERRERO, Salvador, “Los medios de impugnación (Reflexiones sobre una teoría general de la impugnación)”, *Investigaciones Jurídicas*, Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, Boletín 35, julio-septiembre de 1989.

DISCREPANCIA EN LA CLASIFICACIÓN DE COSTOS EN LA INDUSTRIA
DE LA CONSTRUCCIÓN: UN ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE
EL REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS
RELACIONADOS CON LA MISMA PARA EL ESTADO Y LOS MUNICIPIOS
DE GUANAJUATO Y LAS NORMAS DE INFORMACIÓN FINANCIERA

Discrepancy in the classification of costs in the construction industry: A comparative study of the "Regulation of the Public Works and Related Services with the same for the state and the municipalities of Guanajuato Act" and the norms of financial reporting

Eva Lozano Montero.¹

Sumario:

I. Introducción. II. Problemática. III. Metodología. IV. Conceptualización y clasificación de costos. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Resumen. *En la industria de la construcción, la correcta clasificación de los costos, incluyendo los gastos directos e indirectos, es de gran importancia para dar certidumbre al proceso de toma de decisiones tanto en la determinación de la propuesta para la adjudicación de una obra, como en la utilidad esperada de la misma.*

Este artículo, analiza el proceso de la clasificación de los costos y de los gastos directos e indirectos desde dos puntos de vista: el técnico, considerando el Reglamento de la Ley de Obra Pública y Servicios relacionados con la misma para el Estado y los Municipios de Guanajuato, y el contable-financiero, de acuerdo con las Normas de Información Financiera. Con base en las discrepancias de clasificación encontradas, se proponen soluciones que coadyuven a la mejora de los criterios de categorización de costos en la industria de la construcción.

Palabras clave: *Clasificación de Costos, Industria de la Construcción, Ley de Obra Pública, Normas de información Financiera*

Abstract. *In the construction industry, the right classification of costs, including direct and indirect expenses, is of utmost importance to give certainty to the decision making process for tendering and expected profit of a given work proposal.*

In this paper, the process of classification of costs and direct and indirect expenses is analyzed from two view-points: while the technical one is carried out considering the Bylaw of the Public Works and Related Services Law for the State and Municipalities of Guanajuato, the accountable and financial one is done according to the Financial Information Standards. Based on found

¹ Profesora de la División de Ciencias Económico Administrativas, Departamento de Gestión y Dirección de Empresas de la Universidad de Guanajuato. Maestra en Administración y Fiscal, doctorante en Ciencias de la Administración, línea de investigación en Finanzas.

costs classification discrepancies, solutions to improve costs categorization for the construction industry are proposed.

Keywords: *Costs Classification, Construction Industry, Public Works Law, Financial Information Standards.*

I. INTRODUCCIÓN

Las empresas constructoras y en general cualquier persona o institución del sector de la construcción tiene como objetivo satisfacer las necesidades de los diferentes clientes a través de la prestación de un servicio de calidad, el cual tiene como resultado un producto, este producto implica en un costo de fabricación que posteriormente al colocarse en el mercado a un precio de venta razonable, cubre los costos y gastos de fabricación y además genera una utilidad deseada.

El análisis de la práctica de la integración de un presupuesto de costos, en el Estado de Guanajuato, nos muestra que una gran parte de constructores, principalmente los de micro y pequeñas empresas, definen sus precios considerando aquellos precios que genera la competencia, resultando esto en un parámetro de medición ineficiente y desconociendo si el precio fijado de tal forma, cubre la totalidad de costos generados en la empresa; la consecuencia inmediata de esta práctica es un lento desarrollo de las entidades económicas o la desaparición de las mismas. Es necesario considerar la competencia, sin olvidar la importancia del costo beneficio de la obra.

Conocer los costos en los que las empresas incurren es una de las áreas principales y clave de la correcta administración empresarial, todos los esfuerzos invertidos en la prestación de servicios y construcción, se traducen en utilidades y a su vez en desarrollo y estabilidad de la empresa.

Elaborar un presupuesto de obra, es de gran trascendencia, identificar los conceptos que son directos e indirectos pareciera ser sencillo, sin embargo; la realidad muestra que existe discrepancia en cuanto a la conceptualización de los mismos, ya que técnicamente, a partir del monto estimado de los costos directos, se establece un porcentaje de los costos indirectos para cada obra,² los cuales, de acuerdo al procedimiento que siguen los contratistas; corresponden a los gastos generales necesarios para la ejecución de los trabajos no incluidos en los costos directos que realiza tanto en las oficinas centrales como en la obra, dichos conceptos indirectos, están representados principalmente por costos fijos que se generan en la entidad económica. Por otro lado, desde el punto de vista contable y con base en las Normas de Información Financiera (NIF), la conceptualización de costos directos e indirectos difiere, repercutiendo en la determinación de decisiones diversas por ambas metodologías.

Cualquier decisión que se considere en la organización, influye en los costos de la misma, exigiendo el suficiente análisis y garantizando en su implementación resultados favorables. Cada una de estas decisiones exige ser valuadas bajo la incidencia que tendrá sobre los costos que se tienen en determinado momento y los costos que generará la implementación de la misma.

² Periódico oficial del gobierno del Estado. *Reglamento de la ley de obra pública y servicios relacionados con la misma para el Estado y los municipios de Guanajuato*, Guanajuato, Gto. 2005, número 148, pp. 32-33.

Es así como la estimación de los costos que generan las empresas es uno de los instrumentos más importantes para la toma de decisiones, y se puede decir que para evaluar los costos en los presupuestos, es necesario considerar la incidencia de cualquier decisión y las posibles eventualidades y consecuencias para la empresa.

En la industria de la construcción, existen diversos costos, que deben ser clasificados según la incidencia y relación que éstos tengan en la obra y en la empresa, además de la decisión que se desea considerar. Concretamente el análisis de la clasificación de costos estará enfocado al que establece el Reglamento de la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con la misma para el Estado y los Municipios de Guanajuato y las Normas de Información Financiera.

Algunos administradores pudieran argumentar que las utilidades determinadas no concilian, debido a que el técnico realiza un Presupuesto por Obra y el contador presenta un Estado de Resultados de la empresa en un período determinado. El presupuesto de obra considera los costos y gastos necesarios para ejecutar adecuadamente la obra, aunado a los impuestos por pagar y la utilidad deseada; por lo que “debería” de coincidir con la utilidad determinada en el Estado de Resultados de la obra. Lo relevante es que al clasificar los costos, la obra debe absorber costos fijos (siendo un gran porcentaje de costos indirectos) y los variables (representados por los costos directos), pero si existieran costos fijos representativos en referencia al costo total de la obra, la decisión tomada cambiaría su rumbo, de ello dependería el porcentaje de utilidad deseada. Asimismo, debe considerarse que al no disponer de obra por ejecutar, los costos fijos los debe absorber la empresa, ocasionando disminución de utilidades y hasta pérdidas. Para comparar las utilidades obtenidas, el administrador debe elaborar un Estado de Resultados por Obra y estar en constante contacto con el responsable de la obra, independientemente de que para efectos fiscales y legales elabore un Estado de Resultados de la empresa correspondiente a un período determinado.

II. PROBLEMÁTICA

El técnico y el contador están preocupados por el bienestar de la empresa constructora, sin embargo; en la mayoría de las ocasiones realizan sus actividades de forma independiente, existiendo la nula comparación entre los resultados obtenidos y cooperación en la toma de decisiones, a pesar de que para un correcto análisis de costo-beneficio por obra, es relevante determinar de forma conjunta el monto de costos directos e indirectos evitando así, la fuga de recursos y la equívoca obtención de utilidad por obra.

Este problema se maximiza ya que en la clasificación de costos, comparando el criterio contable-financiero con el técnico, persiste discrepancia, provocando desentendimiento entre los profesionistas y toma de decisiones diferentes y erróneas. Lo anterior motiva a realizar un análisis de costos desde ambos puntos de vista, buscando la unificación de criterios, mejorando el entendimiento y coadyuvando a la eficiente toma de decisiones en beneficio del desarrollo y competitividad de la empresa. A continuación se dan a conocer los criterios de clasificación de cada disciplina, exponiendo fundamentos y observando cómo influyen en la determinación de la utilidad por obra.

Cada metodología clasifica los costos de obra, de acuerdo a diferentes fundamentos, lo cierto es que ambos criterios forman parte de una empresa, en donde se toman decisiones para la misma, surgiendo la preocupación de la incongruencia de clasificación de costos y las consecuencias que se desprenden, en donde el técnico presume obtener una utilidad que

es diferente al criterio contable-financiero, generándose la incertidumbre acerca de, ¿Cuál es el criterio más razonable de clasificación de costos?

Generalmente el departamento de análisis de costos de una empresa constructora elabora el presupuesto de obra y toma decisiones sin considerar la opinión del contador o administrador. De la misma manera, el contador determina los impuestos a pagar y cargos de seguridad social, sin analizar y considerar todos los elementos que pueden contribuir en la toma de decisiones y en el desarrollo de la empresa. Este aspecto es más notorio cuando el contratista carece de un contador permanente en la empresa y solamente lo visita para motivos de cumplimiento de obligaciones fiscales y de seguridad social, sin involucrarlo en la toma de decisiones, generándose un círculo vicioso. Por lo contrario, un contador permanente, incrementa el gasto, pero el empresario le solicita mayor participación en la empresa, contribuyendo en la eficiente toma de decisiones, significando su participación e incremento en la competitividad de la empresa, de tal manera que el gasto se convierte en beneficio.

Un sistema de costos efectivo es una valiosa fuente de información estadística para el eficiente desarrollo de obras.

III. METODOLOGÍA

La metodología utiliza dos fases principalmente, la exploratoria y la descriptiva; donde la primera se realiza a través de una revisión de literatura relacionada con el Reglamento de la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con la misma para el Estado y los Municipios de Guanajuato y con las Normas de Información Financiera.

En la segunda fase, se relata la manera de registro de los costos y sus consecuencias con las utilidades obtenidas.

IV. CONCEPTUALIZACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE COSTOS

ASPECTO TÉCNICO

De acuerdo a Leopoldo Varela, los cargos indirectos “*son los cargos y gastos generales requeridos por la organización de campo y de la oficina central y que no pueden ser imputables en forma directa a una unidad de obra*”³

Varela menciona que la Association for the Advancement of Cost Engineering (AACE), define los cargos indirectos como “*todos los costos que no llegan a ser una parte final de la instalación, pero que son requeridos para ello y que pueden incluir en forma no limitativa a la administración de campo, supervisión directa, herramientas mayúsculas, costos de arranque, cuotas, seguros, impuestos, etc.*”⁴

Por otro lado, Suárez utiliza el término de Factor de Sobre Costo, en donde incluye tanto los indirectos, como la utilidad, siendo una expresión adoptada en el Estado de Guanajuato. Define los costos indirectos como “*es la suma de gastos técnico*”, quien a su vez define Costo Indirecto de Operación “*es la suma de gastos que por su naturaleza intrínseca, son de aplicación a todas las obras efectuadas en un tiempo determinado*” y costo indirecto de obra “*es la*

³ Varela Alonso, Leopoldo, *Ingeniería de costos, teoría y práctica en construcción*, México, D.F., editorial Inter-Cost, 2009, p. 129.

⁴ *Ibid*, p. 130.

suma de todos los gastos que por su naturaleza intrínseca, son aplicables a todos los conceptos de una obra en especial”⁵

Para Suárez el costo directo “es la suma de material, mano de obra y equipo necesario para la realización de un proceso productivo”, determinando a su vez, dos tipos de costos directos; Costo directo preliminar “es la suma de gastos de material, mano de obra y equipo necesario para la realización de un subproducto” y el costo directo final “es la suma de gastos de material, mano de obra, equipo y subproductos para la realización de un producto”⁶

Varela menciona que R.S. Means, define a los gastos indirectos o generales como “los costos de conducir un negocio, diferentes a los costos directos de la obra, incluyendo la utilidad (markup)”⁷ coincidiendo con Suárez, asimismo, Means define “markup” como “el porcentaje de otras sumas que se añade al total de todos los costos directos para determinar un precio final o alzado. En la práctica representa dos factores importantes: el primero es el costo estimado del gasto indirecto a menudo referido como gastos generales y el segundo a la utilidad prevista por el contratista”⁸

R.S. Means conceptualiza que los indirectos incluyen la utilidad, aunque contablemente se consideran por separado, la utilidad es de naturaleza diferente a los costos indirectos y además se determina de la suma de los costos directos e indirectos, la utilidad no es directa, ni indirecta, está intrínsecamente relacionada con la obra, aunque es resultado de los costos y gastos necesarios para ejecutar la obra.

Son indirectos “los costos que no constituyen en sí mismos –no generan realidades físicas pero son indispensables para implementarla, dentro de un medio ambiente urbano o profesional, tanto por exigencias de la ciudad donde se encuentre (impuestos), como por la necesidad de protección de la sociedad (seguros y garantías), o el imperativo de que el proyecto se realice en las mejores condiciones de diseño y de construcción (honorarios).”⁹

El artículo 33 del Reglamento de la Ley de Obra Pública y Servicios relacionados con la misma para el Estado y los Municipios de Guanajuato, cita que “conforme al artículo 59 de la Ley, el precio unitario se integra con los costos directos correspondientes al concepto de trabajo, los costos indirectos, el costo por financiamiento y el cargo por la utilidad del contratista”,¹⁰ observándose que la utilidad no se encuentra inserta en los costos indirectos.

Asimismo, en el artículo 37 del mismo reglamento, se establece que “el costo directo puede ser por mano de obra, materiales, maquinaria o equipo de construcción, depreciación, inversión, seguros, mantenimiento mayor o menor, consumo, combustibles, otras fuentes de energía, lubricantes, llantas, piezas especiales, salarios de operación, herramienta de mano, equipo de seguridad y maquinaria o equipo de construcción en espera y en reserva”¹¹

El artículo anterior, carece de una definición de costo directo que auxilie en la identificación de algún costo que no se encuentre contemplado en los conceptos citados; el Reglamento menciona ejemplos, y en los subsecuentes artículos define cada costo mencionado como directo y en otros explica la determinación del costo de cada concepto.

⁵ Suárez Salazar, Carlos, *Costo y tiempo en edificación*, 3ª. Edición, México, D.F., Editorial Limusa, 2005, p. 25.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Op. cit.*, 3, p. 130.

⁸ *Op. cit.*, 3, p. 130.

⁹ Arboleda López Sergio Andrés, *Presupuesto y programación de obras civiles*. México, D. F. Editorial Instituto Tecnológico Metropolitano, 2007, p. 84.

¹⁰ *Op. cit.*, 2, p. 11.

¹¹ *Ibid*, p. 12.

La Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, considera en primera instancia los costos directos, los cuales a su vez están formados por costos directos de materiales, costos directos de mano de obra y costos directos de equipo y herramienta.

Varela menciona que en el documento de Terminología Estándar de la AACE, define los costos directos en dos ámbitos:

1. El de la industria de la construcción, “*es el costo instalado del equipo, material y labor directamente involucrado en la construcción física de una instalación permanente*”,¹² y
2. El de la industria de manufactura, servicios y otras industrias no relacionadas con el sector de la construcción, “*es la porción de los costos operativos que son generalmente asignables a un producto específico o área de proceso*”¹³

Al analizar la definición de costo directo que aporta la AACE, pareciera entenderse completamente los conceptos que comprende, sin embargo, al mencionar algunos ejemplos, es necesario especificar bajo qué condiciones se acepta como costo directo. Por su parte, el artículo 59 del Reglamento de la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con la misma para el Estado y los Municipios de Guanajuato, menciona que “*el costo indirecto corresponde a los gastos generales necesarios para la ejecución de los trabajos no incluidos en los costos directos que realiza el contratista o consultor, tanto en las oficinas centrales como en la obra y comprende entre otros: los gastos de administración, organización, dirección técnica, vigilancia, supervisión, construcción de instalaciones generales necesarias para realizar conceptos de prestaciones laborales y sociales correspondientes al personal directivo y administrativo*”¹⁴

En la práctica de la presupuestación de obra, los costos indirectos se expresan como un porcentaje de los costos directos, aplicando la fórmula y realizando la operación de manera rutinaria; dejando de analizar si realmente los costos y gastos sean directos o indirectos, sin considerar que cada obra tiene sus propias características y que se debe presupuestar de acuerdo al tamaño y estructura organizacional de la empresa.

A pesar de que el artículo 60 del Reglamento mencionado, establezca que “*los costos indirectos se expresarán como un porcentaje del costo directo de cada concepto de trabajo. Dicho porcentaje se calculará sumando los importes de los gastos generales que resulten aplicables y dividiendo el resultado entre el costo directo total de la obra de que se trate*”¹⁵, es importante considerar que existen organizaciones en donde los gastos de oficina central representan hasta un 80% de los cargos indirectos, los cuales representan hasta un 30% de los costos directos,¹⁶ por ello; el analista de costos debe concentrarse en la estructura organizacional del personal de campo y de oficina central que sea capaz de manejar la operación de la obra. Los gastos de oficina central, generalmente son costos fijos, debiendo colaborar en la eficiente coordinación de la obra, garantizando la recuperación de los mismos y determinándose no como una receta o fórmula predeterminada, sino que se debe analizar cada obra, calculando el cargo indirecto real para cada una de ellas.

Lo anterior obliga al contratista en su organización, a adoptar la flexibilidad necesaria para adecuarse tanto en aquellos casos que se le presente una demanda extraordinaria de obra, como en aquellas situaciones en donde se carece o escasea la misma. En este momento,

¹² *Op. cit.*, 3, p. 81.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Op. cit.*, 2, p. 21.

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Op. cit.*, 3, p. 131.

la clasificación de costos desempeña un papel importante, pues de ello depende una toma de decisiones eficiente, donde la representatividad que tienen los gastos generales respecto a los costos directos son la pauta para realizar adecuaciones en el presupuesto y para la determinación de la utilidad deseada; siendo que la utilidad se calcula con base al costo total de obra, incluyendo costos directos e indirectos. Cuando la empresa presenta gastos generales considerables respecto al costo directo de obra, obliga a realizar un análisis y ajuste de los gastos generales, más sin embargo, si la clasificación de costos es inadecuada, se estarían efectuando decisiones equívocas.

Los **gastos generales** que se consideran para integrar el costo indirecto y que se pueden aplicar indistintamente a la administración de oficinas centrales o a la administración de oficinas de campo, de acuerdo al artículo 61 del Reglamento de la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con la misma para el Estado y los Municipios de Guanajuato, son los siguientes:¹⁷

I.- Honorarios, sueldos y prestaciones de los siguientes conceptos:

- a. Personal directivo;
- b. Personal técnico;
- c. Personal administrativo;
- d. Cuota patronal del Seguro Social y del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores;
- e. Prestaciones a que obliga la Ley Federal del Trabajo para el personal enunciado en los incisos a, b y c de esta fracción;
- f. Pasajes y viáticos del personal enunciado en los incisos a, b y c de esta fracción; y
- g. Los que deriven de la suscripción de contratos de trabajo para el personal enunciado en los incisos a, b y c de esta fracción;

II.- Depreciación, mantenimiento y rentas de los siguientes conceptos:

- a. Edificios y locales;
- b. Locales de mantenimiento y guarda;
- c. Bodegas;
- d. Instalaciones generales;
- e. Equipos, muebles y enseres;
- f. Depreciación o renta y operación de vehículos; y
- g. Campamentos;

III.- Servicios de los siguientes conceptos:

- a. Consultores, asesores, servicios y laboratorios; y
- b. Estudios e investigaciones;

IV.- Fletes y acarreos de los siguientes conceptos:

- a. Campamentos;
- b. Equipo de construcción;

¹⁷ *Op. cit.*, 2, pp. 21-23.

- c. Plantas y elementos para instalaciones; y
- d. Mobiliario;
- V.- Gastos de oficina de los siguientes conceptos:
 - a. Papelería y útiles de escritorio;
 - b. Correos, fax, teléfonos, telégrafos y radio;
 - c. Equipos de cómputo;
 - d. Situación de fondos;
 - e. Copias y duplicados;
 - f. Luz, gas y otros consumos; y
 - g. Gastos de la licitación;
- VI.- Capacitación y adiestramiento;
- VII.- Seguridad e higiene;
- VIII.- Seguros y fianzas; y
- IX.- Trabajos previos y auxiliares de los siguientes conceptos:
 - a. Construcción y conservación de caminos de acceso;
 - b. Montajes y desmantelamiento de equipo;
 - c. Señalamiento indicativo y protección de obra; y
 - d. Construcción de instalaciones generales:
 - 1. De campamentos;
 - 2. De equipo de construcción; y
 - 3. De plantas y elementos para instalaciones.

Con relación a los costos indirectos, el artículo 61 del RLOPEG considera que son aquellos generados por el personal administrativo y que no interviene directamente en la ejecución de los trabajos, sino que son inherentes a estos; sin importar si son de la administración de las oficinas centrales o de las oficinas de campo, sin embargo, desde la perspectiva contable-financiera, esto es de gran importancia para considerarlo como directo o indirecto, ya que cada costo puede ser directo o indirecto respecto a su identificación y cuantificación en este caso con la obra a ejecutar, así como el origen del mismo.

Antes de realizar el análisis comparativo entre ambas disciplinas, es necesario definir la forma de determinar el precio unitario de cada concepto de trabajo en un presupuesto de obra. Cuando el especialista en costos de la Industria de la Construcción, determina el precio unitario de cada concepto de trabajo, se sabe que dicho precio está integrado por los siguientes conceptos:

- a. Costos directos correspondientes al concepto de trabajo, que considera los insumos necesarios para la ejecución de la obra.
- b. ya que corresponden a los gastos generales necesarios para la ejecución de los trabajos no incluidos en los costos directos que realiza el contratista, tanto los de las oficinas centrales como los del sitio de la obra.

c. Costo por financiamiento.- Este costo se estima como un porcentaje de la suma de los costos directos e indirectos, y representa los gastos generados de la inversión de los recursos propios de la entidad económica o recursos ajenos que efectúe el contratista en cumplimiento a la ejecución de la obra.

d. Utilidad deseada.- Es la ganancia que el contratista desea recibir por los trabajos realizados, en donde cada contratista fija el porcentaje de utilidad. El porcentaje de utilidad es sobre el costo total de fabricación (costos directos + costos indirectos + costos de financiamiento).

e. Cargos adicionales.- Son erogaciones que realiza el contratista, siendo obligaciones adicionales que derivan de algún impuesto y no están considerados en los apartados anteriores.¹⁸

Aunado a lo anterior, la Secretaría de Obra Pública del Estado de Guanajuato, tiene establecido un formato en donde se especifican los conceptos de costos directos e indirectos que se manejan en los presupuestos de obra, fundamentado en el Reglamento de la Ley de Obra Pública en referencia. Sin embargo ¿cuál es el fundamento conceptual para establecer algunos conceptos como directos y otros como indirectos? ¿Es un fundamento lógico y razonable la clasificación que se establece? ¿La clasificación es aplicable para todas las obras que se presupuestan?

Se hace referencia al Capítulo Sexto del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, (RLOPF), en donde en la Sección II, a partir del artículo 190, explica la determinación de los conceptos que se incluyen como costos directos, sin mencionar qué es un costo directo. En la sección III, artículo 211, menciona que el “*costo indirecto corresponde a los gastos generales necesarios para la ejecución de los trabajos no incluidos en los costos directos que realiza el contratista, tanto en sus oficinas centrales, como en la obra, ...*”¹⁹ coincidiendo los conceptos con los mencionados en el Reglamento de la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con la misma para el Estado y los Municipios de Guanajuato, así mismo; en el artículo 212, se menciona que los costos indirectos se expresarán como un porcentaje del costo directo de cada concepto de trabajo, estando en el mismo sentido las leyes y reglamentos federales y estatales.²⁰ Otros autores del área de Ingeniería de Costos, coinciden con las definiciones y elementos que se consideran en cada clasificación.

Sin embargo, al observar los conceptos que se contemplan en los costos directos e indirectos de acuerdo al Reglamento de la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con la misma para el Estado y los Municipios de Guanajuato, se pueden determinar diferencias de clasificación con los criterios contable – financiero establecido tanto en las NIF (Normas de Información Financiera) como en algunos textos contables.

En las Normas de Información Financiera; Boletín D-7, se definen entre otros conceptos, lo que es un contrato de construcción y los tipos de contratos de obra; también incluye algunas reglas de valuación y los axiomas referentes a qué es un costo directo e indirecto,

¹⁸ González Meléndez, Raúl, “Unificando Criterios”, *Ingeniería Financiera y de Costos*, México, D.F. año LIX, núm., 484, agosto de 2009, pp. 28-32.

¹⁹ Diario Oficial de la Federación. *Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas*, 2010, p. 72.

²⁰ *Op. cit.*, 19, p. 72.

específicamente en los párrafos 32 a 37, acotando las actividades más comunes para cada clasificación.

Son costos directos, los que “se relacionan directamente con el contrato específico” y los costos indirectos son aquellos que “son atribuibles a la actividad general del contratista y que puedan ser asignados a un contrato específico”.²¹

Asimismo, las NIF dan a conocer los costos directos:²²

- a. Mano de Obra en el sitio de la construcción, incluyendo supervisión
- b. Materiales usados en la construcción
- c. Adquisición propiedades, planta y equipo destinados exclusivamente al contrato
- d. Depreciación de propiedades, planta y equipo usados en la obra
- e. Traslado de maquinaria, equipo y materiales hacia y del sitio de la construcción
- f. Rentas de propiedades, planta y equipo
- g. Diseño y asistencia técnica
- h. Costos estimados de rectificación de especificaciones originales y trabajo de garantía, incluyendo los costos de garantía esperados
- i. Reclamaciones de terceras partes
- j. Seguros y fianzas relacionados con la construcción
- k. Costo o resultado integral de financiamiento directamente atribuible a los financiamientos obtenidos para el desarrollo del contrato, atendiendo las disposiciones vigentes.

Se consideran dentro de los Costos Indirectos, los siguientes conceptos:

- a. Seguro y fianzas generales
- b. Diseño y asistencia técnica que no estén relacionados con un contrato específico
- c. Mano de obra indirecta
- d. Supervisión indirecta del contrato
- e. Suministros
- f. Herramientas y equipo
- g. Control de calidad e inspección

²¹*Normas de información financiera*, sexta edición, México, D.F. Instituto Mexicano de Contadores Públicos, 2011, p. 717.

²² *Íbid*, pp. 717-718.

h. Reparación y mantenimiento

i. En algunas circunstancias, costos base como la preparación y procesamiento central de nóminas.²³

Dichos costos son distribuidos entre todos los contratos usando métodos sistemáticos y racionales, aplicados consistentemente.

Los costos iniciales deben incluirse como costos del contrato, considerando que son aquellos costos incurridos una vez que se ha adjudicado el contrato de construcción y antes del inicio de las actividades propias del mismo, como pueden ser los costos por instalaciones de campamentos, construcción de caminos de acceso, instalación de plantas y otros.

Mientras que los costos erogados que están directamente relacionados con el contrato, cuya recuperación está implícita en el presupuesto de obra original, como los costos de ingeniería básica y otros costos fijos, en caso de que se gane el concurso de obra, los debe absorber el contrato; por el contrario, en caso de perder el concurso o que los costos tengan alta posibilidad de no ser recuperados, o que no puedan ser identificados y cuantificados por separado, deben incluirse como gastos del período.

De igual forma, en las NIF, Boletín D-7, párrafo 40, se especifica que los costos que no pueden ser atribuibles directamente al contrato, o no pueden ser asignados a contratos específicos, o cuyo cobro no esté especificado en el contrato, deben excluirse y por tanto reconocerse en los gastos del período y no del producto. Entre tales costos a excluir estarían:²⁴

- a. Los gastos generales de administración, para los que no se haya especificado ningún tipo de reembolso en el contrato.
- b. Los gastos de venta.
- c. Los gastos de investigación y desarrollo para los que, en el contrato, no se especifica reembolso alguno.
- d. La parte de depreciación correspondiente a propiedades, planta y equipo que no han sido utilizados en algún contrato específico.

Lo anterior no significa que dichas erogaciones sean ignoradas en la determinación del costo total, contablemente se consideran gastos del período y no costos del producto, aunque sí forman parte del costo total.

Asimismo, existen autores del área contable financiera que conceptualizan los costos. Para García,²⁵ los costos directos “*Son aquellos costos que se pueden identificar o cuantificar plenamente con los productos terminados o áreas específicas*”; Cárdenas,²⁶ considera que “... *podría suceder que un gasto fuese causado por un producto particular y se puede cargar directamente al costo de ese producto...*”; coincidiendo con la siguiente definición de Ramírez²⁷,

²³ *Ibid*, p. 718.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ García Colín, Juan, *Contabilidad de costos 2*, segunda edición, México, D. F., ed. Mc Graw Hill, 2001, p. 13.

²⁶ Cárdenas Nápoles, Raúl, *Contabilidad de costos 1*, tercera edición, México, D.F., ed. ANFECA, IMCP, 1999, p. 39.

²⁷ Ramírez Padilla, David Noel, *Contabilidad administrativa*, octava edición, México, D.F., ed. McGraw Hill, 2008, p. 37.

“son los que se identifican plenamente con una actividad, departamento o producto.” Por otra parte, los Costos Indirectos, son conceptualizados por cada autor, de tal manera que coinciden en lo que se refiere a que *“son aquellos costos que no se pueden identificar o cuantificar plenamente con los productos terminados o áreas específicas.”*²⁸ *“son los que se efectúan en la ejecución de los actos generales de la empresa, precisamente relacionados con la producción, ...”*²⁹ y a que *“es el que no se puede identificar con una actividad determinada.”*³⁰

En resumen, las características de los cargos indirectos se pueden agrupar en los siguientes:

1. Los cargos indirectos involucran una serie de conceptos diferentes (como agua, luz, gasolina, entre otros), que no corresponden a la materia prima directa y a la mano de obra directa.
2. Estos costos tienen en común la falta de identificación y cuantificación con el departamento y principalmente con el producto, por lo que se hace compleja su integración al costo de producción.
3. Por lo anterior, es imposible determinar el costo unitario rigurosamente exacto, aun cuando se utilicen métodos que ya se han desarrollado, cuya finalidad es prorratear los costos de una manera adecuada y eficaz.

Aparentemente, coinciden las definiciones entre las disciplinas de la construcción (Ingeniería de Costos), con la contable financiera (Contabilidad de Costos), pero al momento de catalogar los conceptos de obra, es notoria la discrepancia de clasificación; en la Tabla número 1, se realiza un análisis de cada concepto, considerando como base, la clasificación técnica, realizando una comparativa con observaciones en cada uno de los conceptos.

Existen aproximadamente veinte y dos conceptos que requieren de un análisis profundo de su incidencia en el contrato de obra, exigiendo la unificación de criterios tanto en el aspecto técnico como contable financiero, coadyuvando a la toma de decisiones que repercutirá en el beneficio esperado para la organización. Es imperativo la homologación de conceptos entre los emisores de la normatividad, exhortando a la Comisión de Obra Pública del Congreso, con el Consejo Mexicano para la Investigación y Desarrollo de Normas de Información Financiera (CINIF) y el Instituto Mexicano de Contadores Públicos (IMCP), que en coordinación con colegios y cámaras del sector de la construcción y colegios de contadores públicos reforzarán y retroalimentarán los criterios establecidos, de donde se desprenderán nuevas reglas necesarias para el eficiente desarrollo y competitividad de las empresas constructoras. Con lo anterior, las Normas de Información Financiera y el reglamento de la Ley de Obra Pública y Servicios relacionados con la misma para el estado y los municipios de Guanajuato presentarán conjuntamente clasificaciones lógicas, razonables y justificables para el sector de la construcción.

Toda empresa constructora como sociedad mercantil persigue el lucro, por lo que la utilidad neta es, desde el punto de vista contable, el valor residual de los ingresos de una entidad lucrativa después de haber disminuido sus costos y gastos relativos, así como el impuesto sobre la renta (ISR) y la participación de las utilidades a los trabajadores (PTU) correspon-

²⁸ *Op. cit.*, 25, p. 13.

²⁹ *Op. cit.*, 26, p. 40.

³⁰ *Op. cit.*, 27, p. 38.

dientes; presentados en el estado de resultados, durante un periodo contable; siempre que éstos últimos sean menores a dichos ingresos. En caso contrario, cuando los costos y gastos son superiores a los ingresos, la resultante es una pérdida del ejercicio.

La forma de obtener la utilidad en un Estado de Resultados es la siguiente:

Estado de Resultados del ____ al ____ de ____

	Ingresos por obra
-	Costo de obra
=	Utilidad Bruta
-	Gastos de Operación:
	Gastos de Venta
	Gastos de administración
=	Utilidad de Operación (UAI)
+,-	Resultado integral de Financiamiento
=	Utilidad del Ejercicio (UAI)
-	ISR
-	PTU
=	Utilidad Neta

Se propone un Estado de Resultados por Obra, para estar en condiciones de compararlo con el Proyecto de Obra y se facilite la comparación de resultados, asimismo; se podrán tomar decisiones relativas a exceso de costos o gastos generales, involucrando al constructor en el análisis de costos en beneficio de la empresa.

A continuación, se esquematiza la metodología de determinación de la utilidad, considerando el enfoque de la disciplina de Ingeniería de Costos.

	Costos Directos
+	Costos Indirectos
	Costos por financiamiento
	Costos Adicionales
=	Costo Total
+	Utilidad deseada
=	Precio unitario o alzado

Cabe señalar que en los costos directos e indirectos, se incluyen elementos que contablemente se conocen como gastos de operación y los de financiamiento, asimismo, incluye el ISR y el PTU. Lo anterior significa que se obtendrían utilidades muy similares por ambas metodologías, aunque la preocupación radica en la toma de decisiones al momento de clasificar los costos; en donde se propone analizar la naturaleza de cada uno de ellos y que no solamente se apliquen fórmulas preestablecidas, que se considere la flexibilidad de los gastos generales

y en donde los contadores o administradores elaboren Estados de Resultados por Obra y aporten reflexiones del análisis de costos, provocando reacciones en la utilidad deseada.

Al comparar un Estado de Resultados de una obra en específico elaborado por el administrador, con el Presupuesto de Obra realizado por el técnico (considerando las modificaciones autorizadas, como conceptos fuera de catálogo y escalatorias), obtendríamos diferentes utilidades, debido principalmente a la clasificación de costos y a la carencia de comunicación entre ambas partes.

Tabla número 1. Análisis de clasificación de conceptos en la determinación de costos.

Costo de obra Concepto	Reglamento de la lop	Nif(boletin d-7)	Observaciones
Mano deObra	Directo	Directo	
Materiales	Directo	Directo	
Maquinaria y equipo de construcción (uso)	Directo	Directo	Que sea para el contra- to en específico
Depreciación	Directo	Directo	Cuantificable para el contrato en específico
Inversiones	Directo	Directo	Cuantificable para el contrato en específico.
Seguros	Directo	Directo	Cuantificable para el contrato en específico
Mantenimiento mayor o menor	Directo	Directo	Si se calcula por obra y que sea cuantificable para el contrato en es- pecífico.
Combustibles	Directo	Directo o indirecto	Cuantificable para el contrato en específico
Otras fuentes de energía	Directo	Directo	
Lubricantes	Directo	Directo o indirecto	Cuantificable para el contrato en específico
Llantas	Directo	Directo o indirecto	Cuantificable para el contrato en específico
Piezas especiales	Directo	Directo	
Salarios de operación (personal de operación de máquinas)	Directo	Directo o indirecto	Que se pueda cuantifi- car para el contrato en específico
Herramienta de mano	Directo	Directo	
Equipo de seguridad (para protección del trabajador)	Directo	Directo	

Maquinaria o equipo de construcción en espera y en reserva (erogaciones derivadas de situaciones no previstas)	Directo	Directo	
I. HONORARIOS, sueldos y prestaciones de: Personal Directivo, técnico y administrativo. Seguro Social, INFONAVIT, prestaciones, pasajes y viáticos del personal mencionado.	Indirecto	Indirecto o gastos del período	Observar párrafos 38, 39y 40 de NIF
II. DEPRECIACIÓN, MANTENIMIENTO Y RENTAS DE:			
Edificios y locales	Indirecto	Indirecto	
Locales de mantenimiento y guarda	Indirecto	Directo o indirecto	Si es del contrato, es directo
Bodegas	Indirecto	Directo a indirecto	Si es para el contrato de obra, es directo
Instalaciones generales	Indirecto	Indirecto	
Equipos, muebles y enseres	Indirecto	Indirecto	
Depreciación o renta y operación de vehículos	Indirecto	Directo o indirecto	Directo, sólo si es para el contrato de obra.
Campamentos	Indirecto	Directo, generalmente los campamentos son para un contrato.	Identificable solamente con el contrato, es directo.
III. SERVICIOS de consultores, asesores, servicios y laboratorios;	Indirecto	Directo e indirecto	Los servicios de laboratorio son para una obra, siendo Directo.
Servicios de estudios e investigaciones.	Indirecto	Indirecto	

IV. FLETES Y ACARRREOS DE: Campamentos,	Indirecto	Directo, los campamentos son para contratos en específico.	Si es para el contrato de obra, es directo
Equipo de construcción,	Indirecto	Directo o indirecto	Si es para el contrato de obra, es directo
Plantas y elementos para instalaciones	Indirecto	Directo o indirecto	Directo, si se identifica plenamente con el contrato de obra.
Mobiliario	Indirecto	Directo o indirecto	Si es para el contrato de obra, es directo
V. GASTOS DE OFICINA DE: Papelería y útiles de escritorio; Correos, fax, teléfonos, telégrafos y radio; Equipos de cómputo; Situación de fondos; Copias y duplicados; Luz, gas y otros consumos; y Gastos de licitación;	Indirecto	Indirectos	Observar párrafos 38, 39 y 40 de NIF.
VI. Capacitación y adiestramiento	Indirecto	Directo o indirecto	Si es para personal de la obra en específico, es directo.
VII. Seguridad e Higiene	Indirecto	Directo o indirecto	Si se identifica plenamente con el contrato de obra, es directo
VIII. Seguros y Fianzas	Indirecto	Directo	Las fianzas son por contrato.
IX. TRABAJOS PREVIOS Y AUXILIARES DE: Construcción y conservación de caminos de acceso.	Indirecto	Directo	Si es para el contrato de obra, es directo. En NIF se llaman costos iniciales y los absorbe la obra.
Montajes y desmantelamiento de equipo;	Indirecto	Directo	Si es para el contrato de obra, es directo

Señalamiento indicativo y protección de obra;	Indirecto	Directo	Generalmente es para contrato de obra específico y es directo.
Construcción de instalaciones generales de: campamentos; de equipo de construcción; y de plantas y elementos para instalaciones.	Indirecto	Directo	Generalmente es para contrato de obra en específico y es directo.

Fuente Propia: Eva Lozano Montero.

V. CONCLUSIONES

Los enfoques diversos que sostienen las disciplinas de ingeniería de costos y contabilidad de costos, en cuanto a la clasificación de los elementos del costo de obra, ya sean directos e indirectos, provocan confusión y representan barreras para su interpretación. Ambas disciplinas argumentan la razonabilidad de conceptualización y clasificación de los conceptos de obra, lo cierto es que se necesita un entendimiento entre ambas disciplinas, en donde antes de mencionar si un costo es directo o indirecto se analice su incidencia en el contrato de obra, en donde no solamente se aplique una fórmula de manera sistemática, sino que se estudie su relación con la obra.

Los costos indirectos para la industria de la construcción, que en una gran porción son gastos generales; de acuerdo al art. 61 del Reglamento de la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con la misma para el Estado y los Municipios de Guanajuato, se representan como un porcentaje de los costos directos; si se reclasificaran, cambiaría la decisión tanto del contratista como del contratante. De aquí que el contratista trataría de ocupar solamente al personal administrativo y técnico necesario para la obra, haciendo cada vez más flexible al personal que ocupa, cambiando de costos fijos a costos variables, solicitando asesoría contable y administrativa que lo apoyara en la coordinación del personal a ocupar dependiendo del tamaño de la obra a ejecutar. De acuerdo al criterio de Pareto el contratista habrá de concentrarse en determinar el tamaño de las oficinas de campo y central que sea justamente necesario para la obra a ejecutar. Se hace referencia al criterio paretiano debido al economista Vilfredo Pareto, que establece que el 80% del esfuerzo es usado en el 20% del trabajo, también es conocido como la regla 80-20. En los costos de construcción se tiene que un 20% de los conceptos de trabajo representan el 80% del importe de obra total (lo relevante), mientras que el 80% de los ítems más triviales sólo aporta el 20%.

El técnico a través del tiempo, con acopio de información y dedicación, podrá adquirir experiencia, desarrollando su eficiencia, siendo capaz de detectar los elementos, materiales y factores relevantes para la ejecución de la obra.

El contador pasaría de ser un trabajador externo, en donde se enfocaba solamente al pago de impuestos; a ser un asesor permanente en la empresa, en donde el contratista consideraría sus honorarios como una inversión.

El contratante, al analizar los costos directos e indirectos, espera que los gastos generales (indirectos) sean los mínimos necesarios para ejecutar la obra, el artículo 61 en mención, tiene la finalidad de observar la porción de indirectos respecto a los costos directos, pero si la clasificación no es la más razonable, implica toma de decisiones equívocas e inclusive adjudicación de contratos que no son los más viables.

En realidad no se está a favor de alguna disciplina, lo que se propone es que se entiendan ambas partes y que se unifiquen criterios en beneficio del desarrollo de la empresa, exhortando a que ambas disciplinas visionen a la empresa con un enfoque holístico, derribando la barreras de entendimiento y donde predomine la lógica, razonabilidad y ética profesional. Cada profesionista se dedica a cumplir con las obligaciones propias de su campo laboral, olvidándose de comunicar los problemas comunes de la empresa y proponer soluciones de cooperación mutua.

Este artículo pone de manifiesto la necesidad de reformular lo señalado en el Reglamento de la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con la misma para el Estado y los Municipios de Guanajuato, en relación con la determinación de los precios unitarios, de forma coordinada con lo establecido en las Normas de Información Financiera; para lo cual se hace necesario que la Comisión de Obra Pública del Congreso trabaje de manera conjunta con el Consejo Mexicano para la Investigación y Desarrollo de Normas de Información Financiera (CINIF) y con el Instituto Mexicano de Contadores Públicos (IMCP), para homologar criterios encaminados hacia la eficiente determinación de los costos unitarios de la obra pública en el Estado de Guanajuato.

Está demostrado que es urgente mejorar el desarrollo de las empresas constructoras, incrementando su competitividad a través de soluciones innovadoras, entre las cuales se proponen las siguientes:

- a) Unificar criterios en el análisis y clasificación de costos a través de la Comisión de Obra Pública del Congreso y el CINIF e IMCP.
- b) Integrar grupos multidisciplinarios.
- c) Por lo anterior, es necesario retroalimentar los acuerdos obtenidos por medio de los emisores de la normatividad, realizando reuniones con representantes de la Secretaría de Obra Pública (SOP), Colegios de Ingenieros Civiles y Arquitectos, Colegios de Contadores Públicos, representantes de la Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción (CMIC), entre otros; en donde se expongan motivos y lo más relevante, la unificación de criterios de clasificación.
- d) Impulsar la iniciativa y asesoría del contador o administración en coordinación con el ingeniero civil o arquitecto, reflejando un mejor entendimiento y coadyuvando a la eficiente toma de decisiones.
- e) Apoyar las adecuaciones que sean necesarias beneficiando la competitividad de las empresas.

BIBLIOGRAFÍA

ARBOLEDA LÓPEZ, Sergio Andrés, *Presupuesto y programación de obras civiles*. México, D. F. Editorial Instituto Tecnológico Metropolitano, 2007, p. 84.

GARCÍA COLÍN, Juan, *Contabilidad de costos 2*, segunda edición, México, D. F., ed. McGraw Hill, 2001, p. 13.

GONZÁLEZ MELÉNDEZ, Raúl, "Unificando Criterios", *Ingeniería Financiera y de Costos*, México, D.F. año LIX, núm., 484, agosto de 2009, pp. 28-32.

RAMÍREZ PADILLA, David Noel, *Contabilidad administrativa*, octava edición, México, D.F., ed. McGraw Hill, 2008, p. 37.

SUÁREZ SALAZAR, Carlos, *Costo y tiempo en edificación*, 3ª. Edición, México, D.F., Editorial Limusa, 2005, p. 25.

VARELA ALONSO, Leopoldo, *Ingeniería de costos, teoría y práctica en construcción*, México, D.F., editorial InterCost, 2009, p. 129.

DOCUMENTOS

Periódico oficial del gobierno del Estado. *Reglamento de la ley de obra pública y servicios relacionados con la misma para el Estado y los municipios de Guanajuato*, Guanajuato, Gto. 2005, número 148, pp. 32-33.

Normas de información financiera, sexta edición, México, D.F. Instituto Mexicano de Contadores Públicos, 2011, p. 717.

Diario Oficial de la Federación. *Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas*, 2010, p. 72.

SEGURIDAD CIUDADANA

(hacia una radiografía de la seguridad subjetiva en Guadalajara)

Citizen Security

(Towards a radiography of the subjective security in Guadalajara)

Marcos Pablo Moloeznik^{*}

Sumario

1. A manera de introducción. 2. Universo objeto de estudio. 3. Segunda aproximación: seguridad subjetiva de acuerdo con los resultados del proyecto Justiciabarómetro 2009. 4. Tercera aproximación: seguridad subjetiva de conformidad con el estudio cualitativo Radiografía Ciudadana de Guadalajara. 5. Conclusiones.

Resumen. Se trata de un estudio sobre la seguridad subjetiva o percepción de inseguridad ciudadana en Guadalajara, a partir los siguientes tres enfoques: (a) los resultados de las encuestas nacionales sobre inseguridad del instituto ciudadano de estudios sobre la inseguridad (icesi); (b) el imaginario de los policías municipales preventivos de la zona metropolitana de Guadalajara sobre este complejo fenómeno, que se recoge en el proyecto justiciabarómetro; y, c) fundamentalmente, el estudio cualitativo que se desprende del esfuerzo titulado radiografía ciudadana de Guadalajara.

Una vez centrado el trabajo en este último, se intenta demostrar que existe una correlación relativa entre la calidad de los servicios públicos municipales y la situación de seguridad/inseguridad percibida por los propios vecinos; en otras palabras, cabe preguntarse si la prestación de mejores servicios tiene su correlato en un sentimiento de protección y seguridad entre los residentes, y si un déficit de servicios o de mala calidad, redundan en una situación de inseguridad, de acuerdo con la opinión de los propios colonos. Cabe destacar que esta relación inextricable entre servicios y seguridad subjetiva, contempla especialmente los servicios de agua, vías generales de comunicación y electricidad, incluyendo el alumbrado público y el estado de las calles.

Palabras clave: Seguridad – seguridad subjetiva – percepción de inseguridad ciudadana – Guadalajara.

Abstract. It is an study concerning citizens' subjective security or insecurity perception in Guadalajara, from the following three approaches: (a) the results of the national survey on insecurity citizen institute for studies on insecurity (icesi), (b) the imagination of the municipal preventive police from the metropolitan area of Guadalajara about this complex phenomenon, which is included in the project justiciabarómetro, and c) mainly, the qualitative study derivated from the effort tittled Guadalajara's radiography citizen.

^{1*} Profesor-Investigador Titular "C", Departamento de Estudios Políticos, Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara.

Once centered the work in this last one, the study tries to demonstrate that there is a relative correlation between the municipal public quality services and the security/insecurity situation perceived by the residents themselves; in other words, the question is whether the provision of better services has its counterpart in a feeling of safety and security among residents, and if a deficit or poor quality services, result in an unsafe condition, according to the opinion of the settlers themselves. It is important to point that this relation between subjective security and services, contemplates specially the following services: water, communication means and electricity, including street lightning and the streets state.

Key words: Security – subjective security – citizen insecurity perception – Guadalajara city.

1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El artículo 21 constitucional define a la seguridad pública como una competencia concurrente, es decir, una función que comparten la federación, las entidades federativas y los municipios en sus respectivos ámbitos de competencia. Política sectorial, cuyos resultados se reflejan en las estadísticas oficiales (seguridad objetiva), que lejos están de recoger la percepción de los ciudadanos; el sentimiento de seguridad o, por el contrario, de indefensión de la población (seguridad subjetiva).

De ahí la importancia de trabajos cualitativos como *Radiografía Ciudadana de Guadalajara*, producto de la combinación de juntas vecinales —con grupos de enfoque— en todas las colonias de la capital del estado de Jalisco, entrevistas a líderes y actores sociales clave, y observaciones directas de campo de los investigadores participantes.

La base de datos así generada, permite llevar a cabo un estudio único sobre la seguridad subjetiva o percepción de inseguridad ciudadana en Guadalajara; se trata de una investigación pionera, porque los antecedentes -que, por cierto, se toman en cuenta- no están centrados en la opinión de los ciudadanos de los barrios y colonias del municipio de Guadalajara. Efectivamente, los resultados de las Encuestas Nacionales sobre Inseguridad del Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, se basan en la zona metropolitana de Guadalajara (ZMG) que incluye a Guadalajara, pero también a otros cinco municipios; mientras que el Proyecto *Justiciabarómetro* solo toma en cuenta la percepción de los policías municipales preventivos de la ZMG, a la sazón como principales operadores del sistema de justicia penal.

A partir de la información generada por *Radiografía Ciudadana de Guadalajara*, se intenta demostrar que existe una correlación relativa entre la calidad de los servicios públicos municipales y la situación de seguridad/inseguridad percibida por los propios vecinos; en otras palabras, cabe preguntarse si la prestación de mejores servicios tiene su correlato en un sentimiento de protección y seguridad entre los residentes, y si un déficit de servicios o de mala calidad, redundan en una situación de inseguridad, de acuerdo con la opinión de los propios colonos. Cabe destacar que esta relación inextricable entre el desempeño o gestión de los gobiernos municipales y seguridad subjetiva, contempla especialmente los servicios de agua, vías generales de comunicación y electricidad, incluyendo el alumbrado público y el estado de las calles.

El derecho a la seguridad consagrado en el artículo 21 de la Carta Magna va más allá de la obligación, por parte del estado, de dar cumplimiento a esa función pública; se trata del derecho a vivir sin miedo, a gozar de los espacios públicos y a sentirse en un entorno social seguro: seguridad *ciudadano-céntrica*, por ser la seguridad de la persona humana su principal finalidad. El

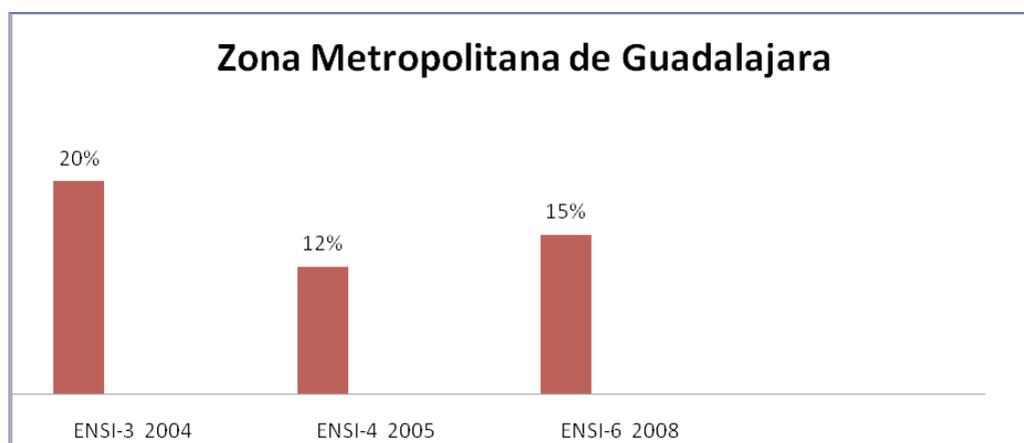
análisis que se presenta a continuación parte de esta concepción de seguridad ciudadana y busca presentar y evaluar la situación que guarda en el municipio de Guadalajara en la actualidad.

2. UNIVERSO OBJETO DE ESTUDIO DE ACUERDO CON EL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA (INEGI), EN 2005 LA POBLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO ERA DE 6,752,113 HABITANTES.² DURANTE ESE MISMO AÑO, EL MUNICIPIO CON MAYOR PORCENTAJE DE HABITANTES ERA **GUADALAJARA CON 23.7%** (1,600,940), SEGUIDO DE **ZAPOPAN CON 17.1%** (1,155,790) Y DE **TLAQUEPAQUE CON 8.3 POR CIENTO** (563,006).³

En tanto que, para el Consejo Estatal de Población (COEPO), actualmente Jalisco tiene una población de 7,037,085 de habitantes, de los cuales 4,328,584 residen en la zona metropolitana de Guadalajara (ZMG), con una clara tendencia a la disminución de la población de la capital de Jalisco, de conformidad con las proyecciones del propio COEPO, en contraste con Zapopan, Tlaquepaque, Tonalá, Tlajomulco de Zúñiga y El Salto, en franco crecimiento poblacional.⁴

Recapitulando, dar cuenta de la radiografía de la seguridad subjetiva en Guadalajara, impone conocer la percepción de poco más de un millón 600 mil personas de carne y hueso que residen de manera permanente en la Perla de Occidente.

Primera aproximación: seguridad subjetiva de acuerdo con el Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A.C. (ICESI).



Gráfica 1 - Porcentaje de personas de 18 años o más víctimas en la República Mexicana en las ciudades de estudio.

Fuente: Sexta Encuesta Nacional sobre Inseguridad - Victimización urbana – Prevalencia; en, http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/ENSI6_urbana.pdf página 15.

² Consultar, <http://cuentame.inegi.gob.mx/monografias/informacion/jal/poblacion/default.aspx?tema=me&e=14>

³ Revisar; <http://cuentame.inegi.gob.mx/monografias/informacion/jal/poblacion/distribucion.aspx?tema=me&e=14> y <http://cuentame.inegi.gob.mx/monografias/informacion/jal/poblacion/default.aspx?tema=me&e=14>

⁴ Ver; <http://coepo.jalisco.gob.mx/index.html>; http://coepo.jalisco.gob.mx/html/I_zonametropolitanagdl.html y, COEPO, “Análisis Sociodemográfico para la Zona Metropolitana de Guadalajara”, marzo de 2008, página 7; en, <http://coepo.jalisco.gob.mx/PDF/AnalisisSociodemograficos/Zmg.pdf>

Se trata de los resultados de las Encuestas Nacionales sobre Inseguridad (ENSI), que incluye 14 zonas urbanas metropolitanas (16 a partir de 2008), entre ellas la Zona metropolitana de Guadalajara (ZMG).

El porcentaje de personas de 18 años o más víctimas de un delito en la ZMG sufre un incremento, al pasar de 12% a 15%, de 2005 a 2008; pero, todavía se encuentra por debajo del 20% arrojado en los resultados de 2004.⁵

No obstante, en la ZMG se verifica un aumento de personas de 18 años o más que reconocen haber sido víctimas de un delito en los últimos tres años en su ciudad, tal como puede apreciarse en la siguiente tabla:

TABLA 1 - PORCENTAJE DE PERSONAS DE 18 AÑOS O MÁS VÍCTIMAS EN SU CIUDAD, DE LAS 14 ZONAS URBANAS DE ESTUDIO DE LA REPÚBLICA MEXICANA

CIUDAD	ENSI-4/05 %	ENSI-6/08 %
Chihuahua	9	19
DF	27	19
Mexicali	17	18
Ciudad de México	21	18
ZCMex	15	17
Tijuana	17	16
Ciudad Juárez	12	15
Cancún	13	14
Guadalajara	11	14
Acapulco	14	13
Cuatiacán	12	11
Oaxaca	12	11
Monterrey	9	10
Toluca	12	10
Cuernavaca	7	10
Global Ciudades	16	16

Ciudades con cambio estadístico significativo del 2005 al 2008

Subió

Bajó

Fuente: Sexta Encuesta Nacional sobre Inseguridad - Victimización urbana – Prevalencia; en, http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/ENSI6_urbana.pdf página 23, el subrayado es nuestro.

⁵ Ver; Sexta Encuesta Nacional sobre Inseguridad - Victimización urbana – Prevalencia; en, http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/ENSI6_urbana.pdf página 16.

Este reconocimiento guarda correspondencia con la tasa de delitos por 100,000 habitantes que, siguiendo la misma fuente, sufre un incremento de 2005 a 2008.

TABLA 2 - TASA DE DELITOS POR 100 MIL HABITANTES

CIUDAD	ENSI-3/04	ENSI-4/05	ENSI-6/08
Distrito Federal	19,700	32,600	22,800
Ciudad de México	20,500	24,900	21,200
Chihuahua	12,400	9,000	21,100
Mexicali	22,200	19,100	21,000
ZCMex	NA	18,000	19,700
Guadalajara	21,200	10,600	18,300
Tijuana	22,800	19,400	16,800
Cd. Juárez	14,100	11,700	16,600
Toluca		11,600	16,200
Cancún	14,800	12,900	16,000
Acapulco	20,900	14,800	14,400
Monterrey	8,000	8,600	14,200
Oaxaca	13,200	12,400	13,900
Culiacán	25,700	10,900	12,300
Cuernavaca	14,400	7,900	11,700
Global Ciudades	18,700	18,600	18,900
Nacional	11,200	NA	12,000

Fuente: Sexta Encuesta Nacional sobre Inseguridad - Victimización urbana – Incidencia; en, http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/ENSI6_urbana.pdf página 25, el subrayado es nuestro.

Una forma de estimar la violencia urbana es a través del porcentaje de delitos cometidos a mano armada que, en el caso de la ZMG, es bajo (14%) si se lo compara con las otras metrópolis consideradas, con el global de las ciudades (32%) y la media nacional (25%).

TABLA 3 – DELITOS A MANO ARMADA

CIUDAD	% Delitos a mano armada
Acapulco	49

ZCMex	45
Ciudad de México	41
DF	37
Cuernavaca	33
Culiacán	31
Cancún	26
Tijuana	26
Cd. Juárez	24
Toluca	24
Oaxaca	18
Mexicali	14
Guadalajara	14
Monterrey	13
Chihuahua	9
Global Ciudades	32
Nacional	25

Fuente: Sexta Encuesta Nacional sobre Inseguridad – Victimización urbana; en, http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/ENSI6_urbana.pdf página 29, el subrayado es nuestro.

Sin embargo, en la ZMG, poco más de la mitad de la población (53%) considera a su municipio inseguro.

TABLA 4 - PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN DE 18 Y MÁS AÑOS, EN 16 ZONAS URBANAS DE LA REPÚBLICA MEXICANA, QUE CONSIDERA SU MUNICIPIO INSEGURO

CIUDAD	ENSI-3/04 %	ENSI-4/05 %	ENSI-6/08 %
Chihuahua	42	42	82
Cd. Juárez	80	76	82
Acapulco	66	83	78
Culiacán	81	73	78
Tijuana	72	71	77
Cancún	65	71	73
DF	62	57	66

Cd. De México	61	59	66
ZCMex		61	65
Cuernavaca	54	49	62
Toluca		51	59
Monterrey	30	40	57
Oaxaca	40	39	57
Mexicali	47	49	53
Guadalajara	50	50	53
Global Ciudades	57	57	65
Nacional	40	NA	49

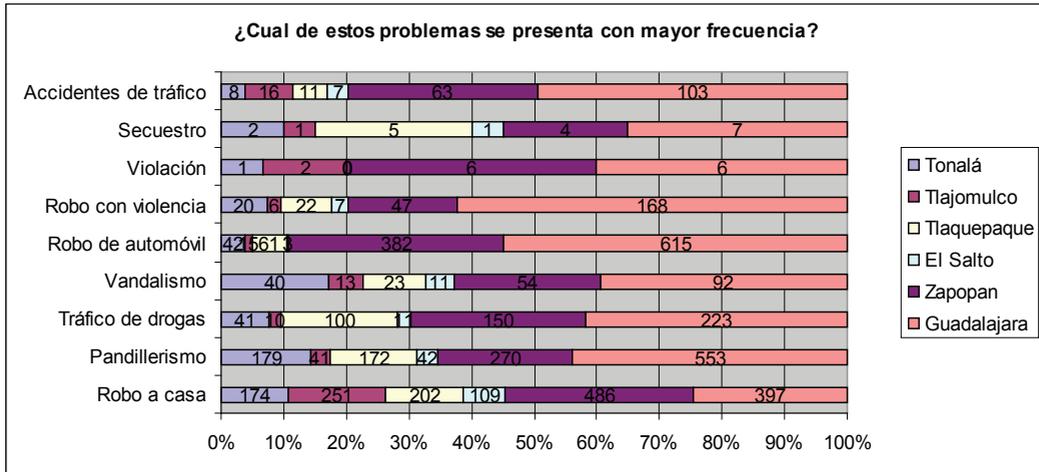
Fuente: Sexta Encuesta Nacional sobre Inseguridad - Victimización urbana – Inseguridad en el municipio; en, http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/ENSI6_urbana.pdf página 38, el subrayado es nuestro.

Tratándose de los resultados de las ENSI, a cargo del ICESI, la percepción de inseguridad en la ZMG en 2008 es de 53%; aunque solo 14% de la población mayor de edad reconoce haber sido víctima de un delito en su ciudad y el mismo porcentaje bajo la modalidad de “a mano armada”.

3. SEGUNDA APROXIMACIÓN: SEGURIDAD SUBJETIVA DE ACUERDO CON LOS RESULTADOS DEL PROYECTO JUSTICIABARÓMETRO 2009.

Se refiere al cuestionario dirigido a los efectivos de la policía preventiva de los municipios de la ZMG: El Salto, Guadalajara, Tlaquepaque, Tlajomulco de Zúñiga, Tonalá, y Zapopan, y cuyos principales resultados de presentan a continuación.

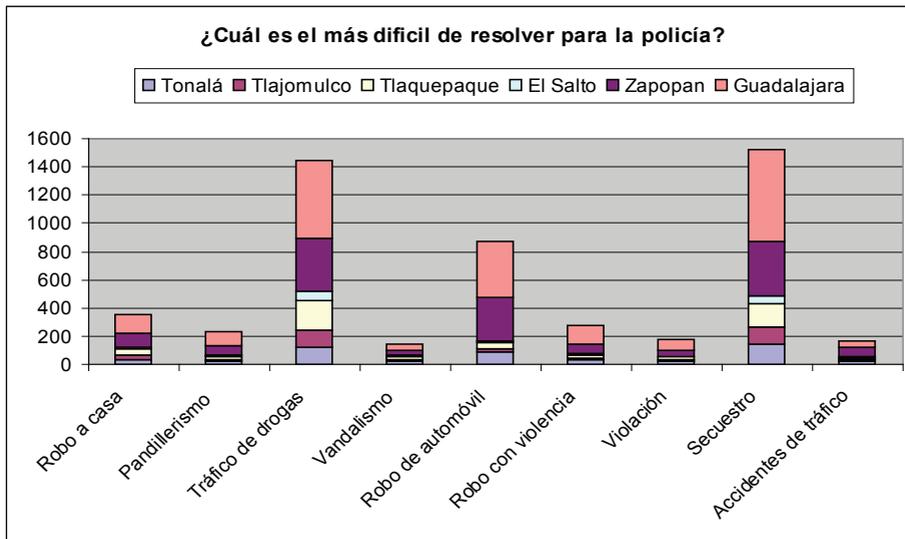
Así, de acuerdo con los *funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* encuadrados en la Dirección General de Seguridad Pública de Guadalajara (DGSPG) que participaron en la encuesta, los problemas que se presentan con mayor frecuencia en materia de seguridad pública son el robo de automóvil, el pandillerismo, el robo a casa-habitación y el tráfico de drogas.



Gráfica 2 – Problemas que se presentan con mayor frecuencia

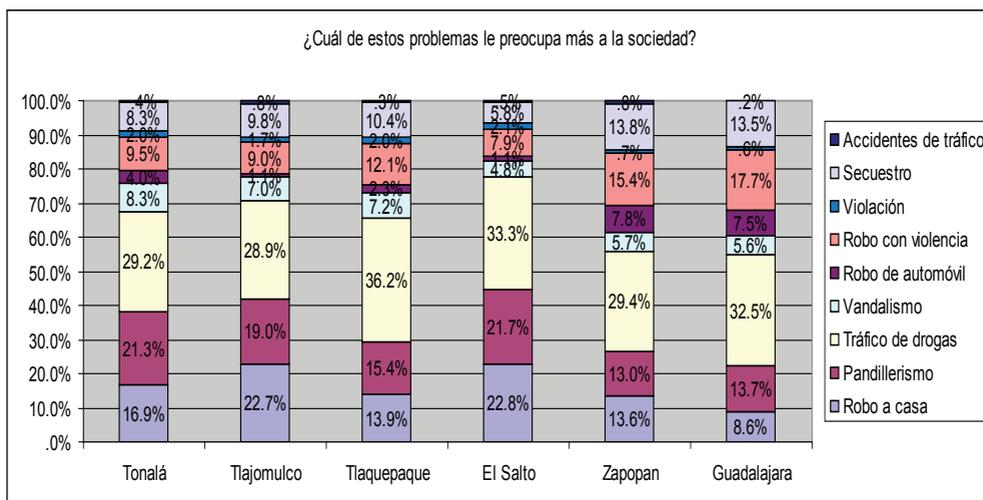
Fuente: Universidad de San Diego/Universidad de Guadalajara/ITESO, Proyecto *Justiciabarómetro*, 2009.

En tanto que, para los propios uniformados, los delitos más difíciles de resolución son el secuestro, el tráfico de drogas y el robo de automóvil.



Gráfica 3 – Delitos más difíciles de resolver para la policía

Fuente: Universidad de San Diego/Universidad de Guadalajara/ITESO, Proyecto *Justiciabarómetro*, 2009.



Gráfica 4 - Problema que más le preocupa a la sociedad en el ámbito de la seguridad

Fuente: Universidad de San Diego/Universidad de Guadalajara/ITESO, Proyecto *Justiciabarómetro*, 2009.

Mientras que, en el imaginario policial, los problemas que más le preocupan a la sociedad en el ámbito de la seguridad ciudadana en el municipio de Guadalajara, son el tráfico de drogas y el robo con violencia; y, en menor medida, el pandillerismo y el secuestro.

A la luz de lo cual, reconocen que la acción más eficiente para poner fin a la inseguridad dominante es apostar por una mayor participación de la comunidad.

En síntesis, en opinión de los propios policías preventivos de Guadalajara, los delitos patrimoniales (robo vehículos, robo de casa-habitación y robo con violencia), el accionar de las pandillas y el tráfico de drogas, se presentan como los principales problemas de inseguridad; siendo el robo con violencia y el tráfico de drogas los que más le preocupan a la sociedad.

4. TERCERA APROXIMACIÓN: SEGURIDAD SUBJETIVA DE CONFORMIDAD CON EL ESTUDIO CUALITATIVO RADIOGRAFÍA CIUDADANA DE GUADALAJARA

A partir de los resultados del trabajo de campo desarrollado en el marco del estudio cualitativo *Radiografía Ciudadana de Guadalajara*, es posible identificar y agrupar las colonias y barrios más inseguros y más seguros de Guadalajara; intentándose verificar si existe una correlación relativa entre la calidad de los servicios municipales y la percepción de seguridad/inseguridad de los ciudadanos, tal como se establece en la introducción.

En este marco, la seguridad subjetiva, es decir, el sentimiento de seguridad/inseguridad de la población, se puede clasificar mediante las siguientes categorías consideradas:

Verde, cuyo significado es una percepción de la seguridad satisfactoria; los vecinos se sienten seguros y se quejan menos con respecto a sus pares de otros espacios del municipio.

Amarillo, los ciudadanos opinan que la situación de su seguridad es poco satisfactoria, con problemas moderados; los residentes se quejan, pero aceptan no estar tan inseguros en comparación con otras colonias y barrios.

Rojo, escenario signado por una percepción generalizada de inseguridad e intranquilidad, que se traduce en indefensión ciudadana y miedo, incluso, a salir a la calle de día; el ciudadano se suele quejar de manera reiterada y siente que los problemas lo rebasan.

En lo que respecta a los servicios públicos municipales, a los efectos de este trabajo, se consideran -por guardar una íntima relación con el sentimiento ciudadano de seguridad/inseguridad- la luz (incluyendo el alumbrado público y la electricidad en los hogares), agua y calles, principalmente.

En cuanto a la calidad de estos servicios públicos prestados por el municipio, se pueden distinguir los siguientes:

Verde, son los percibidos como buenos u óptimos servicios.

Amarillo: servicios considerados regulares, con riesgo de sufrir un proceso de deterioro, de no tomarse medidas correctivas a tiempo.

Rojo: servicios malos, pésimos o insuficientes.

Ahora bien, de llevarse a cabo un balance de la seguridad subjetiva en relación con la calidad de los servicios prestados por el ayuntamiento de Guadalajara, llama la atención que:

- aproximadamente la cuarta parte de la población se sienta segura (*verde*): 17% de buenos servicios y percepción de seguridad satisfactoria, al que se suma 6% de servicios regulares y percepción de seguridad satisfactoria.

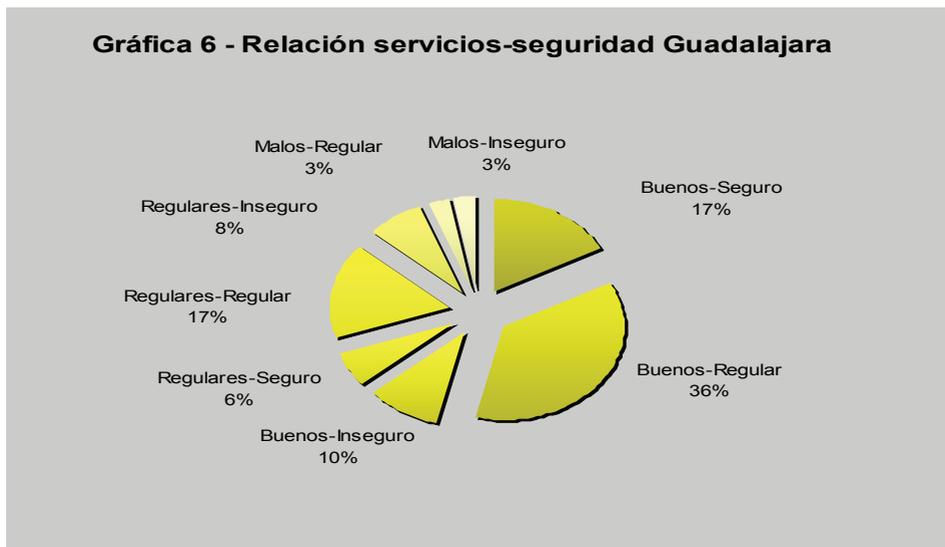
- 20% de los ciudadanos reconozcan una situación de inseguridad y temor (*rojo*), de la mano de: malos servicios (3%), servicios de calidad regular (8%) e, incluso, buenos servicios (10%).

- poco más de la mitad (56%) de los vecinos aceptan tener una percepción de seguridad poco satisfactoria, con problemas moderados (*amarillo*); lo que debería ser un toque de atención para las autoridades municipales, ya que significa una situación de alerta que podría deteriorarse y derivar en indefensión social (*rojo*), de no adoptarse ex ante políticas, estrategias y líneas de acción.

Por su parte, la Dirección General de Seguridad Pública de Guadalajara (DGSPG) divide al municipio en nueve zonas, en las que se encuentra desplegado un total de 3,362 efectivos policiales, para dar cobertura a una población de 1,600,940 habitantes que viven en una superficie de 187.91 km².⁶

Para efectos operativos, cada zona y agrupamiento cuenta con su cuartel y mandos específicos; y es a partir de esta zonificación, que se intenta integrar a los barrios, unidades habitacionales y colonias de Guadalajara, y se presenta la situación de los servicios y seguridad desde la perspectiva ciudadana.

⁶ INEGI; en, <http://www.inegi.gob.mx> (población fija). COEPO, *Vid Supra*. Comisión Estratégica de Seguridad Pública y Sistema Estatal de Información sobre Seguridad Pública, Guadalajara, diciembre 2008.



Fuente: elaboración propia, con base en; *Radiografía Ciudadana de Guadalajara*, estudio cualitativo 2007-2008.

MAPA 1 – ZONAS DE GUADALAJARA, DE CONFORMIDAD CON LA DGSPG



Fuente: Agrupamientos de la Policía Municipal Preventiva de Guadalajara, DGSPG; en, <http://www.Guadalajara.gob.mx/seguridadpublica/zonas-agrupamientos.htm>

La zona Centro se caracteriza por agrupar a San Bernardo, Barrio de Mezquitán, Alcalde Barranquitas, Colinas de la Normal, Santa Elena Poniente y Oriente, y Capilla de Jesús, como colonias cuyos vecinos perciben inseguras (*rojo*). En contraste, en Niños Héroes y San Miguel de Mezquitán, El Retiro, Colonia Americana y Country Tercera Sección, los colonos se sienten seguros (*verde*). Aunque en la mayoría de los espacios que integran la zona Centro, los ciudadanos tienen una percepción de seguridad poco satisfactoria (*amarillo*).

No obstante, en las estadísticas oficiales esta zona -particularmente, sus colonias Centro, Mezquitán Country, El Retiro y El Santuario- encabeza el robo a casa-habitación y a vehículos en 2007, homicidios dolosos durante 2008, y el robo a personas, a negocios y a vehículos particulares, a lo largo de ambos años; así como las detenciones por la comisión de faltas administrativas y delitos del fuero común y del fuero federal.⁷

Cabe destacar que esta zona es una de las que puede jactarse de contar con los mejores servicios públicos municipales de Guadalajara, al presentar la mayor satisfacción ciudadana (*verde*), tal como se desprende de la consulta pública.

TABLA 5 – ZONA CENTRO (ZONA CENTRO DE LA DGSPG)

Seguridad	Servicios	Colonia	Trabajo de Campo
Verde	Verde	Niños Héroes y San Miguel de Mezquitán	-----
Rojo	Verde	San Bernardo y Barrio de Mezquitán	Mezquitán / Chapultepec Country
Rojo	Amarillo	Alcalde Barranquitas y Colinas de la Normal (*)	Barranquitas
Amarillo	Verde	Villas de San Juan e Independencia	Barranquitas
Amarillo	Verde	Unidad Habitacional Miguel Galindo y Unidad Habitacional Fray Antonio Alcalde	Chapultepec Country
Amarillo	Verde	Mezquitán / Mezquitán Country	Mezquitán
Amarillo	Amarillo	La Normal / Unidad Habitacional Ramón Corona	Mezquitán
Rojo	Rojo	Santa Elena Poniente y Oriente	Huentitán / Santa Elena / Santa Elena Alcalde
Rojo	Verde	Capilla de Jesús	Belén
Verde	Verde	El Retiro	Belén
Amarillo	Amarillo	El Santuario Primera Sección	Belén
Amarillo	Verde	Mexicalzingo	Mexicalzingo

⁷ Delitos de impacto social 2007 y 2008; estadísticas proporcionadas por la Dirección Técnica dependiente de la DGSPG, con base en la Procuraduría General de Justicia del Estado de Jalisco.

Amarillo	Verde	Colonia Centro	Mexicalzingo
Verde	Verde	Colonia Americana	Mexicalzingo
Amarillo	Verde	Chapultepec Country	Chapultepec Country
Verde	Verde	Country Tercera Sección	Chapultepec Country
Amarillo	Verde	Independencia Sur e Independencia Oriente	Independencia
Amarillo	Amarillo	Ayuntamiento y Villaseñor	Mezquitán

(*) La comunidad universitaria puede corroborar la inseguridad que caracteriza a ambas colonias, debido al elevado número de testimonios de víctimas de delitos pertenecientes al Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades (CUCSH) de la Universidad de Guadalajara.

Fuente: elaboración propia, con base en; *Radiografía Ciudadana de Guadalajara*, estudio cualitativo 2007-2008.

La zona Minerva es relativamente segura, dado que solo presenta focos rojos en las Unidades Habitacionales Miguel Galindo y Fray Antonio Alcalde, Rinconada del Bosque e Hípico Tapatío (*rojo*); siendo colonias percibidas como seguras Rojas Ladrón de Guevara y Barrera, Providencia Segunda, Tercera y Cuarta Sección, Rinconada de Santa Rita y Monraz, Jardines del Bosque Norte, Vallarta Sur, Colinas de San Javier, Villas de los Colomos, Lomas del Country, Rinconada del Arroyo, Italia e Italia Providencia (*verde*). Sin embargo, al igual que la zona Centro, la mayoría de los vecinos no se encuentran satisfechos en materia de seguridad ciudadana (*amarillo*); lo que se ve confirmado al consultarse los datos oficiales que dan cuenta del robo a casa-habitación como uno de los principales delitos cometidos durante 2007 y a vehículos en 2007 y 2008 en Italia Providencia.⁸

Al igual que la zona Centro, la zona Minerva se caracteriza por un elevado grado de satisfacción en lo que a prestación de servicios públicos municipales se refiere (*verde*).

TABLA 6 – ZONA MINERVA (ZONAS 1 Y 2 DE LA DGSPG)

Seguridad	Servicios	Colonia	Trabajo de Campo
Amarillo	Amarillo	Arcos Vallarta Primera y Segunda Sección y Arcos Sur	Arcos Vallarta
Verde	Verde	Rojas Ladrón de Guevara y Barrera	Arcos Vallarta
Rojo	Verde	Unidad Habitacional Miguel Galindo y Unidad Habitacional Fray Antonio Alcalde	Chapultepec Country
Verde	Amarillo	Providencia Segunda, Tercera y Cuarta Sección	----- ---
Amarillo	Verde	Verde Valle y Bosques de la Victoria	Bosques de la Victoria
Verde	Verde	Rinconada de Santa Rita y Monraz	Monraz

⁸ *Ibidem.*

Amarillo	Amarillo	Residencial Juan Manuel y Fraccionamiento Terranova	Providencia Sur
Amarillo	Verde	Jardines del Bosque Norte / Vallarta Sur	Jardines del Bosque
Amarillo	Verde	Arcos Sur/ Arcos Vallarta Primera y Segunda Sección	Arcos Vallarta
Amarillo	Amarillo	Colomos Providencia	Colomos Providencia
Amarillo	Verde	Providencia / Providencia Quinta Sección	Colomos Providencia / Providencia
Amarillo	Verde	Circunvalación Vallarta / Circunvalación Guevara	Providencia Sur
Amarillo	Verde	Residencial Juan Manuel / Fraccionamiento Terranova	Providencia Sur
Amarillo	Verde	Prados Providencia / Circunvalación Sarcófago	Providencia
Amarillo	Verde	Terrazas Monraz	Monraz
Verde	Verde	Jardines del Bosque Norte / Vallarta Sur	Jardines del Bosque
Amarillo	Verde	Arcos Sur / Arcos Vallarta Primera y Segunda Sección	Arcos Vallarta
Amarillo	Amarillo	Prados Providencia / Circunvalación Sarcófago	Providencia
Amarillo	Verde	Terrazas Monraz	Monraz
Amarillo	Amarillo	Agraria y Aldrete	Colomos Providencia
Amarillo	Amarillo	Colomos y Colomos Providencia	Colomos Providencia
Amarillo	Verde	Verde Valle y Bosques de la Victoria	Bosques de la Victoria
Verde	Verde	Colinas de San Javier y Villas de los Colomos	Colinas de San Javier
Amarillo	Verde	Ladrón de Guevara	Ladrón de Guevara
Amarillo	Rojo	Lomas de Guevara	Providencia Sur
Amarillo	Verde	Lomas de Providencia y Lomas del Valle	Providencia Norte y Monraz
Verde	Amarillo	Lomas del Country	Country Club
Amarillo	Amarillo	Vallarta Poniente	Vallarta San Jorge
Rojo	Amarillo	Rinconada del Bosque e Hípico Tapatío	Bosques de la Victoria

Amarillo	Verde	Jardines de Plaza del Sol y Chapalita Campo de Polo	Chapalita Campo de Polo
Verde	Verde	Rinconada del Arroyo	Colomos
Verde	Verde	Italia e Italia Providencia	Providencia Norte y Providencia Sur
Amarillo	Verde	Jardines del Bosque Sección Centro, Norte y vecindades	Jardines del Bosque

Fuente: elaboración propia, con base en; *Radiografía Ciudadana de Guadalajara*, estudio cualitativo 2007-2008.

La zona Oblatos, junto con Cruz del Sur, son -siguiendo la percepción ciudadana- las más inseguras de Guadalajara; lo que se ve confirmado con el robo a personas y a negocios, así como por el elevado número de detenciones por faltas administrativas y la presunta comisión de delitos del fuero común y federal, al consultarse las estadísticas oficiales.⁹

En el caso de aquella, las colonias, unidades habitacionales y barrios Beatriz Hernández, San Marcos Oriente y Poniente, Circunvalación Belisario, San Miguel de Huentitán Tercera Sección, Rinconada de Huentitán, Guadalajara Oriente, Margarita Maza de Juárez, San José Río Verde Primera y Segunda Sección, Bethel, Oblatos Segunda Sección, Unidad Habitacional Río Verde Oblatos, Unidad Habitacional Tetlán Río Verde, Balcones de Oblatos Primera y Segunda Sección, Jardines de la Barranca y El Zalate, son a todas luces las de mayor inseguridad (*rojo*); presentándose tan solo la colonia Oblatos Anexo como segura (*verde*).

Tratándose de la calidad de los servicios públicos, se presenta una situación de empate entre los ciudadanos que los consideran satisfactorios (*verde*) y los que los perciben como regulares o poco satisfactorios (*amarillo*).

TABLA 7 – ZONA OBLATOS (ZONA 4 DE LA DGSPG)

Seguridad	Servicios	Colonia	Trabajo de Campo
Rojo	Amarillo	Beatriz Hernández	Lomas de Oblatos
Rojo	Verde	San Marcos Oriente y Poniente y Circunvalación Belisario	San Marcos Oriente
Amarillo	Verde	Huentitán el Alto y la Joyita de Huentitán	La Joyita
Rojo	Rojo	San Miguel de Huentitán Tercera Sección y Rinconada de Huentitán	La Joyita
Amarillo	Verde	San Eugenio y Hacienda de Oblatos	Balcones de Oblatos
Amarillo	Amarillo	Arandas y San Crispín	Arandas
Amarillo	Verde	5 de mayo Primera Sección	-----
Amarillo	Verde	Santa Rosa	Calzada del Obrero de la Huerta

⁹ *Ibidem*.

Rojo	Amarillo	Guadalajara Oriente / Margarita Maza de Juárez	Calzada del Obrero de la Huerta
Verde	Amarillo	Oblatos Anexo	Calzada del Obrero de la Huerta
Rojo	Rojo	San José Río Verde Primera y Segunda Sección	Heliodoro Hernández Loza
Rojo	Verde	Bethel	Heliodoro Hernández Loza
Rojo	Amarillo	Oblatos Segunda Sección, Unidad Habitacional Río Verde Oblatos, Unidad Habitacional Tetlán Río Verde	Arandas
Rojo	Verde	Balcones de Oblatos Primera y Segunda Sección	Balcones de Oblatos
Rojo	Amarillo	Jardines de La Barranca	Jardines de La Barranca
Amarillo	Verde	Belisario Domínguez y Monumental	Monumental
Rojo	Amarillo	El Zalate	El Zalate
Amarillo	Amarillo	La Joya y San Miguel de Huentitán Segunda Sección	El Panteón

Fuente: elaboración propia, con base en; *Radiografía Ciudadana de Guadalajara*, estudio cualitativo 2007-2008.

La zona Huentitán se caracteriza por tener el mayor número de colonias, barrios y unidades habitacionales consideradas seguras (*verde*), a saber: Unidad Habitacional Simón Bolívar Santa Elena Alcalde, Dr. Atl y Villas de la Barranca, Josefina López de Isaac, Rancho San Antonio, Panorámica de Huentitán Segunda Sección, Unidad Habitacional Fidel Velásquez, Lomas del Paraíso Primera Sección, Guadalupana Norte, Circunvalación Metro, Jardines de Santa Isabel, Batallón San Patricio y Unidad Habitacional Estadio. En tanto Estadio Poniente, Jardines Alcalde, Huentitán el Bajo Primera y Segunda Sección y Panorámica de Huentitán, Primera Sección, son percibidas como altamente inseguras (*rojo*).

Sin embargo, a lo largo de 2007, San Antonio presentó el mayor número de homicidios dolosos y ocupó el segundo lugar en robo a vehículo de carga liviana en Guadalajara, siguiendo la información proporcionada por la DGSPG.¹⁰

Esta zona es la que, por lejos, cuenta -al decir de los propios vecinos- con los servicios de más calidad de Guadalajara (*verde*); siendo muy pocas las colonias en las que se perciben como regulares o poco satisfactorios (*amarillo*), y solo en Huentitán el Bajo Primera y Segunda Sección se consideran malos (*rojo*).

¹⁰ 6 y 4 casos, respectivamente; *Vid Supra*, Delitos de impacto social 2007; estadísticas proporcionadas por la Dirección Técnica dependiente de la DGSPG, con base en la Procuraduría General de Justicia del Estado de Jalisco.

TABLA 8 – ZONA HUENTITÁN (ZONA 3 DE LA DGSPG)

Seguridad	Servicios	Colonia	Trabajo de Campo
Verde	Verde	Unidad Habitacional Simón Bolívar Santa Elena Alcalde	-----
Amarillo	Amarillo	Santa Elena Poniente y Oriente	Santa Elena Alcalde
Verde	Verde	Dr. Atl y Villas de la Barranca	Zoológico
Amarillo	Verde	Villas de San Juan / Residencial San Elías	Rancho Nuevo
Amarillo	Verde	Estado Poniente y Jardines Alcalde	Santa Elena Alcalde
Amarillo	Verde	Guadalajara Oriente / Margarita Maza de Juárez	Panteón
Amarillo	Verde	Villas de San Juan / Residencial San Elías	Rancho Nuevo
Rojo	Verde	Estadio Poniente y Jardines Alcalde	Santa Elena Alcalde
Amarillo	Verde	Guadalajara Oriente / Margarita Maza de Juárez	Panteón
Rojo	Rojo	Huentitán el Bajo Primera y Segunda Sección	Huentitán el Bajo
-----	-----	Balcones de Huentitán	Huentitán el Bajo
Verde	Verde	Josefina López de Isaac	Huentitán el Bajo
Verde	Verde	Rancho San Antonio	Huentitán el Bajo
Rojo	Verde	Panorámica de Huentitán Primera Sección	Huentitán el Bajo
Verde	Verde	Panorámica de Huentitán Segunda Sección	Huentitán el Bajo
Amarillo	Verde	Santa Elena Estadio y Unidad Habitacional Villas de San Juan	-----
Verde	Verde	Unidad Habitacional Fidel Velázquez	-----
Amarillo	Verde	La Cantera y Villas de la Cantarrilla	Ricardo Flores Magón
Amarillo	Verde	Huentitán el Alto y Colinas de Huentitán	Huentitán el Alto
Verde	Verde	Lomas del Paraíso Primera Sección	Lomas del Paraíso

Verde	Verde	Guadalupana Norte	Santa Elena Alcalde
Verde	Verde	Circunvalación Metro	Santa Elena Alcalde
Amarillo	Verde	Estadio Poniente	Independencia
Verde	Verde	Jardines de Santa Isabel	Ricardo Flores Magón
Verde	Amarillo	Batallón San Patricio y Unidad Habitacional Estadio	Ricardo Flores Magón

Fuente: elaboración propia, con base en; *Radiografía Ciudadana de Guadalajara*, estudio cualitativo 2007-2008.

En la zona El Dean / La Nogalera los colonos consideran seguras (*verde*) las colonias Residencial de la Cruz y Jardines del Sur; mientras que en el resto la situación de la seguridad ciudadana se presenta poco satisfactoria (*amarillo*). En lo que respecta a los servicios, la situación es balanceada entre los que los perciben como buenos o satisfactorios (*verde*) y los que opinan que son de regular calidad (*amarillo*).

Tabla 9 – ZONA EL DEAN / LA NOGALERA (ZONAS 7 ALFA Y BETA DE LA DGSPG)

Seguridad	Servicios	Colonia	Trabajo de Campo
Verde	Verde	Residencial de la Cruz y Jardines del Sur	Jardines de la Cruz
Amarillo	Amarillo	Conjunto Habitacional Industria y Blanco y Cuellar Segunda Sección	-----
Amarillo	Verde	Unidad Valentín Gómez Farías	-----
Amarillo	Amarillo	Obrera y Unidad Modelo	-----

Fuente: elaboración propia, con base en; *Radiografía Ciudadana de Guadalajara*, estudio cualitativo 2007-2008.

En el imaginario colectivo, tal como se adelantó, la zona Cruz del Sur se presenta como una de las de mayor inseguridad; siendo, en especial, Villa Vicente Guerrero, CROC (también conocida como residencial Jardines de San José), Miravalle Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Sexta Sección, 1° de Mayo, 5 de Mayo Primera y Segunda Sección, Fraccionamiento Colón, Lomas de Polanco, 18 de Marzo y López Portillo, los barrios, colonias y unidades habitacionales considerados más inseguros (*rojo*). Pero, también incluye espacios percibidos como seguros (*verde*), tales como Industrial Segunda Sección, La Nogalera, El Manantial y Villa Hermosa, 8 de Julio / Tepopote, La Aurora, Abastos y Valle del Álamo.

Curiosamente, solo en el Fraccionamiento Colón y en la colonia Jardines de la Cruz Primera Sección, los residentes perciben servicios públicos de pésima calidad (*rojo*); puesto que, en el resto, la opinión es de regular (*amarillo*) a claramente favorable o aceptable (*verde*).

Tabla 10 – ZONA CRUZ DEL SUR (ZONAS 7 ALFA Y BETA DE LA DGSPG)

Seguridad	Servicios	Colonia	Trabajo de Campo
Verde	Amarillo	Industrial Segunda Sección	5 de Mayo Rastro

Amarillo	Amarillo	Tepopote Oeste y Morelos	Arboledas Abastos
Verde	Amarillo	La Nogalera	El Dean – Nogalera
Verde	Verde	El Manantial y Villa Hermosa	El Manantial
Amarillo	Verde	Infonavit el Sauz y Jardines del Sauz	El Sauz
Amarillo	Verde	Rinconada de la Arboleda y Fraccionamiento Las Torres	Arboledas Abasto
Amarillo	Verde	Abastos	Arboledas Abasto
Rojo	Verde	Villa Vicente Guerrero y CROC	Jardines del Sur
Amarillo	Amarillo	Miravalle Secciones 8 y 9	Miravalle
Amarillo	Verde	Jardines San José y Unidad Habitacional Colón	Jardines de la Cruz
Rojo	Verde	Villa Vicente Guerrero / CROC (también conocida como residencial Jardines de San José)	Jardines del Sur
Amarillo	Verde	Unidad Clemente Orozco/ Zona de Industrias 2	Miravalle
Amarillo	Verde	El Dean	El Dean-La Nogalera
Rojo	Amarillo	Villa Vicente Guerrero / CROC (también conocida como residencial Jardines de San José)	Jardines del Sur
Amarillo	Amarillo	El Manantial	Miravalle
Verde	Verde	8 de Julio / Tepopote	8 de Julio
Verde	Verde	La Aurora	8 de Julio
Verde	Amarillo	La Nogalera	El Dean- Nogalera
Amarillo	Verde	Infonavit el Sauz y Jardines del Sauz	El Sauz
Amarillo	Amarillo	Rinconada de la Arboleda y Fraccionamiento las Torres	Arboledas Abasto
Verde	Amarillo	Abastos	Arboledas Abasto
Rojo	Amarillo	Villa Vicente Guerrero y CROC	Jardines del Sur
Amarillo	Amarillo	El Manantial y Villa Hermosa	El Manantial
Amarillo	Amarillo	Unidad Clemente Orozco / Zona de Industrias 2	Miravalle
Rojo	Verde	Miravalle Segunda Sección y Miravalle Sexta Sección	Miravalle

Rojo	Verde	Primera Sección de Miravalle y 1° de Mayo	Miravalle
Rojo	Amarillo	Miravalle Segunda Sección y Miravalle Sexta Sección	Miravalle
Rojo	Amarillo	5 de Mayo Primera y Segunda Sección	Balcones del Cuatro y 5 de Mayo Rastro
Rojo	Rojo	Fraccionamiento Colón	Jardines de la Cruz
Amarillo	Rojo	Jardines de la Cruz Primera Sección	Jardines de la Cruz
Amarillo	Verde	Villas del Jardín	Jardines de la Cruz
Rojo	Verde	Miravalle Tercera y Cuarta Sección	Miravalle
Verde	Amarillo	Valle del Álamo	Valle del Álamo
Amarillo	Verde	El Fresno	Cruz del Sur
Rojo	Amarillo	Lomas de Polanco, 18 de Marzo y López Portillo	Lomas de Polanco

Fuente: elaboración propia, con base en; *Radiografía Ciudadana de Guadalajara*, estudio cualitativo 2007-2008.

En la zona Tetlán, las colonias y unidades habitacionales en las que los ciudadanos se sienten más inseguros (*rojo*) son San Rafael, Residencial San Rafael, Unidad Habitacional los Arrayanes, Ramón López Velarde, San Francisco, Jardines San Francisco, Hermosa Provincia y Villas del Nilo. A excepción de Jardín de los Poetas, Unidad Habitacional San Rafael, Jardín de los Escritores y Jardín de los Historiadores, consideradas seguras (*verde*), la abrumadora mayoría de las colonias son percibidas como poco satisfactorias en materia de seguridad ciudadana por los residentes (*amarillo*).

Como en el caso anterior (zona Cruz del Sur), los vecinos opinan que solo en Unidad habitacional San Rafael, y en las colonias Jardín de los Poetas y Poblado de Tetlán, los servicios públicos municipales son prestados de manera deficiente (*rojo*); de manera tal que, en la mayor parte de la zona Tetlán los servicios se perciben como regulares (*amarillos*) y satisfactorios (*verde*).

TABLA 11- ZONA TETLÁN (ZONA 6 DE LA DGSPG)

Seguridad	Servicios	Colonia	Trabajo de Campo
Verde	Amarillo	Jardín de los Poetas y Unidad Habitacional San Rafael	San Rafael
Verde	Verde	Jardín de los Escritores y Jardín de los Historiadores	San Rafael
Rojo	Amarillo	San Rafael y Residencial San Rafael	San Rafael
Amarillo	Verde	Jardines de Atemajac y Santa Mónica	Santa Elena Alcalde

Amarillo	Verde	Jardines del Nilo y Jardines del Nilo Norte	San Rafael
Amarillo	Verde	Unidad Habitacional Vicente Guerrero y Jardines de la Paz Norte	San Rafael
Amarillo	Rojo	Unidad habitacional San Rafael y Jardín de los Poetas	San Rafael
Amarillo	Amarillo	Jardines de Atemajac y Santa Mónica	Santa Elena Alcalde
Rojo	Verde	Unidad Habitacional los Arrayanes, Ramón López Velarde y San Francisco	Lagos de Oriente
Amarillo	Rojo	Poblado de Tetlán	Tetlán
Rojo	Verde	Jardines San Francisco	Tetlán
Amarillo	Amarillo	Obeliscos	Tetlán
Amarillo	Amarillo	Aldama Segunda Sección	Tetlán
Amarillo	Amarillo	Javier Mina	Tetlán
Rojo	Verde	Hermosa Provincia y Villas del Nilo	Hermosa Provincia
Amarillo	Verde	Insurgentes Tercera Sección y Lagos de Oriente	Tetlán
Amarillo	Verde	Benito Juárez, Infonavit Benito Juárez y Lagos de Oriente Anexo	Lagos de Oriente
Amarillo	Verde	La Paz	San Rafael
Amarillo	Verde	Jardines de La Paz	San Rafael
Amarillo	Verde	Jardines de la Paz	San Rafael
Amarillo	Amarillo	Lagos de Oriente Segunda sección, San Joaquín, Lomas del Gallo y La Campesina Zona 6	Lagos de Oriente

Fuente: elaboración propia, con base en; *Radiografía Ciudadana de Guadalajara*, estudio cualitativo 2007-2008.

La zona El Rosario constituye la de menor número de focos rojos en el ámbito de la seguridad ciudadana, al presentar solo uno en las colonias Antigua Penal de Oblatos / San Felipe (*rojo*), tal como se desprende de la siguiente tabla; y, a excepción de La Perla y El Mirador (*rojo*), por un parte, y de Potrero Alto y San Ramón, Olímpica y Atlas Poniente (*amarillo*), la abrumadora mayoría de los residentes opina positivamente sobre los servicios públicos municipales recibidos (*verde*).

TABLA 12 – ZONA EL ROSARIO (ZONA 5 DE LA DGSP)

Seguridad	Servicios	Colonia	Trabajo de Campo
Verde	Verde	Unidad Habitacional el Rosario y Rancho Blanco Alamo	El Rosario
Verde	Verde	Conjunto Habitacional Reforma	El Rosario
Amarillo	Verde	La Natividad y San Juan Bosco	San Juan Bosco
Amarillo	Verde	San Juan Bosco y La Natividad	San Juan Bosco
Verde	Verde	Mirador el Alamo	Olímpica
Amarillo	Verde	Rancho Blanco y El Rosario	Olímpica
Amarillo	Verde	Atlas Segunda Sección / Atlas Poniente	Atlas / Olímpica
Amarillo	Verde	Jardines del Rosario / Bosques del Boulevard	Atlas /Olímpica
Amarillo	Verde	Esteban Alatorre / Potrero Alto	Felipe Angeles / Olímpica
Amarillo	Verde	Los Mártires	Felipe Angeles / Olímpica
Amarillo	Verde	Quinta Velarde y González Gallo	Tecnológico / Olímpica
Amarillo	Verde	Divina Providencia/ El Real	Medrano / Olímpica
Rojo	Verde	Antigua Penal de Oblatos / San Felipe	San Felipe, Javier Mina, San Andrés/ Olímpica
Amarillo	Amarillo	Potrero Alto y San Ramón	Felipe Angeles / Olímpica
Amarillo	Amarillo	Olímpica y Atlas Poniente	Tecnológico y Atlas
Amarillo	Rojo	La Perla y El Mirador	San Juan Bosco

Fuente: elaboración propia, con base en; *Radiografía Ciudadana de Guadalajara*, estudio cualitativo 2007-2008.

Por lo tanto, El Rosario se erige como una de las zonas de más alta calidad de vida, siguiendo la percepción ciudadana dominante.

5. CONCLUSIONES: HACIA UNA RADIOGRAFÍA DE LA SEGURIDAD SUBJETIVA EN GUADALAJARA

La población del municipio de Guadalajara presenta una tendencia a la baja, de conformidad con las proyecciones a cargo del COEPO, en contraste con sus cinco pares de la ZMG; pero los seis municipios comparten un común denominador, a saber: poco más de la mitad de sus habitantes se sienten inseguros, de acuerdo con el ICESI.

Se trata de la seguridad subjetiva o percepción ciudadana de la seguridad, más allá de las estadísticas oficiales (seguridad objetiva), que en la mayoría de los casos no coinciden; es decir, por un lado, se encuentran los delitos denunciados y, por otro, el sentimiento de seguridad o, por el contrario, de indefensión de las personas.

Guadalajara no es una ciudad violenta, en términos de homicidios intencionales y delitos a mano armada (tanto en números absolutos como en tasa por 100 mil habitantes)¹¹, aunque sí hay signos preocupantes de violencia en el ámbito doméstico (violencia intrafamiliar y suicidios) e institucional (escuelas e institutos educativos públicos y privados, albergues para adultos mayores, centros de salud, incluyendo los de salud mental) y en la propia dinámica de crecimiento de la mancha urbana de la ZMG y evolución de las adicciones (defunciones producto de accidentes viales, consumo excesivo de alcohol y manejo en estado de ebriedad); sin embargo, 20% de los ciudadanos confiesan sentirse sumamente inseguros y temerosos, evitando incluso salir durante el día. En el otro extremo, cerca de la cuarta parte de la población se considera segura, de acuerdo con el ejercicio *Radiografía Ciudadana de Guadalajara*.

En rigor, tratándose de la seguridad subjetiva, no existen blancos y negros; antes bien, son los claroscuros o grises los que caracterizan a la percepción social sobre la seguridad de las colonias, barrios y unidades habitacionales en Guadalajara: poco más de la mitad (56%) de los vecinos aceptan tener una percepción de seguridad poco satisfactoria, pero que no reviste el grado de gravedad como para sentirse temerosos y evitar ciertas rutinas cotidianas.

El esfuerzo llevado a cabo en el campo tampoco permite establecer una correlación clara entre la calidad de los servicios públicos municipales y el sentimiento de seguridad/inseguridad del ciudadano; al verificarse casos de seguridad satisfactoria acompañada por servicios mediocres ó, incluso, de indefensión social al lado de la prestación de servicios óptimos. Lo que sí queda claro es que la mayoría de los habitantes de Guadalajara no se sienten satisfechos en materia de seguridad, y perciben problemas que, si bien son definidos como moderados, de no adoptarse oportunamente políticas, estrategias y líneas de acción gubernamentales, podrían sufrir un proceso de degradación y volverse incontrolables.

Esto es, una radiografía actual de la seguridad ciudadana de Guadalajara arroja datos inquietantes tanto sobre las capacidades del gobierno municipal, como sobre la cultura de la legalidad: insatisfacción de sus habitantes por el estado que guardan la seguridad ciudadana y los principales servicios públicos prestados por el Ayuntamiento, así como déficit social de una cultura de la legalidad, entendida como la convicción de que la ley debería ser la reguladora de la vida comunitaria. A la mediocridad o calidad regular de los servicios y a la percepción ciudadana de una situación de la seguridad pública escasamente satisfactoria, se suma una demanda legítima por los derechos ciudadanos que no va acompañada por las obligaciones que, en contraprestación, se imponen al ciudadano; de los testimonios recogidos entre los vecinos, se verifica una exigencia de derechos, al margen del reconocimiento social de cumplir con los deberes ciudadanos, lo que explica -en parte- la necesidad de fomentar la participación ciudadana, de conformidad con la encuesta *Justiciabarómetro*, aplicada a los policías municipales preventivos.

Como quiera que sea, la seguridad ciudadana constituye un derecho fundamental, consagrado constitucionalmente; y es en el estado, como detentador del monopolio legítimo de la fuerza, en el que descansa la responsabilidad de esta función pública. Escuchar al pueblo, en su calidad de soberano, debería ser el primer paso para el diseño de una verdadera política pública en la materia; de ahí la relevancia y trascendencia de esta radiografía sobre la seguridad subjetiva en Guadalajara.

¹¹Para el Dr. Macedonio Tamez Guajardo, ex titular de la DGSPG, la tranquilidad relativa o bajos niveles de violencia de Guadalajara, se explican por la fortaleza de su tejido social; además, se especula en el medio sobre la existencia de un pacto de no agresión entre los diferentes grupos de la delincuencia organizada con presencia en la ZMG. Entrevista realizada el 9 de octubre de 2009 en Guadalajara.

BIBLIOGRAFÍA

- <http://cuentame.inegi.gob.mx/monografias/informacion/jal/poblacion/default.aspx?tema=me&e=14>
- <http://cuentame.inegi.gob.mx/monografias/informacion/jal/poblacion/distribucion.aspx?tema=me&e=14> y <http://cuentame.inegi.gob.mx/monografias/informacion/jal/poblacion/default.aspx?tema=me&e=14>
- <http://coepo.jalisco.gob.mx/index.html>; http://coepo.jalisco.gob.mx/html/I_zonametropolitanagdl.html y, COEPO, “Análisis Sociodemográfico para la Zona Metropolitana de Guadalajara”, marzo de 2008, página 7; en, <http://coepo.jalisco.gob.mx/PDF/Analissociodemograficos/Zmg.pdf>
- http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/ENSI6_urbana.pdf
- <http://www.guadalajara.gob.mx/seguridadpublica/zonas-agrupamientos.htm>
- INEGI; en, <http://www.inegi.gob.mx> (población fija). COEPO, *Vid Supra*. Comisión Estratégica de Seguridad Pública y Sistema Estatal de Información sobre Seguridad Pública, Guadalajara, diciembre 2008.

LAS RELACIONES FISCALES INTERGUBERNAMENTALES Una aproximación al contexto jurídico de la tributación local en México

Intergovernmental fiscal relations An approach to the legal context of local taxation in Mexico

Gloria María Plascencia de la Torre*
Eduardo Méndez Aguilar**

Sumario:

1. Presentación. 2. Conceptos base finanzas públicas. 3. Hacienda pública. 4. Potestad tributaria. 5. La hacienda municipal en la legislación federal. 6. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 7. Ley de Coordinación Fiscal comentarios previos. 8. En la legislación estatal. 9. De la Hacienda y del patrimonio municipal. 10. Legislación municipal básica. 11 Conclusiones. 12. Bibliografía.

Resumen. *El estudio parte de dos premisas: a) la Constitución es la Ley Suprema, que da origen a la organización de un Estado, por ser la expresión más completa de la soberanía popular, al definir los órganos y competencias de que estará dotado en sus diferentes órdenes de gobierno; y b) en modelos de Estado Federal como el mexicano, es indispensable que sus órdenes de gobierno, hagan uso de la potestad recaudatoria que les corresponde, evitando que su actuación financiera sólo se limite a la aplicación del gasto. El artículo, es parte de un proyecto de investigación sobre hacienda pública municipal, en el que se pondera la importancia de la corresponsabilidad recaudatoria. Es una investigación documental y para su desarrollo se utiliza el método hipotético-deductivo.*

Palabras clave: *Constitución, Estado Federal, Hacienda Municipal, Coordinación Fiscal y Finanzas Públicas.*

Abstract. *The study is based on two premises: to) the Constitution is the Supreme Law, which gives rise to the Organization of a State, for being the most complete expression of popular sovereignty, to identify the bodies and competencies that will be equipped with different orders of Government; and b) in the Mexican Federal State models, it is essential orders of Government, to make use of the Mexico powers theirs and avoiding that its financial performance only be limited to the implementation of expenditure. The article is part of a research project on municipal public finances, which ponders the importance of tax collection co-responsibility. A documentary and development research, the hypothetical-deductive method is used.*

Key words: *Constitution, Federal State, Local Finance, Public Finance and Taxation Coordination.*

* Doctorado en Ciencias de la Administración. Maestría en Impuestos. Licenciatura en Contaduría Pública. Universidad de Guadalajara.

** Maestría en Impuestos. Contador Público. Licenciatura en Administración de Empresas. Universidad de Guadalajara.

1. PRESENTACIÓN

La Constitución es la Ley Suprema, que da origen a la organización de un Estado, es la expresión más completa de la soberanía popular, al definir los órganos y competencias de que estará dotado en sus diferentes órdenes de gobierno, estableciendo obligaciones¹ y reconociendo los derechos fundamentales de las personas. En ese sentido se expresa, Pacheco² al señalar: “la supremacía constitucional la encontramos a mi criterio en los artículos 40, 41, 124, y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).” Artículos que durante el desarrollo del artículo serán comentados recurrentemente.

Es bajo esta premisa, que la investigación inicia con el análisis —en lo conducente— de la CPEUM, como Ley Suprema y origen de las competencias de gobiernos locales, entre otras las relacionadas con las finanzas públicas. Para Flores³ “las finanzas públicas tienen por objeto investigar las diversas maneras por cuyo medio el Estado o cualquier otro poder público se procura las riquezas materiales necesarias para su vida y su funcionamiento y también la forma en que estas riquezas serán utilizadas.”

La exploración de competencias recaudatorias de recursos fiscales estatal y municipal, y su necesaria corresponsabilidad con la federación, se presentan como una de las asignaturas pendientes para la consolidación del sistema fiscal mexicano, para efecto de la exploración del modelo, se tomará como ejemplo la legislación fiscal del Estado de Jalisco, con el fin de ilustrar la regulación que los congresos locales realizan en materia hacendaria. Doctrinalmente por materia fiscal se entiende⁴ “todo lo relativo a los ingresos del Estado provenientes de las contribuciones y a las relaciones entre el propio Estado y los particulares, considerados en su calidad de contribuyentes.”

Margáin⁵ por su parte señala: “materia fiscal es el conjunto de disposiciones legales y de principios de derecho público que regulan la actividad jurídica del fisco.” En fin, son muchas y muy variadas las definiciones que la doctrina en México genera sobre el tema sin que exista total coincidencia en ellas. En la reflexión sobre la legislación de los tres órdenes de gobierno, se considerarán los cuatro elementos de la hacienda pública -ingreso, gasto, deuda y patrimonio-. Para De la Garza⁶ hacienda pública es: “toda la vida económica de los entes públicos y en sentido estricto hace mención de los ingresos, pertenecientes y gastos de las entidades públicas.”

Como una primera aproximación a las limitaciones jurídicas de la hacienda municipal, es pertinente reconocer que bajo ninguna circunstancia, el municipio puede crear directamente

¹ En relación con las obligaciones, Faya señala: los habitantes de una nación, en ciertas circunstancias, están obligados al pago de determinados impuestos, sin que los ciudadanos puedan exigir una contraprestación directa de parte del Estado.

* Maestría en Impuestos, Contador Público, Licenciatura en Administración de Empresas, Universidad de Guadalajara.

** Doctorado en Ciencias de la Administración, Maestría en Impuestos, Licenciatura en Contaduría Pública, Universidad de Guadalajara.

² Pacheco, Guillermo, *Supremacía Constitucional y Federalismo Jurídico*, México, Editorial Porrúa, 2001, p. 73.

³ Flores, Ernesto, *Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas*, México, Editorial Porrúa, 1991, p. 10.

⁴ Rodríguez, Raúl, *Derecho Fiscal*, México, Editorial Harla, 1990, p. 11.

⁵ Margáin, Emilio, *Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano*, 4ª edición, San Luis Potosí, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 1977, p. 22.

⁶ De la Garza, Sergio, *Derecho Financiero Mexicano*, 8a. edición, México, Editorial Porrúa, 1978, p. 198.

para sí impuesto alguno, por carecer de poder tributario, tanto originario,⁷ como derivado,⁸ tomando en cuenta que éste no tiene un poder legislativo en sentido estricto, dado que el ayuntamiento como órgano materialmente legislador, se circunscribe a la expedición de disposiciones reglamentarias, por corresponder esta facultad constitucionalmente, a la Entidad Federativa que pertenezca. Esta teoría queda confirmada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a través de la jurisprudencia 963, foja 1564, Vol. II, Apéndice 1917-1988, que en lo conducente señala: “IMPUESTOS MUNICIPALES. Los decretados por los Ayuntamientos y no por las legislaturas no tienen el carácter de leyes, y hacerlos efectivos importa una violación constitucional”.

El Congreso del Estado al que pertenece el municipio, es el facultado para establecer los ingresos fiscales que la hacienda pública local deberá recaudar. El municipio tiene autonomía política y administrativa, pero carece de facultad para establecer contribuciones, por lo que no puede determinar las que formarán su hacienda. De acuerdo con los ordenamientos mencionados con anterioridad, los municipios la administrarán libremente; pero son las legislaturas de cada Estado las que aprueban sus leyes de ingresos —los presupuestos de egresos los autorizan los respectivos ayuntamientos con base en sus ingresos disponibles— y revisan sus cuentas públicas.

2. CONCEPTOS BASE FINANZAS PÚBLICAS

Además de la posición sobre lo que debemos entender por finanzas públicas que hace Flores Zavala, es pertinente reconocer que el vocablo es más un término económico que jurídico y en este sentido Arriaga⁹ señala: “las finanzas públicas constituyen una herramienta importante para la consecución de los objetivos de la política económica, pero si no se encuentra debidamente coordinada con instrumentos, como: el área monetaria, crediticia, desempleo, precios y tarifas, agropecuaria, industrial y salarial, no participarán éstas de manera adecuada”.

3. HACIENDA PÚBLICA

El origen de la hacienda pública, coincide con el surgimiento de la economía como disciplina científica en 1776, con la publicación del libro de Adam Smith *La riqueza de las naciones*. En relación con su significado doctrinal, Rendón¹⁰ señala: “la connotación de hacienda en su acepción más amplia, es el conjunto de bienes y medios de producción que permiten el abastecimiento y que integran el haber de una comunidad”. Es importante hacer notar, que con frecuencia se cae en el error jurídico, de tomar el vocablo *fisco* como sinónimo de *hacienda o erario público*, en relación con esto, el propio De la Garza¹¹ afirma que “tomarlos como sinónimos, sería tanto como equiparar, una de las partes con el todo, y precisa, fisco es sólo la parte de la hacienda pública, encargada de la recaudación”.

⁷ Se dice que el poder tributario es originario cuando surge de la Constitución y por tanto no se recibe de ninguna otra entidad. Tal es el caso de la Federación y de las Entidades Federativas en México donde ambas tienen poder tributario de origen por así disponerlo la Constitución Federal.

⁸ Poder tributario derivado es el que la entidad política posee, porque le ha sido transmitido por otra que tiene poder originario, situación no común en México.

⁹ Arriaga, Enrique, *Finanzas Públicas de México*, México, Instituto Politécnico Nacional, 1992, p. 5.

¹⁰ Rendón Huerta, Teresita, *Derecho Municipal*, Tercera edición, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 294.

¹¹ De la Garza, Sergio, *Derecho Financiero Mexicano*, 8va edición, México, Editorial Porrúa, 1978, p. 52.

Para, Flores¹² la hacienda pública es el conjunto de bienes que una entidad pública –Federación, Estados, Municipios– posee en un momento dado para la realización de sus atribuciones, así como de las deudas que son a su cargo, por el mismo motivo, fisco en voz de Flores es, –como ya se comentó– sólo la parte de la hacienda pública, encargada de la recaudación. Según refiere Ortega¹³ los bienes que mantienen a la hacienda pública, y que hace referencia la definición anterior, están conformados por: contribuciones, deuda y patrimonio.

Los criterios que prevalecen en México, en relación con la hacienda pública, Ortega señala, “las actividades financieras del Estado, es decir, aquéllas que tienden a obtener ingresos, realizar gastos y gestionar los bienes patrimoniales del Estado, están regidas por criterios esencialmente políticos y no por criterios económicos, ello en atención tanto a los fines que tratan de satisfacer, como al carácter de los entes que tienen constitucionalmente encomendado tales tareas”.

4. POTESTAD TRIBUTARIA

Sobre esta expresión, no existe uniformidad de criterios doctrinales para definirla, algunos juristas la identifican como poder impositivo, por ejemplo: Quintana y Rojas,¹⁴ De La Garza,¹⁵ Giuliani,¹⁶ Martín y Rodríguez.¹⁷ Otros la llaman poder tributario, también se le conoce como supremacía tributaria, soberanía fiscal o potestad tributaria, en voz de, Díaz en: Estudio monográfico acerca de la autonomía y conceptualización del Derecho Financiero, Público o Fiscal, Tribunal Fiscal de la Federación, cuarenta y cinco años al servicio de México. Tomo I, p. 277. Potestad tributaria es el vocablo que resulta más atinado, atendiendo a su significado jurídico-gramatical, por lo que, con base a lo anterior en México se puede definir, como la atribución legal que ejerce el Estado a través del poder legislativo, para establecer las contribuciones necesarias para solventar el gasto público.¹⁸

5. LA HACIENDA MUNICIPAL EN LA LEGISLACIÓN FEDERAL

En materia de ingresos públicos municipales, existen muchos y muy diversos ordenamientos, que directa o indirectamente inciden en su hacienda pública, pero son dos los que por su influencia e importancia se analizarán:

- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y
- La Ley de Coordinación Fiscal.

¹²Flores, Ernesto, *Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas*, México, Editorial Porrúa, 1991, p. 20.

¹³Ortega, Juan, *Primer Curso de Derecho Tributario Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 4.

¹⁴Quintana, Jesús y Rojas, Jorge, *Derecho Tributario Mexicano*, México, Editorial Trillas, 1997.

¹⁵De la Garza, Sergio, *Derecho Financiero Mexicano*, 8va edición, México, Editorial Porrúa, 1978.

¹⁶Giuliani, Carlos, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1977, Volumen I.

¹⁷Martín, José y Rodríguez, Guillermo, *Derecho Tributario General, de Finanzas y Derecho Tributario*, Argentina, Depalma, 1995.

¹⁸En todos los casos o enfoques conduce a un solo punto, definir la forma en que el Estado la utiliza para obtener recursos tributarios que le permitan solventar el gasto público, en uso de la soberanía que la Constitución le otorga, mediante el establecimiento de leyes tributarias

6. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.¹⁹

La Constitución Federal como fuente formal del derecho fiscal, en México es norma suprema por así establecerlo los artículos 133 y 41, en relación con el municipio, contempla derechos y obligaciones en diversos artículos, entre otros: El 2, 3, 21, 26, 27, 31, 36, 73, 79, 105, 108, 115, 116, 117, 123, 128 y 130,²⁰ de los cuales sin seguir un orden numérico, sólo se comentarán las partes de aquellos que directa o indirectamente, tienen relación con el manejo de la hacienda pública municipal y la limitación de sus potestades.

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

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

Para, González²¹ en: Prologo a la obra Principios Tributarios Constitucionales:

“La influencia de la Constitución... es, si cabe, todavía más estrecha respecto al derecho tributario porque esta rama del derecho público no sólo encuentra en la Constitución la distribución y coordinación de las competencias tributarias entre los distintos poderes, sino también la regulación básica de los principios generales –igualdad, legalidad y seguridad jurídica- y específicos (capacidad contributiva, progresividad y no confiscatoriedad), que presiden la función tributaria del Estado tanto en su esfera normativa como en la aplicativa”.

En cuanto al origen de la obligación de los mexicanos de pagar contribuciones, a cualquiera de los tres órdenes de gobierno, surge a partir de lo establecido por el artículo 31-IV, por otra parte, la propia Carta Magna establece las atribuciones de los tres poderes de la Unión -Ejecutivo, Legislativo y Judicial-, y los límites jurisdiccionales de la Federación, Estados y Municipios en materia tributaria.

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

¹⁹ Para efectos del estudio, se consultaron diversas páginas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2008), décimo primera edición. McGraw-Hill Interamericana.

²⁰ El texto constitucional utilizado en el presente trabajo, es el vigente hasta la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 18 de junio de 2008.

²¹ González, Eusebio, Prologo a la obra: *Principios Tributarios Constitucionales*, México, coedición UNAM, TFF, Ed. Universidad de Salamanca e instituto Cultural Domecq, 1989, p. 2.

I, II, III,...

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Aún cuando, según García²² no existe en la Constitución Federal, una línea que separe con exactitud la competencia que tienen la Federación y las Entidades Federativas, para imponer contribuciones. A pesar de esta dificultad, existen preceptos constitucionales que arrojan una visión panorámica al respecto. Apoyados en estas disposiciones, la SCJN ha sentado la jurisprudencia 56 de la primera parte del apéndice¹⁹⁸⁵ para aclarar el asunto. Dicha jurisprudencia en lo conducente señala:

- La Constitución General no opta por una delimitación de la competencia federal y estatal para establecer impuestos, sino que sigue un sistema complejo, cuyas premisas fundamentales son las siguientes: a) Concurrencia contributiva de la Federación y los Estados en la mayoría de las fuentes de ingresos (artículo 73, fracción VII y 124); b) Limitaciones a la facultad impositiva de los Estados mediante la reserva expresa y concreta de determinadas materias a la Federación (artículo 73, fracción XXIX); y c) Restricciones expresas a la potestad tributaria de los Estados (artículo 117, fracciones IV, V, VI y VII y 118).
- Es importante hacer notar, que en el art.31-IV, que existe íntima relación -o condicionante- entre ingresos y gastos públicos, de suerte que no se pueden desvincular unos de los otros, porque se estaría cayendo en el terreno de la extrafiscalidad o violentando el principio de destino. Este principio exige que las contribuciones que los mexicanos están obligados a pagar a la federación estados y municipios donde residan se destinen al gasto público, requisito sin el cual según la Corte, se vulneran los postulados del artículo 31-IV de la CPEUM. Tesis que en lo conducente señala:
- El gasto público, doctrinaria y constitucionalmente tiene un sentido social y un alcance de interés colectivo; y es y será siempre gasto público, que el importe de lo recaudado por la federación, al través de los impuestos, derechos, productos y aprovechamientos, se destine a la satisfacción de las atribuciones del Estado relacionadas con las necesidades colectivas o sociales, o los servicios públicos. Séptima Época, Sala Auxiliar, Apéndice de 1995, Tomo: I, Parte HO, Tesis 367, p. 339.

Por otra parte, existe una obligación más de carácter patrimonial de los ciudadanos mexicanos, que por su importancia, en la correcta aplicación del impuesto a la propiedad inmobiliaria y por estar relacionada con lo establecido en la fracc. IV del 115, además de ser parte activa del objeto de estudio, de la presente investigación, se transcribe y comenta a continuación.

Artículo 36. Son obligaciones del ciudadano de la República:

I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes.

...

²² García, Agustín, 1998. Análisis Constitucional de los ámbitos de la federación, los estados y municipios, en: *Obra conmemorativa de los 50 años del TFF*, México, TFF, 1988, tomo V, p. 89.

II, III, IV, V...

En México, —como queda señalado, en el texto del párrafo inmediato anterior— todo bien inmueble debe inscribirse en el catastro de la municipalidad a la cual pertenezca. La función catastral consiste en la identificación y registro de la propiedad, constituye la base para la integración del padrón de contribuyentes del impuesto predial. El catastro ha sido considerado como el eje central, sobre el cual se apoya la administración del impuesto predial, al descansar en éste, las funciones relativas a la identificación y registro de la propiedad inmobiliaria, así como aquellas que tienen por objeto fijar el valor de la misma.

Para, Carral:²³

“el catastro fiscal es el registro público de los bienes inmuebles ubicados en una demarcación territorial específica y que contiene la localización de dichos inmuebles: límites, extensión, transferencias, nombre del actual propietario y de los anteriores y en general, los elementos necesarios para poder evaluarlos y aplicar las tarifas correspondientes a los gravámenes que recaen sobre los propietarios o poseedores de los referidos bienes inmuebles”.

Como se puede corroborar con los argumentos anteriores, es con los tres órdenes de gobierno, que se debe contribuir para solventar su gasto público, de tal suerte, que se hace necesario examinar el art. 115 de la Carta Magna, para identificar dentro de las múltiples potestades del municipio, las que de carácter fiscal, le reconoce la Constitución Federal.

Artículo 115. Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre, conforme a las bases siguientes:

I...

II. Los municipios estarán investidos de personalidad jurídica y manejarán su patrimonio conforme a la ley.

III...

El principio de libre administración de la hacienda municipal consignado en la siguiente fracción, cuyo contenido y alcance ha sido precisado por la SCJN en varias tesis jurisprudenciales (véase, por ejemplo, las tesis plenarios 5/2000, de rubro “HACIENDA MUNICIPAL Y LIBRE ADMINISTRACION HACENDARIA. SUS DIFERENCIAS. (ARTICULO 115, FRACCION IV, DE LA CONSTITUCION FEDERAL)”), es el principio de libre administración de la hacienda municipal, que asegura a los municipios la posibilidad de manejar, aplicar y priorizar libremente los recursos de que disponen para satisfacer sus necesidades públicas, sin que tengan que sufrir la injerencia de intereses ajenos en ese respecto.²⁴

²³ Carral y de Teresa, Luis, *Derecho notarial y derecho registral*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa, 1978, p. 76.

²⁴ El principio de libre administración de la hacienda municipal se proyecta sobre parte de los recursos que integran la hacienda municipal y no sobre la totalidad de los mismos.

Otro principio²⁵ al que le ha dado fuerza la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la controversia constitucional 5/2004 y plasmado en la tesis jurisprudencial plenaria número 46/2004 de rubro: “RECURSOS FEDERALES A LOS MUNICIPIOS. CONFORME AL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD DE SUS RECURSOS ECONOMICOS, LA ENTREGA EXTEMPORANEA GENERA INTERESES”, es el de integridad de los recursos económicos municipales, que asegura a los municipios la percepción efectiva y puntual de los recursos a que constitucionalmente tienen derecho –con independencia de que sólo algunos de ellos caigan bajo el régimen de libre administración municipal- y que obliga a los estados a pagar los intereses correspondientes cuando retarden la entrega de recursos federales a los municipios.

IV. Los municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de los rendimientos de los bienes que les pertenezcan, así como de las contribuciones y otros ingresos que las legislaturas establezcan a su favor, y en todo caso:

a) Percibirán las contribuciones, incluyendo tasas adicionales, que establezcan los Estados sobre la propiedad inmobiliaria, de su fraccionamiento, división, consolidación, traslación y mejora así como las que tengan por base el cambio de valor de los inmuebles.

Los municipios podrán celebrar convenios con el Estado para que éste se haga cargo de algunas de las funciones relacionadas con la administración de esas contribuciones.

b) Las participaciones federales, que serán cubiertas por la Federación a los Municipios con arreglo a las bases, montos y plazos que anualmente se determinen por las Legislaturas de los Estados.

c) Los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos a su cargo.

Las leyes federales no limitarán la facultad de los Estados para establecer las contribuciones a que se refieren los incisos a) y c), ni concederán exenciones en relación con las mismas. Las leyes estatales no establecerán exenciones o subsidios en favor de persona o institución alguna respecto de dichas contribuciones.²⁶ Sólo estarán exentos los bienes de dominio público de la Federación, de los Estados o los Municipios, salvo que tales bienes sean utilizados por entidades paraestatales o por particulares, bajo cualquier título, para fines administrativos o propósitos distintos a los de su objeto público.²⁷

²⁵ González, Arturo, Las Garantías Económico Financieras de la Hacienda Municipal. en: *Revista Hacienda Municipal*, México, INDETEC, 2007, No. 90, p. 27.

²⁶ Resulta evidente que el municipio no está facultado para otorgar exención o subsidio alguno, situación comprensible si aplicamos el criterio de Giuliani que en su obra, afirma: “una consecuencia inevitable del poder gravar es la potestad de *desgravar* o *eximir* la carga tributaria”.

²⁷ Para González, “Este principio es acogido ampliamente por la Ley General de Bienes Nacionales, en donde el criterio clasificador de los bienes propiedad de la Federación depende primordialmente del destino a que se encuentre afecto el bien en específico, esto es, su afectación a alguno de los fines componentes del dominio público, así resulta claro de la lectura de los artículos 6 y 7 del anterior cuerpo normativo, que fue publicado el 22 de mayo de 2004. Así, aún cuando resulta claro que el artículo 115 de la Constitución Federal no prevé una exención por la naturaleza del bien raíz, sino que también considera su utilización para fines públicos”.

Los ayuntamientos, en el ámbito de su competencia, propondrán a las legislaturas estatales las cuotas y tarifas aplicables a impuestos, derechos, contribuciones de mejoras y las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que sirvan de base para el cobro de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria.

Las legislaturas de los Estados aprobarán las leyes de ingresos de los municipios, revisarán y fiscalizarán sus cuentas públicas. Los presupuestos de egresos serán aprobados por los ayuntamientos con base en sus ingresos disponibles.

Los recursos que integran la hacienda municipal serán ejercidos en forma directa por los ayuntamientos, o bien, por quien ellos autoricen, conforme a la ley.

El artículo en comento, contempla la libertad que el municipio tiene, sobre el manejo de su hacienda pública, en su fracción IV inciso a) se menciona, la posibilidad del establecimiento de impuestos a la propiedad inmobiliaria y cambio del valor de los inmuebles, -facultad que da origen al estudio- previa propuesta de los ayuntamientos, al congreso de la entidad federativa que corresponda. El texto del artículo señala también, el establecimiento de tablas de valores unitarios, de suelo y construcciones que sirven de base para el cobro del predial, la obligación de elaborar y aprobar el presupuesto de egresos y la revisión y fiscalización de las cuentas públicas municipales.

Por otra parte, en México no se comprenderían, las limitaciones de potestad de gobiernos subnacionales en materia fiscal y la armonización de las relaciones fiscales intergubernamentales, sin la presencia del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal Federal (SNCF), que se sustenta en la Ley de Coordinación Fiscal (LCF) que el propio congreso expide. Tampoco sería posible entender la hacienda pública municipal, sin la presencia de las participaciones y aportaciones federales, por lo que resulta indispensable el análisis de las facultades que en materia hacendaria tiene el Congreso de la Unión.²⁸

Por último, producto de la actual geografía política del país, es de suponerse la existencia de permanentes conflictos entre órdenes de gobierno, particularmente en ámbitos como el financiero. Es común ver, al frente de la administración pública federal un miembro de un determinado partido político, la Estatal por otro y la municipal por uno diferente a los anteriores. Aún cuando la teoría política señala, que al momento de ser gobierno se debe gobernar para todos, sin distinción de partidos en la práctica esto no se da, ya que se privilegia al estado o municipio, que tiene como origen, el mismo partido.

En materia de hacienda pública municipal, son cada vez más frecuentes los escenarios anteriores, ya que los ayuntamientos al agotar la capacidad de gestión política -que frecuentemente no es mucha-, se tenga que acudir a instancias jurídicas que permitan dirimir los conflictos y para tal efecto la Carta Magna ofrece como alternativa, la Controversia Constitucional debidamente regulada en el artículo 105 que a la letra dice:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

²⁸ Otro aspecto también relevante de las finanzas públicas, lo constituye la vigilancia sobre la gestión, control y evaluación del presupuesto público federal, del cual forma parte de manera importante el municipio, por lo que será sujeto al cumplimiento de las leyes que sobre la materia expida el Congreso de la Unión. Por último, la optimización de la administración pública requiere de la armonización de sus registros contables, que regirán la contabilidad pública y la presentación homogénea de información financiera, de ingresos y egresos, así como patrimonial, para la Federación, los estados, los municipios y el Distrito Federal (DF), por lo que nuevamente es el Congreso de la Unión el responsable, en uso de las facultades del artículo que en lo conducente, a continuación se transcribe.

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:²⁹

a)...; b) La Federación y un municipio; c); d); e);... f) El Distrito Federal y un municipio; g) Dos municipios de diversos Estados; h)...; i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; j) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y k)...

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

Este precepto constitucional esta reglamentado por el artículo 11 frac., I, II, III y IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF) así como por el artículo 12 de la Ley de Coordinación Fiscal, -que como ya se señaló-fue promulgada el 22 de diciembre de 1978 y entró en vigor el primero de enero de 1980, ambos ordenamientos otorgan competencia para conocer de las propias controversias, al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Es pertinente comentar que el artículo en comento, se encuentra inspirado en el tercero, sección segunda, fracciones I y II de la Constitución de los Estados Unidos de 1787; precepto que también ha sido recogido en sus aspectos generales por los restantes países latinoamericanos que han conservado la estructura federal -Argentina, Brasil y Venezuela-, ya que esta institución está dirigida esencialmente a preservar los límites que la Constitución establece entre las facultades de los organismos centrales y los de carácter local.

7. LEY DE COORDINACIÓN FISCAL COMENTARIOS PREVIOS

Desde principios del siglo XX, en México se le fue dando forma a un sistema de coordinación fiscal, a partir de las tres reuniones nacionales fiscales que pretendieron dar orden, al entramado jurídico que en materia impositiva provenía del siglo XIX, pasando por 1947, cuando se expide la Ley del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles, y particularmente a partir de 1978, con la expedición de la Ley de Coordinación Fiscal (LCF) en comento, que es finalmente, el documento que se pretende analizar en este epígrafe, partiendo del análisis de su estructura. La LCF en México, constituye el instrumento jurídico que permite armonizar, las relaciones fiscales intergubernamentales y como es natural, resolver los conflictos relacionados con la

²⁹ El antecedente inmediato del precepto constitucional vigente, se encuentra en el artículo 98 de la constitución del 5 de febrero de 1857, de acuerdo con el cual “corresponde a la Suprema Corte de Justicia desde la primera instancia, el conocimiento de las controversias que se susciten de un estado con otro, y de aquellas que en la Unión fuere parte”. Fix-Zamudio, Héctor, Anuario Jurídico, *Las garantías constitucionales en el derecho mexicano*, (III-IV) México, 1976-1977, p. 736.

conurrencia³⁰ propia del modelo de organización política federal, consignado en el artículo 40 de la ley suprema. No obstante, a sus más de 27 años de vigencia y múltiples reformas, resulta innegable la necesidad de su modernización integral o su abrogación, sustituyéndola por una ley de coordinación hacendaria.

La materia relacionada con la coordinación fiscal, por sí misma es complicada, porque involucra a tres órdenes de gobierno y se somete a diferentes arreglos políticos y financieros, entre la Federación, las entidades federativas y los municipios. Los escenarios anteriores se hicieron más complejos a partir del proceso de transición democrática y las tendencias descentralizadoras observadas en el país, llevando a entidades federativas y municipios a reclamar mayores recursos. Porque según señalan, la mayor autonomía política y administrativa, se debe traducir en mayor autonomía económica.

No obstante, el verdadero problema radica en que los ingresos y sus fuentes, con frecuencia son limitados y el requerimiento social creciente, por lo tanto, la demanda de mayores recursos debe llevar siempre consigo, la transferencia de mayores responsabilidades de gasto público. Por último, -como ya se dijo- en México el poder tributario federal se encuentra establecido en los artículos de la CPEUM: 31 73 y 131, y la potestad tributaria de las entidades federativas, en los artículos constitucionales 115, 117, 118, 124 y 131. Existen adicionalmente, contribuciones de carácter municipal establecidas por las legislaturas de las entidades federativas, en uso de las facultades que la propia constitución federal les reconoce.

ESTRUCTURA
LEY DE COORDINACION FISCAL
CAPÍTULO I
DE LAS PARTICIPACIONES DE LOS ESTADOS, MUNICIPIOS Y
DISTRITO FEDERAL EN INGRESOS FEDERALES

El objeto de la Ley es crear el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, en lo sucesivo SNCF, en razón del cual la Federación entrega a las entidades federativas algunos porcentajes de los impuestos federales denominados “participaciones federales”, a cambio de que éstos deroguen o suspendan el cobro de impuestos locales referidos sobre las mismas fuentes gravadas, a fin de evitar la múltiple tributación.³¹ A su vez, las legislaturas locales establecen su distribución entre los municipios, en la mayoría de los casos, mediante leyes estatales de coordinación fiscal estatal, y en los demás casos en su legislación fiscal

³⁰ Desde el punto de vista de la competencia tributaria, el tema de la concurrencia impositiva tiene relación con el federalismo fiscal. En un sistema en el que existe concurrencia impositiva de la federación y las entidades federativas, son evidentes las posibles complicaciones tanto para los contribuyentes, como para las propias autoridades tributarias y el Estado. Esto implica que no sólo la existencia de un ejercicio de la competencia tributaria, sino, la posibilidad de que funciones de gestión de contribuciones federales, sean realizadas por autoridades estatales o municipales.

³¹ Tanto el Congreso de la Unión como las legislaturas locales, pueden establecer contribuciones sobre las fuentes de ingreso más importantes, por tener facultades coincidentes, razón por la cual, el legislador estableció la celebración de convenios de coordinación fiscal, en términos de lo dispuesto por la ley y el Decreto del Presupuesto de Egresos de la Federación.

CAPÍTULO II DEL SISTEMA NACIONAL DE COORDINACIÓN FISCAL

La adhesión al SNCF tienen por objeto, por un lado, armonizar el ejercicio de la potestad tributaria entre los órganos legislativos de la Federación y de las entidades federativas con el fin de evitar la doble o múltiple tributación, ya que las entidades que celebran tales convenios, deben renunciar a establecer las contribuciones que graven hechos o actos jurídicos gravados por la Federación o a suspender la vigencia de los mismos y por otro lado, otorgar a las entidades y a los municipios participaciones respecto de los impuestos recaudados por la Federación.³² Consecuentemente, los convenios son aprobados por las legislaturas locales.

Los convenios de adhesión al SNCF no tienen fundamento expreso en la Constitución federal. De hecho, en ellos únicamente se alude al artículo 31, fracción IV, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF); y a los artículos 2º, 10, 11 y 12 de la LCF. Sin embargo, la fracción VII del artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone, desde 1987 que “la Federación y los estados, en los términos de ley, podrán convenir la asunción por parte de éstos del ejercicio de sus funciones, la ejecución y operación de obras y la prestación de servicios públicos, cuando el desarrollo económico y social lo haga necesario”.³³

Los convenios de adhesión se suscribieron en el año de 1979, un año después de la publicación de la LCF (1978) y uno antes de su entrada en vigor (1980), pero han sufrido diversas modificaciones, particularmente en sus anexos. En sus considerandos, los convenios de adhesión refieren como motivo fundamentalmente, que el sistema nacional fiscal debe ser armónico, evitando en lo posible la superposición de gravámenes federales, estatales y municipales -concurrencia-, cuyo conjunto puede producir cargas fiscales excesivas en los contribuyentes, además de múltiples intervenciones de vigilancia por parte de las diversas autoridades en esta materia.

CAPÍTULO III DE LA COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA ENTRE LAS ENTIDADES Y LA FEDERACIÓN

Los convenios de colaboración administrativa en materia fiscal federal, establecen las bases para la colaboración fiscal entre la Federación y una entidad federativa, disponiendo que las funciones de administración de las autoridades fiscales federales, se asuman por parte de las autoridades fiscales de las entidades federativas. Los convenios de colaboración no tienen referente expreso en la CPEUM, salvo lo dispuesto por el artículo 116, fracción VII. Sin embargo, cabe preguntarse si las funciones de fiscalización corresponden a la prestación de servicios públicos, ya que, de lo contrario, no existiría facultad alguna a cargo del Poder Ejecutivo Federal para celebrarlos.

“...una actividad técnica encaminada a satisfacer necesidades colectivas básicas o fundamentales, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de derecho

³² Soportado en la tesis: COORDINACIÓN FISCAL ENTRE LA FEDERACIÓN Y LOS ESTADOS. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LOS CONVENIOS QUE PARA TAL FIN SE HAN CELEBRADO A PARTIR DEL MARCO CONSTITUCIONAL VIGENTE. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XII, diciembre de 2000, tesis 2ª CLXIX/2000, p. 432.

³³ Mora, Jorge, *Ley de Coordinación Fiscal Comentada*, México, Centro de producción editorial, 2004, p. 17.

público, que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad. Esta actividad puede ser prestada por el Estado o por los particulares (mediante concesión)³⁴ De lo anterior se deduce que los actos de fiscalización que llevan a cabo las autoridades administrativas para revisar la situación fiscal de los contribuyentes y, en su caso, determinar créditos fiscales federales, no corresponden a una actividad que constituye una necesidad colectiva básica; es decir, no es un servicio público.

CAPÍTULO IV DE LOS ORGANISMOS EN MATERIA DE COORDINACIÓN

I.- La Reunión Nacional de Funcionarios Fiscales

Según el artículo 3º del Reglamento Interior de los Organismos del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, aprobado en la XXVI Reunión Nacional de Funcionarios Fiscales en junio de 1994, “la Reunión (RNFF) es el órgano supremo del sistema a través del cual los funcionarios fiscales proponen, discuten y en su caso, aprueban los lineamientos para el desarrollo permanente y perfeccionamiento del mismo”.

II.- La Comisión Permanente de Funcionarios Fiscales

Entre las facultades más importantes de la CPFF se encuentran, preparar las Reunión Nacional de Funcionarios Fiscales (RNFF), los proyectos de distribución de aportaciones para los órganos del SNCF; fungir como Consejo Directivo del INDETEC; vigilar la creación e incremento de los fondos de ley, su distribución y las liquidaciones anuales; vigilar la determinación, liquidación y pago de participaciones a los municipios;³⁵ y formular los dictámenes técnicos relativos a la presunta violación de los artículos 73, fracción XXIX; 117, fracciones IV a VII y IX; o 118, fracción I, de la Constitución federal por una entidad, o bien, la falta de cumplimiento de los convenios de coordinación fiscal o de colaboración administrativa en materia fiscal federal.

III.- El Instituto para el Desarrollo Técnico de las Haciendas Públicas (INDETEC).

Sus funciones más importantes son la realización de estudios relativos al SNCF y de la legislación tributaria federal y de las entidades, así como de sus administraciones, incluso en forma remunerada; proponer medidas de coordinación de acciones entre unos y otros; fungir como Secretaría Técnica de la Reunión Nacional y de la Comisión Permanente de Funcionarios Fiscales; actuar como consultor técnico y promotor de las haciendas públicas; capacitar y desarrollar los programas de la RNFF.³⁶

IV.- La Junta de Coordinación Fiscal

La Junta de Coordinación Fiscal, se integra por los representantes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y los titulares de los órganos hacendarios de las ocho entidades que forman la Comisión Permanente de Funcionarios Fiscales, se creó en 1990 y es el organismo del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, responsable de elaborar dictámenes técnicos, a solicitud de la SHCP en relación con los recursos de inconformidad presentados por las

³⁴ Giusti, Miguel, *Alas y raíces: ensayos sobre ética y modernidad*, Lima, PUCP, 1999, p. 774.

³⁵ Con objeto de reglamentar la facultad de la CPFF relativa a la vigilancia del sistema de participaciones, en septiembre de 2000, la CLIX Reunión de la Comisión Permanente de Funcionarios Fiscales aprobó el Reglamento del Comité de Vigilancia del Sistema de Participaciones en Ingresos Federales.

³⁶ Se constituyó en 1973 como una asociación civil, y como un organismo público descentralizado a partir de 1980, con la entrada en vigor de la LCF. Su patrimonio se constituye con aportaciones de la SHCP y de las entidades federativas.

personas que se consideren afectadas, por incumplimiento de las disposiciones del SNCF y de las de coordinación en materia de derechos.

CAPITULO V DE LOS FONDOS DE APORTACIONES FEDERALES

La figura de los fondos de aportaciones se introdujo en la reforma fiscal para 1998, a propuesta de la SHCP³⁷ a fin de establecer nuevos mecanismos para descentralizar el gasto público federal a través de la transferencia de recursos y responsabilidades a los estados y municipios, apoyos que hasta entonces se canalizaban vía convenios de coordinación con los gobiernos estatales, - es de ponderarse desde la creación de los fondos de aportaciones se ha observado un importante crecimiento en el gasto que ejercen directamente las entidades federativas y municipios-.

Estos fondos son de naturaleza federal y corresponden a una partida que la Federación destina para coadyuvar al fortalecimiento de los estados y municipios en apoyo de actividades específicas; se prevén en el Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF), se regulan en el capítulo V de la LCF, y resultan independientes de los que se destinan a los estados y municipios por concepto de participaciones federales.

- I. Fondo de Aportaciones para la Educación Básica y Normal;
- II. Fondo de Aportaciones para los Servicios de Salud;
- III. Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social;
- IV. Fondo de Aportaciones para el Fortalecimiento de los Municipios y de las Demarcaciones Territoriales del Distrito Federal;
- V. Fondo de Aportaciones Múltiples;
- VI.- Fondo de Aportaciones para la Educación Tecnológica y de Adultos;
- VII.- Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública de los Estados y del Distrito Federal; y
- VIII.- Fondo de Aportaciones para el Fortalecimiento de las Entidades Federativas.

8. EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL.³⁸

En materia de ingresos públicos municipales, las entidades federativas cuentan con una legislación similar o equivalente entre si, por lo que -como ya se dijo- para efectos del estudio, se tomara a manera de ejemplo, la vigente al momento de realizar la investigación, en el Estado de Jalisco que entre otras, las de mayor relevancia por su relación directa con el ingreso se encuentran:

³⁷ La propuesta de la SHCP únicamente incluyó los fondos en materia de educación básica y normal (FAEB); de salud (FASS); y para el desarrollo de la infraestructura social básica en los municipios marginados (FISM). Sin embargo, afortunadamente, la reforma contó con la intervención de los partidos políticos de oposición. De esta manera, el FISM fue modificado en una negociación entre el Partido Revolucionario Institucional y el Partido de Acción Nacional para establecer, en vez de este fondo, otros tres: el Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social (FAIS), constituido, a su vez, por dos más: el Fondo para la Infraestructura Social Municipal (FAISM) y el Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social Estatal (FAISE); el Fondo de Aportaciones para el Fortalecimiento de los Municipios y del Distrito Federal (Fortamun); y el Fondo de Aportaciones Múltiples (FAM).

³⁸ Se toma como base la legislación del Estado de Jalisco para efectos del estudio.

- Constitución Política del Estado de Jalisco
- Ley de Planeación para el Estado de Jalisco y sus Municipios
- Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Jalisco
- Ley de Coordinación Fiscal del Estado de Jalisco con sus Municipios
- Ley de Catastro Municipal del Estado de Jalisco
- Ley de Hacienda Municipal del Estado de Jalisco

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE JALISCO

En materia de soberanía nacional y forma de gobierno -como ya se comentó- son los artículos 39, 40, y 41 de la CPEUM, los que regulan la situación de los Estados ante la Federación, por su parte, las entidades federativas -como es el caso de Jalisco-, reconocen la soberanía de su régimen interior y a su vez, ser parte integrante del Estado Federal Mexicano.

Artículo 1º.- El Estado de Jalisco es libre y soberano en su régimen interior, pero unido a las demás partes integrantes de los Estados Unidos Mexicanos, en la Federación establecida por la Ley Fundamental.

El orden que se dará al análisis de la Constitución Política del Estado de Jalisco, es el mismo que se siguió, en la exploración de la Constitución Federal, incorporando al estudio sólo las partes de los artículos que directa o indirectamente, tengan que ver con la potestad recaudatoria municipal. Después que en el artículo primero, Jalisco reconoce ser parte integrante de la Federación, se continuará con el análisis del origen de la obligación que los Jaliscienses³⁹ tienen de contribuir al gasto público, compromiso contemplado en el artículo quinto⁴⁰ que a la letra dice:

Las personas físicas o jurídicas, en los términos que señalen las leyes, tendrán la obligación de:

I. Contribuir para los gastos públicos de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes;

II, III,...

En materia de planeación, el Estado de Jalisco contempla en su Constitución, la obligación de crear el sistema estatal de planeación, en concordancia a lo establecido en el artículo 26 de la Constitución Federal.

Artículo 15.- Los órganos del poder público del Estado proveerán las condiciones para el ejercicio pleno de la libertad de los individuos y grupos que integran la sociedad y pro-

³⁹ Son jaliscienses: I. Los nacidos en el territorio del Estado; y II. Los mexicanos por nacimiento o naturalización avecindados en el Estado y que no manifiesten su deseo de conservar su residencia anterior, en la forma que establezca la ley. La vecindad no se pierde por ausencia debida al desempeño de cargos públicos, de elección popular, o en defensa de la patria y de sus instituciones (Artículo 7º).

⁴⁰ Paralelamente y para dar fuerza a esta obligación, -curiosamente en un artículo que reconoce prerrogativas- el artículo octavo señala: Son obligaciones de los ciudadanos jaliscienses, las contenidas en los artículos 31 y 36 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

picarán su participación en la vida social, económica, política y cultural de la entidad.
Para ello:

I, II, III, IV, V,...

VI. Las autoridades estatales y municipales, organizarán el sistema estatal de planeación, para que mediante el fomento del desarrollo sustentable y una justa distribución del ingreso y la riqueza se permita a las personas y grupos sociales el ejercicio de sus derechos, cuya seguridad y bienestar protege esta Constitución;

VII, VIII, IX,...

En relación con el poder legislativo del Estado de Jalisco, y su facultad en materia fiscal, -totalmente concordante con lo establecido por el artículo 73-XXIX DE LA CPEUM- la Constitución local señala:

Artículo 35.- Son Facultades del Congreso:

I, II, III,...

IV. Determinar los gastos del Estado para cada ejercicio fiscal, así como las contribuciones del Estado y municipios para cubrirlos, y revisar y fiscalizar las cuentas correspondientes.

De la V a la XXXVI...

En materia de regulación del gobierno municipal la Constitución local de Jalisco, reserva el Título Séptimo su regulación.

Artículo 73.-El municipio libre es base de la división territorial y de la organización política y administrativa del Estado de Jalisco, investido de personalidad jurídica y patrimonio propios, con las facultades y limitaciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los siguientes fundamentos:

I, II, III, IV, V,...

Artículo 80.- Los municipios a través de sus ayuntamientos, en los términos de las leyes federales y estatales relativas, estarán facultados para:

I, II, III, IV, V, VI...

VII. Organizar y conducir la planeación del desarrollo del municipio y establecer los medios para la consulta ciudadana y la participación social;

VIII, IX, X,...

9. DE LA HACIENDA Y DEL PATRIMONIO MUNICIPAL

Artículo 88.- Los municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de los rendimientos de los bienes que les pertenezcan, así como de las contribuciones y otros ingresos que el Congreso establezca a su favor y, en todo caso, con:

I. Las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria, incluyendo tasas adicionales que establezca el Congreso, de su fraccionamiento, división, consolidación, translación y mejora.

Los municipios podrán celebrar convenios con el Estado, para que éste se haga cargo de algunas de las funciones relacionadas con la administración de estas contribuciones;

II. Las participaciones federales y estatales que correspondan a los municipios, con arreglo a las bases, montos y plazos que anualmente se determinen por el Congreso del Estado; y

III. Los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos a su cargo.

El patrimonio municipal se compondrá con los bienes de dominio público y los bienes de dominio privado, de conformidad con lo que establezca la ley de la materia.

10. LEGISLACIÓN MUNICIPAL BÁSICA

En el estado de Jalisco, además de las leyes ya mencionadas en el epígrafe anterior, en materia de regulación de la hacienda pública municipal, existen otras de aplicación específica como:

Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco.

Ley de Ingresos de cada uno de los municipios del Estado.

Ley de hacienda Municipal del Estado de Jalisco, entre otras.

Código Fiscal Municipal en algunas entidades federativas –no en Jalisco-.

11. CONCLUSIONES

En México, es necesario instrumentar mecanismos que permitan en materia de Relaciones Intergubernamentales, que estas, sean más claras y equitativas, tanto en lo recaudatorio como en la aplicación del gasto. Se debe también, involucrar al municipio en el debate sobre distribución de potestad, situación común entre federación y entidades federativas, pero sólo ocasional entre los tres órdenes de gobierno. Porque la ausencia de una auténtica potestad tributaria municipal, ha hecho engañosa la autonomía y equilibrio entre órdenes de gobierno, que tanto se pondera en la exposición de motivos, previa a cada reforma del artículo 115 constitucional.

Como se puede observar, es limitada la potestad recaudatoria de la hacienda municipal y evidente que la mayor parte de los municipios del país, mantienen su recaudación muy por

debajo de su verdadero potencial. Como justificación de esto último existen dos argumentos: a) que la limitada potestad tributaria en materia inmobiliaria, no se pueden hacer valer con la fuerza necesaria, por las graves carencias de los habitantes en gran parte de los municipios del país, situación que se traducen en incapacidad de pago; y la limitada presencia de recursos humanos capacitados para operar con eficiencia sus tesorerías y catastros, aunque esto último, es perfectamente superable con la figura legalmente aceptada, del *acuerdo de colaboración administrativa*.

No obstante y aún con las limitaciones anteriores, es necesario actualizar las bases tributarias de los principales gravámenes locales, especialmente del impuesto a la propiedad y los de industria y comercio, los dos con mayor potencial recaudatorio. Paralelo a esto, se debe adelantar una simplificación del marco legal vigente, de tal forma que se agilice y facilite el cobro y recolección de los tributos, se establezcan los procedimientos y normas que permitan hacer cumplir la normatividad de la tributación subnacional, y se logre el control de la evasión y elusión que en la hacienda local, hay casos en que llega a ser casi absoluta.

Por último, con el fin de fortalecer la gestión hacendaria local se pueden identificar acciones orientadas a incrementar los ingresos propios, a través de estrategias y mejores prácticas recaudatorias. Resulta también necesario, capacitar al personal para incrementar la eficiencia en la aplicación del gasto, hacer ajustes en los procesos de presupuestación, transparentar la gestión y rendir cuentas con oportunidad. Porque la gestión hacendaria local eficiente, exige por definición de un manejo con enfoque integral, de sus políticas públicas y fortalecimiento institucional

12. BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Editorial Porrúa, 1999, p.

ARRIAGA, Enrique, *Finanzas Públicas de México*, México, Instituto Politécnico Nacional, 1992, p. 5.

CARRAL y de TERESA, Luis, *Derecho notarial y derecho registral*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa, 1978, p. 76.

De la GARZA, Sergio, *Derecho Financiero Mexicano*, 8va edición, México, Editorial Porrúa, 1978, pág. 52, 198.

DÍAZ, Rosa. "Estudio monográfico acerca de la autonomía y conceptualización del Derecho Financiero, Público o Fiscal", *Tribunal Fiscal de la Federación, cuarenta y cinco años al servicio de México*. Tomo I, p. 277.

FAYA, Jacinto, *Finanzas Públicas*, México, Editorial Porrúa, 1986, p. 39.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, Anuario Jurídico, *Las garantías constitucionales en el derecho mexicano*, (III-IV) México, 1976-1977, p. 736.

_____, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tercera edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Porrúa, 1996.

FLORES, Ernesto, *Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas*, México, Editorial Porrúa, 1991, p. 10, 20.

- GARCÍA, Agustín, 1998. Análisis Constitucional de los ámbitos de la federación, los estados y municipios, en: *Obra conmemorativa de los 50 años del TFF*, México, TFF, 1988, tomo V, p. 89.
- GIULIANI, Carlos, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1977, Volumen I.
- GIUSTI, Miguel, *Alas y raíces: ensayos sobre ética y modernidad*, Lima, PUCP, 1999, p. 774.
- GONZÁLEZ, Eusebio, Prologo a la obra: *Principios Tributarios Constitucionales*, México, coedición UNAM, TFF, Ed. Universidad de Salamanca e instituto Cultural Domecq, 1989, p. 2, 27.
- GONZÁLEZ, Arturo, La Exención del Pago de Contribuciones Inmobiliarias en Bienes del Dominio Público, en: *Revista Hacienda Municipal*, México, INDETEC, 2008, No. 92.
- _____, Las Garantías Económico Financieras de la Hacienda Municipal. en: *Revista Hacienda Municipal*, México, INDETEC, 2007, No. 90
- MARTÍN, José y Rodríguez, Guillermo, *Derecho Tributario General, de Finanzas y Derecho Tributario*, Argentina, Depalma, 1995.
- MORA, Jorge, *Ley de Coordinación Fiscal Comentada*, México, Centro de producción editorial, 2004, p. 17.
- MARGÁIN, Emilio, *Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano*, 4ª edición, San Luis Potosí, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 1977, p. 22.
- ORTEGA, Juan, *Primer Curso de Derecho Tributario Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 4.
- PACHECO, Guillermo, *Supremacía Constitucional y Federalismo Jurídico*, México, Editorial Porrúa, 2001, p. 73.
- QUINTANA, Jesús y Rojas, Jorge, *Derecho Tributario Mexicano*, México, Editorial Trillas, 1997.
- RENDÓN HUERTA, Teresita, *Derecho Municipal*, Tercera edición, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 294.
- RODRÍGUEZ, Raúl, *Derecho Fiscal*, México, Editorial Harla, 1990, p. 11.

LEGISLACIÓN CONSULTADA:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Constitución Política del Estado de Jalisco.
- Ley de Coordinación Fiscal (federal).
- Ley General de Bienes Nacionales.
- Ley de planeación (federal).
- Ley de Planeación para el Estado de Jalisco y sus Municipios.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Jalisco.

Ley de Catastro Municipal del Estado de Jalisco.

Ley de Coordinación Fiscal del Estado de Jalisco con sus Municipios.

Ley de Hacienda Municipal del Estado de Jalisco.

Ley de Fiscalización Superior de la Federación.

SUSTANTIVIDAD JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA PARA EL ESTADO Y LOS MUNICIPIOS DE GUANAJUATO

Legal nature of the claim in the code of procedure and administrative justice for the state an the municipalities of Guanajuato

Teresita Rendón Huerta Barrera^{1*}

Sumario

Introducción. 1. Sustantividad jurídica de la pretensión en el proceso contencioso administrativo en el Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y los Municipios de Guanajuato. 2. Sustantividad jurídica y requisitos de admisión de la pretensión, de acuerdo al Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y los Municipios de Guanajuato. 3. Diferencias entre la pretensión procesal y la demanda. 4. Diferencias entre la pretensión procesal y los puntos petitorios. 5. Sustantividad jurídica y estructura de la pretensión procesal administrativa. 6. Sustantividad jurídica y clases de pretensión procesal administrativa. 7. Conclusiones.

Resumen. *Esta investigación tiene por objeto establecer la sustantividad jurídica de la pretensión en el proceso contencioso administrativo conforme al Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y los Municipios de Guanajuato, porque de tal determinación se derivan consecuencias fundamentales, por cuanto delimita subjetiva, objetiva y causalmente el proceso. La acción administrativa, como toda acción procesal, es un derecho subjetivo público, que se ejerce por los gobernados como regla general, y por excepción por las autoridades, tratándose del juicio de lesividad. Para el ejercicio de este derecho, deben concurrir los elementos que el Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y los Municipios de Guanajuato establece. La acción procesal administrativa va dirigida al juzgador y tiene como contenido una pretensión. La pretensión procesal, afirma la existencia de un derecho público subjetivo de naturaleza administrativa. Tal derecho público subjetivo, entraña siempre una solicitud de pronunciamiento sobre un acto de autoridad que se reputa ilegal. Aparece como un contenido posible de la acción, procesalmente concretado en la demanda, que busca la realización de la pretensión.*

Palabras clave: *Pretensión procesal administrativa, proceso administrativo, acción administrativa, pretensión procesal y la demanda.*

Abstract. *This research aims to establish the legal nature of the claim in administrative proceedings under the Code of Procedure and Administrative Justice to the State and the Municipalities of Guanajuato, for of such determination is fundamental consequences follow, as it defines subjective, objective and causal process. Administrative action, like any procedural*

^{1*} Doctora en derecho. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Perfil Promep. Profesora Investigadora del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato.

action, is a subjective public right, exercised by the governed as a rule, and exception by the authorities, in the case of the trial of harmfulness. To exercise this right, the elements must be present Procedure Code and Administrative Justice to the State and the Municipalities of Guanajuato states. The administrative procedural action is addressed to the judge and is a content claim. Such a subjective public right, always involves a request that is resolved when an act of authority is deemed illegal.

keywords: *administrative claim procedure, administrative process, administrative action, claim procedure and demand*

INTRODUCCIÓN

El problema que dio origen a esta investigación, se centra en determinar cuál es la sustantividad jurídica de la pretensión en el proceso contencioso administrativo en el Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y los Municipios de Guanajuato, toda vez que esa manifestación de voluntad plasmada en la demanda, pretende del juzgador un fallo congruente y favorable de la litis presentada a su conocimiento. La determinación de tal sustantividad jurídica, tiene consecuencias de primordial valor, por cuanto delimita subjetiva, objetiva y causalmente el proceso.

En el Derecho romano, durante la época del procedimiento formulario, el demandante establecía una fórmula con el pretor, que iniciaba con la *intentio*, un acto equivalente a la pretensión procesal.

Hoy día, el conjunto de actividades que conforman el proceso administrativo, tienen por objeto la declaración de voluntad por la cual el órgano jurisdiccional, actúa frente a una pretensión determinada. Esta declaración de voluntad, constituye el acto fundamental del proceso contencioso administrativo.

La acción administrativa, como toda acción procesal, es un derecho subjetivo público, que se ejerce por los gobernados como regla general, y por excepción por las autoridades, tratándose del juicio de lesividad. Para el ejercicio de este derecho, deben concurrir los elementos que el ordenamiento jurídico establece. La acción procesal administrativa se dirige al juzgador y tiene como contenido una pretensión. La pretensión procesal, afirma la existencia de un derecho público subjetivo de naturaleza administrativa. Tal derecho público subjetivo, entraña siempre una solicitud de pronunciamiento sobre un acto de autoridad que se reputa ilegal. Aparece como un contenido posible de la acción, procesalmente concretado en la demanda, que busca la realización de la pretensión.

La figura de la pretensión establece las fronteras concretas del contenido del proceso contencioso administrativo y además, condiciona su tramitación y resultado. La pretensión establece el ámbito en el cual, de forma absolutamente necesaria, debe actuar el juzgador. “Unos sujetos, las partes, discutirán acerca de la conformidad de la pretensión con el ordenamiento jurídico; otro, el juez, decidirá acerca de esa conformidad y, en consecuencia, accederá o no a la actuación solicitada.”

El acto administrativo se convierte en el primer presupuesto de un proceso articulado técnicamente como un proceso impugnatorio. Sin una decisión administrativa previa, expresa o presunta, no puede haber proceso contencioso-administrativo.

1. SUSTANTIVIDAD JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA PARA EL ESTADO Y LOS MUNICIPIOS DE GUANAJUATO

Aun cuando doctrinariamente existe coincidencia en señalar que la pretensión procesal es un acto, el problema toma diferentes rumbos cuando se trata de precisar su naturaleza. Así, para Devis Echandía² es un simple acto de voluntad, en tanto Guasp sostiene que es un acto procesal.³ Por su parte De la Oliva⁴ lo refiere como “acto dotado de eficacia jurídica”, mientras González Pérez asienta que: “La pretensión procesal es un acto, no un derecho, algo que se hace, no algo que se tiene. Es una declaración de voluntad, no una manifestación afectiva, emocional o psicológica del que la formula; pero tampoco es una exteriorización intelectual o declaración de ciencia que se limita a poner de manifiesto la presunta existencia o inexistencia real de una cierta proposición.”⁵ Para Ramírez Arcilla, es “un acto de declaración de voluntad”⁶ y recientemente, ha sido concebido como “el acto de afirmar la acción”.⁷

En efecto, la pretensión es algo que se hace, no algo que se tiene, es una realidad, más no un derecho. El procesalista Francesco Carnelutti, sostiene que “no es un poder sino, por el contrario, es un acto; no se trata de “algo” que alguien tiene, sino de “algo” que alguien hace: una declaración de voluntad. Es una declaración de voluntad, una petición fundada de un sujeto activo ante un órgano jurisdiccional frente a un sujeto pasivo solicitando que se haga algo jurídico.”⁸

Por su contenido la pretensión puede ser *material*, que es aquella intencionalidad frente al demandado; o puede ser pretensión *formal o procesal*, que es la intencionalidad ante el juez. Ambos tipos se rigen de distinta forma y a esta última, es a la que me referiré en el presente estudio.

La sustantividad jurídica de la pretensión en el proceso contencioso administrativo, se deriva del artículo 255 del Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y los Municipios de Guanajuato, al referirse a que el actor puede solicitar ante el Tribunal, ya sea la nulidad del acto o resolución impugnado, cuando no haya sido emitido conforme a derecho; el reconocimiento de un derecho amparado en una norma jurídica; y la condena a la autoridad para el pleno restablecimiento del derecho violado, en los términos de la ley respectiva. Consecuentemente, la pretensión procesal en el Código mencionado, es una figura que exige al demandante una manifestación de voluntad, para hacer valer un derecho cuyo fin primordial es apartar de la vida jurídica un acto de autoridad que se estima ilegal y el restablecimiento del derecho conculcado. En la demanda del actor, demandante o también llamado pretendiente, da inicio al proceso ejerciendo una acción mediante la cual pretende que el juzgador provea a su favor, conforme a las probanzas y al derecho.

² Devis Echandía, H. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1966. p. 174.

³ Guasp, J. *La pretensión Procesal*, Madrid, 1981. p. 66.

⁴ De la Oliva, A. *Sobre el Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Barcelona, 1980. p. 71.

⁵ González Pérez. *Op. cit.* 1987, pp. 152 a 28.

⁶ Ramírez Arcilla, C. *Teoría de la Acción*, Bogotá, 1969. p. 19.

⁷ Acosta Estévez, J.B. *Pretensión Procesal Administrativa*, Barcelona, 1987. p. 28.

⁸ Carnelutti, F. *Instituciones del Proceso Civil*, Buenos Aires, 1962. p. 31.

2. SUSTANTIVIDAD JURÍDICA Y REQUISITOS DE ADMISIÓN DE LA PRETENSIÓN, DE ACUERDO AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA PARA EL ESTADO Y LOS MUNICIPIOS DE GUANAJUATO

Para que una pretensión procesal sea admitida ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado se requiere:

1. Conforme al artículo 251 del Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y los Municipios de Guanajuato, se requiere la existencia de un interés jurídico que funde la pretensión, tratándose del actor, cuando es un particular, es necesario que sean afectados sus derechos por un acto o resolución administrativa; y cuando tiene tal carácter la autoridad, en aquellos casos en los que se pida la modificación o nulidad de un acto favorable a un particular, será preciso que tal acto cause lesión al interés público.
2. Que concurren en el acto que se impugna, los siguientes extremos:
 - Encontrarse dentro del ámbito del Derecho administrativo;
 - Encuadrar en cualquiera de los supuestos que prevé el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato; y
 - No estar comprendido en alguno de los supuestos de improcedencia que se enumeran en el artículo 261 de la propia ley.
3. Que se formule por quien tiene capacidad para ser parte y procesal.
4. Que quien la formule esté legitimado para deducir la petición en que se concreta y esté dentro de las hipótesis de postulación procesal (artículos 263, 265, 266 de Código relativo).
5. Que se enderece frente a un sujeto con legitimación pasiva.
6. Que su objeto directo no sea solicitar del juzgador declaraciones de principio o doctrinales, o para prevenir agravios futuros o corregir anticipadamente defectos probables que todavía no se han producido.
7. Que no se trate de actos administrativos de ejecución, ya que no son susceptibles de impugnación autónoma, salvo que incurran por sí mismos en infracción, no derivada de aquella en que hubiera podido incurrir el acto definitivo.
8. Que se haga por escrito como lo prescribe el mismo Código en su artículo 263, cuyo contenido, conforme al artículo 265, deberá precisar:
 - El nombre del actor o de quien promueva en su nombre; así como el domicilio para recibir notificaciones en el lugar de residencia del Tribunal o del Juzgado respectivo y, en su caso, los autorizados para oír y recibir notificaciones;

- El acto o resolución que se impugna y, en su caso, la fecha de su notificación o en la que se haya ostentado sabedor del mismo;
- Las autoridades demandadas o el nombre y domicilio del particular demandado;
- El nombre y domicilio del tercero que tenga un derecho incompatible con la pretensión del actor;
- La pretensión intentada en los términos del artículo 255 del Código en cita;
- Los hechos que den motivo a la demanda;
- Los conceptos de impugnación del acto o resolución que se combate; y
- Las pruebas que se ofrezcan.

9. Que se formule por escrito conforme lo señala el artículo 263 del Código aludido, al prescribir que demanda deberá formularse por escrito y presentarse dentro de los treinta días siguientes a aquél en que haya surtido efectos la notificación del acto o resolución impugnado o a aquél en que se haya ostentado sabedor de su contenido o de su ejecución, con las excepciones siguientes:

- Cuando el interesado fallezca durante el término para la interposición de la demanda, el mismo se ampliará hasta por seis meses;
- Cuando se demande la nulidad de un acto favorable al particular, las autoridades podrán presentar la demanda dentro del año siguiente a la fecha en que sea emitido el acto o resolución, salvo que haya producido efectos de tracto sucesivo, caso en el que podrá demandar la modificación o nulidad en cualquier época sin exceder de un año del último efecto, pero los efectos de la sentencia en caso de ser total o parcialmente desfavorable para el particular sólo se retrotraerán al año anterior a la presentación de la demanda; y
- En caso de negativa ficta, la demanda podrá presentarse en cualquier tiempo, mientras no se notifique la resolución expresa.
- La demanda podrá enviarse por correo certificado con acuse de recibo, si el actor tiene su domicilio fuera de la ciudad donde resida el Tribunal o Juzgado, en cuyo caso, se tendrá por presentada en la fecha que fue depositada en la oficina de correos.

10. Que deduzca precisa y directamente ante al Tribunal de lo Contencioso Administrativo o ante el juzgado correspondiente, de acuerdo al propio artículo 263 de referencia; y

11. Que se solicite la nulidad del acto o resolución impugnado, cuando no haya sido emitido conforme a derecho; el reconocimiento de un derecho amparado en una norma jurídica; y la condena a la autoridad para el pleno restablecimiento del derecho violado, en los términos del Código mencionado.

3. DIFERENCIAS ENTRE PRETENSIÓN PROCESAL Y LA DEMANDA

Aun cuando en el Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y los Municipios de Guanajuato no se hace la distinción entre la pretensión procesal y la demanda, son conceptos diferentes por las siguientes razones:

1. La instancia se ejercita con la demanda que es el acto por medio del cual se da inicio al proceso y en el que se formula la pretensión, aunque puede haber demanda sin pretensión, caso en el cual, sería imposible la prosecución del juicio.
2. La pretensión engendra y mantiene en vida el proceso; es decir, el proceso existe en tanto se formula y subsiste la pretensión procesal.
3. La demanda⁹ es un acto formal de iniciación del juicio o como le llama González Pérez es el “*prius cronológico*”.
4. La pretensión es el acto esencial y básico del proceso, es su “*prius lógico*”.¹⁰

4. DIFERENCIAS ENTRE LA PRETENSIÓN PROCESAL Y LOS PUNTOS PETITORIOS

Se impone esta elemental diferenciación, porque ambas figuras implican esencialmente una petición. Tanto la pretensión como los puntos petitorios se contienen en la demanda. No obstante y siendo la pretensión procesal administrativa el instituto jurídico en el que se solicita ante un órgano jurisdiccional, la nulidad o anulación de un acto administrativo, es necesario marcar su diferencia con los puntos petitorios que son aquellas solicitudes de tipo formal que normalmente hace el actor al finalizar el texto de su demanda.

La pretensión procesal administrativa determina el alcance, naturaleza y límites del pronunciamiento final que concluirá el juicio, mientras los puntos petitorios se contraen a asuntos de mero trámite, su inclusión es conveniente, más no obligatoria. En tanto que sin pretensión no hay proceso.

Generalmente los puntos petitorios se identifican con determinadas obligaciones que el juzgador tiene al recibir la demanda, por lo que como ya lo apuntaba no son necesarios para proceder.

5. ESTRUCTURA DE LA PRETENSIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA

La estructura de la pretensión procesal podemos derivarla del concepto que sobre la misma, aporta Guasp¹¹: “Es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración. “De lo que inferimos que está conformada por los siguientes tres elementos:

⁹ Derecho Procesal Administrativo. *Cit.* p. 151.

¹⁰ *Supra Ibidem.*

¹¹ Guasp, J. *La Pretensión.* *Cit.* p. 217.

1. Elemento subjetivo o “entes personales que figuran como titulares, aunque en grado diferente, de las conductas humanas significativas que lleva consigo toda pretensión procesal.”¹²

- Sujeto activo o persona que formula la reclamación.
- Sujeto pasivo o persona frente a quien se formula la reclamación
- Destinatario u órgano ante quien se formula la reclamación y debe satisfacerla

2. Elemento subjetivo o “sustrato material sobre el que recaen aquellas conductas humanas y que integran el soporte básico situado más allá de cada persona actuante y de cada actuación personal,”¹³ Por lo que este elemento será un bien de la vida apto para satisfacer las necesidades de tipo objetivo de los sujetos.

3. De la actividad o mutilación de la realidad constituido por “el hecho de que los titulares de la pretensión, al ocuparse del objeto de la misma, determinan con su conducta una modificación de la realidad.”¹⁴ Se trata de la exteriorización de una conducta humana, implicando una declaración de voluntad petitoria.

Es consecuencia, la pretensión procesal de acuerdo a su estructura, es una declaración de voluntad, en virtud de la cual un sujeto reclama a otro, ante un órgano jurisdiccional, un bien de la vida, formulando en torno al mismo, una petición fundada.

6. SUSTANTIVIDAD JURÍDICA Y CLASES DE PRETENSIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA

Conforme a la doctrina y la legislación en materia de justicia administrativa, se identifican con toda claridad dos tipos de juicios: los de mera anulación, y los de plena jurisdicción. Al respecto González Pérez asienta: “Parece que la distinción ha quedado reducida a sus justos límites: partiendo de la unidad de la pretensión procesal administrativa, puede admitirse la existencia de aquellos dos tipos en función de lo que se pretende del órgano jurisdiccional, sin que haya por qué seguirse para cada uno de ellos cauces procesales distintos.”¹⁵

Por el tipo de pronunciamiento, las pretensiones pueden ser:

1. De conocimiento: buscan la declaración de certeza de un derecho sea auténtico o no.
2. Ejecutivas: Buscan el cumplimiento obligatorio de compromisos.
3. Precautorias: tratan de evitar peligros futuros.

Todas las peticiones susceptibles de ser formuladas, pueden ser reducidas a dos grupos:

¹² *Supra Ibidem.* p. 68.

¹³ *Supra Ibidem,* p. 69

¹⁴ *Ibidem. Loc. Cit.*

¹⁵ Cfr. González Pérez, *op. cit.* p. 153.

1. Pretensiones de cognición o declarativas: emisión de una declaración de voluntad por el juzgador.
2. Pretensiones de ejecución: realización de una conducta física por el juzgador.

La diferencia entre ambas no corresponde al criterio tradicional de que las primeras determinan la formación de un mandato y las segundas su cumplimiento, sino al contrario según Guasp, el criterio de distinción se basa en el hecho de entender el proceso de cognición “como aquel que tiende a la emisión de una declaración de voluntad por el órgano jurisdiccional (sentencia)”¹⁶ y el proceso de ejecución “como aquel que tiende a la realización de una conducta física distinta del mero declarar.”¹⁷

La pretensión de cognición es aquella en la cual, se solicita al juzgador una sentencia frente al demandado, lo que origina un proceso de cognición que concluirá con una declaración de voluntad en la que se actúa o no la pretensión de la parte. A su vez este tipo de pretensiones se clasifican en:

1. Peticiones en las que se reclama la creación, modificación o extinción de una situación jurídica.
2. Peticiones en las que se reclama la constatación de una situación jurídica.
3. Peticiones en las que se reclama la imposición de una situación jurídica.

Las pretensiones de cognición en el ámbito contencioso administrativo, a su vez se clasifican en:

1. Pretensión de plena jurisdicción: es aquella en que se solicita del Tribunal, no sólo la anulación del acto, sino el reconocimiento de una determinada situación jurídica individualizada. Las sentencias estimatorias de pretensiones de este tipo deberán contener los siguientes pronunciamientos:

- Anulación del acto impugnado.
- Reconocimiento de la situación jurídica individualizada desconocida por la Administración.
- En su caso, condena a que la Administración y cuantas medidas implique el reconocimiento del derecho subjetivo.
- En caso de que la satisfacción del derecho sea imposible, cabe la indemnización por daños y perjuicios, como remedio de carácter legal subsidiario para restaurar y paliar en la mayor medida el derecho perjudicado.

¹⁶ Guasp. *Op. cit.* p. 77.

¹⁷ *Ibidem. Loc. cit*

2. Pretensión de anulación: es aquella mediante la cual se solicita al órgano jurisdiccional la anulación del acto administrativo. Esto significa que no se solicita el reconocimiento de situaciones jurídica individualizadas, sino únicamente la anulación del acto combatido.

7. CONCLUSIONES

Primera.- La pretensión procesal administrativa es un acto, no un derecho, mediante el que se afirma la acción.

Segunda.- Para que una pretensión procesal sea admitida ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o ante los juzgados administrativos municipales, es necesario que se reúnan los requisitos de fondo, forma y oportunidad que establece el Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y los Municipios de Guanajuato.

Tercera.- Aún cuando se dan ciertos puntos de coincidencias entre la pretensión procesal y la demanda, ambos conceptos son diferentes.

Cuarta.- Tanto la pretensión procesal como los puntos petitorios de la demanda, conllevan esencialmente una o varias peticiones, sin embargo, los dos términos tienen una connotación especial e implican distintas consecuencias.

Quinta.- Sólo serán actuadas pretensiones contempladas en el Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y los Municipios de Guanajuato, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado y los juzgados administrativos municipales.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ESTEVEZ, José B., *Pretensión procesal administrativa, ejecución de sentencias y construcción jurisprudencial de la litispendencia en lo contencioso-administrativo*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona 1987.

CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, traducido por Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, de la 5ta edición italiana, 1956.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre el Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Aguilar, Madrid, 1966.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo Mexicano*, Porrúa, México, 1998.

_____, *El Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

_____, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Segunda Edición, Madrid, 1992.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al Estudio del Juicio de Amparo*, Porrúa, México, 1987.

GUASP DELGADO, Jaime. *La pretensión Procesal*, Civitas, Madrid, 1981.

NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho Administrativo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1991.

RAMÍREZ ARCILLA, Carlos, *Teoría de la Acción*, Temis, Bogotá, 1969.

LA GLOBALIZACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

Globalization and post-modernity in human rights

Carlos Salvador Rodríguez Camarena^{1*}

Sumario:

1. Estado actual de los Derechos Humanos. 2. Una perspectiva de los Derechos Humanos desde la filosofía política. 3. Los derechos humanos a partir del fin la segunda guerra mundial: globalización y posmodernidad. 4. A manera de conclusión. 5. Fuentes de Información.

Resumen. Desde una perspectiva de la filosofía política, es posible identificar varias etapas de afirmación de los derechos del hombre. Una de sus últimas etapas se identifica a partir de que los Derechos Humanos fueron relanzados mediante la Declaración Universal de 1948 a nivel mundial. Desde entonces han tenido un indudable desarrollo, pero al mismo tiempo su discusión se ha vuelto compleja debido a la multiplicidad de fuentes y perspectivas desde las que pueden ser abordados. En tiempos recientes, además, el entendimiento y atención de los Derechos Humanos han sido afectados fáctica y conceptualmente por dos fenómenos que atacan sobre todo su pretendida universalidad: la globalización y el pluralismo que deriva de la posmodernidad. Este artículo da cuenta de algunos argumentos, cuya atención no podemos obviar, que se han generado a partir de estos fenómenos y que afectan profundamente la manera en que los derechos del hombre pueden ser comprendidos.

Palabras clave: Derechos Humanos; Globalización; Postmodernidad; Pluralismo.

Abstract. It is possible to identify various stages of affirmation of the rights of man From the perspective of political philosophy. One of the final phases begun when the Human Rights were relaunched in 1948 with the Universal Declaration on a pretended worldwide level. Human Rights have had, since then, an undeniable development. At the same time, its discussion became more complex due to the multiplicity of sources and perspectives from which they could be addressed. Moreover, in recent times the understanding and treatment of Human Rights have been affected by two factual and conceptual phenomena that mainly attack its allegedly universality: the globalization process and the pluralism derived from postmodernism. This article reports on some arguments, whose attention cannot be ignored, that have been generated from these events and that profoundly affect the way human rights can be understood.

Key words: Human Rights; Globalization; Postmodernism; Pluralism.

^{1*} Maestro en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; doctorando en el Doctorado Interinstitucional de Derecho por la Universidad de Colima, en el programa de Doctorado Interinstitucional en Derecho.

1. ESTADO ACTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El estudio de los Derechos Humanos es complejo no sólo por la enorme diversidad de fuentes, sino también de perspectivas y discursos que se han construido en torno a este concepto, sin que se haya logrado un consenso sobre su alcance, contenido o incluso, su significación. A estos derechos se les estudia desde diversos puntos de vista —desde la teoría del derecho, la dogmática, la filosofía, la sociología, la historia, la política—, con el objeto de dar respuesta a diversas cuestiones.

Las tipologías que se encuentran en la literatura generalmente responden a alguna teoría basada en alguno de esos puntos de vista de manera que podemos tener una perspectiva desde la dogmática jurídica, el punto de vista de la teoría de la justicia, el enfoque de la teoría del derecho o la muy popular óptica de la sociología del derecho.²

Desde la dogmática jurídica, son derechos fundamentales aquellos Derechos Humanos que reconoce expresamente una constitución, en un determinado país y en una época específica. Se pueden establecer diversos criterios de clasificación, como el lugar de ubicación en el texto constitucional, o el tipo de protección que se les otorgue, pero si un determinado derecho humano no es expresamente reconocido por la ley suprema de un país, sencillamente, desde el punto de vista del derecho positivo, no existe.

Para la filosofía del derecho los Derechos Humanos se catalogan atendiendo al valor o bien jurídico que tutelan. Así, se clasificarían como derechos de igualdad, derechos de libertad, derechos sociales, derechos políticos, etcétera.

Desde la perspectiva de la teoría del derecho, los derechos se clasifican de acuerdo a su estructura, “justamente al tipo de relación jurídica que crean y a las posibilidades normativas (en sentido lógico, no en sentido jurídico positivo) que desarrollan”.³

Desde la visión de sociología del derecho “o de historia de los derechos”, para algunos autores los Derechos Humanos se clasifican en función de la “evolución” de los mismos. Desde esta perspectiva evolucionista, —que actualmente predomina en muchos de los países que reciben influencia del pensamiento europeo continental—, se suele hablar de derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales como tres distintos momentos históricos que habrían conformado el núcleo actual de nuestros sistemas de derechos. Otras posiciones, tanto sociológicas como jurídicas, hablan, incluso, de “generaciones”, que por esa razón suponen diferentes regímenes de tutela. Los de primera generación —las libertades públicas— son sencillos de garantizar dado, en principio, que sólo exigen abstenciones por parte de las autoridades; los derechos políticos, de segunda generación, exigen tanto conductas de hacer como de no hacer, en tanto que los derechos sociales, la tercera generación, son sólo proclamas y buenos deseos subordinados a la coyuntura económica y a las previsiones presupuestales que los poderes públicos pudieran realizar en algún periodo de tiempo. Creemos que esta manera de aproximarse la estudio de los Derechos Humanos, que tanto ha influido en las construcciones sobre dogmática jurídica actual debe revisarse desde otras perspectivas y con otros insumos: el punto de vista de la sociología no es necesariamente igual al histórico, por lo que desde sus análisis pueden salir resultados no necesariamente convergentes.

² Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*. México, UNAM-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, pp. 1-4 y 44-51.

³ *Ibidem*, p. 44.

El problema se presenta, a veces sin querer, cuando se mezclan “tipos y niveles de discurso”,⁴ o, incluso, modelos epistemológicos, lo que puede provocar que se acepten o rechacen los resultados de una investigación en función de lo que encaje o no con la estructura cognoscitiva de cada quien. A manera de ejemplo, para los derechos sociales, sobre el tema de derechos subjetivos, Guastini afirma que no existe un derecho, incluso si está señalado en sede constitucional, si carece de garantías primarias,⁵ en tanto que para Ferrajoli se trata sólo de una laguna que la actividad legislativa debe colmar.⁶

Es necesario, pues, saber exactamente qué perspectiva se usa al hablar de Derechos Humanos para no mezclar o equivocar discursos. En esta ocasión miraremos a través del cristal de la filosofía política, con el objeto de entender qué está pasando con los Derechos Humanos y cuál es su perspectiva.

2. UNA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA FILOSOFÍA POLÍTICA

“Al comienzo”, dice Bobbio, “existió siempre un código de deberes (o de obligaciones), no de derechos... El objeto principal del estudio de la moral y del derecho es la ley, esto es, un enunciado a través del cual se establece lo que se debe o no se debe hacer”.⁷ Para el maestro turinés todos los códigos morales y jurídicos están compuestos esencialmente de normas imperativas, de órdenes o deberes, positivas o negativas, comenzando con los Diez Mandamientos, “código moral por excelencia de las naciones europeas, hasta el punto de haber sido interpretados como la ley natural, la ley conforme a la naturaleza del hombre”.⁸

Deber y derecho son términos correlativos, con la obligación precediendo siempre al derecho: “como padre e hijo... no se puede ser padre sin hijo y viceversa... el padre viene antes que el hijo...”⁹ El derecho y el deber son cara de una misma moneda. Pero, ¿cuál es el derecho y cuál el revés? Históricamente la moneda ha sido contemplada más por el lado de los deberes porque se ha considerado que el problema de lo que debe o no debe hacerse es más un problema de la sociedad que del individuo. A veces olvidamos que los códigos morales y jurídicos se han establecido sobre todo para salvaguardar al conjunto social, no a cada particular.

No obstante, hoy vivimos un mundo de derechos, es decir, se le dio vuelta a la moneda. Hoy se ve el problema no sólo desde el punto de vista social sino también del individuo. Este viraje se produjo en occidente, primero lentamente, a partir de la concepción cristiana de la vida, pasando por la doctrina moderna del derecho natural de los siglos XVII y XVIII, de Hobbes a Kant, siendo Locke el principal inspirador de los primeros legisladores de los derechos del hombre. Locke parte del supuesto del estado de perfecta libertad que tiene un hombre para disponer de sus bienes propios y de su persona como mejor le convenga, sin pedir permiso ni depender de voluntad ajena, aunque limitado por la ley Natural.¹⁰

⁴ Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en De Cabo, A. y Pisarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 144.

⁵ Guastini, Ricardo, “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 3ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 58.

⁶ Ferrajoli, *op. cit.*, nota al pie 3, p. 185.

⁷ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, 3ª ed., Madrid, Ed., Trotta, 2009, pp. 512-513.

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ Locke, John, “An essay. Concerning the true original extent and end of civil government”, en *Locke, Berkeley, Hume*, Great Books of the Western World, v 35, (Robert Maynard Hutchins, ed.). Chicago, Encyclopedia

Locke inicia su famosísima alocución a partir del poder político —“*To understand political power aright*”— implicando que la doctrina política habría privilegiado siempre el punto de vista del detentador del poder de ordenar, sobre aquellos que deben obedecer, el punto de vista de quien guía y no el punto de vista del individuo. El individuo es básicamente un objeto de poder que, más que derechos, tiene la obligación de cumplir con las leyes, correlativa al poder de mandar. El derecho es del Estado y el deber del individuo. La doctrina de los derechos naturales presupone una concepción individualista de la sociedad, en oposición a la consolidada concepción orgánica, según la cual la sociedad es un todo y el todo está por encima de las partes. La concepción individualista significa que el individuo ocupa el primer lugar, que vale por sí mismo: después viene el Estado.¹¹ El Estado es creado por el individuo y no el individuo por el Estado. Al realizar esta inversión, se invierte también la relación entre derecho y deber: prima el derecho del individuo sobre sus deberes; y para el Estado, priman los deberes sobre su derecho.

Para Bobbio la misma inversión se realiza con respecto a los fines del Estado, que para el organicismo no es otro que la concordia ciceroniana, entendida como la lucha que se realiza contra las facciones que pretenden acabar con el cuerpo político; en tanto que para el individualismo es el crecimiento del individuo, lo más libre posible de condicionamientos. La visión para la justicia también se invierte: para el organicismo la definición más apropiada es la platónica, por la cual cada parte del cuerpo social debe desarrollar la función que le es propia, en tanto que para el individualismo lo justo implica un tratamiento específico para cada individuo que satisfaga las propias necesidades y obtenga sus propios fines, siendo el primero la felicidad, fin individual por excelencia.¹²

Adicionalmente, hay dos formas de individualismo sin los que el punto de vista de los derechos del hombre se vuelve incomprensible: el individualismo ontológico, que supone la autonomía de cada individuo respecto de los otros y la igual dignidad de todos; y el individualismo ético, por el cual cada individuo es una persona moral. Estas versiones del individualismo contribuyen a dar una connotación positiva a una cuestión que se ha visto como negativa, tanto por las corrientes de pensamiento conservador y reaccionario, como por las revolucionarias. No menos importante es la base filosófica que el individualismo provee a la democracia: un hombre, un voto. La democracia, entendida como aquella forma de gobierno en la que todos son libres de adoptar las decisiones que les atañen y que tienen el poder de hacerlo, siempre se ha contrapuesto a las concepciones holísticas de la sociedad, que des-

Britannica, 1952, p 25. Es una interpretación muy libre del texto original que establece en el párrafo 4 lo siguiente: “4. To understand political power aright, and derive it from its original, we must consider what estate all men are naturally in, and that, is, a state of perfect freedom to order their actions, and dispose of their possessions and persons as they think fit, within the bounds of the law of Nature, without asking leave or depending upon the will of any other man.”

¹¹ Esta concepción prevaleció a lo largo de los siglos XVI y XVII y tiene profundas raíces en la tradición tomista; en España se pueden encontrar representantes de aquella como Francisco Suárez (?-1617) y Francisco Vitoria (?-1549). La idea que se tenía de esta sociedad era la de un todo perfectamente integrado, regulado por leyes naturales, las cuales no son más que un reflejo de las leyes divinas, que a su vez son externas e independientes de las leyes humanas; de tal forma que los conflictos sociales no pueden estar regidos por leyes humanas generales sino por decisiones casuísticas, aplicables a cada caso en particular. Esto da lugar a un conjunto legal sumamente complejo y abigarrado. Ver Florescano, Enrique y Gil Sánchez, Isabel. “La época de las reformas borbónicas y el crecimiento económico”, en El Colegio de México, *Historia General de México*, Vol. 2, México, ECM, 1975, pp. 200-204.

¹² Bobbio, *op. cit.*, nota al pie 6, pp. 516-517.

precian esta forma de democracia. “Esta libertad y poder derivan del reconocimiento de algunos derechos [humanos], inalienables e inviolables, como son los derechos del hombre”.¹³

La doctrina de los derechos del hombre tiene como meta una sociedad de libres e iguales. Ha superado ya diversas etapas a las que, aparentemente, no será sencillo regresar. Tras el penoso recorrido iusnaturalista, que le permitió una breve aparición durante las revoluciones europea y americana, para ser enterrado por el estatismo decimonónico y posterior iuspositivismo, ya en nuestra época contemporánea reaparece en un primer gran documento histórico, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial: la Carta de Naciones Unidas, que en su preámbulo reafirma “...la fe en los derechos [humanos] del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”.¹⁴

Es posible identificar cuatro etapas de afirmación progresiva de los derechos del hombre: en la primera se da la transformación de un ideal en un verdadero derecho subjetivo, mediante la constitucionalización de los derechos del hombre en las constituciones liberales y democráticas que se han producido en los dos últimos siglos.

La segunda etapa corresponde a su progresiva extensión, primero a los derechos de libertad; luego mediante el paso del reconocimiento exclusivo de los derechos civiles a los derechos políticos, que ha representado la transformación del Estado liberal a Estado democrático. Finalmente, una tercera expansión, que corresponde a la más decisiva extensión de los derechos, ha introducido los derechos sociales, para transformar al Estado democrático y liberal en Estado democrático y social.

La tercera etapa, actual, es la de su universalización, desarrollada a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que hace del individuo un sujeto del derecho internacional, mediante la trasposición de su protección del sistema interno al sistema internacional y que ofrece la posibilidad de reclamar justicia en una instancia diferente a la del propio Estado.

Una cuarta etapa, coetánea durante los últimos años con la anterior, es la que Bobbio denomina de la “especificación de los derechos”,¹⁵ que implica una ulterior precisión de su contenido, sobre la base de exigencias específicas de protección respecto a diversos aspectos, como el género, las fases de la vida, o las condiciones de la existencia humana, consecuente con la idea originaria del individuo, considerado en todos sus aspectos, como titular de derechos o de pretensiones que le deben ser reconocidas.

“Por supuesto”, indica Bobbio, “una cosa es la pretensión, justificada incluso con los mejores argumentos, y otra su satisfacción. En la medida que las pretensiones aumentan, su protección se hace cada día más difícil. Los derechos sociales son más difíciles de proteger que los derechos de libertad; la protección internacional es más difícil que la protección en el interior del propio Estado”. Y termina, lapidariamente, el Maestro turinés, al comentar que lo anterior es un crecimiento moral de la humanidad en términos kantianos, pero que “este crecimiento moral se mide no por las palabras, sino por los hechos. De buenas intenciones están empedrados los caminos del infierno”.¹⁶

¹³ *Idem.*

¹⁴ ONU. *Carta de las Naciones Unidas*, adoptada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, California, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. Entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. Visible en <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm>. Fecha de consulta: 6 de octubre de 12.

¹⁵ Bobbio, *op. cit.*, nota al pie 6, p. 519.

¹⁶ *Idem.*

Los modernos derechos del hombre, en el mundo occidental, comienzan con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre,¹⁷ declaración precedida por otras declaraciones no menos importantes y conocidas: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776¹⁸ y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, francesa, de 1789.¹⁹ Estas declaraciones, en tanto instrumentos jurídicos novedosos, no eran nuevos en cuanto a contenido: su basamento lo encontramos en la doctrina de los derechos naturales propugnada, por un lado, por Hobbes y su célebre distinción entre *lex*, entendida como fuente de obligaciones, y *ius*, entendido como libertad de toda obligación; y por el otro con Locke, al introducir el discurso sobre el estado de naturaleza.

El contenido de las tres declaraciones es muy similar: el del artículo primero de la declaración francesa²⁰ y el de la declaración americana²¹ en cierta forma preceden y nutren al de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que comienza su artículo 1º con la frase “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”²²

Dignidad, igualdad y libertad. Las palabras no son nuevas pero su ámbito de validez sí lo es. Para Locke la afirmación de los derechos naturales fue una teoría sin más valor que el de una necesidad ideal, una teoría filosófica con valor universal, pero ninguna eficacia práctica. En una segunda fase, la existencia de derechos naturales originarios en las declaraciones de los derechos, preceden a la constitución de los estados modernos y limitan el poder del soberano. Con la inclusión en las constituciones modernas su protección se hizo eficaz, pero sólo dentro de las fronteras del Estado que los reconocía. En una tercera etapa, la inclusión de algunos derechos humanos en la Declaración Universal implica su protección no sólo en el ámbito del Estado, sino también contra el Estado mismo. La protección de los derechos naturales puede tener al mismo tiempo eficacia jurídica y valor universal. El individuo tiende a pasar de sujeto de una comunidad estatal a sujeto de la comunidad internacional, “potencialmente universal”.²³ Si tomamos la “libertad” y la “igualdad” de la Declaración literalmente, estaríamos ante una afirmación falsa: no es cierto que todos los hombres nazcan libres e iguales. La Declaración requiere, entonces, de interpretación. Que los hombres nazcan libres e iguales implica en realidad que deben ser tratados como si fueran libres e iguales. “La redacción no describe un hecho, trata de prescribir un deber”.²⁴ Nacen libres e iguales según su naturaleza ideal. Así, la libertad y la igualdad de la que habla el artículo de la Declaración Universal no son un hecho, sino derechos que derivan de la calidad de ser humano, ante-

¹⁷ Organización de las Naciones Unidas (ONU). Asamblea general. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Visible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>. Fecha de consulta: 6 de octubre de 2012.

¹⁸ United States of America. *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América*. Disponible en español en la página de National Archives del Gobierno de los Estados Unidos de América, http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html.

¹⁹ Francia. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, disponible en <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>; la versión en español se puede encontrar en http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm. Fecha de consulta para ambos: 6 de octubre de 2012.

²⁰ “*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*”. Ver Francia, *op. cit.*, nota al pie 18.

²¹ “*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness*”. Ver United States of America, *op. cit.*, nota al pie 17.

²² ONU. *Op. cit.*, nota al pie 16.

²³ Bobbio, *op. cit.*, p. 522.

²⁴ *Ibidem*, p. 523.

riores que la constitución misma de la realidad, o aun antes que una constitución positiva. Por eso su calidad de “naturales”; por eso “el iusnaturalismo ha desempeñado una función histórica permanente y fundamental, la de establecer límites al poder del Estado”.²⁵

3. LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DEL FIN LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: GLOBALIZACIÓN Y POSMODERNISMO

La Declaración Universal de 1948 es indudablemente un resultado provechoso, aunque a un costo excesivo, de la Segunda Guerra Mundial. Ésta provocó el inicio de varias cuestiones que irremediamente se han ido entrelazando con el correr del tiempo: el relanzamiento de los Derechos Humanos, la guerra fría y la posmodernidad.

La promoción de los Derechos Humanos, esta vez a una escala de pretendida universalidad, indujo a muchos Estados a asumir ciertos compromisos, como la promoción de la paz y seguridad internacional; la cooperación para el desarrollo; y la promoción y protección de los Derechos Humanos, en el sentido y con el contenido establecidos en la Carta de la Organización de Naciones Unidas (ONU) de 1945.

3.1. EL RELANZAMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La segunda mitad del siglo XX, desde el punto de vista del derecho, tiene la impronta de los Derechos Humanos, que han marcado el rumbo de muchas constituciones, tomando como base de adscripción a la Carta de la Organización de Naciones Unidas. Los países firmantes se obligaron a respetar ciertos derechos a nacionales y a firmar acuerdos internacionales para la creación de instituciones extranacionales que permitieran vigilar y sancionar la actuación de los gobiernos de los países miembros.

La protección de los Derechos Humanos pasó a ser una prioridad a nivel mundial; los estados obligados a su observancia se comprometieron a aceptar un doble escrutinio para valorar el cumplimiento de esos compromisos: primero, mediante la creación de órganos nacionales, dotados en principio de autonomía, para vigilar al propio Estado en que son creados; y segundo, a través de órganos supranacionales con aparente jurisdicción plena instituidos para actuar en aquellos casos donde los países fuesen omisos con sus nacionales. Los resultados producidos presentan claros oscuros, curiosamente, porque ningún Estado se presume violador de los derechos de sus ciudadanos; incluso los que tienen fama de autoritarios se dicen observantes de las normas de la Sociedad Internacional, que sanciona muchas veces con meras descalificaciones, más que con acciones específicas, a los Estados infractores en materia de Derechos Humanos.

3.2. LA GUERRA FRÍA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Por supuesto, la promoción de la paz y seguridad internacional jamás ha sido tarea sencilla. Inmediatamente después de la Segunda Guerra mundial, a la par de la promoción de los Derechos Humanos, se inició el proceso que se denominó “Guerra Fría”, que provocó en el tema que nos ocupa, al menos, tres grandes problemas que no facilitaron ni facilitan, de manera directa o indirecta, la plena realización de los Derechos Humanos.

²⁵ *Ibidem*, p. 525.

El proceso, que se caracterizó por la competencia absoluta entre dos grandes grupos o bloques, liderado uno por los Estados Unidos de América y el otro encabezado por la Unión Soviética, forjó tres grandes hitos en materia de Derechos Humanos. El primero, relacionado con el problema de la paz, indujo a los países que no quisieron comprometerse inicialmente a presentar una propuesta diferente en 1955, en Bandung, que aprobó precisamente diez puntos para la paz²⁶ y que hizo surgir todo un tercer bloque en la relación mundial: el Movimiento de los No Alineados, es decir, los no comprometidos con la Unión Soviética ni con los Estados Unidos de América; su principal objetivo era el problema de la paz en materia de Derechos Humanos, pero con una visión diferente de la que se proponía.

El segundo tiene que ver con el tema de las intervenciones militares, la guerra fuera de casa. Las varias intrusiones relevantes que quiebran el modelo bipolar de la guerra fría²⁷ generan un proceso que vincula la Guerra Fría, es decir, el proceso de competencia absoluta entre Estados Unidos de América y la Unión Soviética entre 1947 y 1990, con el Proceso de los Derechos Humanos y su vigencia.

Esto nos lleva entonces, al tercer aspecto, en 1990: la globalización y su impacto en los Derechos Humanos. En 1990 empezamos a hablar del fin de la Guerra Fría y el inicio del Proceso de la Globalización, entre otras razones, primero, por la caída del Muro de Berlín (1989), con el subsecuente desmembramiento de los países de la Europa Socialista Soviética; y segundo, por la ahora evidente la supremacía del siempre latente modelo económico neoliberal imperante. En términos mundiales va a recibir el nombre de globalización.

No existe una definición exacta y ampliamente aceptada de lo que es la globalización, a pesar de que es un término que en la actualidad es de uso muy extendido. De hecho, la variedad de significados que se le atribuye parece ir en aumento, en lugar de disminuir con el paso del tiempo, adquiriendo connotaciones culturales, políticas y de otros tipos además de la económica. El *Diccionario* de la Real Academia Española los define como la “tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”.²⁸ Para el Banco Mundial, el significado más común o medular de globalización es económico y se relaciona con el hecho de que en los últimos treinta años

²⁶ Non-Aligned Movement. *Declaraciones en favor del desarrollo de la paz y la cooperación mundial*, Conferencia de Bandung, 1955. Los 10 principios propuestos son: 1. Respeto por los derechos fundamentales del hombre y para los fines y principios de la Carta de las Naciones Unidas; 2. Respeto para la soberanía y la integridad territorial de todas las naciones; 3. Reconocimiento de la igualdad de todas las razas y de todas las naciones, grandes y pequeñas; 4. Abstención de intervenciones o interferencia en los asuntos internos de otros países; 5. Respeto al derecho de toda nación a defenderse por sí sola o en colaboración con otros Estados, en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas; 6. a) Abstención de participar en acuerdos de defensa colectiva con vistas a favorecer los intereses particulares de una de las grandes potencias; b) Abstención por parte de todo país a ejercitar presión sobre otros países; 7. Abstención de actos o de amenaza de agresión y del uso de la fuerza en los cotejos de la integridad territorial o de independencia política de cualquier país; 8. Composición de todas las vertientes internacionales con medios pacíficos, como tratados, conciliaciones, arbitraje o composición judicial, así como también con otros medios pacíficos, según la libre selección de las partes en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas; 9. Promoción del interés y de la cooperación recíproca; 10. Respeto por la justicia y las obligaciones internacionales. Disponible en <http://www.historiasiglo20.org/TEXT/bandung1.htm>. Ver también el sitio oficial de Non Aligned Movement, visible en <http://www.nam.gov.za/background/background.htm#1.1%20History>. Fecha de consulta para ambos: 6 de octubre de 2012.

²⁷ Como los episodios del canal de Suez en 1956, la intervención de Bahía de Cochinos en 1961; la Guerra de Vietnam en 1965, la invasión de Checoslovaquia en 1968; la creación de la Comisión Trilateral de 1973.

²⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 2 T, Madrid, Espasa Calpe, 2005, t. I, voz “globalización”, p. 1139.

“una parte de la actividad económica del mundo que aumenta en forma vertiginosa parece estar teniendo lugar entre personas que viven en países diferentes (en lugar de en el mismo país)”.²⁹ Este incremento de las actividades económicas transfronterizas adopta las formas de comercio internacional, inversión extranjera directa y flujos del mercado de capitales, formas que plantean cuestiones distintas y que tienen consecuencias diferentes: beneficios potenciales por un lado y costos y riesgos por el otro, los cuales demandan valoraciones y respuestas diferentes. Por ejemplo, el grado de participación de los distintos países en la globalización dista de ser uniforme. Para muchos de los países más pobres y menos desarrollados, el problema no radica no sólo en que la globalización los haga más pobres, sino que además sean excluidos de ella.

Por otro lado, la globalización económica no es una tendencia totalmente nueva. De hecho, y en un nivel primario, ha formado parte de la historia humana desde tiempos remotos, cuando poblaciones muy dispersas se involucraron gradualmente en relaciones económicas más amplias y complejas. En la era moderna, a partir de la llegada de Cristóbal Colón a América, la voluntad expansiva de Europa se tradujo en una serie de imperios. Las potencias se basaron en la teoría económico-política del mercantilismo, que suponía la competencia por una cantidad finita de riqueza y la necesidad de un control estricto del comercio. La globalización disfrutó de un florecimiento temprano hacia finales del siglo XIX, principalmente entre los países que hoy llamamos desarrollados o ricos. En muchos de estos países, los flujos comerciales y del mercado de capitales en relación con el PIB se acercaban o superaban a los de años recientes. Ese temprano despuntar de la globalización se revirtió en la primera mitad del siglo XX, época de creciente proteccionismo en un contexto de amargas luchas nacionales y de poderío, guerras mundiales, revoluciones, auge de ideologías autoritarias y gran inestabilidad económica y política.³⁰ Ya en el siglo XX, el ritmo de la integración económica internacional se aceleró en la década de los ochenta y los noventa, cuando en todas partes los gobiernos redujeron las barreras políticas que obstaculizaban el comercio y la inversión internacional y cuando los países comunistas se percataron de que los altos niveles de planificación e intervención gubernamental no producían los resultados de desarrollo esperados.

Con estos antecedentes no es sorprendente ni muy útil que el término “globalización” se utilice a veces en un sentido meramente económico, porque en realidad tiene aristas políticas y culturales. Culturalmente se proyecta por la llamada revolución tecnológica, que ha provocado, por ejemplo, que los costos de transporte y comunicaciones entre los países disminuya, o el impresionante avance en los temas de biotecnología, de la ingeniería genética y de la clonación. Políticamente, al finalizar la guerra fría, desaparece la postura del mundo entre dos grandes bloques y aparece entonces el actual sistema mundial que se desplaza a un sólo centro hegemónico constituido exclusivamente por los Estados Unidos de América. Esto ha provocado el surgimiento de ciertos centros regionales de poder mundial que han tratado de convertirse en un contra poder o contra peso al poder hegemónico de los estadounidenses, como es el caso de la Unión Europea, especialmente después del Tratado de Maastricht de 1992.³¹ Por otra parte emerge con fuerza, como una potencia mundial y con

²⁹ Banco Mundial. “¿Qué es la globalización?”. Disponible en <http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones1.htm>. Fecha de consulta: 6 de octubre de 2012.

³⁰ *Idem*.

³¹ La idea de la Europa Unida, política y económicamente, la Europa Comunitaria. Ver Unión Europea. *Tratado de la Unión Europea*. Versión consolidada publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, de fecha 30 de marzo de 2010, visible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0013:0046:ES:PDF>. Fecha de consulta: 6 de octubre de 2012. Fecha de consulta: 6 de octubre de 2012.

pretensiones hegemónicas, la República Popular China, de tal manera que el sistema mundial se ve triangulado en torno a esos tres grandes bloques. Esto se traduce, casi por necesidad, en una nueva repartición del mundo. Así como en 1947, con la guerra fría se produjo una repartición bipolar del mundo entre americanos y soviéticos, ahora parece que con la globalización el mundo camina hacia los tres grandes bloques mencionados.³²

Es cierto que la globalización se denota principalmente como un fenómeno de carácter económico, pero también que es el resultado de un conjunto de decisiones políticas. La globalización no es solamente un proyecto económico neoliberal, sino además un conjunto de interdependencias, con alcances políticos, culturales e incluso religiosos, un proyecto con pretensiones mundiales insospechadas y es el proyecto al cual asiste el sistema mundial de hoy en día. El diseño de las políticas económicas viene —en el mejor de los casos— compartido por el Estado con otros agentes. La configuración de los mercados nacionales se contempla para favorecer la inversión foránea, la movilidad de bienes, servicios y personas, “la siempre inacabada apertura hacia el ‘mercado mundial’ supone la perenne creación de éste”.³³ Se parte del supuesto que la desaparición de las barreras espacio-temporales entre los países provocará la transferencia de información, tecnología y capital humano suficiente que permita lograr —a largo plazo— un crecimiento homogéneo suficiente entre aquellos mercados nacionales relacionados bajo el patrón de la “economía abierta”.³⁴ La política económica de la globalización sobre el control del riesgo para la inversión por parte de empresas que han perdido su identidad nacional, proceso que por cierto se mantuvo paralelo a la Guerra Fría. El desplome del mundo comunista abrió un horizonte de insospechados e inesperados negocios para un nutrido grupo de empresarios, quienes junto a economistas y tecnócratas diseñaron cómo habría de resultar la reconstrucción idónea de los países con economía estatalizada tras la era postsocialista.

El problema para los Estados fue diseñar la manera de atraer capitales sin perjudicar la regla de oro de la disminución progresiva de costos. La fórmula propuesta —y, muchas veces, impuesta— implica la apertura de las economías nacionales para la penetración de la actividad económica globalizada.³⁵ Esto se ha traducido en la disposición de marcos de acción legales, específicamente en materias como el medio ambiente (*eco-dumping*), el mercado laboral (*social-dumping*) y disminución de la presión fiscal para actividades mercantiles y bursátiles (*business-dumping*), que denotan la “juridificación de los valores del mercado”.³⁶ Así, para que una empresa transnacional adopte la decisión de instalarse en un país se le deben garantizar tres cosas: i) que no se limiten sus procesos de producción en el supuesto de cometer delitos ecológicos, lo que conlleva a la impotencia y/o a la ineficacia de la legislación penal, ya sea por su aplicación parcial, ya por prevaricación por parte de las autoridades; ii)

³² Banco Mundial, *op. cit.*, nota al pie 28.

³³ Mora Molina, Juan Jesús, “Globalización y beneficio económico: la dialéctica jánica de los derechos fundamentales”, Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España), en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35, 2001, pp. 83-97. Visible en http://www.ugr.es/~filode/pdf/contenido035_4.pdf. Fecha de consulta: 6 de octubre de 2012.

³⁴ *Idem.*

³⁵ Amin, Samir., “Globalización: La Necesidad de una Gestión Económica Internacional”, en *El Capitalismo en la Era de la Globalización*, Grasa, R. (trad.), Barcelona, Paidós, 1999, pp. 48- 57. Otro recuento sumamente interesante de este punto de vista se encuentra en Amin, Samir, *Imperialismo y Globalización Revista Globalización*, CEME - Centro de Estudios Miguel Enríquez - Archivo Chile, disponible en http://www.archivochile.com/Imperialismo/doc_poli_imperial/USdocimperial0004.pdf. Fecha de consulta: 6 de octubre de 2012.

³⁶ *Idem.*

que los costos laborales sean asumidos ya sea por el Estado y/o por los trabajadores, además de facilitar la terminación laboral; y iii) que el nivel impositivo por la actividad empresarial se reduzca a gravámenes fiscales mínimos o nulos.³⁷

Por consiguiente, el Estado social de derecho se ve seriamente afectado, llegando casi a su negación en aquellos países que dependen profundamente de las pretensiones del Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o el Grupo de los Siete (G-7).³⁸ Incluso, los países del primer mundo encuentran amenazado su Estado constitucional al relajar parcelas muy frágiles de su legalidad, ya que la voluntad del legislador en materia social se percibe cada vez menos autónoma y cada vez más débil. La *lex mercatoria*, por su parte, ocupa el lugar destinado a la *voluntas legis*, deteriorando y —según el Estado y área geográfica— anulando la aplicación material de los preceptos constitucionales con la finalidad de conseguir objetivos económicos.³⁹ Los derechos sociales, fuente y pilar del modelo de Estado tras la segunda guerra mundial en Europa, son un obstáculo para el progreso innovador del Estado. El sistema global ha provocado que las plantas industriales de la mayoría de las transnacionales cierran sus puertas en países desarrollados para reabrirlos en “mercados emergentes” (Latinoamérica, Asia, Europa del Este), donde disminuyen los costos de producción y aumentan los beneficios al, prácticamente, no existir “derechos sociales”.

Los problemas que se han generado con la globalización no son sólo de integración económica: también está en el centro de la discusión el derecho internacional de los Derechos Humanos, lo que puede acarrear enormes consecuencias, especialmente en lo que atañe a los efectos de la Revolución Científico Tecnológica, —cuyo inicio podemos situar arbitrariamente en 1953 con el descubrimiento del ADN y el subsecuente surgimiento de la biotecnología, ingeniería genética, la biotecnología, los semiconductores, la robótica, la informática y los nuevos materiales—, que al mismo tiempo que da solución a muchos problemas y facilita la existencia, es fuente de la crisis actual, descrita como crisis de civilización.⁴⁰

La intervención directa del hombre en el proceso productivo se reduce cada vez más. Cada vez es mayor el número de actividades que no están a cargo de seres humanos, sino de máquinas. En los países industrializados el desplazamiento del hombre por la máquina viene siendo puesto en evidencia desde comienzos de la década de los ‘60. Ya en los años ‘50, el escritor venezolano Rómulo Gallegos alertaba sobre los efectos perversos de la transferencia tecnológica para la cultura en nuestro continente. Según Gallegos las universidades latinoamericanas, entre otras cosas, se estaban convirtiendo en centros culturales dependientes, formadores de profesionales destinados exclusivamente a la adaptación de tecnologías ajenas a nuestra realidad.⁴¹ La inclinación a circunscribir los estudios superiores a lo meramente utilitario, tan en boga en nuestros días, que por un lado, con las nuevas tecnologías, producen simplificación del trabajo humano y progresiva movilidad en los empleos, por otro lado generan un creciente desempleo estructural. La crisis es generada, fundamentalmente,

³⁷ Mora Molina, *op. cit.*, nota al pie 32.

³⁸ Argulla, Juan Carlos, *Globalización y Agonía de la Sociedad Nacional*, Buenos Aires, Ed. Universidad de Belgrano, 1999, pp. 157-158. Citado en la nota al pie 12 del trabajo de Mora Molina, *op. cit.*, nota al pie 31, p. 88.

³⁹ Mora Molina, *op. cit.*, nota al pie 31, p. 89.

⁴⁰ Guillebaud, J. C. (1982). “Jacques Ellul ou la Pasion d’ un Sceptique”, *Le Nouvel Observateur*, N° 923, 12-16, citado por Pulido, Asdrubal, “La revolución científico-técnica, globalización y perspectivas educacionales”, en *Procesos Históricos*. Año 6, N° 12. Segundo Semestre 2007, pp. 182-196, consultable en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/200/20061209.pdf>. Fecha de consulta: 6 de octubre de 2012.

⁴¹ Gallegos, Rómulo, “La libertad y la cultura”, en Zea, Leopoldo (comp.), *Fuentes de la Cultura Latinoamericana*. México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 396.

por la reorganización del aparato productivo con el fin de adaptarlo a los requerimientos de la revolución tecnológica, a la actual demanda y a la nueva división internacional del trabajo. De esta manera los que sufren son los desposeídos, los que menos tienen, los que potencialmente serían principales beneficiarios de la realización de los propósitos fundamentales de los Derechos Humanos.

La persona humana, centro de los Derechos Humanos, de las preocupaciones fundamentales de las comisiones de Derechos Humanos que se involucran en la defensa, protección, y promoción tanto a nivel nacional como internacional, ha quedado desprotegida. De ahí que con la globalización, a manera de defensa, han surgido temas que se discuten con enorme fuerza, englobados en los que se ha llamado el derecho del desarrollo. El Derecho del Desarrollo, plasmado en la Carta de las Naciones Unidas⁴² en su artículo 55, establece la cooperación para el desarrollo como uno de los objetivos de la ONU; asume un papel principal y empieza la discusión sobre las políticas económicas adecuadas para lograr este objetivo humano, el Derecho del Desarrollo. No obstante, la discusión se agrava en estos momentos en que campea la globalización, porque es necesario decir que también es la razón por la cual están en juicio las políticas neoliberales, ya que se señala que éstas no sólo no están conduciendo sino que están obstaculizando la consecución de este derecho humano del desarrollo.

La idea central sobre el cual gira el concepto del desarrollo, en consonancia con el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁴³ implica un nivel de vida digno y adecuado para toda la humanidad. Naturalmente que, en el mundo de la globalización, el derecho al desarrollo trae aparejados enormes problemas, entre ellos, los relacionados con la pobreza, y los que se derivan de las nuevas tecnologías, las desigualdades y los de los tratados de libre comercio. Sobre este último tema se ha escrito mucho sobre las bondades del mercado en el sentido de su inmejorable capacidad natural para asignar recursos. No obstante, cuando se ha aplicado esta capacidad a nivel planetario no sólo no ha ayudado a resolver los problemas de desigualdad, sino que ha coadyuvado a agravarlos.

La relación entre globalización —entendida como la difusión y vigencia de las políticas neoliberales— y Derechos Humanos se ha dado en un plano que, evidentemente, favorece más a los pocos que tienen el control económico mundial, dando como resultado el subsecuente deterioro de los derechos humanos, instrumento protector de la grandes mayorías, porque la racionalidad de la globalización está basada en la relación instrumental “medio-beneficio”. La planificación económica se realiza en función de la maximización de las ganancias, lo que implica la exigencia del mercado de una incesante no-intervención del Estado. Esta dinámica de la acumulación y reproducción del capital precisa el consentimiento del Estado en la operación de los agentes transnacionales, a nivel tanto estrictamente nacional y regional, como global, en sectores antaño regulados en exclusiva por el Estado-Nación, como el derecho, la sociedad y las relaciones internacionales. De igual forma, la democracia como sistema de gobierno sufre las vicisitudes de la economización creciente de la política, consentida por los poderes públicos. Por tanto, los Derechos Humanos, consagrados en las cartas constitucionales como derechos fundamentales, y más específicamente los derechos económicos, sociales y culturales, junto al subsidiario modelo de Estado Social, son puestos en tela de juicio de manera continua por parte de la racionalidad económica, que observa en los mismos un obstáculo a salvar para la maximización de los beneficios.

⁴² ONU, *op. cit.*, nota al pie 13.

⁴³ ONU, *op. cit.*, nota al pie 16.

3.3. LA POSMODERNIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS

No es sencillo determinar el significado de “posmodernidad”, pero no hay discusión sobre que el hombre posmoderno es diferente al moderno, quien declaraba el triunfo de la razón y la ciencia, y rechazaba la Edad Media y la religión, símbolos de estancamiento y atraso. Para el hombre posmoderno todo se vale, porque todo es relativo.⁴⁴ Es difícil encontrar definiciones exactas; es quizá más fácil encontrar rasgos que nos ayuden a comprender qué es la posmodernidad.

El concepto de diferencia es el primer rasgo que debemos atender. Hay diferencia cuando se acepta la existencia de diversas identidades culturales o realidades, que genera una conciencia de que somos parte de una cultura entre muchas, es decir, hay pluralidad de culturas.⁴⁵ La pluralidad, idea muy parecida a la de la diferencia, denota una multiplicidad de racionalidades que implica diversas formas de entender el mundo y olvidar pensar en una razón universal unificadora, en tanto que la diferencia implica una cierta actitud ante la vida, una voluntad política que busca una comunicación con el alter, una coexistencia y voluntad para compartir un mundo en común. Aceptar las diferencias y vivir en un mundo plural implica caer en un relativismo, tercera característica del posmodernismo, en el que lo que cada quien crea será válido según la cultura o la realidad en que se viva: no existe un modelo de perfección humana, un tipo ideal. El relativismo se opone así al universalismo, que plantea como tal una escala de valores universales que no tienen lugar en la sociedad plural.⁴⁶

Como cuarta característica, los medios de comunicación masiva, que, para Gianni Vattimo, han convertido al mundo en un lugar más complejo.⁴⁷ Los medios revelan las diferentes realidades y sus particularidades, pero también muestran realidades artificiales, producto de la imaginación de todos aquellos que participan en y de estos medios. El sentido de la historia y de la razón se ve alterado de manera definitiva en un mundo donde la comunicación, a través del internet, el cine y la televisión, rompe todas las fronteras. Pero la característica que más destaca de la posmodernidad es que no hay ideologías, —entendidas como sistema ordenado de ideas—, como consecuencia del relativismo, de la pluralidad, del reconocimiento de la diferencia y de la comunicación en masa, por lo que se genera un mundo en el que «todo se vale».⁴⁸

La posmodernidad también está produciendo cambios en el sistema jurídico moderno, que integra un sistema de derecho, cerrado y autosuficiente, en el que, en principio, se encuentran todas las soluciones. En la perspectiva posmoderna el derecho es visto como un sistema abierto. Las diferencias, según el modelo que se adopte (cerrado o abierto), resultan

⁴⁴ Beuchot, Mauricio. “Somera explicación de la hermenéutica analógica”, en Blanco Beledo, Ricardo (comp.), *Praxis de la hermenéutica analógica*, México, Editorial Torres Asociados, 2010, pp. 9-22.

⁴⁵ Diel Lucas. “El concepto de diferencia en Gilles Deleuze como propuesta crítica ante la ontología tradicional aristotélica”. A Parte Rei. *Revista de Filosofía*, v. 75, marzo de 2011, visible en <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/diel75.pdf>. Fecha de consulta: 6 de octubre de 2012

⁴⁶ De la Torre Torres, Rosa María. “Derechos humanos y postmodernidad: universalismo vs. Relativismo”, en Chávez Gutiérrez, Héctor, et al., *Derechos fundamentales. Perspectivas contemporáneas*. Morelia, Centro de Investigaciones Jurídicas, UMSNH, 2007, pp. 27-49.

⁴⁷ Dussel, Enrique. “Un diálogo con Gianni Vattimo. De la Postmodernidad a la Transmodernidad”, en A Parte Rei. *Revista de Filosofía*, v. 54, noviembre de 2007, pp. 1-5. Visible en <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/dussel54.pdf>. Fecha de consulta: 6 de octubre de 2012.

⁴⁸ De la Torre Torres, *op. cit.*, nota al pie 45, p. 28.

importantes no sólo respecto de la definición del derecho, sino también y principalmente, por las consecuencias que se siguen de la elección.⁴⁹

Citando a Russo, Grün afirma que el paradigma de lo modernidad se desarrolló bajo los siguientes lineamientos: a) rechazo de la metafísica; b) exigencia de verificación; c) lógica formal interna; d) pensamiento sistemático; e) construcción de lenguajes técnicos; f) utilización del método analítico; g) creencia en el progreso indefinido; h) creencia en la utilidad de la cultura.⁵⁰

En la modernidad predomina la teoría estatalista del derecho, producto de la formación de los grandes estados que surgieron de la disolución de la sociedad medieval. El ordenamiento jurídico se formó mediante la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores existentes. El Estado moderno monopolizó la producción jurídica al grado que aún hoy se identifica al Derecho con el derecho estatal, consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del estado nacional moderno. El rol del Estado a partir de la finalización de la Segundo Guerra Mundial, hasta la actualidad, ha cambiado. El concepto de Estado Nacional pierde jerarquía como consecuencia de la aparición de entidades supranacionales gubernamentales y no gubernamentales y del fortalecimiento de centros de poder infranacionales. La crisis de la noción de «Estado nacional» denunciada por la posmodernidad tiene su correlato en el ámbito jurídico en el debilitamiento de la identificación entre Derecho y norma jurídica como producto de la facultad monopólica de ese mismo Estado.⁵¹

Los sistemas jurídicos de la modernidad, de los Estados nacionales, están en crisis. Actualmente se producen varios fenómenos en el ámbito del derecho, en forma simultánea: el Derecho Internacional se transforma rápidamente y asume una función creciente y dominante sobre los sistemas jurídicos nacionales; los sistemas jurídicos de los diversos Estados se interrelacionan cada vez más entre sí y con sistemas jurídicos internacionales de diversa envergadura, que se orientan rápidamente a constituir un sistema jurídico mundial; de la noción del Derecho Internacional como un derecho primitivo, en pocos decenios se ha pasado a organizaciones complejas y estructuradas como las Naciones Unidas, la Comunidad Europea, la Organización de los Estados Americanos, el Mercosur, etcétera, estructuras jurídicas que poseen inclusive tribunales con imperium no solamente sobre los Estados Nacionales, con diversa intensidad, sino aún sobre los sujetos de derecho (personas físicas y jurídicas) de esos estados.⁵²

Pero simultáneamente, también se produce el fenómeno de la regionalización, es decir del fraccionamiento de las naciones tradicionales, por ejemplo, los movimientos en este sentido en Italia, Quebec (Canadá), el Sur del Brasil, el País Vasco, la desintegración de Yugoslavia, con sus secuelas jurídicas.⁵³

El Derecho está empezando a dejar de ser una estructura monolítica de grandes conjuntos de normas generales legisladas por distintos órganos y de aparatos genéricos para administrar justicia, como los tribunales, para minimizarse y buscar mecanismos alternativos para

⁴⁹ Grün, Ernesto, "El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, no 1, 1997/1997, ISSN 1575-7382, pp. 16-25, visible en <http://www.rtfed.es/numero1/3-1.pdf>. Fecha de consulta: 6 de octubre de 2012.

⁵⁰ Russo, Eduardo Angel, *Tratado General del Derecho en la modernidad y la posmodernidad*, Buenos Aires, Ed. Abeldo Perrot, 1995, p 334.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 254 y ss.

⁵² Grün, *op. cit.*, nota la pie 48, p. 24.

⁵³ *Idem*.

la solución de conflictos como la negociación, el arbitraje, la mediación y otros que apuntan a una individualización creciente de las decisiones, antes adoptadas desde una posición jerárquica. Surgen instituciones novedosas, como el derecho ambiental, cuyas características hacen que algo estructural y funcionalmente diferente al derecho existente; o la noción de los derechos difusos, la acción popular, las acciones colectivas, etcétera.⁵⁴

3.4. PLURALISMO VERSUS INDIVIDUALISMO

¿Representan los Derechos Humanos valores universales o relativos? Pluralistas y defensores de los Derechos Humanos presentan argumentos en contrario al presentar sus puntos de vista sobre los Derechos Humanos. Las críticas pluralistas se han expresado sobre todo en contextos culturales ajenos a occidente. Cuestionan la concepción individualista e instrumental subyacente a la noción de Derechos Humanos, propia de la cultura occidental, que se quiere hacer valer de manera universal para todos los seres humanos en cuanto tales, independiente de condicionamientos culturales. No se cuestiona la dimensión moral de la defensa de la vida, ni de la solidaridad humana; se cuestiona la creencia presupuesta de que tales valores reposan sobre una noción atomística de la persona y sobre la destrucción de sus lazos culturales. En la defensa de los Derechos Humanos, dicen sus críticos, se estaría expresando implícitamente imperialismo cultural de occidente.⁵⁵ Las críticas adoptan distintos matices: contra la desvalorización de las cosmovisiones religiosas a lo que parece conducir necesariamente el secularismo occidental; contra el individualismo presupuesto en los Derechos Humanos, que legitima indirectamente la lógica del mercado y la desintegración de las comunidades culturales. Aceptar acríticamente la concepción de los Derechos Humanos equivaldría, según estos críticos, a aceptar la cosmovisión occidental que los sostiene y que privilegia el individualismo, la utilización tecnológica de la naturaleza y el dominio de las leyes del mercado. Posiciones como éstas se escucharon en la Conferencia de Viena de 1993⁵⁶ o en la Declaración de Bangkok⁵⁷ sobre los valores asiáticos, del mismo año, y en otros foros nacionales o internacionales posteriores.

Los defensores de los Derechos Humanos rebaten estas críticas empleando un argumento teórico y un argumento práctico. Por el primero arguyen que la posición de los pluralistas también expresa una cosmovisión implícita que absolutiza los parámetros de racionalidad o de moral inherentes a una cultura específica. Cuando se defiende semejante cosmovisión, en

⁵⁴ *Ibidem*, p. 25.

⁵⁵ Entre otros autores podemos citar a: Tomlinson, John. "La cultura global: sueños, pesadillas y escepticismo", en *Globalización y Cultura*. México, Oxford University Press, 2001, pp. 83-124. (Edición original en John Tomlinson, *Globalization and Culture*. The University of Chicago Press, 1999), Visible en <http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/J%20Tomlinson.pdf>; Mansilla, H. C. F. "Derechos Humanos, Universalismo y Nacionalismos", en *NUEVA SOCIEDAD* No. 131 Mayo-Junio 1994, pp. 20-25, visible en http://www.nuso.org/upload/articulos/2329_1.pdf; Guisti, Miguel, *Multiculturalismo y Derechos Humanos*, Centro de Estudios Filosóficos Pontificia Universidad Católica del Perú, visible en <http://www.icpna.edu.pe/documentos/Multiculturalismo%20y%20Derechos%20Humanos.pdf>. Ambos trabajos consultados el 6 de octubre de 2012.

⁵⁶ ONU. *Conferencia Mundial de Derechos Humanos: Declaración y Programa de Acción de Viena*, Viena, 14 a 25 de junio de 1993. Documento A/CONF.157/23 de 12 de julio de 1993. Visible en [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument). Fecha de consulta: 6 de octubre de 2012.

⁵⁷ ONU. *Conferencia Mundial de Derechos Humanos: Declaración sobre derechos humanos aprobada en Bangkok por las organizaciones no gubernamentales*. Documento A/CONF.157/PC/83 del 19 de abril de 1993. Visible en <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/6203370dbe3901e4802568ee004123df?Opendocument>.

un mundo globalizado, se reduce la complejidad del problema, pero se reproduce la situación que se dio en los inicios de la modernidad europea al momento de la guerra de las religiones, a la que se dio solución mediante la idea de la tolerancia y del respeto de los derechos individuales. El argumento práctico implica que aquellas críticas a los Derechos Humanos sólo serían un débil recurso de legitimación, a manera de encubrimiento ideológico, de las frecuentes violaciones de estos derechos en los países en los que las críticas se formulan. En los países donde se formulan las críticas se conculcan los derechos de las mujeres o de los niños, o el derecho a la libertad de expresión, o a la libertad de culto, a la libertad de conciencia. Parece ser un recurso habitual de los gobernantes de aquellos países el apelar a las características propias de su cultura para legitimar estas violaciones.

Desde un punto de vista teórico, los defensores del pluralismo despliegan varios argumentos en contra del pensamiento universalista de los Derechos Humanos. En primer lugar, ninguno de los paradigmas de fundamentación más usuales —el iusnaturalismo, el racionalismo metafísico-moral y las teorías consensuales— presenta una fundamentación convincente de la validez universal de los Derechos Humanos.⁵⁸

La segunda razón, estrechamente ligada a la anterior y propia de los comunitaristas, es la denuncia de la cultura del individualismo subyacente a la concepción de los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos no vienen solos: los acompañan muchas cosas más. Con los derechos a la libertad individual, a la libertad de expresión, al trabajo, vienen aparejados los derechos a la ley del mercado, a la propiedad privada de los medios de comunicación, a la acumulación de capital; el derecho a la libertad de conciencia con la ruptura de la solidaridad social. Los Derechos Humanos son un código mínimo de principios morales que expresan, implícitamente, una cosmovisión bastante más amplia y bastante más densa de valores de la cultura liberal.

Un tercer argumento, teórico y parcialmente práctico, expresa la contradicción que se da en la sociedad democrática moderna cuando sostiene que la legitimidad de las decisiones políticas reposa sobre el principio (y derecho) de la participación de todos los involucrados, pero sin tomar en consideración la opinión de las grandes mayorías de los países de la periferia respecto de las decisiones políticas, económicas o jurídicas que regulan en mucho la vida internacional.

En cuarto lugar, la concepción de los Derechos Humanos socava indirectamente a las tradiciones culturales no occidentales al hacer valer los derechos de un sujeto desarraigado de toda tradición, y concebido en su mera humanidad neutral, porque desvaloriza los contextos culturales a los que pertenecen los individuos y mina las bases de su legitimación. Los Derechos Humanos no resultan ser un listado inofensivo de valores que se adecúen a cualquier situación.

Por último, existe una contradicción ligada a la relación entre los Derechos Humanos como derechos y los Derechos Humanos como leyes (o como garantías constitucionales). Los Derechos Humanos, *prima facie*, tienen una validez independiente de su inclusión en un ordenamiento jurídico, pero como principios nos impelen a positivarlos en preceptos jurídicos. Pero los Derechos Humanos se convierten en leyes, y las leyes se promulgan en una situación particular históricamente situada, por lo que en última instancia decisiones contingentes producto de una acción de la voluntad política. Por un acto de poder, la ley otorga fuerza, vigencia, a una determinada interpretación de los Derechos Humanos que depende

⁵⁸ De la Torre Torres, *op. cit.*, nota al pie 45. En este y los siguientes cuatro argumentos sigo el pensamiento de esta autora, pp. 37-40.

del contexto social, político y cultural del lugar donde se reconozcan. Esencialmente se cuestiona la hipocresía del mundo occidental rico, que encubre la injusticia de facto del orden económico y el orden político internacional por medio de un discurso moral que legitima de jure su posición de dominio. Por el carácter formal que poseen, los Derechos Humanos son como los principios del liberalismo: tienen vigencia plena sólo en condiciones ideales de igualdad y bajo el supuesto de que las reglas de juego sean compartidas por todos. Por esta razón algunos teóricos de los Derechos Humanos han sostenido que es preciso, si no partir de, al menos llegar a, una situación utópica de ciudadanía mundial o cosmopolita, en la que todos los seres humanos puedan ajustarse a un mismo sistema de reglas de acción.⁵⁹

Esta lista de recamos debe atenderse, pero por supuesto que también hay razones que asisten a los defensores de los Derechos Humanos. La primera, de orden teórico, consiste en la capacidad que tiene la concepción de los Derechos Humanos de asumir y procesar muchas de las críticas que se utilizan en su contra. Si se sostiene que esta concepción no contempla suficientemente la autonomía de otras culturas, o que desconoce fácticamente los derechos de algún grupo social, no se está en realidad necesariamente cuestionándola en su esencia, sino, por el contrario, se la está utilizando en un sentido normativo para exigir que sea realizada de un modo más consecuente. Así, se habla de una dimensión de *autorreferencialidad* de los Derechos Humanos.⁶⁰ Por esta tesis los Derechos Humanos nos hacen capaces de identificar los casos en los que no están siendo cabalmente cumplidos, incluso nos ponen permanentemente al acecho de esos casos. Quien denuncia sus limitaciones o quien formula una crítica en su contra, está en el fondo reivindicando un derecho y lo están haciendo en nombre de los principios de autodeterminación que subyacen a esta misma concepción. La autorreferencialidad parece dotar a los Derechos Humanos de un aura de invulnerabilidad conceptual.

La segunda razón que esgrimen los defensores de los Derechos Humanos es su denuncia de la utilización política del culturalismo que realizan muchos gobiernos autoritarios en el mundo. Existen la tendencia en el comportamiento político de las dictaduras de violar los Derechos Humanos y de relativizar las denuncias hechas en su contra aduciendo razones de tipo culturalista. Los regímenes autoritarios apelan al derecho de la autodeterminación y rechazan las denuncias como formas de intervencionismo. Y es muy probable que encuentren eco en los países industrializados, porque éstos, de manera perversa —no se le puede calificar de otro modo— diseñan sus políticas democráticas en función de sus intereses económicos, por lo que consienten, con argumentos de tipo culturalista, el autoritarismo de dichos gobiernos con la finalidad de asegurar sus políticas comerciales.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los argumentos no se agotan en la lista presentada, pero nos permite comprender que deben ser atendidos. Concediendo que las posiciones opuestas parecen gozar de validez relativa, cuando se enfrentan estas posiciones muchas veces la reacción natural consiste aferrarse al enfoque original, pudiendo caer en un cierto maniqueísmo radical. Pero, a diferencia de

⁵⁹ Entre otros, Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en De Cabo, A. y Pisarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2007, pp. 40-44.

⁶⁰ Habermas, Jürgen, “Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte”, en Frankfurter Rundschau, 4 de febrero de 1997, p. 10, citado por Giusti, Miguel, “Las críticas culturalistas de los derechos humanos”, en Cortés Rodas, Francisco y Giusti, Miguel, *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Antioquía-Universidad Católica de Perú, 2007, p. 303.

la posición inicial, inmediata e ingenua, la siguiente posición es más peligrosa, porque se endurece en sus creencias, teniendo como motor las advertencias del interlocutor. En este contexto no es sólo la posición radical del defensor del culturalismo, sino también la de quien defiende la concepción universal de los Derechos Humanos, sin considerar las razones de peso argüidas en su contra.

Es necesario abandonar las posiciones radicales reconociendo la validez relativa de las posiciones en disputa y que el punto de partida es una verdadera controversia entre las posiciones. Se debe buscar una solución dialéctica, en el sentido aristotélico de la palabra, donde los interlocutores admitan que existen razones fundadas que asisten a ambas partes y aspectos de la propia posición que están siendo seriamente cuestionados por la posición del interlocutor que deben ser reconsideradas. Mientras esto no ocurra, la disputa será perpetua, sin otra solución que la que impone la ley del más fuerte. Es necesario que los países ricos entiendan que su concepción de los Derechos Humanos no será aceptada como una concepción genuinamente universal en tanto no reconozcan que su discurso sobre los Derechos Humanos encubre una grave desigualdad estructural en el orden económico internacional; que su discurso igualitario, que presupone su propia defensa universalista de los derechos de la persona, se desmiente con el *status quo* de las relaciones internacionales vigentes; y que de las culturas, a las que por siglos han mantenido en situación de dominación, deben ser autónomas.

Análogamente, los defensores del pluralismo deberán reconocer el peligro de aislarse en su propia tradición cultural; la necesidad de abandonar el discurso culturalista para fines políticos internos; la necesidad de ofrecer una alternativa transcultural que permita la convivencia entre las diferentes culturas particulares, porque de otra manera no se generarán posibilidades de hacer valer con justicia sus reivindicaciones de autonomía cultural.

El que se acepte la validez relativa de las críticas utilizadas en contra de la propia posición no se traduce en un acuerdo. Es necesario, además, el consenso que resulta del reconocimiento de reglas comunes que permitan conservar los principios de la propia cosmovisión cultural. Las diferentes declaraciones de los Derechos Humanos, aunque hayan sido reconocidas y firmadas por estados particulares, constituyen una forma incipiente de consenso, porque los fundamentalistas, viejos y nuevos, constantemente cuestionan su vigencia. La universalidad de los derechos significa que éstos se adscriben a todos los seres, en cuanto humanos,⁶¹ lo que imposibilita que únicamente sean producto de un orden jurídico positivo, con un ámbito de validez espacial y temporal determinado. La universalidad a la que se refieren los teóricos del derecho, como Ferrajoli, no es la universalidad intrajurídica, sino extrajurídica, que es la única que serviría de fundamento para la adscripción de los derechos a todos los seres humanos.⁶²

5. FUENTES DE INFORMACIÓN

AMIN, Samir, "Imperialismo y Globalización". *Revista Globalización*, CEME - Centro de Estudios Miguel Enríquez - Archivo Chile, disponible en http://www.archivochile.com/Imperialismo/doc_poli_imperial/USdocimperial0004.pdf.

⁶¹ Ferrajoli, Luigi, "Derechos fundamentales", en De Cabo, A. y Pisarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 19.

⁶² Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Bobbio, Norberto (prol.), Andrés Ibáñez, Perfecto et al. (trad.), Madrid, Trotta, 1995, pp. 354-357.

- AMIN, Samir., "Globalización: La Necesidad de una Gestión Económica Internacional", en *El Capitalismo en la Era de la Globalización*, Grasa, R. (trad.), Barcelona, Paidós, 1999.
- ARGULLA, Juan Carlos, *Globalización y Agonía de la Sociedad Nacional*, Buenos Aires, Ed. Universidad de Belgrano, 1999.
- BEUCHOT, Mauricio. "Somera explicación de la hermenéutica analógica", en Blanco Beledo, Ricardo (comp.), *Praxis de la hermenéutica analógica*, México, Editorial Torres Asociados, 2010.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, 3ª ed., Madrid, Ed., Trotta, 2009.
- CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*. México, UNAM-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.
- De la TORRE TORRES, Rosa María. "Derechos humanos y postmodernidad: universalismo vs. relativismo", en Chávez Gutiérrez, Héctor, et al., *Derechos fundamentales. Perspectivas contemporáneas*. Morelia, Centro de Investigaciones Jurídicas, UMSNH, 2007.
- DIEL Lucas. "El concepto de diferencia en Gilles Deleuze como propuesta crítica ante la ontología tradicional aristotélica". *A Parte Rei. Revista de Filosofía*, v. 75, marzo de 2011, visible en <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/diel75.pdf>.
- DUSSEL, Enrique. "Un diálogo con Gianni Vattimo. De la Postmodernidad a la Transmodernidad", en *A Parte Rei. Revista de Filosofía*, v. 54, noviembre de 2007. Visible en <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/dussel54.pdf>.
- FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales", en De Cabo, A. y Pisarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", en De Cabo, A. y Pisarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Bobbio, Norberto (prol.), Andrés Ibáñez, Perfecto et al. (trad.), Madrid, Trotta, 1995.
- FLORESCANO, Enrique y Gil Sánchez, Isabel. "La época de las reformas borbónicas y el crecimiento económico", en El Colegio de México, *Historia General de México*., Vol. 2, México, ECM, 1975.
- GALLEGOS, Rómulo, "La libertad y la cultura", en Zea, Leopoldo (comp.), *Fuentes de la Cultura Latinoamericana*. México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 396.
- GIUSTI, Miguel, "Las críticas culturalistas de los derechos humanos", en Cortés Rodas, Francisco y Giusti, Miguel, *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Antioquía-Universidad Católica de Perú, 2007.

- GRÜN, Ernesto , “El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, no 1, 1997/1997, ISSN 1575-7382, pp. 16-25, visible en <http://www.rtfed.es/numero1/3-1.pdf>.
- GUASTINI, Ricardo, “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 3ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- GUILLEBAUD, J. C. (1982). “Jacques Ellul ou la Pasi3n d’ un Sceptique”, *Le Nouvel Observateur*, N° 923, 12-16, citado por Pulido, Asdrubal, “La revoluci3n cient3fico-t3cnica, globalizaci3n y perspectivas educacionales”, en *Procesos Hist3ricos*. Añ3 6, N° 12. Segundo Semestre 2007, pp. 182-196, consultable en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/200/20061209.pdf>.
- GUISTI, Miguel, *Multiculturalismo y Derechos Humanos*, Centro de Estudios Filos3ficos Pontificia Universidad Cat3lica del Per3, visible en <http://www.icpna.edu.pe/documentos/Multiculturalismo%20y%20Derechos%20Humanos.pdf>.
- HABERMAS, J3rgen, “Der interkulturelle Diskurs 3ber Menschenrechte”, en *Frankfurter Rundschau*, 4 de febrero de 1997.
- LOCKE, John, “An essay. Concerning the true original extent and end of civil government”, en *Locke, Berkeley, Hume, Great Books of the Western World*, v 35, (Robert Maynard Hutchins, ed.). Chicago, Encyclopedia Britannica, 1952.
- MANSILLA, H. C. F . “Derechos Humanos, Universalismo y Nacionalismos”, en *NUEVA SOCIEDAD*, No. 131 Mayo-Junio 1994, visible en http://www.nuso.org/upload/articulos/2329_1.pdf.
- MARSHALL, Thomas Humphrey, “Ciudadan3a y clase social”, publicado en *Revista Española de investigaciones sociol3gicas*, n3mero 79, 1997, visible en http://www.reis.cis.es/REISWeb/PDF/REIS_079_13.pdf.
- MORA MOLINA, Juan Jes3s, “Globalizaci3n y beneficio econ3mico: la dial3ctica j3nica de los derechos fundamentales”, Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España), en *Anales de la C3tedra Francisco Su3rez*, n3m. 35, 2001. Visible en http://www.ugr.es/~filode/pdf/contenido35_4.pdf.
- Non Aligned Movement, visible en <http://www.nam.gov.za/background/background.htm#1.1%20History>.
- ONU. *Carta de las Naciones Unidas*, adoptada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, California, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organizaci3n Internacional. Entr3 en vigor el 24 de octubre del mismo añ3. Visible en <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm>.
- ONU. *Conferencia Mundial de Derechos Humanos: Declaraci3n sobre derechos humanos aprobada en Bangkok por las organizaciones no gubernamentales*. Documento A/CONF.157/PC/83 del 19 de abril de 1993. Visible en <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/6203370dbe3901e4802568ee004123df?OpenDocument>.

- ONU. *Conferencia Mundial de Derechos Humanos: Declaración y Programa de Acción de Viena*, Viena, 14 a 25 de junio de 1993. Documento A/CONF.157/23 de 12 de julio de 1993. Visible en [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument).
- ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Visible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.
- RUSSO, Eduardo Angel, *Tratado General del Derecho en la modernidad y la posmodernidad*, Buenos Aires, Ed. Abeldo Perrot, 1995.
- TOMLINSON, John. “La cultura global: sueños, pesadillas y escepticismo”, en *Globalización y Cultura*. México, Oxford University Press, 2001. (Edición original en John Tomlinson, *Globalization and Culture*. The University of Chicago Press, 1999), Visible en <http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/J%20Tomlinson.pdf>.

EL DERECHO A LA AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE MÉXICO: Una aproximación desde los Derechos Humanos

The right to autonomy of Indigenous Peoples of Mexico: A human rights approach

“Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”.

Artículo 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

José Jesús Soriano Flores*

Sumario:

I. Consideraciones Iniciales. II. Discriminación y Pueblos Indígenas: la vulneración de Derechos. III. Algunas referencias relativas a los Derechos Humanos Colectivos de los Pueblos Indígenas. IV. Una aproximación al Derecho a la Autonomía de los Pueblos Indígenas. V. Apuntes Finales. VI. Bibliografía.

Resumen: *El artículo establece el planteamiento del problema respecto a la vigencia del Derecho Humano a la Autonomía de los Pueblos Indígenas de México, partiendo de elementos normativos como la reciente Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011, la Ley Estatal en la materia, y por supuesto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*

Palabras Clave: *Pueblos Indígenas, Autonomía, Derechos Humanos, Principio Pro Persona.*

Abstract: *The article sets out the problem regarding the validity of the Human Right to Autonomy of Indigenous Peoples of Mexico, based on regulatory elements as the recent constitutional reform on Human Rights, 2011, State law on the subject, and of course the International Law of Human Rights.*

Keywords: *Indigenous, Autonomy, Human Rights, Pro Persona Principle.*

I. CONSIDERACIONES INICIALES

Escribir desde los Derechos Humanos, es decir, asumir una postura coincidente con la idea de *dignidad humana*, implica asumir también compromisos inaplazables. Es por ello, que

* Profesor Investigador de Tiempo Completo del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato; y Secretario de la Red Estatal de Profesoras y Profesores en Derechos Humanos. Correo electrónico: jessorianomx@yahoo.com.mx
Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Iberoamericana y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato y alumno del Programa de Doctorado Interinstitucional en Derecho de las Universidades Públicas de la Región Centro Occidente de ANUIES. Miembro del Cuerpo Académico: Ciencia Penal, Estado de Derecho y Derechos Humanos.

trazar líneas sobre estos temas, es una extraordinaria oportunidad que permite explicar a las y los lectores, las múltiples necesidades que en materia de estas prerrogativas fundamentales existen, las cuales se multiplican en el caso de los denominados “grupos en situación de vulnerabilidad”, entre los que se encuentran los pueblos indígenas.

La problemática que abordaremos, no es privativa del caso mexicano, en la orbe completa, que tiene aproximadamente trescientos millones de indígenas,¹ encontramos elementos semejantes que los caracterizan. No obstante este paréntesis, en el desarrollo del texto me referiré particularmente ideas relativas a nuestro país.

La búsqueda de significados a los problemas que padecen los pueblos indígenas de México, necesariamente nos remite al año de 1492, tiempo en el que los europeos, al haber creído que encontraban las indias, denominaron precisamente “indios”, a los habitantes nativos del continente que habitamos. Y el problema es que esta denominación, desde esa época, integró múltiples elementos que consideraban al indígena como una persona inferior, denominación, que lamentablemente conserva en la actualidad algunos de esos elementos, es decir, el término indio o indígena, nace con una carga discriminatoria que sigue reproduciendo sus significados.

Como lo señala el Dr. Jorge González Galván, cuya obra jurídica recomiendo ampliamente si se quiere adoptar un modelo normativo respetuoso de los derechos humanos y en la ruta del pluralismo jurídico, “en los casi cinco siglos recientes, los pueblos indios de México han coexistido en una sociedad que los excluye; los procesos colonial y nacional no reflejaron en sus naciones ni en la realidad, el respeto a las diferencias culturales”.²

Múltiples son las acciones que se han emprendido con el fin de eliminar a los pueblos indígenas,³ sin embargo, estos pueblos existen, y sobreviven en las condiciones socioeconómicas más precarias, pues el mapa indígena, encaja casi perfectamente en el mapa de la pobreza extrema de nuestro territorio, situación que no únicamente encuentra su raíz en factores económicos, sino también sociales, políticos, históricos y jurídicos, siendo este último factor, el tema central del texto.

Hablar y pensar en el lenguaje de los Derechos Humanos desde una perspectiva estrictamente jurídica implica traer a la reflexión conceptos novedosos, y más aun tratándose de las prerrogativas fundamentales de uno de los grupos más desprotegidos institucionalmente a lo largo de nuestra historia: los Pueblos Indígenas; y la novedad de referencia, fundamentalmente tiene que ver con las siguientes dos recientes apariciones legislativas que deberán interpretarse de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

La importante Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos de Junio del presente año (2011), que entre otras cosas modificó la denominación del primer capítulo de la Constitución Federal, antes llamado “De las Garantías Individuales”, y ahora “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, con implicaciones trascendentes que muchos, desde años atrás, veníamos señalando como pertinentes.

¹ Según datos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)

² González Galván, Jorge Alberto, *Derecho Indígena*, 1ª ed., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-McGraw-hill, México, 1997, p. 32.

³ En ocasiones mediante Políticas Públicas de Integración (“política indigenista”).

La Ley para la Protección de los Pueblos y Comunidades Indígenas en el Estado de Guanajuato.⁴

En este tenor, por medio de este artículo y con más herramientas jurídicas, reafirmamos una serie de ideas teóricas relativas precisamente a la vigencia de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas,⁵ vigencia absolutamente necesaria para vivir en Estados verdaderamente democráticos.

Y ahora que nos referimos a democracia, entendiéndola en el marco de una construcción histórica de ese concepto, podemos identificarla en una de sus acepciones, y en palabras del Profesor de la Universidad de Yale, Robert Alan Dahl, como “un mecanismo mediante el cual los diversos grupos que se encuentran en una comunidad dirimen sus discrepancias y se ponen provisionalmente de acuerdo sobre una definición de las reglas común para todos”,⁶ acepción idónea para entender la tesis central de estas líneas y que se traduce en la aproximación al Derecho a la Autonomía de los Pueblos Indígenas, como un elemento primordial para la vigencia del Estado Democrático.

Efectivamente son evidentes diversos avances en la construcción de nuestro Estado Democrático, no obstante ese mecanismo del que hablaba Dahl cuando se definía a la democracia, en la relación pluricultural de nuestro Estado Mexicano, aun no logra encontrar las mejores vías hacia la vigencia de los Derechos Humanos colectivos de los pueblos indígenas, por ello es importante reafirmar los contenidos esenciales de algunas de estas prerrogativas; que en esta ocasión centraremos en el derecho a la autonomía que se inscribe dentro de los denominados “derechos colectivos”.

Los obstáculos en la vigencia de los Derechos Indígenas, están íntimamente relacionados con el problema de la Discriminación, en el siguiente apartado, antes de referirnos a los derechos colectivos y a la autonomía, revisaremos algunas notas al respecto.

II. DISCRIMINACIÓN Y PUEBLOS INDÍGENAS: LA VULNERACIÓN DE DERECHOS

Despertemos, seamos el metal derretido, lo que quiera la sed, la tierra trabajada, lo que quieran las piedras, la sencillez del huerto, lo que pidan las llamas, en fin -al fin- la piel abierta en surco.

Juan Bañuelos

La indiferencia y la insensibilidad, cuando hablamos de los pueblos indígenas, se hacen presentes en nuestra sociedad de manera espontánea, y es que la marginación de los mismos se manifiesta como algo normal, o peor aún, lo que algunos piensan: como algo que ellos quieren, que ellos mismos decidieron. Dentro de esta idea, es importante recordar algunos de los resultados de la Segunda Encuesta Nacional sobre Discriminación en México de 2010

⁴ Publicada en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado* número 56, segunda parte, de fecha 8 de Abril de 2011, y con un rezago de casi 10 años, pues recordemos que la reforma a la Constitución Federal del mes de Agosto de 2001, obligaba a las legislaturas estatales a realizar adecuaciones en la materia.

⁵ Se recomienda consultar el Folleto *Derechos Humanos de los Pueblos y Personas Indígenas: 10 Preguntas Básicas*, editado por la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato en Marzo de 2007, editado por Manuel Vidaurri Aréchiga, Fátima Rostro Hernández y Jesús Soriano Flores.

⁶ Bellamy Richard, “Norberto Bobbio: Estado de Derecho y Democracia”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 28, Universidad de Alicante, España, 2005, p. 79.

realizada por el Consejo Nacional para prevenir la Discriminación (CONAPRED),⁷ en la que las minorías étnicas opinan que precisamente la discriminación es su problema más grave, y encontramos datos como los siguientes:

- Casi cuatro de cada diez miembros de un grupo étnico consideran que no tienen las mismas oportunidades que los demás para conseguir trabajo.
- Tres de cada diez consideran que no tienen las mismas oportunidades para recibir apoyos del gobierno.
- Uno de cada cuatro dijo no tener las mismas oportunidades para tener acceso a servicios de salud o educación, etc.

Es importante manifestar, que los problemas de los pueblos indios no solamente tendrán solución cuando estos adquieran mejores condiciones económicas, sino que solamente, esta sería una de las manifestaciones si la justicia social tuviera eficacia para estas comunidades. El problema esencial, creemos, está salpicado primordialmente de factores culturales (entre los que se encuentra el jurídico), y no precisamente económicos.

Es indispensable que tengamos perfectamente claro que nuestra nación constituye una comunidad política, pero no una comunidad cultural (sino pluricultural). Debemos decir esto muy fuerte; este es un problema nacional, y es tiempo ya, de que las dificultades en la vigencia de los derechos de las personas que compartimos el territorio mexicano, sean una preocupación general, sobre todo porque el tema que nos ocupa, se extiende a más de cinco siglos y se presenta como una de las acciones más discriminatorias de todos los tiempos.

El comienzo del siglo pasado con una Revolución, fue sin duda uno de los momentos más importantes en los que los pueblos indios creyeron que por fin encontrarían la solución paulatina a sus problemas, al respetarse su forma de ser y de actuar, sin embargo, este respeto no se hizo presente. Los regímenes que surgieron de la Revolución de 1910, consideraron que no se podía concebir un desarrollo integral del país, con una variedad cultural, por lo que las políticas públicas debían propiciar el establecimiento de una sola lengua, una sola religión, un solo derecho, en resumen, una unidad cultural, violentando de esta manera los derechos humanos de los pueblos indígenas, mediante la integración.

Actualmente, el Derecho a la No discriminación, por fortuna forma parte del artículo 1 de la Constitución Federal desde el año 2001 y su justiciabilidad y exigibilidad, cada vez tienen más y mejores vías para hacerlo efectivo desde el punto de vista jurídico, que sólo constituye una de las aristas del problema de referencia.

⁷ A través de la Enadis 2010, se actualiza el panorama de discriminación que persiste en México y se profundiza el conocimiento sobre quién o quiénes discriminan, en qué ámbitos de la vida se presenta este problema con mayor frecuencia y los factores socioculturales que se le relacionan. Se brindan elementos para conocer las percepciones de la discriminación entre la población en general y desde los distintos grupos que viven situaciones que les hacen vulnerables a la discriminación.

III. ALGUNAS REFERENCIAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural...”

Artículo 7 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Los seres humanos, tenemos derechos individuales y colectivos, así por ejemplo, tenemos el derecho individual a la libertad de tránsito o expresión; pero también derecho a la libre determinación, ésta última prerrogativa que solamente podemos concretar como pueblos, es decir, “colectivamente”. Los derechos humanos específicos de los pueblos indígenas o indios,⁸ o los denominados derechos étnicos, *son en consecuencia derechos colectivos*, esto es, derechos reclamados por una colectividad, como lo son los indígenas o los pueblos indios, en contraposición a los derechos individuales (en donde el sujeto de derecho es el individuo).⁹

Para reforzar esta idea, y tener una noción más clara del significado de los derechos colectivos, recordaremos algunos de los argumentos de Rodolfo Stavenhagen, destacado especialista en la materia.¹⁰

En primer lugar, es preciso reconocer que ciertos derechos humanos individuales, solamente pueden ser ejercidos plenamente en forma colectiva.

En segundo lugar, siendo la naturaleza del ser humano eminentemente social, las principales actividades alrededor de las cuales se ha constituido el debate sobre los derechos humanos, se realizan en grupos y colectividades con personalidad propia. En consecuencia el ejercicio de numerosos derechos humanos, solamente puede realizarse en el marco de estas colectividades, que para ello deberán ser reconocidas y respetadas como tales por el Estado y la sociedad en su conjunto.

Por lo tanto, la conclusión provisional y normativa que emana de estos razonamientos de Stavenhagen es muy precisa: *“los derechos grupales o colectivos deberán ser considerados como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueva a su vez los derechos individuales de sus miembros”*;¹¹ tal y como ocurre con la “autonomía”, presupuesto fundamental para ejercer otros derechos.

⁸ Recordemos que ambas expresiones son válidas de acuerdo a los propios indígenas.

⁹ Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador, “Derechos Humanos de los Pueblos Indios”, en *Etnicidad y Derecho: un diálogo postergado entre los científicos sociales*, 1ª ed., UNAM, México, 1996, p. 215-216.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ López y Rivas, Gilberto, *Nación y Pueblos Indios en el Neoliberalismo*, 2ª. ed., UIA, México 1996, p. 31.

IV. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO A LA AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

“El Estado reconoce el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a ejercer su autonomía”.

Artículo 15 de la Ley para la Protección de los Pueblos y Comunidades Indígenas en el Estado de Guanajuato.

Como lo hemos planteado en otros estudios,¹² la Tierra y Territorios, la Cultura y la Autonomía, son algunos de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pero en esta ocasión únicamente ahondaremos en el derecho a la autonomía, que constituye una de las demandas más importantes que encabeza el movimiento indio.

Jurídicamente podemos decir que autonomía consiste en “la facultad que las organizaciones políticas tienen de darse a sí mismas sus leyes, y de actuar de acuerdo con ellas”¹³ o bien atendiendo a la nueva ley en Guanajuato (2011),¹⁴ que identifica a la autonomía como “la expresión de la libre determinación de los pueblos y las comunidades indígenas como partes integrantes del Estado, de conformidad con el orden jurídico vigente, para adoptar por sí mismos decisiones e instituir prácticas propias relacionadas con su manera de ver e interpretar las cosas, con relación a su territorio, recursos naturales, organización sociopolítica, económica, de administración de justicia, educación, lenguaje, salud y cultura, que no contravengan la unidad nacional”¹⁵

Los derechos colectivos son tan importantes, que sin ellos, los derechos individuales no tienen un ejercicio completo, recordemos que una de las características más importantes de los Derechos Humanos es precisamente su “integralidad”, que significa entre otras cosas, que estos derechos constituyen un compendio único que no se separa, a menos que se tengan finalidades didácticas, en éste último caso, es precisamente cuando se habla de clasificaciones de los Derechos (Civiles, Políticos, Sociales, Culturales, Ambientales etc.), que dejaron atrás la idea de las generaciones de los mismos.

Nuevamente haciendo primeramente referencia a la persona individual, podemos decir que “los derechos humanos individuales, comprenden el derecho a la autonomía de la persona”, y como atinadamente lo apunta Luis Villoro, los individuos no son individuos sin atributos, incluyen la conciencia de la propia identidad como miembros de una colectividad, y ésta no puede darse más que en un contexto cultural. Autonomía de la persona es la capacidad de elegir conforme a sus propios fines y valores, y de ejercitar esa elección. Y los fines y valores están determinados por el marco de una cultura determinada. Las creencias básicas que determinan las razones válidas, los fines elegibles y los valores realizables pueden variar de una cultura a otra. Por lo tanto, el reconocimiento de la autonomía de las personas implica el de las comunidades culturales a las que pertenecen.

¹² Véase: Soriano Flores, José Jesús, “Reflexiones acerca del tratamiento constitucional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Héctor Fix Zamudio*, Cuarezma Terán, Sergio (Coord.), 1ª ed., Corte Suprema de Justicia de Nicaragua y otras, Nicaragua, 2010, p. 287-307.

¹³ García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 48ª. ed., Porrúa, México, 1996, p.104.

¹⁴ Artículo 6, Fracción I de la Ley para la protección de los pueblos y comunidades indígenas en el estado de Guanajuato; publicada en el *Periódico Oficial* del Gobierno del Estado de Guanajuato, número 56, segunda parte, de fecha 8 de Abril de 2011.

¹⁵ A pesar del avance en el reconocimiento legislativo del derecho a la autonomía en Guanajuato, es evidente el rezago conceptual, al hacer referencia a ese posible atentado contra la unidad nacional, pues como lo veremos en líneas posteriores, es un mito que parte de la confusión de conceptos.

El derecho de los pueblos sólo puede contarse entre los derechos humanos, en la medida en la que el pueblo sea una condición para la autonomía de las personas; en esa medida sólo puede referirse a la comunidad cultural en cuyo marco se da cualquier elección autónoma; en esa medida también el derecho de los pueblos, no contradice los derechos del individuo, sino, por el contrario, los refuerza. Y en este orden de ideas, Luis Villoro se pregunta, ¿qué debe comprender un derecho de los pueblos, para ser considerado entre los derechos humanos fundamentales?, concluyendo que debe incluir, desde luego los derechos individuales, y que además cuando la asociación política se establece entre sujetos pertenecientes a una misma cultura, comprende el respeto a la autonomía de esa comunidad cultural. Así tenemos a la autonomía como un derecho humano colectivo, que está estrechamente ligado a otros derechos como a la cultura y territorio.¹⁶

Uno de los lugares comunes en la discusión relativa a las autonomías indígenas, es la confusión entre autonomía y soberanía.¹⁷ El reconocimiento del derecho a la autonomía, no representa de ninguna manera el reconocimiento de extraterritorialidad o como se ha dicho alguna vez, el camino hacia la formación de otro Estado; autonomía significa que la reproducción de las sociedades indias se rijan económica, social y culturalmente con el ejercicio pleno de sus derechos históricos, con las intermediaciones de la sociedad nacional que corresponden a la formación de la sociedad mexicana.

El ejercicio de la autodeterminación, significa como lo ha entendido Villoro, una vinculación de los indios con el Estado en el desarrollo de la colectividad política, con lo cual, a tiempo que el bloque hegemónico reconozca a las autoridades tradicionales en sus respectivas jurisdicciones, deberá establecer espacios dentro de la actual estructura de poder (congresos estatales, presidentes municipales, etc.) en el que los indígenas cuenten con representantes de sus propias etnias.¹⁸

Continuando con este tenor de ideas, López y Rivas, señala que “las autonomías no sólo no van en contra de la unidad nacional, no sólo no constituyen problema de seguridad nacional, sino por el contrario, son la mejor forma de resolver problemas que, de continuar profundizándose, podrían llevar efectivamente al separatismo, [...] de esta manera las autonomías forman parte integral de un proyecto democrático de Estado y fortalecen la unidad nacional”.¹⁹

Como se puede apreciar, el reconocimiento de estos derechos humanos colectivos, implica en buena medida la reestructuración del Estado Mexicano, evidentemente no bastan únicamente las adecuaciones legislativas, por ejemplo, por autonomía, no deberá entenderse solamente la capacidad de gestión, sino más bien “una definición política de gobernabilidad *per se*, a través del reconocimiento de la personalidad jurídica de las autoridades tradicionales indias y el ejercicio democrático de las poblaciones indias para elegir las, y establecer aquellas líneas de crecimiento socioeconómicas idóneas al raciocinio indígena”.²⁰

¹⁶ Villoro Luis, Los Pueblos Indios y el derecho a la autonomía, en *Etnicidad y derecho...*, Op. Cit., p.138.

¹⁷ Como lo apunta Tena Ramírez en su libro Derecho Constitucional, mientras la soberanía consiste [...] en la autodeterminación plena, nunca dirigida por determinantes jurídicos extrínsecos a la voluntad del soberano, en cambio la autonomía presupone al mismo tiempo una zona de autodeterminación, que es lo propiamente autónomo, y un conjunto de limitaciones y determinaciones jurídicas extrínsecas, que es lo heterónimo.

¹⁸ Villoro Luis, Los Pueblos Indios y el derecho a la autonomía, en *Etnicidad y derecho...*, Op. Cit., p.138.

¹⁹ López y Rivas, Gilberto, *Op. Cit.*, p. 21.

²⁰ Durand Alcántara, Carlos, *Derechos indios en México... derechos pendientes*, Universidad Autónoma de Chapingo, México, 1994, p. 179.

En otras palabras, la autonomía se relaciona con el ejercicio democrático del poder, con la cual los pueblos indios pueden adecuar un modelo de crecimiento más acorde con sus propias expectativas, por ellos es que también reiteramos la importancia de estos derechos como elemento fundamental para la vigencia integral de la democracia en nuestro país.

Las autonomías son formas de *ejercer el derecho a la libertad*, que unánimemente es aceptado como un derecho humano, es por ello que los acuerdos de San Andrés Larráinzar²¹ apuntaron es sus peticiones la autonomía para todas las comunidades que no pueden ejercer plenamente ese derecho. En su propuesta, la autonomía está estrechamente ligada con la democratización del estado-Nación.

Estamos conscientes de que como lo apunta López y Rivas, “no todos los pueblos indígenas de una nación determinada han alcanzado los niveles de compromiso político y organización, que hagan posible la conformación de procesos autonómicos de manera uniforme en todo el territorio nacional.” Y en atención a esta idea, nuestro país no es la excepción, es por eso, que una de las tareas esenciales del movimiento indígena y de sus aliados, es el desarrollo y fortalecimiento del sujeto autonómico. La autonomía, no sólo es una fórmula de gobierno, no sólo es una propuesta legislativa, es, sobre todo, una manera de actuar dentro de la nación como sujeto político independiente.²²

La vigencia de este derecho, debe tener como consecuencia modificaciones sumamente complejas en las relaciones de poder y en el modo de vida política de las y los mexicanos. Desde el punto de vista legal, será imprescindible entender el Pluralismo Jurídico que impone esta nueva concepción en el reconocimiento del derecho a la autonomía.

A la luz de la razón cristalizada normativamente en Derechos Humanos, debe concretarse el sujeto autonómico, efectivizando todos los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas, premisa que sigue siendo un reto de nuestros días, si es que queremos vivir en democracia entendiéndola en su concepto más garantista.

V. APUNTES FINALES

Nuestra sociedad es profundamente discriminatoria,²³ así lo expresó Don Gilberto Rincón Gallardo,²⁴ indicando que esta clase de sociedades son fragmentadas, desiguales, proclives a la violencia y con escasos vínculos de solidaridad, y que en cambio, las sociedades donde se lucha contra la discriminación son más prósperas, más coherentes, más libres y más solidarias. Aquí se dibuja claramente uno de los retos que tenemos, y que de manera particular tiene el Derecho, haciendo uso entre otras cosas de acciones afirmativas.

²¹Documento que el gobierno de México y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional firmaron en 1996 en el que se establecen acuerdos que deberían tomarse en cuenta en la Reforma Constitucional que reclamaban los pueblos indígenas a través del EZLN.

²²López y Rivas Gilberto, *Op. Cit.*, p.102

²³Es común llamar despectivamente indio, a aquél que no sabe comportarse, que no tiene la aptitud de relacionarse satisfactoriamente con el resto de la sociedad, o incluso al que está sucio, al ignorante. Dice Veronique Flanet, en un libro que se llama “Viviré si Dios quiere”, que “el mestizo, como en todos lados se considera superior al indígena, los inditos, los indios, la gente indígena se oye decir. Muchos van más lejos en sus calificativos: los indios son brutos, incultos, ignorantes, incapaces, etc.; algunos mestizos atribuyen la ignorancia del indígena a la falta de información y cultura. Pero son pocos los que piensan así: atribuir la torpeza del indio a la falta de información, sería en cierto modo, plantear una autocrítica y correlativamente la conciencia de la necesidad de un cambio.”

²⁴Destacado Defensor de los Derechos Humanos en México y fue el primer Presidente del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED).

Los individuos pertenecemos como parte esencial de nuestra naturaleza a colectividades, así, en el marco de esos grupos humanos se vive la vida personal y la vida colectiva, que integran la identidad del ser humano. Si dicha identidad no se respeta como en el caso de los pueblos indígenas, se vulneran derechos humanos.

La problemática indígena y específicamente la efectividad de sus derechos humanos, ha constituido y constituye un camino accidentado e inacabado, a pesar de las recientes reformas que comentamos en la parte introductoria del presente trabajo.

Por ello, como lo apuntamos, es pertinente seguir insistiendo en los contenidos de los derechos colectivos de estos pueblos, cuyo punto de partida, en buena medida se encuentra en el derecho a la autonomía, el cual debe ser entendido mediante una interpretación “*pro persona*” o “*pro homine*”, acorde con el contenido del artículo 1 constitucional recientemente reformado (2011), que señala que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Coincidimos con José Luis Caballero Ochoa, cuando indica que esta aplicación más favorable a las personas, tiene una clave de lectura, no precisamente jerárquica, pues “el sentido clásico de la jerarquización tiene por objeto evitar conflictos normativos, pero no integra ni expande, como es propio de las normas sobre Derechos Humanos”;²⁵ de esta manera, “la cláusula de interpretación conforme, es más compatible con los criterios de interpretación en Derechos Humanos, como los que se han venido desarrollando en la práctica del Estado Constitucional contemporáneo”.²⁶

En este orden de ideas, deben tenerse siempre en cuenta además de la normatividad estatal y nacional, diversos documentos internacionales que deberán consultarse,²⁷ comenzando con el Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT, y por supuesto con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, esta última aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007.

El Derecho a la Autonomía, es pues, un elemento primordial en la vigencia de nuestro Estado Democrático, si es que coincidimos con Dahl quien definió a la Democracia como “un mecanismo mediante el cual los diversos grupos que se encuentran en una comunidad dirimen sus discrepancias y se ponen provisionalmente de acuerdo sobre una definición de las reglas común para todos”; discrepancias y acuerdos, evidentemente en nuestro país inacabados. La vigencia de los Derechos Humanos en nuestros Estados contemporáneos constituye un fiel indicador de la calidad de la Democracia, no lo perdamos nunca de vista.

Sabemos que es arduo el proceso para la reposición de la estructura del Estado Mexicano, en la que incluya a los pueblos y comunidades indígenas con todos sus derechos humanos incluyendo evidentemente la autonomía. No obstante dicho proceso es impostergable, en este sentido, es tiempo de impulsarlo desde la posición en la que nos encontremos, con vehemencia, conocimiento y sobre todo con mucho respeto.

²⁵ Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 10., segundo párrafo, de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, (Coordinadores), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011, p. 109.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Cfr. Vidaurri Aréchiga, Manuel, Pérez Guerra, José Manuel, (Compiladores), *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas: Documentos Básicos*, Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, México, 2004, 200 pp.

BIBLIOGRAFÍA:

- BELLAMY Richard, “Norberto Bobbio: Estado de Derecho y Democracia”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 28, Universidad de Alicante, España, 2005.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 10., segundo párrafo, de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, (Coordinadores), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011.
- DURAND ALCÁNTARA, Carlos, *Derechos indios en México... derechos pendientes*, Universidad Autónoma de Chapingo, México, 1994.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 48ª. ed., Porrúa, México, 1996.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *Derecho Indígena*, 1ª ed., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-McGraw-hill, México, 1997.
- LÓPEZ y RIVAS, Gilberto, *Nación y Pueblos Indios en el Neoliberalismo*, 2ª. ed., UIA, México 1996.
- ORDÓÑEZ MAZARIEGOS, Carlos Salvador, “Derechos Humanos de los Pueblos Indios”, en *Etnicidad y Derecho: un diálogo postergado entre los científicos sociales*, 1ª ed., UNAM, México, 1996.
- Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, *Folleto Derechos Humanos de los Pueblos y Personas Indígenas: 10 Preguntas Básicas*, editado por Manuel Vidaurri Aréchiga, Fátima Rostro Hernández y Jesús Soriano Flores, México, 2007.
- SORIANO FLORES, José Jesús, “Reflexiones acerca del tratamiento constitucional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Héctor Fix Zamudio*, Cuarezma Terán, Sergio (Coord.), 1ª ed., Corte Suprema de Justicia de Nicaragua y otras, Nicaragua, 2010.
- VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, Pérez Guerra, José Manuel, (Compiladores), *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas: Documentos Básicos*, Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, México, 2004.
- VILLORO, Luis, Los Pueblos Indios y el derecho a la autonomía, en *Etnicidad y Derecho: un diálogo postergado entre los científicos sociales*, 1ª ed., UNAM, México, 1996.

LEGISLACIÓN:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Ley para la protección de los pueblos y comunidades indígenas en el estado de Guanajuato; publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato, número 56, segunda parte, de fecha 8 de Abril de 2011.

OTROS DOCUMENTOS:

Acuerdos de San Andrés Larráinzar, Documento que el gobierno de México y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional firmaron en 1996 en el que se establecen acuerdos que deberían tomarse en cuenta en la Reforma Constitucional.

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Encuesta Nacional sobre Discriminación en México: Enadis 2010, en línea: http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=424&id_opcion=436&op=436, fecha de consulta: 30 de Junio de 2012.

FACULTAD DE RESOLVER CONTROVERSIAS DE LÍMITES
TERRITORIALES ENTRE ENTIDADES FEDERATIVAS. LA
INCONVENIENCIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LOS
ARTÍCULOS 46, 73, 76 Y 105 DE LA CPEUM DEL AÑO 2005

*Land boundaries dispute solving competence between states. The inconvenience
of the 2005 constitutional reform of the articles 46, 73, 76
and 105 of the Mexican Political Constitution.*

Vicente Vázquez Bustos¹

Sumario:

1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Necesidad de contar con mecanismos claros para definir las controversias de límites territoriales. 4. Reforma constitucional de 2005. 5. Reforma constitucional de 2012. 6. Crítica a la reforma constitucional de 2005, a manera de conclusión. 7. Bibliografía.

Resumen. *Toda Estado para existir como tal debe de contar con un territorio, a partir de esta premisa fundamental es que se desarrolla un análisis de la forma y mecanismos constitucionales que han existido a lo largo de la historia mexicana para resolver los conflictos de límites entre las entidades federativas.*

Especial atención merece la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de noviembre de 2005, que facultó al Senado de la República a efecto de que pueda sancionar los convenios amistosos que sobre sus respectivos límites celebren los estados; así como para que pueda establecer de manera definitiva los límites de las entidades federativas que lo soliciten, a efecto de terminar con las diferencias que estos puedan tener relativas a los límites de sus territorios; y la «contra reforma» que a la misma se implementa con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de octubre de 2012, donde se devuelve dicha facultad a nuestro Máximo Tribunal, realizando una crítica a la reforma del año 2005, por ser una reforma constitucional mal planeada y peor ejecutada.

Palabras clave: *Comisión de Límites Territoriales entre Entidades Federativas; Límites territoriales; Senado de la República; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Naturaleza jurídica; y Naturaleza política.*

Abstract. *All state to exist as it should be, it must have a territory. From this fundamental premise is that it develops an analysis of form and constitutional arrangements that have existed throughout Mexican history to resolve boundary disputes between entities states.*

Special attention is required of the reform published in the Official Journal of the Federation

¹ Licenciado en Derecho y Maestro en Fiscal. Catedrático del Departamento de Gestión Pública, División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato.

on November 8, 2005, which empowered the Senate to the effect that can punish amicable agreements on their respective boundaries that held the states, as well as to enable establish definitively the limits of the states that so request, in order to end the differences that they may have concerning the limits of their territory, and “counter-reform” that it is implemented with the reform published in the Official Journal of the Federation on October 15, 2012, where that power is returned to our highest court, in this year, making a criticism of the reform of 2005, as unconstitutional reform badly planned and worse executed.

Keywords: *Territorial Boundar Commission between federal entities, territorial limits, Senate, Supreme Court of the Nation, Legal Status, and Political Status.*

1. INTRODUCCIÓN

Toda constitución en su parte orgánica debe aspirar no sólo a estructurar y organizar el poder estatal, sino también a establecer los instrumentos, mecanismos y procedimientos a través de los cuales sus entidades —como en el caso mexicano lo son los estados y el Distrito Federal—, resuelvan los problemas propios de su esencia y funcionamiento cotidiano. Asimismo, la Ley Fundamental debe buscar tal objetivo atendiendo a la armonía del Estado y sus componentes orgánicos, asignando atribuciones de acuerdo a la naturaleza de sus órganos, ya que si bien no se desconoce que el principio de separación de poderes no es inflexible, sí es claro que determinadas atribuciones deben recaer en quien esté mejor perfilado constitucionalmente para el caso.

En el presente trabajo, se busca analizar la facultad de dirimir los conflictos de límites territoriales entre las entidades federativas, a partir de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se le otorgó esta facultad al Senado de la República, en 2005 —facultad que se retiró a la Suprema Corte de Justicia de la Nación— y la reforma donde se devuelve dicha facultad a nuestro Máximo Tribunal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de octubre de 2012.

Como atinadamente señalara en el siglo XIX, Isidro A. Montiel y Duarte «...nada es más fácil que comprender con toda la fuerza de una profunda convicción, que para entender bien nuestro derecho constitucional es de todo punto indispensable estudiar: 1º Los errores y preocupaciones que necesariamente han venido influyendo en la legislación constitucional.»²

2. ANTECEDENTES

El Acta solemne de la declaración de la independencia de la América Septentrional, del 6 de noviembre de 1813, consignó:

«El Congreso de Anáhuac, legítimamente instalado en la ciudad de Chilpancingo de la América Septentrional por las provincias de ella...».³

Por su parte, el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, conocido también como Constitución de Apatzingán, sancionado el 22 de octubre de 1814, estableció:

² Montiel y Duarte, Isidro Antonio, comp., *Derecho Público Mexicano*, Compilación, México, D.F., 1871, Tomo I, ed. Imprenta del Gobierno en Palacio, p. IX.

³ *Op. Cit.* 1, p. 10.

«Artículo 42. Miéntras (sic) se haga una demarcación exacta de esta América mexicana y de cada una de las provincias que la componen, se reputarán bajo este nombre y dentro de los mismos términos que hasta hoy han reconocidos los siguientes: México, Puebla, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Oaxaca, Técpam, Michoacán, Querétaro, Guadalajara, Guanajuato, Potosí, Zacatecas, Durango, Sonora, Coahuila y Nuevo reino de León».⁴

El artículo 8° del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, de 31 de enero de 1824, estableció la posibilidad de modificar la composición de los estados:

«Art. 8°. En la Constitución se podrá aumentar el número de los Estados comprendidos en el artículo anterior, y modificarlos según se conozca ser mas conforme a la felicidad de los pueblos».⁵

Si bien no existía todavía una clara referencia a la autonomía de los estados para decidir libre y amistosamente sus límites, sí se planteó cierta apertura para que se decidiera conforme a lo más conveniente para los habitantes.

Si bien a continuación se realiza el estudio de los diversos textos constitucionales vigentes en el país, se pone énfasis en las tres grandes constituciones federales que nos han regido, las que, como señala Emilio O. Rabasa «...fueron precedidas por una revolución; la Constitución de 1824 por la revolución de independencia; la del 57, por la Revolución de Ayutla y la del 17, por la Revolución de este siglo en sus dos fases, la de 1910 con Medero y la de 1913 con Carranza. Y las tres tienen especiales y grandes problemas, aparte del inherente a hacer una Constitución.»⁶

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, estableció en su artículo 50, la facultad del Congreso para arreglar definitivamente los límites de los estados, sin dejar abierta la facultad para que éstos arreglaran sus límites, disponiendo que se crearía una ley para fijar la extensión y límites de los estados.⁷

Durante el periodo en que se adoptó el Centralismo, en la Sexta de las Siete Leyes Constitucionales de 1836, al tratar la división del territorio nacional se estableció que:

«Art. 1°. La República se dividirá en Departamentos, conforme a la octava de las bases orgánicas. Los departamentos se dividirán en distritos y estos en partidos.»⁸

⁴ *Op. Cit.* 1, p. 23..

⁵ Montiel y Duarte, Isidro Antonio, comp., *Derecho Público Mexicano*, Compilación. México, D.F., 1871, Tomo I, ed. Imprenta del Gobierno en Palacio, p. 65.

⁶ Rabasa, Emilio O., citado por Galeana, Patricia comp., *México y sus Constituciones*, México, D.F., 1999, ed. Archivo General de la Nación y Fondo de Cultura Económica.

⁷ A través del Decreto de 19 de Julio de 1828, se determinó —entre otros aspectos— dividir las provincias de Sonora y Sinaloa, así como dividir al territorio conocido como Nueva Vizcaya, en las provincias de Durango y Chihuahua, *Op. Cit.* 1, p. 244; por medio de decreto del 22 de agosto de 1823, se decretó la provincia de Querétaro, a partir de los partidos de su capital, Cadereita y San Juan del Río, *Op. Cit.* 1, p. 248; y por Decreto de 14 de octubre de 1823, se formó la provincia del Itsmo, a partir de las jurisdicciones de Acayucan y Tehuantepec, *Op. Cit.* 1, p. 250. En el Acta Constitutiva y de reformas, del 18 de mayo de 1847, se erigió en el artículo 6, el Estado de Guerrero, compuesto por los distritos de Acapulco, Chilapa, Tasco (sic) y Tlapa y la municipalidad de Coyucan, *Op. Cit.* 2, p. 406, por citar varios ejemplos de la división del territorio nacional.

⁸ *Op. Cit.* 4, p. 63.

De modo que correspondía al Poder Legislativo, y en particular a la Cámara de Diputados, conforme a la tercera ley constitucional (artículo 44 fracción XVI) el aumentar o disminuir por agregación o división los departamentos que conformaban la República Mexicana.

No fue sino hasta el artículo 22 del Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842, cuando se estableció la capacidad de los estados para arreglar sus límites por convenios amistosos, con la aprobación del Congreso General y solo en caso de que no pudieran lograr acuerdo en los puntos contenciosos, fallaría la Suprema Corte de Justicia.

Las Bases Orgánicas de la República Mexicana, de 1843, establecieron:

«Art. 3°. El número de los Departamentos y sus límites se arreglarán definitivamente por una ley, continuando por ahora como existen...».⁹

El artículo 110 de la Constitución Política del 5 de febrero de 1857, introdujo el artículo —que hoy conocemos bajo el numeral 46—, donde estableció que deben sujetarse a la aprobación del Congreso de la Unión sus arreglos por convenios amistosos sobre cuestiones de límites.¹⁰

La vigente Constitución de 1917, al regular en sus artículos 42 y 43 al territorio nacional, así como a las partes integrantes de la Federación, es omisa, sin embargo, respecto al señalamiento sobre los límites de estas últimas, haciendo referencia únicamente a situaciones previas como es el caso de lo establecido en su artículo 45, al establecer que:

«Los Estados de la Federación conservan la extensión y límites que hasta hoy han tenido, siempre que no haya dificultad en cuanto a éstos».

Y consignar el artículo 46 —en su texto original en 1917— que:

«Los estados que tuvieren pendientes cuestiones de límites, las arreglarán o solucionarán en los términos que establezca la Constitución.»

A este respecto señala Tena Ramírez que «...cuando el actual artículo 45 dispone que los Estados y Territorios conservan la extensión que hasta hoy han tenido, se refiere a una situación de hecho que no ha sido esclarecida ni determinada por ninguna ley»¹¹

El artículo solo ha tenido tres reformas, la primera, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de marzo de 1987, con el siguiente texto:

«Los estados pueden arreglar entre sí, por convenios amistosos, sus respectivos límites; pero no se llevarán a efecto esos arreglos sin la aprobación del Congreso de la Unión.»

La segunda reforma, es justamente la de 2005, que se aborda en el punto 4 del presente artículo, y la tercera, la de 2012.

⁹ *Op. Cit.* 4, p. 430.

¹⁰ Montiel y Duarte, Isidro Antonio, comp., *Derecho Público Mexicano, Compilación*, México, D.F., 1871, Tomo IV, ed. Imprenta del Gobierno en Palacio, p. 943.

¹¹ Tena Ramírez, Felipe, citado por Cruz Barney, Oscar, comentario al artículo 47 en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*. México, D.F., 2009, Tomo II, Vigésima edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., ed. Porrúa, p. 291.

3. NECESIDAD DE CONTAR CON MECANISMOS CLAROS PARA DEFINIR LAS CONTROVERSIAS DE LÍMITES TERRITORIALES

Resulta primordial señalar la importancia que detenta la división territorial de un país, que tiene como sistema de gobierno la fórmula federal. En un país de régimen federalista, las partes integrantes del mismo son consideradas como un todo en virtud de que estas pertenecen al régimen en razón de un pacto federal. Es por ello que el territorio es un elemento que da vida, fuerza y riqueza al Estado y no cabe duda que la geografía determina muchas veces la política de un Estado de manera decisiva.

De lo anterior se establece que los territorios no son simplemente divisiones territoriales, ya que estos cuentan con soberanía para dictarse sus propias leyes y gobernarse a sí mismas. Al respecto, es necesario que todo Estado cuente con certidumbre en cuanto a su territorio. La importancia del territorio se refleja en la historia de nuestro país, en virtud de que desde sus inicios México ha sufrido innumerables cambios políticos, geográficos,¹² culturales y económicos en este sentido, tiene especial importancia para el fortalecimiento del sistema federal, pues tiene que ver con la distribución territorial del poder, en jurisdicciones y ámbitos distintos.

De forma que si bien el territorio nacional lo integran las entidades federativas, éste no es propiedad de los estados ni del Gobierno Federal, sino que pertenece a todos los mexicanos, no individualmente considerados, sino como una comunidad de intereses con un pasado, un presente y un futuro comunes.

Por lo tanto, la nación mexicana cuando se refiere al territorio de las entidades federativas, no consigna ningún derecho de propiedad de los estados miembros, pues en realidad se está estableciendo un área geográfica, que será la medida espacial de cada una de las jurisdicciones estatales.

Si bien se establecen o enuncian cuales son las partes integrantes de la Federación, no se definen dos conceptos importantes: cuáles son los límites de cada una de las entidades federativas y, derivado de esto, cuáles serían los medios de solución en caso de duda o disputa sobre determinados territorios de las entidades federativas.

¹² Baste recordar que nuestro territorio ha tenido varias escisiones, como lo fue en un inicio la separación de la Provincia de Guatemala, después de que el presidente de la Junta Provisional Consultiva, decretó la anexión de las provincias centroamericanas al Imperio Mexicano, que incluía a la Provincia de Guatemala, mediante acta que recabó la decisión mayoritaria de los ayuntamientos, pero dicha unión duró hasta la abdicación de Agustín de Iturbide en marzo de 1823; Chiapas, se convirtió en estado de México el 14 de septiembre de 1824 tras la realización de un plebiscito popular —durante la etapa colonial estaba integrado en la Capitanía General de Guatemala—; luego con los Tratados de Velasco de 1836, Antonio López de Santa Anna reconoció la independencia de la República de Texas; por el Tratado de Guadalupe Hidalgo —oficialmente llamado Tratado de Paz, Amistad, Límites y Arreglo Definitivo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América— firmado al final de la Guerra de Intervención Estadounidense, en 1848, se estableció que México cedería más de la mitad de su territorio, que comprende la totalidad de lo que hoy son los estados de California, Nevada, Utah, Nuevo México y Texas, además de renunciar a todo reclamo sobre Texas y la frontera internacional se establecería en el Río Bravo. El 30 de diciembre de 1853 se firmó el Tratado de la Mesilla, por el que el gobierno de Santa Anna vendió 76,845 kilómetros cuadrados adicionales de terreno, al sur de los actuales estados de Arizona y Nuevo México. Finalmente, está el caso del arbitraje del Rey de Italia Víctor Manuel III, cuyo laudo en 1931, adjudicó la isla de la Pasión —Clipperton— sobre en el océano pacífico, a Francia en el periodo del Presidente Pascual Ortiz Rubio y que orilló a reformar el artículo 42 de la Constitución para sacar a dicha isla como parte del territorio nacional (D.O.F. del 18 de enero de 1934).

4. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005

A través del Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de noviembre de 2005, se reformó el párrafo único y se adicionaron un segundo y tercer párrafos al artículo 46; se derogó la fracción IV del artículo 73; se adicionaron las fracciones X y XI, pasando la entonces fracción X a ser fracción XII del artículo 76; y se reformó la fracción I del artículo 105, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma que tuvo como objeto medular —según se adujo— contar con mecanismos claros para definir las controversias de límites territoriales.

A través de esta reforma se propuso facultar al Senado de la República a efecto de que pueda sancionar los convenios amistosos que sobre sus respectivos límites celebren los estados; así como para que pueda establecer de manera definitiva los límites de las entidades federativas que lo soliciten, a efecto de terminar con las diferencias que estos puedan tener relativas a los límites de sus territorios, ello con una votación calificada de dos terceras partes de los senadores presentes.

Asimismo, estableció la atribución a favor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que ésta, a instancia de la Entidad Federativa interesada, por la vía de la Controversia Constitucional pueda conocer únicamente de los conflictos derivados de la ejecución del decreto que fije los límites.

4.1. ORIGEN DE LA REFORMA.

Se encuentra en la iniciativa presentada el 7 de octubre del año 2004, por el Senador Héctor Michel Camarena, miembro del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional.

Posteriormente el 9 de diciembre de 2004, fue aprobado por las Comisiones de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Primera, de la Cámara de Senadores, el dictamen de la iniciativa enunciada, y fue aprobado el 14 de diciembre de 2004.

Recibida la Minuta con Proyecto de Decreto en la Cámara de Diputados, el 1 de febrero de 2005, el Presidente de la Mesa Directiva dictó trámite de recibo y ordenó su turno a la Comisión de Puntos Constitucionales, para su estudio y dictamen; radicándose por la Comisión de Puntos Constitucionales el 15 de marzo de 2005. En sesión de la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de fecha 27 de abril de 2005, se aprobó la Minuta de referencia, realizándose modificaciones a la misma, sin perder el sentido y la trascendencia de la iniciativa. En sesión ordinaria de la Cámara de Diputados de 28 de abril de 2005, se sometió a votación del Pleno el dictamen, aprobándose por 352 votos a favor, 14 votos en contra y una abstención; ordenándose su remisión a la colegisladora para los efectos del artículo 72 inciso e)¹³ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹³ «E. Si un proyecto de ley o decreto fuese desechado en parte, o modificado, o adicionado por la Cámara revisora, la nueva discusión de la Cámara de su origen versará únicamente sobre lo desechado o sobre las reformas o adiciones, sin poder alterarse en manera alguna los artículos aprobados. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fuesen aprobadas por la mayoría absoluta de los votos presentes en la Cámara de su origen, se pasará todo el proyecto al Ejecutivo, para los efectos de la fracción A. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueren reprobadas por la mayoría de votos en la Cámara de su origen, volverán a aquella para que tome en consideración las razones de ésta, y si por mayoría absoluta de votos presentes se desecharen en esta segunda revisión dichas adiciones o reformas, el proyecto, en lo que haya sido aprobado por ambas Cámaras, se pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción A. Si la Cámara revisora

El 28 de abril de 2005, se recibió en el Senado de la República la Minuta con Proyecto de Decreto, turnándose por el Presidente de la Mesa Directiva a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, Primera, para su estudio y dictamen; suscribiéndose este el 28 de abril de 2005, aprobando las modificaciones hechas por la colegisladora; discutiéndose el dictamen con dispensa de segunda lectura, en la sesión de Pleno del Senado el 21 de junio de 2005, resultando aprobado por 80 votos a favor.

Cabe destacar que en los dictámenes legislativos, se adujo de manera profusa; así la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, suscribió el dictamen, realizando modificaciones a la Minuta que le fue remitida por el Senado de la República, argumentando que:

«... hay dos consideraciones que apuntan hacia la Cámara de Senadores como el órgano federal idóneo para resolver esta clase de diferendos. La primera de ellas se basa en nuestra historia constitucional la cual nos deja ver que ha sido la intención y el espíritu del Constituyente Permanente el que los límites territoriales sean determinados legalmente. Sin embargo, el que tal determinación de límites deba hacerse a través de una Ley Reglamentaria no ha sido la mejor solución, lo cual no invalida la conveniencia de que la misma sea definida a través de un acto material y formalmente legislativo.

El argumento anterior es aún más claro si atendemos a la segunda de nuestras consideraciones. El territorio, como lo apunta la mayoría de los teóricos del Estado, es uno de los elementos necesarios y previos de éste. En él se expresan todos los demás elementos del Estado: su población, y el poder expresado a través de un orden jurídico que en el caso de los Estados federales está compuesto de su esfera nacional y de su ámbito local.

No en balde Jellinek define al Estado como una corporación territorial dotada de poder de mando originario. Por tanto el territorio, al ser un elemento de tal trascendencia en la vida de un Estado debe ser definido, establecido y resguardado constitucional y legalmente. Es tan sólo cuando hay diferencias o contención sobre la aplicación o interpretación de la ley cuando el poder encargado en esencia de la función jurisdiccional debe intervenir, en tanto que aquel diseñado para elaborar leyes es quien debe regular, en principio, los aspectos esenciales de la estructuración y organización estadual.

De manera específica se estima que la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, fiel a su naturaleza originaria de garante del pacto federal, es el órgano constitucional mejor abocado para la resolución de conflictos territoriales entre entidades federativas a través de la determinación legislativa de los límites de los estados y el Distrito Federal, cuando estos así lo soliciten.

Al establecer tal determinación como una facultad exclusiva del Senado se evita la prolongación de la misma que sería propia de un acto bicameral. Asimismo, y al menos en origen, el Senado contiene una representación más equilibrada de las entidades federati-

insistiere, por la mayoría absoluta de votos presentes, en dichas adiciones o reformas, todo el proyecto no volverá a presentarse sino hasta el siguiente período de sesiones, a no ser que ambas Cámaras acuerden, por la mayoría absoluta de sus miembros presentes, que se expida la ley o decreto sólo con los artículos aprobados, y que se reserven los adicionados o reformados para su examen y votación en las sesiones siguientes.»

vas en contraste con la Cámara de Diputados, lo que garantiza una apreciación más justa y equitativa de los conflictos limítrofes.»¹⁴

Asimismo, la Cámara de Diputados en su carácter de revisora, consideró conveniente precisar que la aprobación de los decretos emitidos por el Senado, sea por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, considerando que con ello se daría mayor certeza y seguridad jurídica a decisiones sobre conflictos cuya naturaleza los identifica como de la más alta complejidad por sus efectos e impacto de toda índole, en el desarrollo de las regiones implicadas; por lo que la votación calificada, con toda seguridad —según la argumentación del dictamen legislativo—, sería una limitante a la politización de estos conflictos, y permitiría una mayor aceptación de las correspondientes resoluciones por parte de las entidades federativas involucradas en estos diferendos limítrofes.

Resulta importante destacar que se consideró conveniente que los decretos del Senado por los cuales se resuelvan conflictos limítrofes tengan el carácter de definitivos e inatacables. Ello por varias razones, la primera a fin de evitar la recurrencia de los problemas que se pretenden resolver al inhibir que se acuda ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación a impugnar el fondo del dictamen senatorial, así como su aprobación misma; y la segunda, consiste en la conveniencia de dirimir en definitiva conflictos que en su mayoría datan de mucho tiempo atrás con las secuelas negativas que ello ha implicado en la relación entre entidades y comunidades regionales.

Lo anterior no obstaría para que la Suprema Corte pueda conocer en controversia constitucional, y a solicitud de la entidad federativa interesada, de aquellos conflictos derivados de la ejecución del decreto de la Cámara de Senadores por el cual se resuelvan diferendos territoriales.

En tanto que en el Senado de la República, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, Primera, suscribieron el dictamen aprobatorio de la Minuta que les fue turnada por la colegisladora, considerando como argumento para la aprobación de la propuesta, el subsanar una laguna jurídica existente en nuestra Carta Magna, en materia de límites territoriales, considerando que la vía legislativa y mediante el ejercicio de una facultad exclusiva de dicha Cámara es la mejor vía para resolver amistosamente o a instancia de parte, los conflictos de límites entre las partes integrantes de la Federación.

Señaló el dictamen la conformidad con las adecuaciones realizadas por la colegisladora, toda vez que con las mismas se fortalecería la propuesta inicial pero a su vez se dejaron intocados los temas fundamentales de la iniciativa, como son:

«1. Llenar un vacío jurídico que existía en el artículo 46 constitucional, adicionándole un párrafo segundo, mediante el cual a falta de acuerdo, cualquiera de las partes podrá acudir ante la Cámara de Senadores, quien actuará en términos del artículo 76, fracción IX, de la Constitución.

2. Que las resoluciones del Senado de la República serán definitivas e inatacables, esto es resuelven el fondo de los conflictos de límites entre las entidades federativas.

¹⁴ Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, con Proyecto de Decreto que reforma el único párrafo y se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 46; se deroga la fracción IV del artículo 73; se adicionan las fracciones X y XI, pasando la actual fracción X a ser fracción XII, del artículo 76; y se reforma la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión del 28 de abril de 2005. Consultable en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

3. Que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, solamente interviene en los conflictos derivados de la ejecución del decreto del Senado de la República, a instancia de parte interesada y a través de la controversia constitucional.

4. Que con el decreto definitivo e inatacable del Senado de la República, las entidades federativas tienen un camino jurídico por el que habrán de transitar, para dirimir sus conflictos derivados de la ejecución de dicho decreto; y la Suprema Corte de Justicia de la Nación tendrá en el decreto la base jurídica para decidir, ahora sí, conforme a la ley y mediante la controversia constitucional los conflictos derivados de la ejecución del decreto.

5. El establecimiento de la Comisión de Límites del Senado de la República, que le dará curso a las solicitudes de establecimiento de límites de las entidades federativas, y con ello, la vía jurídica y política que por su trascendencia estos asuntos requieren.

6. La remisión de inmediato al Senado de la República, de las controversias constitucionales que se encuentren en trámite, con todos sus antecedentes, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo de conflictos limítrofes entre entidades federativas, para que la citada Cámara en plenitud de facultades constitucionales, proceda a establecerlos por decreto de manera definitiva.»¹⁵

Asimismo, manifestaron su coincidencia con la modificación del artículo tercero transitorio, en el sentido de que, al ser el Senado de la República el facultado para resolver los conflictos limítrofes, debía remitir la Suprema Corte los asuntos en trámite, para su resolución definitiva por la Cámara Alta.

1.2. TEXTO DERIVADO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005

Con la reforma constitucional se estableció que sea el Senado de la República quien resuelva de manera definitiva e inatacable, mediante decreto, los conflictos sobre límites territoriales de los estados; ello en razón de que el Senado —se consideró así— era el órgano federal idóneo para resolver esta clase de diferendos, pues la Cámara de Senadores, conforme su naturaleza originaria de garante del pacto federal, se valoró era el órgano constitucional mejor abocado para resolver los conflictos territoriales entre entidades federativas a través de la determinación legislativa de los límites de los estados y el Distrito Federal, cuando éstos así lo soliciten.

Además, se argumentó que al establecer tal determinación como facultad exclusiva del Senado, se evita la prolongación de la misma que sería propia de un acto bicameral. Se señaló que fortalecía este argumento el que el Senado está integrado con una representación más equilibrada de las entidades federativas en contraste con la Cámara de Diputados, lo que sin duda alguna, garantizaría una apreciación más justa y sobre todo más equitativa de los conflictos limítrofes.¹⁶

¹⁵ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Estudios Legislativos, Primera, con proyecto de decreto mediante el cual se reforma el único párrafo y se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 46; se deroga la fracción IV del artículo 73; se adicionan las fracciones X y XI, pasando la actual fracción X a ser fracción XII del artículo 76; y se reforma la fracción I del artículo 105, todos ellos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Gaceta Parlamentaria del Senado de la República, 21 de junio de 2005. Primer Periodo Extraordinario, Gaceta 113. Consultable en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=6781&lg=59>

¹⁶ Cabe destacar en oposición a lo señalado por el Constituyente Permanente que el Senado de la República se compuso de dos senadores por Entidad Federativa y el Distrito Federal después de su restauración en 1874; la Constitución de 1917, mantuvo la conformación, hasta que en 1993 se introdujo el principio de representación proporcional en el Senado,

Así, según José Barragán Barragán «hemos visto y repetido que el Senado se crea para llevar la representación en el Congreso del interés general de los estados miembros de la Unión: el Senado representa a las entidades federativas, el Senado es una gran institución federal, pero, en vigor, no es esencial al sistema. Entre 1857 y 1874 no hubo Senado y nada pasó. Lo que parece ser esencial al sistema federal mexicano es que los estados cuenten con un órgano de representación de sus intereses como entidades federativas, para mantener el equilibrio de la Unión, la igualdad entre los estados y el acierto de la coordinación de la actividad del gobierno federal.»¹⁷

Así, se estableció que los decretos del Senado por los cuales se resuelvan conflictos limítrofes tengan el carácter de definitivos e inatacables, a fin de evitar la recurrencia de los problemas que se pretenden resolver al inhibir que se acuda ante la Suprema Corte a impugnar el fondo del dictamen.

Finalmente, se modificó la fracción I del artículo 105 constitucional, con la finalidad de hacer expresa la voluntad del Constituyente Permanente, en relación a que el único órgano constitucional facultado para conocer y resolver conflictos limítrofes, fuera el Senado de la República, y que la Suprema Corte de Justicia de la Nación únicamente podría conocer en la materia, mediante controversia constitucional, a petición de parte interesada, de aquellas controversias que versen sobre la ejecución de los decretos que la Cámara de Senadores apruebe al resolver conflictos territoriales entre entidades federativas. Esta modificación buscó la congruencia con lo que se previene en la reforma del párrafo tercero del artículo 46 constitucional, al dejarle competencia a la Suprema Corte, pero solamente para conocer de los conflictos derivados de la ejecución del decreto.

Punto destacado de esta reforma, lo son los dispositivos transitorios que señalaron:

«PRIMERO.- La reforma entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO.- La Cámara de Senadores establecerá dentro del periodo ordinario de sesiones inmediato siguiente a la entrada en vigor del presente decreto, la Comisión de Límites de las Entidades Federativas, la cual se integrará y funcionará en los términos de la ley reglamentaria que al efecto se expida, así como por las disposiciones que para el caso dispongan la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y el Reglamento para su Gobierno Interior.

TERCERO.- Las controversias que a la entrada en vigor de este decreto se encuentren en trámite ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de conflictos limítrofes entre entidades federativas, serán remitidas de inmediato, con todos sus antecedentes, a la Cámara de Senadores, a fin de que ésta en términos de sus atribuciones constitucionales proceda a establecerlos de manera definitiva mediante decreto legislativo.»

eligiéndose 3 senadores: 2 por principio de mayoría relativa y 1 por el principio de representación proporcional; y a partir de 1996 se elijen a 4 senadores: 2 por el principio de mayoría relativa, 1 a la primera minoría, y 1 por sistema de lista (una sola circunscripción plurinominal para todo el país). De donde al introducir este nuevo sistema proporcional, se rompe el principio de que el Senado representa el territorio y ahora representa también a la población y a los estados.

¹⁷ Torija Aguilar, Jaime et al. *El senado mexicano, por la razón de las leyes*, México, D.F., 1987, Volumen uno, Senado de la República, LIII Legislatura, p. 201.

5. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2012

Pasados más de seis años de la reforma a los artículos 46, 73, 76 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de noviembre de 2005—, se reformó nuevamente la Constitución en los artículos 46, 76 y 105 —*Diario Oficial de la Federación* del 15 de octubre de 2012—, y con esta reforma se deroga la fracción XI del artículo 76 constitucional, que contemplaba las facultades del Senado de la República de autorizar mediante decreto aprobado por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes los convenios amistosos que sobre sus respectivos límites celebren las entidades federativas y de resolver de manera definitiva los conflictos sobre límites territoriales de las entidades federativas que así lo soliciten, mediante decreto aprobado por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes; asimismo, se reformó la fracción I del artículo 105 constitucional, para que en concordancia con la modificación al artículo 46 constitucional, se elimine excepción de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conozca en controversia constitucional del conflicto de límites territoriales entre los Estados miembros de la Federación.

5.1. DICTAMEN DEL SENADO DE LA REPÚBLICA

Las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, dictaminaron cuatro iniciativas con Proyecto de Decreto que reforman los artículos 46, 76 y 105 de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, con opinión de la Comisión de la Comisión de Límites de las Entidades Federativas, las iniciativas fueron suscritas por los senadores: 1. Ramiro Hernández García (PRI); 2. Humberto Andrade Quezada (PAN); 3. Integrantes de la Junta de Coordinación Política (PAN, PRI, PRD, PVEM, Convergencia y PT); y 4. Héctor Pérez Plazola (PAN).

Las iniciativas, en lo esencial proponían:¹⁸ (vease anexo 1).

El dictamen, por otra parte, reconoce —de manera implícita— que la necesidad de realizar la «contra reforma» en materia de resolución de límites territoriales, obedece a que se fue incapaz de cumplir en los términos con las obligaciones que se le establecieron al Congreso de la Unión acorde a los artículos segundo y tercero transitorio del Decreto de reforma constitucional de 2005, al consignar en el dictamen:

«En el decreto mencionado, se estableció en el artículo tercero transitorio que: “Las controversias que a la entrada en vigor de este decreto se encuentren en trámite ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de conflictos limítrofes entre entidades federativas, serán remitidas de inmediato, con todos sus antecedentes, a la Cámara de Senadores, a fin de que ésta en términos de sus atribuciones constitucionales proceda a establecerlos de manera definitiva mediante decreto legislativo.”

¹⁸ Cuadro comparativo contenido en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Límites de las Entidades Federativas, respecto el Proyecto de Decreto que reforma los artículos 46, 76 y 105 de la Constitución Política, en materia de límites territoriales. Gaceta Parlamentaria del Senado de la República del 21 de junio de 2005. Primer Periodo Ordinario. Gaceta 330. Consultable en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=12794&lg=61>

Finalmente, el Senado debía constituir en su estructura la Comisión de Límites de las Entidades Federativas, la cual se integraría y funcionaría en los términos de la ley reglamentaria que al efecto se expida.

Lo anterior es una descripción sintética de la reforma constitucional mencionada previamente, y que a casi 6 años de su entrada en vigor conviene revisar...»¹⁹

Continúa señalando el dictamen senatorial que:

«Como se puede apreciar, esto resultaba requisito sine quanon para que esta Soberanía a través de la Comisión de Límites Territoriales entre Entidades Federativas, dictaminara a partir de los convenios que en su caso, se hubieren presentado por las entidades involucradas y considerando los elementos esenciales siguientes: en primer término definir qué hacer y con base en que fundamento constitucional se analizaban y calificaban las actuaciones jurisdiccionales que obran en cada expediente; para ello se advirtieron las siguientes disyuntivas: a) invalidar las actuaciones jurisdiccionales hasta entonces radicadas en la Suprema Corte; y b) tomar en consideración lo actuado y repercutirlas en el dictamen.

La primera de las opciones señaladas era tanto como decir “borrón y cuenta nueva”, pero para que ello surtiera efectos, resultaba indispensable que esta Soberanía declarara inválido lo actuado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acto jurídico que nos resultaba inoperante, así como carente de fundamento constitucional, puesto que al Senado le está otorgada por la Constitución la facultad para crear, adicionar, reformar, derogar y abrogar leyes, pero no para invalidar resoluciones del Poder Judicial Federal.

La segunda opción, en donde el criterio que en su caso podría tomar el Senado, es el correspondiente a prescribir que el dictamen se sustentaría como primera premisa de las actuaciones que realizó la Suprema Corte, no obstante, esto también resultaba inoperante, puesto que el procedimiento seguido bajo estricto derecho dejó de serlo en el momento mismo que dio un viraje al transformarse su naturaleza jurídica, así como la vía, los términos y el procedimiento para el desahogo de la litis, es decir en la amigable composición como forma de concluir los conflictos, sin embargo, ésta no tiene cabida en los procedimientos jurisdiccionales, antes bien, ambas formas se excluyen entre sí.

Lo anterior trajo como consecuencia que esta Soberanía ahondara en el principio de la división de poderes, para no invadir la función jurisdiccional que a todas luces es más propia de la Suprema Corte, consistente en este caso en conocer, sustanciar y resolver bajo su plena jurisdicción los conflictos de límites territoriales entre las entidades federativas, en forma uni-instancial, cuya resolución produzca cosa juzgada.

Estas comisiones dictaminadoras, consideran conveniente trasladar la competencia contenciosa que tiene actualmente el Senado para conocer del conflicto limítrofe entre entidades federativas a la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya que nuestra Carta Magna consagra el principio de división de poderes (artículo 49) y además establece las facultades de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y el Judicial. Por lo que hace al Legislativo federal, de manera específica, la Cámara de Senadores, dentro de sus facultades no dispone ejercer facultades jurisdiccionales, dichas facultades corresponden al Poder Judicial.

¹⁹ *Op. Cit.* 17.

La Cámara de Senadores es un órgano legislativo, político y representativo, no un órgano jurisdiccional. Y sólo de manera muy excepcional realiza funciones jurisdiccionales en los casos previstos en la Constitución Política.»²⁰

De conformidad con el turno otorgado, se contó con la opinión —sin carácter vinculatorio— de la Comisión de Límites de las Entidades Federativas, la cual fue divergente del sentido del dictamen de la Cámara de Senadores al argumentar:

«Insuficiencias de la reforma de diciembre de 2005.

Así pues, pese a la limitación de no poder ejercer la facultad consagrada en la fracción XI del artículo 76 constitucional, las facultades en materia limítrofe de las entidades federativas han sido efectivamente ejercidas. Sin embargo, es necesario señalar los vicios de origen que dificultan el pleno ejercicio del mandato constitucional en materia limítrofe y que en última instancia determinan la posibilidad del Senado de la República, para preservar la paz, fortalecer las instituciones y la soberanía de las entidades federativas, otorgando a nuestro país la certeza y seguridad jurídica que se demanda sobre su territorio.

De entrada, se considera idónea la instancia del Senado por hacerse congruente con la preexistente facultad de admitir nuevos estados a la federación o resolver sobre la creación de entidades en el territorio mexicano; aunado ello a su responsabilidad como defensor del orden Federal y también por ser una medida que tiene toda la intención de fortalecer el Pacto Federal.

Ahora bien, al conferírsele una facultad que hasta el momento había sido limitada a la intervención en cuanto a los convenios amistosos y ampliarse su actuar no solo como mediador, sino también como órgano encargado de la resolución definitiva de estos conflictos; surge una necesidad, que es precisamente el establecimiento de un procedimiento claro y en atención a la justicia; que por la vía legislativa procure la prevalencia del Estado de Derecho en relación con la territorialidad de las Entidades que conforman esta Federación.

Los medios idóneos para la resolución de un conflicto limítrofe, no le fueron dotados al Senado, que adquirió una facultad materialmente jurisdiccional, aunque formalmente legislativa, lo cual, representó una situación atípica, pero constitucional.

Claramente, la división de poderes tiene hoy que incluir otros aspectos junto a las tradicionales funciones del Estado, en consecuencia, es necesaria la colaboración y el control recíproco entre el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Esto no significa que el mantenimiento y la funcionalidad jurídico-política de la división clásica de los tres poderes carezca (sic) de significación, sino que simplemente ha modificado su sentido.

Así pues, admitiendo como viables y necesarias estas atemperanzas —es decir el ejercicio material de una función distinta a la eminentemente originaria de un poder constituido, sin que por ello pierda su formalidad— es necesario también señalar que la facultad contenciosa otorgada al Senado de la República no fue acompañada de algunas de las atribuciones necesarias.

En particular, es de señalarse que no se contaba con los medios idóneos para:

²⁰ *Op.Cit.* 17..

- a) Someter a los estados al mandato del Senado de la República;
- b) Determinar el estatus jurídico de las zonas limítrofes controvertidas;
- c) Suspender los actos de cualquiera de las entidades sobre el área limítrofe;
- d) Designar un responsable (V.Gr. la Federación) para la prestación de servicios básicos en el área limítrofe controvertida, y
- e) Hacer ejecutar la resolución definitiva e inatacable del Senado, entre otras.

Las anteriores deficiencias, tienen su origen en el texto constitucional propuesto, es decir, aunque sean abordadas por una ley reglamentaria, el Senado no puede arrogarse, por ejemplo, de facultades de suspensión.»²¹

Los anteriores argumentos, que en mucho son mas una justificación no solicitada acerca del porqué la reforma constitucional de 2005 no funcionó, vuelven a fijar en el debate el tema de si la facultad de dirimir los conflictos de límites entre las entidades federativas, constituye el dirimir un conflicto de índole político o jurídico.

5.3. DICTAMEN DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

La Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados suscribió dictamen en sentido positivo, destacando que la principal novedad de la Minuta es regresar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la facultad para resolver controversias en materia de conflictos sobre límites territoriales, argumento que se hiló con la reforma constitucional de 1994, por lo que hace al tema de la controversia constitucional, citando la parte conducente de la iniciativa del Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León:

«La iniciativa plantea la reforma del artículo 105 constitucional a fin de ampliar las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de las controversias que se susciten entre la federación, los estados y lo municipios; entre el Ejecutivo federal y el Congreso de la Unión; entre los Poderes de las entidades federativas, o entre los órganos de gobierno del Distrito Federal, al ampliarse la legitimación para promover las controversias constitucionales, se reconoce la complejidad que en nuestros días tiene la integración' de los distintos órganos federales, locales y municipales.»²²

Sosteniendo este argumento con el contenido de la tesis P./J. 97/2007, de la Novena Época, del Pleno de nuestro Máximo Tribunal, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, de diciembre de 2007, página 1101, bajo el rubro y texto siguientes:

Controversia constitucional. Procede contra las resoluciones de las legislaturas locales que dirimen en definitiva conflictos de límites territoriales entre los municipios de un estado. Conforme a los artículos 46, 73, 76 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión está facultada para resolver de manera definitiva e inatacable los conflictos que por límites territoriales se susciten entre los Estados de la Federación, lo que se corrobora con el primer párrafo de la fracción I del indicado artículo 105, que prevé que los conflictos a que se refiere el artí-

²¹ *Op. Cit.* 17.

²² Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, con proyecto de decreto que reforma los artículos 46, 76 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados. Año XV, número 3497-II, del martes 24 de abril de 2012. Consultable en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

culo 46 del propio Ordenamiento Fundamental no pueden impugnarse en controversia constitucional; asimismo, el citado artículo 105 faculta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer a través del mencionado medio de control constitucional, a instancia de parte interesada, de los conflictos derivados de la ejecución de los decretos que emita el Senado en materia de límites territoriales estatales. Ahora bien, tratándose de las resoluciones de las Legislaturas Locales en materia de delimitación territorial de los Municipios de un Estado, como la propia Constitución Federal no establece la improcedencia de la controversia constitucional respecto de estas resoluciones, no existe impedimento alguno para que este Alto Tribunal revise en esa vía las resoluciones dictadas en la indicada materia, pues de lo contrario se haría nugatorio el procedimiento que tiene como fin primordial garantizar la supremacía de la Ley Fundamental, ajustando el actuar de cualquier autoridad a los lineamientos que ésta prevé, máxime si dichas determinaciones pueden afectar de manera directa o indirecta las prerrogativas constitucionales otorgadas a algún Poder o nivel de gobierno.

Consignando el dictamen de la colegisladora que:

«En suma, esta colegisladora llega a la firme convicción de que el Senado de la República, invade materialmente las facultades del Poder Judicial establecidas en el artículo 105 constitucional, al convertirse en un tribunal especial, prohibido por el artículo 13 de la ley fundamental.

Esto es así, ya que la reforma constitucional de 2005, a los artículos 46, 76 y 105, que le dan competencia al Senado de la República para conocer de conflictos en materia de límites territoriales, facultad que tenía la Suprema Corte, actualmente vulneran la autonomía de este órgano jurisdiccional, al convertirlo en un órgano ejecutor del cumplimiento de las decisiones del Senado la República, por ello, es importante devolver a la Corte su facultad original como principio del respeto y autonomía de los Poderes de la Unión.»²³

Se destaca que el Decreto aprobado por la Cámara de Diputados —la cual al haber fungido como cámara revisora turnó la Minuta Proyecto de Decreto a las legislaturas de los estados— aprobó en sus términos los artículos transitorios de la Minuta:

«**Único.** El presente decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, y quedarán derogadas todas las disposiciones normativas que contravengan a este Decreto.»

6. CRÍTICA A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005, A MANERA DE CONCLUSIÓN

La norma jurídica no es un instrumento estático, sino por el contrario, debe permanecer en un proceso constante de cambio, de perfeccionamiento, para resolver, por una parte las probables deficiencias y lagunas que contenga y para que su contenido se mantenga acorde a la realidad que le corresponde regular. Esta dinámica de cambio normativo posibilita que la Norma Fundamental se encuentre cotidianamente sujeta a escrutinio.

Bajo este contexto, y acorde al análisis desarrollado, se considera que la reforma constitucional de publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de noviembre de 2005, fue una reforma mal planeada y peor ejecutada, por las siguientes razones:

²³ *Op. Cit.* 21

a) Un tema de carácter jurisdiccional, como es la resolución de límites territoriales entre las entidades federativas a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se trasladó a un tema político, como atribución del Senado de la República, desnaturalizando la función decisoria. Ilustra la falta de previsión de esta reforma, lo aducido hace más de ciento cincuenta años, cuando en los debates del constituyente de 1857, al darse lectura al dictamen de la comisión de división territorial, en diciembre de 1856, consignó Isidro A. Montiel y Duarte, en su obra *Derecho Público Mexicano*:

«El Sr. Ramírez (D. Ignacio), califica de inútil el artículo, y ántes (sic) de entrar en la cuestión hace la más triste reseña de los trabajos de la gran comisión parlamentaria. La circunstancia de componerse de un diputado por cada Estado, impidió toda reforma radical é (sic) hizo que se adoptara el plan de conservar lo existente, proponiéndose conquistar cada cual para su Estado.»²⁴

Aunado a la crítica anterior, se destaca que el Senado, desde sus inicios ha tenido como misión, ser representante de las entidades federativas, en su carácter autonómico ante cualquier conflicto, pero de índole político, sin embargo la paridad con que teóricamente debiera contar cada entidad federativa al tener por citar un ejemplo, Chihuahua y Tlaxcala —la entidad más grande y la más pequeña en territorio— o el Estado de México y Baja California Sur —la entidad más poblada y la menos poblada—, el mismo número de senadores, se ha roto con la incorporación del cuarto senador por entidad federativa, con la reforma constitucional de 1996.

b) Si bien el Senado integró la Comisión de Asuntos de Límites Territoriales, al encontrarse su labor sustantiva —sancionar los acuerdos amistosos de las entidades federativas, y proponer la resolución de límites territoriales— sujeta a que se cuente con una Ley Reglamentaria que prevea el procedimiento, y al no haberse emitido ésta por el propio Senado de la República, ha hecho nugatorio su trabajo.

Implícitamente así se reconoce en el Plan de Trabajo de la Comisión de Límites de las entidades Federativas:

«Como es evidente, el Senado de la República y particularmente la CLEF, tienen una oportunidad histórica, no sólo para esclarecer problemas ancestrales de nuestro país, sino para fortalecer el pacto federal, dotando de certeza a las entidades y la federación. Sin embargo, el ejercicio de tan trascendente facultad estará limitado y enmarcado por lo que establezca la Ley Reglamentaria en la materia, obligación constitucional del Congreso de la Unión, que aun no ha sido satisfecha.

Así las cosas, la prioridad y condición sine qua non para asumir este encargo, es la aprobación de la referida Ley, misma que contendrá las herramientas para iniciar la resolución de los asuntos limítrofes pendientes.»²⁵

De modo que hasta en tanto no se contara con una Ley Reglamentaria, la labor de la Comisión de Límites Territoriales, carecía de «sustancia», por ende, la crítica es al total de los inte-

²⁴ *Op. Cit.* 4, p. 533..

²⁵ Consultable en: <http://www.senado.gob.mx/libreria/web/comisiones/LEF/index.php?ver=1.1>

grantes del Senado de la República que incumplieron con el mandato constitucional de dotar de una Ley Reglamentaria a la Comisión de Asuntos de Límites Territoriales.²⁶

Ello, configura lo que en opinión de algunos tratadistas de derecho procesal constitucional se ha dado en llamar en la doctrina, inconstitucionalidad por omisión legislativa, por tratarse la expedición de la Ley Reglamentaria en materia de Límites Territoriales, de una norma de eficacia diferida²⁷ al necesitar ser actuada o concretada a través de una posterior actividad normativa.

c) Conforme al artículo segundo transitorio del decreto de reforma constitucional de 2005, la SCJN acató el mandato del Constituyente Permanente y turnó los expedientes de las controversias constitucionales que estaban en trámite antes de la promulgación de la citada reforma al Senado de la República:

- 09/97: Quintana Roo Vs. Yucatán y Campeche;
- 13/97: Quintana Roo Vs. Yucatán y Campeche;
- 03/98: Jalisco Vs. Colima; y
- 51/04: Municipios de Cihuatlán, Jalisco Vs. Manzanillo, Colima.

No obstante, dichas controversias quedaron insubsistentes ante la Corte, en virtud del auto de sobreseimiento que sobre cada una de ellas recayó atendiendo lo dispuesto por el artículo tercero transitorio de la reforma de 2005, que a la letra señala:

«**Artículo Tercero.** Las controversias que a la entrada en vigor de este decreto se encuentren en trámite ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de conflictos limítrofes entre entidades federativas, serán remitidas de inmediato, con todos sus antecedentes, a la Cámara de Senadores, a fin de que ésta en términos de sus atribuciones constitucionales proceda a establecerlos de manera definitiva mediante decreto legislativo.»

Así pues, la Suprema Corte de Justicia de la Nación dejó de conocer las controversias previamente admitidas, quedando insubsistentes sus facultades en materia limítrofe, por lo que lo jurídicamente correcto era darle un final a ese proceso, hecho que se materializó en el año 2005, con los referidos autos de sobreseimiento.

Los asuntos fueron turnados al Senado de la República, que recibió los expedientes como antecedentes, para en un momento posterior proceder al estudio de cada uno de esos temas y determinar en definitiva los límites entre las entidades afectadas; y dado que para ejercer plenamente sus facultades limítrofes, las mismas debían ser reglamentadas mediante una ley constitucional, la aprobación de tal ley era indispensable para ejercer la facultad exclusiva consagrada en la fracción XI del artículo 76 constitucional (procedimiento contencioso), pues resultaba necesario establecer un procedimiento por ley que respetara las garantías esenciales del proceso, y salvaguardara el derecho de las entidades a ser oídas y vencidas ante la instancia facultada para resolver sus conflictos.

²⁶ Consultable en: <http://www.senado.gob.mx/libreria/web/comisiones/LEF/index.php?ver=1.1>

²⁷ Son normas de organización de los llamados «poderes» estatales y de sus instancias de dirección. Ver Báez Silva, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, D.F., 2000, ed. Porrúa, p. 14.

En consecuencia, se perdieron más de seis años de inactividad en el Senado por la falta de acuerdos para sacar adelante la Ley Reglamentaria en materia de Límites Territoriales, generando con ello además un problema para la Suprema Corte de Justicia de la Nación que tendrá que reanudar y resolver los expedientes de conflictos de límites, sin actividad procesal en más de seis años.

7. BIBLIOGRAFÍA

BÁEZ SILVA, Carlos. *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, México, D.F., Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, ed. Porrúa.

CRUZ BARNEY, Oscar. Comentario al artículo 47 en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada y concordada*. México, D.F., Tomo II, Vigésima edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., 2009, ed. Porrúa.

GALEANA, Patricia comp., *México y sus Constituciones*. México, D.F., 1999, ed. Archivo General de la Nación y Fondo de Cultura Económica.

MONTIEL y DUARTE, Isidro Antonio. *Derecho Público Mexicano, Compilación*. México, D.F., Tomos I, II, III y IV, 1871, ed. Imprenta del Gobierno en Palacio.

NORIEGA, Celicilia y Salmerón, Alicia, comps. *México: un siglo de historia constitucional (1808-1917): estudios y perspectivas*, México, D.F., 2009. Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora y Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Secretaría General del Congreso del Estado y Dirección General de Apoyo Parlamentario. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Historia Legislativa (1917-1999)*. Guanajuato, Gto., 2000. Comisión de Régimen Interno, Congreso del Estado de Guanajuato, LVII Legislatura.

TORIJA AGUILAR, Jaime et al. *El senado mexicano. Por la razón de las leyes*, 2010. México, D.F., Volumen uno. 1987. Senado de la República, LIII Legislatura.

Comisión de Límites de las Entidades Federativas del Senado de la República. *Plan General de Trabajo, LXI Legislatura*. Consultable en: <http://www.senado.gob.mx/libreria/web/comisiones/LEF/index.php?ver=1.1>

Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, con Proyecto de Decreto que reforma el único párrafo y se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 46; se deroga la fracción IV del artículo 73; se adicionan las fracciones X y XI, pasando la actual fracción X a ser fracción XII, del artículo 76; y se reforma la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión del 28 de abril de 2005. Consultable en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; y de Estudios Legislativos, Primera, el que contiene proyecto de decreto mediante el cual se reforma el único párrafo y se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 46; se deroga la fracción IV del artículo 73; se adicionan las fracciones X y XI, pasando la actual fracción X a ser fracción XII del artículo 76; y se reforma la fracción I del artículo 105, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Gaceta Parlamentaria del Senado de la República del 21 de junio de 2005. Primer Periodo Extraordinario, Número de Gaceta: 113. Consultable en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=6781&lg=59>

Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, con proyecto de decreto que reforma los artículos 46, 76 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados. Año XV, número 3497-II, del martes 24 de abril de 2012. Consultable en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Anexo 1

Texto Vigente	Iniciativa Senador Ramiro Hernández	Iniciativa Senador Humberto Andrade	Iniciativa Senadores de la Junta de Coordinación Política	Iniciativa Senador Héctor Pérez Plazola
Artículo 46. Las entidades federativas pueden arreglar entre sí, por convenios amistosos, sus respectivos límites; pero no se llevarán a efecto esos arreglos sin la aprobación de la Cámara de Senadores.	Artículo 46. (...)	Artículo 46. Las entidades federativas pueden arreglar entre sí, por convenios amistosos, sus respectivos límites, de los cuales se dará parte a la Cámara de Senadores y al Titular del Poder Ejecutivo, a fin de que sean publicados en el Diario Oficial de la Federación.	Artículo 46. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, conocerá, sustanciará y resolverá con carácter inatacable, los conflictos sobre límites territoriales que se susciten entre las entidades federativas, a petición de parte, y por la vía de la controversia constitucional en los términos del artículo 105 fracción I de esta Constitución.	Artículo 46.- Los conflictos que se susciten entre las entidades federativas sobre límites territoriales, serán resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la controversia constitucional, en los términos de la fracción I del artículo 105 de esta Constitución.
A falta de acuerdo, cualquiera de las partes podrá acudir ante la Cámara de Senadores, quien actuará en términos del artículo 76, fracción XI, de esta Constitución. Las resoluciones del Senado en la materia serán definitivas e inatacables. La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá conocer a través de controversia constitucional, a instancia de parte interesada, de los conflictos derivados de la ejecución del correspondiente decreto de la Cámara de Senadores.	A falta de acuerdo, o cuando dicho acuerdo no se apruebe por la Cámara de Senadores, cualquiera de las partes podrá acudir ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la vía de controversia constitucional.	A falta de acuerdo, cualquiera de las partes podrá acudir ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la vía de controversia constitucional, quien actuará en términos del artículo 105, fracción I, de esta Constitución.		

<p>Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:</p>	<p>Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:</p>	<p>Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:</p>	<p>Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:</p>	<p>Artículo 76.- Son facultades exclusivas del Senado:</p>
<p>I a IX. (...)</p>	<p>I a IX. (...)</p>	<p>I a IX. (...)</p>	<p>I a IX. (...)</p>	<p>I a IX. (...)</p>
<p>X. Autorizar mediante decreto aprobado por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, los convenios amistosos que sobre sus respectivos límites celebren las entidades federativas;</p>	<p>X. Autorizar mediante decreto aprobado por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes y escuchando la opinión técnica de los Comités Técnicos Especiales de Estadística y de Información Geográfica, los convenios amistosos que sobre sus respectivos límites celebren las entidades federativas, dentro de los ciento veinte días naturales siguientes a la presentación de dicho convenio; y</p>	<p>X. Autorizar mediante decreto aprobado por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, los convenios amistosos que sobre sus respectivos límites celebren las entidades federativas;</p>	<p>X. Autorizar mediante decreto aprobado por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, los convenios amistosos que sobre sus respectivos límites celebren las entidades federativas;</p>	<p>X. Se deroga</p>
<p>XI. Resolver de manera definitiva los conflictos sobre límites territoriales de las entidades federativas que así lo soliciten, mediante decreto aprobado por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes;</p>	<p>XI. Resolver de manera definitiva los conflictos sobre límites territoriales de las entidades federativas que así lo soliciten, mediante decreto aprobado por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes;</p>	<p>XI. Resolver de manera definitiva los conflictos sobre límites territoriales de las entidades federativas que así lo soliciten, mediante decreto aprobado por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes;</p>	<p>XI. Resolver de manera definitiva los conflictos sobre límites territoriales de las entidades federativas que así lo soliciten, mediante decreto aprobado por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes;</p>	<p>XI. Se deroga</p>
<p>XII. Las demás que la misma Constitución le atribuya.</p>	<p>XII. Las demás que la misma Constitución le atribuya.</p>	<p>XII. (...)</p>	<p>XII. (...)</p>	<p>XII. (...)</p>

<p>Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:</p> <p>I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:</p> <p>a) a k)</p> <p>(. . .)</p> <p>(. . .)</p> <p>II y III. (...)</p>	<p>Artículo 105. (...)</p> <p>I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:</p> <p>a) a k)</p> <p>(. . .)</p> <p>(. . .)</p> <p>II y III. (...)</p>	<p>Artículo 105. (...)</p> <p>I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:</p> <p>a) a k)</p> <p>(. . .)</p> <p>(. . .)</p> <p>II y III. (...)</p>	<p>Artículo 105. (...)</p> <p>I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:</p> <p>a) a k)</p> <p>(. . .)</p> <p>(. . .)</p> <p>II y III. (...)</p>	<p>Artículo 105. (...)</p> <p>I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:</p> <p>a) a k)</p> <p>(. . .)</p> <p>(. . .)</p> <p>II y III. (...)</p>
--	--	--	--	--

RESEÑA

SOBRE GUÍA TEMÁTICA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DE EUGENIO TRUEBA OLIVARES.^{1*}

Lo esencial del derecho

Thematic Guide to Philosophy of Law from Eugenio Trueba Olivares

Jesús Antonio de la Torre Rangel

Me parece una magnífica idea que la Universidad de Guanajuato, en este Seminario Temático del Doctorado Interinstitucional en Derecho, haya programado la presentación de un libro del jurista y filósofo del Derecho, don Eugenio Trueba Olivares. Porque siendo un doctorado en Derecho de universidades públicas de provincia, que cada día cobra más importancia, es necesario que se destaquen los valores académicos e intelectuales que nuestras propias universidades tienen y producen. Y es que Trueba Olivares es un muy importante jurista y filósofo del Derecho mexicano.

Por las anteriores razones y porque de algún modo retribuyo algo de lo que debo a don Eugenio Trueba, me da mucho gusto participar en este evento y agradezco la invitación. El presentar esta *Guía Temática de Filosofía del Derecho*, me permite compensar, de algún modo, el que Trueba Olivares se haya ocupado de mi obra al comentar en uno de sus libros mi propuesta de *iusnaturalismo histórico*² y que en un artículo se refiera a mi libro sobre Alonso de la Veracruz.³

El libro que comentamos es una pequeña, pero muy sustanciosa obra, que nos muestra los temas básicos de la Filosofía del Derecho. Es, como su nombre lo indica, una guía de temas esenciales para un curso básico de la materia. No es un tratado de Filosofía Jurídica, sin embargo no se limita a indicar el tema a desarrollar, sino que, en forma breve y clara, lo trata a profundidad; no es tampoco una historia de la Filosofía del Derecho, pero contiene los datos suficientes para entender como ha sido abordada la problemática del tema al través de la historia del pensamiento jurídico.

Así, el tema 1 es sobre “El conocimiento filosófico”, nos dice en que consiste éste, estableciendo, además, la diferencia con el conocimiento científico. El tema 2 trata de “La Filosofía del Derecho”, disciplina que debe intentar responder a qué sea el Derecho en general, cuál sea su esencia y sus fines y porque obligan sus prescripciones.

El tema 3 se refiere a “La Persona”, y aborda la temática tanto desde la esencia del ser humano, como “animal racional”, o “animal reflexivo” que diría Teilhard de Chardin, porque no sólo sabe, sino que “sabe que sabe”; y trata también a la persona desde el plano existencial, como el “hacedor de sí mismo” que diría Mounier, “como un ser en camino” dice Trueba, por lo tanto con libertad y responsabilidad; y relaciona a la persona así considerada, con el

^{1*} Ed. Universidad de Guanajuato, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Departamento de Estudios de Cultura y Sociedad, 2009. (Tercera edición).

² Cfr. Eugenio Trueba Olivares, *Los enfoques actuales del Positivismo Jurídico*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 2000, págs. 37-38.

³ Eugenio Trueba Olivares, “Fray Alonso de la Veracruz y la Conquista”, en *Colmena Universitaria* No. 82, Universidad de Guanajuato, junio, 2004, págs. 35-104.

Derecho que debe partir de éste modo de entender el ser humano. El tema 4 es sobre “Las Leyes”, trata aquí sobre las leyes en general, leyes de la naturaleza y de la realidad; y “leyes” del pensamiento para entender esa realidad. En el tema 5 Trueba nos habla de “Leyes de Conducta o Normas”, partiendo de la idea de que el ser humano es “teleológico”; en esta parte sostiene que “las normas de conducta humana son obligatorias sólo en cuanto lo ordenado o lo permitido sirven para el buen desarrollo de la persona”, incluidas las jurídicas, recogiendo así la tradición del iusnaturalismo clásico.

En el tema 6 trata el binomio “Persona y Sociedad”. En el tema 7 el de “Sociedad y Derecho”. El tema 8 se refiere al debatido y clásico tópico de “Normas de moral y normas de Derecho”, en donde Trueba no acepta la separación tajante que hace el racionalismo entre moral y Derecho; aunque establece importantes distinciones entre unas y otras normas.

El tema 9 es sobre “La estructura de las normas de Derecho”; en este apartado se refiere también al derecho subjetivo, al deber jurídico, y al sujeto de derecho, y aquí nuestro filósofo humanista afirma: “nos parece imposible desvincular la condición jurídica de la condición humana. Son coetáneas, y en el peor de los casos, primero es lo humano y luego lo jurídico”. El tema 10 es sobre “Los valores y el Derecho”, vinculándose la obligatoriedad del mandato al servicio de ciertos valores, los cuales trata el autor en los siguientes temas.

El tema 11 se refiere a “La Justicia”; Trueba sigue en su exposición las enseñanzas del *iusnaturalismo clásico* versión aristotélico-tomista con influencia del personalismo, incluyendo en este apartado sugerentes reflexiones sobre la equidad como corrección concreta de la ley que se formula en abstracto. El tema 12 es sobre “La Seguridad Jurídica” como un valor, y la pugna que se da entre la seguridad con la justicia, y en este tema se refiere a la interpretación jurídica resaltando lo importante que es la hermenéutica para reparar injusticias de la ley. El tema 13 lo dedica Trueba a un tema clásico “El bien común”.

El tema 14 es sobre “Derechos Humanos fundamentales”; lo considera un tema esencial del Derecho, entre otras cosas, porque la justicia se concretiza en esos derechos; señala las características de los derechos humanos, sus antecedentes y cómo los recogen las constituciones. En el tema 15 Trueba desarrolla “El derecho a la vida” de manera amplia y profunda, relacionando ese derecho con temas conexos y abordando cuestiones tan polémicas y actuales como el aborto voluntario y la eutanasia, resolviendo sobre las mismas de acuerdo a la tradición iusfilosófica que está en la base de sus reflexiones: el iusnaturalismo clásico. El tema 16 se refiere a “La libre disposición de uno mismo” o sea “que nadie puede ser sometido a la voluntad unilateral o incondicional de otro”. El tema 17 tiene como objeto la “Libertad de pensamiento, expresión, creencias e información”, que parten del derecho humano a la verdad; aquí se incluye la libertad de creencias y los derechos a la educación y la información.

El tema 18 es sobre “Administración de Justicia”, cuestión que incluye los derechos de audiencia y de defensa. El tema 19 se refiere a “Derechos sexuales”. Los temas 20 de “Derechos Políticos”; 21 “Derecho del Trabajo”; y 22 “Derecho de Propiedad”, abordados desde la perspectiva del bien común y la justicia, cierran este sugerente libro.

Este libro de Filosofía del Derecho de Eugenio Trueba tiene la ventaja de referirse a temas cotidianos de la juridicidad, que al ser tratados a profundidad acercan la reflexión filosófica a estudiantes y abogados y rompe con la falsa creencia de que la Filosofía es sólo para expertos.

Hemos dicho que Eugenio Trueba, adherido a la tradición del iusnaturalismo clásico, considera que las normas jurídicas sólo son obligatorias, sólo constituyen auténtico Derecho, si son justas, si sirven al desarrollo pleno de las personas. Destaco esto porque constituye la sustancia implícita de todo el libro y se hace explícito en muchos lugares. Trueba escribe:

Una ley arbitraria, lesiva de la persona y de la sociedad; contraria al bien individual o común, no obliga, aunque se haya expedido por quien puede hacerlo y de acuerdo con todas las formalidades del caso. (p. 30).

Y en otro lugar, refiriéndose a las *leyes injustas*, el jurista guanajuatense escribe:

Se les niega entonces su naturaleza jurídica, sin importar que hayan tenido facticidad, es decir, que se hayan aplicado en la práctica y hayan tenido cierto grado de observancia, debido principalmente a la coacción que el Estado puede ejercer con tal objeto. Repitamos aquí que nada que dañe a la persona o a la sociedad misma pueda tener título de auténtica obligatoriedad. (p. 36).

Precisamente hoy, 24 de marzo, se cumplen treinta años del asesinato de alguien que dio la vida por estos principios, por la concreción histórica de la justicia y de los derechos humanos.

El 24 de marzo de 1980, hoy hace 30 años, cuando se encontraba celebrando misa en la Capilla del Hospital La Divina Providencia, en la capital salvadoreña, fue asesinado Monseñor Oscar Arnulfo Romero, Arzobispo de San Salvador.

Ese 24 de marzo, día de su martirio, fue un lunes. El domingo anterior Monseñor Romero había quitado toda legitimidad al sistema. Si durante los dos últimos años de su vida había estado denunciado, día tras día, la injusticia y violación de los derechos humanos de que era objeto su pueblo, ninguna de sus denuncias había calado tan hondo como la homilía del 23 de marzo. Fue la gota que derramó el vaso si se quiere, pero la más pesada de todas: *tocando el terreno de la más estricta moral, mandó rechazar toda orden injusta:*

Yo quisiera hacer un llamamiento de manera especial, a los hombres del Ejército y en concreto a las bases de la Guardia Nacional, de la Policía, de los cuarteles. Hermanos, son de nuestro mismo pueblo, matan a sus mismos hermanos campesinos, y ante una orden de matar que dé un hombre debe de prevalecer la ley de Dios que dice: NO MATARAS ... Ningún soldado está obligado a obedecer una orden contra la ley de Dios... una ley inmoral nadie tiene que cumplirla... En nombre de Dios, pues, y en nombre de este sufrido pueblo, cuyos lamentos suben hasta el cielo, cada día más tumultuosos, les suplico, les ruego, les ordeno en nombre de Dios: cese la represión...⁴

Seguramente a varios les molesta la referencia a Dios. Sustituyan, entonces, por *justicia y derechos humanos* esa palabra inútil o molesta, o quizás incómoda; y queda, entonces, el reclamo por los derechos y la justicia que no pueden ser violentados por una ley injusta; porque la esencia misma de lo jurídico está en la propia justicia y en los derechos humanos.

Don Eugenio Trueba Olivares nos deja muchas enseñanzas en su *Guía Temática de Filosofía del Derecho*; y, de manera especial, la sustancia de su libro nos recuerda la vieja enseñanza del iusnaturalismo clásico: el ius prioritariamente es justicia.

⁴ *El Salvador. La Situación de los Derechos Humanos: octubre 1979-julio 1981*, Socorro Jurídico. Arzobispado de San Salvador. Impreso en México, 1981, p. 253.

CRITERIOS EDITORIALES
CIENCIA JURÍDICA

Presentación

Teresita Rendón Huerta Barrera 214

I. CRITERIOS APLICABLES A LOS ARTÍCULOS:

1. Aspectos generales	215
2. Captura en computadora	216
3. Notas a pie de página	218
A. Cuando se refieren libros	218
B. Cuando se haga referencia a artículos de revistas	219
C. Citas de jurisprudencia	220
D. Cita de documentos publicados en Internet	220
E. Segunda y posteriores referencias a una obra	220
F. Glosario de abreviaturas para las notas a pie de página	221
4. Bibliografía	221
5. Algunas reglas de puntuación	222

II. ARTÍCULOS O PONENCIAS 222

DICTAMEN DE OBRAS

2. Artículos	224
------------------------	-----

PRESENTACIÓN

El Programa de Investigaciones Jurídicas del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno del campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato, inició actividades el 27 de junio de 2012, teniendo como objetivo general desarrollar investigación jurídica de vanguardia con excelencia, oportunidad y pertinencia, conforme a las líneas de generación y aplicación del conocimiento, vinculadas a las necesidades sociales y conforme al Plan de Desarrollo Institucional 2010-2020.

Los objetivos específicos del Programa de Investigaciones Jurídicas son:

- Fomentar la investigación jurídica, mediante la formación de los nuevos investigadores.
- Coadyuvar al fortalecimiento de la actividad docente y al cumplimiento de metas de la currícula de los programas académicos en Derecho.
- Difundir el conocimiento por medio de la edición de libros, revistas, realización de encuentros, congresos de investigación y demás actividades vinculadas a su quehacer.
- Actualizar las fuentes del conocimiento jurídico para procurar investigaciones de vanguardia.
- Vincular el Programa con instituciones homólogas del país y del extranjero.
- Promover la investigación jurídica a nivel licenciatura y postgrado, fomentando la aplicación de la metodología y las técnicas de la investigación jurídica.

En concordancia con tales objetivos, los integrantes del Programa de Investigaciones Jurídicas, decidieron publicar la revista *Ciencia Jurídica*, con las más altas exigencias que a nivel internacional se tienen para publicaciones científicas. Se trata de una revista arbitrada de investigación, que tiene como antecedente 85 números producidos en 30 años de lo que fue el Departamento de Investigaciones Jurídicas de la otrora Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato. Su propósito es dar a conocer las investigaciones producidas por académicos especializados en materia jurídica. Es interés del Comité Científico y del Comité de Redacción de la Revista *Ciencia Jurídica*, publicar solamente artículos científicos de relevancia que cumplan con los más altos estándares de calidad. Es por eso que cada artículo recibido será sometido al análisis de dos reconocidos investigadores y expertos en el área propia de la temática del texto. Los presentes lineamientos, tuvieron como documento fuente, el Manual de Criterios Editoriales del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, que permitirán la homologación de lineamientos para asegurar la calidad del contenido y presentación de los trabajos remitidos para publicación.

Teresita RENDÓN HUERTA BARRERA
Guanajuato, Gto., México, enero de 2013

I. CRITERIOS APLICABLES A TODAS LAS OBRAS

1. Aspectos generales

a. Es muy importante que cuando los autores (investigador o colaborador) entreguen sus artículos, estén seguros de que se trata de la versión definitiva, ya que, una vez iniciado el proceso de edición, los cambios de versión entorpecen dicho proceso y elevan el costo de la obra, por lo cual no existirá la posibilidad de que se efectúen modificaciones producidas por esa causa.

Se recomienda que las fechas y los números de artículos de leyes, decretos o Constituciones sean corroborados para subsanar errores que generalmente no pueden ser detectados en el área editorial.

b. Los originales deberán ser entregados impresos en láser (enviarlo por correo electrónico a cienciajuridica@ugto.mx y jesalomive@hotmail.com con márgenes superior e inferior de 2.5 centímetros e izquierdo y derecho de 3 centímetros (son los que aplica por default Word for Windows); 1.5 de interlínea; letra times new roman de 12 puntos. Al final de las líneas no deberá ponerse guiones y tampoco enter.

Todas las hojas deberán estar numeradas con el fin de asegurar que no existan páginas faltantes y será entregado en versión digital: por correo electrónico: cienciajuridica@ugto.mx y jesalomive@hotmail.com.

c. No deberán usarse abreviaturas, salvo en dos casos: cuando se trate de un trabajo que lo requiera y que contenga su respectiva relación de abreviaturas, o en el caso de las abreviaturas convencionales utilizadas en el aparato crítico.

d. En caso de que los trabajos contengan pasajes textuales de otro autor, deberá hacerse la oportuna aclaración y señalarse la nota de cita respectiva.

e. Las transcripciones que excedan de 320 caracteres (cinco líneas) deberán ponerse en párrafo aparte, que tendrá un margen equivalente al de la sangría e irá sin comillas. Toda la cita deberá ir en sangrado. A continuación se presenta un ejemplo de cómo debe aparecer el texto sangrado:

En cuanto al sistema de prisiones del país, el artículo 18° constitucional instituye que:

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto **a los derechos humanos**, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.(...)

La Federaci3n, los Estados y el Distrito Federal establecer3n, en el 3mbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que ser3 aplicable a quienes se atribuya la realizaci3n de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce a1os cumplidos y menos de dieciocho a1os de edad, en **el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constituci3n para todo individuo** as3 como aquellos derechos espec3ficos que por su condici3n de personas en desarrollo les han sido **reconocidos**. (...)

f. No se devuelven los originales recibidos para su publicaci3n.

2. Captura en computadora

En virtud de que la diagramaci3n y dise1o de la tipograf3a de una publicaci3n se lleva a cabo en un programa especializado, para facilitar la formaci3n de los originales mec3nicos es necesario seguir las siguientes indicaciones en la captura del texto:

a. El o los art3culos deber3n estar capturados en el procesador Word for Windows versi3n 2003 o m3s recientes.

Al recibir la carta de aceptaci3n del trabajo para publicaci3n, el autor enviar3 un correo electr3nico en el que expresar3 abiertamente su autorizaci3n para que se publique, cediendo los derechos de autor para la difusi3n del trabajo, seg3n los criterios de propiedad intelectual y los licenciamientos internacionales.

- La extensi3n de un documento cient3fico ser3 de al menos 15 p3ginas y no puede sobrepasar las 25 p3ginas, incluyendo las referencias bibliogr3ficas, los anexos y los agradecimientos, si estos se incorporaran.
- En caso de que el trabajo sea aprobado, el autor debe expresar por medio electr3nico que autoriza publicar su trabajo en nuestra revista, conociendo y aprobando sus pol3ticas editoriales y dando permiso para su libre reproducci3n por medios escritos y electr3nicos.
- La recepci3n de todo trabajo se acusar3 de inmediato y se informara al autor sobre su aprobaci3n final en un plazo m3ximo de tres meses. Todos los trabajos enviados ser3n evaluados por pares, quienes decidir3n si se publica, si se acepta con recomendaciones o si se rechaza.
- El comit3 editorial de la revista se reserva el derecho de introducir las modificaciones necesarias para adaptar los textos a sus formatos y dem3s normas de edici3n.
- El autor del trabajo podr3 solicitar informaci3n sobre el proceso de arbitraje del mismo, al correo electr3nico cienciajuridica@ugto.mx o jesalomive@hotmail.com

Esta publicaci3n aparecer3 en los meses de junio y diciembre y se podr3n publicar n3meros extraordinarios y especiales, seg3n lo considere pertinente el Comit3 Cient3fico o el Comit3 de Redacci3n.

b. El artículo (para su publicación en una revista), debe asignarle como nombre de archivo empezando por el apellido paterno del autor un gui3n y la primera palabra con la que el artículo inicia, si comienza con un artículo determinados (el, la los, las,) o artículos indeterminados (un, una, unos, unos) se pondrá adem3s de la segunda palabra, ejemplo:

Nombre del artículo:

La jornada de trabajo –flexibilización y desregulación, breve referencia al caso español.
de José Cervantes Herrera

CERVANTES-lajornada

c. Los párrafos o palabras que deban tener atributos de carácter (itálicas o cursivas, etcétera), se marcarán desde el procesador.

Las itálicas se aplican a los párrafos o palabras que normalmente son subrayadas por el autor. Ejemplo:

... concede a los extranjeros ese minimum standard de derechos... (incorrecto)

... concede a los extranjeros ese *minimum standard* de derechos... (correcto).

Las palabras en otro idioma deberán ir en itálicas o cursivas.

No utilizar mayúsculas para destacar o enfatizar alguna palabra; para ese fin, también deberán usarse itálicas o cursivas.

d. Los párrafos deben tener sangría en la primera línea, pero no deberá sangrarse con tabuladores ni con espacios en blanco.

e. Usar un solo espacio después de punto y no poner espacio entre punto y enter.

f. No dejar líneas en blanco (enters) entre párrafos.

g. No dividir las palabras, dejar el texto tal como lo hace el procesador.

h. Los cuadros, esquemas, diagramas, tablas y gráficas deberá ir colocada en el lugar exacto que les corresponde; es preferible que los archivos de esos elementos estén por separado y perfectamente identificados.

Si es necesario incluir notas en alguno de estos elementos, deberán señalarse con asterisco (no se considerarán dichas notas en la numeración del aparato crítico).

3. Notas a pie de página

Las notas deberán presentarse a pie de página, escritas con interlineado automático, en letra times new roman de diez puntos. Los distintos elementos que las conforman deberán ir separados sólo por coma.

A. Cuando se refieren libros

1) El orden en que deberán aparecer los distintos elementos que integran las notas, si es que los hay todos, es el siguiente: autor o autores (primero los apellidos y luego el nombre o nombres, separados por coma los primeros de los segundos), título en itálicas o cursivas (en este caso sólo se usará mayúscula inicial y en los nombres propios), número de edición (la primera no debe indicarse), traductor, lugar de edición (ciudad), editorial, año, colección, volumen o tomo, páginas. Ejemplo:

¹ ORDÓÑEZ MAZARIEGOS, Carlos Salvador, “Derechos Humanos de los Pueblos Indios”, en *Etnicidad y Derecho: un diálogo postergado entre los científicos sociales*, 1ª ed., UNAM, México, 1996, p. 215-216.

2) Cuando se haga referencia a una obra con dos autores, en ambos nombres deberá aplicarse el criterio de colocar primero los apellidos y luego el nombre. Los nombres irán separados por la conjunción copulativa y; sólo en caso de confusión se antepondrá coma a la y. Ejemplo:

² LÓPEZ y RIVAS, Gilberto, *Nación y Pueblos Indios en el Neoliberalismo*, 2ª. ed., UIA, México 1996.

3) Si la obra tiene más de dos autores, se empleará la abreviatura et al. (y otros) después del nombre del primer autor (sin que medie coma). Ejemplo:

³ CHÁVEZ GUTIÉRREZ, Héctor *et al.*, *Derechos fundamentales. Perspectivas contemporáneas*. Morelia, Centro de Investigaciones Jurídicas, UMSNH, 2007, pp. 27-49.

4) Cuando se haga referencia a una obra que es parte de una colección, el nombre de dicha colección deberá colocarse después del año de edición. Ejemplo:

⁴ BARAJAS MONTES de OCA, Santiago, *Derecho del trabajo*, México, McGraw-Hill-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, colección Panorama del Derecho Mexicano, p. 75.

5) Si la obra consta de varios tomos, el tomo que se cita deberá quedar indicado después del año de edición (o de la colección si la hay). Ejemplo:

⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, comentario al artículo 20 constitucional, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 13a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, t. I, pp. 239-266.

6) Cuando se haga referencia a trabajos que aparecieron en obras colectivas, la ficha deberá quedar de la siguiente forma:

⁶ POLO, Antonio, “El nuevo derecho de la economía”, *Antología de estudios sobre derecho económico*, México, UNAM, 1978, pp. 49-82.

Como se verá más adelante, en el inciso 8, la preposición “en” sólo se utilizará para los casos en que haya un responsable de la obra colectiva (coordinador, compilador o editor).

7) Cuando la obra tenga coordinador, deberá citarse de la siguiente manera:

⁷ KAPLAN, MARCOS (coord.), *Revolución tecnológica, Estado y derecho*, t. IV: Ciencia, Estado y derecho en la tercera revolución, México, Pemex-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 137.

Como puede observarse, cuando una obra consta de varios tomos y cada uno de ellos tiene su propio título, entonces el número de tomo, seguido del título en cursivas de ese propio tomo, deberá consignarse inmediatamente después del título general.

8) Cuando el trabajo de un autor apareció en la obra que fue responsabilidad de un coordinador, compilador o editor, la nota se asentará como sigue:

⁸ VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, Pérez Guerra, José Manuel, (comp.), *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas: Documentos Básicos*, Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, México, 2004.

B. Cuando se haga referencia a artículos de revistas

El orden de aparición de los datos, si es que existen todos los elementos, será el siguiente: autor o autores (primero los apellidos y luego el nombre o nombres separados por coma los primeros de los segundos), título del artículo entre comillas (con mayúscula inicial y en nombres propios), traductor (si lo hay), título de la revista en itálicas o cursivas (en este caso, salvo las preposiciones y artículos, las demás palabras que conforman el nombre propio de la publicación deberán iniciar con mayúscula), lugar de edición, serie o época, año, tomo o volumen, número, periodo que comprende la revista y páginas. Ejemplo:

⁹ ORDÓÑEZ MAZARIEGOS, Carlos Salvador, “Derechos Humanos de los Pueblos Indios”, en *Etnicidad y Derecho: un diálogo postergado entre los científicos sociales*, 1ª ed., UNAM, México, 1996.

C. Citas de jurisprudencia

Se aplica el criterio y modelo que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El orden de los elementos, que deberán estar separados por coma, es el siguiente:

Número de tesis, publicación (Semanao Judicial...), sección o complemento (Apéndice, Boletín...), época (con altas iniciales), tomo (con bajas, abreviado), fecha y página (abreviado, con bajas).

Ejemplo: Tesis II.2o.C.J./15, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVII, mayo de 2005, p. 1020.

D. Cita de documentos publicados en Internet

Sólo deberá agregarse a la ficha la dirección de la página de Internet correspondiente.

Ejemplo: *http://www.profesorenlinea.cl/universalhistoria/U106_4M.htm*. 4 de octubre 2012.

La dirección electrónica deberá estar en cursivas.

Para evitar confusiones, deberá quitarse el guión que aparece cuando la dirección electrónica se corta por el cambio de línea, ya que en algunas direcciones el guión forma parte de las mismas. Desde la versión original el autor deberá quitar los hipervínculos, ya que en el programa de edición éstos causan problemas:

¹ El humanismo”, *http://www.historialuniversal.com/2010/07/humanismo.html*. 22 de septiembre de 2012.

Lectura y procesamiento de información (para ello deberá colocar el puntero del mouse sobre la dirección electrónica, presionar el botón derecho y seleccionar la opción “quitar hipervínculo”).

E. Segunda y posteriores referencias a una obra

A partir de la segunda referencia a una obra, deberán utilizarse abreviaturas en latín de acuerdo con los siguientes casos:

1) Cuando se cite por segunda o posterior ocasión una obra, deberá utilizarse *op. cit.*, acompañado del número de nota en donde apareció por primera vez la referencia, siempre y cuando dicha referencia no sea la inmediata anterior;

¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *op. cit.*, nota 3, p. 47.

2) Si tenemos necesidad de referir la misma obra, pero distinta página en la nota posterior inmediata, usaremos *ibidem* y el número de página;

⁸ *Ibidem*, p. 108.

3) si se trata de la misma obra e incluso la misma página, entonces usaremos el vocablo *idem* (sin más indicación). Ejemplo:

³*Idem.*

F. Glosario de abreviaturas para las notas a pie de página

El uso o costumbre editorial permite utilizar abreviaturas en español y en latín en los aparatos críticos. A continuación presentamos las abreviaturas utilizadas (en el caso de los latinismos, el significado está sólo en español):

Abreviatura Significado

cfr. confróntese, confrontar

comp., comps. compilador, compiladores

coord., coords. coordinador, coordinadores

ed., eds., editor, editores

et al. y otros

in fine al final

núm., núms. número, números

p., pp. página, páginas

passim en varias partes

s.a. sin año de publicación

s.e. sin editorial

s.f. sin fecha de edición

s.l.i. sin lugar de impresión

s.p.i. sin pie de imprenta

ss. siguientes

t., ts. tomo, tomos

vol., vols. volumen, volúmenes

Deberá usarse el vocablo véase y no la abreviatura en latín vid.

4. Bibliografía

La bibliografía deberá ajustarse, en el orden de sus componentes, a lo señalado en los modelos para las notas a pie de página, sólo que, en este caso, los apellidos de los autores de la ficha bibliográfica se escribirán con mayúsculas. El formato del párrafo deberá ser francés (la primera línea de la ficha alineada al margen izquierdo y el resto con sangría). Ejemplo:

LÓPEZ y RIVAS, Gilberto, *Nación y Pueblos Indios en el Neoliberalismo*, 2ª. ed., UIA, México 1996.

Las fichas deberán ordenarse alfabéticamente por autor, sin tomar en cuenta los siguientes vocablos: de, del, de la, de los, van, von, etcétera. Sólo se exceptúan los apellidos italianos y franceses (ejemplo: D'Avack, D'Agostino), que sí se consideran en la alfabetización.

Si la ficha es de una obra en otro idioma, el pie de imprenta (número de edición, lugar de edición, editorial) se asentará en castellano, excepto cuando alguno de esos datos no tenga traducción al español.

En caso de que existan varias fichas de obras de un mismo autor, a partir de la segunda deberán sustituirse los apellidos y el nombre por seis guiones cortos (equivalentes a tres rayas).

KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Colofón, México, 1992.

———, *Teoría general del estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, ed. Nacional, México, año de reimpresión 1972.

5. Algunas reglas de puntuación

a. Para indicar que en el texto debe ir el signo de raya deben teclearse dos guiones cortos (- -), tanto para abrir como para cerrar el signo.

b. No debe ponerse punto después de signo de interrogación o admiración.

c. Nunca debe escribirse coma antes de raya, paréntesis o corchetes.

d. Los corchetes se utilizarán en las transcripciones para indicar que se añadió texto aclaratorio o letras faltantes. No deberán emplearse corchetes antes y después de puntos suspensivos.

e. Sólo en los números de los artículos del 1 al 9 deberá agregarse o. (1o., 2o., etcétera). En el caso de fracciones y los incisos en números arábigos de los artículos, es necesario explicitar que se trata de fracción o inciso, y nunca deberá emplearse abreviaturas.

Ejemplo:

Artículo 2o., fracción 3.

Artículo 5o., inciso 4.

II. ARTÍCULOS O PONENCIAS

a. No se aceptarán trabajos publicados en castellano con anterioridad. Tampoco se recibirán artículos elaborados mayoritariamente con partes de otros trabajos del mismo autor publicados con antelación.

En el caso de artículos que estén en otro idioma, se encargará la traducción correspondiente.

En cuanto a los artículos ya publicados en otro idioma y que por primera vez vayan

a publicarse en espaol, es necesario que el autor adjunte una carta con la que ceda los derechos de publicacin en espaol y en la que manifieste que dichos derechos no estn comprometidos con otra editorial.

b. La extensin del artculo podr ser de quince a veinticinco cuartillas.

d. Los artculos debern contener necesariamente el planteamiento del tema y su desarrollo; se recomienda que las conclusiones queden debidamente destacadas.

e. En el artculo deber aparecer un resumen y el abstract del mismo, cuya extensin deber ser de un prrafo o dos que no abarquen ms de media cuartilla como mximo. Asimismo, debern incluirse las palabras clave y keyword respectivas.

f. El orden de los encabezados y divisiones deber ser el siguiente:

1) Ttulo, con mayculas y centrado en ingls y espaol

2) En rengln aparte y alineado al margen derecho, el nombre del autor en el siguiente orden: nombre o nombres de pila (con maycula inicial y minculas) y apellidos (con mayculas).

No poner ttulos ni grados (licenciado, doctor, etcetera). Si hay traductor, deber ponerse en un pie de pgina vinculado al ttulo del artculo. En un pie de pgina vinculado al nombre del autor puede colocarse el nombre de la institucin acadmica a la cual pertenece.

3) En caso de incluir dedicatorias o epgrafes, stos se colocarn despus del nombre del autor y antes del sumario, alineados al margen derecho.

4) A continuacin, el sumario (el vocablo sumario debe ponerse en tipo ttulo, seguido de dos puntos). Slo debe contener los encabezados de mayor jerarqua. Deber centrarse y tener sangras izquierda y derecha. Los numerales irn en tipo redondo o normal y el texto, en itlicas o cursivas.

5) Los ttulos de los apartados en el primer nivel de jerarqua irn centrados, en mayculas, con la numeracin romana correspondiente, sin punto final.

6) Los ttulos de los apartados en el segundo nivel jerárquico irn con nmeros arábigos, alineados al margen izquierdo; el nmero en tipo redondo o normal, y el texto en itlicas o cursivas y sin punto final.

7) Los ttulos de incisos que estn con letra maycula debern ponerse con sangra; la letra en tipo redondo o normal, y el texto en itlicas o cursivas y sin punto final.

8) En los subincisos que estn sealados con mincula, la letra indicativa se pondr en itlica o cursiva y el texto en tipo normal, sin punto final y con doble sangra.

En la página siguiente presentamos un ejemplo con todos los elementos:

4 Tomado de Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, nueva serie, año XXXI, núm. 91, enero-abril de 1998, pp. 141-156.

EL DERECHO A LA AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE MÉXICO: Una aproximación desde los Derechos Humanos

Right to autonomy of indigenous peoples of México: an approach from Human Rights.

“Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”.

Artículo 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

*José Jesús Soriano Flores**

Sumario:

I. Consideraciones Iniciales. II. Discriminación y Pueblos Indígenas: la vulneración de Derechos. III. Algunas referencias relativas a los Derechos Humanos Colectivos de los Pueblos Indígenas. IV. Una aproximación al Derecho a la Autonomía de los Pueblos Indígenas. V. Apuntes Finales. VI. Bibliografía

2. Artículos

El Comité de Redacción de la revista es el órgano colegiado que determina y orienta la política editorial de la revista, con base en las políticas editoriales generales establecidas por el Programa de Investigaciones Jurídicas del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno del campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato.

El director de la revista, con el apoyo del Comité Científico y del Comité de Redacción, designará un Coordinador Editorial encargado de la parte operativa de los procesos.

La publicación de una colaboración se decidirá con base en el dictamen. Dicho dictamen deberá ser elaborado por los investigadores del Programa de Investigaciones Jurídicas del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno del campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato y de otras entidades académicas del país y extranjeras.

Los dictámenes se elaborarán con base en el principio de doble anonimato, es decir, el dictaminador no sabrá el nombre o nombres de los autores de la colaboración evaluada y éstos, a su vez, no sabrán el nombre del dictaminador.

Todas las colaboraciones inéditas serán sometidas a dictamen. Asimismo, todas deben cumplir rigurosamente los aspectos de forma establecidos en estos lineamientos editoriales. Aquellas que no los cumplan serán devueltas de inmediato al autor sin necesidad de que medie dictamen.

De manera excepcional se podrán publicar artículos que hayan sido incluidos con anterioridad en revistas arbitradas, por lo cual ya no serán sometidos a dictamen. Para ello se requiere las cartas de autorización del autor y el editor, y deberá consignarse la fuente.

El plazo para elaborar un dictamen será de quince naturales.

A fin de cumplir con los tiempos, compromisos institucionales y dar una respuesta editorial adecuada a los autores, el dictaminador deberá entregar en tiempo el dictamen.

Cuando un dictamen no sea entregado en el plazo estipulado, el Pleno del Programa de Investigaciones Jurídicas designará otro dictaminador.

Si un dictamen encomendado a algún investigador del Programa no es entregado, se tendrá como obligación no cumplida para efecto de la evaluación académica.

La Coordinación Editorial de la División, informará al autor el resultado del dictamen a más tardar cinco días después de recibirlo.

Si el resultado del dictamen es positivo, se remitirán los documentos a la Coordinación Editorial de la revista para su publicación.

Si el resultado del dictamen es positivo con observaciones, sugerencias o recomendaciones, se entregará copia del dictamen al autor, quien tendrá quince días naturales para contestar. En caso de no responder, la Revista Ciencia Jurídica dejará de tener el compromiso de continuar con el proceso editorial.

Si el autor contesta el dictamen aceptando todas las observaciones y entrega el artículo corregido, se presentará el asunto ante el dictaminador para que determine acerca de la aceptación de publicación del artículo.

Si en la contestación se aceptan sólo algunas de las observaciones, se enviará la respuesta y el material modificado al dictaminador para revisión final; éste contará con quince días naturales para emitir su opinión por escrito, después de cuyo visto bueno se remitirá el artículo y todos los documentos a la Coordinación Editorial para su publicación. En los dos casos anteriores, el autor deberá marcar con negrillas los cambios al artículo, a fin de que la revisión sea más expedita.

Si en la contestación al dictamen el autor no acepta las observaciones, se presentará el caso directamente ante el Comité de Redacción para que determine acerca de la publicación.

Si el resultado del dictamen es no positivo, no deberá entregarse copia del dictamen al autor,

quien podrá solicitar un segundo dictamen o retirar la colaboración.

Si el segundo dictamen también es no positivo, ambos dictámenes se harán del conocimiento del Comité de Redacción de la revista para formalizar la no publicación del artículo.

Si el resultado del segundo dictamen es positivo, el Comité de Redacción de la revista determinará la publicación o no de la colaboración.

Ciencia Jurídica 2

se terminó de imprimir en febrero de 2013

en con domicilio en , León, Gto.

Tiraje: 500 ejemplares