

Globalización, Derechos Humanos y Sociedad de la Información

**Coordinadores:
Teresa Da Cunha Lopes
Rafael Luviano González
Benjamín Revuelta Vaquero
Roberto Sánchez Benítez**

GLOBALIZACIÓN DERECHOS HUMANOS Y SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Editado: agosto, 2007
ISBN: 970-995-908-5

© **Globalización Derechos Humanos
y Sociedad de la Información**

Coordinador Editorial
Fernando Malagón Hinojosa

Diseño y Edición
Leonardo Baltierra Trejo

José Daniel Moncada Sánchez
Corrector

Impreso en México



Directorio



Universidad Michoacana de
San Nicolás de Hidalgo

Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales

Dra. Silvia Figueroa Zamudio
Rectora

Dr. Salvador Jara Guerrero
Secretario General

Dr. Benjamín Revuelta Vaquero
Secretario Académico

L.E. José Refugio Rodríguez Velásquez
Secretario Administrativo

C.P. Horacio Guillermo Díaz Mora
Tesorero

Ing. Salvador Ochoa Ascencio
Secretario Auxiliar

Mtra. Ma. del Rosario Ortiz Marín
*Secretaria de Difusión Cultural y Extensión
Universitaria*

Lic. Ma. Eva López Ramos
Directora

Lic. Rodolfo Calderón Silva
Sub-Director

Lic. Noé Díaz Pedraza
Secretario Académico

Lic. Vicente Martínez Hinojosa
Secretario Administrativo

Lic. Ricardo Chavira Villagómez
Secretario de Desarrollo Estudiantil

Lic. Gustavo Guerra Servín
Coordinador General de Licenciatura

Lic. Miguel Mendoza Barajas
Coordinador del Sistema Abierto y a Distancia

M.D. Mario Alberto García Herrera
*Coordinador de la División de Estudios de
Posgrado*

Dr. Roberto Sánchez Benítez
*Coordinador del Programa de Doctorado
Interinstitucional en Derecho*

GLOBALIZACIÓN DERECHOS HUMANOS Y SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Índice

Capítulo I. Derechos Humanos y Globalización

<i>Un apunte sobre los Derechos Humanos y sus Generaciones</i> Juan Álvarez-Cienfuegos Fidalgo	9
<i>¿Es necesario un Parlamento para América del Norte?</i> Héctor Chávez Gutiérrez	21
<i>México y el Derecho Internacional. Realidades, Retos y Perspectivas en el Contexto del Siglo XXI</i> Emmanuel Roa Ortiz	29
<i>Bioderecho</i> Ma. Guadalupe Calderón	53
<i>Una reflexión filosófica en los Derechos Humanos</i> Juan Manuel Zamora Mendoza	63

Capítulo II. Multiculturalismo, Democracia y Derecho

<i>Globalización, Derechos Humanos y Derechos Indígenas. El caso de la Organización Internacional del Trabajo y los Pueblos Indios</i> Orlando Aragón Andrade	79
<i>La Democracia Electrónica. En la sociedad de la información: Las nuevas formas de participación política</i> Lucía Villalón Alejo y Teresa Da Cunha Lopes	101
<i>Comunicación social e identidad</i> Roberto Sánchez Benítez	131
<i>Medios de comunicación y democracia. A propósito de elecciones en México</i> Marisol Luna Leal	147
<i>Estudio comparativo del Derecho Electoral Foráneo</i> Jean Cadet Odimba	161

Administración de Justicia. Derecho Fundamental y Garantía Constitucional
Mario Alberto García Herrera 183

Capítulo III. Derecho, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información

Cibernética, su utilización en la Ciencia Jurídica
Rafael Luviano González 205

El derecho ¿insuficiente ante la protección de la juventud y de la infancia en internet?
Luz del Carmen Martí de Gidi 217

La intimidad informática. Aspectos generales
Héctor Pérez Pintor 227

Nuevas Tecnologías, Un Nuevo Derecho: Su Reconocimiento en la Norma Constitucional. Un estudio Comparado
Aristeo García González 237

Capítulo IV. Políticas Públicas, Economía y Sociedad de la Información

El ámbito jurídico-económico en la era de la Información
Ma. Teresa Montalvo Romero 259

Importancia de la regulación de Impuestos Internacionales en beneficio de la Humanidad
Martha Ochoa de León 273

Liberalización y Servicio Público en el Mercado Interior Europeo de la Energía Eléctrica
Rodrigo Ochoa Figueroa 293

Globalización, Derecho Penal Económico y la persona jurídica
Fernando Malagón Hinojosa 307

Los retos del Derecho del Trabajo en España en la era de la globalización y en la sociedad de la información
Lourdes Meléndez Morillo-Velarde, Ana I. Pérez Campos y Carolina San Martín Mazzucconi 323

Capítulo I

Derechos Humanos y Globalización

UN APUNTE SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GENERACIONES

Juan Álvarez-Cienfuegos Fidalgo
Facultad de Filosofía de la UMSNH

En el año 1979, Karel Vasak, Director del Departamento Jurídico de la UNESCO, pronunció la Lección Inaugural de la Décima Sesión del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo titulada *Pour les droits de l'homme de la troisième génération*. El mismo autor volvía a esa idea, cinco años más tarde, publicando en una obra colectiva su artículo "*Pour une troisième génération des droits de l'homme*". Desde entonces para acá, la expresión "Derechos Humanos de la Tercera Generación" se ha extendido y popularizado en los medios jurídicos, políticos y entre los activistas de los Derechos Humanos. También, ha sido matizada, criticada, ampliada y rechazada.

El presente artículo pretende ser una rápida y breve aportación a la historia de las generaciones de los Derechos Humanos, la particular relación que mantiene cada una de ellas con distintas formas de concebir el Estado y, en último término, las diferentes visiones sobre el ser humano que subyacen a las distintas formulaciones de tales Derechos. Para concluir, se aludirá a las críticas dirigidas a las declaraciones de los Derechos Humanos desde diversas concepciones jurídicas, políticas y filosóficas, así como a los problemas teóricos y prácticos que entraña su defensa.

A finales del siglo XVIII, envueltos en el ambiente ilustrado que preconizaba la autonomía como principal distintivo del ser humano, cuyo corolario era la libertad, se hacen públicos algunos textos básicos del ideario de la revolución burguesa, cuya inspiración última serían el iusnaturalismo racionalista, todos los seres humanos poseen unos derechos naturales que dimanen de su racionalidad y que deben ser reconocidos por el poder político, y el contractualismo, las normas que deben regir a la sociedad son el resultado del consenso o la voluntad popular.

La Declaración de Derechos de Virginia, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y las sucesivas Declaraciones de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa tienen en común partir del reconocimiento de que "todos los hombres fueron creados libres e iguales" –lo cual entraña la evidente paradoja, respecto a la mencionada autonomía, de que la dignidad del ser humano no le es intrínseca, sino que proviene del hecho de haber sido creado a imagen de Dios, es decir, una dignidad heterónoma–, también comparten un mismo y sentido énfasis en considerar a la libertad como la seña de identidad que tiene que guiar la

acción de los poderes públicos –ahora bien, para decirlo en términos actuales, la libertad defendida por los independentistas americanos y los republicanos franceses es la libertad negativa, la “libertad de”; lo que quiere decir, la ausencia de obstáculos interpuestos por el poder político al libre desarrollo del ciudadano– y, asimismo, dieron lugar a la aprobación de Constituciones como declaraciones últimas que estructuraban jurídicamente al Estado y constituían el horizonte al que debía dirigir su mirada el legislador.

En suma, la idea central, la ley debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión de los que gobiernan, se cifraba en preservar las acciones del individuo frente a la acción del Estado, una acción sujeta a las debidas garantías jurisdiccionales. De ahí que su fundamento ideológico fuera el liberalismo y su fundamento político la democracia formal. Estas declaraciones, que sientan las bases del Estado liberal de Derecho y conciben al ciudadano como el titular de unos derechos que no pueden ser atropellados por ningún tipo de poder arbitrario, inspiran la implantación de los Estado-Nación en la Europa decimonónica y los diversos movimientos de emancipación en América Latina.

Desde este punto de vista, los derechos humanos son concebidos como derechos de defensa de las libertades del individuo que exigen la no injerencia de los poderes públicos en su vida privada; la acción del Estado, entonces, queda limitada a preservar el orden público, algo así como una mera policía administrativa. El Estado está obligado únicamente a un “no hacer”: no detener arbitrariamente, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia ni los papeles privados, en fin, no interferir con la propiedad privada. El titular de esos derechos es un individuo autónomo y racional, una mónada aislada que se desenvuelve en una sociedad en equilibrio y que encuentra en el mercado el mejor mecanismo de creación de riqueza. Es la época de la primera generación de los Derechos Humanos o, también, la época de los derechos civiles y políticos.

El fuerte desarrollo industrial y fabril experimentado a lo largo del siglo XIX en gran parte de Europa y América, a finales de la centuria en Japón, provocó importantes movimientos de población del campo a la ciudad; contingentes de hombres, mujeres y niños que trabajaban en unas penosas condiciones y subsistían en miserables viviendas en las cercanías de la fábrica o la mina. Es así como la distancia entre las proclamas del poder político y las declaraciones de las constituciones se estrellaban con una realidad totalmente ajena a sus buenas intenciones.

A partir de 1848, se extienden por toda Europa numerosas revoluciones que son la expresión de un descontento social generalizado; siempre derrotadas, consiguie-

ron, con todo, la creación de partidos políticos representantes de la clase trabajadora, de sindicatos que defendían las reclamaciones obreras y, sobre todo, la idea de que una sociedad cortada según el patrón del Estado liberal de Derecho era incapaz de resolver los agudos problemas derivados de la extensión del capitalismo. En resumidas cuentas, o el Estado Liberal de Derecho dejaba de ser un mero árbitro garante exclusivamente de las libertades individuales y asumía tareas de mayor alcance social, o corría el riesgo de ser arrollado por la creciente marea social que, aunque reiteradamente vencida, dado su mayor alcance y profundidad, lo amenazaban con fuerza en sus propias bases.

Es en este contexto, a finales del siglo XIX y durante la primera mitad del XX, en donde comienzan a atisbarse, primero, a adquirir carta de naturaleza, después, una nueva serie de derechos. Son los derechos económicos, sociales y culturales. A estos, son a los que se denomina Derechos de la Segunda Generación. Si la consigna que puede resumir el espíritu de la Primera Generación de Derechos Humanos fue la libertad, entendida en los términos antes enunciados, la que permea los de la Segunda es la igualdad. Y ya no una mera igualdad formal, igualdad ante la ley, sino una igualdad de contenidos, que podría ser equiparada a la libertad positiva, a una “libertad para”, de tal forma que esta es concebida no sólo como el resguardo frente a la acción del Estado, sino que le exige al poder político la creación de unos mínimos sociales comunes a todos sus ciudadanos.

La doctrina de los derechos económicos, sociales y culturales obliga al Estado “a hacer”, es decir, a brindar prestaciones positivas tales como proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural, o lo que es lo mismo, “derecho a la salud”, “derecho a la vivienda”, “derecho a la educación” o “derecho al trabajo”. Estos nuevos cometidos del Estado, que alcanzan su punto máximo de expansión tras la segunda guerra mundial, el keynesianismo, son los que dan pie para hablar ya no sólo de un Estado Liberal de Derecho, sino de un Estado Social de Derecho. Un tipo de Estado que no sustituye al modelo de Estado Liberal, sino que corrige sus disfunciones; a tal fin, modifica algunos de sus presupuestos de la teoría de la sociedad y de las relaciones sociedad-individuo e interviene cuando el funcionamiento del mercado no garantiza resultados aceptables. Así, la acción humana no sólo es vista como acción de individuos, sino también tiene en cuenta la dimensión colectiva de esa acción: clase social, grupo, etnia, género, es decir, se considera que los ciudadanos están “situados”, frente al ciudadano “aislado” del Estado Liberal, en los contextos en que operan esos diversos grupos en los que desarrollan su existencia como ser social y en función del logro de intereses que rebasan la mera individualidad para proyectarse también hacia metas colectivas; unos individuos, por otra parte, que no se consideran a sí mismos como únicamente racionales, también admiten otros componentes, pasionales o irracionales, constitutivos de su personalidad. También se tiene presente que la riqueza no es el único rasero que debe medir

los resultados económicos, hay otros bienes sociales valiosos, y contempla a la sociedad como un campo conflictivo, más que como una unidad orgánica.

Si se habla de dos revoluciones que transformaron radicalmente la forma de vida de los seres humanos, la neolítica y la industrial, se puede afirmar que a partir de la segunda guerra mundial se inició la tercera, la tecnocientífica. Los exponentes más conspicuos de esta última revolución serían la energía nuclear, la auténtica invasión de los vehículos a motor a lo largo y ancho de todo el Planeta, el desarrollo de la industria electrónica cuya culminación sería la aparición de la sociedad-red y las diversas vertientes de las tecnologías de la vida, desde la fabricación de transgénicos hasta la manipulación genética humana. Las nuevas tecnologías, debido a su potencial de manipular y dañar el medio ambiente y la propia condición de los seres humanos, nos sitúan ante problemas nunca antes contemplados.

A medida que la humanidad toma conciencia de la enorme e imprevisible capacidad manipulativa de las nuevas tecnologías, se ve obligada a elaborar normas que regulen la investigación y difusión de los productos derivados de las mismas. A ello, habría que añadir los movimientos de población que tienen lugar a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Movimientos que incluyen refugiados políticos, emigrantes y quienes huyen de sus tierras devastadas por catástrofes naturales o por conflictos bélicos. Por último, todo lo anterior, debe ser entendido como un proceso de carácter planetario al que comúnmente se le denomina globalización. Las nuevas relaciones que conllevan los fenómenos citados, con la naturaleza y de los seres humanos entre sí, propician la aparición de un nuevo tipo de Derechos Humanos que, sin olvidar los anteriores, recoja las preocupaciones y retos que dichas tecnologías y movimientos sociales representan para el mundo actual. Es así como se habla de los Derechos Humanos de la tercera generación.

Tal como se había señalado en relación con los Derechos Humanos de la primera y la segunda generación, también en esta se pueden perfilar los cambios habidos en lo que al Estado y al ciudadano se refiere. Si se encontraba una relación entre el Estado liberal y los derechos civiles y políticos o de la primera generación, si al Estado social le correspondían los derechos económicos, sociales y culturales o de la segunda generación, ¿qué tipo de titular de derechos y qué tipo de Estado son los característicos de la tercera generación de derechos?

Estos derechos, obviamente, tienen como principales focos de atención el desarrollo de las tecnologías y la coexistencia de diversos grupos humanos muy diferentes entre sí; hay que señalar, además, que dichos grupos bien pueden convivir en un mismo país, manteniendo sus lazos comunitarios en uno distinto al suyo y con

formas de vida diferentes a las del país de acogida, bien esos diferentes grupos pueden tener sus propios Estados. El primero de los derechos de la tercera generación es el derecho a la paz. Las potencialidades letales de las armas atómicas y bacteriológicas suponen un grave riesgo no sólo para los países beligerantes, sino para la humanidad en su conjunto. Asimismo, no se puede perder de vista el derecho a la calidad de vida. En este sentido, el pensamiento y la sensibilidad ecológica constituyen una referencia ineludible en un mundo que se muestra tan hostil o indiferente a las consecuencias que se derivan de la producción y consumo de determinados productos y bienes extremadamente nocivos para el medio ambiente: la desertización de grandes zonas del Planeta, la voracidad de la industria maderera, los problemas medioambientales derivados de la emisión de dióxido de carbono, el agotamiento de las fuentes de energía.

En un mundo, hay que señalarlo, en el que una buena parte de la humanidad no sabe lo que son los Derechos Humanos de la segunda ni de la primera generación; para ellos, la calidad de vida comenzaría porque fueran titulares de esos derechos. La sociedad-red conecta a los humanos a lo largo y ancho de la tierra, pasando por encima de todo tipo de fronteras, almacena en un mínimo espacio físico inmensas cantidades de información, realiza operaciones a una velocidad impensable para el cerebro humano, pero también conlleva la posibilidad de llevar adelante un control sobre las vidas y los mensajes que envía y recibe la población inimaginable sin esa tecnología. De ahí la exigencia de un derecho a la intimidad, puesto que corremos el riesgo de someternos a “un juicio universal permanente”; en fin, el uso torcido de la informática por parte de distintos poderes puede llevar a cometer graves ataques contra la libertad y la igualdad. Otros derechos que se avizoran, serían las garantías frente a la manipulación genética, el derecho a morir con dignidad, el derecho al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad o el derecho de los pueblos al desarrollo; catálogo, por lo demás, incompleto que nos da a entender su condición abierta a nuevos derechos.

Si emergen, en un proceso integrativo de los de las generaciones anteriores, estos nuevos derechos, sus titulares, asimismo, mostrarán un rasgo característico. Si los de la primera generación aparecen como personas aisladas y los de la segunda como individuos, sí, pero situados, los titulares de la tercera serán personas que, además de ser vistas como individuos situados, están interconectadas a un medio ambiente que exige la sustentabilidad, a redes planetarias de información y comunicación y, por ende, a un mayor compromiso con las extremas desigualdades económicas, sociales y culturales de nuestro mundo. Bajo esta perspectiva, se podría afirmar que los Derechos de la tercera generación completarían el ideario de la Revolución Francesa, constituyendo la solidaridad su inspirador referente último. O lo que es lo mismo, a la “libertad de” y a la “libertad para”, vendría a sumársele la “libertad con” los demás.

A su vez, el Estado constitucional sería el marco institucional adecuado para llevar a cabo esta política de derechos. La construcción de un Estado tal viene apuntado por el desplazamiento de la primacía de la ley a la primacía de la Constitución, por el desplazamiento de la reserva de ley a la reserva de Constitución y por el desplazamiento del control jurisdiccional de la ley al control jurisdiccional de la Constitución. Un breve comentario al respecto. En lo que se refiere al primer desplazamiento, si el Estado de Derecho tenía como signo distintivo el imperio de la ley, lo que se puede constatar con mayor evidencia de un tiempo acá, es el recorte de los poderes del Estado en sus atribuciones legislativas. Hay un recorte normativo supraestatal, legislación, tribunales y tratados internacionales, y un recorte normativo infraestatal, competencias legislativas regionales, de determinados grupos sociales y de gran especialización, que dan paso de un ordenamiento jurídico jerarquizado a un pluralismo jurídico. Respecto al segundo de los desplazamientos, se constata que el Estado social dio lugar, dada su mayor complejidad legislativa que el liberal debido a sus numerosas atribuciones, a un marasmo de leyes o como suele decirse, a una “contaminación legislativa”, de tal manera que incluso los mismos juristas encuentran serias dificultades para conocer y aplicar el derecho. De ahí que la reserva de ley a duras penas consigue ser una garantía para regular el status normativo de las cuestiones jurídicas básicas y se vea la necesidad de acudir a la reserva de Constitución. Por último, puesto que el Estado de derecho contempla la sumisión de los poderes públicos al control de tribunales independientes, dada la hipertrofia legislativa del Estado Social de derecho, hay quien lo denomina “Estado de derecho administrativo”, se tiende a conceder un mayor papel al ordenamiento Constitucional.

En resumidas cuentas, el Estado Constitucional constituye la forma de Estado resultante de las tendencias incubadas por el Estado de derecho. Así, el Estado Constitucional mantiene la primacía de la Constitución sobre la ley, la reserva de Constitución sobre la de ley y la del control jurisdiccional de la Constitución sobre el de la ley. En último término, constituiría el marco normativo y político dentro del que tendrían su reconocimiento y sus garantías los derechos humanos de la tercera generación. Por otra parte, la preeminencia de la Constitución podría preparar el camino para un constitucionalismo internacional que acogiera bajo sí las diferentes generaciones de derechos mencionadas.

Tras los comentarios precedentes, habría que hacer dos consideraciones. En primer lugar, la descripción presentada de los derechos humanos y su relación con las diferentes formas de Estado no debe inducir al lector a que la realidad política responde a un desarrollo histórico que haya seguido los pasos presentados de una manera tan unifor-

me y lineal; ni en todos los países se puede encontrar el proceso de las transformaciones del Estado vistas, ni dentro de un mismo país en el que se hayan dado los tres tipos se puede seguir el desarrollo de una manera tan esquemática. La realidad fue, y lo sigue siendo, mucho más sinuosa, indúctil y difusa de lo que estos modelos nos ofrecen. Lo que se enumeraba eran eso, modelos, tipos ideales al modo Weberiano que, sin estar totalmente alejados de la realidad, tampoco se puede afirmar que respondan a un tipo medio estadístico, algo así como Harpagón es el tipo ideal del avaro.

El otro comentario requiere más detenimiento. Es el concerniente a las diversas críticas a las que han sido sometidas las diferentes versiones de los derechos humanos. Los derechos de la primera generación fueron puestos en la picota, tanto por la derecha como por la izquierda. El pensamiento conservador del siglo XIX, con Joseph de Maestre a la cabeza, consideraba la idea misma de derechos humanos como algo ridículo, por el principio del que partían: el hombre como algo universal y peligroso por sus efectos letales para la tradición, la costumbre y la religión. El Marx de –la cuestión judía–, por su parte, denunciaba la fractura en el Estado liberal entre los derechos del hombre, entendidos como derechos del individuo egoísta, del burgués en cuanto miembro de la sociedad civil, y los derechos del ciudadano en cuanto miembro de la comunidad política. La realización de los derechos humanos exigía, en su opinión, la emancipación humana que se produce cuando el hombre y el ciudadano se funden.

Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, las críticas provienen en su mayor parte del campo conservador. Siguiendo la senda de von Hayek, primero, y de Robert Nozick, después, los ultraliberales consideran que la única misión del Estado es la de defender la seguridad interna frente a la delincuencia y la defensa externa frente a potenciales enemigos, el resto, considerar que el Estado tiene la obligación de hacer cumplir los derechos mencionados anteriormente, es abogar por unas medidas ilegítimas que desvirtúan el propio ser y esencia del Estado. Su crítica de fondo es la de rechazar, entonces, lo que llaman paternalismo estatal, pues sostienen que el Estado de bienestar adopta, con sus medidas sociales, un papel de padre protector; más que un órgano de gobierno sobre ciudadanos libres y racionales capaces de tomar decisiones por cuenta propia, los considera como seres humanos de minoría de edad necesitados de la ayuda de un tutor. A la postre, añaden, cada uno elige para sí la vida que prefiere o que más le convence.

Tras lo visto, no podían faltar críticas a la formulación de los derechos humanos de la tercera generación. Unas mantienen que la misma idea de “tercera generación” crea confusión frente a los derechos anteriores, otras afirman que no es que se deba hablar de tercera generación, sino que abogan por una cuarta o quinta generaciones; en fin, por no citar a quienes extienden la idea de derechos humanos al mundo animal o a la naturaleza en su conjunto. Asimismo, algunos autores señalan la cima entre el Estado de derecho y el Estado Constitucional.

A su vez, habría que añadir que, en la actualidad, la mayoría de quienes ven con suspicacia los Derechos Humanos tienen algo en común: su crítica a la idea de universalidad de unos derechos cuyos titulares son individuos. Quienes militan en el relativismo cultural, en la concepción patriarcal de la sociedad o transitan por las diversas sendas del comunitarismo dirigen su atención a esas dos dimensiones básicas, de los derechos humanos. Apuntaría, brevemente, un par de cosas. En efecto, es intrínseca a la idea de derechos humanos la noción de individuo, puesto que de esos derechos sólo puede disponer una persona frente a su familia, a su grupo social, al Estado o a cualquiera de las variantes de iglesia que nos podamos encontrar. De ahí que tampoco tenga mucho sentido hablar de derechos colectivos o de grupo, puesto que esos derechos no encuentran su justificación última en la defensa o protección del grupo en cuestión, sino de los individuos que lo componen.

Tantos o más celos provoca la noción de universalidad. Desde el punto de vista de la crítica filosófica, postmodernos y comunitaristas, la universalidad es rechazada por su carácter ideal y abstracto, cuando los seres humanos tienen derecho a la diferencia, dicen unos, y son seres “situados”, afirman los otros. Las impugnaciones de los derechos provenientes del campo de la política centran sus objeciones en la desconfianza que a muchos líderes políticos, especialmente del ámbito geográfico no europeo, les ofrece la universalidad, pues consideran que bajo la inocente fórmula del universalismo se esconde en realidad el desconocimiento de las diversas tradiciones culturales y, lo que es más pernicioso aún, su justificación deja la puerta abierta a intereses económicos, generalmente de multinacionales, cuyo único objetivo es el expolio de sus países. No faltan, tampoco, las voces de juristas que rechazan el universalismo al no existir un marco económico y social que permita satisfacer plenamente todos los derechos en todo el planeta.

Para recapitular. Los derechos humanos o son individuales y universales o no son tales derechos. Respecto al carácter de individuos de los titulares de dichos derechos, poco más se puede decir que lo apuntado con anterioridad, es decir, que los pretendidos derechos de grupos tienen como horizonte último de su alcance los derechos de los individuos que los integran. El derecho de un ciudadano a expresarse, presentar sus alegaciones ante el juez, acudir a la consulta del doctor o estudiar en una lengua que no sea la más extendida en el ámbito político en que vive no encuentra su justificación en el derecho de un grupo determinado lingüístico, como un todo, sino precisamente, en la facultad que debe tener cada uno de los integrantes de ese grupo para expresarse en su lengua particular, y a tal efecto el Estado deberá poner los medios necesarios a su alcance para que así sea. Ahora bien, esto

también quiere decir que ese ciudadano en cuestión, si, por las razones que fuera, no está dispuesto a hacer uso de la lengua minoritaria, estará también en su derecho de expresarse en la de la mayoría.

La de universalidad, qué duda cabe, es una noción de muy difícil y de equívoca significación, además de estar cargada de tintes negativos en tiempos de reivindicación, en ocasiones acrítica por excesivamente apasionada, de lo propio y vernáculo como patrón de modelo a seguir. Por ello, poco será lo que estas líneas puedan aportar a tan debatido término. Sin embargo, considero oportuno hacer alguna consideración al respecto. En este sentido, quisiera traer a colación las conocidas palabras de Goethe referidas a la creación literaria: “se alcanza lo universal profundizando en lo particular”. Si trasladamos esta reflexión al campo de los derechos humanos y su universalidad, quizá sea posible encontrar unos mínimos criterios de derechos que si no todas las formas de vida, sí una gran mayoría de ellas estaría dispuesta a compartir. Contando, claro está, con que la unanimidad sería imposible. Habría que recordar, al mismo tiempo, como así lo expresan determinadas corrientes antropológicas, que la concepción de una cultura como algo homogéneo, atemporal, dado de una vez por todas y en la que el principio holista ahoga cualquier tipo de personalidad individual es una visión cuando menos ingenua, que no resiste el mínimo análisis histórico y social. Las culturas, –conviene usar el plural–, son mucho más deudoras de préstamos e intercambios de lo que a primera vista se suele admitir.

De otro lado, considero que no es justa ni correcta la ecuación universalismo-intereses comerciales, ya que resulta muy capcioso el argumento según el cual detrás de una comisión de observadores de los derechos humanos llega la instalación de una petroquímica multinacional que en su lugar de origen encuentra dificultades para ello. Es evidente que se pueden dar casos de ese tipo, pero no es un proceso automático y necesario. Añádase que en numerosas ocasiones son, precisamente, esos observadores quienes denuncian las tropelías cometidas por las empresas y entidades comerciales transnacionales.

Tampoco quisiera obviar las evidentes insuficiencias ya no de los derechos humanos, sino de los propios ordenamientos internos de cada país. Quien se asome a la ventana y contemple la vida diaria y los afanes cotidianos de sus conciudadanos, puede dudar de la vigencia práctica de su particular ordenamiento Constitucional. ¿Quiere esto decir, entonces, que debemos renunciar a cualquier tipo de orden jurídico?

Si de estas consideraciones pasamos a la puesta en práctica de dichos derechos, el asunto no hace más que complicarse. ¿Quién toma las decisiones de carácter internacional?, ¿cuándo y cómo se debe usar la fuerza?, ¿qué criterios deben guiar la intervención en un país?, ¿se debe intervenir en nombre de los derechos humanos en un país si las consecuencias previsibles son que a corto y medio plazo aumente la violencia, la injusticia y el terror? Estas y muchas más preguntas son pertinentes

porque los acuerdos sin espadas no son más que palabras. Porque todo ordenamiento jurídico tiene que contar, en último término, con la capacidad constrictiva de hacer que se cumpla.

Que muchos países firmaron los acuerdos internacionales relativos a los Derechos Humanos y hacen caso omiso de ellos en la vida diaria es un hecho evidente, que, paulatinamente, países enteros o sátrapas caídos son sancionados o perseguidos, también lo es. No serán ninguna panacea las diversas declaraciones y generaciones de Derechos humanos, como, por otra parte, no la hay para hacer prevalecer la justicia, pero, desde un sano escepticismo, estaría dispuesto a admitir que la reflexión sobre dichos derechos y los esfuerzos encaminados a implantarlos suponen un reto y una exigencia a nuestra ciudadanía global. Al fin y al cabo, las respuestas son muy complejas, pero las preguntas relativas a la justicia distributiva y a la legitimidad del poder político son muy simples: ¿quién consigue qué?, ¿quién lo dice?

Bibliografía

Sobre los derechos humanos en general:

- IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, Introducción de Amy Gutman, Barcelona, Paidós, 2003 (original en inglés, 2001).
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, (comp.), *Curso de los Derechos Fundamentales: teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III, 1995.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 1998.
- SHUTE, Stephen, HURLEY, Susan, *De los Derechos Humanos*, Valladolid, Trotta, 1998 (original en inglés, 1993).

Sobre los Derechos Sociales:

- ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004 (original en italiano, 1999).

Sobre el Estado Constitucional:

- HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000 (original en alemán, 1997).
- KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980 (original en alemán, 1975).
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Valladolid, Trotta, 1995 (original en italiano, 1992).

Sobre los Derechos Humanos de la Tercera Generación:

JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, *Los Derechos Humanos de la Tercera Generación: medio ambiente, derechos del usuario y consumidor, acción de amparo, jurisprudencia*, Buenos Aires, Ediar, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La tercera generación de Derechos Humanos*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2006.

VASAK, Karel, *Pour les droits de l'homme de la troisième génération*, Estrasburgo, Institut International des Droits de l'Homme, 1979.

VASAK, Karel, *Pour une troisième génération des droits de l'homme*, en *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'Honneur de Jean Pictet*, La Haya, Mouton, 1984.

Advertencia

Para la elaboración de este artículo se siguió de una manera especial la obra de Antonio-Enrique Pérez Luño citada en la bibliografía.

¿ES NECESARIO UN PARLAMENTO PARA AMÉRICA DEL NORTE?

Héctor Chávez Gutiérrez¹
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UMSNH

Para nadie es una novedad que el mundo esta inmerso desde hace siglos en un proceso llamado globalización, mismo que se ha venido acentuando desde hace algunas décadas y que se manifiesta por la interdependencia económica y política entre los distintos países del orbe; a su vez el proceso de globalización produce efectos contradictorios en algunas ramas del comportamiento humano, como el de la cultura, pues al mismo tiempo que hay signos de una tendencia a la uniformidad en las actitudes de los diversos grupos sociales, se presenta también comportamientos contrarios, que van a resaltar las particularidades del grupo frente a esa aparente homogeneidad que a ratos pareciera imponerse a todos las culturas que pueblan este planeta azul.

Esta aparente uniformidad no solo ha sido apreciada por intelectuales de los países que se ven más afectados por las tendencias uniformadoras, como suelen ser los países periféricos y en vía de desarrollo, también algunos teóricos de los países desarrollados perciben que la globalización esta teniendo efectos en su cultura, tal y como es el caso de autores, como Samuel Huntington, quien en sus dos últimas obras, *El Choque de las Civilizaciones* y *¿Quiénes somos?*, advierte a la cultura norteamericana de los riesgos que constituye en el plano de la cultura occidental el crecimiento de los musulmanes y chinos y el plano más local, el incremento de la presencia de los latinos y particularmente de los mexicanos, en el suelo estadounidense.

Pero a la par de esa creciente globalización, se han ido abriendo camino en el mundo procesos de regionalización, en que países que suelen compartir fronteras, llegan acuerdos para mejorar su funcionamiento y aprovechar su vecindad en aras de obtener mayores beneficios, generalmente en los campos económicos y políticos.

Sin duda el ejemplo mejor logrado de integración política, lo constituye La Unión Europea, que como sabemos ha llevado a crear entre los países principalmente de Europa Occidental, una gran comunidad política, que va en miras de adoptar una constitución común para sus integrantes.

Ha habido proyectos menos exitosos en el aspecto político, como el caso de la Unión Africana, la Liga Árabe o el Parlamento Centroamericano, pero que evidencian la creciente regionalización del mundo.

En el aspecto económico es donde se ha trabajado con mayor fortaleza para crear zonas de libre comercio, que permitan a sus integrantes hacer un frente común, para contrarrestar asociaciones similares de otras partes del orbe; ejemplos de esto son El Pacto Andino, La Comunidad Económica Europea, en su momento el Benelux y muy cercano a nosotros, el Tratado de Libre Comercio para la América

del Norte (TLC o NAFTA), que ha sido el primer intento de crear una gran zona comercial en la parte norte del continente americano.

Esto denota una realidad innegable en el entorno mundial y americano, los tres países que dan forma al TLC comparten un espacio geográfico común y a pesar de sus disparidades, deben trabajar de forma conjunta para hacer frente a otros bloques económicos y políticos.

Si bien en este momento lo que se tiene es el establecimiento de una zona de libre comercio, la misma realidad de compartir una frontera común, la más transitada del mundo, que es la de Estados Unidos de América y la de los Estados Unidos Mexicanos, nos habla de que se trata de una región con una fuerte dinámica de integración, que debe llevar a pensar en organismos, aparte de económicos, políticos, que hagan frente a una realidad, que es la que da título a esta presentación; ¿es necesario un parlamento, es decir un órgano político y no meramente económico, para que esta zona tenga una institución que la haga más eficiente en su toma de decisiones, en un entorno en que los potenciales bloques económicos van un paso adelante?

Aparte de la zona de libre comercio, que tiene más de diez años de ser una realidad, en el aire ha estado la idea de crear una moneda común, como ya existe el Euro en la Unión Europea, que para el caso americano se ha pensado podría ser el dólar, pero que por su evidente vinculación con uno de los tres países norteamericanos, crea los resquemores de la pérdida de soberanía por sus otros socios, Canadá y México al aceptar la moneda de los Estados Unidos.

Ante esta posibilidad de la unidad monetaria para América del Norte, pero para evitar que esta iniciativa fracase por la hegemonía de dólar, es que algunos estudiosos han propuesto la creación del “Amero”², para esto se tendría que formar el Banco Central de América del Norte.

De acuerdo con los estudiosos que formulan esta posibilidad, esto traería beneficios para los socios, pues el comercio se vería incrementado por la eliminación de los costos de transacción y de los riesgos implícitos en los costos de esta; como beneficios adicionales, las tasas de interés bajarían en Canadá a un dígito y en México, donde aún se conservan niveles de dos dígitos, bastante más.³

Esta unión, que actualmente sigue siendo un proyecto, refleja una tendencia hacia una paulatina unión, hasta el momento solo formulado en materia económica, pero que probablemente llevara en el mediano plazo, a plantear otro tipo de unión, que tocaría un área muy susceptible, que es la política, por sus implicaciones que tiene con el tema de la soberanía.

México es un país que tiene una historia de muchos altibajos en su cercanía y trato con su vecino del norte, donde a final de cuentas en lo político ha sido el gran perdedor.

No es fácil, tampoco para Canadá, llegar a acuerdos con el país más poderoso del mundo, que tengan que ver con integración política, por la lectura que se puede hacer de una absorción política del fuerte sobre el débil.

Con todo, los estudiosos del derecho y del comercio internacional, no pueden cerrar los ojos y debe plantearse el estudio, para cuando se presente el caso, de hasta que punto es viable la creación de un parlamento para la América del Norte, de sus pros y sus contras.

Debemos de estar preparados para cuando el destino nos alcance; si algo ha fallado a los mexicanos, ha sido ver poco hacia el futuro; ha sido mayor la preocupación por indagar en el presente inmediato y atarnos viendo y viviendo del pasado.

Por eso, en este trabajo se verán algunas líneas de por donde podría ir ese hipotético parlamento norteamericano y las formas en que se podría modificar nuestra tradicional forma de concebir la soberanía.

Los procesos de integración desde la perspectiva teórica.

La creación de un parlamento, que formule marcos legales para América del Norte, lleva de manera obligada a estudiar el tema de la integración.

La integración puede estudiarse desde diversas ópticas, dependiendo de la rama del conocimiento de que se aborde; de esta forma se tiene que para un economista los aspectos centrales de la integración pueden centrarse en la creación de zonas económicas, de la explotación de la mano de obra transnacional por los países más industrializados, del envío de remesas, solo por citar algunos casos de un abanico muy amplio de aspectos.

Desde a sociología, el tema central de la integración podría ubicarse en problemas de cómo se dan procesos de asimilación cultural, de cómo se crean culturas de frontera, de cómo se modifican hábitos por la migración, de la formación de sociedades transnacionales.

Pero dentro de la temática que nos interesa, habría que ver los efectos que la integración incide en el campo del derecho.

Debe de partirse que el derecho es concebido de manera general como un sistema, es por eso que se suele hablar del sistema jurídico mexicano, como un conjunto de normas que regulan a los mexicanos y que tienen aplicación en el territorio del país; de igual forma, cada estado constituye un sistema en sí, que se entiende por tener un ámbito delimitado de aplicación.

Es en sí el territorio el que distingue al sistema jurídico y no el sistema jurídico el que distingue al territorio; en palabras de Oscar Correas, en relación a México,

“...el sistema jurídico mexicano no se reconoce por el territorio, sino al revés. Es el territorio el que se reconoce como el espacio en el que son efectivas las normas del sistema jurídico mexicano. Y tampoco se reconoce al sistema por los habitantes, porque éstos también lo son de México precisamente porque están sujetos a su sistema jurídico”.⁴

Esta postura teórica, que enfatiza el marco jurídico local que se aplica sobre todo el territorio donde ejerce su soberanía un estado, es la que se sacude ante los procesos de integración, que hacen que, entre otras cosas, diferencias que se generan entre los firmantes de un acuerdo comercial sean resueltas al margen de la justicia estatal.

Así, para los puristas del derecho y particularmente para los defensores de la independencia de las instituciones nacionales, los acuerdos internacionales son una mella para la soberanía de los estados firmantes, al dejar en tribunales o paneles internacionales, la resolución de controversias entre los países involucrados.

Hasta hoy, los litigios surgidos por las partes firmantes del TLC, pueden herir la susceptibilidad de los ortodoxos de la teoría de la soberanía absoluta, pues pone en manos de expertos, no todos ellos necesariamente mexicanos, resoluciones que tendrán efectos jurídicos en el país.

Esto obliga a pensar, como parte de esta reflexión, sobre la integración que hemos venido hablando, que papel juega el concepto tradicional de soberanía, muy al estilo de Juan Bodino, identificada como aquel poder sobre el cual no había ningún otro, muy válida en el entorno del surgimiento de los estados nacionales, que tenían que consolidarse en lo interno frente al poder de los señores feudales y la iglesia y en el entorno internacional constituyendo la manifestación de supremacía de los reyes frente a la intromisión del poder papal y del imperio.

Así que, la integración es parcialmente una negación a la concepción clásica de la soberanía, pues en el Siglo XXI, en un mundo donde los estados no pueden cerrar sus fronteras y sus relaciones con sus vecinos, que deba de cambiarse de sentido y aceptar, que la noción clásica de soberanía esta siendo rebasada por la realidad.

Por ello que Correa afirme que:

“Soberanía es un concepto obsoleto en el mundo contemporáneo, en la visión kelseniana al menos, supone la inexistencia de la soberanía entendida como supremacía del orden jurídico nacional”.⁵

La anterior postura es magistralmente cerrada, cuando se hace la pregunta sobre sí la teoría del derecho internacional podrá sostenerse con la nueva concepción que ha ido diluyendo a la clásica de la supremacía del orden jurídico interno de un estado, como manifestación suprema de la soberanía, cuando, siguiendo de nueva cuenta a Kelsen, de conformidad con este autor, se afirma que el tema de la soberanía es un problema político o ideológico, no científico.

Entonces, si la cuestión de la soberanía absoluta es producto más de las elites gobernantes de los estados, como defensores de su coto de autoridad, que algo inserto genéticamente en la conciencia de los hombres, que sea posible modificar la visión clásica de la soberanía, que en el fondo, como ya hemos dicho renglones

atrás, tuvo su razón de ser en un contexto en que era necesario delimitar fronteras, imponer orden en un mundo jurídico aparentemente en desorden, en que finalmente la apuesta de los monarcas era crear identidades nacionales y sentar las bases para hacer frente a estados en permanentes pugnas.

La soberanía del siglo XXI podríamos verla como la de la transformación del centenario concepto de soberanía y esto no es algo que se dé de pocos años a la fecha, sino que desde el siglo XIX hemos podido ver acuerdos, convenios e instituciones internacionales, que sin que lo digan de forma explícita, en la práctica significan una notable transformación de la visión clásica de la soberanía.

Si en realidad, al referirnos a la soberanía entendemos que hablar de esta es hablar de un concepto que se ha mutado durante siglos, para llegar hoy a ser más un procedimiento de cooperación entre estados independientes, que convienen en normar de manera conjunta en el campo de las relaciones recíprocas, esto nos permite aclarar de que forma se debe de entender la soberanía en un mundo cada vez más interdependiente.

Tal vez esta realidad del derecho es la que describía Modesto Seara Vázquez, con relación a este choque entre las visiones clásicas del derecho internacional y las modernas, al decir:

“...este nuevo enfoque, al chocar frontalmente con muchos de los principios que se han sostenido tradicionalmente, va a provocar fuertes reacciones de los sectores tradicionalistas, que no acaban de reconocer el peligro que representa para los intereses de sus propios pueblos la ausencia de una reglamentación adaptada a las nuevas realidades”.⁶

Y parte de esas nuevas condiciones son las que nos obligan a, nos guste o no, a pensar sobre la posibilidad de que como parte de ese proceso de integración regional en la que se encuentra inmerso México con sus vecinos de la América del Norte, los Estados Unidos y el Canadá, y que hasta el momento su producto más acabado lo es el Tratado de Libre Comercio, una integración en el campo económico, que reflexionemos si el siguiente paso que se dará en lo político, es la creación de un organismo que resuelva los problemas de normas entre los socios y que podría bien ser un parlamento para la América de Norte.

El parlamento de la América del Norte

Debe partirse de algunas realidades, que son claves para entender el tema del que hemos venido hablando:

América del Norte es en sí una zona integrada en lo económico y en gran medida en lo político, por no decir en lo social.

El gran fenómeno de la migración, que guste o no a los norteamericanos y mexicanos, ha hecho que en la práctica las familias de estos dos países vivan entre ambos países.; estamos en presencia de grupos que ya no son solo parte de un estado.

Un parlamento para la América de Norte tendría como finalidad acelerar los procesos de elaboración de acuerdos y normas que podrían tener efectos entre los países de la región; materias como emigrantes, cuestiones de agua, de delincuencia, podrían ser tratados en este órgano, lo que traería enormes ventajas, particularmente en derecho penal, pues permitiría unificar los tipos de delitos y los procesos, agilizando con ello la aplicación de sanciones a los deficientes.

Por muy lamentable que sea, no solo las economías se han globalizado o regionalizado, sino que también las bandas organizadas han hecho lo mismo, particularmente en esta zona, donde los grupos de delincuentes operan en ambos lados de las fronteras. Con códigos penales y procesales en las materias uniformadas, la efectividad del combate a la delincuencia podría tener resultados más consistentes.

Podemos decir que el moderno sistema de estados y legislativos, pone fronteras a la acción de los estados de la América del norte, no así para las bandas criminales, para quines violar una frontera es *pacata minuta*, frente a sus otras actividades ilícitas.

Por otra parte, se puede objetar sobre la creación de una instancia de gobierno de carácter supranacional, pues a fin de cuentas es típico que se formen comisiones que negocian entre ellas para llegar a acuerdos, que posteriormente son ratificados por sus respectivos congresos o parlamentos, lo cual es cierto. La diferencia es que los negociadores designados no tienen la última palabra y si los acuerdos se llevan tiempo, esto no garantiza que sean ratificados en sus congresos y por lo tanto puede ser que el trabajo de meses haga que esto se venga para abajo.

Los tiempos electorales que viven los países de la región pueden hacer que al momento de discutirse en sus respectivas legislaturas los acuerdos, estos se vean dilatados por no ser políticamente apropiados para el momento; sí el acuerdo no es signado con la legislación con la que se llevaron a cabo las negociaciones, es posible que la que se elija sea hostil a los proyectos de su antecesora.

El Congreso para la América del Norte tendría como facultad otorgada por sus respectivos gobiernos, de poder legislar en determinadas materias y con su aprobación ya no entraría a discutirse en las legislaturas nacionales; esto ahorraría tiempo, haría que las negaciones fueran más efectivas, pues al mismo tiempo el acuerdo se estaría convirtiendo prácticamente en ley.

No se trataría de una solución enteramente nueva, pues a final de cuentas en el derecho internacional se han tenido formas para solucionar las controversias; una es a través de los mecanismos alternativos de solución de las controversias entre estados, que según Hugo Perezcano Díaz, son:

“son procedimientos mediante los cuales las partes acuden a un tercero imparcial, que puede ser una persona o un órgano colegiado para dirimir una disputa derivada de una situación jurídica”.⁷

Para que se de esta situación es necesaria la presencia del consentimiento de las partes y que sea obligatorio para los firmantes, de no estar presentes estos elementos, el órgano del que hemos venido hablando no carecería de efectividad.

No se podría hablar de pérdida de la soberanía, pues todos los estados integrantes estarían de alguna forma cediendo parte de esta, para crear una superior, en donde también tendrían participación.

No se olvide que el derecho tiene varias funciones y en el caso del que hemos venido hablando, habría que decir que:

“Una de las funciones del derecho es armonizar [...] y garantizar la seguridad jurídica de las partes involucradas mediante la selección de los procedimientos que regularan las relaciones jurídicas, así, se han creado mecanismos alternos, a los ya existentes en el interior de cada uno de los sistemas, para la solución de controversias comerciales internacionales, esto ha redundado en la proliferación de acuerdos multilaterales e instancias internacionales para la solución de controversias y se inicia un fenómeno que tiende a la unificación de los diversos sistemas jurídicos.”⁸

De ser cierta esta tendencia que se percibe en los diversos sistemas jurídicos, entonces es posible que a mediano plazo la idea de un parlamento vaya tomando forma como una forma de canalizar y dar forma a una realidad que difícilmente se puede negar, que es el hecho de que América del Norte es una zona estrechamente vinculado entre los estados que se ubican en esta área geográfica.

Se empiezan a dar algunos pasos en este sentido, en el de la formación de un parlamento y es así que un grupo de estudiantes de universidades de los tres países norteamericanos, reunidos en el senado canadiense dieron paso a la iniciativa del Foro sobre la Integración Norteamericana (FINA).

Ahí setenta jóvenes universitarios provenientes de Canadá, de los Estados Unidos y de México se adelantarán a la realidad política y simularán un Parlamento sobre América del Norte, que hasta hoy no existe. Representando a legisladores de un estado federal o federado, los participantes recrearon, del 23 al 27 de mayo del 2005, el ambiente intenso de las negociaciones propio de los parlamentos.

“*La creación de una instancia parlamentaria sobre América del Norte, como la simulan estos jóvenes, debe ser considerada*”,⁹ sostiene el Ex-embajador canadiense en México y Estados Unidos, Raymond Chrétien, presidente de honor de TRIUNVIRATO, que es como se ha denomina la asociación de jóvenes estudiantes, interesados en ir avanzado en la iniciativa de un congreso para la América del Norte.

Es claro que para que esta situación se materialice será necesaria la superación de varios tabú y desconfianzas, muchos de los cuales debidamente justificados, entre los estados involucrados para poder dar el paso hacia la integración política.

Conclusión.

Aún hay problemas sobre como se elegirían a esos diputados o representantes norteamericanos, pues de tomar como base el criterio de la población de cada país, los Estados Unidos, por sí solos, tendrían la mayoría en ese hipotético parlamento, pues gracias a su población, ni sumando a los delegados de México y Canadá, se le podría hacer mella a la representación de la superpotencia mundial.

Europa por su pluralidad en un gran número de estados, no enfrenta este problema; Norteamérica por su parte solo tiene tres estados y esto hace que cuando las poblaciones están muy desproporcionadas entre un país y otro, que la formula europea, no pueda ajustarse para este subcontinente norteamericano.

Lo presentado en este trabajo está lejos de ser la culminación de una investigación; al contrario, lo que pretende es poner en la mesa de discusión un tema que puede ser objeto de debates en el mediano plazo.

El legislador e internacionalista del Siglo XXI debe saber leer su entorno e ir formulando respuestas a las nuevas realidades que las transformaciones sociales van poniendo sobre la mesa.

Hoy la ingeniería constitucional no debe buscar resolver los problemas internos de los estados en lo que tiene que ver con normas, sino voltear sus ojos hacia fuera, pues hoy el derecho internacional, es ya derecho nacional, nos agrade o no.

Notas

1. Profesor e Investigador Titular "B" adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.
2. Grubel, Herbert. *El Amero. Una moneda común para América del Norte.* Centro de Investigación para el desarrollo. México, 1999, p. 6. Llevaría por un lado sus propios símbolos y por el otro los emblemas nacionales de cada país.
3. Ibid...p.7.
4. Correas, Óscar. "La teoría general del derecho frente a los procesos de integración" en Witker, Jorge (Coor.). *El tratado de libre comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas, T. II*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/ UNAM, México, 1993. p.27.
5. Ibid...p.49.
6. Seara Vázquez, Modesto. *Derecho internacional público*. Ed. Porrúa, México, 1998, 17ª. ed., p.10.
7. Perezcano Díaz, Hugo. "La solución de controversias en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte" en pp.278-279.
8. Serrano Migallón, Fernando. "El capítulo XX: disposiciones institucionales y procedimientos para la resolución de controversias" en p.272
9. www.fina-nafi.org/esp/fina/presse23_05_05.asp?langue=esp&menu=fina

MÉXICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL. REALIDADES, RETOS Y PERSPECTIVAS EN EL CONTEXTO DEL SIGLO XXI

Emmanuel Roa Ortiz¹

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UMSNH

1. Introducción: Ordenamientos Jurídicos en Transición

Los inicios de la nueva centuria han puesto en el centro mismo del debate académico, *in genere*, una serie de cuestiones y de problemas que precisan respuestas claras y eficaces –en la medida de lo posible– no sólo para entender una realidad cuya dinámica resulta ser vertiginosa², sino, además, condicionante a efectos de concretar un mundo habitable, una sociedad que pueda tener un mínimo de certeza en el futuro³.

Bajo tal perspectiva, la comunidad internacional del siglo veintiuno –o tercer milenio, como se prefiera– requiere, entre otras cosas, de un orden normativo que fije reglas inspiradas en nuevos valores⁴ y haga posible la materialización de principios⁵ a la luz de los cuales pueda orientarse y adoptar aquellas decisiones más convenientes frente a tales desafíos.

La afirmación precedente implica tomar al Derecho como un importante marco referencial –que no el único, como es fácil advertir– en la búsqueda de soluciones a la diversidad de necesidades que los colectivos tienen en esta época de dudas y de sombras.

Ahora bien, el marco jurídico que menciono debe integrarse no sólo por el tradicional andamiaje que proporciona la normativa interna o nacional. Además, es insoslayable la contribución que a dicho contexto de referencia imprime el orden jurídico externo, el Derecho Internacional, cuya estructura, principios, nomogénesis y, por supuesto, normas, no dejan de irradiar, desde hace ya un buen tiempo, la configuración jurídica tanto de la propia comunidad internacional como la respectiva de las entidades de naturaleza estatal.

Lo anterior significa que adopto un enfoque que pretende, en cierta forma, soslayar la tradicional visión académica que insiste en distinguir dos esferas jurídicas, separadas y autónomas, independiente una de la otra, entre el derecho interno –o nacional– y el derecho externo –o internacional–⁶. Hago, entonces, *confessio mea* la concepción monista del Derecho como un *totum* incluyente; *id est*, estoy convencido que tanto el orden jurídico interno como el externo deben conformar una unidad, con sus respectivos ámbitos ciertamente, pero en una sola estructura jurídica que los comprenda a ambos.

En este sentido, el actual andamiaje jurídico normativo no puede existir sin la activa interacción entre las normas producidas en el nivel interno de todos y cada uno de los Estados con las originadas en el ámbito del consenso soberano de los mismos⁷.

A la consideración precedente debe añadirse la nada despreciable cantidad de disposiciones normativas que emanan de las organizaciones internacionales, incluyendo, por supuesto, la normativa a la que se ha venido denominando *soft law*⁸, cuya influencia es cada vez más expansiva y creciente⁹.

De ahí, entonces, el imperativo de considerar tales “órdenes” jurídicos como uno solo, en constante evolución y transición a estadios superiores y con múltiples aspectos problemáticos que precisan de solución y adecuada coordinación en sus variadas y diversas facetas normativas.

Ciertamente se trata de modificar una serie de perspectivas y enfoques extremadamente nacionalistas, reticentes de todo lo que lleve el calificativo de “internacional”¹⁰.

Asimismo, la adopción de una perspectiva más amplia e incluyente debe pasar por un proceso de “desmitificación” del orden normativo nacional. Ello no significa, por supuesto, negar los indudables avances que tanto la legislatura como la judicatura, en sus respectivos ámbitos de competencia, han impreso, en los diversos Estados, al entramado jurídico interno. Sin embargo, debe reconocerse que los operadores jurídicos se sienten más “cómodos” en el uso de los dispositivos que pone a su disposición el Estado a través de los mecanismos nomogenéticos tradicionales –*id est*, la codificación, la jurisprudencia, etc.¹¹–.

El Derecho Internacional, en este contexto, ha debido atravesar, también, un proceso evolutivo¹². De hecho, se encuentra todavía en transición y en un momento en que precisa de encontrar los cauces más adecuados para una más eficiente coordinación con las normativas nacionales¹³. Si la perspectiva que se adopta es la de un solo ordenamiento jurídico en donde hay niveles que deben coordinarse entre sí para asegurar la operatividad, lo más adecuada posible, de las diversas partes del mismo, la parte que le corresponde al Derecho Internacional ha sido –es– permear, poco a poco, las estructuras jurídicas internas. A su vez, estas últimas han ido modificando su tradicional y restringida interacción con la dimensión iusinternacionalista para favorecer, paulatinamente, una mayor apertura a los efectos que irradia dicha dimensión.

Estamos, pues, frente a un ordenamiento jurídico en transición, cuyos respectivos niveles –interno y externo– se encuentran sometidos a una serie de modificaciones, de percepciones, de reformas, de transformaciones y de prácticas que hacen de su interacción una dinámica de contornos y matices *sui generis*. En mayor o menor medida, todos y cada uno de los integrantes de la comunidad internacional¹⁴ se encuentran involucrados en esa dinámica, adaptando el nivel jurídico interno a las exigencias del nivel jurídico internacional y haciendo más precisas, más claras, más eficientes –si cabe– las coordenadas de interacción entre ambos.

En tal escenario, cabe el cuestionamiento de cuáles serían las tareas que un país como México debe llevar a cabo para hacer de la transición –en el sentido de adaptación– en la que actualmente se encuentra el ordenamiento jurídico, un periodo

que culmine con éxito. De manera específica, el planteamiento se despliega en torno a las acciones que se podrían adoptar en función de concretar un nivel jurídico interno en consonancia con las expectativas –y exigencias– del Derecho Internacional.

Por razones de espacio, en los siguientes párrafos abordaré únicamente tres de las acciones que, en mi opinión, son cruciales para materializar tal finalidad. En primer lugar, la necesaria e imprescindible adaptación de la base normativa que sustenta el nivel jurídico interno de nuestro país a las realidades –y requerimientos– de la dimensión iusinternacionalista; formulado de otro modo, la apertura de la norma constitucional a la irradiación de los efectos del Derecho Internacional. En segundo lugar, la coordinación de la aplicación de la normativa internacional –de manera particular la de naturaleza convencional, pero tomando en consideración la importancia creciente de la costumbre internacional– por la judicatura. Finalmente, y a manera de referencia conceptual complementaria, la insoslayable tarea de modificar la metodología de la enseñanza jurídica, que actualmente se desarrolla en los centros universitarios, a efectos de incorporar, plenamente, la dimensión iusinternacionalista en la formación de los juristas mexicanos.

Cierto es que los tiempos y modos de implantación de las acciones mencionadas en el párrafo precedente dependen de las características específicas de cada una de las mismas. No tiene comparación una reforma constitucional –por más compleja que ésta sea– con la capacitación de los operadores judiciales para que apliquen, correcta y de manera uniforme, las normas convencionales internacionales, o la desafiante tarea de reformar los planes de estudios universitarios y contar con docentes sensibilizados por las exigencias del nuevo enfoque pedagógico que se propone.

Sin embargo, estoy convencido que constituyen un buen punto de partida para la reflexión –primero– y la configuración de estrategias –después– que permitan a nuestro país adecuar su normatividad interna a las condicionantes del orden jurídico contemporáneo, fundamentalmente en su esfera externa.

2. La Apertura del Derecho Mexicano a la Dimensión Internacional del Orden Jurídico

Aspecto central en la coordinación que debe prevalecer entre los dos niveles normativos del ordenamiento jurídico –tanto interno como externo– lo es la existencia de mecanismos que aseguren una respuesta adecuada por parte de la dimensión jurídica interna a la irradiación de los efectos del nivel externo. En otras palabras, la coordinación entre ambos niveles –y, por ende, la eficaz integración y unidad del orden jurídico– está condicionada por la naturaleza y flexibilidad de los instrumentos que hacen posible la coordinación entre dichos ámbitos.

Desde una perspectiva doctrinal, la temática planteada en el párrafo anterior nos sitúa, de manera precisa, en el análisis de las relaciones entre el Derecho Internacional y el ámbito jurídico nacional¹⁵. Ciertamente es que adentrarse en tal cuestión implica, necesariamente, retomar las dos posturas teóricas a las que hacía ya referencia en el primer punto de este ensayo. Así, por un lado está el enfoque dualista –o pluralista–, mismo que sostiene la “dualidad” –o “pluralidad”, en la opinión de Nguyen Quoc¹⁶– de ordenamientos jurídicos¹⁷. Por otro lado, la perspectiva monista enfatiza la existencia de un solo orden jurídico que regula tanto los aspectos “internos” o “nacionales” como la dimensión “externa” o “internacional”¹⁸.

Los efectos prácticos de las posturas doctrinales enunciadas son de particular relevancia. La doctrina dualista, como es bien sabido, exige la previa “incorporación” de la normativa internacional al orden interno a efectos de que la primera pueda desplegar algún tipo de eficacia jurídica¹⁹. Por su parte, el postulado monista, que defiende la unidad del ordenamiento jurídico y concede la primacía al orden normativo internacional respecto del Derecho nacional, no precisa tales mecanismos, pues una vez que opera la nomogénesis, la norma creada posee eficacia directa y aplicación inmediata *ad intra* de la dimensión jurídica interna. De esa forma, se asegura y preserva la mencionada unidad del ordenamiento jurídico y la adecuada coordinación entre los dos niveles normativos.

Ahora bien, con anterioridad he manifestado mi convicción de que el Derecho mexicano adopta una postura de naturaleza dualista²⁰, a pesar de la opinión de un sector doctrinal que afirma que nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por su orientación “monista moderada”²¹. En efecto, el mecanismo a doble grado que prevé la normativa constitucional no deja dudas por su claridad: en el caso de los tratados internacionales, éstos se “incorporan” al orden jurídico mexicano siempre y cuando cumplan con los extremos que dispone el artículo 133 de la Constitución federal²². A semejanza de la Constitución norteamericana, la única forma en que el derecho convencional internacional puede desplegar sus efectos es mediante su “incorporación” –por virtud del acto legislativo– al “[...] supreme law of the land”²³.

Sin embargo, debe resaltarse que la propia Constitución mexicana, en un giro muy particular y con un trato distinto al que contempla para las normas convencionales, dispone una especie de apertura parcial a los efectos del orden jurídico internacional por lo que se refiere a la delimitación de los espacios territoriales de la Nación.

Ciertamente, de una atenta lectura del texto de los artículos 27²⁴ y 42²⁵ constitucionales se desprende que el Constituyente de Querétaro incluyó una referencia –velada– al “derecho internacional” en su dimensión consuetudinaria²⁶, *id est*, la remisión que la Ley suprema hace es a la costumbre internacional, en el sentido en que lo dispone el artículo 38.1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia cuando hace la mención de “[...] la costumbre internacional, como evidencia de una práctica general aceptada como derecho”.

La diferencia en el tratamiento no puede soslayarse. Tanto el derecho convencional internacional como la normativa consuetudinaria tienen efectos jurídicos precisos, pues no sólo crean derechos y obligaciones en la esfera internacional sino que son capaces, además, de desplegar tales consecuencias *ad intra* de los Estados. Aún más, considero que el proceso de incorporación al que nuestra Carta Magna somete a las normas convencionales, si bien responde a una lógica que trata de preservar la coherencia interna del orden jurídico mexicano a través de la defensa irrestricta de la supremacía constitucional, no se corresponde, en su mayor nivel de exigencia, con el reenvío *ex constitutionis* al derecho internacional consuetudinario.

No es este el lugar adecuado para comentar las peculiaridades nomogenéticas de la costumbre internacional. Basta indicar, en este sentido, que el proceso de constatación de la existencia, contenido, alcances y límites de las normas consuetudinarias quedan fuera, por supuesto, de la intervención de los Estados²⁷ y se confían a las instancias judiciales internacionales²⁸. De ahí, entonces, la falta de igualdad de trato constitucional entre ambos medios nomogenéticos de ascendencia internacional.

La afirmación anterior no debe prestarse a confusión. No propongo que la costumbre internacional se someta a los mismos parámetros de “incorporación” que regulan la manifestación del consentimiento del Estado mexicano en obligarse por una norma convencional que ha sido negociada previamente por el poder ejecutivo y cuyo texto no contradice la letra constitucional. Antes bien, considero que si el Constituyente de 1917 asumió como confiable y segura la remisión al derecho internacional –consuetudinario– tratándose de los aspectos ya referidos, podría hacerse lo mismo por lo que corresponde al derecho convencional internacional.

Dicha apertura –o remisión–, sin embargo, no sería irrestricta sino que tendría matices importantes y límites *ratione materiae* específicos. Aunque actualmente se haga énfasis de una progresiva “deconventionnalisation” del derecho internacional²⁹ y la relevancia de los tratados internacionales, pese a su gran número, empiece a ser compartida por una renovada *vis* expansiva de la costumbre internacional, no puede ignorarse que aún seguimos viviendo “[...] in a treaty world”³⁰.

De lo anterior se desprende que la remisión –o reenvío– que se sugiere adopte el texto constitucional, sin la necesidad de atravesar el mecanismo de “incorporación” *ex* artículo 133 constitucional, debe hacerse sólo en relación con aquellos instrumentos convencionales que, por su importancia, puedan equipararse a –o incluso colocarse por encima de– la propia Ley fundamental.

En esta línea argumentativa, considero es apropiado señalar que los tratados internacionales a los que se les podría reconocer³¹ status de rango –supra– constitucional y, por ende, inmediatamente aplicables y con eficacia directa en el nivel interno del ordenamiento jurídico, serían aquéllos cuyo contenido estuviese integrado por disposiciones en materia de derechos humanos. Asimismo, estarían incluidos en dicho reenvío los acuerdos internacionales que regulan el derecho internacional humanita-

rio, por virtud de su trascendencia. En tercer lugar, también deberían formar parte de ese reconocimiento *ex constitutionis* los instrumentos convencionales que han codificado las normas internacionales en materia penal, de manera específica aquéllos que han conformado una estructura con incidencia en la responsabilidad penal individual³².

En conjunto, los tratados internacionales mencionados conforman lo que se ha denominado “orden público internacional”³³, una estructura que se integra por normas jurídicas *erga omnes*³⁴ e incluso, disposiciones de *jus cogens*³⁵.

La propuesta de apertura de la Norma constitucional a tal orden público internacional no es, ciertamente, novedosa *in toto*. En este sentido, el Proyecto de Ley de Amparo de 1999³⁶ recogió, en su articulado³⁷, la sugerencia de que el mecanismo protector del amparo resolviera “[...] toda controversia que se suscite por normas o actos de autoridad que violen las garantías que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los *derechos humanos que protegen los tratados internacionales generales en la materia, a saber: la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”³⁸.

Sin embargo, debe señalarse que el texto de la disposición, de conformidad con la Introducción al Proyecto de la Nueva Ley de Amparo³⁹, tenía por objeto “[...] que mediante el juicio de amparo se protejan de manera directa, además de las garantías que actualmente prevé nuestra Constitución, los derechos contenidos en los cinco instrumentos internacionales generales que en materia de derechos humanos ha ratificado el Estado mexicano [...]”, pero reiterando que su posición jerárquica normativa “[...] seguirá siendo inferior a la propia Constitución”.

Como se puede apreciar, aún la pretendida “ampliación” de la protección, por vía de amparo, que el Proyecto pretendía concretar respecto de los derechos humanos contenidos en los instrumentos convencionales internacionales referidos, no implica una verdadera apertura del nivel jurídico interno a la irradiación de los tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos. Aún más, no creo que la sede para dicha apertura sea una ley federal de rango secundario, inferior al texto constitucional, ello sin demeritar la trascendencia y relevancia que la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución federal tiene en el ordenamiento jurídico mexicano. La apertura al Derecho Internacional –convencional– debe recogerse en una disposición de rango constitucional por virtud de los efectos que deben materializarse.

La afirmación que hago en el párrafo precedente se extiende, asimismo, a criticar la postura que la Suprema Corte de Justicia adopta respecto de la interpretación del contenido de la primera parte del artículo 133 de la Constitución federal por lo que se refiere a la jerarquía de las normas internacionales de carácter convencional en relación con la propia Ley fundamental y las leyes federales –así como estatales–⁴⁰.

En efecto, si bien la modificación de la anterior línea interpretativa del Alto Tribunal puede considerarse como positiva, pues realmente constituye un avance⁴¹, no basta, ni es suficiente, para garantizar la coordinación de ambos niveles –externo e interno– del ordenamiento jurídico. Ni menos aún concreta la apertura al Derecho Internacional, por parte del Derecho mexicano, que he venido sosteniendo como esencial para la concreción de tales relaciones de coordinación.

Además de no resolver una serie de problemas que se derivan de la consolidación del principio de supremacía constitucional⁴², los criterios judiciales, aún sean aquéllos sostenidos por los más altos tribunales de cualquier Estado –y, por lo tanto, del nuestro– no son, en mi opinión, la sede más adecuada –ni oportuna– para “abrir” el ordenamiento normativo nacional a las exigencias del Derecho de la comunidad internacional⁴³.

En tal virtud, se precisa de una modificación del texto constitucional que, a semejanza de otras normas supremas⁴⁴, reconozca la aplicación inmediata así como la eficacia directa de los instrumentos convencionales que conforman el “orden público internacional”⁴⁵.

De esa forma, se garantiza una adecuada coordinación entre los niveles del ordenamiento jurídico, consolidándose su unidad material –y no meramente formal–, para, asimismo, reforzar el “[...] success and progress [...]”⁴⁶ del propio Derecho Internacional.

Asimismo, *last but not least*, la apertura de la Constitución Mexicana al Derecho Internacional, en el sentido que propongo, disiparía las ambigüedades y actitudes pasivas que hasta la fecha se han propiciado por la redacción vigente que recoge el texto fundamental.

Claridad y precisión es lo que requiere el Derecho Internacional del siglo XXI en sus relaciones de coordinación con el nivel normativo interno de los Estados.

3. Aplicación Judicial del Derecho Internacional en México: Una Asignatura Pendiente

Tarea que también requiere una cuidadosa atención a efectos de concretar la imprescindible adaptación de nuestro país a los desafíos del Derecho Internacional en el contexto del nuevo siglo lo es, por supuesto, que sus normas no sólo sean conocidas sino, además, correctamente interpretadas y aplicadas a los casos específicos por la judicatura.

En este sentido, es conveniente recordar que, precisamente por causa de la evolución que el Derecho Internacional experimenta, y que aludí en la parte introductoria de este ensayo, no es dable esperar que sus normas únicamente regulen las relaciones entre sujetos de naturaleza estatal⁴⁷.

De manera concreta, la gran variedad de los tratados internacionales que forman parte del entramado jurídico mexicano, así como su heterogeneidad, hace posible su invocación, en sede judicial, por personas, físicas o morales –*id est* particulares–, cuyos derechos se derivan de la asunción de obligaciones internacionales por los Estados.

A la luz de la anterior afirmación, el papel del juez resulta de extraordinaria trascendencia en el marco de las relaciones internacionales, tal como lo destaca Conforti cuando señala: “In a world where almost every aspect of life is becoming internationalized, national judges can find themselves taking positions that may affect the external relations of their State in a great many cases”⁴⁸. Asimismo, la función judicial, que repercute en el ámbito de las relaciones entre el Estado y los particulares y, por supuesto, en el amplio mundo de las interacciones jurídicas *inter privatos*, también está condicionada, en ciertos casos, por la irradiación de las propias normas internacionales.

En suma, dada la complejidad que reviste el actual ordenamiento jurídico, tanto en su dimensión interna como en la esfera externa –cuya incidencia en el ámbito nacional es cada vez más importante–, la judicatura está llamada a establecer, por virtud de la subsunción que trae causa de sus facultades competenciales, un extraordinario e inevitable *diálogo* entre ambos niveles.

El juez no debe limitarse, en la actualidad, a conocer la esfera normativa nacional soslayando la dimensión jurídica externa. No puede, por lo tanto, alegar “desconocimiento” de la proyección e impacto de los efectos que poseen las normas jurídicas internacionales respecto de la creación de derechos y obligaciones que pueden ser invocados por los particulares en sede judicial⁴⁹. Aún más, la legitimidad de la actuación judicial –inclusive su control por parte de la ciudadanía, aspecto esencial del Estado Social y Democrático de Derecho– está directamente relacionada con la aplicación de las normas jurídicas internacionales, especialmente aquéllas cuyo contenido incide en la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas⁵⁰.

A partir de tales reflexiones es posible apreciar la imperiosa necesidad –deber– de la judicatura para concretar la coordinación –en el sentido de diálogo– entre los dos niveles que conforman la estructura del ordenamiento jurídico⁵¹.

Lo anterior, por supuesto, es también predicable de la judicatura mexicana. Bajo esta perspectiva, es bien conocido que los jueces mexicanos, tanto los de competencia federal como los de ámbito local, hasta fechas relativamente recientes, habían sido reticentes a la aplicación, en sede de subsunción, de los instrumentos convencionales internacionales aprobados por nuestro país⁵². En relación con la costumbre internacional la situación era –sigue siendo– una práctica judicial inexistente; por no mencionar los demás mecanismos nomogenéticos del ordenamiento internacional⁵³.

Las causas de tal situación son varias. Entre otras, la fuerte tendencia de la judicatura mexicana a no “correr riesgos” ni aventurarse en ámbitos normativos “distintos” a los propios, derivada de una formación exclusiva en el conocimiento y

operatividad de la normatividad interna, excluyendo cualquier referencia, aún incidental, a la normatividad internacional⁵⁴, puede señalarse como el principal motivo por el que los jueces mexicanos se sientan “ajenos”, en el ejercicio de sus funciones, al Derecho Internacional⁵⁵.

Cierto es, además, que la aplicación de la normatividad internacional no está exenta de cuestiones complejas. No se trata del mero conocimiento de la existencia de la norma jurídica externa que forma parte del Derecho nacional. La interpretación y la aplicación son actividades que, *per se*, exigen a los operadores judiciales habilidades en cierto modo distintas a las que requiere el manejo de la normativa nacional, sea ésta propia de la esfera competencial federal o local⁵⁶.

Pero, también es verdad que tales obstáculos no son insuperables y la prueba de ello es que en otras latitudes geográficas, en otras experiencias jurídicas, los operadores judiciales han sabido afrontar, de manera exitosa, los retos que supone la aplicación en sede judicial del Derecho Internacional⁵⁷. De ahí, entonces, que las dificultades que enfrentan nuestros jueces en su carácter de “agentes” y garantes de las normas jurídicas internacionales, se configuren más bien como cuestiones ideológicas que técnicas⁵⁸.

No obstante, el panorama que se perfila en este aspecto crucial no está del todo cerrado. Afortunadamente, se percibe una paulatina toma de conciencia, por parte de la judicatura, respecto de la importancia del tema y de la necesidad de adoptar acciones que conduzcan no sólo a la sensibilización de los jueces a fin de que asuman su responsabilidad en el contexto de las exigencias del Derecho Internacional sino, además, en relación a su imprescindible participación para dotar de eficacia a las normas jurídicas internacionales en el nivel interno del ordenamiento jurídico⁵⁹.

Este último aspecto es en verdad trascendente. La eficacia que las normas jurídicas internacionales, convencionales o consuetudinarias, pueden tener *ad intra* del ordenamiento jurídico nacional depende, en forma directa, de que sean aplicadas por los jueces. No dotar de aplicabilidad y eficacia a la dimensión externa del ordenamiento jurídico conduce a negarle al justiciable la protección que ofrece el Derecho Internacional. Además, como se indicó en párrafos anteriores, abre las puertas a la responsabilidad internacional del Estado mexicano por violación –incumplimiento– de las obligaciones internacionales que adquiere en la esfera jurídica internacional⁶⁰. Las consecuencias de ello son, por supuesto, bastante graves y no deseables, dado el contexto internacional –abierto y dinámico– en el que nuestro país está participando en la actualidad⁶¹.

A partir de dicho entorno, es preciso impulsar y promover la consolidación de esa incipiente toma de conciencia de nuestros jueces por lo que se refiere al conocimiento, interpretación y aplicación del Derecho Internacional.

En este sentido, considero que la mejor vía es la constante capacitación y actualización de los operadores judiciales en dicha temática. Por virtud de su obligatoriedad –debido a que las normas internacionales que cumplen los extremos del artículo 133

Constitucional forman parte del Derecho mexicano—, tanto quienes aspiran a ejercer la delicada función judicial como los que ya la están desarrollando, no pueden soslayar el conjunto de dispositivos normativos de ascendencia externa. A la luz de tal imperativo, deben allegarse de los conocimientos dogmáticos y técnico-pragmáticos que les doten de las herramientas necesarias para asumir y concretar su labor haciendo uso de los mecanismos jurídicos internacionales cuando así lo requiera la solución de las controversias que les son sometidas a su conocimiento.

Se precisa entonces, que las judicaturas, en sus respectivos ámbitos de competencia, impulsen la difusión de las normas internacionales vigentes para nuestro país. Asimismo, los órganos encargados de la formación, capacitación y actualización de los jueces deben cuidar la puesta a disposición de los operadores judiciales de todos los medios para que éstos accedan a la información y praxis que implica el manejo adecuado de la normativa internacional⁶².

Como reflexión final de este apartado, es preciso dejar en claro que, a la par de la exigencia y obligación de la judicatura en conocer y aplicar adecuada y oportunamente el Derecho Internacional, se requiere un marco jurídico nacional claro y preciso, como se indicaba en párrafos precedentes, a fin de que las dudas y ambigüedades que priman actualmente den paso a normas constitucionales —así como legales— que orienten el actuar judicial en este contexto.

4. Hacia el Reposicionamiento del Derecho Internacional en la Currícula Académica Universitaria

Brevemente, y a manera de *obiter dicta*, esta sección pretende señalar, de manera crítica, una lamentable realidad que condiciona, en mi opinión, gran parte de la solución a los problemas planteados a lo largo de este ensayo.

Tanto la deficiente visión que el legislador federal —y en muchas ocasiones las legislaturas estatales— tiene de la influencia e importancia del Derecho Internacional como buena parte del desconocimiento y falta de aplicación de la normativa externa por parte de la judicatura —tanto del nivel federal como local—, traen causa, indudablemente, del paupérrimo tratamiento que se le da a esta área del conocimiento y práctica jurídicas en la formación universitaria de los operadores jurídicos.

En efecto, pese a ser contemplada como asignatura obligatoria en la currícula de las instituciones de educación superior que ofertan la licenciatura en Derecho en el país, el Derecho Internacional —en sus dos vertientes: público y privado— ha sido considerado más bien como área aislada, desvinculada y descontextualizada en prácticamente la mayoría de los programas académicos actuales.

Puede afirmarse entonces, que hay una grave desarticulación entre los contenidos temáticos curriculares de naturaleza jurídica internacional y la enseñanza de las

áreas académicas tradicionalmente consideradas como relevantes para el perfil de egreso de los estudiantes de la licenciatura de Derecho, tales como civil, penal, procesal, laboral, administrativo, constitucional, fiscal, entre otras.

Un rápido análisis del panorama curricular de las instituciones de educación superior y universitarias arroja un resultado poco alentador, en el que, si bien se contempla el estudio del Derecho Internacional, éste no se aborda en conjunto con las demás áreas del conocimiento jurídico. Aunque, también hay que indicar, esta situación está empezando a cambiar, de manera lenta y paulatina.

Lo anterior puede apreciarse tomando como ejemplo el caso de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, cuya currícula, reformada en 1993, tomó en consideración el necesario reforzamiento del estudio del Derecho Internacional Público, ampliando las áreas de su estudio⁶³. Bajo el esquema del nuevo plan de estudios, se incorporaron asignaturas que posibilitan la preespecialización y, con relación al Derecho Internacional, hay que destacar dos aspectos importantes. El primero, la inclusión de las asignaturas “Régimen Jurídico del Comercio Exterior” y “Derecho de la Integración Económica”. El segundo aspecto es que se incorporan cuatro materias específicas que refuerzan el área jurídica internacional⁶⁴.

Sin embargo, el ejemplo es, hasta cierto punto, aislado, pues la tendencia a considerar al Derecho Internacional en la “periferia”⁶⁵ de la currícula académica continúa⁶⁶, por no mencionar la inercia en el medio jurídico profesional a relegar tal área a la práctica de sólo unos pocos⁶⁷.

Es urgente, pues, *reposicionar* al Derecho Internacional, como disciplina académica y de imprescindible aplicación pragmática, en los planes de estudio jurídicos. No sólo de los correspondientes al nivel de licenciatura, sino, inclusive, a nivel de postgrado.

Ciertamente, el primer paso tendría que darse para consolidar la enseñanza del Derecho Internacional en el contexto específico de la licenciatura⁶⁸. A tal fin debe señalarse, como se apuntó en párrafos anteriores, que no se trata sólo de reforzar el área de conocimiento específico, sino de *vincular* la enseñanza del Derecho Internacional –por lo menos del derecho convencional y el de naturaleza consuetudinaria que son vigentes para nuestro país, como punto de partida–. Los programas académicos de las distintas áreas jurídicas precisan incorporar a sus contenidos secciones en las que se fomente el interés de los educandos por analizar dichas áreas a la luz de los instrumentos internacionales.

En este sentido, la interacción de los órganos académicos –*id est*, los colectivos profesoraes que tienen a su cargo las áreas específicas del conocimiento jurídico– es fundamental, no sólo en el rediseño de planes de estudio que incluyan el estudio de las normas internacionales en el contexto de las diferentes materias jurídicas, sino la realización de ejercicios prácticos que permitan al estudiante de Derecho la posibilidad de acceder, lo más realista posible, a la compleja dinámica del orden jurídico internacional y su incidencia en la dimensión interna estatal⁶⁹.

También en el nivel de posgrado es necesario contemplar en los diversos programas académicos la perspectiva jurídica internacional. En este sentido, no me refiero particularmente a la creación de programas *ex profeso* –que ciertamente los hay en México–, sino, más bien, a la interacción entre los contenidos de los programas vigentes con la perspectiva iusinternacionalista. La riqueza contenida en la dimensión jurídica externa comple(men)ta y, además, condiciona los desarrollos normativos nacionales así como los análisis teórico-dogmáticos.

Es muy probable que el reposicionamiento del estudio del Derecho Internacional en el ámbito de la educación universitaria –y especializada– sea el desafío más importante que deba superarse a mediano plazo a fin de concretar una adecuada interacción entre los operadores jurídicos mexicanos para usar, de manera adecuada y oportuna, los mecanismos jurídicos que ofrece el ámbito iusinternacionalista. Sin una formación científico-práctica en el área del Derecho Internacional, de poco serviría un marco normativo adecuado. De ahí, entonces, la trascendencia de que los agentes académicos –instituciones universitarias, autoridades académicas, colectivos profesoriales y los propios docentes– se tomen en serio la responsabilidad de conformar la enseñanza de las distintas ramas científicas del Derecho a la luz de las exigencias de la dimensión iusinternacionalista.

5. Conclusiones

Considero adecuado cerrar esta serie de reflexiones aludiendo, en primer término, al importante compromiso que nuestro país ha adquirido con sus contrapartes⁷⁰ en el ámbito internacional.

En efecto, como parte de la actual comunidad internacional, nuestro país no puede dar marcha atrás a –ni mucho menos soslayar– todas y cada una de las obligaciones que emanan, tanto de la manifestación expresa de su consentimiento como de la práctica que observa a lo largo de sus múltiples y variadas relaciones con los entes con subjetividad en el nivel normativo internacional.

De ahí que es imperativo la asunción de medidas como las que sugiero a lo largo de los párrafos precedentes. En primer lugar, la adaptación del marco jurídico constitucional para la apertura al Derecho Internacional –convencional y consuetudinario– en los términos ya indicados. En segundo plano, el esfuerzo para diseñar y mantener programas de capacitación judicial, específicos y dirigidos a nuestros jueces –federales y locales– para concretar su sensibilización en la subsunción de la normativa iusinternacionalista, aún cuando ésta no sea invocada por las partes en conflicto. *Last but not least*, el urgente reposicionamiento de la Ciencia y Praxis del Derecho Internacional en la currícula académica universitaria, aspecto insoslayable para ir conformando, paulatina pero certeramente, generaciones de juristas mexicanos que

sepan aprovechar la extraordinaria riqueza jurídica de la dimensión externa del orden jurídico.

Desde esta perspectiva jurídica, los primeros pasos del incipiente siglo veintiuno no pueden darse sin tener como referencia puntual al Derecho Internacional. En estos tiempos en que se reclama la reforma –definitiva– del estado en nuestro país, volver la mirada al Derecho Internacional es no sólo recomendable, sino imprescindible, pues éste “[...] sigue siendo una fuente de modernización del orden jurídico interno”⁷¹.

Notas

1. El autor es Profesor de Derecho Internacional Público y Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y Director del Instituto de Especialización Judicial del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán. Las opiniones que se expresan en este ensayo son hechas estrictamente a título particular. Se agradecen las observaciones de Luis Fernando Anita Hernández, Mario Alberto García Herrera y Benjamín Revuelta Vaquero.
2. En el sentido de que los cambios, en prácticamente todos los campos y las áreas, se suceden rápidamente, alterando nuestra percepción tradicional de entendimiento y comprensión de las cosas. Ello es fácilmente apreciable en el espectacular avance de la ciencia y de la tecnología, pero no lo es menos por lo que respecta a la dinámica propia de los colectivos, el quehacer económico y político así como la propia idiosincrasia.
3. Ciertamente, el contexto internacional no es particularmente propicio: el incremento de la inseguridad, la escalada terrorista que trasciende las fronteras mismas de los estados, la violencia en las relaciones interestatales de varios ámbitos geográficos, el progresivo deterioro del medio ambiente, la erosión –paulatina pero insoslayable– de la soberanía nacional, los desafíos de una acendrada globalización económica y financiera que se perfila, en buena parte, excluyente, entre otros problemas, a los cuales se añaden los “clásicos” obstáculos que se derivan de la vieja –pero aún extraordinariamente activa– sociedad de estados soberanos, hacen de la nuestra una etapa conflictiva y conflictuada. Por lo demás, no deseo que tales afirmaciones puedan derivar en una perspectiva pesimista o negativa; por el contrario, pretendo ser realista en términos simples y claros, enfatizando mi confianza en que por muy graves que puedan ser los problemas que nos aquejan como sociedad, siempre hay posibilidad de solución.
4. Empleo el término “nuevos” en sentido de “redescubiertos”, pues valores como la dignidad humana, la solidaridad, la cooperación entre los pueblos, entre otros, siempre han estado presentes en el espíritu del ser humano, aún cuando en periodos de la historia se les haya minimizado, ignorado o, incluso, rechazado.
5. Tales como los siempre anhelados de libertad, orden, seguridad, paz, estabilidad, cuya búsqueda ha exigido a la humanidad, desde siempre, constantes sacrificios.
6. Me refero, por supuesto, a la clásica discusión acerca de la naturaleza de las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho Internacional. De la misma se desprenden dos concepciones específicas: la monista y la dualista, con sus respectivas características. Cfr., por todos, González Campos, J. D. et al, *Curso de Derecho Internacional Público*, Sexta Edición, Civitas, Madrid, 1998, pp. 261–265, así como infra punto 2 de este ensayo.

7. Mismo que incluye no sólo el clásico ordenamiento convencional internacional, sino, además, la creación de derechos y obligaciones por virtud de la conducta de los entes soberanos además de la normativa de naturaleza consuetudinaria. Cfr., para una panorámica general de este tema, Remiro Brotons, A. et al, *Derecho Internacional*, McGraw–Hill, Madrid, 1997, pp. 175–330.
8. Cabe destacar la complejidad a que los autores se refieren al tratar de definir el concepto de soft law, pues como señala Senden, “Defining soft law is not easy”. Más que acuñar una definición, lo relevante es identificar los elementos centrales de tal fenómeno jurídico, mismos que pueden ser enlistados de la siguiente manera: son reglas de conducta –de ahí que se use, convenientemente, el término derecho o law–; tales reglas se recogen en instrumentos que no tienen per se fuerza vinculante pero que tampoco carecen de cierto efecto normativo; y, su finalidad es, principalmente, la de influenciar la práctica de los sujetos a los que se dirigen –ad exemplum, los Estados–, para que de manera voluntaria y libre observen dichos contenidos. Cfr., Senden, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2004, pp. 111–112. También es recomendable la lectura de Del Toro Huerta, M. I., “El Fenómeno del Soft Law y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI, 2006, pp. 513–549.
9. Tal afirmación evidencia que no puede constreñirse la nomogénesis en el ámbito de la comunidad internacional a lo indicado por el texto del artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, como se había querido anteriormente ver por un sector de la doctrina.
10. En este sentido no es desconocido que ya desde sus inicios, el Derecho Internacional ha tenido fuertes objetores, detractores e, incluso, negadores de su misma existencia como ordenamiento jurídico, por no mencionar a quienes, sin negarlo, dudan de su eficacia. Para una panorámica y crítica de tales opiniones vid. Remiro Brotons, A. et al, op. cit., pp. 1–35.
11. Tal fenómeno de resistencia –reticencia– a la irradiación de los efectos del Derecho Internacional por parte de los operadores jurídicos nacionales no es privativo de tal área jurídica. En efecto, el Derecho Comparado también resiente dicha actitud “aislacionista” –por no decir de rechazo– a sus grandes posibilidades de empleo, considerándosele, más bien, cuestión “exótica”, propia de círculos académicos “cerrados”. Cfr., por lo que respecta a la afirmación primera, Bingham, T., “Foreword”, en Fatima, S., *Using International Law in Domestic Courts*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2005, p. XI; por lo que concierne a la situación del Derecho Comparado, cfr. Markesinis, B., *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2003, pp. 1–33. Resulta interesante destacar que Markesinis, refiriéndose a las actitudes adoptadas por los operadores jurídicos –incluso de propios colegas de otras áreas jurídicas–, denomina a los círculos iuscomparatistas –de los que él mismo ha formado parte, por lo que ha experimentado tal percepción en carne propia– como verdaderos “ghetos”.
12. Un importante sector de la doctrina ha destacado que el Derecho Internacional es el ordenamiento jurídico de la comunidad internacional, “[...] un grupo social en transición [...]”. En este contexto, de acentuada dinámica evolutiva, la comunidad internacional continúa siendo la heredera de la vieja “sociedad de estados soberanos”, puesto que las relaciones internacionales aún son vistas desde la perspectiva que brindan los esquemas clásicos interestatales. Pero es innegable que se han agregado nuevos fines, desafíos y problemas que condicionan tal visión y, por ende, implican un redimensionamiento tanto de la comunidad internacional –ya no sociedad de estados soberanos– como de su estructura jurídica. Cfr. González Campos, J. D. et al, op. cit., pp. 63–68, así como Nguyen Quoc, D. et al, *Droit International Public*, 6e. Édition Refondue, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 36.

13. Tal situación responde, evidentemente, a las profundas transformaciones que la esfera internacional también experimenta y a las que hacemos referencia en los párrafos iniciales de este ensayo. Cfr., además, Lagos, E., “Algunas Tendencias del Derecho Internacional a Principios del Siglo XXI”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. V, 2005, pp. 310–317.
14. No sólo los de naturaleza estatal, sino, además, las organizaciones internacionales y los propios mecanismos de integración, mismos que, aún careciendo en su mayoría de subjetividad en el plano internacional (las excepciones de referencia son la Unión Europea y el Mercosur), despliegan esfuerzos para la adaptación de sus respectivas estructuras a los parámetros de la dimensión internacional.
15. También denominado municipal law en la terminología inglesa. Cfr. Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 31–56.
16. Cfr. Nguyen Quoc, D. et al, op. cit., p. 95.
17. Estructurada por los autores H. Triepel (*Droit International et Droit Interne*, Pédone, París, 1920) y D. Anzilotti (*Scritti di Diritto Internazionale Pubblico*, Vol. I, Cedam, Padua, 1956, pp. 281 et seq.), ha sido recogida por la mayoría de los estados modernos e incorporada a sus disposiciones normativas. Tal es el caso de la Constitución mexicana, cuyo artículo 133 es de una clara orientación dualista al prever un mecanismo de aprobación de las normas convencionales internacionales que condiciona su incorporación al Derecho mexicano.
18. Defendida por H. Kelsen (“*Les Rapports des Systemes entre le Droit Interne et le Droit International Public*”, en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, T. 14 (1926–IV), The Hague, pp. 261–262) y G. Scelle (*Précis de Droit des Gens. Principes et Systématiques*, Vol. I, Sirey, Paris, 1932).
19. La “incorporación” se efectúa mediante los procedimientos que el propio Derecho nacional dispone. Cabe destacar que, pese a la diversidad de figuras y mecanismos empleados por los Estados y en el caso específico del Derecho de los Tratados Internacionales, puede apreciarse la existencia de una tendencia –reconocida por el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969– a dejar el tema álgido de la negociación –e inclusive la firma– a los órganos ejecutivos, en tanto que la manifestación del consentimiento en obligarse es una competencia usualmente atribuida a las legislaturas. Cfr., inter alia, Bastid, S., *Les Traités dans la Vie Internationale. Conclusion et Effets*, Économica, Paris, 1985, pp. 34–46 y Aust, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 57–65 y 75–99.
20. Cfr. mi artículo “*Tratados Internacionales y Control Previo de Constitucionalidad: Una Propuesta para Evitar que la Impartición de Justicia sea Motivo de Responsabilidad Internacional para el Estado Mexicano*”, en Valadés, D. y Gutiérrez Rivas, R., *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo I, UNAM/IIJ, México, 2001, pp. 181–183.
21. Al respecto, e inter alia, cfr. Ortiz Ahlf, L., *Derecho Internacional Público*, Harla, México, 2004, p. 8.
22. Haber sido negociados por el Presidente de la República; no contradecir al texto constitucional; y, haber sido aprobados por el Senado.
23. Cfr. artículo VI(2) de la Constitución norteamericana así como los comentarios que al respecto hace Becker, J. D., *The American Law of Nations. Public International Law in American Courts*, Juris Publishing, Huntington, 2001, pp. 3–9.
24. Por lo que corresponde a la delimitación del espacio aéreo, el numeral indica que “Corresponde a la Nación el dominio directo de [...] el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional”. Asimismo, el párrafo quinto de la misma

- disposición normativa específica “Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional; [...]”.
25. Las fracciones V y VI reiteran lo previsto por el artículo 27 en lo que corresponde a los límites territoriales de la Nación respecto de “las aguas de los mares [...]” y del “[...] espacio situado sobre el territorio nacional [...]”.
 26. Tanto en relación con la normativa de los espacios marítimos como de la que regula el espacio aéreo es pertinente señalar que no obstante su compleja evolución codificatoria, ambos entramados jurídicos derivan de normas de naturaleza consuetudinaria que refleja una práctica constante y reiterada cristalizada en su eficacia jurídica. Cfr. Nguyen Quoc, D. et al, op. cit., pp. 1094–1097 y 1194–1204, respectivamente.
 27. Quienes, por otra parte, son los creadores directos de dicha normativa internacional a través de los mecanismos clásicos y tradicionales que implica la cristalización de la costumbre, pues son los “[...] acts and omissions counted as State practice for the formation of customary law”. Cfr. Meron, T., “International Law in the Age of Human Rights”, en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, T. 301(2003), Martines Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, p. 378.
 28. Cfr. inter alia, Collier, J. y Lowe, V., *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 132–155 y Meijers, H., “On International Customary Law in the Netherlands”, en Dekker, I. F. y Post, H. H. G., *On the Foundations and Sources of International Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003, pp. 81–93.
 29. Cfr. Flauss, J.–F., “La Protection des Droits de l’Homme et les Sources de Droit International: Rapport General”, en *Colloque de Strasbourg*, 29–31 May 1997, Société Française de Droit International, 1997, p. 28.
 30. Según la expresión de Yoo, J. C., “Globalism and the Constitution: Treaties, Non–Self Execution and the Original Understanding”, en *Columbia Law Review*, Vol. 99, Núm. 8, Diciembre de 1999, p. 1955.
 31. Subrayo el término “reconocer”, puesto que la propuesta que hago se refiere precisamente a dicha acción: que el Estado reconozca el despliegue, directo e inmediato, de los efectos normativos de dichos instrumentos convencionales de carácter internacional.
 32. De manera particular me refiero al Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 y en vigor a partir del 1 de julio de 2002. México depositó el instrumento de ratificación el 28 de octubre de 2005. Tal instrumento no sólo prevé una serie de tipos penales sino que, además, crea un órgano judicial internacional con facultades para conocer, de manera complementaria a la acción estatal, dichos ilícitos.
 33. Becerra Ramírez hace uso de una interesante figura –o “alegoría” como él mismo la denomina– en donde la normatividad que informa dicho orden público internacional conformaría una especie de “[...] segundo piso jurídico que apoya o amplía los derechos que los Estados tienen en su interior y en donde encontramos obligaciones para ellos, con un sistema de responsabilidad estatal, así también para los individuos que pueden ser sujetos de responsabilidad penal”. Cfr. Becerra Ramírez, M., *La Recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, UNAM/IJ, México, 2006, p. 59.
 34. Son aquellas normas jurídicas internacionales, desarrolladas por la jurisprudencia internacional, específicamente a partir del asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (sentencia del 5 de febrero de 1970), que imponen obligaciones cuyo cumplimiento es susceptible de ser exigido por cualquier sujeto de la comunidad internacional, especialmente los estados, puesto que su violación implica una lesión en el orden internacional. Cfr. Mariño Menéndez, F.

- M., *Derecho Internacional Público. Parte General*, Tercera Edición Revisada, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 73–75 y De Hoogh, A., *Obligations Erga Omnes and International Crimes. A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, p. 49.
35. También conocidas por un sector de la doctrina como “principios constitucionales del orden jurídico internacional”, su formulación más autorizada se recoge en la Resolución 2625 (XXV) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1970, misma que incorpora la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de Naciones Unidas. A dicho instrumento es preciso añadir la Declaración de Helsinki de 1 de agosto de 1975, que incluye, como principio constitucional del Derecho Internacional el respeto a los derechos y las libertades fundamentales del ser humano. Cfr. Mariño Menéndez, F. M., *op. cit.*, pp. 66–73. Por otra parte, debe mencionarse que de las normas de *jus cogens* se derivan las normas que imponen obligaciones *erga omnes*, tal como lo señala De Hoogh, A., *op. cit.*, pp. 44–45.
36. El proyecto fue el resultado del exhaustivo trabajo que desarrolló la Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo, conformada a iniciativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 17 de noviembre de 1999 y cuyo documento final fue presentado el 29 de agosto de 2000 por el entonces Ministro Humberto Román Palacios, presidente de la referida Comisión.
37. Artículo 1º. del Proyecto.
38. Las *itálicas* son propias.
39. Cfr. punto IV de la Introducción al Proyecto de la Nueva Ley de Amparo.
40. Como se recordará, la tesis P. LXXVII/99 [rubro “Tratados Internacionales. Se Ubican Jerárquicamente por Encima de Leyes Federales y en Un Segundo Plano Respecto de la Constitución Federal”], derivó de la ejecutoria del amparo en revisión 1475/89, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores del Tráfico Aéreo, resuelto el 11 de mayo de 1999. La tesis puede consultarse en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, T. X, noviembre de 1999, p. 46.
41. Cfr. las tesis P. C/92, “Leyes Federales y Tratados Internacionales. Tienen la Misma Jerarquía Normativa”, Amparo en Revisión 2069/91, Manuel García Martínez, 30 de junio de 1992, en Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, T. 60, diciembre de 1992, p. 27; “Tratados Internacionales. El Artículo 133 Constitucional, Última Parte, No Establece su Observancia Preferente sobre las Leyes del Congreso de la Unión Emanadas de la Constitución Federal”, en Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Vols. 151–156, parte sexta, p. 195; y, “Tratados Internacionales y Leyes del Congreso de la Unión Emanadas de la Constitución Federal. Su Rango Constitucional es de Igual Jerarquía”, en Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Vol. 78, parte sexta, p. 196.
42. *Ad exemplum*, se deja sin solución el supuesto de que, a través del procedimiento de reforma constitucional, el nuevo texto de la Ley fundamental entre en franca contradicción con tratados internacionales vigentes para nuestro país. Por virtud del criterio sostenido actualmente por la Suprema Corte de Justicia, la Constitución prima sobre los instrumentos convencionales internacionales y ello abre la puerta de la responsabilidad internacional de nuestro país al incumplir obligaciones adquiridas *ex bona fide*, vía tratados internacionales, con otros miembros de la comunidad internacional. En la misma línea, la tesis del Alto Tribunal intenta mantener, considero que sin mucho éxito, la coherencia interna del ordenamiento jurídico a partir de la Ley fundamental, pero desconoce, sin más, las disposiciones del Derecho Internacional en el sentido de que no

- se pueden alegar normas jurídicas nacionales para incumplir obligaciones asumidas en la esfera externa. Cfr. los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados de 27 de mayo de 1969 [ratificado por México el 5 de noviembre de 1968, publicado en Diario Oficial de la Federación de 10 de diciembre de 1968].
43. No obstante, un rápido vistazo a la práctica de otros estados apunta a que han sido las más altas instancias judiciales las que han impulsado la apertura de dichos países al Derecho Internacional, de manera específica por lo que ve a la opción por la primacía de éste respecto de los respectivos ordenamientos jurídicos internos, como los casos de Bélgica y Luxemburgo.
 44. Como son los casos de las normas constitucionales de Holanda (artículos 94 y 120), Grecia (artículo 28.1), España (artículo 96.1) y Portugal (artículo 8, párrafos 2 y 3).
 45. Ortiz Ahlf sugiere, además, que la Norma constitucional debe contener, asimismo, “una disposición relativa a la incorporación de las normas en materia de derechos humanos consuetudinarios y su jerarquía supra-legal, con el fin de asegurar el cumplimiento de dichas normas, so pena de incurrir en responsabilidad internacional”. Cfr. Ortiz Ahlf, L., “Integración de las Normas Internacionales de Derechos Humanos en los Ordenamientos Estatales de los Países de Iberoamérica”, en *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. III, 2003, p. 299.
 46. Cfr. Schermers, H. y Waelbroeck, D. F., *Judicial Protection in the European Union*, Sixth Edition, Kluwer Law International, The Hague, 2001, pp. 158–159.
 47. Tal y como lo hace notar Roucouas al indicar que el Derecho Internacional ha experimentado un notable enriquecimiento por la sola entrada en escena del individuo a través de la cristalización de un “droit international des droits de l’homme”, mismo que impacta al ordenamiento jurídico internacional en su dimensión sustantiva y en su aspecto procesal. De ahí, entonces, que el Derecho Internacional deba tomar en consideración la participación, cada vez más creciente, del individuo en las relaciones internacionales. Cfr. Roucouas, E., “Facteurs Privés et Droit International Public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, T. 299 (2002), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2003, pp. 110–115.
 48. Cfr. Conforti, B., “The Activities of National Judges and the International Relations of their State”, en Conforti, B., *Scritti di Diritto Internazionale*, Vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003, p. 381.
 49. En este contexto, es indispensable resaltar que, por lo que corresponde a la obligación del juez de conocer las normas jurídicas internacionales, el principio *iura novit curia* despliega sus efectos a plenitud. A diferencia de la exigibilidad en relación al derecho extranjero, que no está cubierto, *prima facie*, por el mencionado principio. Cfr. Ezquiaga Ganuzas, F. J., “*Iura Novit Curia*” y Aplicación Judicial del Derecho, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 91.
 50. Cfr. el interesante artículo de Courtis, C., “La Legitimidad del Poder Judicial ante la Ciudadanía”, en *Nexos* [en línea], Núm. 329, Mayo, 2005, disponible en página web [accesada el 3 de julio de 2006] http://www.nexos.com.mx/articulos.php?id_article=349&id_rubrique=119.
 51. Conforti añade que “[W]ithout such cooperation, and more generally, without the cooperation of “domestic public organs”, that is, all those who within a State are called upon to apply and ensure its observation, international law will not succeed in displaying its full efficacy”. Cfr. Conforti, B., “The Activities of National Judges and the International Relations of their State”, *loc. cit.*, p. 233.
 52. Cfr. Courtis, C., “La Legitimidad del Poder Judicial ante la Ciudadanía”, *loc. cit.*
 53. Ad exemplum, los actos jurídicos de las organizaciones internacionales, cuya recepción judicial en nuestro país es prácticamente ausente o, inclusive, las decisiones emanadas de tribunales y órganos

- jurisdiccionales internacionales, cuyo régimen jurídico (piénsese en los casos de homologación y ejecución de laudos arbitrales) es deficiente o, simplemente, ignorado por la judicatura. Para un amplio panorama de estos ejemplos, cfr. Franck, T. M. y Fox, G. H., *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson, 1996.
54. Situación en la que también puede incluirse al Derecho extranjero, en tratándose del ámbito del Derecho Internacional Privado y en los supuestos en que aquél es derecho aplicable y puede ser susceptible de invocarse ante tribunales mexicanos, como lo he destacado en mi artículo “La Enseñanza del Derecho Comparado. Algunas Reflexiones”, en *ABZ Información y Análisis Jurídicos*, No. 128 (Febrero del 2001), pp. 48–50. Cfr., asimismo, Péreznieto Castro, L., *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Octava Edición, Oxford University Press, México, 2003, pp. 289–303.
 55. Ello trae consecuencias ineludibles y desafortunadas, tales como la falta de interés por conocer la estructura normativa internacional y lo “incómodo” que resulta para el operador judicial el manejo de la misma, motivando un entendible –pero inexcusable– rechazo.
 56. Para ilustrar la complejidad en la interpretación y aplicación de la normativa internacional en materia de derechos humanos, tanto convencional como de naturaleza consuetudinaria, cfr. Jayawickrama, N., *The Judicial Application of Human Rights Law. National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 159–173 y Sciotti-Lam, C., *L’Applicabilité des Traités Internationaux Relatifs aux Droits de l’Homme en Droit Interne*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 333–626.
 57. Tómese, ad exemplum, el caso canadiense, donde si bien “A review of Canadian case-law shows that Canadian courts have, in the past, had little occasion to consider points of international law in their judgements [...]”, la situación ha evolucionado de manera positiva, percibiéndose una mayor receptividad, por parte de los tribunales canadienses, al orden normativo internacional. Cfr. Graham, B., “Preface”, en Van Ert, G., *Using International Law in Canadian Courts*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, p. V.
 58. Cfr. Del Toro Huerta, M. I., “Retos de la Aplicación Judicial en México Conforme a los Tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en AA.VV., *La Armonización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en México*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México–Unión Europea/Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2005, p. 197.
 59. Así lo he destacado en foros académicos. Cfr. la ponencia que en coautoría con González Gómez, A., “Implementation of International Law in Mexico”, fue presentada con motivo de la Second International Law Conference, convocada por la Indian Society of International Law, Nueva Delhi, India, Noviembre 14 a 17 de 2004.
 60. Hay que recordar que, de conformidad con el artículo 26 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 27 de mayo 1969, las obligaciones internacionales se adquieren por los estados *ex bona fide*. Cfr. *ut supra* pie de página 41.
 61. Para un panorama general de la responsabilidad por comisión de hechos ilícitos internacionales –violación de normas internacionales– cfr., por todos, Cassese, A., *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 182–211,
 62. La experiencia del Poder Judicial del Estado de Michoacán en este aspecto ha sido muy interesante. Desde el año 2000, los cursos de formación de aspirantes a jueces de primera instancia han incorporado módulos sobre la aplicación judicial del Derecho convencional internacional a efectos de que los participantes –y eventualmente jueces locales– puedan contar con los conocimientos

- y herramientas básicas para poder hacer frente a los retos que plantea el Derecho Internacional, por lo menos en lo que corresponde al Derecho de los Tratados Internacionales. Cfr. Supremo Tribunal de Justicia, Informe Anual de Labores 2001, Morelia, 2002, pp. 259–260; Supremo Tribunal de Justicia, Informe Anual de Labores 2003, Morelia, 2004, pp. 305–306; y Supremo Tribunal de Justicia, Informe Anual de Labores 2004, Morelia, 2005, p. 311.
63. En efecto, como lo señala Malpica de la Madrid, el plan de estudios de la licenciatura en Derecho de 1954 se reformó el 2 de septiembre de 1993 pues la currícula ya no correspondía “[...] a la evolución jurídica y económica de nuestro país [en virtud de la] modernización en el modelo de economía y de comercio exterior, incluidos en la globalización internacional, y la evolución jurídica del modelo de desarrollo cerrado al modelo abierto de desarrollo [...]”. Cfr. Malpica de la Madrid, L., *La Influencia del Derecho Internacional en el Derecho Mexicano. La Apertura del Modelo de Desarrollo de México*, Noriega Editores, México, 2002, pp. 87–88.
64. Tales son “Nacionalidad y Extranjería”, “Derecho Marítimo”, “Derecho Aéreo y Astronáutico” y “Sistema Internacional de los Derechos Humanos”. Cfr. *ibidem*, p. 89.
65. Sigo en tal perspectiva a Simpson, para quien el problema que enfrenta la enseñanza del Derecho Internacional se debe no únicamente a problemas de naturaleza ontológica –id est, la constante justificación de la propia existencia del área como tal, no sólo desde el enfoque teórico–, sino, además, a la propia confrontación que se da entre los propios académicos y especialistas en la temática, pues adoptan, en la mayoría de los casos, una dimensión más bien legalista, normativista, descuidan la interacción con otras perspectivas, tales como el realismo. Cfr. Simpson, G., “On the Magic Mountain: Teaching Public International Law”, en *European Journal of International Law*, 10 (1999), pp. 71–79.
66. Y en algunos casos se agrava la situación, al pretender reducir el tiempo de estudio del Derecho Internacional a un semestre. Tal es el caso, ad exemplum, del proyecto de nuevo plan de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, donde se propone la reducción a un semestre tanto del Derecho Internacional Público como del Derecho Internacional Privado, desconociendo, en absoluto, la trascendencia de ambas áreas en la práctica jurídica actual y no justificando, además, dicha reducción.
67. Tal como lo señala Vanderbilt al destacar que: “[...] it’s safe to say that no one lawyer in five hundred, possibly no one lawyer in a thousand, has ever even had a course in international law”. Cfr. Vanderbilt, “The Responsibilities of Our Law Schools to the Public and the Profession”, en *Journal of Legal Education*, 3 (1959), p. 209. El comentario, si bien es referido al ámbito jurídico norteamericano, bien puede aplicarse mutatis mutandis al medio mexicano.
68. En mi opinión, debe incluirse en el área académica de bachillerato por lo menos nociones básicas del Derecho Internacional en la perspectiva de que nuestro país forma parte de la Comunidad Internacional, de lo que se derivan, como se ha señalado, una serie de obligaciones y derechos de gran relevancia para el Estado como para los individuos. Ello podría darse como materia optativa en el área terminal correspondiente al área de ciencias sociales –o, inclusive, de tronco común–. Tal propuesta no debe considerarse “extraña”, pues la materia per se merece la atención que se debe dar, ad exemplum, a la enseñanza de los derechos fundamentales y las libertades públicas, la organización del Estado así como la propia Constitución, aspectos estos últimos que ya forman parte del contenido curricular del bachillerato, aún en su forma más básica.
69. El examen de la práctica internacional del país resulta esencial. A través de su análisis, el estudiante puede percatarse de las actitudes –conductas– que adopta México ante problemas, clásicos o contemporáneos, del Derecho Internacional. De esa forma, el discurso teórico –la

- postura mexicana, los postulados que sostiene nuestro país, entre otras cuestiones— se “encarna” por —en y a través de— la praxis, resaltando la coherencia o incoherencia de ambas líneas de acción.
70. En este sentido no sólo aludo a los entes de naturaleza estatal; en la actualidad también son contrapartes las organizaciones internacionales y, en un lugar relevante por el impacto creciente de su actuación en la esfera internacional, los individuos.
71. Cfr. Valadés, D., “El Orbe es una República (La Tradición Internacionalista Mexicana)”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. I, 2001, p. 13.

Bibliografía y Fuentes Consultadas

Fuentes Doctrinales

- ANZILOTTI, D., *Scritti di Diritto Internazionale Pubblico*, Vol. I, Cedam, Padua, 1956.
- AUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- BASTID, S., *Les Traités dans la Vie Internationale. Conclusion et Effets*, Économica, Paris.
- BECERRA RAMÍREZ, M., *La Recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, UNAM/IIJ, México, 2006.
- BECKER, J. D., *The American Law of Nations. Public International Law in American Courts*, Juris Publishing, Huntington, 2001.
- BINGHAM, T., “Foreword”, en Fatima, S., *Using International Law in Domestic Courts*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2005.
- BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- CASSESE, A., *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- COLLIER, J. y Lowe, V., *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- CONFORTI, B., “The Activities of National Judges and the International Relations of their State”, en Conforti, B., *Scritti di Diritto Internazionale*, Vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003.
- COURTIS, C., “La Legitimidad del Poder Judicial ante la Ciudadanía”, en *Nexos*, Núm. 329, Mayo, 2005.
- DE HOOGH, A., *Obligations Erga Omnes and International Crimes. A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, Kluwer Law International, The Hague, 1996.
- DEL TORO HUERTA, M. I., “El Fenómeno del *Soft Law* y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI, 2006.
- DEL TORO HUERTA, M. I., “Retos de la Aplicación Judicial en México Conforme a los Tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en AA.VV., *La Armonización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en México*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México–Unión Europea/Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2005.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J., “*Iura Novit Curia*” y *Aplicación Judicial del Derecho*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000.
- FLAUSS, J.-F., “La Protection des Droits de l’Homme et les Sources de Droit International: Rapport General”, en *Colloque de Strasbourg, 29–31 May 1997*, Société Française de Droit International, 1997.

- FRANCK, T. M. y Fox, G. H., *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson, 1996.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. *et al*, *Curso de Derecho Internacional Público*, Sexta Edición, Civitas, Madrid, 1998.
- Graham, B., "Preface", en Van Ert, Gibran, *Using International Law in Canadian Courts*, Kluwer Law International, The Hague, 2002
- JAYAWICKRAMA, N., *The Judicial Application of Human Rights Law. National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- KELSEN, H., "Les Rapports des Systemes entre le Droit Interne et le Droit International Public", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, T. 14 (1926-IV), The Hague.
- LAGOS, E., "Algunas Tendencias del Derecho Internacional a Principios del Siglo XXI", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. V, 2005.
- MALPICA DE LA MADRID, L., *La Influencia del Derecho Internacional en el Derecho Mexicano. La Apertura del Modelo de Desarrollo de México*, Noriega Editores, México, 2002.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., *Derecho Internacional Público. Parte General*, Tercera Edición Revisada, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- MARKESINIS, B., *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2003.
- MEIJERS, H., "On International Customary Law in the Netherlands", en Dekker, I. F. y Post, H. H. G., *On the Foundations and Sources of International Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003.
- MERON, T., "International Law in the Age of Human Rights", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, T. 301(2003), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004.
- NGUYEN QUOC, D. *et al*, *Droit International Public*, 6e. Édition Refondue, L.G.D.J., Paris, 1999.
- ORTIZ AHLF, L., *Derecho Internacional Público*, Tercera Edición, Oxford University Press, México, 2004.
- ORTIZ AHLF, L., "Integración de las Normas Internacionales de Derechos Humanos en los Ordenamientos Estatales de los Países de Iberoamérica", en *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. III, México, 2003.
- PÉREZNIETO CASTRO, L., *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Octava Edición, Oxford University Press, México, 2003.
- REMIRO BROTONS, A. *et al*, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- ROA ORTIZ, Emmanuel, "La Enseñanza del Derecho Comparado. Algunas Reflexiones", en *ABZ Información y Análisis Jurídicos*, No. 128 (Febrero del 2001).
- ROA ORTIZ, Emmanuel, "Tratados Internacionales y Control Previo de Constitucionalidad: Una Propuesta para Evitar que la Impartición de Justicia sea Motivo de Responsabilidad Internacional para el Estado Mexicano", en Valadés, D. y Gutiérrez Rivas, R., *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo I, UNAM/IIJ, México, 2001.
- ROA ORTIZ, Emmanuel y GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, "Implementation of International Law in Mexico", Ponencia presentada en la *Second International Law Conference*, convocada por la Indian Society of International Law, Nueva Delhi, India, Noviembre 14 a 17 de 2004.
- ROUCOUNAS, E., "Facteurs Privés et Droit International Public", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, T. 299 (2002), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2003.
- SENDEN, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland.
- SCELLE, G., *Précis de Droit des Gens. Principes et Systématiques*, Vol. I, Sirey, Paris.

- SCHERMERS, H. y Waelbroeck, D. F., *Judicial Protection in the European Union*, Sixth Edition, Kluwer Law International, The Hague, 2001.
- SCIOTTI-LAM, C., *L'Applicabilité des Traités Internationaux Relatifs aux Droits de l'Homme en Droit Interne*, Bruylant, Bruxelles, 2004.
- SIMPSON, G., "On the Magic Mountain: Teaching Public International Law", en *European Journal of International Law*, 10 (1999).
- Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, *Informe Anual de Labores 2001*, Morelia, 2002.
- Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, *Informe Anual de Labores 2003*, Morelia, 2004.
- Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, *Informe Anual de Labores 2004*, Morelia, 2005.
- TRIEPEL H., *Droit International et Droit Interne*, Pédone, París, 1920.
- VALADÉS, D., "El Orbe es una República (La Tradición Internacionalista Mexicana)", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. I, 2001.
- YOO, J. C., "Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self Execution and the Original Understanding", en *Columbia Law Review*, Vol. 99, Núm. 8, Diciembre de 1999.

Fuentes Legales y Jurisprudencia

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917.
- Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 17 de septiembre de 1787.
- Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, adoptado el 27 de mayo de 1969 [ratificado por México el 5 de noviembre de 1968, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de diciembre de 1968].
- Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 [ratificado por México el 5 de noviembre de 1968, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de diciembre de 1968].
- Tesis P. C/92, "Leyes Federales y Tratados Internacionales. Tienen la Misma Jerarquía Normativa", Amparo en Revisión 2069/91, Manuel García Martínez, 30 de junio de 1992, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, T. 60, diciembre de 1992.
- Tesis P. LXXVII/99 [rubro "Tratados Internacionales. Se Ubican Jerárquicamente por Encima de Leyes Federales y en Un Segundo Plano Respecto de la Constitución Federal"], en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, T. X, noviembre de 1999.
- "Tratados Internacionales. El Artículo 133 Constitucional, Última Parte, No Establece su Observancia Preferente sobre las Leyes del Congreso de la Unión Emanadas de la Constitución Federal", en *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Vols. 151-156, parte sexta.
- "Tratados Internacionales y Leyes del Congreso de la Unión Emanadas de la Constitución Federal. Su Rango Constitucional es de Igual Jerarquía", en *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Vol. 78, parte sexta.

BIODERECHO

Ma. Guadalupe Calderón

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UMSNH

Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad plantear la necesidad de introducir a nuestro sistema jurídico una nueva disciplina, denominada Bioderecho. La razón se debe a que existe la demanda de contar con normas jurídicas que regulen los conflictos creados por el acelerado desarrollo de la genética y la biotecnología en las últimas décadas.

1. Relación del Derecho con la Biología

Recordemos que el Derecho, como objeto de estudio de la Ciencia del Derecho, tiene un estatus científico y podemos conceptualizarlo como el conjunto sistematizado de normas que regulan la convivencia humana. Es pues un conocimiento racional que explica el fenómeno jurídico como parte de la realidad social. Dicho de otra manera, el Derecho el conjunto de normas, reglas e instituciones que regulan la conducta externa de quienes viven en sociedad y su inobediencia ameritará una sanción. En consecuencia, el derecho como ciencia social, es el estudio del sistema normativo, axiológico y social, determinado históricamente.¹

Por otra parte la Biología también es una ciencia, ya que constituye un conocimiento racional y determinado que se expresa mediante teorías y conceptos que permiten explicar el contexto general de los seres vivos, como parte de la realidad.²

La Biología tiene múltiples ramas, pero solamente se hará referencia a aquellas que constituyen el interés específico del presente análisis. Estas ramas de la Biología son: Biomedicina, Genética, Biotecnología e Ingeniería Genética.

La relación que se establece entre el Derecho y la Biología es de tipo interdisciplinario porque puede implicar transferencia de leyes de una disciplina a otra, pudiendo generar un nuevo cuerpo disciplinario.

Al relacionarse el Derecho y la Biología de manera interconectada y congruente no solamente se genera un conocimiento más enriquecido y útil, sino que se logra mejor comprensión de los problemas y se formulan soluciones de mayor eficiencia y eficacia en un marco de justicia y equidad.

La interdisciplinaria entre el Derecho y la Biología pretende brindar una explicación integral de los fenómenos médicos, biológicos, biotecnológicos, genéticos y de ingeniería genética que modifican la vida de los seres vivos vinculada al plano regulatorio del Derecho.³

Este contexto interdisciplinario representa un campo de enorme amplitud y trascendencia para el ser humano, porque dentro del mismo se encuentra inmersa su propia existencia. Además, trae como consecuencia un nuevo campo de estudio denominado Bioderecho.

2. Objeto de estudio y principios del Bioderecho

2.1. *El objeto de estudio del Bioderecho*

Es tanto la Biología como el Derecho en que cada una de estas disciplinas científicas aporta diversos elementos de naturaleza conceptual, metodológica y de principios, generando un nuevo ámbito de estudio que analiza la compleja realidad de los seres vivos, en particular del ser humano, respecto a la vida, su desarrollo, modificación y muerte, para converger en el análisis y solución de su problemática jurídica. Además, incide en el vasto terreno de la Biotecnología, la Genética, la Medicina genómica y la Ingeniería Genética, para aplicar la cobertura normativa en los órdenes demográficos y ambientales.⁴

A las radicales novedades de las nuevas técnicas mencionadas “el Derecho tendrá que asumirlas ofreciendo las respuestas adecuadas, no ya sólo en orden a la solución de posibles conflictos de intereses sino introduciendo en la vida social a través de una justa ordenación de valores estrictamente jurídicos.”⁵

El entorno principal y por tanto el objetivo central del Bioderecho remite a las trascendentales cuestiones acerca de la vida y de la muerte de los seres vivos, en especial del ser humano, bajo principios y reglas interdisciplinarias. También plantea el decisivo problema de los límites de la libertad de investigación y experimentación, así como en la privacidad de la vida.

Por otra parte, el Bioderecho pretende determinar las consecuencias en torno a la predicción de enfermedades y sentar las bases para el ejercicio de una medicina más personalizada y humanizada, donde en prevelezca el indeclinable derecho a la salud, así como el irrestricto respeto al paciente por parte del personal médico y paramédico. Debe conciliar también la libre voluntad eutanásica del paciente frente a la voluntad terapéutica del médico. El Bioderecho lleva inmerso la problemática existencial del ser humano; su desarrollo, calidad de vida o decrepitud; presunción de anomalías o enfermedades genéticas; aplicación tecnológica benefactora o riesgos irreversibles como especie.

2.2. *Principios del Bioderecho*

Los principios más representativos del Bioderecho son: libertad de investigación limitada, libre experimentación condicionada, intimidad individual, confidencialidad

individuante, supremacía de la dignidad humana, exclusividad de la especie humana, indiscriminación genética.⁶

El principio de libertad de investigación limitada tiene por objeto establecer un equilibrio entre una investigación basada en un respeto irrestricto a la libertad y una investigación con límites precisos en ciertas áreas como en la clonación en seres humanos.

Este principio general de libertad de investigación puede limitarse por una ley que pueda ordenar, permitir, prohibir o subordinar determinadas conductas a requisitos o condiciones predeterminados.⁷

La libertad constituye uno de los derechos humanos básicos que se ha transformado en uno de los principales derechos públicos subjetivos.

Es importante destacar que el extraordinario desarrollo que ha tenido la Genética y la Biotecnología han generado en la sociedad esperanza y temor al mismo tiempo. Esperanza, porque la humanidad puede, por primera vez en su larga historia, predecir y controlar algunos de los trastornos genéticos así como mejorar considerablemente la conservación y crecimiento de las plantas y los animales. Temor, porque los resultados de la ciencia y tecnología pueden ser utilizados para finalidades contrarias y perjudiciales a la especie humana.

El principio de intimidad individual no debe confundirse con el derecho a la privacidad que protege a las personas para no ser molestadas por otros en su vida particular o en sus actividades cotidianas. El principio de intimidad individual se refiere al ámbito físico y psicológico de la persona, a su fuero más recóndito corporal y espiritual.⁸

Particularizando, se puede conceptuar el derecho a la intimidad genética “como el derecho a determinar las condiciones de acceso a la información genética.”⁹

La información sobre el código genético individual cae en la esfera de la privacidad y la intimidad, por lo que es necesario y urgente elaborar una regulación jurídica que vea toda posibilidad de que trascienda a la sociedad, excepto cuando exista una causa justificada o se pongan en peligro los derechos de terceros.

El principio de confidencialidad individuante se refiere al imperativo de resguardar permanentemente la condición o el estado de salud de una persona, así como su información genética sin posibilidad de divulgarla o publicitarla.

Los avances de la Biotecnología permiten encauzar por el Bioderecho este principio de confidencialidad que implica la imposibilidad de que sea revelada la condición genética de ninguna persona, ni tampoco de que se procese o almacene dicha información genética. Por tanto, ni los bancos de información genética, ni los laboratorios de análisis clínicos serán autorizados para conocer y mucho menos divulgar la información genética.

El principio de supremacía de la dignidad humana establece la supremacía de la dignidad del ser humano respecto de cualquier investigación, experimento, interés

de cualquier tipo que intente subordinarla. El Bioderecho enfoca este principio como la maximización de la dignidad humana que debe estar por encima de cualquier cosa o situación perturbadora.

“La persona no puede ser tratada (ni por otra persona ni por sí misma) meramente como un medio, sino que tiene que ser en todo momento utilizada al mismo tiempo como fin; en ello consiste su dignidad.”¹⁰

El ser humano es una conjunción tríplica de cuerpo, alma y racionalidad que lo hace diferente y superior a otros seres vivientes y lo equipara con la dignidad de otro ser humano. Ese rasgo de dignidad humana conlleva a la igualdad.

El principio de exclusividad de la especie humana tiende a preservar las características fenotípicas y genotípicas del ser humano, que asegure la preservación de la esencia del hombre. Conlleva a impedir la mutación genética, rechazando enfáticamente las recombinaciones genéticas artificiales, para garantizar la exclusividad y unicidad del ser humano en el ámbito genético.

Sería un grave riesgo para la especie humana que otras especies animales compartieran sus “instrucciones genéticas” al grado de alterar o crear un sucedáneo al hombre denominado quimera. Este principio propone por la prevalencia y exclusividad de la especie humana.

El principio de indiscriminación genética implica una terminante prohibición: no se debe discriminar a ningún ser humano por motivos genéticos. Este principio propone que ninguna persona debe ser relegada socialmente por poseer un código genético desfavorable o bien que sea proclive a transmitir dicha enfermedad genética a sus descendientes.

El principio de igualdad se concibe hoy, fundamentalmente, como *principio de no discriminación*. En este sentido, la igualdad no consiste en que no se puedan hacer distinciones entre las personas, concediéndoles diversos derechos o privilegios, sino en que las distinciones o diferencias de trato no pueden estar motivadas, en lo esencial, por criterios tales como la raza, la religión, el sexo, el origen social, y otros.¹¹

3. Contextos que enmarca el Bioderecho

Las disciplinas e investigaciones que enmarca el Bioderecho son: la biotecnología, la genética, la ingeniería genética, el genoma humano y la clonación.

3.1. La Biotecnología

La *Biotecnología* es uno de los contextos que enmarca el Bioderecho y fue usado el término por primera vez por *Kerk Ereky* para referirse a todo lo que abarca la microbiología industrial, calificando como pertenecientes al campo de la biotecnología a

“todos los procesos en los cuales, partiendo de las materias primas correspondientes, se producen bienes de consumo utilizando organismos vivos”.¹²

El desarrollo de la Biotecnología en las últimas décadas ha sido impresionante, no obstante, el hombre se ha servido empíricamente de ella desde hace milenios. El pan, el vino, el queso son algunos de los productos que el ser humano procesa desde la antigüedad. Pero es hasta el siglo XIX cuando la Biotecnología es modernizada mediante el descubrimiento del metabolismo de las células por Eduard Buchner en 1897.

Luis Pasteur, Alexander Fleming y otros muchos científicos han venido haciendo aportaciones muy importantes como los antibióticos, enzimas y diversos bioproductos.

En las últimas tres décadas es cuando surge la revolución biotecnológica al poder predeterminar y programar las alteraciones de la masa genética de los organismos unicelulares para la obtención de diversos productos o creación de técnicas que coadyuven al tratamiento de enfermedades.

3.2. La Genética

La Genética es una rama de la Biología que se ocupa de analizar los mecanismos responsables de la herencia, del estudio de las características de los seres vivos así como la transferencia a sus descendientes.

Ruben Lisker la define como “la ciencia que estudia la herencia biológica y que es un término derivado de la raíz griega gen que significa ‘llegar a ser’. Que la genética humana examina todas aquellas características que el hombre hereda, tanto físicas como mentales, normales y anormales. También analiza científicamente las similitudes y diferencias entre los seres pertenecientes a la raza humana, las causas de ellas y la manera en que se transmiten de generación a generación”¹³

Del anterior concepto se desprende la existencia de cinco áreas de la Genética que son: a) Genética general; b) Citogenética; c) Genética de poblaciones; d) Biogenética; e) Genética Bioquímica.

El desarrollo histórico de la Genética proviene desde hace milenios de años en que el hombre advirtió que se transmitían rasgos genéticos de padres a hijos en cada especie de seres vivos. La Genética nació en los establos con la cruce de animales; en las huertas y viveros mediante injertos de plantas, para obtener mejorías en la producción.

Gregor Johann Mendel, monje del monasterio de Bruenn realizó experimentos, a fines del siglo XVIII, con plantas de chícharos, de diferente forma, coloración y textura. De las cruces que realizó entre ellos, dedujo que las características de cada planta se regían por “factores”, que se heredaban de unas a otras. Dichos factores son lo que ahora conocemos como “genes”. A Mendel se le reconoce como el fundador de la Genética. Después de él han seguido diversos investigadores aportando y enriqueciendo espectacularmente la ciencia de la genética, a grados inimaginables.

3.3. La Ingeniería Genética

Ésta es una aplicación de la Biotecnología al campo de la Genética, y podría definirse como una “especialidad científica que manipula el material genético”. López Munguía dice al respecto que: “la ingeniería genética hace posible, entre otras cosas, el poder aislar el gen de un organismo (o bien sintetizarlo químicamente) que codifique para una proteína de interés industrial. Con diversos procedimientos, este gen se inserta dentro del genoma de otro organismo (huésped) para que produzca ahí la proteína deseada.”¹⁴

La *Ingeniería Genética molecular* es una de las aplicaciones fundamentales de la Ingeniería Genética, cuyo ámbito de especialización conciste en la obtención de nuevas moléculas de ADN recombinante. La técnica consiste en introducir un fragmento de ADN, de genes humanos, por ejemplo en la bacteria *escherichia coli* para producir grandes cantidades de insulina humana dentro de la bacteria, se le extrae dicha insulina y después se aplica a enfermos de diabetes.

Se han obtenido resultados tecnológicamente admirables como el caso mencionado de obligar a las bacterias a producir insulina humana; a identificar y producir la hormona del crecimiento; originar el interferón y ubicar los factores de la producción.

Otras aplicaciones de la Ingeniería Genética consisten en la producción de alimentos y de proteínas difíciles de obtener; depuración de aguas residuales utilizando bacterias; limpieza de mares afectados por la marea negra con bacterias “comepetróleo” y otros más.

3.4. El Genoma Humano

Es el conjunto de cromosomas contenidos en el núcleo de cada célula del cuerpo humano. Para conocer y descifrar el genoma humano se creó el *Proyecto Genoma Humano* en el año 1990 con la participación de centros de investigación de 18 países, coordinados por Estados Unidos, Alemania, Gran Bretaña, China, Japón y Francia. Este Proyecto se trabajó intensamente y antes de lo esperado arrojó resultados sensacionales que se dieron a conocer en el 2000 y son entre otros, los siguientes:

Obtención de dos mapas distintos pero complementarios. El primero comprende la secuenciación completa de los 3.000.000.000 (tres mil millones) de bases. El segundo se refiere a la ubicación precisa de los genes dentro de los cromosomas y su posterior descifrado para conocer la función exacta que realiza.

Otros importantes hallazgos han sido: la reacción en cadena de las polimerasas para comparar ADN diferente; detección de los genes responsables de la diabetes, distintos tipos de cáncer, diabetes y afecciones cardíacas. Tratamientos genéticos para evitar algunas de las 3.500 enfermedades genéticas.

El proyecto se calculó para 15 años y las metas científicas para el primer quinquenio fueron: 1) Construir mapas y secuencias del genoma humano; 2) Construir

mapas y secuenciar el ADN de otros organismos; 3) Desarrollar bases de datos y forma de utilizarlas; 4) Discutir los aspectos éticos, legales y sociales del proyecto; 5) Formar investigadores en el área; 6) Propiciar el desarrollo tecnológico; 7) Transferir las tecnologías.¹⁵

Lo anterior representa grandes beneficios para la gente, pero empiezan a plantearse los problemas que suscitan la disponibilidad y conocimiento de todas las investigaciones respecto al genoma, que puede llevar a la discriminación genética y al atropello de la dignidad humana.

El Bioderecho podrá regular y proteger en este contexto, entre otros, las siguientes situaciones: la procreación asistida; el diagnóstico genético prenatal; la huella genética en medicina forense; la terapia génica y su acceso a todas las personas; no comercializar el cuerpo humano y sus partes; inviolabilidad de la privacidad y de la dignidad humana; declarar propiedad inalienable de la especie humana su propio genoma; evitar mutaciones irreversibles del genoma.

3.5. La clonación

La *clonación* consiste en obtener uno o varios clones de un ser vivo. A su vez la palabra clon, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa: el “conjunto de células y organismos genéticamente idénticos, originado por reproducción asexual a partir de una única célula u organismo o por división artificial de estados embrionarios iniciales. 2) Conjunto de fragmentos idénticos de ácido desoxirribonucleico obtenidos a partir de una misma secuencia original.”¹⁶

Es común que la clonación se presente de manera natural en seres vivientes considerados como inferiores, por ejemplo las amebas que se duplican de manera asexual. Sin embargo, la clonación no ocurre naturalmente en los llamados “seres superiores” como los mamíferos, con excepción de los gemelos univitelinos porque son auténticos clones al momento de la fecundación, pero “éstos *no son totalmente idénticos* ya que el entorno, la experiencia y sus propias elecciones les proporcionan tanta individualidad como la que presenta cualquier otro ser humano”.¹⁷

Los clones son seres vivientes iguales entre sí, porque cada uno de ellos tiene un mismo ADN común. El ADN es lo que hace individual y establece la naturaleza de cada ser vivo. De tal forma que el ser humano posee alrededor de cien mil billones de células y en cada una de ellas se repite el ADN individual.¹⁸

El primer mamífero clonado mediante Ingeniería Genética se logró en 1997 por Ian Wilmut en Edimburgo, que fue la oveja Dolly. A partir de ahí se han clonado otros mamíferos como ratones, monos, gatos y algunos más.

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO de 1997 proscribía expresamente el tipo de clonación que pudiera utilizarse con fines reproductivos.¹⁹

En marzo del 2000 se dio a conocer por los medios de comunicación la noticia de que lograron clonar tres embriones humanos para fines terapéuticos. Asimismo en Corea del Sur se dio a conocer en febrero del 2004, que se logró clonar embriones humanos para obtener células madre y utilizarlas terapéuticamente en la obtención de tejido nervioso, muscular, hemático y otras variedades celulares.

Dichos experimentos han levantado un fuerte debate entre los que están a favor y los que se oponen a la clonación humana. Desde el punto de vista del Bioderecho, la clonación para fines reproductivos no debe ser aceptada porque la clonación artificial puede resultar atentatoria a los seres vivos ya que es posible que altere en forma importante el ciclo natural de reproducción de las especies así como el equilibrio natural que entre las mismas se genera. Por otra parte, la clonación de seres humanos alteraría irremisiblemente las leyes biológicas que presiden la procreación humana respecto del nuevo ser. En efecto, dicha alteración biológica se origina al prescindirse de la reproducción humana sexual, propia de la especie humana.

Por tanto, los principios biojurídicos de libre investigación limitada y de experimentación condicionada buscan proteger el estatus natural del ser humano para conservar su exclusividad genética.

4. Conclusión

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que ésta nueva disciplina denominada Bioderecho, constituye la opción más idónea para confrontar los conflictos jurídicos generados por el acelerado desarrollo de la investigación científica en el campo de la Biotecnología y la Genética. Por tanto, es necesario formar abogados con la especialidad en Bioderecho dentro de la UMSNH, para atender debidamente la demanda de administración de justicia en campo antes dicho.

Notas

1. Ibarra Serrano, Francisco Javier. Derecho Constitucional, México, Michoacán, Latinoamérica. p. 13
2. Flores Trejo, Fernando. Bioderecho. p. 110
3. *Ibíd.* p. 162
4. *Ibíd.* p. 168 y 169
5. Vidal Martínez, Jaime. “La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos” en Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, Bioderecho <http://www.aaba.org.ar/ple00911.htm>
6. Flores Trejo, Op. cit. p. 171-186
7. Ruiz Miguel, Carlos. “Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación” en Romeo Casabona, Carlos María. Genética y Derecho. p. 23

8. Flores Trejo, Op. Cit.
9. Ruiz Miguel, Carlos, Op. cit. p. 150
10. Fernández, Eusebio. “Dignidad y derechos humanos” en Diccionario crítico de los derechos humanos, p 91
11. Fix-Fierro, Héctor. “Artículo 1º en Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada, tomo 1. p. 6
12. Flores Trejo, Op. cit. p. 195
13. Lisker, Rubén. Introducción a la genética humana. p. 11
14. López Munguía, Agustín. “La biotecnología y nuestras vidas” en La revolución genómica. p. 14-16
15. Lisker, Rubén. Proyecto Internacional del Genoma Humano: Estado actual y perspectiva, Simposio “Genoma, Bioética y Derecho.” Morelia, Mich., México, 19 de noviembre del 2003. p. 2
16. RAE, voz “clonación”
17. Flores Trejo, Op. cit. p. 246
18. *Ibíd.* p. 236
19. Cano Valle, Fernando. “presentación” en Clonación humana. pp. 5-6

Bibliografía

- CANO VALLE, Fernando (coordinador). *Clonación humana*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas serie E: n. 39, 2003
- CARBONELL, Miguel (coordinador). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*. México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 5 tomos, 2003.
- FLORES TREJO, Fernando. *Bioderecho*. México: Porrúa, 1994
- GASCÓN, Patricia (coordinadora). *La revolución genómica*. México: Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco, 2003
- IBARRA SERRANO, Francisco Javier. *Derecho Constitucional, México, Michoacán, Latinoamérica*. Morelia: UMSNH - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2003
- LISKER, Rubén. *Proyecto Internacional del Genoma Humano: Estado actual y perspectiva, Simposio “Genoma, Bioética y Derecho.” Morelia, Mich., México, 19 de noviembre del 2003*
- LISKER, Rubén y Salvador Armendares. *Introducción a la genética humana*. México: El manual moderno, 1999
- ROMEO CASABONA, Carlos María (director). *Genética y derecho*. Madrid: Consejo general del poder judicial / Lerko Print, 2001
- SORIANO DÍAZ, Ramón y otros (coordinador). *Diccionario crítico de los Derechos Humanos I*. Edit. Andalucía: Universidad Internacional de Andalucía sede Iberoamericana Santa María de la Rábida, 2000
- <http://www.aaba.org.ar/ple00911.htm>

UNA REFLEXIÓN FILOSÓFICA EN LOS DERECHOS HUMANOS

Juan Manuel Zamora Mendoza
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UMSNH

1. Planteamiento

En esta reflexión no pretendo hablar de los derechos humanos en sí mismos, sino que deseo dar razón de ellos –fundamentación filosófica– y ver cual es la justificación teórica que les da vida, pues cualquier cosa que pretendemos que existe tenemos que ver cual es la razón de su existencia. Así pues, doy por supuestos algunas nociones básicas indispensables acerca de la naturaleza y distintas clases de los derechos humanos. Trataré de hacer ver que la profundización teórica y filosófica en la fundamentación de los derechos humanos trae beneficios tanto a su comprensión como a su defensa y a su enseñanza. Lo intentaré desde una postura iusnaturalista renovada, inspirada en el tomismo, esto es, en la filosofía de Santo Tomás de Aquino.

2. Acerca de la fundamentación y otras prioridades

Cierto es que urge defender los derechos humanos en la práctica que fundamentarlos en la teoría. Pero también es cierto que, además de la praxis, el hombre necesita la iluminación de ésta por parte de la luz teórica, sobre todo para garantizar la existencia y validez de lo que defiende, no sea que se ponga a luchar por algo que no es verdadero ni valioso

La formulación del principio de razón suficiente (emitida por Leibniz): “cualquier cosa existe por alguna razón suficiente de su existencia” y aplicada por García Máynez al derecho: “para que un derecho sea válido, debe tener una razón suficiente para su validez”. Así, quienes dicen que la razón suficiente de un derecho es su positivación, dejan inconformes a muchos filósofos y aún a algunos juristas, para quienes la razón suficiente de los derechos, en concreto de los derechos humanos, tiene que estar asentada en algo más profundo, y tiene que buscarse, si es posible, hasta sus raíces ontológicas o metafísicas más hondas.

Otros estiman superflua la fundamentación de los derechos humanos por considerarlos demasiados claros o intuitivos, no necesitados de fundamentación laguna. Pero eso se ve desmentido por el hecho de que muchos no lo reconocen. Esto hace ver que la exigencia de fundamentación o la exclusión de la misma depende de la noción que se tenga de la propia naturaleza y función de la filosofía.

Yo creo que la filosofía tiene una función de explicación y de justificación teórica de los realizamos en la práctica. Es decir, a lo que los hombres hacemos en la praxis tenemos que buscarle una razón, o un principio, integrarla en el todo de lo

que configura nuestra cosmovisión. Darle coherencia con los otros elementos de nuestro sistema, por pequeño o poco pretencioso que sea. El dar razón con los derechos humanos, esto es, mostrar su conexión con ciertos principios y valores.

Tesis principal

Los derechos humanos pueden fundamentarse filosóficamente; y pueden hacerlo en la idea de una naturaleza humana, como se hacía con los derechos naturales. No se trata de una idea de naturaleza como estructura estática, sino como estructura dinámica, que se va realizando en lo concreto, en la temporalidad histórica y en la individualidad. Será una naturaleza humana analógica, es decir, atenta a la aplicación diferenciada de su contenido a los individuos humanos, según las circunstancias concretas en las que se encuentran, pero sin renunciar a su universalidad que tiene.

Me parece, además, que la idea de naturaleza humana es defendible en la actualidad, y que ella es el fundamento último de tales derechos. En efecto, algunos han evitado esa fundamentación en la naturaleza humana y han preferido fundamentarlos en la dignidad del hombre o en las necesidades humanas básicas; pero, si hay tal dignidad y tales necesidades, lo que ellas están denotando es que hay una naturaleza humana a la que responden, de la que brotan—nacen—. Esto puede sostenerse no sólo en una filosofía tradicional, como la tomista, sino en la misma filosofía contemporánea, como nos lo muestra la más reciente filosofía analítica.

Cabe aclarar que hablo del iusnaturalismo que hunde sus raíces en lo clásico, y no directamente el moderno, por un motivo que me parece fuerte: porque el iusnaturalismo moderno, al querer entender la naturaleza humana desde un estado natural previo a la socialización, sólo engendró mitologías contrarias sobre dicha naturaleza humana, y atrajo el desprestigio sobre el derecho natural. Pero el iusnaturalismo clásico tomo esa versión que elaboraron los pensadores tomistas, siglos XVI y XVII, en los mismos orígenes de la modernidad, pero de manera distinta.

Examen de posturas

Partiremos diciendo que hay corrientes filosóficas frente a los derechos humanos, los que dicen *que no hay fundamentación filosófica* y los que *aceptan que si la hay*; y, entre estos últimos, podemos poner al *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo*, posturas antiguas pero que ahora vuelven a presentarse con nuevas tonalidades. A los que rechazan toda fundamentación, se les puede decir que el que la haya depende del punto de partida que se tome en filosofía, depende incluso de la noción misma de filosofía que se profese.

Así pues, es cierto que se han propuesto varios tipos de fundamentación de estos derechos, pero se pueden reducir a los dos rubros ya tradicionales de

iuspositivismo y iusnaturalismo, este último con dos subdivisiones en iusnaturalismo clásico y iusnaturalismo nuevo. Los iuspositivistas fundamentan los derechos humanos en ese acto del legislador que es la positivación de los derechos, su establecimiento explícito como tales en un corpus jurídico. Los iusnaturalistas, en cambio, fundamentan los derechos humanos en algo anterior e independiente de la positivación; esto puede ser la naturaleza humana o las necesidades humanas, y así se trata del iusnaturalismo clásico; o en un orden moral o axiológico superior, que da lugar a unos derechos morales, y es lo que hemos llamado iusnaturalismo nuevo.

El problema con la fundamentación iuspositivista es que los derechos humanos dependerían tan solo de la positivación que un gobernante o legislador pueda darles; pero eso implica que ese gobernante o legislador puede despositivarlos, privarlos de ese único sostén que tenían, y entonces no habrá manera de protestar o defender teóricamente tales derechos. En cambio, en el iusnaturalismo el fundamento es independiente de la positivación, los derechos humanos existen independientemente de que se les reconozca o de que no se les cumpla. Para el iusnaturalismo clásico, tales derechos se asientan en la naturaleza humana. Son derechos que el hombre tiene por el hecho de ser hombre, por naturaleza, independientemente de que estén positivados o no. Y en iusnaturalismo nuevo, los derechos humanos son derechos morales, pertenecen al orden ético, por encima de la mera positivación jurídica. Por supuesto que en ninguno de estos iusnaturalismos se desdeña la positivación de los derechos humanos, sólo se les defiende de que dependan exclusivamente de la voluntad del legislador, o aun de la convención del grupo. Están más allá de la positivación y tienen su propia autonomía, radicada en la moral, donde esta entronca con el derecho.

Algunos iuspositivistas alegan que esos derechos humanos, como derechos naturales o derechos morales, no pasan de ser buenos propósitos o buenos deseos, ya que no tienen una instancia coercitiva que los haga valer. En ese sentido no podrían llamarse derechos, por naturales que se les quiera ver. Sólo es derecho el que se hace cumplir, y esto sólo sucede cuando es positivado. Pero a ello se puede responder que sí hay una instancia que los hace cumplir, sólo que no por la fuerza de la violencia, sino de la persuasión, que es la que los ponen en la conciencia. Por eso he dicho que se dan en donde entronca la moral con el derecho. Y por eso también entiendo que los teóricos del nuevo iusnaturalismo los llamen “derechos morales”, como señalando que están todavía más del lado del orden ético que del jurídico. Inclusive se le puede restar importancia al problema de los nombres, y decir que los derechos humanos llevan el nombre de “derechos”, como una concepción más amplia del derecho, en la que no sólo se llama “derecho” a aquello que se puede hacer valer por la fuerza, sino también a lo que se puede convencer con la razón, con la concientización.

Opción por un iusnaturalismo

La misma noción histórica de los derechos humanos, esto es, la efectiva y concreta que se dio en diversas declaraciones y positivaciones, tienen una mentalidad que va más allá del iuspositivismo, tiene un innegable espíritu iusnaturalista. Veamos, son derechos que se consideran inherentes al ser humano por su misma esencia y naturaleza. Implican también la percepción de que hay unos derechos que rebasan las positivaciones existentes, y no porque sean derechos que van surgiendo de los que ya se han positivado, sino que son superiores y anteriores a todos. Igualmente, anima a estos derechos fundamentales la idea de que, aún cuando no los acepten positivamente algunas legislaciones, no dependen, para su existencia, del reconocimiento de los países; están por encima de su positivación. Además, se ve que han sido concebidos con un carácter necesario y universal, más dependiente de la ética y la axiológica que del derecho mismo. Más aún, con arreglo a ellos se podrá decir si un régimen y una legislación positiva son justos o se oponen al ideal de la justicia. Precisamente esos derechos humanos, aunque no estuvieran positivados, serían los que permitirían a los hombres levantarse en contra de la tiranía que los oprimiera.

Personalmente, prefiero el iusnaturalismo clásico, porque es más ontológico, y no solamente deontológico o axiológico –como el nuevo, de los derechos morales–. Me parece que el iusnaturalismo clásico, al fundamentar los derechos del hombre en la naturaleza humana, los dota de una base plenamente ontológica, aunque también antropológico–filosófica (de la cual el aspecto axiológico y deontológico serán los resultantes). La naturaleza humana es aquello que, al ser conocido cada vez con mayor plenitud, va haciendo brotar los derechos humanos y dándolos a conocer a aquellos que quieran verlos. Esto se hace a través del conocimiento de las inclinaciones y necesidades del hombre. Por eso el fundamentar los derechos humanos en las necesidades del hombre viene a ser lo mismo que fundamentarlos en la naturaleza humana. Igual sucede cuando se les quiere fundamentar en la dignidad del hombre. Esta alta dignidad que tiene el ser humano viene precisamente de su naturaleza, que ocupa ese preciso lugar en el orden de las esencias. Más, entiendo la naturaleza humana de una manera analógica, no como algo unívoco y que debe aplicarse sin discernimientos, sino como algo universal atento a los individuos, que toma muy en cuenta las circunstancias para su aplicación, que es muy serio con lo particular al aplicar la ley natural o derecho natural, que brota de la naturaleza humana.

La naturaleza humana

Tanto empirismo como positivismo nos han hecho sospechar del discurso que contiene esencias o naturalezas, y nos han movido a verlo como anacrónico y periclitado. Pero las esencias han vuelto al discurso filosófico. Principalmente desde la filosofía

de la ciencia y de la lógica, las esencias o naturalezas han ocupado un lugar preponderante en la filosofía más reciente –sobre todo de corte analítico–. Vuelven bajo la forma de clases naturales; la terminología de las clases naturales se usa para cubrir todo lo que las naturalezas nos daban, así, entre esas clases naturales se acepta la clase natural de las personas, o de los seres humanos, y a ellas corresponden los derechos humanos, que pertenecen a todos los individuos por el sólo hecho de ser miembros de esa clase.

Se ha puesto la objeción de que no hay unanimidad al caracterizar la naturaleza humana. Cada corriente o pensador la define diferente. Pero eso lo único que indica es que no todos pueden estar en lo correcto acerca de la naturaleza humana. Algunos se han acercado a su exacta comprensión, otros se han alejado de ella o claramente no han atinado a comprenderla. Ahora bien, decir que la diversidad de opiniones acerca de la naturaleza humana invalida el iusnaturalismo equivaldría a decir que la ética es imposible porque hay muchas escuelas distintas de ella. Lo mismo resulta de decir que hay diversas opiniones en cuanto a los derechos humanos, y que no existe acuerdo de cuántos o cuáles son ellos; pues eso lo único que indica es que no son evidentes.

Según Aristóteles, el hombre se define como animal racional. Es decir, su naturaleza, expresada en dicha definición es tener cierta animalidad junto con la racionalidad. En última instancia, su diferencia definitoria es la racionalidad, lo más propio. Su naturaleza es ser racional. Su naturaleza es la razón. Pero resulta que ésta es artífice de cultura, de artificialidad. Por eso el hombre resulta un animal muy paradójico. Si contraponemos, como se ha hecho desde los griegos, lo natural de lo artificial, su naturaleza es precisamente la fuente del artificio; su naturalidad sería, entonces, la artificialidad. Pero esto es exagerar demasiado las cosas. Nunca podrá darse una artificialidad tan pura y tan libre que este desligado de lo natural. Nuestra artificialidad requiere de la naturaleza para poder ejercerse, incluso para poder existir. En cambio, la naturaleza no requiere de la artificialidad, técnica o cultura, para poder existir; la requiere solo en el caso del hombre, o al menos en esas dimensiones, e incluso la técnica puede ir en contra de la naturaleza. Esto hacer ver que nuestra artificialidad requiere de la naturalidad, y aun la presupone; lo cual indica que la naturaleza es más libre y más primigenia que la artificialidad y la cultura.

Hay que reconocer que el conocimiento de la naturaleza humana avanza, que hay un progreso en el, y que por eso va creciendo en la misma ética. Pero no a tal punto que cambie substancialmente la naturaleza humana, o que las cosas queden diferentes. Pues bien, no se puede tratar sólo de una ética formal, cuyo único principio es el del dialogo discursivo entre los individuos, de modo puramente formalista o procedimental; se requiere también que se acepten contenidos materiales, axiológicos o éticos, y no solamente mediante la discusión y el acuerdo, pues sin algunos contenidos materiales que se presupongan –como el aprecio por la vida, la veracidad, la recta intención, por lo menos– no se puede ni siquiera ese diálogo;

carece de condiciones de posibilidad. Por eso no se puede tratar sólo de lo que Habermas llama la razón estratégica, la razón fría y calculadora, puramente formal, sino que ya debe estar animada por algunos elementos materiales o de contenido, tanto metodológicos, como ontológicos y éticos, lo que anteriormente se llamaba la recta razón.

El iusnaturalismo como fundamento

Yo creo, pues, que si se puede fundamentar filosóficamente los derechos humanos y que, además, no basta la positivación para hacerlo, ya que dependerían del legislador o del gobernante, y estarían sujetos a su arbitrio para ser respetados o suspendidos. Si han de ser –como todos reconocen– unos derechos comunes a todos los hombres por el hecho de ser hombres, han de ser independientes de su positivación en sostener esa independencia de los derechos humanos con respecto a la positivación, coinciden tanto los iusnaturalistas como los ven a los derechos humanos como derechos morales. Yo opto por el iusnaturalismo, aunque veo con simpatía a los que los ven como derechos morales, pero quiero ser más explícito que ellos. Por otra parte algunos han preferido fundamentar los derechos humanos en las necesidades más básicas del hombre. La necesidad engendra derechos. Así, hay necesidades humanas que engendran derechos humanos. Pero resulta que en definitiva las necesidades humanas se asientan en, o brotan de, la naturaleza humana misma. Volvemos a encontrar que los derechos humanos son, en definitiva, derechos naturales.

3. Sobre la continuidad histórica de la tradición de los derechos humanos

Se pretende hacer una vinculación de los derechos humanos modernos –tanto los de la Independencia Norteamericana, los de la Revolución Francesa y los de la ONU– con momentos anteriores de la historia. Veremos un aspecto que surge de esta vinculación histórica, en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino y su iusnaturalismo aristotélico-estóico.

Santo Tomás de Aquino

Se cuestiona el que Santo Tomás tuviera una idea de la igualdad de los hombres. Pero hay muchos tipos de igualdad, por lo que convendría distinguir a cual hemos de referirnos. Si bien es cierto que Santo Tomás dice que algunos están mejor dotados que otros para ciertas funciones o tareas dentro de la sociedad, también lo es que todos son iguales ante la ley –justicia general o legal–.

La desilusión que se siente actualmente frente a la modernidad –dentro del movimiento llamado de postmodernidad– ha hecho volver los ojos a épocas premodernas. Es verdad que no es algo nuevo o inusitado. Alasdair Mac Intyre habló primero de un neoaristotelismo y ahora de un neotomismo muy singular. Otros han seguido esa línea neoaristotélica, como Agnes Heller, Victoria Camps, Carlos Thiebaut. Todo eso lo provoca el desencanto de la modernidad. Pero hay cosas a las que ya no se puede renunciar, como la democracia, la igualdad y la libertad. Con todo, principios y tesis del pasado a veces ayudan a plantear de manera más humana y mejor elaborada estos mismos elementos de la modernidad. Por ejemplo, la teoría de la igualdad proporcional y la de la libertad como no irrestricta, que desarrolla Santo Tomás en su concepción del estado y la sociedad, pueden ayudar a replantear estos temas ahora mismo con mucho provecho.

Cuando pienso que se pueden recuperar para la actualidad ciertas cosas de Santo Tomás de Aquino, pienso en un tomismo vivo, que evoluciona como organismo o una estructura dinámica. Pienso en cosas tales como el bien común, en cuya consecución reside la justicia. Además, en la persona a la realización proporcionalmente igualitaria de es bien común, más allá de los intereses individuales. Con ello se modera el individualismo con cierto comunitarismo; no total, ciertamente, para Santo Tomás la sociedad no está por encima del individuo en todos los aspectos; por ejemplo, no lo está precisamente en aquellos aspectos en que es persona. Si recoge de Aristóteles el principio de que el todo es anterior y superior a las partes, y por eso la sociedad política está por encima del individuo, lo hace porque demasiado individualismo impediría cualquier sacrificio por el grupo, o inclusive el sacrificio mayor de dar la vida por la sociedad a la que pertenece. También creo que conviene revitalizar la idea tomista del derecho natural, no como algo formal y sin contenido, sino como algo material o substantivo, pero como un pequeño conjunto de mínimos –en el sentido de Apel y Adela Cortina–, que consiste en el derecho a la satisfacción de necesidades brotadas de la misma naturaleza física y racional del hombre, y desplegadas a través de los apetitos naturales o instintos, como el de autoconservación, el de conservación de la especie, el del ansía de saber, etcétera.

Necesidades del cuerpo y del espíritu, de la condición encarnada del hombre y de su condición de ser racional. Necesidades que constituyen derechos humanos, esto es, derechos naturales que dirigen las disposiciones del gobernante y el legislador. No pueden estar en manos de sus subjetividades; están amparadas en lo objetivo y real, con esto no se hace, en el fondo, más que volver a enlazar la moral con la política, la economía y el derecho, de modo que haya una salvaguarda ética de los valores humanos en esos ámbitos donde parece ya haber quedado a merced de la razón estratégica y tecnológica. Por lo demás, la moral actualmente vuelve cada vez de manera más persistente a encontrar sus vínculos con esas otras disciplinas de las que quiso separarla la modernidad liberal, para tener un campo de acción más independiente y sin los límites que pudiera imponerle la conciencia ética.

Finalmente es agradable encontrar el empeño filosófico de fundamentar los derechos humanos, a pesar de que muchos han visto eso como la cosa más inútil que pueda existir. Es cierto que lo más importante en la práctica es protegerlos, pero también lo es que lo más importante teóricamente es fundamentarlos. El hombre tiene dos tipos de necesidades y de prioridades: tanto las prácticas como las teóricas, y no podrá pasársela solamente con una justificación práctica de la protección de los derechos, sin tener también una justificación teórica de los mismos. Y eso se lo da la filosofía. Podríamos estar defendiendo los derechos humanos a pesar de que no existieran, y eso no lo soporta el espíritu humano. Tenemos que estar ciertos de que no estar defendiendo una mera ilusión. Claro todo indica que son objetivos y validos. Pero acudimos a la filosofía en busca de ese sosiego interior, y esa certeza que nos hará actuar más intensamente a favor de ellos en la praxis. La teoría nos mueve casi con la misma fuerza que la perentoria necesidad bruta de lo ambiente. Inútil en muchos respectos, la filosofía es, sin embargo, útil a la larga y a la postre, ya que aquieta el ánimo haciéndole ver lo que tiene fundamento en la realidad, mostrándole el camino de la verdad.

4. Estructura moral de los derechos humanos

Se ha dicho que la ética o filosofía moral fue desvinculada del derecho. Pero justamente el cumplimiento de los derechos humanos supone una conexión entre la moral y el derecho —dada la especial fundamentación de los derechos humanos en consideraciones morales—. Esto no quiere decir que pierdan su especificidad; la moral no se transforma en derecho ni el derecho se transforma en moral. Simplemente la moral apoya y guía el cumplimiento o la obediencia del derecho. De hecho, la realización o cumplimiento de los derechos humanos requiere de una estructura moral que califique a las personas, para que se vean inclinadas y dispuestas a respetarlos y defenderlos. Esta estructura moral significa que en el mismo hombre se va construyendo una calificación que lo conduce a respetar a los derechos humanos de sus semejantes. Podemos ver esa estructura como constituida por ciertas virtudes éticas y empotrada en la libertad del hombre, que se va educando y formando como realización del bien, sobre todo del bien de los demás, del bien de todos, del bien común. Procuraré esbozar estas ideas:

a) Las virtudes como fundamento

Es preciso llamar la atención hacia el desarrollo de las virtudes en el hombre. Por ello, nada mejor que llegar a conjuntar dos realidades aparentemente irreconciliables, como son el placer o gozo y la ardua virtud. Hemos de recordar aquella tesis

tomista —olvidada hoy día, tal vez por tantos racionalismos que han pasado— de que la virtud nos hace actuar fácil, pronta y gozosamente lo que ella contiene; de modo que el que tiene la virtud de la justicia, siente felicidad en hacer obras justas, lo hace con prontitud, y siente inmenso placer o gozo en ello: se alegra de la justicia. Así, el que construye en sí mismo la virtud de la justicia llega a lo que hay en ella, y como en ella esta la obediencia a la ley y el respeto del derecho, incluirá en sí mismo la disposición a cumplir las leyes y a respetar los derechos de los demás, entre ellos, los derechos humanos.

Esta ética aristotélica-tomista de virtudes fue muy olvidada por la modernidad. El racionalismo ilustrado hizo predominar la ética de la ley, por encima de la ética de la virtud. En efecto, la mayoría de los racionalistas tratan de construir su ética como un sistema de leyes morales, que vayan enseñando al hombre a actuar moralmente bien; el mejor ejemplo de ello es Spinoza, que quiso llegar a elaborar ese sistema de leyes morales de una manera axiomática, con sus definiciones, principios o axiomas, teoremas, corolarios, etcétera, en su *Ethica more geométrico* demostrata, es decir, desarrollada al modo de la ciencia matemática. Negaba la libertad y la reducía a la aceptación voluntaria de la inexorable necesidad. Leibniz llegó a equiparar el silogismo práctico con el silogismo teórico, olvidando que el último tiene necesidad y el primero sólo alcanza lo contingente. Así, según él, cuando se ve un fin, y se tienen los medios, la acción debería seguirse como una conclusión inevitable en ese silogismo práctico al modo como la conclusión se sigue necesariamente en el silogismo teórico; con ello olvidaba la libertad, que puede impedir que se lleve a cabo una acción, por más que se tengan los medios que conduzcan al fin intentado. Otra vez se hace ética para el hombre máquina, como una especie de robot al que se le puede programar con leyes morales, como si fuesen leyes lógicas, a fin de que las cumpla en cada situación ninguna duda ni impedimento.

Algo que se presenta siempre en la acción moral es lo contingente e individual de la situación frente a lo necesario y universal de la ley. Ya en ello tiene que intervenir la virtud de la prudencia para ajustar lo abstracto a lo concreto. Y mucho más tiene que irse colocando en la estructura personal todo organismo de las virtudes que ayudan a efectuar las acciones moralmente buenas. Recordemos que ya desde los griegos se veía la ética de la virtud como englobando la ley universal y su aplicación a la circunstancia particular. Utilizando la expresión evangélica, podemos decir que ciertamente la virtud no viene a abolir la ley ni a los profetas, pero viene a darle cumplimiento; la llave a una perfección mayor. La ley es para la virtud una guía innegable, pero la virtud incorpora la ley, la interioriza y la hace vida propia. El que desarrolla en sí mismo una virtud, está introyectando y asimilando todas las leyes que le podrían acompañar, y además está edificando el criterio para su adecuada aplicación. De esta manera. La ley acompaña a la virtud, y como la ley tiene por correlativo al derecho, la virtud con la que se da cumplimiento a la ley será también

aquella con la que se respetaran los derechos de las personas, singularmente sus derechos humanos.

¿Qué es la virtud? Es innata o aprendida? Cómo puede adquirirse? Platón se puso constantemente la pregunta de si la virtud se podía aprender. Pero siempre dejó la cuestión indecisa. Y es que se trata de las dos cosas. En parte se puede aprender, en parte no, porque se desarrolla en uno mismo después de haber aprendido sus rudimentos, sus orígenes, sus inicios. Al remontarnos a Platón, nos vamos hasta los orígenes de la cuestión de la ciencia y el arte, del conocimiento y el saber, de lo teórico y lo práctico. En seguimiento de Wittgenstein, Ryle lo llama saber-qué y saber-cómo. Quien tiene el primero puede explicar lo que hace; quien tiene el segundo no, pero hace de maravilla lo que hace. Curiosamente, la mayor parte de nuestras habilidades, como después lo subrayo Piaget, está en calidad de saber-cómo y sólo en parte accede a saber-qué, a poseer la explicación teórica de lo que hace. Muy comprensible en nuestros días, en los que la técnica ha rebasado con mucho a la ciencia y hay muchas cosas que se pueden hacer, pero no se tiene su cabal explicación.

Así es en buena parte la virtud moral; tiene un pequeño aspecto de explicatividad y un aspecto grande de aplicatividad: se posee como hábito personal, como disposición presta a la acción, más que como saber teórico que va explicando a cada paso lo que hay que hacer y por qué. Inclusive en las virtudes intelectuales, la parte explicativa de las mismas tiene ese predominio de habilidad sobre la teoría.

La noción de la virtud como algo analógico tiende a presentarla como el justo medio, porque la analogía es proporción. Pero no sólo eso. También indica que se aprende de manera analógica; es decir, no sólo por leyes o reglas, que pueden ayudar, sino con el seguimiento de un modelo, de un ejemplar, de un paradigma –o alguien que de ejemplo, que muestre–. Aquí se con-juntan el mostrar y el decir –de Wittgenstein–, pues la virtud sólo se puede enseñar diciendo algo y mostrando algo, pero más mostrando que diciendo. Es una acción no sólo sintagmática, sino sobre todo paradigmática, hace asociar. El maestro es más un paradigma que instructor. Pero muestra y dice, a la vez; conjunta el mostrar con el decir –que en Wittgenstein parecen irreconciliables e irreductibles–, y en eso consiste la analogía, y también la iconicidad.

Nos remontamos a Platón, pero caemos sin poderlo evitar en Aristóteles. El hace, al comenzar la *Metafísica*, la comparación entre los que tienen habilidad para algo y los que tienen arte o *techne*, técnica, para ello. El arquitecto sabe explicar la construcción de una casa; el maestro de albañiles no, pero a veces supera y corrige al arquitecto, aunque no sabe decir cabalmente el por qué. Pero se comienza sabiendo el como y después se pasa a saber el qué o por qué, de la experiencia al arte o *techne*. Así, la virtud conecta a la *techne* con la experiencia, la refiere a sus orígenes empíricos y prácticos. Por eso es que no se puede aprender sólo con reglas o leyes; tiene que intervenir la *praxis*, la acción. Sin embargo, la repetición de actos es sólo

parte material y la comprensión su parte formal. Una comprensión que poco a poco se va haciendo más explícita, una especie de saber con naturalidad. De ahí viene el gusto por hacer las acciones cuya virtud se posee. Se sabe captar el “gusto” que tiene la acción, si “sabe” a la virtud de que se trata, o si tiene un gusto diferente y sabe a otra cosa. Se paladea y hasta se puede con el tiempo ser un gourmet exigente para los actos de esa virtud. Por eso se da en ella el gozo y hasta el placer. Por ejemplo, quien tiene la virtud de la generosidad no siente pesado el conceder algún bien, es para él un placer ser generoso.

Con todo, hemos dicho que la virtud no consiste en la mera repetición de actos, como ven el hábito los conductistas, que quedaría, así, ciego y menoscabado. La virtud es, sí, un hábito, y el hábito tiene una parte considerable como inconsistente, que actúa sin que nos demos cuenta. Pero tiene la parte de conciencia que se necesita para que haya acto humano, para que se de el actuar moral. No basta la repetición ciega de los actos, la acción tiene que estar iluminada por la luz de la inteligencia, que es lámpara de la voluntad, y sólo así puede surgir la libertad, que caracteriza al acto humano: consciente y responsable. Y si se alega que la virtud llega a hacer casi inconsciente e instintiva la acción, se puede responder que de todos modos existe en el acto humano un lugar para la conciencia, tanto psicológica como moral. A algunos les puede parecer que este carácter casi instintivo y fácil que va adquiriendo la acción gracias a la virtud resta meritos al virtuoso, que estaría actuando ya sin poner todo su empeño intelectual y volitivo en esta acción, dado que ya no le cuesta trabajo. Pero lo que costo trabajo –y mucho–, se puede responder, es la adquisición de la virtud misma, y eso llena de mérito la acción, por más que la ardua y dificultosa acción moral se realice ya con la finalidad, con prontitud y hasta gozosamente. Lo difícil fue iniciar la virtud y perseverar en ella.

En suma, es bueno llamar la atención hacia lo agradable y placentera que puede ser la virtud, despecho de que en la modernidad solía verse como algo pesado y difícil, aquejada como estaba del extrinsecismo moral que trajo el racionalismo, en el que las éticas de la ley –sin la virtud– han propiciado el formalismo y el fariseísmo que acompaña a todos los pietismos y fanatismos. En cambio, una ética de la virtud, que no rechaza la ley, sino que la integra en el dinamismo de la persona humana, sobre todo con su libertad; está vinculando el actuar moral y sus potencias con el interior ontológico del hombre, y de esta manera puede servir de puente entre la ética y la metafísica y viceversa, por supuesto.

b) la libertad como ámbito

También es necesario encuadrar el respeto a los derechos humanos en el marco de una libertad bien desarrollada y empleada. Para ubicar esto, creo que será útil presentar algunos de los elementos principales de la teoría de Santo Tomás acerca de

la libertad. El primero es su definición como la capacidad de elección entre varias opciones –al menos dos–. Después su división de la libertad en la libertad de indiferencia y libertad de especificación; la primera es la capacidad de elegir entre hacer o no hacer, y la segunda, una vez que se elige el hacer, es la capacidad de elegir entre hacer esto o aquello. Después de esto, hay que plantearse la relación entre el intelecto y la voluntad en el acto libre. Pues la libertad no es sólo algo de la voluntad sobre el objeto elegible. En efecto, la libertad tiene a la voluntad como su sede, pero debe ser iluminada por el intelecto; pues la voluntad es la que desea el bien, pero es el intelecto el que puede distinguir entre el bien y el mal, o entre el bien auténtico y el bien aparente –esto es, el mal que parece un bien–. Así, aún cuando para Santo Tomás el hombre sólo puede desear el bien, la libertad subsiste, ya que sólo excluye la posibilidad de desear el mal, esto es, de no desear el bien en general, pero queda la posibilidad de elegir uno u otro bien particular, en el cual puede haber equivocación, y esto basta para preservar la existencia de la libertad.

Pero lo más importante para la libertad humana, frente al caso del derecho, es que puede oponerse a este, y violar los derechos de sus semejantes. Inclusive los derechos humanos. Por eso es decisiva la educación de la libertad en el ámbito del derecho, esto es, concienciar al hombre de que la auténtica acción libre esta en la órbita del bien, sobre todo del bien común y no sólo del individual, y por ello no tiende a lesionar los derechos de otros. La libertad puede ejercerse felizmente en el marco de la obediencia a la ley, tanto la ley moral, que es más bien valores o principios, como la ley jurídica o ley propiamente dicha. Es cierto que a la ley no le interesa que el individuo quiera o no quiera cumplir lo preceptuado; sólo le impone el cumplirlo. Pero si hay una convicción racional, y se incluye en la vivencia de la libertad el deseo de cumplir con esos valores y esas reglas jurídicas que van a beneficio de todos y que se expresan en los derechos humanos.

La educación para los derechos humanos no es, pues, puramente racional, sino también de la voluntad, por la persuasión lograda en una exposición clara y convincente. Que impregne incluso los niveles emotivos de la persona. Pero, por supuesto, la base de la misma será la formación de la aceptación racional de esos derechos. Y ella conlleva una argumentación aceptable de las bases que los originan y la finalidad hacia la que se dirigen. Pero todo eso pertenece al ámbito de la filosofía. Por consiguiente, la fundamentación filosófica –ética y ontológica-antropológica– de los derechos humanos es un tema que no puede estar ausente de la educación para estos derechos, antes bien, ocupa un lugar primerísimo en ella.

He intentado resaltar algunas directrices que nos puede brindar la filosofía jurídica y política en la actualidad. Ciertamente no se trata de querer suplantar la labor de las ciencias sociales como la economía, la sociología o la politología, sino iluminar desde el nivel abstracto de la filosofía el camino de dichas ciencias, es decir, tratar de buscar –como lo han hecho la filosofía jurídica y la filosofía política clásica–

ca— cómo se puede lograr el bien del hombre, que se plasma y se refleja en la idea o imagen del hombre que se promueve en una sociedad. Para ella y por medio de ella es como hay que educar. Esto es, hay que educar no sólo con principios y argumentos, sino presentando esa imagen o paradigma del hombre que se desea lograr, respetuoso de los derechos de los hombres. Ya que muchos de los paradigmas de hombre que se manejan en la actualidad dejan mucho que desear, hemos acudido a la enseñanza de Santo Tomas para tomar diversos elementos, y obtener una imagen analógica e icónica del hombre, para el hombre de hoy. En efecto, es tal imagen paradigmática de hombre lo que en el fondo convence o repele de una teoría filosófica jurídica—política. Es pues, al nivel de los principios que se eligen algunas líneas directrices. Tales líneas son la carga de eticidad que se da en la misma dimensión antropológica del hombre; el fin o bien del hombre como la vida virtuosa; y la justicia como la virtud más excelente. Dentro de la virtud de la justicia se encuentra el cumplimiento del jus, del derecho, que abarca tanto los derechos naturales como los derechos positivos. Que engloba, en definitiva, los derechos humanos.

5. Conclusión

La fundamentación metafísica de los derechos humanos: son derechos radicados en la naturaleza humana, por eso fueron preconizados como derechos naturales, como señalando que con arreglo a dicha naturaleza se puede encontrar el bien de los hombres y de acuerdo con ella se establece en derechos y deberes. Y, como la naturaleza humana está cargada de exigencias éticas, por eso he dicho que derivar de ella derechos naturales humanos no constituye falacia naturalista; es otro tipo de inferencia. Defiendo, pues, filosóficamente el iusnaturalismo —ciertamente un iusnaturalismo renovado con la pragmática, pero de raíz ontológica—, y combato la idea de que en él se encierra ese gran paralogismo consistente en pasar del ser al deber ser, para lo cual ciertamente no hay reglas lógicas —es decir, rechazo la acusación que se le hace de incurrir en la falacia naturalista—.en este sentido hablo de los derechos humanos como elementos del derecho natural y hablo de la naturaleza humana como fundamento metafísico de los mismos.

En conclusión y síntesis de todo lo anterior, he de decir que tengo la convicción de que no sólo es posible hablar de fundación filosófica de los derechos humanos, sino que es algo necesario. Creo, además, que la filosofía tomista, renovada, puede dar esa fundamentación. Tal fundamento es el iusnaturalismo, propio de dicha corriente tomista, aunque actualizado con algunos planteamientos que se han hecho en la línea de la filosofía analítica reciente, como aquellos que han considerado a los derechos humanos como derechos morales, y también como aportaciones provenientes de la pragmática semiótica. Ahora se dice —por parte de otras corrien-

tes, como las postmodernas— que no hay fundamento posible en la filosofía. Tal ausencia de fundamento me parece que ha sido decretada arbitrariamente —o, todo caso, sólo funciona si se aceptan las premisas nietzscheanas y heideggerianas de sus proponentes—; por ello creo que tiene que haber una fundamentación ontológica o metafísica de tales derechos, so pena de ser completamente ilusorios; pues, a pesar de su positivación, pueden des-positivarse y cancelarse, y no habrá quien pueda defenderlos contra eso.

Esto impele a buscar, además, la manera de recuperar la vinculación de la ética con el derecho. El positivismo trato de separarlos, y ahora se busca la manera de con-juntarlos otra vez. De hecho, mucho de lo que expresan los derechos humanos son un testimonio de que el derecho debe reflejar en la praxis los valores morales más de principios que pertenecen al hombre. Hay que propiciar que esta conexión vuelva a reconocerse; y, sobre todo, hay que educar para que se inscriba en el hombre, de manera apoyada por la moral —porque con eso no va a perder su carácter jurídico— esa cultura de los derechos humanos que tanto deseamos para nuestra sociedad actual.

Bibliografía consultada

- ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica. México, fontomara, 2000.
- BEUCHOT, Mauricio. Derechos Humanos. Iuspositivismo y Iusnaturalismo, México, UNAM, 1996.
- BEUCHOT, Mauricio. Filosofía y Derechos Humanos (los derechos humanos y su fundamentación filosófica) siglo XXI, México, 1993.
- BEUCHOT, Mauricio y Saldaña Javier. Derechos Humanos y Naturaleza Humana. México, 2000.
- CARPISO, Jorge. Derechos Humanos y Ombudsman. México, Porrúa, 1998.
- DE AQUINO, Santo Tomás. Tratado de la Ley. Tratado de la Justicia. Gobierno de los príncipes. México, Porrúa, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. La Ley del más débil. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. Ed. Trotta, Madrid, 2002.
- MAC INTYRE, A. tras la virtud. trad. de A. Valcarcel, Barcelona, 1987.
- MASSINI CORREAS, Carlos I. Los Derechos Humanos y el valor del derecho. 1992.
- MASSINI CORREAS, Carlos I. Los Derechos Humanos en el pensamiento actual. Buenos Aires, 1994.
- ORTIZ TREVIÑO, Rigoberto G. La seguridad Jurídica. Los Derechos Humanos en la jurisprudencia mexicana. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004.

Capítulo II

Multiculturalismo, Democracia y Derecho

GLOBALIZACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS INDÍGENAS. EL CASO DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y LOS PUEBLOS INDIOS

Orlando Aragón Andrade¹

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UMSNH

I. Consideraciones preliminares

La cuestión indígena o autóctona² no es exclusiva de un país o de una región; dicho fenómeno social se extiende por los cinco continentes y lejos de desaparecer, como muchos lo habían anunciado, muestra una tendencia demográfica ascendente. En la actualidad se estima que existen más de trescientos millones de indios repartidos en cuatro mil pueblos, la mayoría de los cuales se encuentran en Asia.³

Ahora bien, la situación global de los pueblos autóctonos es muy diversa dependiendo de las regiones en donde se ubican; por ejemplo, los indígenas de los países escandinavos cuentan con condiciones de vida más o menos aceptables, con un régimen jurídico y un grado de autonomía bastante desarrollado, que contrasta con la situación de miseria y persecución a la que están sujetos los pueblos indios africanos. De forma similar, la situación de relativo reconocimiento jurídico de los autóctonos en los Estados latinoamericanos dista mucho de la situación jurídica dispersa de los indígenas de Asia. Sobre esta compleja y heterogénea realidad las agencias internacionales han tratado de incidir positivamente.

Cualquier persona mínimamente interesada en los derechos de los pueblos indígenas conoce la importancia y el trabajo en la materia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En efecto, la OIT se ha preocupado desde hace mucho tiempo por las condiciones sociales y económicas de este sector de la población mundial.

Varios de los ordenamientos legales de la OIT han motivado cambios en las legislaciones nacionales y en las políticas públicas que los Estados nacionales dirigen a sus pueblos indígenas. Éste es el caso de nuestro país, en donde la ratificación del convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales⁴ influyó decisivamente en la reforma del artículo 4° constitucional de 1992.⁵ Pero ¿cómo podemos entender esta fuerza de las organizaciones supranacionales sobre los Estados Nacionales y su derecho? Pues bien, gran parte de la respuesta a esta interrogante la encontramos en el nuevo proceso de globalización.

A partir de la década de los setenta comenzó a acelerarse la integración global de la economía. Este fenómeno junto con el fracaso de los modelos económicos de desarrollo interno ocasionó un viraje de los Estados nacionales hacia el neoliberalismo. El cambio de modelo económico, de uno estatista a uno de libre mercado, trajo consigo varias reformas: la apertura de las fronteras a los capitales extranjeros, la

privatización de las empresas antes estratégicas en manos de los Estados, un control más estricto en el gasto público, etcétera.

Estos cambios ocasionaron, a su vez, un debilitamiento de la soberanía de Estados frente a los poderes fácticos del capital transnacional. La erosión de las soberanías nacionales ocasionó un fortalecimiento casi automático de los organismos internacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial). Pronto expandieron su influencia (sobretudo en los países subdesarrollados y no tanto en los Estados potencias) en todas las esferas políticas de los Estados nacionales. Sin embargo, es importante entender que esta consecuencia no sólo se restringió a la esfera económica.⁶

Uno de los efectos ajenos a la economía fue la estandarización axiológica de los derechos humanos, que no es más que la globalización del Derecho. Los organismos como la Organización de las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo empezaron a realizar ordenamientos jurídicos internacionales inspirados en el respeto de los derechos humanos, en consecuencia estos cuerpos legales se convirtieron en modelos a seguir por las legislaciones nacionales.⁷

Este artículo tiene como objetivo estudiar la trayectoria de los derechos indígenas en la OIT. Es necesario advertir al lector que no encontrará en este texto un análisis numeral por numeral de las diferentes convenciones de la OIT (al estilo formalista), sino más bien un repaso histórico sobre el tratamiento y las diferentes ideas acerca de los derechos de los pueblos indios en esta organización supranacional.

Para lograr nuestro propósito dividiremos este trabajo en cuatro partes. La primera tratará sobre las primeras disposiciones en materia de derechos indígenas en la OIT. En segundo lugar nos detendremos en el Convenio 107 de la OIT. En la tercera parte analizaremos el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Finalmente, haremos algunas reflexiones finales.

II. Los primeros estudios y cuerpos legales de la OIT sobre pueblos indígenas

La Organización Internacional del Trabajo fue creada en 1919 en el Tratado de Versalles.⁸ Fundada junto con la Sociedad de Naciones (SN), la OIT tuvo la función de garantizar el orden mundial después de la primera gran guerra; la SN tendría como función mantener la paz política y militar, y la OIT procuraría la justicia social. Este binomio se formó bajo la acertada creencia de que sin justicia social no podía haber paz en el planeta. Desafortunadamente la Sociedad de Naciones fracasó en su función y desapareció, no así la OIT que ganó independencia de su igual y logró sobrevivir la segunda guerra mundial para posteriormente integrarse al sistema de la ONU.

Tres son los principales órganos de la OIT: la Conferencia Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración y la Oficina Internacional del Trabajo. La

primera es la asamblea de los Estados miembros de la OIT, ésta se reúne en junio de cada año en Ginebra. Cada país está representado en la asamblea por cuatro delegados, dos representantes del gobierno, un representante del sector empleador y uno más representante de los trabajadores; por eso se dice que la OIT tiene una composición tripartita. Dentro de las funciones más importantes de la Conferencia podemos destacar la adopción y vigilancia de convenios y recomendaciones internacionales.

El Consejo de Administración es el órgano ejecutivo de la OIT, se reúne tres veces al año para conocer de las conclusiones de la Conferencia y hacerlas efectivas. Al igual que la Conferencia el Consejo tiene una composición tripartita, lo integran 56 delegados, 28 son gubernamentales, de éstos, 10 son de los Estados más industrializados, y el resto (28 miembros) se eligen en la Conferencia teniendo 14 plazas cada sector restante.

Por último, la Oficina Internacional del Trabajo funciona como la secretaría permanente de la OIT: prepara las reuniones de la Conferencia y del Consejo, se encarga de las actividades de cooperación técnica, publica estudios, mantiene el vínculo con las demás organizaciones internacionales, etcétera.⁹

La Organización Internacional del Trabajo tiene una larga tradición en la protección y estudio de los pueblos indios. Desde 1921 esta agencia internacional comenzó estudios sobre los trabajadores indígenas, pero fue en 1926 cuando se formó un comité de expertos que produjo varios convenios y recomendaciones¹⁰ tendientes a regular las condiciones laborales de los trabajadores autóctonos.

El interés de la OIT por los pueblos indígenas respondió, en buena medida, a que eran (y son) el grupo más vulnerable de entre los trabajadores. Desde sus primeros años de funcionamiento esta organización internacional manifestó su preocupación por los indios, diferenciándolos del resto de los trabajadores con el objetivo de otorgarles un régimen jurídico que aminorara las injusticias y abusos cometidos en su contra. Lo anterior significó un gran avance para el Derecho del Trabajo, que en ese momento se encontraba muy influido por la idea clásica de igualdad jurídica.¹¹

El primer instrumento jurídico internacional de la OIT que beneficia directamente a las poblaciones indias fue el Convenio número 29 *Sobre el Trabajo Forzado*, aprobado en 1930. En este instrumento se obligó a los Estados miembros de la OIT a eliminar todo tipo de trabajo forzoso. El asunto, en particular, que benefició más a los indios fue la prohibición expresa de trabajos impuestos a favor de particulares, ya que era una situación muy común y recurrente que se obligara a los autóctonos a trabajar a favor de un particular bajo condiciones prácticamente de esclavitud.

En 1936, la OIT emitió su segundo convenio referente a las poblaciones indígenas, dicho tratado fue el número 50 *Sobre Reclutamiento de Trabajadores Indígenas*. El texto de este instrumento jurídico comenzó definiendo al trabajador indígena como: “aquel que pertenece o están asimilados a las poblaciones indígenas de los territorios dependientes de los Miembros de la Organización, así como los trabaja-

dores que pertenecen o estén asimilados a las poblaciones indígenas dependientes de los territorios metropolitanos de los Miembros de la Organización.¹² Posteriormente en el texto de la convención se impuso una serie de obligaciones a los reclutadores de trabajadores autóctonos con la finalidad de proteger y asegurar la integridad de sus comunidades y familias. También, sujetó a los empleadores y reclutadores a otorgar garantías que permitieran dar seguridad a los trabajadores sobre el cumplimiento de sus obligaciones contraídas. Finalmente, el convenio concluye garantizando algunos derechos referentes a la salud y transporte de los trabajadores indígenas reclutados.¹³

La Convención número 64 *Sobre los Contratos de Trabajo* se aprobó en 1939. En ella se dio certeza jurídica a los trabajadores indios al obligar al patrón a realizar un contrato laboral lo suficientemente específico y claro para que no pudiera evadir sus responsabilidades con los trabajadores. Protegió también a los menores indígenas al invalidar cualquier contrato de trabajo que los involucrará en una relación laboral directa. También le dio al Estado la tutela de los trabajadores indígenas al encargarle la supervización y en su caso la sanción de los contratos laborales en los que estuvieran inmiscuidos los autóctonos. En su última parte el convenio aseguraba derechos complementarios para los trabajadores, con la finalidad de nivelar la desigual relación de *facto* entre el trabajador y el patrón.¹⁴

La breve Convención número 65 *Sobre las Sanciones Penales*, aprobada en 1939, ordenó abolir todas las sanciones penales por incumplimientos de contratos laborales, situación muy común entre los trabajadores indígenas. Por su parte, el Convenio número 86 *Sobre los Contratos de Trabajo* fijó una duración máxima de la jornada laboral, tendiente a proteger la integridad y unidad de la familia de los indios.

Durante la década de los cuarenta y parte de los cincuenta, la OIT siguió aprobando convenios de carácter general que contenían disposiciones específicas para los trabajadores indios.¹⁵ De la misma forma, la OIT tuvo acercamientos con algunos Estados latinoamericanos que cristalizaron en varias iniciativas respecto al denominado, en esos tiempos, problema indígena. De hecho, el protagonismo de los Estados latinoamericanos en la cuestión indígena fue muy relevante. A través de conferencias regionales, los Estados de América Latina integrantes de la OIT impulsaron el tema de las poblaciones indígenas dentro de su agenda. Ya desde las dos primeras reuniones regionales celebradas en Chile (1936) y Cuba (1939) se propuso la realización de estudios especiales sobre los trabajadores indios, para así estar en condiciones de proponer soluciones a sus problemas. Desgraciadamente el inicio de la segunda guerra mundial frustró esta iniciativa.

En 1946, finalizada ya la guerra, se retomó la iniciativa en la tercera conferencia realizada en México. Sin embargo, esta reunión trascendió la propuesta hecha años atrás para ahora solicitar la creación de una comisión de expertos sobre los problemas sociales de las poblaciones autóctonas del mundo. Además se insistió en la

necesidad de un estudio sobre la situación de los indios en el continente americano, que finalmente fue presentado en la cuarta conferencia celebrada en Uruguay (1949).

Pronto el activismo de los Estados latinoamericanos rindió frutos cuando el Consejo de Administración de la OIT decidió crear la *Comisión de Expertos sobre Trabajo Indígena* en 1946. De los quince integrantes de la Comisión los Estados de América Latina ocuparon ocho lugares: Bolivia, Brasil, Ecuador, Guatemala, México, Perú, Colombia y Venezuela.¹⁶ Incluso la primera reunión de la nueva Comisión se realizó en Bolivia (1951).

En 1953, la OIT publicó el primer estudio de orden mundial sobre las condiciones de vida de las poblaciones indias. Titulada *Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas en los países independientes*, esta investigación estuvo compuesta de cuatro grandes partes. En la primera, se abordó el papel y las acciones de las agencias internacionales pertenecientes al sistema de la ONU en favor de las poblaciones indígenas. En la segunda parte del trabajo se realizó una descripción sobre los principales grupos indígenas de todo el mundo, dicho recuento se hizo con base en la distribución continental de las etnias. En tercer lugar se abordó el estudio de los principales problemas de vida y de trabajo de los indios en el mundo, se tocaron cuestiones como el régimen de la tierra, reclutamiento y condiciones de trabajo, formación profesional, artesanías e industrias rurales, seguridad y asistencia social, salud, educación, idiomas y su integración a la sociedad nacional. La última parte de la investigación fue dedicada al estudio de la situación jurídico-administrativa de los indígenas en cada uno de sus continentes.¹⁷

Es necesario señalar que este primer trabajo realizado por la OIT tuvo varias deficiencias,¹⁸ pero a pesar de eso fue un estudio valioso para la doctrina del derecho internacional del trabajo y sirvió como base para la elaboración de futuros convenios. Por ejemplo, en este documento se incluyó una de las primeras definiciones de indígena en un estudio de esta envergadura:

“Indígenas son los descendientes de la población autóctona que moraba en un determinado país en la época de la colonización o la conquista (o de varias olas sucesivas de conquista), llevadas a cabo por algunos de los antepasados de los grupos no autóctonos que, en la actualidad, detentan el poder político y económico; en general, los descendientes de esa población autóctona tienden a vivir en conformidad con las instituciones sociales, económicas y culturales anteriores a la colonización o a la conquista (combinadas en algunos países con un régimen semifeudal de la tierra), en lugar de incorporarse a la cultura de la nación a la que pertenecen. Si no participan plenamente en la economía y la cultura nacionales, es debido a que existen barreras de lenguaje, costumbres, creencias, prejuicios, etc., y, a menudo, un régimen anacrónico e injusto en las relaciones obreropatronales y otros factores de orden social y político. Cuando su plena participación en la vida nacional no es frustrada por alguno de los obstáculos arriba citados, es restringida por influencias de orden histórico que producen en la mente del indígena una actitud de lealtad prioritaria hacia su condición de miembro de una determinada tribu; en el caso de los individuos

o grupos indígenas marginales, el problema se origina en el hecho de que, tanto en el medio nacional como en el medio indígena, no son aceptados completamente o no pueden ni desean participar en la convivencia organizada de una u otra sociedad.”¹⁹

Como podemos observar la anterior definición junto con las consideraciones que la acompañan nos revelan como fue concebida la cuestión indígena para la OIT en la década de los cincuenta. Fue claro el espíritu evolucionista de esta investigación. En este trabajo podemos ver la preocupación por la protección de las etnias pero a costa de su integración a la sociedad nacional. Esta fue la idea que predominó en la consecuencia jurídica de este estudio patrocinado por la OIT: el Convenio número 107 *Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes*.

III. El integracionismo. El convenio 107 de la OIT

En 1957, la OIT discutió la aprobación de lo que a la postre sería el primer instrumento legal internacional con fuerza vinculante destinado a las poblaciones indígenas y tribales.²⁰ Al igual que en el estudio sobre las *Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas en los países independientes*, el espíritu Convenio número 107 planteaba que la solución de los problemas de los autóctonos tenía que pasar por el abandono de sus culturas atrasadas para integrarse a las sociedades nacionales y modernas. Lo anterior, lo podemos confirmar con las siguientes líneas del preámbulo de dicho tratado:

“Considerando que la adopción de normas internacionales de carácter general en la materia facilitará la acción indispensable para garantizar la protección de las poblaciones que se trata, su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo;”²¹

El cuerpo del tratado estaba compuesto de siete partes. En los principios generales se fijó los destinatarios de la convención, para lo cual se tomaron en cuenta criterios económicos, antropológicos e históricos como a continuación lo podemos observar:

- a) A los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada [...] que la alcanzada por otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- b) A los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en

una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización y que, cualquiera que esa su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen.²²

Dentro de esta primera parte, la OIT delegó a los Estados la protección de las poblaciones indígenas, para lograr ese fin “los gobiernos [tendrán que] desarrollar programas coordinados y sistemáticos [políticas indigenistas] con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países.”²³ Al aplicar esta política indigenista integral los gobiernos tendrían que:

- a) Buscar la colaboración de dichas poblaciones y de sus representantes;
- b) Ofrecer a dichas poblaciones oportunidades para el pleno desarrollo de sus iniciativas;
- c) Estimular por todos los medios posibles entre dichas poblaciones el desarrollo de las libertades cívicas y el establecimiento de instituciones electivas, o la participación en tales instituciones.²⁴

En el apartado dedicado a las tierras, el convenio 107 garantizó a las poblaciones indígenas el reconocimiento de su derecho de propiedad, colectivo o individual, sobre los territorios que tradicionalmente han ocupado.²⁵ Por lo tanto, “no deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones”,²⁶ pero cuando en “casos fuere necesario tal traslado a título excepcional, los interesados deberán recibir tierras de calidad por lo menos igual a la de las que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro.”²⁷

La parte sobre la contratación y condiciones de empleo obligó a los Estados miembros de la OIT ha adoptar “medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a las poblaciones en cuestión una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo”,²⁸ dentro de los marcos de su legislación nacional. También procuró erradicar todo tipo de discriminación laboral, así como asegurar para los trabajadores autóctonos asistencia médica y social.²⁹

En la cuarta parte sobre la formación profesional, artesanía e industrias rurales; la convención 107 ordenó a los Estados otorgar las mismas oportunidades de desarrollo profesional a los integrantes de las poblaciones indias que a los demás ciudadanos.³⁰ “Cuando los programas generales de formación profesional no respondan a las necesidades especiales de las personas pertenecientes a las poblaciones en cuestión, los gobiernos deberán crear medios especiales de formación para dichas personas.”³¹ Además, este apartado pone énfasis en el fomento de las artesanías y a la industria rural como un medio de desarrollo económico de las poblaciones autóctonas.³²

La seguridad social y sanidad fue la materia de la quinta sección del tratado. En ésta la OIT obligó a sus miembros a garantizar la seguridad social y los servicios de sanidad a los trabajadores indios y a las demás personas pertenecientes a las poblaciones autóctonas.³³

Al igual que la anterior parte, la sexta sección de la convención sobre educación y medios de información garantizó la igualdad en oportunidades a los integrantes de las poblaciones indígenas respecto de los demás integrantes de la sociedad nacional.³⁴ Un elemento sobresaliente de este apartado fue la disposición de que: “se deberá enseñar a los niños de las poblaciones en cuestión a leer y escribir en su lengua materna”³⁵, aunque también dispone que: “se deberá asegurar la transición progresiva de la lengua materna o vernácula a la lengua nacional”³⁶, pero igualmente: “deberán adoptarse, en la medida de lo posible, disposiciones adecuadas para preservar el idioma materno o la lengua vernácula.”³⁷

El penúltimo apartado de este convenio trata sobre la administración de los programas destinados a las poblaciones materia de la convención. Por último, la octava sección titulada disposiciones generales trata sobre la operatividad del tratado en los Estados miembros de la OIT.

El Convenio número 107 fue en el Derecho lo que en la Antropología fue el indigenismo, y al igual que este último la convención 107 ha recibido duras críticas, a veces injustas, por parte de las organizaciones indígenas y de los estudiosos del derecho indio. Al igual que el indigenismo, el tratado relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes ha sido presentado por varios estudios como la parte oscura y etnocida en la historia del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Las apreciaciones anteriores tienen algo de cierto, sin embargo, no son del todo justas y equilibradas. Es innegable el carácter integracionista y paternalista del convenio, pero son el producto de las formas de concebir la cuestión indígena y las políticas públicas en esa época. También es cierto que las pocas disposiciones que protegían algunos elementos culturales de las etnias tenían más bien una inspiración folklorista que un verdadero respeto a las culturas autóctonas. Empero, es justo reconocer que varias de las normas de la convención (como la protección de las tierras, la no discriminación laboral, el acceso a los servicios de salud), representaron un avance significativo en la creación de un marco jurídico que reconociera ciertos derechos a los indígenas, aunque a la luz de hoy parezcan avances insignificantes, la realidad es que en la mitad del siglo pasado no lo fueron.

En nuestra opinión la adopción de este tratado, lejos de responder a intereses ocultos o conservadores, fue una acción progresista para su momento histórico. El debate del proyecto de convenio, en la que por cierto la delegación mexicana jugó un papel estelar (para bien y para mal), en la Conferencia nos ilustra la interesante discusión en torno a su aprobación y nos resalta el mérito de este medio legal.

El debate lo inició el Sr. Yllanes Ramos delegado patronal de México, su postura consistió en votar en contra del proyecto de convenio, puesto que según él la OIT y su Conferencia no eran capaces de emitir un convenio sobre las poblaciones en un sentido integral: “estamos de acuerdo con los principios que allí están establecidos [en el proyecto de convenio] y, en general con los principios, excepción hecha de aquellos donde nosotros planteamos nuestra incompetencia desde un punto de vista no de humildad, sino de realismo, porque dijimos que no somos capaces por falta de preparación...”³⁸ El Sr. Yllanes complementó su intervención afirmando que el proyecto invadía la esfera de otras agencias internacionales:

“Significa, entonces, que en este documento se plantea un dilema. Se estudia al indígena –y uso aquí indígena en el sentido general para no repetir lo de tribal o semitribal y todo aquello que se deriva de la definición-, y si se examina únicamente el problema del indígena al campo propio y exclusivo de la O.I.T. no es posible examinar la totalidad de la relación humana para integración. Si se examina, en cambio, en toda su integridad, nos estamos metiendo en campo que no es propio, es decir, nos estamos metiendo en aquello que corresponde a otras organizaciones y que además figura en los términos del convenio o acuerdo entre las Naciones Unidas y la O.I.T.”³⁹

Como podemos observar la oposición del representante de los empleadores de México se fundó en cuestiones de forma y no de fondo, ya que no discutió el contenido de ningún artículo del proyecto. De forma similar el Sr. Bellingham Smith, consejero técnico de los empleadores del Reino Unido, esgrimió una razón de forma para pedir que no se aprobara el convenio número 107:

“Desgraciadamente en esta Conferencia se está generalizando la idea de que un convenio es la única solución, y se ha convertido en un fetiche para considerar estos temas; no hay otra solución ni siquiera se busca. Hay algunos casos y materias y éste es uno de ellos, en que la adopción de una recomendación es más apropiada para satisfacer los deseos expresados que la adopción de un convenio...”

El convenio propuesto es realmente una recomendación con el título de convenio. Un convenio debe de imponer obligaciones precisas, mientras que una recomendación solamente establece normas.

He leído este convenio, y no veo dónde impone las obligaciones precisas, y de ello se infiere que será difícil, para los países que tengan el valor de ratificarlo, aplicar sus disposiciones...”⁴⁰

A pesar de estas dos primeras intervenciones, la convención pudo ser aprobada por una andanada de intervenciones en favor del proyecto. Vale la pena resaltar el apoyo y participación decisiva de los delegados de los Estados latinoamericanos, particularmente de México, Perú y Brasil, puesto que en sus intervenciones lograron desvirtuar los argumentos formalistas de sus compañeros que impulsaban el rechazo del proyecto.

El consejero técnico de los trabajadores de México, el Sr. Macín, fue el primero en defender el convenio propuesto. Primero se refirió a la supuesta incapacidad de la OIT por desconocimiento o ignorancia: “Si realmente dentro de la O.I.T. ha habido una comisión auténticamente técnica, seguramente fue a la que correspondió el asunto de los trabajadores indígenas.”⁴¹ Posteriormente se refirió a la supuesta invasión de competencias de otras organizaciones: “La O.I.T. consultó antes de ahora a los organismos especializados de las Naciones Unidas; que tuvo su colaboración; que esta colaboración fué amplia...”⁴²

En nuestra opinión la intervención mejor sustentada, jurídicamente hablando, fue la del Sr. Pinilla delegado de los empleadores del Perú. En su brillante participación destacó la importancia de la cuestión indígena, relegando el asunto de la forma a un plano secundario y rescató lo verdaderamente importante o el fondo de la discusión: la situación de las poblaciones autóctonas.⁴³ El Sr. Pinilla complementó su intervención con la contundente argumentación que a continuación transcribimos:

“Se ha hablado de asuntos de competencia. De una manera estrictamente legal, aquí se ha procedido casi a la inversa. En el campo del derecho se plantean excepciones de incompetencia, porque no solamente es antijurídico, sino poco elegante presumir la incompetencia. La competencia se presume, mientras que la incompetencia se demuestra. Y justamente quienes plantean en los casos de derecho excepciones de incompetencia son precisamente aquellos que consideran que su competencia, su esfera de competencia, ha sido invadida por un extraño. Pero lo extraño de este caso es que aquellos que deberían haberse sentido invadidos en su esfera de competencia no han presentado ninguna excepción de incompetencia, no han protestado, no han puesto en tela de juicio la competencia de la Organización Internacional del Trabajo. Y precisamente en este caso, en el supuesto de que exista incompetencia, deberían haberlo hecho son las otras agencias especializadas de las Naciones Unidas o los propios gobiernos. Pero es el caso que ni los propios gobiernos ni las agencias especializadas de las Naciones Unidas han planteado ninguna excepción de incompetencia.”⁴⁴

También nos parece trascendente señalar la postura de los representantes de los gobiernos de Brasil y México, el Sr. Barboza Carneiro y el Sr. Aguirre Molina, respectivamente. Ambos delegados apoyaron el proyecto de convenio aduciendo expresamente la compatibilidad del tratado en discusión con las respectivas políticas indigenista que sus gobiernos aplicaban a las poblaciones indígenas.⁴⁵

Dentro de las intervenciones en pro del convenio propuesto nos llama la atención la vehemente participación del Sr. Potekhin, consejero técnico gubernamental de la Unión Soviética. Lo relevante de la intervención del Sr. Potekhin es el discurso (casi indianista) que utilizó, muy similar al de las organizaciones indígenas que a la postre impugnarían y denunciarían este tratado:

“Al terminar este siglo, cuyo fin no está tan distante, habrán transcurrido 500 años desde el descubrimiento de América. En la tierra americana el hombre blanco llegó hace casi cinco siglos

y vino trayendo la bandera del progreso; puso su planta sobre la tierra americana como quien llevaba una civilización y una cultura muy elevadas. Pero ¿cuáles son los resultados hasta ahora después de varios siglos? En 1957 nos encontramos aquí reunidos en esta Conferencia para estudiar la cuestión de cómo vamos a resolver el problema del atraso social, económico y cultural de la población indígena de América. ¿Cómo ha podido ocurrir esto? ¿Cómo ha podido ocurrir que en el espacio de más de cuatro siglos no hayamos podido suprimir este problema, que tengamos todavía que examinarlo para resolverlo? ¿Cómo es posible que después de tanto tiempo los indígenas sigan en tales condiciones? Eso se explica porque la población indígena del continente americano fue exterminada por los ocupantes de aquel continente y los sobrevivientes fueron instalados en condiciones en que realmente era muy difícil desarrollarse.”⁴⁶

Por último, es pertinente mencionar que hubo delegados que prefirieron abstenerse, particularmente los de Nueva Zelanda y Canadá, porque alegaron que en sus países tenían un marco jurídico más avanzado y el pronunciarse a favor del convenio significaría dar un paso atrás. Con estas tres posiciones en la Conferencia, el proyecto de convenio se aprobó con 165 votos a favor, 14 en contra y 22 abstenciones.⁴⁷ La convención 107 de la OIT fue ratificada por el Estado mexicano en junio de 1959 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de julio de 1960.⁴⁸

El tratado 107 estuvo operando durante 29 años, fue hasta 1986 cuando se planteó la necesidad de someter dicho tratado a una revisión. Principalmente cuatro factores de orden general fueron determinantes para la revisión del convenio; el primero fue la denuncia que de éste hicieron las organizaciones indígenas en la ONU, más específicamente en el recién creado Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas;⁴⁹ el segundo consistió en el desfase mundial de las políticas paternalistas e integradoras, propias de un modelo económico que no correspondía al neoliberalismo; un tercer elemento a tomar en cuenta fue el giro intelectual que dio la cuestión indígena en la Antropología, junto con el avance y desarrollo de la teoría de los derechos humanos en las organizaciones internacionales. Por último, tenemos que mencionar el proceso descolonización como un factor importante, aunque con repercusiones contradictorias para los pueblos indígenas. Por un lado, contribuyó al desarrollo del derecho internacional de los pueblos y sepultó la supuesta superioridad cultural de las potencias occidentales; pero por otro, acarreó una serie de políticas (a veces extremas) de los nuevos Estados hacia los pueblos indios en aras de mantener la unidad nacional.⁵⁰

Un paso hacia la diversidad. El convenio 169 de la OIT

En noviembre de 1986 durante la 234ª reunión del Consejo de Administración se decidió que se trataría en la 75ª Conferencia de la OIT (en 1988) la Revisión parcial del Convenio número 107. Se elaboró un informe previo con la finalidad de que fuera la base para la posterior discusión en la Conferencia. Este documento

incluía un cuestionario sobre las posibles reformas que podía sufrir el convenio 107 y fue distribuido a todos los Estados miembros de la OIT para que lo respondieran y se fijaran así las principales líneas del nuevo convenio.⁵¹ Las respuestas que los Estados tenían que entregar a la OIT, debían hacerlo bajo previa consulta con las organizaciones de trabajadores y patrones más representativas, y sólo opcionalmente a los representantes y organizaciones indígenas. Desafortunadamente la consulta con los principales afectados o inmiscuidos, es decir, con los indios fue prácticamente nula, sólo Australia, Canadá, Finlandia y Suecia realizaron consultas con sus etnias.

Resulta interesante contrastar las respuestas de los gobiernos de los países miembros de la OIT con las políticas que en realidad aplicaban, especialmente la de México, ya que sus respuestas a la OIT pareciera tener una apertura total (o muy progresista), respecto a los derechos de los pueblos indígenas, cosa que sólo se quedaba en el discurso. Por ejemplo, en la pregunta número dos *¿Se considera que la orientación básica de un convenio revisado debería reflejar el respeto por las culturas y tradiciones de los pueblos indígenas y tribuales en cuestión y su derecho a ser consultados sobre decisiones que les afecten?* El gobierno mexicano respondió: “Sí; además del respeto por la autodeterminación política y económica dentro de sus comunidades”;⁵² autonomía que evidentemente no reconocía ni reconoce en la práctica a los pueblos indios mexicanos.

La revisión del convenio 107 se definió prácticamente desde la comisión encargada para tal efecto.⁵³ Muchos de los aspectos del proyecto de tratado tuvieron un acuerdo casi unánime como: el rechazo al espíritu integracionista del convenio 107 y la participación de los pueblos indígenas en cualquier decisión que los afecte.⁵⁴ De igual forma, los puntos controvertidos que originaron un fuerte debate fueron: la sustitución en la convención del término *poblaciones* por el de *pueblo*, así como la cuestión de los derechos territoriales de los pueblos indígenas.⁵⁵

En cuanto al primer punto controvertido, varios miembros gubernamentales (entre ellos los de Argentina, Venezuela, Canadá e India), manifestaron su preocupación por probables interpretaciones “erróneas” del término pueblo, ya que en el derecho internacional este concepto alude directamente al derecho de la autodeterminación. Según estos delegados junto con casi todo el sector empleador, el hablar de pueblos indígenas implicaría reconocer un Estado dentro de otro Estado y además fomentaría problemas de separatismo político al interior de los Estados nacionales miembros de la OIT. Otro sector de los delegados gubernamentales estaban decididos a apoyar el cambio, pero con la inclusión de una cláusula aclaratoria en la que se limitara el alcance de la categoría de pueblo. Por su parte los trabajadores y unos pocos representantes gubernamentales apoyaban sin reserva la nueva terminología propuesta.

En lo correspondiente a los derechos territoriales, la discusión se centró en la sustitución del término *tierras* por el de *territorio*. El primero es más limitado que el segundo, tierras se refiere a la ubicación geográfica de determinado grupo, en cam-

bio territorio implica un lugar más amplio donde están incluidas las tierras, es decir, el hábitat completo de los pueblos indígenas.⁵⁶ Esta discusión no era menor ya que dependiendo de la terminología se fijarían los derechos de los indios sobre los recursos naturales, bosques, selvas e incluso recursos del subsuelo.

Finalmente el proyecto del convenio logró superar la etapa de la comisión mediante un cabildeo, en donde tanto el sector empleador como el de los trabajadores (que defendía las propuestas de las organizaciones indígenas) tuvieron que ceder en sus posiciones originales. Ya en la Conferencia no hubo mayor discusión del proyecto entre los delegados gubernamentales, trabajadores y patronales, quedando aprobado el nuevo Convenio número 169 *Sobre Pueblos Indígenas y Tribales* en la trigésimo cuarta sesión de la septuagésima sexta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

El Convenio número 169 tiene diez partes más el preámbulo.⁵⁷ Los principales cambios los podemos encontrar en las dos primeras partes del convenio la de política general y la de tierras, en las siguientes disposiciones del convenio sólo se reafirman y en algunos casos se amplían las protecciones que se reconocían a los pueblos indios desde el Convenio 107. Ya desde el preámbulo se adelanta cual fue la idea en que se inspiró y sus principales diferencias con la convención antecesora (la número 107):

“Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevinidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia a la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y a fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;”⁵⁸

En la primera parte se destacan los avances más importantes del convenio. Uno de ellos consistió en el empleo del término pueblo, aunque en mismo documento se limitó el alcance de esta categoría. De este modo el artículo 1 del convenio nos dice:

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en los países independientes...

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o establecimiento de las fronteras estatales actuales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

...

3. La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.⁵⁹

Otro elemento importante a destacar de este mismo artículo es la introducción del criterio de autoidentificación para considerar a una persona indígena o tribal. Lo anterior, representó un notorio avance para lo indios, ya que muchos gobiernos utilizaban otro tipo de criterios para negar la existencia de pueblos indígenas o tribales al interior de sus Estados.

En los artículos 2, 5, 6, 7, 8 y 9 se reconocieron una serie de derechos que otorgan un régimen de autonomía limitada a los pueblos indígenas. Dicha autodeterminación se ilustra principalmente en las siguientes disposiciones:

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

...

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;⁶⁰

La segunda parte del convenio es la referente a las tierras y territorios. Como ya habíamos señalado antes, éste fue el otro punto que causó más debate en la Conferencia. Los delegados de los empleadores junto con algunos representantes gubernamentales alegaron que no era conveniente utilizar el término territorio, puesto que ocasionaría conflictos con muchas legislaciones nacionales, por su parte el resto representantes gubernamentales y el sector trabajador pugnaban porque se adoptara la palabra territorio, alegando que éste no tendría implicaciones para la soberanía nacional. Finalmente se decidió que se manejaría la expresión “territorios” pero acompañado de “tierras” para delimitar los alcances de las prerrogativas que pudieran invocar los pueblos indios.

Esta parte del convenio también representó una lucha importante, puesto que de los derechos territoriales que pudieran reconocerles a los indios dependía la posibilidad de asegurar una base para sus iniciativas económicas, sociales y culturales, es decir, su propia autogestión. El texto de los artículos 13, 14 y 15 nos resumen estos derechos:

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste

su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

...

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan...

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, afin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras...⁶¹

La aceptación de éste convenio por parte de las organizaciones indígenas se debe de sopesar de formas distintas. Por ejemplo las organizaciones indígenas que asistieron a la revisión de la convención 107, manifestaron casi con unanimidad su rechazo al proceso de revisión y al mismo nuevo tratado. La siguiente cita nos da cuenta del ánimo de esas organizaciones:

“No hemos venido aquí a ser observadores pasivos, mientras los diplomáticos, los dirigentes laborales y los empresarios deciden que van a hacer con nosotros. No hemos venido aquí para dar a sus deliberaciones nuestra aprobación tácita con nuestra presencia. Tampoco hemos venido para que la Organización Internacional del Trabajo pueda decirle al mundo que ha consultado a los pueblos indígenas durante la revisión del Convenio núm. 107. Porque, en realidad, no se nos ha consultado.

Lo que he observado aquí en los últimos días ha sido un despliegue vergonzoso de codicia, una justificación del genocidio y el intento de conseguir la aprobación internacional para mantener el proceso de opresión de los débiles por los fuertes y de los pobres por los ricos.”⁶²

A pesar del rechazo inicial del convenio 169, otras organizaciones indígenas sobre todo de países latinoamericanos recibieron con beneplácito la nueva convención de la OIT e incluyeron dentro de sus objetivos de lucha la ratificación de este tratado en sus respectivos Estados.

Las posiciones encontradas de las organizaciones indígenas respecto al convenio número 169, hay que entenderlas no como contradicciones, sino como la expresión de los que es la lucha indígena en el mundo: un motor de diferentes tiempos.

La mayoría de las organizaciones autóctonas con representación en ese momento en las OIT y en la ONU eran originarias de países desarrollados y con cierta tradición democrática en donde ya existía antes de la convención de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales un marco jurídico cercano o incluso superior al que proporcionó la nueva herramienta jurídica. En cambio, en los países latinoamericanos las realidades de los pueblos indios eran (y son) muy diferentes, los marcos jurídicos eran bastante desfavorables o simplemente eran inexistentes. Por eso para muchas de las organizaciones indias latinoamericanas el convenio representó un gran avance y una causa por la cual se debía de luchar.⁶³

IV. Reflexiones finales

En el presente trabajo hemos sostenido que las iniciativas jurídicas de organizaciones internacionales favorecieron decididamente a la emergencia indígena y la lucha por sus derechos, ya que presionaron a los Estados nacionales para que respetaran y observaran los derechos humanos de las etnias.⁶⁴ Además de que ayudaron a abrir un espacio para la discusión de los derechos indios, que la esfera de los Estados nacionales era inexistente y aun más impensable.

Un ejemplo claro es el que estudiamos a lo largo de este artículo. No obstante, hay que tener cuidado con la interpretación de este proceso y no dejarse llevar por “el canto de las sirenas”. No podemos ver la evolución de los derechos indígenas en la OIT como un camino en constante progreso. Hay que tener presente que las dos tendencias (la integracionista y la pluralista), en los cuerpos jurídicos de la OIT respondieron más que a la evolución de la “razón humana”, a las formas de concebir las políticas económicas del mundo. De ésta forma el integracionismo coincidía con el modelo de nacional populista o de desarrollo interno, mientras que el pluralismo es un paradigma que parece acomodarse al neoliberalismo.⁶⁵

Ahora bien, la relación globalización-derechos humanos-derechos indígenas no tiene sólo una dimensión. Por supuesto que no podemos reducir su complejidad al ámbito que hemos mencionado aquí. La nueva expansión capitalista y de la economía de mercado representan los más grandes peligros para la subsistencia cultural de los pueblos indígenas. La propia globalización de los derechos humanos tiene ángulos que parecen chocar con las reivindicaciones que defienden los movimientos indígenas.⁶⁶

Al tiempo que la globalización va creando desafíos para los pueblos indios, también van ofreciendo posibles respuestas a estos peligros. Esto nos confirma que este fenómeno no es sólo una simple imposición de los centros hegemónicos de poder, pues además conlleva un efecto localista que retroalimenta y determina a la globalización.⁶⁷

Notas

1. División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UMSNH. orlandoarande@yahoo.com.mx
2. En este trabajo emplearemos indistintamente los términos, indígena, indio y autóctono.
3. Norbert Rouland, Stéphane Pierré-Caps y Jaques Poumarede, *Derechos de minorías y de pueblos autóctonos*, México, Siglo XXI, 1999, p. 279.
4. El Estado mexicano fue el segundo miembro de la OIT en ratificar este instrumento jurídico, sólo de tras de Noruega que lo hizo en junio del mismo año. En efecto, el gobierno mexicano ratificó el convenio 169 el 5 de septiembre de 1990, pero adquirió formalmente el carácter de ley interna hasta que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de Enero de 1991, una vez que fue aprobado por el Senado de la República. Para ver documentos originales sobre la ratificación de México del Convenio número 169 de la OIT Véase: Organización Internacional del Trabajo e Instituto Nacional Indigenista, *Organización Internacional del Trabajo, convenio 169. X aniversario de su vigencia en México*, México, Instituto Nacional Indigenista, 2001.
5. Orlando Aragón Andrade, *Indigenismo, Movimientos y Derechos Indígenas en México*, México, Instituto de Investigaciones Históricas / División de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UMSNH, 2007, en prensa.
6. Para conocer más sobre los efectos de la globalización en los movimientos indígenas véase: Idem.
7. César Landa, "La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana", en: Ricardo Méndez Silva (Coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Asociación Argentina de Derechos Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Fundación de Derecho Publico de Venezuela, Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Hispamer de Nicaragua, Universidad Central de Chile, Universidad Externado de Colombia, Universidad de Lima, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 319.
8. La constitución de la OIT o ILO (sus iniciales en inglés) fue redactada entre los meses de enero y abril de 1919 por la una comisión integrada por representantes de Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Polonia y Reino Unido. Otro momento importante para la OIT fue en 1944 con la adopción de la Carta de Filadelfia que significó prácticamente su refundación, este documento no sólo actualizó a la OIT, sino que sirvió de precedente para otras declaraciones como la de los Derechos Humanos de 1948. Para conocer más sobre la historia de la OIT véase: Modesto Seara Vázquez, *Tratado general de la organización internacional del trabajo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
9. Para conocer más sobre la estructura de la OIT, véase: Organización Internacional del Trabajo, *La OIT y el mundo del trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1984, pp. 10-12.
10. Como parte integrante del sistema de la ONU, en la OIT los convenios también tienen un carácter vinculante, mientras que las recomendaciones sólo son guías de orientación sobre la aplicación de un convenio pero su observación no es obligatoria. José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, *La opinión consultiva de la corte de Guatemala sobre la constitucionalidad del convenio 169 de la OIT*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Corte de Constitucionalidad Republica de Guatemala, 1998, p. 16.
11. Desde la segunda década del siglo XX el Derecho Social (rama a la que pertenece el Derecho del Trabajo) flexibilizó la idea de la igualdad jurídica, puesto que observó que en las relaciones laborales la igualdad jurídica no era operante, ya que de hecho existía una relación desigual entre el patrón y los trabajadores (basada sobre todo en una desigualdad económica). Sin embargo, lo

relevante fue que la OIT fue más allá de las consideraciones económicas para proteger a los trabajadores indios con un marco jurídico “especial”, también tomó en cuenta algunos aspectos que incidían en la cultura y en la existencia misma de las poblaciones indígenas, como preservar la integridad de su familia y comunidad.

12. Artículo 2° del Convenio número 50 Sobre el Reclutamiento de los Trabajadores Indígenas, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1936, Fuente: Página Web de la Organización Internacional del Trabajo <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm> Fecha de consulta: 1 de julio de 2004.
13. Véase Idem. Al Convenio número 50 lo complementó la Resolución número 46 Sobre la Eliminación del Reclutamiento.
14. Véase: Convenio número 64 Sobre los Contratos de Trabajo, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1939. Fuente: Página Web de la Organización Internacional del Trabajo <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm> Fecha de consulta: 2 de julio de 2004. Sobre este tratado se emitieron dos recomendaciones: la Recomendación número 58 Sobre los Contratos de Trabajo y la Recomendación número 59 Sobre la Inspección del Trabajo.
15. Estos tratados fueron: el Convenio 104 Sobre la Confirmación de la Abolición de Sanciones Penales a Trabajadores Indígenas por Incumplimiento de Trabajo (1955), el Convenio 110 Sobre Plantaciones (1958), el Convenio 111 Sobre la Discriminación en el Empleo y Ocupación (1958), el Convenio 122 Sobre la Política de Empleo (1964) y el Convenio 141 Sobre la Organización de los Trabajadores Rurales (1975). Jorge Alberto González Galván, “El reconocimiento del derecho indígena en el convenio 169 de la OIT”, en: José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (Coord.), *Análisis interdisciplinario del convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000, pp. 83-84.
16. El resto de los países integrantes fueron: Canadá, Estados Unidos, Filipinas, India, Nueva Zelanda, Birmania y Pakistán.
17. Véase: Oficina Internacional del Trabajo, *Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas en los países independientes*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1955.
18. Que consistían en las contradicciones o falta de confiabilidad de los datos que los propios gobiernos mandaron a la OIT. *Ibidem.*, p. 3.
19. Poblaciones indígenas, op. cit., págs. 25-26. Citado por: *Ibidem.*, pp. 56-57.
20. No existe un criterio muy claro que nos marque claramente la distinción entre lo “indígena” y lo “tribal”. Sin embargo, la idea a que comúnmente se recurre es que el primero tiene una descendencia de un grupo claramente anterior a una colonización; así por ejemplo: los pueblos autóctonos americanos y australianos son considerados indígenas. Por el contrario, en los pueblos considerados tribales no se cuenta con una “anterioridad” o “antigüedad” (por lo menos no tan claramente), se trata de pueblos que tienen la misma o menos antigüedad que los grupos dominantes de sus Estados nacionales, pero que mantienen sus propios sistemas culturales y sociales. Este es el caso de muchos de los pueblos de Asia y África. Organización Internacional del Trabajo, *Los pueblos indígenas y tribales y la OIT*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, p. 3.
21. Convenio número 107 Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1957, Fuente: Página Web de la Organización Internacional del Trabajo <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm> Fecha de consulta: 1 de julio de 2004. En adelante para citar este convenio pondremos el número del artículo e Idem. para indicar que se trata del mismo cuerpo jurídico.
22. Artículo 1, Idem.
23. Artículo 2, Idem.

24. Artículo 4, Idem.
25. Artículo 11, Idem.
26. Artículo 12, Idem..
27. Idem.
28. Artículo 15, Idem.
29. Idem.
30. Artículo 16, Idem.
31. Artículo 17, Idem.
32. Artículo 18, Idem.
33. Artículos 19 y 20, Idem.
34. Artículo 21, Idem.
35. Artículo 23, Idem.
36. Idem.
37. Idem.
38. Conferencia Internacional del Trabajo, Actas de la cuadragésima reunión 1957, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1958, p. 400.
39. Idem.
40. Idem.
41. Ibidem., p. 401.
42. Idem.
43. Ibidem., p. 402.
44. Idem.
45. Véase: Ibidem., pp. 404 y 412.
46. Ibidem., p. 407.
47. Ibidem., p. 415.
48. Jorge Alberto González Galván, "El reconocimiento... Op. Cit., p. 84.
49. Conferencia Internacional del Trabajo, Actas de la septuagésima sexta reunión 1989, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, p. 25/1.
50. Es el caso de los autóctonos de África: los tuareg, masai, pigmeos y san. Estos pueblos han sido perseguidos por los propios Estados africanos, quienes en el mejor de los casos los obligan a sedentarizarse (ya que lo consideran necesario para el desarrollo de sus países) y en el peor los reprimen violentamente y encierran en cárceles. Norbert Rouland, Stéphane Pierré-Caps y Jaques Poumarede, Op. Cit., p. 5.
51. Véase: Conferencia Internacional del Trabajo, Revisión parcial del convenio sobre poblaciones indígenas y tribales 1957(núm. 107), Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1988, p. 115.
52. Ibidem., p. 8.
53. Para conocer el procedimiento para la elaboración del un convenio de la OIT véase: Magdalena Gómez, Derechos Indígenas. Lectura Comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, México, Instituto Nacional Indigenista, 1995, pp. 16-17.
54. Conferencia Internacional del Trabajo, Actas de la septuagésima sexta... Op. Cit., pp. 25/1- 25/28.
55. Idem.
56. Magdalena Gómez, Op. Cit., p. 79.
57. En esta investigación no haremos a un estudio jurídico detallado del Convenio número 169, en realidad nos importa principalmente señalar cuales fueron los avances y la evolución en relación al Convenio número 107. Sin embargo, si se requiere de un análisis artículo por artículo del Convenio Véase: Magdalena Gómez, Op. Cit. Organización Internacional del Trabajo, Convenio Número

- 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Un manual. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2003. Organización Internacional del Trabajo y Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático, Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la Aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1996. José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (Coord.), Análisis interdisciplinario del convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000.
58. Convenio número 169 Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989, Fuente: Página Web de la Organización Internacional del Trabajo <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convidisp1.htm> Fecha de consulta: 01/07/2004. En adelante para citar este convenio pondremos el número del artículo e Idem. para indicar que se trata del mismo cuerpo jurídico.
59. Artículo 1, Idem.
60. Artículos 5-6, Idem.
61. Artículos 13-15, Idem.
62. Conferencia Internacional del Trabajo, Actas de la septuagésima sexta... Op. Cit., p. 6/31.
63. Por ejemplo, en el Cuarto Encuentro del Parlamento Indígena de América realizado en Guatemala (1990) se resolvió pedir a los gobiernos de los diferentes países de América la ratificación del Convenio 169. José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, Op. Cit., pp. 40-41. De igual forma en la Comisión de Derechos humanos y Derechos indios de la Campaña Continental 500 años de Resistencia Indígena, Negra y Popular, se acordó exigir a los Estados Unidos la ratificación del convenio 169. Sergio Sarmiento Silva (Coord.), Voces indias y V centenario, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1998, p. 255.
64. El lector interesado puede consultar el caso concreto de los indígenas huicholes en: Orlando Aragón Andrade y Maribel Rosas García, "En defensa del territorio sagrado del venado azul. Las nuevas estrategias de los huicholes para defender sus derechos territoriales", en: Ciencia Nicolaita, México, Núm. 44, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, en prensa.
65. Slavoj Zizek, "Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional", en: Fredric Jameson y Slavoj Zizek, Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo, Argentina, Paidós, 1998, pp. 137-188.
66. Véase: Orlando Aragón Andrade, "Indianismo y derechos humanos ¿dos estrategias discursivas en contradicción?", en: Ciencia Nicolaita, México, Núm. 41, agosto de 2005, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 13-22 pp.
67. Ulrich Beck, ¿Qué es la globalización?, Barcelona, Paidós, 2001, p. 75.

Fuentes consultadas

Archivo

- Centro de Información y Documentación de la Organización Internacional del Trabajo
Conferencia Internacional del Trabajo, *Actas de la cuadragésima reunión 1957*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1958.
Conferencia Internacional del Trabajo, *Actas de la septuagésima sexta reunión 1989*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1990.

Conferencia Internacional del Trabajo, *Revisión parcial del convenio sobre poblaciones indígenas y tribales 1957*(núm. 107), Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1988.

Leyes

Convenio número 29 Sobre el trabajo forzado, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1930.

Fuente: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm> Fecha de consulta: 1 de junio de 2004.

Convenio número 50 Sobre el reclutamiento de los trabajadores indígenas, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1936. Fuente: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm> Fecha de consulta: 1 de junio de 2004.

Convenio número 64 Sobre los contratos de trabajo, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1939.

Fuente: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm> Fecha de consulta: 2 de julio de 2004.

Convenio número 107 Relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1957. Fuente: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm> Fecha de consulta: 1 de julio de 2004.

Convenio número 169 Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989, Fuente: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm> Fecha de consulta: 1 de julio de 2004.

Libros

ANAYA, James, *Indigenous peoples in international law*, New York, Oxford University Press, 1996.

ARAGÓN ANDRADE, Orlando, *Indigenismo, Movimientos y Derechos Indígenas en México*, México, Instituto de Investigaciones Históricas / División de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UMNH, 2007, en prensa.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “Relación entre el derechos internacional y derecho interno: el desafío de la aplicación de los convenios de Ginebra”, en: Susana Fraidenraj y Ricardo Méndez Silva, *Elementos de derecho humanitario*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.

BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 2001.

GÓMEZ, Magdalena, *Derechos Indígenas. Lectura Comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1995.

GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, “El reconocimiento del derecho indígena en el convenio 169 de la OIT”, en: José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (Coord.), *Análisis interdisciplinario del convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000.

LANDA, César, “La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana”, en: Ricardo Méndez Silva (Coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Asociación Argentina de Derechos Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Fundación de Derecho Publico de Venezuela, Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Hispamer de Nicaragua, Universidad Central de Chile, Universidad Externado de Colombia, Universidad de Lima, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

LÓPEZ BARCHENAS, Francisco, *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Su validez y problemas de aplicación en nuestro país*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1996.

- MACKAY, Fergus, *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional*, Lima, Asociación Pro Derechos Humanos, Federación Internacional de Derechos Humanos, Amazon Alliance, Centro Nacional de Cooperación al Desarrollo de Bélgica y Oxfam América, 1999.
- Oficina Internacional del Trabajo, *Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas en los países independientes*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1955.
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (Coord.), *Análisis interdisciplinario del convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000.
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando, *La opinión consultiva de la corte de Guatemala sobre la constitucionalidad del convenio 169 de la OIT*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Corte de Constitucionalidad Republica de Guatemala, 1998.
- Organización Internacional del Trabajo e Instituto Nacional Indigenista, *Organización Internacional del Trabajo, convenio 169. X aniversario de su vigencia en México*, México, Instituto Nacional Indigenista, 2001.
- Organización Internacional del Trabajo y Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático, *Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la Aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1996.
- Organización Internacional del Trabajo, *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Un manual*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2003.
- Organización Internacional del Trabajo, *La OIT y el mundo del trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1984.
- ROULAND, Norbert, Stéphane PIERRÉ-CAPS y Jaques POUMAREDE, *Derechos de minorías y de pueblos autóctonos*, México, Siglo XXI, 1999.
- SARMIENTO SILVA, Sergio (Coord.), *Voces indias y V centenario*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1998.
- SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Tratado general de la organización internacional del trabajo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- STAVEHAGEN, Rodolfo, “El marco internacional del derecho indígena”, en: Magdalena Gómez (Coord.), *Derecho indígena*, México, Instituto Nacional Indigenista, Asociación Mexicana para las Naciones Unidas A. C., 1997.
- ZIZEK, Slavoj “Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional”, en: Jameson, Fredric y Slavoj Zizek, *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Argentina, Paidós, 1998.

Revistas

- ARAGÓN ANDRADE, Orlando y Maribel ROSAS GARCÍA, “En defensa del territorio sagrado del venado azul. Las nuevas estrategias de los huicholes para defender sus derechos territoriales”, en: *Ciencia Nicolaita*, México, Núm. 44, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, en prensa.
- ARAGÓN ANDRADE, Orlando, “Indianismo y derechos humanos ¿dos estrategias discursivas en contradicción?”, en: *Ciencia Nicolaita*, México, Núm. 41, agosto de 2005, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, “El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre derechos de los pueblos indígenas y las obligaciones de México con su ratificación”, en: *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie Año XXXII, núm. 96 Septiembre-Diciembre, 1999, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

LA DEMOCRACIA ELECTRÓNICA EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: LAS NUEVAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Lucía Villalón Alejo¹

Teresa Da Cunha Lopes²

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UMSNH

El desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación (TC) ha incidido en los distintos ámbitos de la sociedad y de la cultura. Durante la última década, se han realizado nuevas formas de participación política ciudadana y diversas manifestaciones sociales en las redes de información y comunicación interactiva. Por sus consecuencias políticas y sus implicaciones teóricas, esos modos de participación y de manifestación constituyen uno de los especiales problemas culturales y políticos ya presentes. Los filósofos de la cultura y los críticos de la sociedad se enfrentan no a un futuro cercano, sino a una actualidad en ciertos países post industriales con sus propias particularidades. El impulso dado y la confianza puesta en el desarrollo de las nuevas formas de participación en las sociedades democráticas se sitúan en la denominada “democracia electrónica”.

En el presente artículo nos proponemos realizar una descripción general del concepto, tipos y posicionamiento de la democracia electrónica (Hoff, Horrocks y Tops, 2000; Hagen, 2000) (Parte I). En forma sucinta explicamos cómo las tecnologías electrónicas y los nuevos espacios de intervención política en los asuntos públicos e internacionales cambian las formas de intercomunicación (Parte II). Exponemos algunas reflexiones y críticas frecuentes de las cuestiones teóricas y prácticas en torno a la llamada *democracia electrónica a distancia* o *teledemocracia* (Roszac, 1986; Rifkin, 1996; Virilio 1997, 1998; Sartori ,1997; Maldonado, 1997) (Parte III). Previo a la conclusión, realizamos algunas consideraciones finales, entre las que destacan el planteamiento de tres tareas críticas que pueden abordarse desde la filosofía de la cultura para la comprensión de los fenómenos inherentes a la democracia electrónica (IV).

Introducción

En la sociedad de la información, se parte de la consideración que la democracia representativa en cuanto forma de gobierno, ha dejado de ser el instituto de la representación ciudadana. Señalan como causas a la intersección de los fenómenos por el declive de las instituciones tradicionales de la democracia, la crisis de representación, la mediatización de la política, el descrédito de los partidos políticos y de

los proyectos colectivos, entre otras. De manera que la expresión “democracia representativa” se sustituye por la construcción de una gran cantidad de alocuciones –que se detallan más adelante–, cuya característica esencial de una forma de gobierno, es la prioridad de algún aspecto ligado a la massmediatización de la política. Este fenómeno ha sido descrito en general, como la adecuación de la política –en tiempos, espacios, escenarios, lenguaje, etc.– a la lógica de los medios de comunicación –con sus particularidades tecnocomunicativas, formas de organización productiva, tipo de mensajes, etc.–. En la massmediatización, la televisión es el medio privilegiado de análisis que incluye a otros medios masivos (radio, prensa) y por supuesto, últimamente a las comunicaciones mediadas por computadora (CMC) vía Internet.

La atención centrada hacia el problema de los medios de comunicación se refleja en el surgimiento de dos órdenes o versiones en la denominación. Por una parte, se han acuñado denominaciones que intentan representar un estado de la democracia en el que predomina la adecuación de la política a la lógica de los medios masivos, que reduce el contenido político a imágenes e informaciones superficiales para un público disperso y pasivo; se trata de la “democracia mediática”, “democracia de audiencias”, “democracia de públicos”, “democracia sin público”, “democracia espectáculo”, “videocracia”, “democracia televisiva”. Por otra parte, han surgido conceptos que se refieren al uso de las tecnologías para superar la representación y ejercer una participación directa en la toma de decisiones a través de la emisión de una opinión o la elección de una alternativa mediante el voto electrónico u otras formas interactivas: “tecnopolítica”, la política vía satélite o “teledemocracia” (el más usado y extendido), “ciberdemocracia”, “democracia electrónica”, entre otros.

En las discursos democráticos de estas nuevas designaciones se sobrevalúa la variedad, utilización y el poder de los instrumentos electrónicos o digitales, televisión, la radio, los periódicos e Internet, y se presentan como sustitutos, alternativas o contribución a las transformaciones negativas de dicha forma de gobierno, donde el concepto y contenido de la democracia es uno de esos “lugares comunes que se discuten cada vez menos”. Por lo cual la atención se ha apuntado a los calificativos que se le agregan, ligados a la comunicación y a las nuevas TIC, en neologismos y a ciertas expresiones metafóricas, pero sin la discusión obligada acerca de las condiciones económicas y sociales que hacen posible a los individuos ejercer de manera efectiva los derechos que la democracia asegura desde el punto de vista formal. A fin de mostrar los tipos y sus implicaciones, en esta comunicación lo desarrollamos brevemente en tres apartados puntualizados en el resumen.

I. La democracia electrónica³

La democracia ha tenido varios significados para diversos autores, en distinto momentos. Durante el último siglo con el avance de la democracia, la academia ha

alcanzado un consenso básico acerca de sus elementos esenciales. Robert Dahl proporciona cinco criterios ampliamente aceptados en la actualidad por su validez sincrónica y diacrónica y por su fácil transformación a variables mensurables: (1) la participación efectiva; (2) la igualdad política; (3) el entendimiento ilustrado; (4) el control de la agenda por parte de los ciudadanos; y (5) la inclusión o la garantía de una igualdad básica en las facilidades. (Dahl, 1989).

La “democracia electrónica”, en una acepción concreta e integral, es aquel sistema político que, cumpliendo con las cinco condiciones antes enumeradas, se basa férreamente en la utilización de las redes digitales para llevar a cabo sus funciones esenciales, tales como la articulación de intereses, los procesos de toma de decisiones y el intercambio de información entre actores.⁴ Es decir, la posibilidad de los ciudadanos de sufragar permanentemente las grandes decisiones políticas.⁵

En una noción genérica y amplia, la democracia electrónica, es la proyección de las TIC a los procesos de participación política de las sociedades democráticas, cuyos elementos constitutivos comprenden tres exigencias básicas: a) Metodológica. Radica en la aplicación de las TIC en su amplio significado, concebido en sus diversas manifestaciones: Televisión, video, informática, telemática, Internet y demás. b) Objeto. Se dirige a los procesos de participación política de los ciudadanos. Y, c) Contexto. Su aplicación es siempre por Estados de derecho; solo es desplegable en las sociedades democráticas.⁶

Así, los estudios y experiencias sobre esta materia se han multiplicado en las sociedades postindustriales como Francia, Canadá, Suiza, Estados Unidos y Alemania, donde hay condiciones concretas: redes de telecomunicaciones. En ellas, un gran número de sus ciudadanos disponen de los medios tecnológicos para votar por proyectos públicos diversos, informarse sobre la política gubernamental local, interrogar y enfrentar a sus representantes; lo cual permite reflexionar sobre cuestiones jurídicas y políticas de las nuevas modalidades de participación democrática.⁷

*1. Tipos de democracia electrónica.*⁸

En las ideas básicas del concepto de “democracia electrónica” y las grandes líneas de un marco conceptual que se ha configurado con intensidad desde principios de la década de los noventas, se describen las teorías que buscan explicar las distintas formas y consecuencias de la democracia electrónica. En la sistematización de los modelos, consideran componentes básicos que sirven como elementos de clasificación. Existen varias tipologías establecidas según los efectos teóricos de la tecnología sobre dichas variables y las distintas concepciones o tipos de democracia a que dan lugar. Las que consideran a las tecnologías como un complemento para la deliberación en el marco de la democracia representativa;⁹ y, las que se suponen como reemplazo de la instancia de representación para dar lugar a una democracia directa.¹⁰

Enseguida nos ocupamos de dos grandes tipologías establecidas (Hoff, Horrocks y Tops, 2000) y propuestas (Martín Hagen, 2000). Ambas basan en dimensiones diferentes del proceso democrático, cuyos puntos importantes y en común de las diferentes piezas de un marco teórico general, son las relaciones de democracia y el desarrollo tecnológico. Así, se destacan los principales efectos que la tecnología tiene en la forma de entender la democracia y la política.

1.1. Elementos básicos

Seis son los elementos nucleares de las clasificaciones y tipologías de democracia: 1) el grado de soberanía popular efectiva (Martín Hagen);¹¹ 2) la visión sobre la ciudadanía (David McPherson 1982; Held 1996);¹² 3) el principio democrático fundamental: si es directa o indirecta (Held 1996);¹³ 4) las dimensiones de participación;¹⁴ 5) los procedimientos políticos;¹⁵ y, 6) la noción de tecnología.¹⁶ También se considera como variable o criterio el nexo político, y el intermediario político principal.¹⁷

Cada modelo tiene su propia concepción sobre la democracia y la ciudadanía. Dependiendo de estas asunciones, se derivan un conjunto de normas de procedimiento. Por tanto, cada uno propugna un uso o aplicación, impacto o asimilación de las TIC, en función de su propia concepción acerca de la naturaleza de la información y de la relevancia de ésta en el procedimiento y en el sistema democrático particular.

1.2. Primeros modelos

En la sociedad de la información se presentan cuatro modelos¹⁸ sobresalientes de democracia que en forma general se ha denominado *democracia electrónica*: a) la democracia de consumidores; b) la demo-elitista; c) la neo-republicana; y, d) la ciberdemocracia (cyberdemocracia).

Los propios sistematizadores, advierten que tales modelos no son construcciones ideales, sino marcos coherentes derivados de las diferentes visiones y perspectivas sobre la democracia que impulsan, cuyo diseño capturan cuatro estrategias en competencia al momento de implantar las nuevas TIC en los sistemas democráticos, así como a las prácticas y discursos contemporáneos sobre la democracia desde una preocupación normativa por sus amenazas, retos oportunidades y posibilidades.

El encuentro de estos criterios se sitúan en un continuo en el que la “democracia de consumidores”, representaría el modelo más respetuoso con las reglas, normas e institucionalidad de las actuales democracias parlamentarias representativas, mientras que el modelo de la “ciberdemocracia” es el que representa una mayor voluntad de reforma radical de los sistemas políticos actuales y su sustitución por otros tipos de nuevas democracias, en que el uso de las TIC tendría un papel fundamental en su construcción.

A continuación se expone en forma sucinta el contenido y significado de cada modelo.¹⁹

a) *La democracia de consumidores.* Propugna una aceptación acrítica de la institucionalidad de las democracias. Su discurso está inspirado en las visiones de autores como Schumpeter sobre el enfoque de la elección pública y la elección racional. Resalta la función de la información en la formación de la capacidad de los ciudadanos para escoger entre una amplia variedad de servicios públicos. Las dos características principales son: 1) la valoración del voto y las elecciones como el elemento más importante de la vida política; 2) el rol dominante que desempeña la burocracia en el funcionamiento de las democracias contemporáneas. En consecuencia, el acceso a más y mejor información es una meta-principio que refuerza el poder y promueve aquellos principios que, como la elección, el acceso o la “voz”, son especialmente enfatizados por este modelo. El beneficio radica en su capacidad para aumentar las oportunidades y la calidad de la elección de los ciudadanos entre servicios públicos alternativos.

Los defensores de este modelo justifican la mayor capacidad que conferiría a los ciudadanos para protegerse de la burocracia. Con mayor información, los ciudadanos pueden darse cuenta de la corrupción o la ineficiencia gubernamental y, por tanto, a través de su elección entre servicios alternativos, promover aquellos de mayor calidad. El principal nexo entre la sociedad civil y la política es el consumo de información por parte de la ciudadanía.

De ahí que los procedimientos fundamentales son los que se dirigen a optimizar el intercambio de flujos de información que permiten a los ciudadanos procesar mejor la información, por ende, convertirse en clientes más discriminadores, poderosos y competentes. Esto se logra a través del refuerzo de los derechos ciudadanos en el mercado y del desarrollo de sus capacidades en orientadas al mismo. De esta manera, aspira a trasladar el énfasis desde el nexo político basado en la representación (parlamentos, elecciones), en los *outputs* del sistema político, es decir, en las respuestas en forma de políticas públicas del sistema político frente a las demandas de la ciudadanía. Establece como norma procedimental fundamental, el principio de que la ciudadanía debe recibir flujos de información relevantes para convertirse en clientes del gobierno más exigentes y cualificados.

En suma: el uso de las TIC debe estar encaminado a lograr que los usuarios de los servicios públicos sean más activos y selectivos; en definitiva, más exigentes. Desde la perspectiva gubernamental, el uso de la TIC debe dirigirse hacia la creación de canales de comunicación que hagan posible que las preferencias de los ciudadanos se transmitan de modo fiable y con rapidez hacia las instancias de decisión, para de estar en condiciones de satisfacer eficazmente sus demandas.

b) *La democracia demo-elitista o neocorporatista.* Emanada del pensamiento social-demócrata, afirma que en los modernos estados del bienestar la población está más interesada en los derechos socio económicos, que en las reivindicaciones de mayor participación o de profundización en las libertades civiles. Al igual que el modelo de consumidores, considera a la opinión pública como generador de agendas políticas efectivas y le otorga un papel más de control y legitimación de la acción de gobierno que de conducción política. Sin embargo, se distingue en su principal preocupación: los beneficios sociales y la prosperidad económica común. Por lo que el principal objeto de la implantación de las nuevas tecnologías debería ser, lograr una mayor igualdad en la distribución de los beneficios sociales y económicos. El principio democrático para esta perspectiva, es la eficacia, entendida como el logro por parte de la acción de gobierno de los beneficios sociales máximos con una visión demo-elitista de la ciudadanía pluralista. Es decir, no homogeneizada en su vertiente de consumidores de servicios, puesto que la cultura, el nivel de renta, el carácter e incluso, la educación y la salud, forjan una sociedad plural compuesta por una amplia variedad de preferencias en cuanto a estilos de vida y valores sociales.

El demoelitismo otorga un papel central a los expertos en tanto actores que ayudan a armonizar las demandas entre intereses en competición. Las elites son claves en la satisfacción de las necesidades colectivas en cuanto determinan el orden de prioridad de la asignación. Una de las técnicas para lograr la armonización y representación de los intereses, consiste en mecanismos de representación corporativa, cuya institucionalización junto con los procesos y mecanismos de la democracia representativa, son los pilares sobre los que se asienta la gobernabilidad de las modernas democracias. Por lo que las nuevas tecnologías son un instrumento, pero corren el riesgo de ser utilizado y quedar a merced de la elite o de los medios de comunicación masivos en detrimento de la ciudadanía. Las tecnologías deben utilizarse para las medidas dirigidas a la mejora de la calidad de la representación de los mecanismos electorales; descentralización y deslocalización de los lugares de emisión del sufragio, uso de Internet en las campañas electorales, conversaciones interactivas en línea entre representantes y votantes, foros y debates electrónicos; para la creación de redes ciudadanas que ayuden a crear el consenso necesario y la articulación adecuada de los intereses ciudadanos; y, para dialogar y presionar a las elites. Es por tanto, la creación de grupos de interés y de presión la principal forma de participación política mediante negociaciones institucionalizadas facilitadas en forma abiertas y flexibles por las elites a entrar en contacto y a tener en cuenta dicha articulación de intereses. Igualmente, es vital el intercambio de flujos horizontales de información entre ciudadanos y organizaciones de ciudadanos (necesarios para generar consen-

sos), entre las elites del gobierno y la burocracia y entre las elites internas y externas al país (para genera eficacia). Asimismo, el intercambio de información también debe ser vertical, principalmente entre las elites y las diferentes redes ciudadanas que se vayan formando (factor de legitimidad).

Este modelo está más a favor de políticas que facilitan la asimilación de las nuevas tecnologías por las organizaciones civiles y los propios ciudadanos. Considera el acceso universal como una política clave en el desarrollo por encima incluso, del desarrollo de tecnologías más avanzadas, ya que preferentemente se valorará un acceso igual para todos los ciudadanos.

- c) *La democracia neo-republicana*. De origen social-democrático y republicana, propugna por el enriquecimiento y fortalecimiento de las asociaciones de la sociedad civil, pero el acento se pone en la calidad de la participación y el compromiso, especialmente en los niveles micropolíticos y locales. Su base está en una concepción activa de la ciudadanía que tiene sus antecedentes en tres tradiciones de la teoría política: 1) la corriente comunitaria, de la cual toma la idea de que hay valores comunes y compartidos en la comunidad provenientes de tradiciones compartidas con otros miembros de la sociedad civil; 2) del pensamiento aristotélico, por la defensa de la vida activa y participativa de los individuos en los asuntos de la polis; y, 3) el humanismo marxista y la izquierda radical, para proponer el reestablecimiento de una sociedad civil autónoma que se convierta en un elemento intensamente subversivo para el Estado moderno, al desafiar su dominio de la política, la economía y la cultura. A partir de su conformación ecléctica, el neorrepblicanismo, reconoce a la ciudadanía como un elemento vital para el funcionamiento democrático, por su labor de control y sobretodo, por su participación en el proceso político. Para los cual es necesario que, más allá de ciudadanos comprometidos con la comunidad, se trate de ciudadanos que vivan bajo unas condiciones básicas de igualdad. Asimismo, la construcción de la ciudadanía activa, implica una fuerte participación e inclusión en la política. De tal forma que concibe a la política como una actividad compartida que lleva a la gente a superar el individualismo del mercado para lograr trabajar, a partir de sus conflictos, a la búsqueda del bienestar social.

A diferencia del modelo demo-elitista, el valor democrático fundamental es la deliberación, pues través de esta el ciudadano ejerce toda su influencia en el funcionamiento de la democracia, en consecuencia, lo realmente importante es el carácter de las deliberaciones y el cómo las nuevas tecnologías pueden ayudar a las mismas. Por ello remarca la importancia de los medios de comunicación y de la esfera pública; los primeros actuarán como freno a los excesos del poder; los segundos, como foro cívico de donde surgen las ideas y los principios emanados de la sociedad civil. Los medios también tienen la función de recoger estas ideas y principios, comunicarlos al poder político, ejerciendo pues la función

de nexos entre sociedad y política. De este modo, las principales formas de participación política es a través de asociaciones, foros y en general, todos aquellos espacios que promuevan el debate público abierto y racional. Los procedimientos de estos propósitos deben guiarse por el desarrollo de identidades colectivas y un sistema político capaz de adaptarse a las mismas y a los procesos deliberativos. Dadas estas características, resultará central la actuación de los medios de comunicación en la red, la diversidad de fuentes de información a disposición de los individuos y la capacidad de éstos para acceder en igualdad de condiciones a las nuevas TIC.

Sobre el uso y rol de las TIC, el discurso neorrepublicano expresa la esperanza de que pueden servir para construir una réplica electrónica del *Ágora* ateniense o de las *town meetings* norteamericanas. Aspira a que su uso sirva para la creación de una esfera pública virtual, mediada por redes telemáticas, en la que se exprese la ciudadanía activa.

d) *La ciberdemocracia*. Está en formación y por lo mismo, sujeto a modificaciones.

Inserta en una concepción comunitarista y radical de la ciudadanía, concibe a los ciudadanos tanto actores como espectadores del juego democrático. Intelectualmente, el modelo obtiene sus argumentos de debate sobre la posmodernidad: el punto de partida es la constatación de la importancia fundamental de la categoría de la identidad como eje articulador de las dinámicas políticas y sociales de las sociedades avanzadas. Las TIC debido al potencial de comunicación que posibilitan, dan lugar a un ciberespacio en el que las distintas comunidades virtuales pueden crear y recrear sus identidades con total libertad sin estar sujetas a categorías impuestas. La emergencia de redes virtuales telemáticas autónomas y auto referenciadas son importantes en la pluralización de la sociedad posmoderna, en la reconstrucción de la política desde bases de respeto, en lugar de los actuales patrones de tolerancia. En esta visión, las cibercomunidades pueden desafiar profundamente a la política de antaño que ofrecía una falsa seguridad y una frágil cohesión, a base de marginar e invisibilizar a los otros, a los diferentes.

La aceptación de la diversidad será el principio básico para que a partir del reconocimiento mutuo, los ciudadanos puedan participar de forma efectiva en las tareas de gobierno. Conciente de los límites que tiene la diversidad a fin de evitar la extrema fragmentación cultural y de los valores políticos, desea que la discusión y la interrelación virtual fomente el intercambio de pareceres que conduce al reconocimiento mutuo necesario para el surgimiento del sentido de comunidad; esto es, de capacidades técnicas y del sentido de pertenencia a una comunidad plural de identidades múltiples (los *town meetings* simbolizan la concepción comunitaria). El nexo político entre estado y sociedad será la creación de las comunidades y redes electrónicas, la cual funcionará a modo de foros y asambleas públicas abiertas a todo el mundo y pautadas por procedimientos de deliberación que aseguren que el mejor argumento es el

que gana. Las decisiones gestadas tendrán una traducción efectiva en accesiones públicas que contarán con el consentimiento de la sociedad civil. Bajo esta dimensión de la ciberdemocracia, la asimilación de las nuevas tecnologías por la política tenderá a valorar y reconocer la importancia de los medios de expresión de la opinión pública y en especial, a los medios de comunicación. De ahí que las organizaciones civiles, las organizaciones corporativistas, en especial la prensa virtual, deben guiarse por procedimientos limpios, representativos y racionales que garanticen una efectiva expresión de la mejor conciencia ciudadana posible.

Modelos de democracia electrónica: Bellamy/Hoff, Horrocks y Tops. Variables y criterios.

Elementos Principales	Democracia de Consumidores	Democracia Elitista	Democracia Neo-republica	Ciberdemocracia
Visión de la Ciudadanía	Neoliberal	Pluralista Liberal	Republicana/ socialdemócrata	Comunitarista/ Radical Acepta diversidad
Valor democrático principal	“Libertad para Elegir”	Eficacia	Participación y Deliberación	Muticultural (Aceptación de la diversidad) /Deliberativa
Nexo político	“El momento de la verdad” Relación consumidor/ productor	Discurso experto	Esfera pública, medios de comunicación	Debate electrónico (Internet)
Principal forma de participación política	Elección de servicios públicos (salida)	Creación de consensos, <i>lobbies</i>	Debate público, asociaciones	Debate electrónico, acciones virtuales y reales
Principal intermediario político	Declaraciones de servicios, datos de consumo”	Instituciones de negociación y campaña	Reuniones, audiencias (reales y virtuales)	Redes y comunidades electrónicas
Norma del procedimiento dominante	Desarrollo de capacidades (derechos)	Desarrollo de sistemas políticos adaptativos o adaptables	Desarrollo de identidades, desarrollo de un sistema político adaptativo.	Desarrollo de identidades, desarrollo de capacidades (competencias)

Fuente: Hoff, Horrocks y Tops, 2000: p. 7.

De acuerdo a los modelos anteriores, es posible considerar el concepto de democracia electrónica, como la noción que se refiere al conjunto de teorías caracterizadas por el vínculo que establecen entre las computadoras y redes computarizadas, en cuanto elementos esenciales para la elaboración de un sistema político democrático.

1.3 Tres conceptos distintos sobre democracia electrónica

Resulta relevante ocuparnos en forma sucinta de otros tres conceptos diferentes sobre democracia electrónica: a) Teledemocracia, b) Ciberdemocracia y la c) Democractización Electrónica (Hagen 1997).²⁰

También cada uno de estos conceptos varía en referencia a la tecnología por la que aboga (televisión por cable, redes telemáticas); la preferencia por una concepción democrática determinada (directa o representativa); la dimensión de participación política que es considerada como indispensables para la democracia (información, discusión, voto, acción política)²¹ y, el procedimiento político que se pretende perseguir (progresista, conservadora, comunitaria, *libertarian*)²². Igualmente, los conceptos expuestos dependen de su propia historia, así como de los atributos culturales e institucionales del sistema político en el que se formulan. Estas visiones comparten la creencia de que las diversas potencialidades de aplicación los nuevos medios ofrece a los sistemas políticos de las democracias avanzadas –interactividad, mayor rapidez en la transmisión de datos, la creación de oportunidades para la comunicación de muchos a muchos,²³ la abundancia de información o los nuevos medios de control para el usuario–, pueden contribuir favorablemente en el proceso de mejora del sistema que se trate y erradicar algunas de sus principales imperfecciones. El principal objetivo para los partidarios de la democracia electrónica, independientemente del concepto que defiendan y en el que se ubiquen,²⁴ es la voluntad por tratar de elevar el nivel de participación política.

a) *Teledemocracia*. En la democracia electrónica el concepto más antiguo es el de *Teledemocracia*.²⁵ En esencia, trata de establecer más formas de democracia directa en el interior de los sistemas políticos a través del empleo de las nuevas tecnologías de la comunicación, principalmente el uso de la televisión por cable (TVC). Durante las décadas de los ochenta y los noventa, científicos de la política y sociólogos²⁶ con esta premisa, experimentaron con aplicaciones prácticas. Inspirándose en ello, avisaron y proclamaron que la teledemocracia sería la vía para solucionar la mayoría de los problemas políticos más apremiantes a escala mundial (Alvin Toffler, 1980 o John Naisbitt, 1982). De un modo menos especulativo y basándose en modelos democráticos más complejos y elaborados, teóricos de la democracia recomendaron la necesidad de establecer ensayos con diferentes aplicaciones de los dispositivos teledemocráticos (Benjamin Barber, 1984 y Robert Dahl, 1989).

Considera que las principales causas de la actual apatía de la ciudadanía en la esfera de participación política, residen en la frustración, la alienación del electorado en la estructura de la democracia representativa y en los efectos derivados de la actividad informativa llevada a cabo por los medios corrientes destinados a la comunicación de masas. Argumentan el distanciamiento excesivo de los gobiernos de los ciudadanos en su vertiente más individual. Los nuevos medios de comunicación podrían ayudar a acercar de nuevo el gobierno a los hogares de los ciudadanos sin obstáculo de tiempo, espacio y tamaño de población, que genera formas de democracia directa pensadas con anterioridad pero no aplicadas de una manera práctica debido a dichos obstáculos. Los avances en las tecnologías de la comunicación abren por primera vez, las posibilidades para una participación directa de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones (Toffler).

Uno de los puntos centrales en las convicciones de los teledemócratas, radica en considerar que el clásico gobierno representativo no responde de un modo apropiado a la creciente pluralidad de *inputs* políticos en el marco de una Sociedad de la Información que se consolida progresivamente. Únicamente formas de democracia directa o “democracia fuerte” (*strong democracy* como la ha denominado el teórico Benjamin Barber, 1984) serán capaces de generar *outputs* políticos que satisfagan las demandas de los ciudadanos. Las instituciones representativas no son propias a los problemas del siglo XXI y proponen una forma de democracia semi-directa, en la que las nuevas tecnologías de la información son cruciales: la ciudadanía podría, por primera vez en la historia, empezar a materializar muchas de sus propias decisiones políticas (Toffler). El principal objetivo de la teledemocracia pasa por devolver el poder “perdido” al pueblo. El uso de las TIC son instrumentos para empoderar a la población para configurar procedimientos, establecer prioridades, realizar políticas de importancia y participar en su implementación.

En una palabra: la teledemocracia supone el uso de las telecomunicaciones para otorgar el impulso a la ciudadanía con el objetivo de alcanzar su propia gobernanza, en una clara preferencia por las formas de democracia directa, concentrada en las dimensiones del voto y la actividad política dentro de las esferas más propias de participación. Al mismo tiempo, los teledemócratas buscan generar la mejor y más completa información política para el electorado, ya que es primordial para fomentar una participación política más efectiva. Cabe decir que el escepticismo de los experimentos vinculados a la democracia electrónica estuvo presente desde el inicio y se fue extendiendo.²⁷ A pesar de que una de las experiencias exitosas fue el proyecto de uso de la TVC a nivel local (como por ejemplo el proyecto “Reading”) que permitió a los partidarios de la teledemocracia la posibilidad de mantener una visión optimista

de frente al futuro. A principios de la década de los noventa en Estados Unidos, los argumentos de la teledemocracia encontraron legitimidad y reactivó el debate teórico acerca su conveniencia, basados hasta el momento en algunos de los escasos proyectos o experiencias piloto, en dos acontecimientos. Una las campañas presidenciales; la populista del candidato presidencial Ross Perot, que televisó los encuentros o reuniones ciudadanas como uno de las prioridades en la estrategia mediática de los políticos y científicos sociales y la de Bill Clinton al dejar los medios tradicionales e inrusionar a los nuevos medios electrónicos como herramientas a través de las que efectuaba las reuniones ciudadanas. El segundo motivo que impulsó el renacimiento de la teledemocracia, fue el avance experimentado en el campo de los nuevos medios de comunicación, sus nuevos formatos y por supuesto, el explosivo crecimiento de redes computarizadas.

Pese a que el uso de las computadoras e Internet está desplazando a la televisión como plataforma política, la discusión sigue. Algunos teóricos permanecen fieles a las creencias basadas en el uso de la comunicación a través de la televisión como sustento básico para lograr la implementación de este mismo ideal.

b) *Ciberdemocracia*. Sus contenidos responden directamente a la evolución de las redes computarizadas (Hagen). Este tipo de redes tienen una gran ventaja sobre las formulaciones centradas en el uso de la TVC: más interactivas y permiten vías de comunicación de muchos –a– muchos, y no sólo un flujo de uno –a– muchos. Esta idea, es el marco central para la generación de beneficios colectivos, presentando mayores capacidades que aquellas teorizaciones vinculadas a revoluciones comunicativas previas, no percibieron tales posibilidades.²⁸ Los restantes partidarios de la ciberdemocracia, confían en que la creación de la comunidad y su refuerzo a través de las redes de CMC pueden construir y recuperar buena parte del capital social perdido que ha sido anhelado por parte de científicos y analistas políticos durante la década de siglo pasado. La red hace posible la existencia de comunidades virtuales de ciudadanos comunes, a un coste relativamente bajo y les otorga impulso intelectual, social, comercial y quizá el más importante, el político.²⁹

El sector conservador de la ciberdemocracia, comparten la importancia de la red como un instrumento esencial para la construcción y refuerzo de la comunidad, pero advierten el profundo impacto en los modos dominantes de producción. Los bienes materiales ya no constituirán el recurso principal del siglo XXI, lo será y es, la información. Una de las principales prioridades del concepto de ciberdemocracia, es la organización democrática del espacio virtual. Sus autores y difusores coinciden en que el principal enemigo a combatir es el centralismo, tanto en las estructuras políticas como en las informativas, que está ampliamente relacionado con los procesos de deterio-

ro de las formas vitales de autogobierno. La importancia política de la CMC, reside en su capacidad para afrontar el monopolio político existente en los influyentes medios de comunicación y quizá, en su capacidad para revitalizar el concepto de democracia basado en la ciudadanía.³⁰

Tanto ciberdemócratas como teledemócratas, claman por más formas directas en relación a los gobiernos. Éstos últimos, inciden en los aspectos de participación política desde otra perspectiva: la discusión y la participación política en su vertiente de carácter más comunitario; es la esencia sobre la que trabajan. Su primordial preocupación, consiste en (re-) crear comunidades virtuales y no virtuales como base que contrarresten las formas centralizadas de gobierno.

- c) *Democratización electrónica.* Esta noción, a diferencia de la Teledemocracia y la Ciberdemocracia, no busca establecer modalidades de democracia directa, aunque sí mejorar la situación de las estructuras y mecanismos de democracia representativa (Hagen). Para sus seguidores en las diversas vertientes, el mayor potencial de la nueva tecnología de la información, reside en su capacidad para realizar la democracia mediatizada (Zinder, 1994). Su primer objetivo es lograr aumentar las dimensiones de los canales y vías destinados a la provisión de información. La meta a perseguir es el reforzar la democracia a través de las nuevas tecnologías, de manera que se incremente el poder político de los ciudadanos cuyo rol se encuentra habitualmente minimizado en los procesos políticos fundamentales. Afirman que con estos postulados se logra ubicar a una mayor cantidad de ciudadanos en las esferas de poder (Hacker y Todino, 1996). Así, la preocupación es en torno a cómo extender a la población en general las “ventajas informativas” que las redes CMC han otorgado a los miembros de las elites. En este sentido, el sistema político democrático obtendría importantes ganancias en todas sus dimensiones. Sostienen que la apatía política y el desencanto con el gobierno no se originan en la estructura básica del sistema político representativo, sino en ciertas imperfecciones y disfunciones localizadas en su interior que pueden ser remediadas. Esta vertiente demanda la creación de nuevos y alternativos (en relación a los *mass media*) canales y modos de información y comunicación entre la población y sus representantes electos. De manera que este ideal comunitario-representativo de democracia electrónica, se opone al ideal de democracia directa que aparece en los restantes conceptos de democracia electrónica, señalados por Hagen. Asimismo, la democratización electrónica enfatiza que las redes computarizadas son un instrumento válido para reforzar a la sociedad civil, con reducidos costes de transacción y organización en las asociaciones y grupos de interés (Bonchek, 1995) y destaca la importancia de los intercambios de información y las discusiones políticas en el marco de las actividades de

participación. Esta concepción ha sido crucial en la implementación de muchos de los usos políticos a los que han sido sometidas las redes computerizadas en la actualidad, especialmente en los sistemas de información política, ya que favorece las formas de democracia representativa sobre aquellas propiamente de democracia directa.

Los tipos de democracia electrónica de Martín Hagen³¹

Elementos Principales	Teledemocracia	Ciberdemocracia	Democratización Electrónica
Tecnología principal	Televisión	Redes computerizadas	Redes computerizadas
Tipo de Democracia	Directa	Directa	Representativa
Dimensiones de la participación	Voto	Discusión y participación política	Discusión Política e Intercambio de Información
Arena Política	Información	Ventajas Informativas	Sistemas de información Políticos

En síntesis. Del examen de las anteriores tipologías se extrae como primera resultado que el debate sobre las posibilidades que la aplicación de las TIC ofrece a los sistemas políticos de las democracias avanzadas, oscila entre dos posiciones. Por un lado, aquellos que plantean su utilización para mejorar las capacidades y el rendimiento de la democracia representativa. Por otro, los que plantean la superación de esta democracia representativa, sustituyéndola, en mayor o menor medida, por mecanismos de democracia directa.³² Entre ambos se situarían las posiciones intermedias representadas por los partidarios de combinar democracia representativa y democracia directa, en una especie de democracia de nuevo tipo, tratan de aprovechar las ventajas de ambos sistemas.

La tendencia futura parece encaminarse a la reducción de estos tres tipos de democracia electrónica a dos: ciberdemocracia y democratización electrónica. La desaparición paulatina del enfoque de la teledemocracia vendría dada por el abandono de la TVC como objeto tecnológico y su sustitución por las redes telemáticas en CMC o Internet.

En segundo lugar, conviene tener presente que la aplicación de las TIC a los sistemas políticos democráticos se produce en el marco de un debate acerca de la crisis de participación que se vive en las democracias occidentales.³³ El abordar el uso de las TIC en la política a partir de la premisa de que su generalización puede contribuir al incremento de la participación y, por ende, solucionar los problemas de desafección democrática, no es un planteamiento acertado, como se pone de manifiesto en forma breve mas adelante.³⁴ Baste decir aquí, que las razones de la desafección y la falta de interés de los ciudadanos por la política son complejas y profundas y las TIC por sí mismas, no tienen una incidencia directa significativa en el incremento de los niveles de participación. Más bien, lo que su aplicación y potencial provoca, es que aquellos ciudadanos que ya están interesados por la política y que ya participan (denominados “líderes de opinión”), vean facilitada y ampliada enormemente su participación en los asuntos públicos.

II. Nuevos espacios de intervención política

Los cambios en las sociedades de todo el mundo se han dado en un período de tiempo muy corto. Uno de los cambios consiste en la formación de una opinión común que, dentro del estricto sistema de gobierno representativo, se aduce que los líderes políticos escasamente consultan o dialogan con la población post campañas electorales. También el diálogo entre ciudadanos, ha sido disuadido al parecer por la amplia división y distancia entre la gente y su gobierno.

En este sentido, en la sociedad de la información, el concepto de democracia electrónica forma parte de las investigaciones estratégicas sobre la aplicación de las TIC a las modalidades de participación política. En el amplio uso de las tecnologías interactivas en diversos sectores, ha forzado a que los ciudadanos participen con mayor rapidez y amplitud en problemas políticos y sociales comunes. Más la cuestión teórico y práctica de la democracia electrónica, no consiste en determinar si es posible o necesaria, sino en cómo va ha desarrollarse, quién la organizará y con qué propósitos políticos será empleada. Son cuestiones que los mencionados modelos tratan de responder, para descubrir e inventar el potencial ciudadano con las tecnologías interactivas bajo sus más diversas modalidades y acepciones.

A nivel práctico, existen buenas referencias de los beneficios de las TIC en algunas de las experiencias en la Internet. A manera de ejemplo, encontramos páginas que merecen ser visitadas e interactuar: *Democraciaweb*, *Cybervote*, *Agora*, *Democradiirecta.com*, *Cibercomunidaes.net*, *cibersociedad.net*, *hypergene.net*, *lainsignia.org*, *apc.org*, entre otras. Sin embargo, existen varios aspectos que debemos pensar para no incurrir en una defensa superficial, sin razonar.

III. La vulnerabilidad de la democracia electrónica

Así tenemos la discusión sobre la democracia electrónica entablada desde hace dos décadas por diversos intelectuales y pensadores contemporáneos, entre los que destacan Theodore Roszac (1986); Jeremy Rifkin (1996); Paul Virilio (1997, 1998); Giovanni Sartori (1997); y, Tomás Maldonado (1997). La polémica teórica y filosófica se centra sobre los ideales y los modelos de la democracia.

3.1. Posiciones

Hemos mencionado que las distintas posiciones presentan por un lado, la democracia directa y por otro, defienden una democracia representativa. La distinción entre ambos modelos tiene diversas consecuencias tanto en el diseño teórico como en las prácticas políticas implícitas en cada uno de ellos. Las reflexiones sobre la función de las TIC en la formación de una democracia electrónica a distancia, remiten en su mayoría sobre una apreciación del modelo político de la democracia directa, por encima de la teoría general de la democracia representativa. Esto es, la proliferación de la idea de prescindir de la mediación política, del abandono de la representación y el aumento del directismo, en el marco de un profundo descrédito de la política, que va paralelo al avance tecnológico de las comunicaciones y al elogio del inmediatismo en la participación política.³⁵

Los planteamientos a favor, sostienen que las tecnologías electrónicas facilitan una participación política directa, una educación política de los ciudadanos más amplia que los involucra en las discusiones de los problemas públicos de su comunidad; sobre todo, genera y extiende la tan ansiada cultura política. Cuentan con una profunda convicción de que los ciudadanos tienen garantizada su participación total y directa en las formas de gestión de las democracias modernas, cuyo fracaso parcial se debe más a la ignorancia política de los ciudadanos y la desigualdad en la distribución de recursos que afectan la capacidad de los individuos para integrarse a proyectos comunitarios, que a los medios, en este caso tecnológicos. De manera tal, que la democracia electrónica la presentan como la que ofrece una solución operativa a los problemas de la democracia, puesto que abre una participación más abierta y comprometida. Afirman la existencia de un espacio ciudadano electrónico e interconectado, con lo cual resolvería algunas de las principales dificultades de la comunicación ciudadana y la participación política, ya que los individuos y grupos sociales podrían y están, en condiciones de participar directamente con sólo disponer de un enlace en línea. En cuanto a los problemas como la disponibilidad del espacio, resultarían irrelevantes, en virtud de que no sería necesario reunir físicamente a un amplio grupo de individuos. De igual forma la disposición de la información pública y política, resulta más rápida, sencillo, cualitativamente mejor

y accesible a través de las redes de comunicación e incluso, los gastos en información y a su acceso a ella reducirían notablemente sus costos. Por tanto, la democracia electrónica permite nuevas formas de trabajo, comunicación y participación en la política y contribuye a la resolución de esos y otros de los principales problemas operativos de la democracia directa.

En esta lógica, existe consenso entre los intelectuales a favor de la democracia electrónica sobre la inexistencia de obstáculos para que tome el modelo de democracia directa –y a distancia–, planeada en forma particular en los tipos expuestos en el apartado precedente, ya que puede ser usada como soporte técnico para un sistema de democracia deliberativa y directa. Son varias razones para suponer que las democracias que demanden a los ciudadanos deliberar y discutir sobre los problemas de su sociedad, más que expresar simplemente sus opiniones, pueden emitir valiosas decisiones mediante las tecnologías electrónicas. Precisamente los procesos de deliberación permitirían que los individuos se formasen argumentos y acuerdos comunes, en vez de sólo expresar opiniones parciales. Este es uno de los propósitos fundamentales de la discusión abierta y democrática, por lo que las formas de comunicación en línea estarían adecuándose a ella. Se trata pues, del sentido defendido por algunos intelectuales interesados en recuperar el ideal griego de la participación o democracia directa, a través de los medios de comunicación en línea.³⁶ Asimismo, en el caso de democracia representativa, contribuye a reforzarla, en tanto complemento para la deliberación en ese marco.

Más, sobre tales argumentos debemos atender la oposición de otros pensadores que advierten riesgos y peligros en el uso de las tecnologías automatizadas, como es que el deriven en la destrucción de los pocos espacios democráticos aún existentes. Es por ello, que en la discusión se objeta en primera instancia, el intento de retomar un ideal democrático que involucre la manifestación directa de las preferencias de los ciudadanos así como del modelo de elección, donde la delegación del poder popular representativo a políticos, aquéllos tengan el poder de tomar decisiones con relativa autonomía. Asimismo, como se desarrolla mas adelante, sostienen que los cambios institucionales y de comportamiento político han sido y serán lentos, problemáticos y no tan importantes, ya que las grandes desigualdades en el acceso y la sobrecarga informativa, impiden ahora y también en un futuro, la adecuada asimilación de las tecnologías por la política.

3.2. Críticas

Sobre la puntualización de dichas consideraciones, enseguida mostramos cinco críticas generales del orden político, jurídico, técnico y social, frecuentes a las tipos del modelo de la democracia electrónica, primordialmente a las que intentan reproducir la de democracia directa.

- 1) Una primera apreciación aborda las dificultades teórico-políticas que encierra el ideal de la democracia. Existen diversos problemas inherentes al propio concepto y modelo democrático que no podrían resolverse a través de la simple aplicación de los medios tecnológicos. Destacan que es equivocado pretender tomar como legítimas y auténticas las decisiones democráticas producidas sólo a través de esos medios directos, ya que las preferencias de una comunidad dependen también de los modos en que se actualizan y del sistema político y electoral vigente, o sea, del sistema representativo mayoritario, proporcional, mixto, etc., en una nación determinada.³⁷
- 2) Un segundo argumento radica en el carácter práctico derivado del supuesto en el que dada la creciente facilidad de acceso a la información, se da por sentado que las tecnologías mejoran por sí mismas la calidad de la democracia. Aducen que no se tiene presente, que el principio democrático de la libertad de acceso a la información, no implica un refuerzo a la democracia, que –su exceso– logre ser mayor y mejor democracia, ya que sólo se trata de una condición indispensable del funcionamiento de esta forma de gobierno (Dahl, Sartori, Bobbio). “La información, particularmente la de Internet, compete con un cúmulo de comunicaciones fáciles, relajadas, cómodas, que no requieren el esfuerzo: “informarse fatiga”.³⁸
La disponibilidad de la información no es pues, directamente proporcional a la disponibilidad de los individuos para involucrarse en las cuestiones que aquella trata. Las decisiones democráticas no pueden reducirse al mero acceso y recuento de datos estadísticos, puesto que deben ser el resultado de juicios prudentes y valoraciones justas, los cuales serían seriamente perjudicados por un exceso o saturación de información.³⁹
- 3) La tercera réplica, es que la democracia electrónica es una versión degradada y empobrecida de los modelos teóricos de la democracia. Esta postura la sostienen algunos sociólogos al considerar que la tecnología moderna puede inducir a los ciudadanos a actuar desde sus domicilios sin otro contexto político que las relaciones domésticas e intereses personales. De modo que el ejercicio del derecho al voto en forma electrónica, lo hacen de manera rutinaria y pasiva o toman decisiones acríticas mediadas por los instrumentos de comunicación masiva. Los investigadores más escépticos comparan esta participación política electrónica con el consumo televisivo, que perjudican los fundamentos prácticos e irrenunciables en la conformación de una democracia participativa donde los ciudadanos asumen su responsabilidad ética y política: los procesos de reflexión y deliberación política.⁴⁰
En efecto, se sostiene que la participación política electrónica podría empobrecer la calidad de la democracia si se reduce al voto electrónico, en virtud de que la deliberación constituye una dimensión clave de la democracia. Ésta

última se funda en una constatación de incertidumbre y por tanto, en la existencia de una pluralidad de respuestas posibles a los diversos problemas de la sociedad, pluralidad que se manifiesta en los procesos deliberativos; respecto de los cuales los medios han demostrado poca utilidad hay en día. Precisamente, es lo que diferencia al campo de lo político de la gestión, la cual supone la existencia de una solución única que optimice las restricciones. La idea del voto electrónico parece acercarse más bien a esta última. Asimismo, dosis crecientes de participación directa tampoco implican una mejora en la calidad de la democracia o llevan a suponer la toma de mejores decisiones, "...los referendos están aumentando y se convocan cada vez más a menudo, e incluso el gobierno de los sondeos acaba siendo, de hecho, una acción directa, un directismo, una presión desde abajo que interfiere profundamente en la solución de los problemas (*problem solving*). Ésta representará una mayor democracia. Pero para serlo realmente, a cada incremento de demo-poder debería corresponderle un incremento de demo-saber".⁴¹ La democracia como gobierno de opinión, señala además Sartori, está amenazada si esta opinión es cada vez más heterodirigida. Idea que desmiente la relación más participación/mejor calidad de la democracia.

En esta tesitura también, se nos alerta sobre la transformación de los ideales políticos en un constante refrendar proyectos concretos, mediante un permanente sondeo de la opinión pública como método privilegiado de instrucción de los procesos de decisión. Esto es, la democracia figurada como un hipermercado de consenso electrónico: tan solo un espacio de distribución de bienes políticos de consumo rápido, producidos en forma anónima, a precios de oferta y al alcance de todos.

En virtud de que en la democracia no sólo hay intercambio de opiniones, sino también de decisiones, la participación del ciudadano sobre un sinnúmero de cuestiones demandaría un tiempo importante de su vida. Es un argumento a primera vista bastante simple, pero cabe tenerlo en cuenta si su opción resulta en el ofrecimiento de dos opciones (sí o no) frente a un problema, con lo cual las cuestiones públicas se presentarían en forma simplificada y determinista. La sociedad es compleja, los problemas también lo son y las soluciones presentan, por ello, idénticas características. La versión maniquea de la realidad ya es un tópico en la crítica a la televisión y no hay nada especial en Internet, que haga pensar que esta misma dificultad no se presente. Ello nos remite a la siguiente crítica.

- 4) La concepción de que la democracia electrónica promueve y contiene su propia degeneración social, se vincula con la concepción de que las tecnologías de la democracia electrónica únicamente sirven para promover, la vigilancia y el control en beneficio de los intereses de grupos poderosos. Ello es grave, ya que el poder del estado y las corporaciones para retener, mediante una

vigilancia electrónica a la sociedad civil, no sólo amenaza los derechos de los grupos al momento de organizarse y dialogar, sino que también supone un peligro para la privacidad de los derechos individuales. Estos argumentos se refieren al vacío existente entre las promesas electorales y su puesta en práctica, pero también a los problemas de acceso que se reproducen en el nuevo orden electrónico. La misma desigualdad en la accesibilidad a los recursos continúa deformando la participación política. Por tanto, no es extraña a la idea de formar parte de un gran proyecto para despolitizar la vida social, transformando a los ciudadanos en consumidores redundantes y predecibles.⁴² Ciertamente, las nuevas formas de ciudadanía y vida pública se encuentran simultáneamente permitidas por las nuevas tecnologías pero, al mismo tiempo, restringidas por el poder del mercado y los mecanismos de vigilancia. En este contexto, también se presentan objeciones de carácter técnico, en cuanto a la fiabilidad de la información y la posibilidad de vigilancia de nuestras preferencias y esto no constituye un tema menor. Existen factores aún no controlables en la red, como los virus (por ejemplo, en el virus “I love you”), que podrían tergiversar una voluntad tan claramente expresada como aquella que deviene de cada uno en forma individual. Tengamos presentes que los problemas de seguridad no se relacionan sólo con virus; en el último tiempo asistimos a la versión electrónica de las “cadenas” de correspondencia que tienen por objetivo la apropiación de direcciones de correo electrónicas para armar listas de correo que luego son vendidas. Más lo que viene...

- 5) Finalmente, existe entre otras críticas, una que se extiende a la aplicación de las nuevas TIC en todos sus ámbitos, no sólo en el de orden sociológico y político. Se trata de la segmentación entre los “conectados” y los “desconectados” a las redes.⁴³ Es el argumento opuesto más corriente a esta propuesta que señala la imposibilidad de acceso igualitario a las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente Internet, así como la desigualdad en las condiciones sociales y culturales de base que hacen posible la participación. En un porvenir, mejor dicho en el presente, aquellos que carecen de un acceso a la red quedan marginados y en ese contexto, excluidos de la vida política.⁴⁴

Desde estas posturas se considera al problema de la desigualdad como el argumento más generalizado, de que el crecimiento de una infraestructura de información privada conducirá, y ha conducido, al crecimiento de la disparidad entre aquellos que puedan formar parte de ella y aquellos que no. Como James Madison escribía “...un gobierno popular sin información popular, o los medios para adquirirla, es un preludio de una farsa o una tragedia, o quizá de ambos. El conocimiento gobernará siempre a la ignorancia y la gente que desee convertirse así misma en su propio gobernante debe armarse con el poder que confiere el conocimiento...”⁴⁵

Cabe mencionar una contra réplica sobre este punto. El comunicólogo Sergio Caletti aclara: "...resultan tan miopes las posturas que niegan el impacto que esta nueva dimensión de la vida social pueda tener en el desarrollo de los procesos políticos contemporáneos, como limitadas las discusiones de moda respecto de la brecha entre infopobres e inforicos, o como ilusorias las apuestas mecánicas a la profundización automática de la democracia"; agrega: "Más bien cabe pensar que la entera complejidad de los procesos político-sociales, sus asimetrías, sus luchas, sus incertidumbres, habrán de hacerse de ahora en más también presentes en esa instancia de la vida social, una instancia que traerá consigo todo lo que conocemos al tiempo que abrirá paulatinamente dispositivos a través de los cuales los propios vectores del agenciamiento social pueden producir una fenoménica nueva". (Caletti, 1999)⁴⁶ En este sentido, es dable pensar en una ampliación, tal vez, profundización de la participación, a través de estas tecnologías en el marco de una democracia representativa.

A lo anterior, se ha cuestionado si la participación electrónica representa una prolongación del viejo elitismo iluminista conjuntamente con un populismo, expresado en el pregón de la participación directa extendida para todos, a la vez que se trata de un acceso que implica más saber y más medios que la participación política tradicional, y por tanto, más exclusión. Esto, dado que la participación virtual se presenta como medio de expresión electiva, pero también bajo la forma de ejercicio continuo de control y de participación en los procesos de decisión.

En este tema no omitimos el hecho de que la democracia electrónica pueda enfrentar además, la falta de interés y la motivación de los ciudadanos en la participación de los procesos políticos y democráticos en línea.⁴⁷ Precisamente nos conduce a la idea de que la participación directa encuentra en la crisis de la modernidad y el surgimiento de la cultura posmoderna su base de desarrollo, especialmente por la ruptura con los proyectos colectivos y por el crecimiento de un individualismo que implica, además, el incremento de la dimensión de responsabilidad de cada uno.⁴⁸

IV. Consideraciones finales

- 1) Existe en la política actual una ruptura en el proceso de comunicación. Es por ello, que el problema básico que todos los conceptos de democracia electrónica destacan, es la crisis que se percibe en la participación política y el papel disfuncional de los medios de comunicación en los procesos políticos. El argumento central en que edifican sus reflexiones, parte de que el funcionamiento del sistema político democrático se encuentra interrumpido por la presencia de tres variables: 1) una falta de información y de comunicación entre la población en general y los decisores en el interior del sistema político; 2) una ausencia de participación política, causada por el déficit estructural o

funcional del sistema político; y, 3) un efecto negativo de los medios de comunicación de masa, tanto sobre el sistema político en general, como en la participación política en particular.

Ante estos problemas, las posturas de carácter marcadamente “negativista” en contra de los planteamientos e impulsos lanzados por las diversas vertientes de democracia electrónica, se enfocan fundamentalmente contra las que apuestan por vías directas de participación.

Existen algunas vertientes positivas, cercanas a la democratización electrónica de Hagen, que se decantan por modernos diseños. Confían en que la introducción de las redes computerizadas ayudará a aliviar el déficit estructural y funcional que sufre hoy, el sistema político. En primer lugar, existe la convicción de que nuevos canales informativos y comunicacionales entre la población y los decisores, serán creados, en el sistema institucional, formal e informal, que enmarca la acción de los actores sociales, gubernamentales y no, relevantes para la determinación y asignación autoritaria de los bienes y los recursos públicos, a través de la acción política y de la formulación e implementación de políticas públicas. Este es precisamente el modelo de gobernanza que se puede observar en el estudio de las formas de coordinación que rigen Internet (Hutter, 2000), y que a nivel político se encuentra todavía en su periodo de gestación. Aquí, las nuevas tecnologías son el contenido material que permite la integración, la convergencia y la articulación más sencilla de objetivos. Asimismo, se han distinguido algunas tendencias y prescripciones en cuanto a la actuación de la política frente el uso de Internet y las restantes TIC, donde deben involucrarse en el proceso, las tres principales fuerzas de la sociedad: sector empresarial, gobierno y sociedad civil.⁴⁹ Empero, la política es compleja y se trata de interpretar un fenómeno aún poco estudiado en profundidad por la ciencia política.

- 2) Mientras tanto, la aplicación de las TIC a la política y su impacto sobre los sistemas políticos de las sociedades de la información del siglo XXI, nos obliga a repensar las bases que las democracias han venido funcionando. Las posibilidades de las TIC son enormes para potenciar la libertad y la participación de los ciudadanos, así como para el reforzamiento del Estado.

Ante tal problemática, la complejidad de la sociedad en las últimas décadas nos enfrenta a fenómenos de luces y sombras. Nos asaltan algunas inquietudes: ¿ante la crisis de representatividad, la democracia electrónica es la solución? Es ésta ¿un imperativo en un mundo globalizado?. Se trata de cuestiones complejas. Por lo que la reflexión sobre las nuevas denominaciones dadas a la democracia, lo que ellas implican y el sujeto social de la praxis política que construyen, no resulta vana. Si coincidimos en la posibilidad de una nueva conformación representativa, debemos mirar más allá de los medios.⁵⁰

En efecto, el análisis de la relación entre medios de comunicación y democracia se debe hacer una evaluación crítica de aquellos, lo que implica considerar desde una perspectiva de conjunto la influencia de los medios de comunicación, que incluya otros factores, como la corrupción, la impunidad, la falta de justicia, la situación declinante de vastos sectores sociales (la formación de nuevos pobres y la profundización de la pobreza), las políticas de ajuste neoliberales en América Latina, la formación de elites políticas cada vez más separadas de los gobernados, el incumplimiento de las promesas de los programas propuestos por los partidos en las elecciones, entre otros. Así, podremos superar la concepción simple y maniquea de que la democracia electrónica es toda la salvación o bien, que la insuficiencia de la democracia es a causa de la influencia mediática.

- 3) La (re) edificación de la democracia que se pretenda, no resulta únicamente por las elites políticas, por quienes actúan en el ejercicio de la política o por el activismo, la participación de los ciudadanos, sino también por la (re) formulación de categorías de análisis que articulen con la mayor claridad posible, la especificidad de nuestra situación. Por ello es ilustrativa la aseveración: “Para afrontar positivamente el porvenir, en primer lugar hay que descifrar mejor el mundo que nos rodea”.⁵¹

Precisamente entre las tareas críticas de la filosofía de la cultura, se encuentra la determinación y valoración de aquellas cuestiones políticas y sociales, que podemos afectar y reconfigurar las modalidades de participación política a través de las TIC. Es pertinente realizar una crítica de la racionalidad instrumental e informática que comprenda en primer término la exigencia de interrogarse sobre la naciente digitalización de la dimensión social, cultural y humana; segundo, la interpretación y comprensión de las tecnologías interactivas y las fuerzas que conforman a la presente sociedad; y tercero, la evaluación sobre los límites de las nuevas modalidades de participación directa en los procesos de conformación de una opinión pública (más) crítica y participativa

Conclusión

Resulta indudable que las TIC en las diversas formas de participación en una sociedad, sólo son medios que nos permitirán mejorar, ampliar o profundizar, siempre y cuando se usen como tales: instrumentos, no medios o fin en sí mismas. La razón, la crítica, el diálogo intersubjetivo y a su vez la regulación jurídica, son insubstituíbles en la construcción y mantenimiento de mejores relaciones individuales y colectivas. De esta forma se llegará a la generación no solo de una sociedad de la información, sino una verdadera sociedad del conocimiento.

Notas

1. Licenciada en Derecho. Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.
2. Licenciatura y Posgrado en Historia por la Universidad de París I /Panteón Sorbonne, cursa actualmente el Doctorado en Sociedad de la Información y del Conocimiento, Línea E-law /E-Government, UOC. Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UMSNH. Coordinadora del CA “Teoría, Historia e Investigación Jurídicas”
3. Esta designación es una de los más utilizadas para abordar las implicaciones de las nuevas tecnologías sobre el proceso político. El adjetivo “electrónica” es de connotación variable, debido a que refiere a distintas tecnologías y utilizaciones: la televisión o a un procesador inteligente. Existen varios sinónimos como el de “democracia digital” (Fineman, 1995), “Cyberdemocracia” (Ogden, 1994 y Poster, 1995), “teledemocracia”, “democracia virtual” o “democracia de la sociedad de la información”, “tecnopolítica”, “política vía satélite” o “insta-polling”, que expresan el mismo concepto con ligeros matices según los autores, algunos de los cuales son presentados en esta investigación. En virtud de la adjetivación “electrónica” ha sido la más aceptada para expresar la aplicación de las tecnologías interactivas (London, 1994), en el presente utilizamos el término “democracia electrónica” para referir a la asimilación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en los procedimientos y en las instituciones democráticas.
4. Vid. Prats, Joan Oriol y Del Álamo, Óscar, “Democracia electrónica: concepto, tipos y posicionamientos” (2003), p. 3.
5. Vid. Martino, Bettina, *Posmodernidad, crisis de representación y democracia electrónica*.
6. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?*, p. 60.
7. El caso de nuestro país es especial, que merece un análisis aparte. Baste mencionar aquí dos cuestiones fundamentales: la insuficiente infraestructura técnica y la incipiente participación política. Por lo que ve a la primera, a lo ancho de nuestra nación no existe aún la infraestructura de las TIC necesaria para que dichas formas de participación política existan y se manifiesten en forma generalizada y equitativa. Si bien, por parte del gobierno federal se contemplaron y ejecutaron sus principios técnicos –con apoyos internacionales, básicamente del propio Bill Gates– en el anunciado *Sistema Nacional e-México* en mayo de 2001 del plan sexenal 2000-2006. Julio César Margáin y Compéan, entonces funcionario de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y coordinador del sistema, lo definió: “e-México es un proyecto integrador que busca articular los intereses de los distintos niveles de gobierno, de diversas entidades y dependencias públicas, de los operadores de las redes de telecomunicaciones, así como de muchas instituciones públicas y privadas, a fin de ampliar la cobertura de servicios y contenidos en línea de salud, educación, comercio y gobierno, así como de otros servicios a la comunidad”; comprendió cuatro subsistemas: 1.- Tecnologías e interconexión; 2.- Contenidos y programas; 3.- Marco legal y tarifario; y, 4.- Administración y gestión. Margáin y Compéan, Julio César, “Sistema e-México: Convergencia Tecnológica con Equidad”. *En Mercado de Valores*, pp. 3, 11, 12. Lo cierto es que existen aún grandes extensiones territoriales y de población que no tienen siquiera los servicios públicos básicos. En relación con la participación política, debemos tener presente que en México aún existe debate político y académico sobre la democracia: se está aún en transición, se ha arribado o se ha consolidado. Pese a lo apuntado, consideramos que sería interesante realizar una investigación de algunos de los fenómenos políticos acontecidos en el país por el uso de las TIC en los movimientos sociales, en el gobierno y en los procesos electorales federales del 2000 y 2006, por estimar que son

- unas de las manifestaciones que caracterizan la democracia electrónica en general, la cual abordamos en el presente trabajo.
8. El debate acerca de la democracia representativa frente a la democracia directa, en el marco de la aplicación de las TIC a la política –así como posiciones intermedias–, ha llevado a varios autores a desarrollar modelos y taxonomías de la democracia electrónica. Una buena recopilación de estas tipologías, la realiza Carracedo, J. D. (2004); Prats, J. O.; Álamo, O. Del (2003), son en las que en el presente trabajo se desarrollan debido al espacio y objetivos propuestos; y Harto de Vera (2006) describe en forma resumida las características principales de dos tipologías más de las expuestas por Prats y Álamo: Van Dijk (2000). en base a los modelos de Held, 1992 y la teoría de la comunicación, propone la Democracia legalista, la competitiva, la plebiscitaria, la pluralista, la participativa y la libertaria); la de Subirats (se corresponden con la tipología de Bellamy, Hoff, Horrocks y Tops, con dos criterios: aplicar las TIC en campos más específicos en procesos de decisión y gestión; y, sólo procesos de mejora y de innovación dentro marco constitucional y político democrático.)
 9. Pérez Luño la califica como la versión “débil” de la teledemocracia y se pregunta si contribuye a reforzar la democracia parlamentaria. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Ob. cit.* pp. 61-67.
 10. Considerada como la versión “fuerte”, *Ibidem*, pp. 67-73.
 11. Hagen distingue sistemas donde el pueblo decide de forma directa la elección de sus gobernantes, respecto de aquellos en los que lo hace de forma indirecta. Vid. Harto de Vera, Fernando “Tipologías y modelos de democracia electrónica” (2006).
 12. Held y McPherson identifican dos elementos básicos de toda teoría democrática: los principios democráticos más destacados; y, la visión de la ciudadanía en cuatro grandes partes: 1) La republicana con la función educativa y impulsora de la democracia del ejercicio de la ciudadanía, entendida sobretudo como participación política. 3) La liberal y 4) la comunitarista, con el papel de la individualidad o el sentimiento de pertenencia a una comunidad diversa, respectivamente. Y, 5) la social-demócrata, que pone el acento en lo social o en que la ciudadanía tiene la garantía de los derechos sociales (Held 1996). Estas dos variables son utilizadas por Hoff, Horrocks y Tops, para considerar que, según la visión que se tenga de las mismas, se asimilará la tecnología con una u otra finalidad.
 13. Held, enfatiza que la tradición republicana remarca el valor de la participación política, así como de los derechos y deberes políticos, mientras que la liberal y lo comunitarista realzan la importancia de la libertad de elección y del bien común, respectivamente. El principio más específico de la visión social-democracia es el de la igualdad de derechos de los ciudadanos. Held, David, *Modelos de democracia*, pp. 55-139.
 14. Se refiera a los procedimientos utilizados, importantes e inherentes a los sistemas democráticos. Este ámbito la emplea en el catálogo que elaboran Hoff, Horrocks y Tops como elemento identificador de los diferentes modelos de democracia electrónica. Los procedimientos en dichos sistemas, varían en su interpretación y alcance. Los fundamentales son: a) los dirigidos a garantizar la igualdad en el acceso a influir en la política (por ejemplo a elegir y ser elegido, a expresar las opiniones de forma libre o a disfrutar de determinados derechos sociales); b) los que enmarcan el debate político y la toma de decisiones políticas (las reglas mayoritarias, proporcionales, así como las pautas de argumentación); c) los que determinan las formas de rendición de cuentas y de control del gobierno y la burocracia (los derechos de revisión de las decisiones administrativas por parte de los ciudadanos o la supervisión judicial de las decisiones gubernamentales); y, d) los que garantizan unas condiciones mínimas de vida iguales para todos los ciudadanos (regulación al acceso a la educación, la salud o el trabajo). Vid. Prats, Joan Oriol y Del Álamo, Óscar, *Ob. cit.*

15. En esta dimensión se distingue la democracia directa de la representativa y dentro de esta última, la diferencia entre la participación en términos de interés e información, de apoyo o de “voz” y en la adopción compartida de decisiones (Sartori, 1998). Dimensión utilizada por Martín Hagen y Hoff, Horrocks y Tops para la modelización de la democracia. La participación también podrá variar según la tecnología principalmente utilizada, siendo por tanto, la tecnología un importante elemento de las clasificaciones.
16. La modelización, adopta una visión distinta de la tecnología. Mientras que unos califican el proceso de construcción social de la tecnología como elemento definitorio de la misma (Hoff, Horrocks y Tops), otros consideran los diferentes tipos de tecnología como elementos que dan sentido a su tipología de democracias electrónica (Hagen).
17. Harto de Vera, Fernando, *Op. Cit.*, p. 3, 41.
18. C. Bellamy, Jens Hoff, Ivan Horrocks y Pieter Tops, se fundan en la noción del modelo de democracia de forma amplia y en el sentido propuesto por Held (1996), quien entiende como tal, todas aquellas construcciones teóricas que revelan los elementos básicos de las formas democráticas y su estructura de relaciones. De forma general dichos autores conciben a los modelos como discursos, prácticas y estrategias adoptadas y perseguidas por ciertos actores o coaliciones de actores que luchan por la hegemonía y los presentan como formas de gobernanza o arreglos variados de co-gestión y/o co-producción orientados por redes. Bellamy, C. (2000). “Modelling electronic democracy: towards democratic discourses for an information age”. En: Hoff, J.; Horrocks, I.; Tops, P. (eds.) (2000). *Democratic Governance and New Technology*. Londres: Routledge. Better public services through e-government. Report by the Comptroller and Auditor General (2002). Londres: National Audit Office. Citado por Harto de Vera, Fernando y Prats, Joan Oriol y Del Álamo, Óscar, *Ob. Cit.*
19. En base a lo expuesto por Prats-Álamo y Harto de Vera, *Ibidem*.
20. En base a la conceptualización establecida por Martin Hagen (Hagen, M. (1997. A Typology of Electronic Democracy [artículo en línea]. Universidad de Giessen. <http://www.uni-giessen.de/fb03/vinci/labore/netz/hag_en.htm>). Esta tipología se caracteriza por ser la pionera del debate a mediados de los noventa. Aunado a la propuesta que define está pensada y adecuada a la realidad del sistema político norteamericano, por lo que enfatiza la importancia del contexto y de la cultura política al momento de la aplicación de las TIC a la política y señala que una misma tecnología puede provocar efectos diferentes en función de la cultura política propia del sistema político ante el que nos encontremos (Hagen, M. (2000). “Digital Democracy and Political Systems”. En: Hacker, K. L.; Van Dijk, J. (2000). *Digital Democracy*. Londres: Sage., pp. 55-56). Citado por Prats y Harto de la Vera, *ibidem*.
21. Se refiera a los procedimientos utilizados, importantes e inherentes a los sistemas democráticos. Hagen, basándose en los planteamientos de Milbrath (1965) y Verba/Nie (1972) distingue dentro del concepto de “participación política” cuatro dimensiones: información, discusión, voto y acción política. La base de la participación es la búsqueda de información política por parte de los ciudadanos. Un paso más se produce cuando los ciudadanos informados discuten y debaten de política dentro de su círculo cotidiano. El tercer nivel consiste, en la expresión de las preferencias políticas a través de la emisión del voto. Finalmente, el que expresa un mayor grado de participación política, consiste en la militancia activa dentro de organizaciones políticas como partidos políticos, ONG o cualquier organización implicada en las políticas.
22. Se ha traducido el término al castellano como “libertarian”, sin embargo en concepto de Harto de Vera, es un término con connotaciones diferentes, por lo que lo traduce como “ácrata”. En la tipología de democracia electrónica de Van Dijk también emplea este término “libertarian”.

23. Traducción libre del concepto *many - to many communication* que el Hagen cita en su documento, empleado por Prats-Álamo en *Ob. cit.*
24. Esto implica que la mayoría de las veces, los conceptos de democracia electrónica deben ser comprendidos como teorías o visiones sobre participación política (Hagen, 2000).
25. La idea acerca de esta modalidad participativa (también denominada “democracia electrónica”, “tecnopolítica”, “política vía satélite” o “insta-polling”), comenzó a ser motivo de discusión en los años sesentas, cuando los investigadores empezaron a descubrir el potencial cívico de la nueva tecnología electrónica. Su desarrollo fue a finales de la década de los años setenta, debido al empleo del término teledemocracia por Ted Becker, al experimentar con el uso de televisión por cable para estudiar y analizar el proceso de toma de decisión en la esfera política. También Christopher Arterton (1987) la usó en sus valoraciones críticas hacia las reflexiones de Becker y las aparecidas en muchos otros proyectos referidos al uso de la tecnología del cable a través de la televisión. Durante la década de los ochentas, fue ampliamente discutida y con mayor relevancia, por la proliferación e incorporación de las tecnologías en el ámbito cotidiano de las personas y, especialmente, cuando los cambios culturales empiezan a promover un individualismo no atado a lo colectivo, vuelto además al ámbito de lo privado y propenso a desarrollar desde el hogar actividades que antes realizaba fuera de él (alquiler de películas, compra de productos, contratación de servicios, etc.) Vid. Martino, Bettina, *Ob. cit.*
26. Entre ellos, Becker, (1981), Amitai Etzioni, 1983 y Christa Daryl Slaton, 1992. Citados por Prats-Álamo, *Ob. cit.*
27. A mediados de la década de los ochenta, se demostró que la TVC no había conducido a nuevos mecanismos de democracia directa ni logrado incrementar la participación política en referencia a un público de carácter general. Vid. Martino, Bettina, *Ob. cit.*
28. Howard Rheingold fue uno de los primero que apreciaron su potencial. Rheingold, Howard, *La comunidad virtual*.
29. *Ibidem.*, pp. 349-346
30. *Ídem*, pp. 351, 361-362.
31. Vid. Prats, Joan Oriol y Del Álamo, Óscar, *Ob. Cit.*
32. Conocido como el incremento del *directismo*. Locución empleada por Sartori. Vid. Sartori, Giovanni, *El homo videns. La sociedad teledirigida*, p. 124.
33. Tema por demás interesante que no es posible desarrollar los argumentos en profundidad por razones de espacio y por exceder el objeto del artículo.
34. Vid. 2.2., 5) parte final.
35. Sarti, Ingrid, ... ver en red 2000,...
36. Tomás Maldonado, explica claramente este ideal clásico y el intento de adecuación a la democracia electrónica. Maldonado, Tomás, *Crítica de la razón informática*, pp. 26-30.
37. Vid. Garzón Valdés, Ernesto, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*; Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales del mundo*; Virilio, Paul, *Cibermundo. Una política suicida*, p. 21; y Sartori, Giovanni, *Ob. cit.*, pp. 108-110.
38. Vid. Ramonet, Ignacio, *La tiranía de la comunicación*, pp. 163-166. Daniel Bounoux, por su parte pone esta situación en otras palabras: “Preferimos en general el espectáculo, aunque sea horrible..., de una guerra a un curso de historia-geografía o de economía: un pequeño sudanés esquelético espanta –pero molesta menos, sin embargo, que explicar el intercambio desigual y el interés de las grandes potencias. La imagen zoom sobre los efectos sin demorarse en el travelling o en la panorámica sobre las causas, que quedan fuera del campo”. Y agrega: “...se puede dudar de

- que nos sumerjamos en ‘las infos’ a la vuelta del trabajo para aumentar nuestros conocimientos o nuestra conciencia crítica...Nadie ignora las informaciones, pero nadie está obligado a comprenderlas. ‘Conmoverse instantáneamente por todo, para no ocuparse durablemente de nada’ (Amin Maalouf): la masa en nosotros y fuera de nosotros...se comprueba afectada, excitada, pero en el fondo poco involucrada”. Citado por Martino, Bettina, *Ob. Cit.*
39. Roszac, Theodore, *El culto a la información. El folclore de los ordenadores y el verdadero arte de pensar*, pp. 202 y ss. Maldonado, Tomás, *Crítica de la razón informática*, pp. 97-100.
40. Sartori, Giovanni, *Ob. cit.*
41. *Ibidem*, pp. 124-125.
42. Virilio, Paul, *La bomba informática*, pp. 73-79.
43. García Canclini, Néstor, *Diferentes, desiguales y desconectado. Mapas de la interculturalidad*, p. 181 y ss.
44. Rifkin, Jeremy, *El fin del Trabajo*. Castell, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura, La sociedad red*, Vol. I, pp. 302-309; *Fin de milenio*, Vol. III, p. 380. Arteaga Botello, Nelson, “Acceso y uso del Internet: entre la desigualdad y la polarización”, pp. 211-215.
45. Citado por Martino, Bettina, *Ob. cit.*
46. *Ibidem*
47. Vid. 1.3, parte final.
48. Tema por demás interesante, que no se aborda por cuestión de espacio y exceder a nuestro objetivo. Para una panorámica concisa al respecto, vid. Martino, Bettina, *Ob. cit.*
49. Vid. Prat-Álamo, *Ob. cit.*
50. Un ejemplo de ello, sería la existencia de un extenso tejido asociativo de ONG en función que actúen como sustitución provisoria de las instituciones tradicionales actualmente en crisis.
51. Fitoussi y Rosanvallon, *Ob. cit.*, citado por Martino, Bettina, *Ob. cit.*

Bibliografía

- ARTEAGA BOTELLO, Nelson, “Acceso y uso del Internet: entre la desigualdad y la polarización”, en *La complejidad de las ciencias sociales en la sociedad de la información y la economía del conocimiento. Trastocamiento objetual y desarrollo informacional en Iberoamerica*, Massé Narváez, Carlos E. (Coord.), Colegio Mexiquense. A. C, México, 2005.
- CALETTI, Sergio, (2000), “Videopolítica, esa región tan oscura. Notas para repensar la relación política/medios”, en: *Constelaciones de la Comunicación*, Año I, N° 1, Buenos Aires, Fundación Walter Benjamín.
- CARRACEDO, J. D. (2004). “Conceptualización y clasificaciones de los modelos de democracia digital”, en: *II Congreso online del observatorio para la Cibersociedad*, ponencia en línea <http://www.cibersociedad.net/congres2004/grups/fitxacom_publica2.php?idioma=es&id=587&grup=3>. Consulta: 14-01-2007, 20:30 hrs.
- CASTELL, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura, La sociedad red*, Vol. I, *Fin de milenio*, Vol. III, Siglo veintiuno, México, 1999.
- DAHL, Robert, *Democracia y sus críticos*. Alianza editorial, México, 1989.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- HARTO DE LA VERA, Fernando (2006). “Tipologías y modelos de democracia electrónica”, en: *Primer congreso sobre Internet, derecho y política: las transformaciones del derecho y la política en la*

- sociedad de la información*, monográfico en línea. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. N.º 2. UOC. <<http://www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/harto.pdf>> Consulta: 15-01-2007, 19:00 hrs.
- HELD, David. 1987. *Modelos de democracia*, Alianza Ensayo, Madrid, 2001
- HOFF, J., HORROCKS, I. and TOPS, P. (eds). 2000. *Democratic Governance and New Technology*. Routledge/ECPR Studies in European Political Science. London. Under the framework of governance the capabilities and identities of the actors plays a crucial role (March and Olsen, 1995)
- GARCÍA CANCLINI, Néstor, *Diferentes, desiguales y desconectado. Mapas de la interculturalidad*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- GIOVANNI, Sartori, *Teoría de la Democracia*, vol. I: El debate contemporáneo. Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- GIOVANNI, Sartori, *El homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, México, 1998.
- LIPOVETSKY, G. *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, Anagrama, Barcelona, 1992.
- LONDON, S. "Electronic democracy". 1994 <http://www.pin.org>
- MALDONADO, Tomás, *Crítica de la razón informática*, Paidós, 1997.
- MARGAÍN Y COMPEÁN, Julio César, "Sistema e-México: Convergencia Tecnológica con Equidad". *En Mercado de Valores*, mayo 2001, pp. 3, 11, 12; y en documento en línea "e-mexico un proyecto para la sociedad de la información" *Abciét* 24/06/02, en http://www.comtelca.hn/noticias/e_mexico.htm, Consulta: 15-01-2007, 18:18 hrs.
- MARTINO, Bettina, "Posmodernidad, crisis de representación y democracia electrónica", en *Razón y Palabra*, Número 22 Mayo-Julio, 2001, documento electrónico en http://www.razonypalabra.org.mx/antiores/n22/22_bmartino.html, Consulta: 14-01-2007, 19:30 hrs.
- NOHLEN, Dieter, *Sistemas electorales del mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- PRATS, Joan Oriol y DEL ÁLAMO, Óscar (2003), Analista IIGC, en *Democracia electrónica: concepto, tipos y posicionamientos*, documento electrónico http://revistafuturos.info/raw_text/raw_futuro4/democracia_e.rtf. Consultado: 15-01-2007, 19:26 hrs. e Instituto Internacional de Gobernabilidad de Cataluña. <http://www.ii.gov.org/documentos/?p=6_0094>
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *¿Ciberciudadani@ o ciudadani@.com?*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- RAMONET, Ignacio, *La tiranía de la comunicación*, Editorial Debate, Madrid, 1998.
- RIFKIN, Jeremy, *El fin del Trabajo*. Paidós, Barcelona, 1996.
- RHEINGOLD, Howard, *La comunidad virtual. Una sociedad sin fronteras*, Gedisa editorial, Barcelona, 1996.
- ROSZAC, Theodore, *El culto a la información. El folclore de los ordenadores y el verdadero arte de pensar*, Grijalbo, México, 1990.
- SARTI, Ingrid, 2000. Ver: www.clasco.org
- TOFFLER, Alvin, *La tercera ola*, . 1980.
- VIRILIO, Paul, *Cibermundo. Una política suicida*, Dolmen Ensayo, Santiago de Chile, 1997.
- VIRILIO, Paul, *La bomba informática*, Cátedra, Madrid, 1999.

COMUNICACIÓN SOCIAL E IDENTIDAD

Roberto Sánchez Benítez

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UMSNH

Verse como nos ven los otros puede ser cuestión de mantenerse alerta. Ver a los otros como compartiendo una naturaleza con nosotros es un acto de pura decencia. Pero lo más difícil de llevar a cabo es vernos entre los demás, como un ejemplo local de formas de vida humana, como un caso entre casos, un mundo entre otros mundos.

Clifford Geertz, *Local Knowledge*

Porque yo es otro

Rimbaud

El semiólogo y novelista italiano Umberto Eco señala que todo “fenómeno cultural es un acto de comunicación” (43). De ser así, la comunicación abarcaría a la mayoría de los procesos sociales donde efectivamente existe un mensaje a ser interpretado o comprendido. Actividades que se desarrollan a partir de códigos aprehendidos y sobre los que se reacciona de manera asimismo específica. Viviríamos entonces en un mundo de información y comunicación, donde lo segundo parecería haber suplantado a lo primero, saturando nuestras nociones de la realidad. Una forma de entender la comunicación social o comunicación de masas, dentro de este universo de sentido (que no tan sólo de señales) ha sido, desde los años ochenta del siglo pasado, a partir de la ubicación de los sujetos dentro de las relaciones humanas, esto es de la forma en que establece “el lugar de los individuos en el grupo y el del grupo en la colectividad” (Malmberg, 187). Es en este conjunto de relaciones donde intervienen los procesos identitarios a través de la generación de símbolos, imágenes o modelos, y de la aproximación de mundos lejanos, realidades conocidas mediáticamente. Nuestra tesis a sostener es que los medios de comunicación desempeñan en la actualidad un papel central para comprender la identidad como integración de esos ámbitos o experiencias en las cuales el “yo” amplía sus horizontes y podría, en el mejor de los casos, elevar su calidad de vida. A pesar de todas sus inconveniencias, dichos medios han contribuido a crear una pluralidad de elecciones y contextos que han planteado como nunca la necesidad de “planificar estratégicamente la vida” (Giddens). En definitiva, los cambios en los aspectos mínimos de la vida personal han estado ligados al establecimiento de relaciones sociales de largo alcance.

I

“La subjetividad es lo extraordinario cotidiano de mi responsabilidad hacia los otros hombres, hacia aquello que no está en mi poder (porque el otro no está, como los objetos del mundo, bajo mi poder)” Emmanuel Lévinas, *Dios, la muerte y el tiempo*

La posmodernidad ha traído importantes transformaciones en nuestras formas de vida. Muchos de los valores tradicionales relacionados con la manera de comprender lo que somos y hacemos, de interrelacionarnos, el papel de las instituciones y de gobierno sobre la sociedad civil, han cambiado de manera definitiva: el significado de las creencias religiosas, el papel de la política sobre la vida comunitaria, la formas que tiene ahora el individuo de enfrentar sus dilemas personales e identidades reelaboradas. El panorama internacional ha ejercido como nunca una influencia determinante en las vidas locales. Basta con observar a la juventud para tener, de manera concisa, todos los problemas y expectativas que un futuro estructurado a partir de múltiples elementos mediáticos, transculturales y multiétnicos ha creado entre nosotros. Como hemos mencionado, la identidad se estructura no a partir de facultades innatas del individuo, sino a partir de la “disolución” del yo y de la emergencia del “otro”, es decir, de un conjunto mayor de relaciones sociales. Antes que pensar en una determinación “a priori” de la identidad, debemos pensarla como reconstituyéndose constantemente, siendo más social que individual, reformulada o redireccionalizada a medida que nos movemos en los espacios mediáticos y de la intersubjetividad. La identidad es ahora una posibilidad abierta, inagotable, establecida a partir de microespacios que representan al “todo”.

En lugar del “yo” parecería entonces tener cabida una pluralidad de voces, ninguna de las cuales podría sobreponerse o dominar a las demás: identidad como resultado de esta polifonía o concierto de voces. “Yo” habitado, poblado, saturado por *fragmentos de los demás*. Cada una de estas voces representa una realidad en particular. Habría momentos en este proceso en que pareciera como si cada uno de nosotros se fuera convirtiendo en otro, al cual imitamos, del cual importamos valores y actitudes, incluso ilusiones, y con quien nos habríamos relacionado al grado casi de ser indistinguibles de él o ellos. En la década de los sesenta, Erich Fromm se refirió a esta situación de la siguiente manera: “El individuo deja de ser él mismo y adopta enteramente el tipo de personalidad que le proponen las pautas culturales; se convierte, por tanto, en una réplica exacta de lo que son los otros y de lo que estos esperan que sea (...)” (citado por Giddens, 1998:242).

“Yo” estructurado a partir del “nosotros”, del cual dependemos más y que puede ser catalogado como una cierta “imagería social”. Estos “otros” son “posibles yoes” en los cuales nos gustaría convertirnos, o de los que tendríamos miedo convertirnos

eventualmente. Es por ello que el sujeto social pareciera caer reiteradamente en contradicciones consigo mismo. Las posibilidades de contar con una personalidad unitaria son ahora cada vez más remotas. Existen múltiples opciones a la mano, y la decisión entre ellas se torna conflictiva, problemática, angustiante, puesto que las referencias que pudieran permitir elegir son a su vez móviles. El grado de complejidad de las relaciones contemporáneas vuelve, paradójicamente, imposible contar con una racionalidad coherente o con una toma de decisiones congruente por parte de los sujetos sociales: “Nos acercamos a la condición en la cual la idea de ‘elección racional’ se convierte en un sin sentido” (Gergen, 79).

Las personalidades sociales se presentan como el resultado de mezclas, influencias, mutaciones interminables. “Personalidades camaleónicas” o proteicas. Los demás parecieran estar determinando las convicciones más íntimas, las maneras de participación social de cada cual. Pudiera ocurrir que fueran los otros los que, al final, tuvieran la verdad última sobre mi mismo, como alguna vez llegara a manejar el existencialismo a propósito de los que sobreviven a la muerte y pueden contarlo. El hecho de “compartir” lo de los demás crea las condiciones de experiencias diversas cuyas formas de realización e intencionalidades son a su vez variables, permitiendo entonces la exploración de un mayor número de campos vivenciales. Hablaríamos no de “enajenación” sino de diversificación: tener varios destinos a la vez, perseguir varias metas aunque unas y otras, como hemos indicado, pueden parecer contradictorias.

Un “yo relacional” se encuentra en el futuro de cada “yo” individual, cada vez menos capaz de realizar las cosas por sí sólo, aunque complacido quizá por todas las opciones individualistas que la sociedad contemporánea le brinda. Las tendencias sociales contemporáneas tienen a hacernos entender que este yo personal, íntimo, a pesar de todas las evidencias, pronto será una pieza de museo, un “yo” encontrable a través de la nostalgia, de las imágenes de una realidad sin acomodo ya en el presente. Sólo que las posibilidades de formular un “yo relacional”, incluyente, solidario, liberalizado incluso de sí mismo, dependerán de las posibilidades de contar con un lenguaje adecuado que, poco a poco, substituya al heredado por la tradición. Formando parte de este lenguaje estarán, sin duda, las narraciones que tiendan a redescubrir las historias personales en un intento por superar la fragmentariedad, la ruptura, la ausencia de un *telos* que reestablezca el sentido del vivir; volver a crear “unidades de vida” autocomprendibles vinculadas a acontecimientos tomados en cuenta desde la perspectiva de los dominados o excluidos, desde la marginación, por ejemplo. Resarcir, en última instancia, lo que en su tiempo fue señalado como la ausencia de fines últimos, si bien esto tenga que hacerse a pesar de la “popularidad del presente”, del “encanto de las presencias”. Y es que “No hay presente que no esté informado por alguna imagen del futuro, e imagen del futuro que no se presente a sí misma en la forma de un *telos* —o como variedad de fines o metas— hacia el cual nos estamos moviendo o comenzamos a mover en el presente” (MacIntyre, 217)

Bajo esta posibilidad, saber lo que hemos sido, somos y seremos no puede ser distinto a ubicarnos en historias mínimas donde habremos de ser a un tiempo autores y actores, enfrentando riesgos, y donde habremos de postular futuros compartidos por una gran mayoría de seres humanos. Aún y cuando no sepamos lo que nos podrá ocurrir en la vida (incertidumbre), al menos debemos recuperar una cierta forma que nos proyecte hacia adelante. Debemos seguir buscando cierta “verdad” de nuestra existencia, entendida quizá como la realización de valores y virtudes tendientes a una mejoría de las condiciones de vida en general, a pesar de su fragmentación, y a partir de la recuperación de los otros, de la aceptación de la alteridad como forma de reestructurar la identidad, de los medios de decirnos unos a otros lo que hemos sido, de contar a/para los demás tal y como ellos cuentan de/para uno. Al fin de cuentas habrá que aceptar que “no somos lo que somos, sino lo que hacemos”, a la vez que lo que puedan ser los individuos dependerá de los esfuerzos reconstructivos que acometan (Giddens, 1991:99).

II

En la actualidad, desde el punto de vista del conocimiento social, hemos acordado que el sujeto es vivido, hablado, esperado por lo que no es él y que sin embargo lo constituye o forma. Son las relaciones, las fuerzas, las ideologías, el lenguaje, el poder, las experiencias, las estructuras anónimas las que lo hacen ser como tal. No sin cierta suspicacia, Gianni Vattimo, pensador destacado de la posmodernidad, sostiene que ésta ha llegado a ser lo que en años anteriores fueron, sucesivamente, el marxismo y el estructuralismo, es decir, pensamientos de la ausencia, la deuda, la carencia o la falta. En consecuencia, la posmodernidad considera que no nos queda otra tarea que pensarnos como un “poder-ser”, como “apertura a la posibilidad”, como “evento” o “envío” que debe realizar, entre otras cosas, lo que fue proyectado en el pasado. No se trata de que el sujeto se desconozca y pierda en la confusión reinante, en las inaprehensibles dimensiones de lo misterioso, o en los luminosos destellos del momento, sino que asuma su historicidad, de que plantee y decida acorde con la experiencia y lo vivido por los demás, que son como él y con los cuales puede desarrollar un nuevo sentido de cooperación y lealtad.

Posmoderno es aquél que se muestra inconforme con algunas de las conquistas de la modernidad; disiente, por ejemplo, de la idea iluminista del progreso (que no debemos confundir con la de civilización, según Hannah Arendt), según la cual los descubrimientos científicos, y en general la racionalización del mundo, significaban, de manera inmediata, una emancipación o liberación del hombre. Cree, en consecuencia, que la realidad es algo más que aquello que la razón con frecuencia nos acostumbra a identificar. De ahí que la posmodernidad sea tanto una actitud

intelectual, como una cierta época que pretende romper con el primado de la razón y la representación. A los primeros posmodernos se les ubicó en una cierta “escuela de la sospecha”, ya que aseguraban que existe algo en la realidad que es irrepresentable a partir de lo representable, es decir, que no podemos ver ni hacer ver.

El sentido cultural de la posmodernidad se encuentra caracterizado, en consecuencia, y entre otras cosas, por el “eclecticismo” y el multiculturalismo. En principio, cualquier aspecto, sea del presente o del pasado, de la historia de una nación o de otras, se encuentra perfectamente legitimado en su uso. No hay más barreras ideológicas, religiosas, geopolíticas que impidan el vasto intercambio de personas, bienes, valores, principios, estilos, información o conocimientos. La era de la comunicación y la globalización, así como de una no menos importante y urgente responsabilidad y solidaridad planetarias, lo es de la posmodernidad. Todo puede coexistir en nuestro tiempo; formar parte de él y “hacernos” a su manera, incluyendo lo que podemos sentir como futuro posible.

Tal situación ha tenido como consecuencia la creación de nuevos sujetos e identidades; nuevas formas de comprender una realidad humana cada vez más cerca de sí a partir de sus diferencias, variedad y riqueza, de la pluralidad de “mundos vividos”. Seres dotados de mejores habilidades para enfrentar lo que no es como uno, para coexistir en espacios sociales más amplios, habitados por más de un punto de vista e interés. Se habla entonces de un “yo saturado” (Kenneth Gergen), poblado por una increíble cantidad de información y mensajes que ese mismo “yo” no genera (“multifrenia”), proveniente de su cotidiana civilización móvil, multicultural y mediática. Identidad que se convierte prácticamente en un calidoscopio

La gente tiene ahora mayores posibilidades de desplazarse de un lugar a otro, ya sea temporal o definitivamente: del campo a la ciudad, de una región a otra, de un país a otro, sin importar clase o condición social, aunque, como es de esperarse, son las de más bajos recursos económicos las que buscan una mejor situación. De esta manera, han tenido lugar fenómenos de desterritorialización (por utilizar una expresión debida al filósofo francés Gilles Deleuze), de multilocalidad que, a su vez, han hecho posible la emergencia de nuevas identidades.

Sin duda que nuestra época se ha caracterizado por la existencia del pluralismo cultural. Las culturas han entrado en una fase de interacción como nunca antes se había visto aunque, en muchos casos, ha sido de forma violenta. Las culturas que en otro tiempo era homogéneas y que sólo existían en su lugar de origen, ahora se ubican dentro de cierto cosmopolitismo y arraigan en lugares distantes. Se puede ser budista en el centro de una ciudad urbanizada, por ejemplo. Un aspecto relacionado con el anterior es, en consecuencia, el cambio cultural. Nada pareciera permanecer ni conservarse: los valores, las creencias, las conductas, los estilos de vida incorporan lo diferente en la vida social cotidiana; criterios que se relativizan y que hacen posible la adopción de nuevos aspectos de la vida humana, como una

forma de continuar enriqueciéndose. En la medida en que una sociedad es más propensa a los cambios, puede aceptar lo de otras, adaptándolo a sus circunstancias y beneficiándose de ello, no considerándolas como superiores, inferiores o sociedades y culturas equivocadas. La movilidad y el dinamismo social han introducido criterios de equidad y justicia que no han podido tener las sociedades estructuradas verticalmente sobre la base de una inmovilidad o rigidez.

Culturas al borde de un hilo de acontecimientos plurales, como trenzadas sobre la base de “horizontes” comunes y de riesgo. La renovada presencia de las diferencias culturales —el llamado multiculturalismo—, no sólo ha puesto en evidencia la relatividad de cada una de ellas, el hecho de corresponder a una determinada circunstancia humana, sino que ha creado la necesidad de replantear los términos de la comunicación en general, la solidaridad y reconocimiento de los valores y costumbres de cada una de ellas. Ha sido la ocasión de mejor valorar que lo somos en un momento determinado.

Es a partir de lo anterior que tiene sentido un criterio de justicia, desarrollado fundamentalmente por el pensador norteamericano Richard Rorty, y según el cual debemos hablar más bien de lealtad, el cual remite a su vez a un tipo de “identidad moral” creado en el seno de la diversidad, y no como un conflicto entre razón y sentimiento, sino entre identidades alternativas, autodescripciones alternativas, formas alternativas que pueden dar sentido a la propia vida. Rorty apela a la fabulosa utopía de volvernos “ciudadanos del mundo”, de forma que pueda valorarse adecuadamente el sufrimiento del otro. Apelar a la lealtad es, en este caso, hacerlo con relación a las creencias centrales de cada individuo con vistas a reformular su “identidad moral”. La razón deja de ser una mera fuente de autoridad para convertirse en un proceso de consecución de acuerdos mediante la persuasión, es decir, a través de un *continuum* de grados de superposición de creencias y deseos. Ser racional es hacer posible que, en algún sitio entre las creencias y los deseos compartidos, existan suficientes recursos para permitir un acuerdo sobre cómo coexistir sin violencia. Alguien “irracional” es, por el contrario, incapaz de compartir suficientes creencias y deseos con los demás como para hacer posible una conversación, un diálogo o debate y, ocasionalmente, acordar los términos bajo los cuales regir nuestras vidas.

A fin de cuentas, lo que se quiere con este planteamiento es que se incrementen las obligaciones morales para con los demás. Ampliar el sentimiento del “nosotros” tanto como podamos; advertir más nuestras similitudes que nuestras diferencias, es decir, lo que nos une, como puede ser patéticamente el hecho de poder ser humillados por igual, el riesgo y el peligro (nadie está a salvo de nada en estos días); descubrir las esperanzas en común, lo que debemos evitar (el sufrimiento), la forma en que podemos imaginar una vida mejor sobre el “transfondo de una creciente percepción de la radical diversidad de los propósitos privados, del carácter radicalmente poético de las vidas individuales, y de la fundamentación meramente poética de la ‘nosotros-conciencia’ que subyace a nuestras instituciones sociales”¹.

Una cultura puede verse a partir de lo que no es, en su contacto o intercambio con otras, lo que puede permitirle redescubrir sus motivos y objetivos. Así como ya no podemos seguir condenados al silencio, no podemos evitar que el mundo –con su extraordinaria diversidad–, entre en nuestra casa de muy diversas maneras. De ahí que una de las tareas que, en el plano educativo, se plantean a partir de este escenario de amplia e intensa movilidad, consista en educar bajo la impronta de mejores habilidades comunicacionales; de generar una conciencia que pueda enriquecerse a partir del cambio de perspectivas; de hacer posible de una manera más responsable el manejo de la crítica, la duda y la edificación cognoscitiva.

De alguna manera, este sentido cultural de la posmodernidad queda definido en una excelente definición proporcionada por Stephen Toulmin: la posmodernidad describe un mundo que “no ha descubierto cómo definirse a sí mismo en términos de lo que es, sino de lo que ya-ha-dejado-de-ser”. El prefijo “pos” que acompaña a la noción que analizamos no plantea una superación inmediata de lo que la modernidad nos ha heredado, como si tuviera que dejar de existir de la noche a la mañana. No habría posmodernidad sin modernidad que la ha hecho posible. Hablar de posmodernidad equivale a recuperar lo que la misma modernidad habría creado en sus procesos de denuncia o autocrítica. Posmoderno es el vuelco hacia el pasado, las tradiciones, las creencias, el mundo cotidiano o religioso que caracteriza a ciertos estudios sociales, así como hacia ciertas funciones olvidadas del lenguaje. El “retorno de lo sagrado”, el pensamiento ecológico, la presencia de la ética en el dominio privado o en las responsabilidades públicas, son típicamente asuntos posmodernos. Todo parecería indicar que *somos algo más de lo que se nos había dicho que éramos*, y lo somos gracias a ese decir que constantemente nos reinventa a partir del deseo y la esperanza. La época que vivimos nos brinda esta oportunidad de saber lo que más somos o podemos ser. No otro es su desafío.

III

Hablar de la identidad supone hacerlo de la persona, lo que además ocurre en el tiempo, en la historia. La persona concreta, individual, posee una historia, esto es, ha transcurrido por el tiempo, ha devenido lo que es. Es decir, que no podemos hablar de la identidad personal si no es refiriéndola al tiempo, a la manera en la que se construye en el tiempo. La identidad personal sólo se puede articular en la dimensión temporal de la existencia humana. Existe al respecto una propuesta que parece sugerente ya que combina el aspecto de la identidad y el del tiempo. Se trata de la “identidad narrativa” tal y como la plantea el filósofo francés Paul Ricoeur. Este autor se pregunta si no es posible considerar la vida humana más “legible” a partir del hecho de que pueda ser inscrita dentro de una narración, de que nos

digamos cómo ha sido, en razón de qué. Pero también a propósito de lo que otros dicen sobre lo que ha sido esa persona. Ricoeur considera que podemos entender mejor a alguien en la medida en que podamos inscribirlo en una narración al estilo de la practicada por los historiadores, o bien utilizando el modelo de la ficción. En todo caso, la propuesta se inclina por una reconstrucción antes que por el mantenimiento de una identidad heredada, incuestionada. ¿Qué somos? Depende de la forma en la que nos digamos, de la manera en la que podamos reconstruir lo que hemos sido, lo cual no es sino una variable de todo presente. Lo cual quiere decir que somos lo que somos capaces de decir de nosotros mismos, lo que podemos interpretar de nosotros, muy al estilo nietzscheano (Nietzsche decía que no hay hechos sino interpretaciones). Es más, el autor plantea un entrecruzamiento entre historia y ficción a la manera literaria, de tal manera que lo que seamos quede dicho en una narración, en un decir que no escamotea ninguna de las dimensiones de la existencia humana, como pueden ser las ilusiones, los sueños, los ideales, además de los “hechos” así consignados por nuestro actuar. Se trata de argumentar la noción de “identidad narrativa” como una cuestión pertinente al problema de la identidad personal, de carácter cultural, ético e histórico. La ventaja de una noción como ésta radica en el hecho de que puede mejor describir a la acción antes que a una entidad idealizada. Lo que somos es lo que hacemos, y para hablar de ello vale lo que nos “contemos”.

La identidad debe ser en la actualidad una construcción que conjuga tanto elementos heredados de la tradición como aquellos que resultan de la invención inmediata del sujeto frente a las condiciones de su tiempo. Forma parte de la identidad tanto el pasado como el presente, y aún más el futuro que se deja intuir a partir de la imaginación.

En particular, comunicación e identidad es un tema polémico, ya que pareciera que se enfrentan dos aspectos cuya asociación resulta intolerable. El discurso tradicional sobre la identidad se alimenta de fuentes históricas e ideológicas; sus funciones son claramente diferenciables desde el punto de vista de una razón de Estado. Tal discurso es deudor de una concepción en la que el sujeto es entendido a partir de una naturaleza o esencia invariable, ligada a “sí mismo”; un “origen” del cual no podríamos desprendernos. La comunicación de masas, por el contrario, es entendida mayormente como distorsionadora de la identidad, como aniquiladora de valores humanos, volviendo dependientes a los sujetos en una lógica egoísta de consumo, alienante y cosificadora; en suma yendo quizá en el camino inverso de la identidad primera, “auténtica”, “pura”, espiritual e insalvable, al despersonalizar, y generar patrones de conducta y personalidades múltiples, propicias para la “manipulación”, el control de las mentes, la enajenación etc. La comunicación de masas pareciera hacer depender al “yo” de valores intrascendentes, intercambiables, accidentales, mercantiles, colocando al sujeto social en una pluralidad de contextos, escenarios,

ambientes, imágenes, mundos, culturas, así sea de forma “mediática”, pernicioso; cultura del “homo videns” habría dicho Sartori.

Pareciera ser entonces que nos encontramos en la disyuntiva de seguir conservando una identidad nomológica, y de comprender, integrar o asimilar otra de carácter dialógico y mediático (si bien ambos aspectos son diferenciables). La primera permea el discurso tradicional sobre la cuestión; deriva de movimientos de la subjetividad presentados, por ejemplo, en el romanticismo alemán en el siglo XIX. En esta concepción se tiene que cada cual es portador de una originalidad o autenticidad que sólo es cuestión de desentrañar en sí y por sí mismo, muy en el sentido platónico de la “participación” de las ideas. De alguna manera se trata de preservar eso que hemos sido y que persiste en lo que somos. Tarea que debería ponernos en contacto con alguna “naturaleza íntima”, inmaculada, creada de una vez por todas y a la que habría que apelar cuando la correspondencia entre nosotros y lo que nos rodea se pusiera en grave crisis, es decir, cuando “nuestra verdad” fuera traicionada por la presencia de factores extraños. Así, cada uno de nosotros sería el portador de una voz irrepetible, no encontrable en nadie más. Pueblos enteros, grupos humanos, naciones estableciendo su propio camino bajo una peculiar concepción del mundo. En esta caracterización, la identidad es casi una definición algorítmica con muy pocas variables independientes; se encuentra más en dependencia de una postura de carácter epistemológico o estético que moral. Sin embargo, la propuesta dialógica de la identidad corresponde a los actuales fenómenos de multiculturalidad y globalización, así como se presenta como una alternativa a las irracionales manifestaciones de los nacionalismos ortodoxos y los fundamentalismos religiosos tal y como los conocemos patéticamente en la actualidad. Su exigencia es mayor en la medida en que vivimos en escenarios inestables donde las diversas comunidades de raza, lengua, valores y creencias exigen ser reconocidas en sus derechos inalienables.

El conflicto entre estos tipos de identidad alude entonces a modificaciones en la vida relacional de los individuos: una más personalizada, vivencial y directa, aunque limitada al espacio local o nacional; mientras que la otra, impersonal, mediatizada, variable, se vincularía a un contexto global, multicultural, abierto, aparentemente ilimitado, aunque no tan abstracto e inhumanizado. Plantear el asunto de esta manera no es estar concediendo ningún voto ciego e incondicional de aceptabilidad a la mayoría de los medios de comunicación, tal y como los conocemos en la actualidad. Nunca será suficiente la crítica que se realice sobre ellos, aunque se insista en que “el contacto habitual con la información mediada, propio de la vida cotidiana en la actualidad, supone una apropiación ventajosa incluso para la persona con más prejuicios y de mente más estrecha” (Giddens, 1998:239), o bien de que se reconozca, de una vez por todas, que la realidad no es simplemente el aquí y ahora, el contexto de la percepción inmediata, sino “la identidad y el cambio en lo *ausente*”, de forma que el aprendizaje de dicha realidad es ya en gran medida un asunto de “experiencia mediada”.

Más bien lo que nos preocupa son las formas en que, en una sociedad como la nuestra, tradicionalmente cerrada, aparentemente alejada de los eventos mundiales, limitada en cuanto a los intercambios vivenciales con otras culturas, la experiencia de la diversidad cultural va teniendo lugar. ¿De qué manera se ha ido instalando entre nosotros la experiencia de la alteridad, de la “diferencia”, de la multiculturalidad, ahora tan decisiva para comprendernos en un mundo cada vez más relacionado e interactivo (con sus célebres efecto “mariposa”), en donde todas las regiones cuentan de manera estratégica y todos tenemos algo que decirnos y de lo cual aprender, ya que el “otro” es una condición del reconocimiento del “sí mismo”? Hacemos esta pregunta ya que pareciera ser que la vía que nos ha sido reservada es la de aprender de nosotros mismos, de la coexistencia deseable entre los distintos agentes sociales, personalidades, sujetos que integran actualmente a la sociedad mexicana, mujeres, niños, ancianos, inválidos, homosexuales, bisexuales, católicos, evangélicos, profesores, herreros, campesinos, migrantes, comunidades indígenas, sobre todo. Y es que las únicas ideas y visiones de lo diferente parecieran haberse agotado en la remisión constante hacia un pasado usurpado y conquistado, origen roto, así como en la recuperación incesante del presente de estos vestigios. ¿Serán los medios de comunicación los que desempeñen, nos guste o no, un papel determinante en la conformación de esta conciencia, ahora precaria, temerosa de la alteridad?

De contestar afirmativamente la pregunta anterior, la comunicación social estaría generando identidades sobre las cuales no estaríamos fácilmente de acuerdo, en función precisamente de contar con un criterio de identidad al cual consideramos irrenunciable, pertrecho del “yo” que, en alguna parte del ser, haría frente a toda posibilidad de cambio; identidad estructurada a partir de unos cuantos valores estables, tradicionales, y de discursos generados a partir de una idea de la historia y su sentido; identidad como “pertenencia”, vinculación a grupos o nacionalidad. Sin embargo, existen hechos que no podemos dejar de señalar –nos lo dice la vida cotidiana–; imágenes que vemos todos los días, en la apariencia y modo de ser de quienes nos rodean, de las circunstancias que localmente ahora vivimos. Muchos de los aspectos que han definido la “identidad” han quedado en suspenso; esta noción ha ido adelgazando su contenido a medida que han hecho su aparición nuevas formas, valores, referentes y relaciones a partir de las cuales el sujeto puede estructurar una idea o narración de lo que es, hace o quiere, de las comunidades estables o semiestables en las cuales participa y define momentáneamente su sentido social. Identidades fragmentadas, incompletas, abiertas, mutantes, híbridas como queremos señalar.

Identidades que se definen ciertamente por patrones de consumo, por regímenes alimenticios o vinculación a organizaciones civiles o políticas, por gustos afines o coincidencias esporádicas, por lo que se detesta o el tipo de sexualidad que se practica, por el portar un teléfono móvil o usar determinada moda o peinado, por admirar al mismo ídolo musical o la manera en la que se disfruta del tiempo libre; el

fervor de los deportes. Un referente destacado lo tienen sin duda las creencias religiosas en la actualidad, tema que por sí sólo merecería una sesión de análisis. Identidades que generan con frecuencia, y peligrosamente, diferencias y exclusiones. No deja de ser inevitable que tratando de estos temas, salga a colación la famosa frase del escritor de ficción George Orwell (forjador de una polémica distinción entre “nacionalismo” y “patriotismo”) quien, en su novela corta *La granja de los animales* (1945), dice, refiriéndose a los “personajes” de dicha obra que “todos los animales son iguales, sólo que existen unos más iguales que otros”; estos últimos hacen de la diferencia un poder, una hegemonía o privilegio, situándose por encima de los que no son tan iguales.

Alguien podría argumentar que se trata de “identidades” menores sobre las que se podrá colocar la identidad nacional propia, firme, la que se refiere a la pertenencia al idioma, territorio, gobierno, en suma la ligada al patriotismo o la defensa de la soberanía, la seguridad y los intereses elevados de un país o Estado. Sin duda. De hecho no debería existir ningún problema entre ellas. Es más, como ha sostenido Amartya Sen, premio nobel de Economía 1998, en un interesantísimo coloquio celebrado en Madrid sobre “Los fanatismos de la identidad”, y que la revista *Letras libres*, de México, ha reproducido: debería ser posible una cierta compatibilidad entre las identidades plurales y las exigencias de la nacionalidad y de la cohesión social, “tanto para una comprensión más cabal de la naturaleza de la identidad, como para una política pública y una práctica social más eficaces” (Sen, 14). Al lado de la noción de “identidades plurales”, Sen introduce el factor de la “libertad de elección” e incluso de un “ir más allá de la identidad” a partir de consideraciones ético-políticas que la hacen inservible para fines comunitarios e inclusivos, propios de una internacionalización de los derechos humanos y otros fines análogos. De esta manera, el problema de la identidad debe plantearse a partir de la posibilidad de elegir entre varias identidades, y después tener la libertad suficiente para decidir cuales serán las prioritarias. Muchas de las atrocidades del mundo ocurren como resultado de que la gente “se siente obligada a actuar de forma particular, de acuerdo con la identidad que cree tener, lo cual incluye castigar a quienes pertenecen a un grupo que tiene una relación hostil con el grupo al que uno pertenece” (Sen, 17).

Sen concluye señalando que el ciudadano moderno se encuentra definido por la capacidad, única en la historia, de construir sus propias señas de identidad, ya no a partir de mundos heredados (nacionales, comunitarios, religiosos o familiares), sino por medio de sus propias decisiones, valores, gustos: identidades plurales a las cuales no deberíamos renunciar en función de una identidad “principal” so pena de empobrecer mucho nuestras vidas y sentido práctico. Sen reconoce una verdad que ya hemos mencionado, con toda la impronta de las circunstancias específicas del momento actual: “Nuestro autoconocimiento debe incluir el modo en que nuestros intereses y nuestras prioridades se ven influidos por la presencia de los otros, pues

los otros ejercen una enorme influencia en nosotros, aun cuando el carácter tácito de los vínculos a menudo le reste transparencia a esta influencia” (Sen, 12).

Por su parte, Tzvetan Todorov, otro de los participantes en el coloquio referido, ha dicho que el individuo se identifica en la actualidad con identidades múltiples. Es la suma de identidades la que crea su identidad. En todo caso, lo que vuelve triste al hombre es el hecho de contar con una única identidad, la cual no debería desaparecer en los integrismos. “La actitud que debería desarrollar el ser humano debería ser *mi respeto a la identidad de los otros*, y este principio se convierte así en un acto moral”.

El caso es que las sociedades contemporáneas gravitan en torno a nuevos referentes, los cuales ayudan a comprendernos, al ubicarnos unos con relación a los otros. Todos podemos sentirnos con una nacionalidad, lo cual no alcanza para entender, sin embargo, la razón de que los individuos tengan determinadas actitudes e inclinaciones personales que, por otro lado, extraordinariamente nos acercan a sujetos que no pertenecen a nuestra comunidad. Identidades compartidas que desbordan el marco nacional e institucional de las sociedades, las fronteras, que incluso van más allá de las historias “exclusivas” de los pueblos. Son los diversos tipos de nacionalismos ortodoxos, conservadores, “feroces”, los que han estado en tela de juicio últimamente, dada la violencia con la que han manifestado sus reivindicaciones. Nacionalismos que paradójicamente, vuelven obsoleta la idea de Estado y nación; “nacionalismos apátridas”, si es que pudiera haber la expresión, justamente cuando son grupos los que reivindican el todo de una nación.

Es a través de las identidades “no oficiales”, transnacionales, que podríamos comprender los problemas como perteneciendo a contextos más amplios y diversificados, creando espacios de solidaridad y responsabilidad internacionales, cosmopolitas, donde simplemente nos uniera lo humano a pesar del idioma, el nivel de desarrollo o pobreza, la cultura o las creencias. En la actualidad es común constatar que existen mayores afinidades entre las comunidades humanas a partir de este tipo de parámetros, que las referencias de exclusión manejadas por los discursos políticos tradicionales. Es posible reconocer en un italiano, mexicano, checo, hindú o español los mismos temores y fobias, algunas actitudes semejantes frente a los problemas, circunstancias de edad, sexo y profesión, inclinaciones y comportamientos familiares: sorprendentes parecidos, idénticos horizontes de comprensión, salvo algunos matices evidentemente. Sin embargo, esta es una visión poco cultivada y, en algunos casos, negada por fines exclusivistas como si los países no gravitaran en la actualidad en torno a los mismos problemas y catástrofes, ante los mismos desafíos y limitaciones dentro de lo que se ha dado en llamar asimismo “sociedades de riesgo”. Hablaríamos, en resumen, de una idea renovada de hospitalidad y cosmopolitismo que ha tenido en Kant a uno de sus más importantes expositores. Una idea suya correspondiente al derecho cosmopolita no podría ser menos urgente en estos momentos: “la razón práctico-moral expresa en nosotros su *veto* irrevocable: *no debe haber guerra*; ni guerra entre tú y yo en el estado

de naturaleza, ni guerra entre nosotros como Estados que, aunque se encuentran internamente en un estado legal, sin embargo, exteriormente (en su relación mutua) se encuentran en un estado sin ley; –porque éste no es el modo en que cada uno debe procurar su derecho.” (Kant, 195)

“Naciones cosmopolitas” (Giddens), basadas en la pluralidad cultural, que vendrían a minar precisamente los nacionalismos conservadores, tan en boga en la actualidad. Sólo la perspectiva del cosmopolitismo estaría en posibilidades de consolidar a las sociedades multiculturales en un orden globalizador (Giddens, 1999:161).

IV

Estamos pues frente a una “crisis de identidad”, y la emergencia de otros tipos de la misma. Los medios de comunicación han jugado un papel decisivo. No estamos diciendo nada nuevo, sin duda. Su influencia ha sido determinante y mucho se ha debatido en torno a la necesidad de que cuenten con una ética responsable, a partir de la cual asuman un papel constructivo en la sociedad a la que se dirigen; de que en verdad se atengan a necesidades propias en lugar de estar creando las que pronto serán reemplazadas por otras de mayor “intensidad”. La necesidad de una ética de los medios y la información es uno de los reclamos permanentes en las sociedades posindustrializadas, sobre todo cuando estos medios han fortalecido su posición de “cuarto poder” autónomo, capaz de modificar “notablemente tanto la vida política como económica, cultural como moral (...) Esta omnipresencia mediática unida a una poderosa influencia sin precedentes es el origen del destacable regreso de la preocupación ética: cuando el poder se incrementa, el interrogante sobre los justos límites de ese poder se vuelve inevitable...” (Lipovetsky, 235).

En general el notable crítico francés sostendrá que la preocupación ética por la información y los medios de comunicación de masas, así como el debate sobre la “ciudadanía mediática”, es correlativa de un culto exacerbado del presente y de la carencia de una idea del futuro histórico, el cual se ha “retraído”. Paradójicamente, la discusión ética de los medios acabará por fortalecer su presencia en la sociedad, por reforzar su poder simbólico. Es la ética la que sale debilitada en su discusión frente a los medios de comunicación: ella se convierte finalmente en una estrategia de estos.

Lamentablemente los intereses económicos e ideológicos se siguen sobreponiendo, de tal manera que dichos medios de comunicación se encuentran señalados como un factor de desintegración, como hemos mencionado. Las sociedades contemporáneas giran, en muchos de sus aspectos, en torno a lo que los medios establecen como criterios del gusto, del sentido del tiempo y de la vida en general; definen el sentido de las relaciones internas de la sociedad, determinando la forma de vernos unos a otros. Sin que sea un consuelo, tendríamos que decir que no somos la única

sociedad en la que esto ocurre. Casi todas están bajo este influjo, las diferencias radican en el nivel de penetración que consiguen y en la forma en que pueden tener cautiva a una sociedad, en función de sus niveles de educación y cultura.

De ahí que si aceptamos que a corto plazo la política, diseño, contenidos y orientaciones de los medios no vaya a cambiar, a pesar de que exista una mayor variedad en cuanto a sus formatos y hasta una liberalización de sus “temas”, donde diferenciadamente el público es tomado en cuenta (recordemos los famosos “talking shows”, o bien el corte imparcial actual de los noticieros que han eliminado la reflexión en aras de un realismo exacerbado, el cual se hace pasar por la verdad); de que oscilantemente existan “mejores” programas que tiendan a contribuir honestamente a las necesidades de una sociedad, pareciera que donde debemos aumentar nuestras reflexiones, análisis y conocimientos es precisamente del lado “opuesto”, es decir del “receptor” de la comunicación al cual usualmente catalogan como pasivo-dependiente. No deja de ser sintomático que esos mismos medios no se ocupen de los “impactos” sociales, es decir, que a su vez no tomen como contenido lo que ellos mismos crean en la sociedad, en suma, que no sean capaces de una “autocrítica”.

Algo que debemos mencionar en este momento se refiere al hecho de que muchos de los análisis actuales sobre el fenómeno de la comunicación social y el problema de las nuevas identidades parecieran estar dirigidos exclusivamente a las sociedades del “Norte” económico político, las que ya transitan hacia la llamada posindustrialización. Sociedades tardomodernas, efectivamente policulturales, en las cuales el análisis de la alteridad o la diferencia ha mostrado nuevos sentidos y caminos a la convivencia y autocomprensión del sujeto. Sociedades que han alcanzado un nivel de civilidad y desarrollo detonador de avances institucionales y políticos. Nadie podría negar en la actualidad estos progresos que conlleva tal forma de organización donde la pluralidad, la diversidad, la hospitalidad parecieran haberse instalado de manera envidiable (de cualquier manera siguen existiendo presiones y cambios: basta hacer alusión a los acontecimientos del 11 de Septiembre en Nueva York, o bien que recientemente Inglaterra acaba de elevar a delito de primer orden cualquier manifestación de racismo).

Notas

1. Rorty, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991, p. 86.

Bibliografía

- ARENDDT, Hannah, 1998, *La Condición humana*, Barcelona, Paidós.
ECO, Umberto, 1999, *La estructura ausente. Introducción a la semiótica*, (Barcelona: Lumen).

- GERGEN, Kenneth, 1991, *The Saturated Self. Dilemmas of Identity in Contemporary Life*, (USA: Perseus Books).
- GIDDENS, Anthony, 1998, *Modernidad e identidad del yo. El yo y la sociedad en la época contemporánea*, (Barcelona: Península).
- GIDDENS, Anthony, 1999, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, (Madrid: Taurus).
- KANT, Immanuel, 1989, *La metafísica de las costumbres*, (Barcelona: Altaya).
- LIPOVETSKY, Gilles, 1998, *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, (Barcelona: Anagrama).
- MACINTYRE, Alasdair, 1984, *After Virtue*, (Notre Dame: University of Notre Dame Press).
- MALMBERG, Bertil, 1979, *Teoría de los signos*, (México: S:XXI).
- SEN, Amartya, 2001, "La otra gente. Más allá de la identidad", revista *Letras Libres* No. 34, Octubre, pp. 12-20.

MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y DEMOCRACIA. A PROPÓSITO DE ELECCIONES EN MÉXICO

Marisol Luna Leal¹

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana

La democracia exige y se sostiene con una pluralidad de ojos, ideas y voces, donde desde la multiplicidad de puntos de vista de verdad política se discute y la democracia no se funda en el monopolio del saber, sino en la diversidad de opiniones.

Silva-herzog, Jesús

I. Planteamiento

La liberalización de los mercados, los incontenibles y avasalladores avances tecnológicos, las nuevas formas de producción, el interés de los sectores económicos-productivos por una mayor expansión y dominio en las diversas plazas comerciales, entre otras situaciones, ha generado cambios profundos, no solo en la conceptualización de los medios de comunicación en las sociedades democráticas, sino mayor aún, se han posicionado como factor de inducción, ostentadores de la verdad y “concedores” de la mejor conveniencia para los intereses de las mayorías, en breve, es una transformación en el que dichos medios de comunicación forman parte fundamental en la interacción gobierno-población en la que en muchas ocasiones el proceso de consolidación democrático no resulta nada favorecido.

El presente artículo tiene como propósito analizar la influencia de los medios de comunicación en las recientes elecciones en nuestro país, dicha influencia de cara a la construcción de la democracia, para ello, en primer término esbozamos de forma genérica la cuestión globalizadora, refiriéndonos posteriormente a las generalidades tanto de los medios de comunicación como las de la democracia, habiendo señalado la interrelación entre ambas cuestiones, se refieren algunas cuestiones de ambas situaciones en nuestro País, finalizando con una presentación personal sobre el particular.

II. El aspecto globalizador

Respecto al concepto globalización vamos a encontrar tantos como autores consultemos, Carlos Mateo Balmelli afirma que, es el proceso social que afecta aspecto políticos, culturales y económicos de la convivencia humana local e internacional².

Por su parte, José Luis Ramírez Huízar, sostiene que, es la transformación de un conjunto de economías nacionales interdependientes en una sola economía global con procesos de producción y comercialización distribuidas por todo el mundo en función de ventajas comparativas y competencia a nivel global³.

Como observamos, la primer definición abarca aspectos políticos, culturales y económicos, en tanto la segunda se constriñe a cuestiones puramente económicas, en dicha perspectiva, en específica referencia al desarrollo o expansión del capitalismo, José Joaquín Brunner⁴ considera que la globalización puede representarse como la expresión de cuatro fenómenos interrelacionados, que a su decir son:

1. La universalización de los mercados y el avance del capitalismo posindustrial;
2. La difusión del modelo democrático como forma ideal de organización de la polis;
3. La revolución de las comunicaciones que marca el ingreso a un nuevo tipo de sociedad: la sociedad de la información y el conocimiento; y
4. La creación de un clima cultura de época, usualmente llamado de posmodernidad.

La interrelación de los fenómenos antes señalados, con motivo de la expansión del capitalismo, su transformación posindustrial y la hegemonía de los mercados a escala internacional configuran el surgimiento de una forma predominante, incontestada de civilización material que engloba progresivamente al mundo.

Finalmente, los juristas Fix-Fierro y López Ayllón, conciben a la globalización como, la multiplicación de los espacios de interacción fuera de las coordenadas de organización temporal y espacial propias del Estado moderno⁵.

III. Los medios de comunicación. Sociedad de la información

Cuando José Joaquín Brunner al detallar uno de los fenómenos que concurren en el proceso globalizador afirma que la revolución de las telecomunicaciones marca el nacimiento de un nuevo tipo de sociedad, la sociedad de la información y el conocimiento⁶ bien podemos señalar que en dicha materia, esto es, telecomunicaciones-medios de comunicación⁷, las políticas internacionales implementadas en los últimos años han tenido como objetivo una liberalización de los mercados y la desregulación, de tal forma que no han existido obstáculos para la expansión y crecimiento económico de estos. Con dicha política se permitió el acceso de los ciudadanos a los medios de comunicación, aunque dicha situación no fue la causa principal de la apertura económica de los medios.

Esta expansión económica de los medios de comunicación ha presentado ya ciertas consecuencias, entre las que figuran la especialización de mercados y de contenidos dirigidos a audiencias clasificadas; fragmentación de la sociedad a partir

de gustos, preferencias, estilos de vida y costumbres; una homogeneización de las culturas que cada vez identifica menos lo local y enfoca lo global como tema central del interés público.

En tanto al ejercicio periodístico, sucede que si antes el profesional producía bajo la influencia del poder Estatal, ahora se adecua a las políticas comerciales e institucionales que la empresa en la que labora le exige, ya sea en favor de un grupo comercial o de un círculo político. Lo cierto es que el periodista, no tiene garantizada la libertad de expresión que inspiró a los constituyentes liberales ni a los defensores de los derechos humanos, sino una libertad acotada al abanico de la oferta y la demanda.

Formal como materialmente, los medios de comunicación, escritos como electrónicos, a decir de Miguel Carbonell⁸, han tratado de influir en el quehacer estatal, no siempre en beneficio del bien común y de la libertad de expresión como a veces se ha querido entender, sino en su propio interés y conforme a procedimientos bien lejanos de la libertad de información de los usuarios: muchos medios de comunicación sirven a los intereses de sus propietarios, promueven las campañas que política, económica y culturalmente interesan a quienes pagan.

En todo esto pareciera que el Estado juega el papel de un empresario más dentro del campo de la competencia económica, en donde lo que interesa no necesariamente es el poder político, sino las ganancias económicas que represente la participación y el control de los flujos de información. Hoy parece que la discusión de los medios de comunicación radica en establecer un equilibrio entre los actores económicos y los derechos humanos, ya no solamente entre el poder político y estos últimos. Y es que el campo de acción en que se mueven los intereses económicos y comerciales es mucho más amplio que el legislativo, sus propias reglas trascienden los sistemas legales nacionales y se anticipan al establecimiento de los internacionales. El mundo de los negocios es el mundo que determina actualmente las formas de producción de los medios, por tanto, este ámbito mutable es el que debe considerarse en las normas jurídicas y políticas públicas, o como bien lo refiere Cossío Díaz, [...] como consecuencia de los cambios en las formas de producción y en los contenidos del derecho derivados de los cambios sociales y políticos [...] se dio una profunda transformación en las funciones, la legitimidad, los alcances y los significados de las normas jurídicas en particular y del derecho en general⁹.

IV. La democracia en la globalización

El otro fenómeno que desde la perspectiva de José Joaquín Brunner, explica la globalización, y que también hemos referido en líneas anteriores es el relativo a la difusión del modelo democrático como forma ideal de organización de la polis; esto es, la forma o sistema de gobierno basado en la democracia¹⁰ es, presuntamente el

más compatible y mayoritariamente adoptado en las organizaciones estatales con visión globalizadora, entendiéndolo a aquella precisamente como la forma de gobierno en la que, al contrario que en las monarquías y las aristocracias, el pueblo gobierna¹¹. O bien como lo plantea el filósofo Paul Ricoeur, a propósito de los momentos de tensión que vive nuestro país, la democracia es, ante todo dos cosas:

- En primer lugar la institucionalización del conflicto y la aceptación de su resolución por medios no armados. Toda sociedad es en esencia conflictiva, pero sólo los regímenes democráticos permiten resolver las tensiones entre los intereses divergentes sin emplear la fuerza. El pluralismo político debe ser reconocido y garantizado, cada uno debe aceptar que las urnas pueden traer resultados desfavorables para su partido.
- En segundo lugar, el régimen que se plantea como objetivo permanente reducir la distancia entre gobernantes y gobernados. Como esta distancia nunca se puede suprimir, la democracia es una forma de organización de la sociedad que no concluye, que se encuentra necesariamente en un devenir constante y bajo el efecto de las demandas que se expresan en la sociedad¹². Democracia implica un estado en el que existe alguna forma de igualdad política entre las personas.

Como sabemos la democracia ha evolucionado en el transcurso de la historia, en la cual ha tenido que superar diversos obstáculos, pero tiene la virtud de otorgar “aura de legitimidad” a la vida política moderna de cualquier país, toda vez que normas, leyes, decisiones gubernamentales son justificables y apropiadas si se realizan de forma democrática.

La democracia, busca y se distingue por realizar uno o más de los siguientes valores o bienes fundamentales: la igualdad, la libertad, el autodesarrollo moral, el interés común, los intereses privados, la utilidad social, la satisfacción de las necesidades y las decisiones eficaces. Y como lo señala François Furet, podemos clasificar dos tipos o modelos generales de democracia:

- La democracia directa o participativa, que es básicamente un sistema de toma de decisiones para las cuestiones públicas en el que los ciudadanos participan directamente; y
- La democracia liberal o representativa, que es un sistema de gobierno que comprende a funcionarios electos que asumen la representación de los intereses y/u opiniones de los ciudadanos en el marco del imperio de la ley¹³.

Siendo la democracia una gran conquista del individuo, y la base de la legitimación de todo gobierno resulta fundamental, determinante la práctica y la reflexión sobre ésta. La universalización de la democracia es un hecho político decisivo desde finales del siglo XIX.

En dicho contexto a principios del siglo XX Robert Dahl¹⁴ consideró dos cuestiones básicas en un sistema democrático:

Libertad de expresión. Los ciudadanos tienen el derecho a expresarse, sin correr peligro de sufrir castigos severos, en cuestiones políticas definidas con amplitud,

incluida la crítica a los funcionarios públicos, el gobierno, el régimen, el sistema socioeconómico y la ideología prevaleciente.

Variedad de fuentes de información. Los ciudadanos tienen derecho a procurarse diversas fuentes de información, que no sólo existen sino que están protegidas por la ley.

Estas instituciones fueron la base de los medios de comunicación en las democracias modernas, pero hoy el campo de ejercicio de las instituciones democráticas se han ampliado.

V. Medios de comunicación y su interrelación con la democracia

Acotados de forma genérica los aspectos más importantes de los medios de comunicación y la función del modelo democrático desde la perspectiva de la globalización, entre otras situaciones, podemos señalar que la relación entre medios y la democracia consiste en que la información es el fundamento de todo proceso democrático, o dicho en términos de Diego Valadés, citado por Issa Luna Pla¹⁵, todo proceso democrático es un proceso comunicativo, de ahí que existan intereses diversos en la posesión y ejecución de los medios, entre ellos el Estado, los mismos empresarios de los medios y en ocasiones, la sociedad organizada. Y es que la democracia es el resultado de procesos deliberativos y toda deliberación supone la modificación endógena de las preferencias a través de la comunicación¹⁶.

Por su parte, respecto al cambio en las bases comunicativas de la democracia, Brunner expone la influencia que representan los diversos medios de comunicación, es decir, la transformación de la democracia por la revolución contemporánea de las comunicaciones, ya que como sabemos inicialmente solo se hacía presente una democracia de elites, apoyada en la prensa; posteriormente se presentó una democracia de masas ayudada por la radio; y en la actualidad contamos con una democracia de públicos, animada por la televisión, desarrollando a través de la evolución ya descrita una opinión pública, entendida esta como una expresión evolutiva de la sociedad civil que oscila entre la dependencia y la autonomía; la manipulación y el descontento; el conformismo y el malestar¹⁷.

Dicha opinión pública en sus inicios solo representó exclusivamente a un círculo de letrados, esto es, fue estamental y proporcionó un espacio social para la expresión pública de los poderes privados; en seguida, dicho fenómeno se amplió a un círculo masivo, fue administrada centralizadamente y generó un espacio para la adhesión de líderes carismáticos. En la actualidad surge y se constituye a partir de la oferta de asuntos o temas movilizados por los media y en determinados momentos o situaciones puede representar no solo un factor de poder, sino de decisión-acción, aunque esta bajo la visión de Brunner, puede ser de dos aspectos, la opinión publicitada y la opinión pública encuestada.

Opinión publicitada. Habitualmente proviene de los círculos de influencia y los propios medios, produce los asuntos del día (la agenda del debate público) y las figuras hablantes (los líderes de opinión), reconstituyen una suerte de círculo letrado que disputan la notoriedad, la influencia y la determinación de la agenda. En dicho sector el mayor cambio es aquel provocado sobre el control de la comunicación

Opinión Pública Encuestada. Es aquella que se expresa mediante sondeos, y se realiza con el patrocinio de las industrias de la comunicación.

Pero ya nos encontremos ante una u otra, estas no dejan de tener un peso relevante en el ánimo y acciones de los gobernantes, y de la misma sociedad, ante tal panorama, Brunner¹⁸ se cuestiona, ¿qué hace el político ante este nuevo contexto?, responde que, al principio intenta controlar los medios de comunicación, pero de pronto se da cuenta de que esos intentos, residuos de otra época son vanos, pero que buscando adecuarse a la nuevas reglas del juego, surge, a su lado un nuevo gurú: el asesor de imagen. Y así, el político se convierte en publicitario: convence a su clientela de que un slogan reemplaza a un programa, la imagen a la personalidad y el estilo al alma, pero lamentablemente a este comunicador todavía frustrado le sucede otro, infinitamente más sutil, profeta y exegeta de la opinión pública, a la que escudriña y sigue con la misma profesionalidad y desvelo que un agente financiero las fluctuaciones de la bolsa¹⁹.

La evolución continúa o subsunción de la política por las comunicaciones produce también una mutación de la democracia por el lado de la opinión pública encuestada, que pasa a convertirse en el principal contrapeso frente a la influencia del círculo de opinión publicitada, lo que produce que la interacción entre gobernantes y gobernados no se ajuste al modelo de la opinión pública racionante y deliberativa que expone la teoría democrática; es obvio que se encuentra tan lejana de esta como el modelo de opinión pública burguesa (de los letrados) y el modelo de opinión pública masiva, sujeta a control por vía de la escasez informativa o la reglamentación de sus respuestas.

Se hace evidente también que este sistema de interacción solo genera un reiterado alejamiento entre la opinión publicitada y la opinión encuestada, que lleva a un generalizado decaimiento de la política. Se impugna a ésta, precisamente, por su alienación respecto a los problemas cotidianos de la gente común; problemas que, por su parte, son definidos en gran medida por los propios medios de comunicación. Con todo esto la política queda atrapada en un dilema típicamente posmoderno. O se convierte ella misma en una práctica comunicacional de seducción, popularizándose al nivel de los sentimientos y demandas de la opinión pública encuestada (la política como focus group y marketing de asuntos); o bien ella se constituye en otro sistema experto adicional de la sociedad, sustrayéndose del escrutinio público²⁰.

Pero más allá de las confrontaciones que entre los tipos de opiniones citadas se presenten, entre estas y el poder estadual, o la reducción que de la “democracia”

hacen los políticos a spots o comerciales, la interrelación de los medios de comunicación y la democracia se enfrentan a otro problema, ya que actualmente en todos los países con preferencias democráticas la tendencia es que el poder económico está representado en los medios y los ha convertido en un espacio privado, permitiendo el intercambio con la sociedad y el Estado a condición de la rentabilidad que esto signifique. En las sociedades democráticas se espera que los medios funcionen bajo un esquema mucho más complejo que –adelantándonos un poco al dilema capital de los medios y la democracia– usualmente no empata con el mencionado modelo de mercado.

- Producir información, cultura, educación y entretenimiento que contribuya a la formación de una cultura cívica;
- Supervisar y vigilar la gestión y organización del poder público;
- Servir al interés público de los ciudadanos; y
- Difundir dicha información y convertirla atractiva para la audiencia. En este aspecto, una vez que se hayan establecido las normas jurídicas que den figura a un sistema democrático, el papel del Estado, en palabras de José Ramón Cossío, “se reduce a velar por el cumplimiento de las modalidades de los derechos, sea para impedir los abusos, o sea para anular los actos contrarios a las normas.”

Pero los anteriores funciones encaminadas a privilegiar el interés público, entendido este como una de las arenas clave en la que los ciudadanos se constituyen, se informan y tienen la posibilidad de deliberación²², tienen nula resonancia, ya que finalmente el interés público posee menor consideración y atención en los medios de comunicación que las ganancias económicas generadas por el sensacionalismo, las historias triviales y el amarillismo, a diferencia de los ocurrido a principios del siglo XXI, tiempo en que el equilibrio entre el interés público y las ganancias económicas de las industrias es lo que dibuja el dilema de los medios en una democracia²³.

Y es aquí donde encontramos un nuevo elemento a esta interrelación que hemos venido planteando, ya que no solo tenemos medios de comunicación-democracia, sino economía, la cual replantea el reconocimiento y priorización de las verdaderas fuerzas de intereses, Luna Pla, al respecto señala que, Este dilema se dilata entre la política, la economía y el derecho, en pocas palabras, “si las instituciones democráticas son universalistas –ciegas a la identidad de los participantes–, quienes dispongan de mayores recursos tendrán más posibilidades de imponerse en los conflictos dirimidos por la vía democrática²⁴.”

La interacción democrática funciona por medio de la promoción de intereses y éstos se dirimen generalmente en los medios de comunicación; materialmente, las fuerzas capacitadas actúan de manera colectiva y funcionan activamente cuando se trata de la instrumentación y codificación de sus intereses, y si tomamos en cuenta

que el poder económico puede convertirse en poder político, las consecuencias de no vislumbrar las verdaderas fuerzas de control sobre la información, que alimenta o segrega a la democracia, impactan a la sociedad y al sistema de forma directa.

Referido lo anterior bien podemos admitir y puntualizar lo siguiente:

- Los diversos medios de comunicación ya no son instrumentos, el espacio por excelencia considerado para concretizar la libertad de expresión, derecho que en variados momentos brindó, y aunque en menor nivel, sigue brindando protección a individuos-grupos ante las constantes amenazas de las fuerzas de poder;
- Los medios de comunicación como sector industrial de una Nación poseen un fuerte poder económico, que como toda fuerza económica deja sentir su influencia en el ámbito político, pero que paradójicamente en muchas ocasiones es precisamente el poder político el que alimenta al poder económico, previo uso indiscriminado e inducción de los dos tipos de opinión que hemos citado en líneas anteriores;
- En el proceso de la transformación de la democracia por la revolución contemporánea de las comunicaciones, en el que como lo hemos referido en líneas anteriores, solo se hacía presente una democracia de elites, la cual tenía su alimento en la prensa, posteriormente tuvimos una democracia de masas impulsada por la radio, para llegar en la actualidad a una democracia de públicos fundamentada básicamente en la televisión. Dicho proceso con sus respectivas manifestaciones es el que explica en parte la influencia, en ocasiones determinante para decidir no solo por tal o cual producto, sino por tal o cual visión o proyecto de país.
- Por el posicionamiento económico-político y la influencia que sobre la sociedad ejercen los medios de comunicación, estos, en momentos de tensión, determinantes en el desarrollo democrático y crucial en la vida de las instituciones se prestan y convierten en el escenario sobre el que se plantean, discuten y proponen las acciones y decisiones futuras, dicha dinámica dirigida por comunicadores-periodistas de reconocido prestigio;
- Por último, y como un aspecto residual, de menor envergadura, pero que pese a todos los intereses creados y la misma revolución tecnológica, los medios de comunicación siguen siendo el instrumento que materializa la libertad de expresión y de información de los seres humanos.

Los rubros señalados hacen a los medios de comunicación un tema no solo complicado, sino muy amplio de estudiar y difícil para presentar conclusiones únicas e inequívocas, mayor aún si tratamos de explicar la interrelación de las realidades que nos ocupan en los diversos países, ya que cada uno de estos presenta elementos jurídicos, históricos, así como costumbres que les son propias, particulares y diferentes frente a otras entidades estatales.

VI. Medios de comunicación y democracia en México. A propósito de elecciones presidenciales

Acotado lo anterior, el presente apartado tiene como propósito analizar de forma genérica la realidad mexicana desde alguna de vertientes anotadas en el apartado anterior, en dicho contexto podemos referir lo siguiente:

1. El fuerte impulso, expansión e incluso invasión que las grandes transnacionales realizan para ubicar en las preferencias y gustos de los consumidores mexicanos sus productos, combinado con la lucha que entre medios de comunicación – televisivos principalmente– sostienen por obtener los mayores niveles de audiencia y el ambiente posmoderno²⁵ que cada día se amplía y que produce en el individuo un generalizado vaciamiento de sentidos²⁶, valores, reflexión, armonía con los que le rodean y con el medio ambiente, entre otras situaciones, ha generado que muy lejos y casi en el olvido queden las historias y luchas de los grandes personajes que pugnaron por un espacio para expresar sus ideales como en su momento lo hizo, entre otros, el Dr. Belisario Domínguez Palencia.

O, más recientemente Manuel J. Clouthier y Cuauhtemoc Cárdenas, quienes ante la censura ordenada por el entonces Presidente de la República, no dudaron en encabezar las protestas, desde sus respectivas trincheras, y en presidir numerosas marchas y plantones contra la cerrazón de la única televisión abierta, en cuyas pantallas no aparecían ni siquiera pagando los elevados costos del tiempo aire. Con la boca tapada en señal de protesta por la censura impuesta llegaron al extremo de proponer a los votantes un boicot contra la televisora en tanto que los anunciantes fueron invitados a retirar sus patrocinios. La arenga y la consecuente reacción social resultaron efectivas. Aunque de manera tardía, la empresa abrió un resquicio que permitió a los electores ver y escuchar en las pantallas de la televisión privada, hacia el final de la contienda, a los candidatos Cárdenas y Clouthier.

Los medios de comunicación actualmente en su gran mayoría se encuentran abiertos a las diversas corrientes y expresiones políticas, económicas, educativas, sociales, etc., no es necesario morir para que brinden un espacio, pero estos primordialmente son utilizados por las grandes cadenas comerciales y los programas de entretenimiento, exhibicionismos y amarillismo que llevan al televidente a otra realidad.

2. Ahora, los medios de comunicación como un sector industrial de nuestro país no solo con poder económico, sino también mediático con amplio arraigo e influencia entre la sociedad, valiéndose de ambos poderes han logrado grandes e importantes concesiones, la mayor de todas concretizada recientemente en el Decreto por el que se Reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión,

aprobado el 30 de marzo de 2006 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de este mismo año, ya que en dicha reforma, entre otras concesiones, enlistadas por el columnista Ricardo Alemán, como por ejemplo: Se establece que el criterio para el otorgamiento de nuevas concesiones de radio y televisión no sea ni el de la calidad, ni el profesionalismo y, sobre todo, ni a proyectos de interés general. No, el nuevo criterio para asignar concesiones es el del dinero. Es decir, serán nuevos concesionarios que cumplan sólo el criterio de contar con el mayor capital. En pocas palabras, una subasta mercantil. Evidentemente se favorecen los monopolios porque además no se ponen límites a la concentración de concesiones.

Que los interesados en ser postores –empresario radiofónico– podrán contar hasta con 49% del capital de origen extranjero. Evidentemente que ante tal admisión solo las actuales empresas, principalmente, son las que podrán estar en condiciones de aspirar y concretizar la adquisición de nuevas concesiones; amén de que también se permite que los dueños de la radio y la televisión pueden integrar a sus ejecutivos como consejeros a la Cofetel.

Concesionarios que deseen prestar servicios de telecomunicaciones adicionales a los de radiodifusión –entendida radiodifusión como radio y televisión– a partir de las bandas que ya tienen concesionadas, sólo deberán presentar su solicitud a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. A su vez, la “secretaría podrá requerir el pago de una contraprestación cuyo costo se determinará tomando en cuenta la amplitud de la banda del espectro radioeléctrico en la que se prestarán los servicios de telecomunicaciones adicionales a los de radiodifusión”, esto es como producto de la conversión tecnológica, o si se quiere, “la migración” hacia la televisión digital, todo aquel concesionario de televisión que cambie de tecnología –de la actual a la digital– tendrá disponibles canales en el espacio radioeléctrico, que podrán ser usados para “telecomunicaciones adicionales” como telefonía, videojuegos, música, internet, entre otros. En breve, supongamos que la señal de televisión, como la conocemos, se transmite por un cable de una pulgada. Ahora bien, vamos a suponer que la televisión digital se transmite por un cable de un cuarto de pulgada. Queda claro, en el anterior supuesto, que están libres tres canales de un cuarto de pulgada. Esos tres cables excedentes de un cuarto de pulgada, según las modificaciones, no deberán ser vistos por la autoridad como nuevas concesiones, y menos que regresen al poder del Estado, sino que las televisoras las pueden usar para “telecomunicaciones adicionales”, para comercializar, entre otros, servicios de telefonía y entretenimiento. Y para hacer uso comercial de esos nuevos canales –una vez adoptada la tecnología digital–, sólo lo informarán a la SCT, y la propia “secretaría” no impondrá un pago por esas concesiones, únicamente “podrá solicitar una contraprestación económica”²⁷.

Solo hicieron más evidente que la combinación de los poderes económicos y mediáticos de las empresas televisoras del país son capaces de dictar, e incluso dirigir las acciones a seguir en los temas que son de su interés, obviamente doblegando la imparcialidad, autonomía y justicia con las que el estado debe de actuar; ya no hablemos de escuchar o atender la reacción contraria que la sociedad pudiera presentar. Como lo sostenía el columnista Ricardo Alemán antes de que las reformas y adiciones referidas se concretizaran, en las cuales a su decir sacrifica el beneficio social y solo privilegia el beneficio empresarial, arrebatándole al Estado facultades fundamentales para la regulación del espectro televisivo y radioeléctrico, afirma que dicha situación no representa otra cosa, más que la consumación de una nueva jerarquía de los poderes; y la confirmación y hasta legalización de las empresas televisoras como poder fáctico que rebasa los poderes institucionales, siendo capaz incluso, de construir o destruir candidaturas a puestos de elección popular; sean diputados, senadores, gobernadores, jefes de gobierno o al mismísimo Presidente de la República²⁸.

3. Finalmente, y como lo señalamos en líneas anteriores, por posicionamiento económico-político y la influencia que sobre la sociedad ejercen los medios de comunicación, estos, en momentos de tensión, determinantes en el desarrollo democrático y crucial en la vida de las instituciones se prestan y convierten en el escenario sobre el que se plantean, discuten y proponen las acciones y decisiones futuras, dicha dinámica dirigida por comunicadores-periodistas de reconocido prestigio. Lamentablemente lo anterior es una práctica que en los últimos años se ha hecho constante en detrimento de las instituciones. El ejemplo más palpable de dicho desplazamiento es el ocurrido el pasado primero de septiembre, el que con motivo del conflicto electoral y el quasi estado de sitio en los alrededores de las instalaciones del H. Congreso de la Unión, un grupo de legisladores “tomó” la tribuna y mesa directiva de la instancia referida. De manera inusitada y con mayor evidencia en esos días, como se sabe, se cerró la posibilidad de consensos, de diálogo, de acuerdos. Resultaba difícil de entender que el espacio por excelencia dedicado para lograr acuerdos haya caído en una parálisis, en una crisis que no permitía ver con claridad el rumbo a seguir. Ante dicho panorama, los medios de comunicación, prestos y ávidos a influir e intervenir en los asuntos públicos, se autodenominaron mediadores, e incluso en algunos casos jueces. Así, y lo que horas antes de la toma de tribuna no había podido discutirse, horas posteriores a dicha situación sí se pudo discutir, analizar y proyectar en una mesa redonda con los principales actores de situación, esto es, en varios de los programas de los llamados de análisis creados por televisoras y radio citaron a los protagonistas de las partes, les propusieron realizar una análisis de la cuestión, y los invitaron a solucionar la problemática.

La diversidad de entender, o interpretar los hechos cotidianos, el interés por mantener a salvo los dividendos comerciales y mantener buena relación con quien en su momento detente el poder, son las cuestiones que motivan la inclinación hacia una u otra posición y buscan imponerla en el resto de la población. El intervencionismo de los medios de comunicación, en aras de privilegiar el derecho a la información en la mayoría de las ocasiones se desborda expresando una posición personal, parcial que finalmente en nada beneficia a la democracia.

VII. Consideración final

La función de los medios de comunicación en un país en la dinámica globalizadora debe ser la de cohesionar los valores, identidades y costumbres de aquel, para que ante la avalancha de información y existencia de otras realidades la propia no se desdibuje, no se pierda. En otro sentido, los medios de comunicación mediante una normatividad en la materia no solo debe ser canal para venta de mercancías y entretenimiento barato, absurdo y en ocasiones ridículo y grotesco. En dicho sentido resulta como una tarea importante del gobierno alentar en la ciudadanía, organizada en agrupaciones no gubernamentales la manifestación sus ideas-expresiones, previa regulación normativa que obligue a las empresas de la comunicación abrir espacios gratuitos ante tales ideas-expresiones

La intensa e inevitable relación de los medios de comunicación con el proceso democrático de un país, mayor aún si esta es incipiente como la mexicana, requiere de una normatividad que regule de manera precisa y clara, sin lesionar los derechos de libertad de expresión y de información, los límites de intervención de aquellos en las cuestiones públicas.

La supremacía del aparato de gobierno, así como el interés por el beneficio de las mayorías debe fortalecerse y volverse inquebrantable ante el poder económico y mediático de las empresas de comunicativas.

Notas

1. Candidata a Doctor en Derecho Público por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.
2. <http://www.logicient.com.mx/jesuspc/rve.6/huizar.html>
3. Idem
4. *Globalización Cultural y Posmodernidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 27
5. “El impacto de la globalización en la reforma del estado y del derecho en América Latina” en American Society of International Law, México, 1997, p. 317
6. *Ob. Cit.* p. 27

7. Entendido como cualquier objeto que hace las veces de vía para conducir información de un sujeto a otro.
8. Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México, 3ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2000. p. 45
9. *Cambio social y cambio jurídico*. ITAM-Miguel Angel Porrúa. México 2001. p. 309
10. El término democracia, se incorporó al inglés en el siglo XVI, proveniente de la palabra francesa *democratie*, sin embargo, sus orígenes son griegos. Democracia deriva de *démokratia*, cuyas raíces etimológicas son *demos* (pueblo) y *kratos* (gobierno).
11. Held, David, Modelos de Democracia, Traduc. Teresa Alberó, 2ª reimpression, Alianza Universidad, Madrid, 1996, p. 16. Véase también, Rafael del Aguila et al, *La Democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 1998; Dahl, Robert A., *Los dilemas del pluralismo democrático. Autonomía versus control*, Traduc. Adriana Sandoval, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes-Alianza Editorial, México, 1991.
12. Ricoeur, Paul, citado por Couffignal, Georges, “Triunfos y debilidades de los procesos de democratización de América Latina, Neoliberalismo y Transformaciones del Estado Contemporáneo, Universidad Autónoma Metropolitana-Unidad Xochimilco-GRESAL Universidad Pierre Mendes France de Grenoble, p.284-285
13. “*Democracia y Utopía*” en *Este País*, Número 98, mayo de 1999, México. p. 20
14. *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México. 1992, p. 267
15. http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/logos/anteriores/n23/23_iluna.html
16. Idem
17. Brunner, *Ob. Cit.* p. 113
18. *Ob. Cit.* p. 113
19. Idem
20. Idem
21. Ver dirección referida
22. Croteau y Hoynes, *ob. cit.*, p. 36
23. Idem
24. Ver dirección citada
25. Según Brunner, *Ob.cit.* p. 49, debe entenderse por posmodernidad, algo más que un movimiento de contornos definidos, representa más bien, un estado de ánimo, de manera de nombrar diversos fenómenos que no sabemos si están unidos y cómo, una condición humana temporalmente determinada, un predicamento; algo; en suma, que tiene que ver con la incertidumbre de nuestros días.
26. *Ibidem*, p. 53
27. <http://alt1040.com/archivo/2006/03/28/una-explicacion-mas-clara-a-la-infame-%C2%ABley-televisa%C2%BB/>
28. Idem

Bibliografía

- AGUILA del, Rafael et al, *La Democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 1998;
BRUNNER, José Joaquín, *Globalización Cultural y Posmodernidad*, Edita Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

- CARBONELL, Miguel, *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, 3ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2000.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*. ITAM-Miguel Angel Porrúa. México 2001.
- COUFFIGNAL, Georges, *Triunfos y debilidades de los procesos de democratización de América Latina, Neoliberalismo y Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Universidad Autónoma Metropolitana-Unidad Xochimilco-GRESAL Universidad Pierre Mendes France de Grenoble.
- DAHL, Robert A., *Los dilemas del pluralismo democrático. Autonomía versus control*, traduc. Adriana Sandoval, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes-Alianza Editorial, México, 1991.
- DAHL, Robert A., *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México. 1992
- FIX-FIERRO, Héctor et al, “*El impacto de la globalización en la reforma del estado y del derecho en América Latina*” en American Society of International Law, México, 1997.
- HELD, David, *Modelos de Democracia*, Traduc. Teresa Alberó, 2ª reimpresión, Alianza Universidad, 1996, Madrid,
- WITKER, Jorge, “*El derecho económico en el siglo XX: globalización y derecho*” en La ciencia del Derecho en el siglo XX, UNAM, México, 1998.
- FURET, François, “*Democracia y Utopía*” en Este País, Número 98, mayo de 1999, México.

Internet

- <http://www.internet.com.uy/rfernand/manifiesto/index.html>
- <http://www.logicient.com.mx/jesuspc/rve.6/huizar.html>
- http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/decre/LFTel-LFRT_11abr06.doc
- http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/logos/anteriores/n23/23_rfuentes.html
- http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/logos/anteriores/n23/23_iluna.html
- <http://alt1040.com/archivo/2006/03/28/una-explicacion-mas-clara-a-la-infame-%C2%ABley-televisa%C2%BB/>

ESTUDIO COMPARATIVO DEL DERECHO ELECTORAL FORÁNEO

Jean Cadet Odimba
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UMSNH

Introducción

El debate sobre el tema del voto de los mexicanos en el extranjero, empezó a adquirir relevancia en los últimos años; a partir de los cambios sociopolíticos y culturales suscitados en las décadas pasadas en México; enmarcados a su vez, por las transformaciones ocurridas en el orden internacional. Cambios como el surgimiento de nuevas democracias a consecuencia del derrumbe del bloque soviético, el incremento en el fenómeno migratorio desde las economías emergentes hacia naciones altamente desarrolladas y el aumento de la participación política de la sociedad han generado un nuevo orden global, donde parece que los derechos y obligaciones de los ciudadanos se extienden más allá de las divisiones políticas y geográficas.

La discusión en México, ha tomado un nuevo rumbo con la aprobación, por parte del Congreso de la Unión, del voto de los mexicanos en el extranjero, decisión que ha llevado la reflexión desde las ventajas y desventajas de aceptar o no el voto de los mexicanos en el extranjero, hacia las modalidades que hagan viable su aplicación sin poner en riesgo la frágil democracia mexicana aún no consolidada.

Derechos políticos en el mundo

El derecho al voto de los nacionales residentes en el extranjero es un paso adelante en el largo camino, que el reconocimiento de los derechos políticos a recorrido a nivel mundial.

Desde tiempos remotos en la antigua Grecia se esperaba que todos los hombres libres (los cuales constituían una minoría dentro de la población) tomaran parte en el gobierno de su ciudad. En Roma se concedía a los ciudadanos comunes, que recibían el nombre de plebe, el derecho de elegir tribunos que intercedieran por ellos cuando consideraban que el gobierno los había tratado de forma injusta. En la edad media en Gran Bretaña la imposición de la Carta Magna que contenía la primera definición detallada de las relaciones entre el rey y la nobleza, garantizaba los derechos feudales y regularizaba el sistema judicial; más adelante en el siglo XVII, la Revolución Gloriosa supuso la culminación de cientos de años de intentos de imponer restricciones a los monarcas absolutos ingleses. El *Bill of Rights*, aprobado en el Parlamento en 1689, trajo consigo el establecimiento de un gobierno

representativo en Inglaterra. La guerra de Independencia estadounidense (1776-1783) combinó los problemas de la libertad individual con los de la libertad nacional, propios de la creación de un nuevo Estado; la Declaración de Independencia proclamó la libertad frente a Inglaterra, y la Constitución de Estados Unidos, cuyas diez primeras enmiendas, siguiendo el modelo del *Bill of Rights*, contiene la enumeración de los derechos civiles, supuso el primer eslabón en la cadena de las sucesivas constituciones nacionales.

La Revolución Francesa de 1789 destruyó el sistema feudal en Francia y estableció el sistema de gobierno representativo. La Ilustración, fuente intelectual de la Revolución Francesa, definió la libertad como un derecho natural del hombre a actuar sin interferencias de ninguna clase, al tiempo que estableció la necesidad de limitaciones a esta libertad, para con ello, procurar la existencia de una organización social propia. Enterrada la teoría del origen divino del poder real, las nuevas teorías ponían el fundamento del poder en el pueblo, y en que la tiranía comienza cuando, ignorando esa procedencia, se violan los derechos individuales. En la Revolución Francesa se encuentra el origen ideológico de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, que sirvió como modelo para la mayoría de las declaraciones sobre la libertad adoptadas por los estados europeos durante el siglo XIX.

Muchas han sido las luchas que se han inspirado en las ideas y derechos adquiridos durante este largo periodo, desde la independencia de los países latinoamericanos y africanos, hasta el reconocimiento de los derechos de otras minorías religiosas o étnicas al interior de los Estados.

La consecución de los derechos políticos a lo largo de la historia se encuentra más nítidamente plasmada en el derecho al voto. El sufragio es una institución política que se remonta a la antigüedad y tiene una doble función: por una parte, es el ejercicio de un derecho en base a que es un ejercicio de libertad del ciudadano.¹ En este sentido, es un derecho que le pertenece a todo ciudadano por el hecho de ser miembro de la sociedad política que ejerce por el fuero de su libre albedrío. Pero al mismo tiempo, constituye una obligación, porque es la forma de fundar la voluntad colectiva, y por tanto, es expresión de la soberanía popular. Por esta razón se afirma que el derecho al sufragio no es un derecho individual absoluto, ya que deriva de la idea de soberanía. Es decir, mientras el hombre cuando ejerce sus derechos individuales solo afecta de manera directa sus propios intereses, cuando sufragar, su efecto es la formación de los poderes públicos que están al nivel de los intereses sociales; así, ejerce su voto no en nombre propio, sino en el de la comunidad nacional a la que pertenece.² Otra característica del sufragio, y que ha sido adoptada en la mayoría de los países, es la de *sufragio universal*, como derecho que pertenece por igual a todo ciudadano sin distinción de sexo, posición ideológica, raza o credo. Sin embargo, impone restricciones para votar que hacen referencia al cumplimiento de condiciones mínimas de reflexión y responsabilidad en los votantes, lo que supone:

cierta edad cumplida (que depende de la legislación de cada país), la exigencia de la nacionalidad, estar en ejercicio de los derechos políticos, e idoneidad mental.³

Aunque la tendencia de los gobiernos modernos ha sido liberalizar los requisitos necesarios para el sufragio a través de reformas electorales, muchos siguen aplicando algunas restricciones aparte de los lógicos criterios de ciudadanía y límite de edad, que suele oscilar entre los 18 y los 21 años. En algunos países las mujeres carecen de derecho al voto (el cuál fue adquirido en la mayoría de los países durante la primera y segunda mitad del siglo XX).⁴ Uno de los requisitos suele ser la alfabetización, y en muchos países aquellas personas que hayan sido condenadas por un delito grave pierden sus derechos electorales o se anula su capacidad para desempeñar cargos públicos.

Principales instrumentos a nivel internacional

Por su parte, en el plano universal, los derechos políticos se reconocen en términos generales por el sistema de Naciones Unidas; el derecho a participar en el gobierno esta proclamado y garantizado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su artículo 21 establece:

Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.⁵

Así mismo, años después este derecho fue ampliado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece en su artículo 25:

Todos los ciudadanos gozarán sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2⁶, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país.⁷

En este tenor, los derechos políticos han sido recurrentemente abordados por tratados y declaraciones, tanto a nivel internacional como regional.

En 1994 la Organización de las Naciones Unidas (ONU) eleva la participación ciudadana en los asuntos públicos, a categoría de derecho humano al declarar

La participación en la dirección de los asuntos públicos es un derecho humano fundamental. La humanidad en diferentes épocas de su historia y con grados de éxito diversos, ha encontrado

medios para hacer participar a los individuos en las decisiones de la comunidad. Hoy se reconoce en todo el mundo que tomar parte en el gobierno constituye un derecho humano fundamental.⁸

Situación del voto de nacionales en el extranjero a nivel internacional

Antes de abordar el tema que nos ocupa es importante hacer una valoración de experiencias que en esta materia se tiene a nivel internacional. Según un estudio, realizado por el Instituto Federal Electoral y la Organización de Naciones Unidas, sobre la situación que guarda el ejercicio de los derechos políticos de los nacionales en el extranjero al mes de marzo de 2002; se estudiaron 161 países, 43 del continente africano, 36 de América, 29 de Asia, 45 de Europa y 8 de Oceanía; los resultados fueron los siguientes: 69 sí permiten el voto, 82 no lo permiten y 10 están en una situación especial, en virtud de que lo contemplan en su legislación, pero todavía no lo aplican.

Países que aceptan el voto de sus nacionales residentes en el extranjero

Continente	Sí	No	Pendiente
África	17	23	3
América	9	22	5
Asia	10	18	1
Europa	30	14	1
Oceanía	3	5	0
Total	69	82	10

Continente	Nº casos	Países
África	17	Argelia, Botswana, Cabo Verde, Chad, Costa de Marfil, Eritrea, Gabón, Ghana, Guinea, Lesotho, Mali, Namibia, Niger, Santo Tomé, Senegal, Sudáfrica y Zimbabwe.
América	9	Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Estados Unidos, Honduras, Perú, Puerto Rico y Venezuela.
Asia	10	Armenia, Azerbaiján, Bangladesh, Indonesia, Israel, Japón, Kazajstán, Malasia, Timor Oriental y Uzbekistán
Europa	30	Alemania, Austria, Bélgica, Bielorus, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia, Kosovo, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República de Moldova, Rumania, Suecia, Suiza y Ucrania.
Oceanía	3	Australia, Nueva Zelanda y Fiji.

La novedad del tema del voto en el extranjero se observa al detectar que buena parte de las experiencias en estos 69 países surgió en la última década, en el marco

de la globalización, lo cual explica que no haya aún merecido una reflexión y debate a la altura de sus exigencias ni, por lo tanto, haya sido objeto de estudios especializados que den cuenta de su magnitud y complejidades.

En este sentido, no hay duda de que para muchos países el tema del voto en el extranjero guarda fuerte relación con el de su migración internacional. Aunque los movimientos migratorios tanto de distintos grupos humanos como de importantes volúmenes de ellos, han sido una constante a lo largo de la historia de la humanidad y han desempeñado un papel clave en hitos mundiales tan significativos en la historia moderna como el colonialismo y la descolonización, la industrialización y la urbanización, el surgimiento y la reconfiguración de Estados-nación y el desarrollo y la expansión del mercado capitalista mundial; se puede advertir que sólo hasta un pasado muy reciente se empezó a conceder la debida atención e importancia al tema de los derechos de los migrantes en general, y de los trabajadores migrantes en particular.

Como lo constata el estudio general de 1999 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los trabajadores migrantes, entre 1970 y 1990 el número de países de origen o empleo de migrantes en todo el mundo pasó de 60 a más de 100.

Las cada vez más vastas comunidades de migrantes que viven en un país distinto al de su origen condensan en buena medida la esencia del problema de la ciudadanía y la titularidad de los derechos políticos en un mundo cada vez más “globalizado”, porque representan a enormes contingentes desprovistos, total o parcialmente de ellos o, por lo menos, privados de su ejercicio. Es conveniente dimensionar y valorar el tema del voto en el extranjero en este contexto, en el entendido de que sólo alude a uno de los derechos políticos fundamentales y que el diseño y la aplicación de un dispositivo no necesariamente atiende o resuelve sus problemas más elementales.

Siguiendo el mismo estudio presentado por el IFE, si bien el voto en el extranjero se aplica en todos los países a las elecciones nacionales, este tiene una correspondencia directa con la forma de gobierno, ya sea presidencial o parlamentario, 36 países tienen un sistema de gobierno parlamentario y 9 presidencial.⁹

Relación de la aplicación del voto en el extranjero con la forma de gobierno

Forma de Gobierno	Numero de casos
Parlamentaria	36
Presidencia	29

Aplicación a Elecciones Nacionales en los Sistemas Presidenciales		
Tipo de elección	Países	
Solo ejecutivo	16	Argelia, Argentina, Armenia, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Colombia, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Islandia, Kazajstán, Mali, Namibia, Perú, Senegal, Ucrania y Uzbekistán.
Solo legislativo	9	Brasil, Chad, Costa de Marfil, Francia, Gabón, Honduras, Lituania, Níger y Venezuela.
Ejecutivo y legislativo	4	Azerbaiján, Belarus, Croacia y Zimbabue.

Las formas o modalidades del voto dependen de la propia práctica de cada país. Alan Wall, uno de los estudiosos sobre el tema, explica que existen tres modalidades básicas: el voto por correo, el voto personal en la locación extranjera y el voto por correo electrónico. Este último ya se encuentra instrumentado en Alemania, Estados Unidos, Francia, Brasil y Paraguay.

Respecto de la logística, según las estimaciones de los que han estudiado el fenómeno, el voto en el extranjero cuesta aproximadamente el doble del voto llevado a cabo en el país de origen. Si es por correo se requieren estrategias racionales para acotar los tiempos y coordinar las actividades de difusión de campañas políticas y remisión oportuna de los votos para el conteo final. El empadronamiento es otro problema porque precisamente en función de la definición de ausencias se diseñan los programas de registro. Existen dos modalidades: el empadronamiento en el país de origen, antes de salir del territorio, o en la locación extranjera, independientemente del documento que se presente para validar la ciudadanía.

La antigüedad en la práctica varía considerablemente según los rasgos migratorios de cada país. En España, la Constitución de 1978 sancionó el derecho debido al número contingente de exiliados durante la Guerra Civil. En 1952, Australia estableció el derecho al voto favorecido por el *Commonwealth* y la viabilidad para radicar en países pertenecientes al viejo imperio británico. Colombia es un caso interesante porque desde 1961 se aprobó la modalidad debido a la inestabilidad política que ya apuntaba el desplazamiento hacia otros lugares pues, en general, las migraciones hacia los países más industrializados se intensificaron desde los años setenta para recrudescer en los ochenta.

Los flujos, además, son producto del fenómeno de globalización que frente a la polarización social y económica, trastoca los ingresos y el sustento por lo que los ciudadanos buscan mejores opciones de vida. Y en este sentido, para países como México, Colombia, Honduras, República Dominicana, Guatemala la situación del voto en el extranjero resulta vital porque, según ciertas argumentaciones que parten del derecho “inalienable” y de ciudadanía, los inmigrantes deberían tener la facultad para elegir representantes porque las remesas que envían sostienen o representan un ingreso considerable de la economía de sus países de origen.

Sin embargo, el voto en el extranjero es más complejo que eso porque se debe considerar el problema de la doble nacionalidad; las modalidades de ausencia si estimamos el arraigo con el país de origen o la participación ciudadana en materia de contribución fiscal; cuánta gente votaría, y, finalmente, cómo se dirimirían conflictos en el exterior, es decir, la extraterritorialidad del derecho electoral. Además, concretamente en nuestro país algo que inquieta a la opinión pública en general es si ese contingente —que no está involucrado en los sucesos del país— podría determinar eventualmente los resultados de una elección, y el presupuesto que debe asignarse para instrumentarlo.

Algunas experiencias en el tema son las siguientes:

- En Argentina no se conoce con exactitud cuántos ciudadanos viven en el extranjero pero se calcula que pueden ser alrededor de 600,000. De ellos, están registrados como votantes 23,380 y sufragaron 5,688, o sea el 24.3 % de los registrados.
- En Australia esta clase de voto representa el 0.4 % del padrón electoral.
- Austria tiene 320,000 ciudadanos en el extranjero como residentes y de ellos votan 73,000 o sea el 25 %.
- Brasil cuenta con aproximadamente millón y medio de ciudadanos con residencia en el extranjero y tiene 16,835 electores registrados.
- Canadá registra un padrón electoral de 19,000,000 de ciudadanos; aproximadamente 650,000 residen en el extranjero. El padrón electoral de estos últimos es de 17,172 y en 1997 votaron 6,006, el 35 % de ese padrón.
- Colombia tiene 42,000 votantes registrados en esta clase de voto. En 1994, de ellos votaron 27,000, el 64.3 %.
- Los Estados Unidos poseen alrededor de 3,500,000 ciudadanos residentes en el extranjero sin contar a los militares. En las elecciones presidenciales de 1988, los civiles votaron en 38.3 % de ese padrón; en 1992 en 31 %; en 1996 en 37 %. En las mismas elecciones, los militares votaron 63.5 % en 1988, 67.0 % en 1992 y 64.0% en 1996.
- En España, en 1996, de 526,065 electores registrados, votaron 181,741, el 34.65 %.

- Francia tiene 1,130,000 ciudadanos residentes en el extranjero distribuidos en 153 países. En la elección presidencial de 1995, de 245,317 electores inscritos, 127,387 sufragaron.
- Portugal contabiliza una población aproximada de 9 millones de habitantes. Además, alrededor de 4 millones de portugueses residen en el extranjero. En 1995, en la segunda circunscripción votaron 45,852 de 192,329 inscritos en ese padrón electoral, lo que representa el 23.8% de aquél. Para esta clase de voto sólo existen dos circunscripciones.
- En Sudáfrica, de 428,461 inscritos en ese padrón votaron 96,268, el 22% comparado con el 86% en el propio Sudáfrica.
- Suecia tiene 6.7 millones de ciudadanos, de los cuales 80,000 residen en el extranjero; en 1994 votaron 25,000 de estos últimos.

El voto en el extranjero, la experiencia mexicana

La discusión sobre el voto de los nacionales en el extranjero, en México se encuentra enmarcada por el reconocimiento de los derechos políticos en la Carta Magna.

El capítulo IV del Título primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se refiere a la figura de los *Ciudadanos Mexicanos*, que en su artículo 34 establece:

Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

- I. Haber cumplido dieciocho años
- II. Tener un modo honesto de vivir

Este artículo se encuentra en estrecha relación con el artículo 35 de la Carta magna, que regula como prerrogativas de los mexicanos:

- I. Votar en las elecciones populares
- II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley.

Antecedentes

Los ciudadanos mexicanos nunca han podido ejercer su derecho al sufragio fuera del territorio nacional. Tanto la Constitución de 1857 como la de 1917 —en su texto original— establecieron que el ciudadano tenía la obligación de votar en las elecciones populares *en el distrito electoral que le correspondiese*; dado que no era posible establecer dichos distritos más allá de nuestras fronteras, el día de la elección los ciudadanos residentes en el extranjero no tenían modo alguno de satisfacer el requi-

sito que la Constitución exigía para ejercer su legítimo derecho al voto. En aquel tiempo, esta reglamentación del derecho al sufragio no era privativa de México, y hubiera constituido una novedad que en el siglo XIX o en 1917 los constituyentes abrieran la puerta al ejercicio de los derechos políticos más allá de los límites geográficos impuestos por el Estado nacional.

La negación práctica de estos derechos, sin embargo, muy pronto empezaría a ser cuestionada por los mexicanos residentes en el exterior. Hacia 1920, los estragos sociales derivados de la lucha revolucionaria y la demanda de mano de obra barata en California y los estados del suroeste norteamericano, provocaron un notable aumento de la migración mexicana hacia los Estados Unidos. Entre 1920 y 1929 más de 500 000 mexicanos cruzaron la frontera norte en busca de refugio y de trabajo, y como consecuencia de ello empezaron a formarse grandes concentraciones de mexicanos en ciudades como Los Ángeles, San Antonio, Houston y Chicago. Pese al regreso forzado de miles de mexicanos como consecuencia de la gran depresión, el número de éstos en los Estados Unidos siguió aumentando a lo largo de las décadas siguientes. Entre 1942 y 1964, por ejemplo, los programas de braceros facilitaron el ingreso de 4.65 millones de trabajadores temporales, muchos de los cuales se quedarían a residir definitivamente en las comunidades mexicanas de los grandes centros urbanos de los Estados Unidos

No fue sino hasta 1988 cuando el voto en el exterior se incorporó a la agenda de los partidos políticos nacionales. Aunque durante el sexenio de Carlos Salinas de Gortari hubo un cambio notorio de la política gubernamental hacia las comunidades mexicanas en el exterior, no avanzó la discusión sobre el ejercicio de sus derechos políticos. Entre 1988 y 1994 se incrementaron los contactos con asociaciones empresariales mexicano-norteamericanas, se fomentó la organización de “clubes de oriundos”, y se crearon programas de apoyo al migrante, así como nuevos consulados

A si mismo se presentaron diversas iniciativas por parte del PRD para permitir el voto de los mexicanos en el extranjero, pero al final el Congreso desechó todas las iniciativas y las elecciones de 1994 transcurrieron en un clima semejante a las de 1988, sin la participación de los mexicanos en el extranjero y con la celebración de simbólicas “elecciones ciudadanas” en los principales centros urbanos de los Estados Unidos. Aunque el PRI retuvo la presidencia y el control de las cámaras, la crisis política y económica de 1994 generó una situación de inestabilidad tal que el nuevo gobierno se vio forzado a negociar con la oposición un gran Acuerdo Político Nacional, a fin de garantizar una transición democrática ordenada y la gobernabilidad del país. Uno de los resultados de dicho acuerdo fue la presentación conjunta de un paquete de reformas constitucionales en materia electoral, que fueron rápidamente aprobadas y publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de agosto de 1996. Básicamente, esta importante iniciativa modificó la estructura del Instituto Federal Electoral (IFE) y la conformación de las cámaras de Diputados y Senadores, hizo

posible la elección del jefe de gobierno de la ciudad de México, estableció nuevas reglas de fiscalización y transparencia, e instauró por vez primera en nuestra historia reciente el control de constitucionalidad de los actos en materia electoral.

Últimas reformas

Históricamente, el principal obstáculo constitucional para que los mexicanos radicados en el extranjero ejercieran su derecho al sufragio se encontraba en el artículo 36 constitucional, que exigía como lugar para votar su distrito electoral, esto queda superado en 1996, con la aprobación por parte del poder revisor de la Constitución al suprimir de la fracción III, del artículo 36 de la constitución, la obligación de que el voto ciudadano sea emitido en el distrito electoral que le corresponda. Por su parte esta enmienda, modificó el Código Federal de Procedimientos Electorales (COFIPE), publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 22 de noviembre de 1996, se incorpora al artículo Octavo transitorio un tercer párrafo que estipula:

Con el propósito de estudiar las modalidades para que los ciudadanos mexicanos residentes en el extranjero puedan ejercer el derecho al sufragio en las elecciones de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, el Consejo General del Instituto Federal Electoral, designará una comisión de especialistas en diversas disciplinas relacionadas con la materia electoral, para que realice los estudios conducentes , procediéndose a proponer, en su caso a las instancias competentes , las reformas legales correspondientes, una vez que se encuentre integrado y en operación el Registro Nacional Ciudadano y se hayan expedido las cédulas de identidad ciudadana.¹⁰

En abril de 1998, el Consejo General del IFE, integró la Comisión de especialistas antes aludida. Los resultados parciales de su trabajo fueron entregados al Congreso de la Unión, el mes de noviembre de ese mismo año. En dichos resultados, concluye este grupo de expertos, que el ejercicio del voto en el extranjero es técnicamente posible aunque presenta algunas dificultades para su operación y ofrecen trece escenarios posibles para hacer viable este ejercicio electoral.

Durante 1999 la Cámara de diputados remitió a la de Senadores dos proyectos de Decretos que permitieran el voto de nacionales en el extranjero. Esta Minuta contemplaba la modificación de tres artículos (adicción del párrafo 3 del artículo 6; derogación del inciso f) del párrafo 2 del artículo 49; y la reforma del inciso z) del párrafo 1 del artículo 82) que harían posible el voto de los ciudadanos mexicanos en el extranjero. No obstante ambas fueron devueltas por el Senado y la cuestión se volvió a archivar.

Todos estos cambios, permitieron la construcción de una estructura institucional fundada en el Instituto Federal Electoral y que después de las elecciones del 2000 traería de nuevo el tema al debate nacional.

Migración

En este sentido la realidad del fenómeno migratorio principalmente a Estados Unidos ha sido uno de los argumentos mas referidos para la aprobación del voto de los mexicanos en el extranjero.

Así, la gran mayoría del universo total potencialmente involucrado en el proyecto del voto en el extranjero (98.7 %), se encontrará en los Estados Unidos de América, ya sea residiendo en ese país (90.7 %) o visitándolo (3.4 %) o bien trabajando como migrante temporal (4.3 %) o como *commuter* (0.3 %). El restante 1.3 % radicará en otros países. De los mexicanos radicados en los Estados Unidos, el 25 % se encuentra en una situación jurídica migratoria irregular no autorizada.¹¹

Universo de posibles votantes	
Estados Unidos	90.70%
Otros países	1.3

El origen geográfico de la migración mexicana a los Estados Unidos de América se ha caracterizado por la continuidad y los cambios graduales. El occidente de México sigue siendo la principal cantera de mano de obra migrante, pero en la actualidad se han incorporado al proceso entidades nuevas, sobre todo, del centro de México.

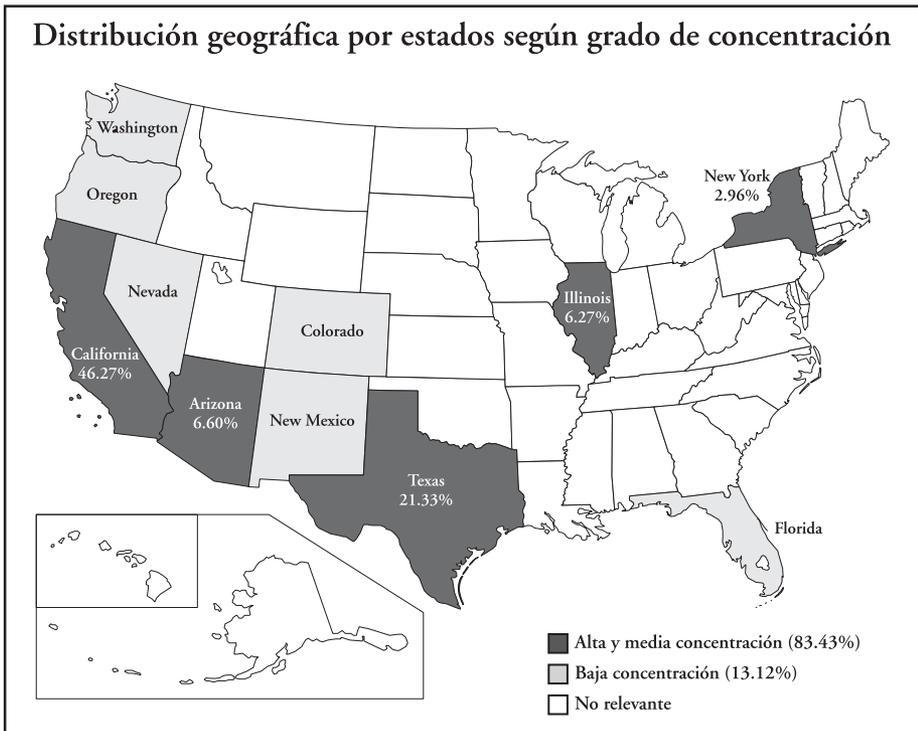
La región está formada por los Estados de Jalisco, Michoacán, Guanajuato, Zacatecas, San Luis Potosí y Durango, e incluye geográficamente a los Estados menos poblados de Colima, Nayarit y Aguascalientes. En la región histórica se concentra, en la actualidad. Le sigue en importancia la región norte, que comprende a los Estados fronterizos con los Estados Unidos de América: Baja California Norte, Sonora, Chihuahua, Coahuila, Nuevo León, Tamaulipas, e incluye a los Estados aledaños de Baja California Sur y Sinaloa. Esta región contribuye, en la actualidad, con 20 ó 25 por ciento de movimiento migratorio. En tercer lugar se sitúa la región centro, compuesta por los Estados de Querétaro, Puebla, Tlaxcala, Hidalgo, México, Distrito Federal, Guerrero, Morelos y Oaxaca. Esta región, densamente poblada y con fuerte influencia de carácter étnico, sobre todo en Oaxaca, Guerrero y Puebla, contribuye con 15 ó 20 por ciento del total de la emigración mexicana a los Estados Unidos de América. Finalmente, la región sureste, con muy poca tradición migratoria, aporta una mínima parte, entre un 2 a 3 por ciento del total, y está formada por los Estados de Veracruz, Chiapas, Tabasco, Campeche, Yucatán y Quintana Roo.

La distribución territorial de los mexicanos dentro del territorio de los Estados Unidos de América presenta dos patrones claramente definidos: el de concentración

y el de dispersión. Considerar ambos patrones es de especial importancia para la organización y la logística electorales en cualquiera de sus modalidades.

Patrones de concentración

Se estima que, en la actualidad, cerca del 84 por ciento de los mexicanos en edad ciudadana y nacidos en México, se concentran en 5 entidades federales: California (46.3 por ciento), Texas (21.3 por ciento), Arizona (6.6 por ciento), Illinois (6.3 por ciento) y Nueva York (3 por ciento). Si a estos Estados sumamos la población que reside en Florida, Oregon, Colorado, Nuevo México y Nevada, se concluye que en 11 entidades reside casi 90 por ciento del total (ver mapa de estados).¹²



La mayoría de los 33 condados que concentran a la mayor parte de la población de votantes potenciales (nacidos en México) forman parte de las grandes zonas metropolitanas de los Estados Unidos de América. Si se toman en cuenta zonas como Los Angeles, San Francisco, San Diego, Chicago, Houston, Dallas, Nueva York,

Atlanta y Denver, se puede afirmar que ahí se concentra una proporción importante. Al interior de las zonas metropolitanas se reproduce otro patrón de concentración al nivel de barrios claramente diferenciados, de suerte que la imagen de la población migrante dedicada a las labores agrícolas, dispersa en pequeñas localidades de los Estados Unidos de América, es asunto del pasado.

Un rasgo importante del patrón de concentración se observa en los 20 condados fronterizos. En ellos reside 18 por ciento del total de mexicanos en edad ciudadana. Esta ubicación facilita en buena medida la logística electoral porque una parte importante de ésta, se podría instrumentar desde el territorio nacional.

Patrones de dispersión

Los mexicanos en edad ciudadana nacidos en México, prácticamente viven en todo el territorio de los Estados Unidos de América, incluyendo Alaska y Hawai. Solamente en 11 Estados se puede hablar de muy baja o nula presencia de población de origen mexicano (ver mapa de estados). De hecho, 25 por ciento de la población se dispersa en 395 condados ubicados en casi todo el territorio de los Estados Unidos de América.

Se reconoce que en los últimos 10 años se han diversificado los destinos de la migración mexicana. La localización de los nuevos centros de atracción de la mano de obra mexicana en los Estados Unidos de América, debe ser objeto de estudios más precisos por parte del IFE, a fin de que la geografía electoral alcance la mayor precisión posible, dependiendo de la modalidad o las modalidades que sean adoptadas.

La aprobación de las reformas electorales en materia de derecho al voto en el extranjero 2005 y elección para presidente 2006

En junio de 2005, el Congreso de la Unión aprobó el voto de los mexicanos residentes en el extranjero. Estos ciudadanos podrán ejercer su derecho al voto por vía postal para elegir Presidente de la República en las elecciones de 2006.

Los requisitos señalados por la ley establecen que podrán votar, todos aquellos mexicanos que residan en el extranjero y que cuenten con credencial para votar. El periodo de registro en la lista nominal de electores residentes en el extranjero se estableció del 1 de octubre de 2005 al 15 de enero de 2006. La cuestión de la doble nacionalidad no fue considerada como un obstáculo. No fueron permitidos los actos de campaña en el exterior y el IFE es el encargado de enviar la boleta electoral, con información anexa sobre las plataformas de los partidos políticos y de sus candidatos. Así mismo, el IFE creó la Coordinación del Voto de los Mexicanos Residentes

en el Extranjero (COVE), con carácter temporal (cada 6 años) y cumplirá sus objetivos a lo largo del proceso electoral que corresponda, en este caso al de 2005-2006.

El IFE deberá revisar que las solicitudes que le fueron enviadas cumplan con la documentación requerida; capturará y procesará aquellas que hayan sido rechazadas. También deberá imprimir los listados nominales y hará su entrega a los partidos políticos para que puedan presentar las observaciones que consideren pertinentes. El Consejo General del IFE dará validez a los listados de mexicanos residentes en el extranjero que podrán votar el próximo 2 de julio y elegir al próximo Presidente de la República.

El envío de las boletas electorales a los domicilios reportados por los ciudadanos que se inscribieron desde el exterior deberá llevarse a cabo entre el 16 de abril y el 20 de mayo de 2006.

Los votantes residentes en el extranjero recibirán la boleta, emitirán su voto y la regresarán al IFE por correo entre el 20 de abril y las 08:00 horas del 1 de julio.

El día de la elección, el 2 de julio, a las 17:00 horas se instalarán las mesas de escrutinio y cómputo de los votos de los connacionales en el extranjero y a partir de las 18:00 horas dará inicio el recuento de los votos.

Como ya se planteó anteriormente, de las primeras proyecciones del voto hechas por el IFE, se planteó que de 23 millones de mexicanos que residen en el extranjero, 11 millones son adultos y sólo 4.5 millones cuentan con credencial para votar con fotografía. De los mexicanos que cuentan con credencial para votar, el 98 por ciento reside en Estados Unidos y Canadá; el resto, está disperso en cerca de 80 países del mundo como España, Francia, Paraguay y Alemania, entre otros.

No obstante, a pesar de las altas expectativas creadas con la aprobación del voto de los mexicanos en el extranjero, desde el gobierno, tanto ejecutivo como legislativo, el proceso ha sido, por llamarlo poco, accidentado. Le han llovido críticas al IFE desde los medios de comunicación, por los, poco alentadores resultados, agregando que este tema solo ha venido a acentuar el clima de confrontación política en el que se encuentra el país.

Dos son las principales críticas:

1. El enorme gasto que la puesta en práctica de este derecho ha significado para el erario público: El presupuesto inicial para este rubro, fue calculado en mil 462 millones de pesos. Esto incluye varios rubros: instalación de módulos especiales para migrantes, infraestructura tecnológica, envío y recepción de documentación, servicio de orientación telefónica, campaña de difusión y, por supuesto, salarios, operación y los muchos viajes que el equipo realizó para promover y motivar a los mexicanos en diferentes países para que se registren. En este sentido se reprocha el excesivo gasto en promover el voto en medios masivos de comunicación, ya que el IFE ha desplegado brigadas en los puntos de mayor concentración de mexicanos, así como en 75 puntos del Programa Paísano y a través de 140 federaciones de mexicanos en Estados

Unidos, principalmente. El IFE así mismo, realizó un programa de 21 horas ininterrumpidas que fue emitido por la cadena televisiva Univisión para promover el voto de mexicanos residentes en Estados Unidos.

2. El segundo elemento se encuentra directamente relacionado con el primero, ya que, no obstante el enorme gasto, se ha registrado muy poca participación en el proceso de registro; muy lejos de las proyecciones de los 4 millones de mexicanos con credencial de elector, al domingo 15 de enero, fecha de cierre, el instituto había recibido 21 mil 546 piezas provenientes de 68 países de los cinco continentes.

No obstante todas las críticas vertidas desde los medios, el proceso de registro ha repuntado en los últimos meses. De acuerdo con un comunicado emitido por el IFE, la recepción de solicitudes repuntó y alcanzó un récord de 7 mil 613 solicitudes recibidas entre el 9 y 14 de enero, respecto al promedio histórico (907 piezas semanales). Ya para finales del mes de enero la recepción de solicitudes llegó a los 53 mil 500 después del escrutinio. Eliminando las solicitudes que no cumplen con los requisitos, el número de mexicanos que podrán votar será de 40,627. Así mismo el consejero presidente del IFE Luis Carlos Ugalde informó que el costo del programa se redujo a 384 millones 900 mil pesos y el costo de cada voto es de 9 mil 474 pesos.

En este sentido, es pertinente retomar la crítica sobre la cantidad de Mexicanos residentes en el extranjero. En sus orígenes, el voto desde el exterior, era un reclamo sobre todo de organizaciones de mexicanos y de origen mexicano en Estados Unidos. De ahí se pasó rápidamente a pensar que en consecuencia, partiendo del supuesto equivocado de que esas organizaciones representan a los migrantes mexicanos en Estados Unidos, el reclamo era de dichos migrantes y no sólo de esas organizaciones. Sin embargo, los mexicanos en el exterior son, como todas, una comunidad bastante más complicada y heterogénea que su estereotipo. Sus preocupaciones están aquí y ahora. Decidir quién gobierna México no ocupa un lugar privilegiado en su agenda de prioridades.

Pese a ello, el número estimado, viene de las verificaciones que con base en muestras hace el IFE regularmente de su padrón, lo que no deja de ser una proyección, que con base en esta primera experiencia, el IFE tendrá tiempo de replantear.

El Congreso por su parte, se ha sumado a las críticas sobre los resultados insuficientes del programa, sin tomar su responsabilidad en la escasa participación. Durante el proceso que llevó a la conclusión del voto de los mexicanos en el extranjero, sobraron argumentos en contra y a favor de tal votación. En un principio, las posiciones de los principales partidos se definieron, como una derivación de un simple cálculo electoral. Como además, las organizaciones mencionadas eran en ese entonces más cercanas al PRD, esto influyó en que el PRD siempre estuviera decididamente a favor del ejercicio del voto desde el exterior, el PRI decididamente en contra y el PAN sin una posición definida.

Así, el legislativo, votó una ley llena de candados y contradicciones: sí pueden votar los mexicanos en el exterior pero los partidos no pueden hacer campaña en el exterior; el voto va a ser vía postal, llenando una forma complicada y por correo certificado, una modalidad casi desconocida en Estados Unidos y que implica un gasto de 8 dólares por solicitud.

De esta suerte, conforme se hace realidad esa vieja promesa del voto de los mexicanos en el exterior, surgen los fantasmas. Se teme lo peor: que una masa manipulada de mexicanos en Estados Unidos pudiera definir una elección cerrada; que el fraude que tanto trabajo costó erradicar se cuele por la vía del voto de los mexicanos en el extranjero. La advertencia ha venido de la misma Fiscalía especializada para delitos electorales (FEPADE) dirigida por María de los Ángeles Fromow, que ha advertido sobre riesgos del voto de mexicanos en el extranjero. El problema, es que puede darse el caso de que entre esos ciudadanos alguno haya solicitado previamente su incorporación al padrón de mexicanos residentes en el exterior para poder votar por correo, con lo que se constituiría el delito de votar dos veces. Otro riesgo, es que una persona recoja mediante engaños credenciales para votar, solicite la inscripción de los titulares en el padrón, use las boletas que se remitan vía correo para ejercer el voto y las envíe a México. Tampoco descartó que alguien pretenda comprar los votos en el exterior, aprovechando que es una boleta electoral física que puede ser entregada a cualquier persona para que la marque y la deposite en el correo, pues no existe el “candado” que garantice la personalidad de quien acude al correo a entregar el sobre que contiene el sufragio. Asimismo podría presentarse la violación a la correspondencia, la falsificación de documentos públicos y uso de documentos falsos, entre otros delitos que tienen penas que van desde seis meses hasta nueve años de prisión y multas que varían de acuerdo al tipo penal. Para tener más control en torno al voto de los mexicanos en el exterior, añadió, las leyes electorales deben perfeccionarse, por lo que llamó a los legisladores a aprobar las reformas en ese sentido pues podrían surgir conductas nuevas constitutivas de ilícitos. En este tenor, tratando de paliar las sospechas, la Procuraduría General de la Republica (PGR) y la Secretaria de Relaciones Exteriores (SRE) han firmado un acuerdo para vigilar la transparencia del voto de los mexicanos en el extranjero y evitar cualquier tipo de delito electoral.

Conclusión

Una característica del sufragio y que ha sido adoptada en la mayoría de los países es la de sufragio universal, como derecho que pertenece por igual a todo ciudadano sin distinción de sexo, posición ideológica, raza, credo. Son 69 países donde existe en su legislación disposición expresa en relación al voto desde el exterior y se ha ejercido al menos en una ocasión. La mayoría de los casos pertenecen a Europa con 30;

en África son 17 países, en Asia 10, en América 9 y en Oceanía 3. En la gran mayoría de los casos, el voto de los nacionales en el extranjero representa una proporción muy pequeña que no alcanza una alta proporción dentro del padrón electoral.

En México, al eliminarse la condición de ejercer el voto dentro del distrito de residencia en la reforma constitucional aprobada en 1996, quedó abierta la posibilidad de que los ciudadanos mexicanos residentes fuera del territorio nacional pudieran votar. El tema plantea a todos los interesados diferentes aspectos a debatir, desde lo conceptual, el marco jurídico e institucional y los desafíos logísticos que representa su instrumentación; pero este debate no deja de lado los aspectos e implicaciones políticas, así como los posicionamientos de los diversos actores involucrados.

Finalmente, este año se aprobaron mecanismos que si bien es cierto no son satisfactorios, reflejan una realidad: la aplicación de los mecanismos electorales mexicanos en el exterior es muy compleja. Somos prisioneros de un sistema que fue diseñado para evitar el fraude, no para propiciar la participación electoral.

Así se echaron a andar esos mecanismos, esperando que, congruentemente con lo que se nos había dicho, una parte importante de esos millones se ampararían en los mecanismos aprobados. Este dato nos muestra una realidad que se dijo en secreto, pero que nunca se asumió en este largo y tortuoso proceso. Tal voto no es una prioridad para los migrantes mexicanos en Estados Unidos y las organizaciones de mexicanos en ese país no tienen la capacidad de convocatoria que en México se supuso.

Sin embargo esto no implica el cuestionamiento de la procedencia de que se pueda votar desde el extranjero. Resulta indiscutible que los derechos políticos deben preservarse sin importar el país de residencia, máxime cuando el cambio de residencia se debe a que en México no se encontraron las condiciones de vida necesarias.

La experiencia hasta el momento, indica pues que existen grandes pendientes en lo que respecta al voto de los mexicanos en el extranjero y ahora la tarea se encuentra en erradicar estos fantasmas del proceso en el exterior. Las críticas que se han vertido sobre el proceso, son en realidad críticas a la ley electoral mexicana. No se pudo utilizar la red de consulados a plenitud, no se pudo eximir a los votantes de tener una credencial de elector, y no se pudieron hacer campañas en el extranjero, pero esta será una tarea a futuro que al igual que la ley electoral interna tendrá que irse adaptando a la vertiginosa realidad. A final de cuentas, el derecho está conquistado.

Notas

1. Carpizo, Jorge; Valádes, Diego; *El voto de los mexicanos en el extranjero*, Porrúa, UNAM, 2ª ed., México, D.F, 1999, p.35-36.
2. *Ibidem*, p.37.
3. Patiño, Canarena, Javier; "Voto" en *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, D.F, 1998, 3909-3910.

4. Ya desde la antigüedad se había abogado por la igualdad de derechos políticos de las mujeres. Bajo las formas autocráticas de gobierno que prevalecieron en la época antigua y bajo los regímenes feudales de la edad media, el sufragio, sin embargo, estaba tan restringido, incluso entre los varones, que el derecho al voto de la mujer nunca llegó a ser un asunto político. Los factores que garantizaran la existencia de movimientos organizados en defensa del sufragio femenino sólo se dieron una vez que amplios sectores de la población masculina, que hasta entonces no habían tenido acceso al voto, obtuvieron el derecho a votar como consecuencia de las revoluciones liberales y democráticas de los siglos XVIII y XIX. El movimiento moderno a favor del sufragio de la mujer surgió en Estados Unidos tras la guerra de la Independencia.
5. *Declaración Universal de los Derechos Humanos* en Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA, Tomo I, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1994, pp22.
6. ...sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social
7. *Ibidem*, p.52.
8. Higuera, Castro Francisco, "Derechos políticos de los mexicanos en el extranjero", en *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Constitucional y Política*, Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (coord.), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p.301
9. Navarro Fierro Carlos, "Estudio comparado sobre el voto en el extranjero", Instituto Federal Electoral, México, 1998, p.12-13.
10. Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y otros ordenamientos electorales, IFE, septiembre de 1999, p.273.
11. "El voto de los mexicanos en el extranjero, *Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República*, Senado de la República, p.19.
12. *Ibidem* p.20.

Bibliografía

- ANDRADE, Eduardo, "El voto de los mexicanos en el extranjero", en *Revista del Senado de la República*, volumen 4, núm. 13, octubre/diciembre de 1998, pp. 187-197.
- BECERRA, Ricardo, Pedro Salazar y José Woldenberg, *La reforma electoral de 1996. Una descripción general*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- CALDERÓN Chelius, Leticia, "El voto de los mexicanos en el exterior: la ampliación de los derechos políticos", en *Relaciones Internacionales*, núm. 79, enero/abril de 1999.
- CARPISO, Jorge, y Diego VALADÉS, *El voto de los mexicanos en el extranjero*, México, Porrúa/UNAM, 1999.
- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y otros ordenamientos electorales, IFE, septiembre de 1999.
- Conferencia Trilateral Canadá-Estados Unidos-México sobre el voto en el extranjero*, México, IFE, 1998.
- CORDERO, Luis Alberto; "Voto de los Nacionales en el Exterior. ¿Una Rectificación Necesaria?" (Ponencia), *Conferencia Trilateral México-Estados Unidos-Canadá Sobre El Voto en el Extranjero*, Instituto Federal Electoral, México, D.F., 2 y 3 de septiembre de 1998, disponible en: <http://www.ife.org.mx/wwwcai/confer1.htm>.

Declaración Universal de los Derechos Humanos en Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA, Tomo I, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1994, pp22.

“El voto de los mexicanos en el extranjero, *Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado De La República*, Senado de la República.

HIGUERA, Castro Francisco, “Derechos políticos de los mexicanos en el extranjero”, en *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Constitucional y Política*, Cienfuegos Salgado, David y López OLVERA, Miguel Alejandro (coord.), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

Informe final que presenta la comisión de especialistas que estudia las modalidades del voto de los mexicanos residentes en el extranjero, México, IFE, 12 de noviembre de 1998.

NAVARRO FIERRO, Carlos, “Estudio comparado sobre el voto en el extranjero”, Instituto Federal Electoral, México, 1998.

PATIÑO, Canarena, Javier; “Voto” en *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, D.F, 1998, 3909-3910.

REYES-HEROLES, Jesús; “2006: voto en el extranjero” Columna Política en *El Universal*, México, D.F., 27 de febrero de 2004.

SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús, “Voto a distancia”, en *Reforma*, 5 de octubre de 1998.

ZEBADÚA, Emilio; Discurso pronunciado en la presentación del Informe Final de la Comisión de Especialistas que estudia las modalidades del Voto de los Mexicanos en el Extranjero, durante la Sesión Extraordinaria del Consejo General del Instituto Federal Electoral del 16 de noviembre de 1998, Acta de la Sesión, Página Web del IFE; disponible en: <http://www.ife.org.mx/intranet/dirsecre/actas/161198d.htm>.

ANEXOS



VOTO DE MEXICANOS EN EL EXTRANJERO

Consulados de México en EUA previamente seleccionados
12 de julio 2004 a 28 de enero 2005

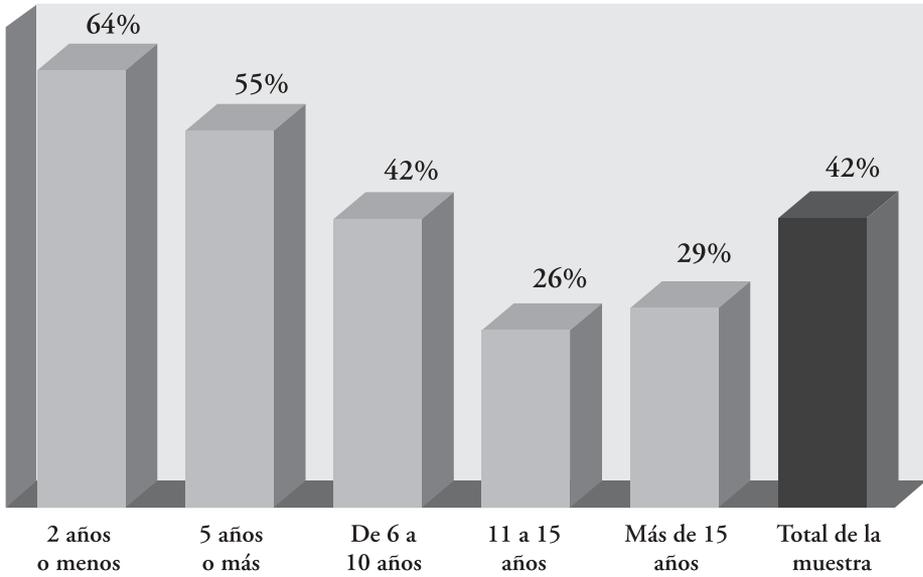
Fuente:
Pew Hispanic Center, Survey of Mexican Migrants,
2 y 14 de marzo de 2005

Características demográficas seleccionadas

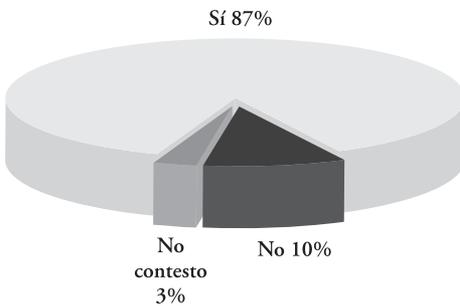
		Total de la muestra N = 4, 836
Género	Hombres	57%
	Mujeres	40%
Edad	Menos de 18 años	2%
	18-29 años	48%
	30-39 años	29%
	40-49 años	13%
	50-54 años	3%
	Más de 55 años	5%
Educación	No fue a la escuela	2%
	Primaria	32%
	Secundaria/ Vocacional	36%
	Preparatoria	22%
	Universidad	6%
Estado Civil	Soltero	39%
	Casado	46%
	Unión libre	10%
	Separado/ Divorciado/ viudo	5%
Hijos	Tiene hijos que no viven en EUA	12%
	Tiene hijos que viven en EUA	54%
	No tiene hijos	26%
Años en EUA	Menos de 6 meses	-
	6 hasta 12 meses	-
	12 hasta 18 meses	-
	18 hasta 24 meses	-
	5 años o menos	43%
	6 a 10 años	18%
	11 a 15 años	12%
	15 o más años	19%
Vivienda	Vive con familia/ Amigos	12%
	Renta casa/ Departamento	63%
	Es dueño de casa/ Departamento	20%
	Otro	3%
Ingresos por semana	Menos de \$100 Usd.	4%
	\$100 - \$199 Usd.	10%
	\$200- \$299 Usd.	27%
	\$300- \$399 Usd.	21%
	\$400- \$499 Usd.	11%
	Más de \$500 Usd.	9%

¿Trajo usted a los Estados Unidos su credencial electoral mexicana?

Porcentaje que contestó "Sí" según el tiempo que llevan viviendo en EUA



Si usted tuviera la oportunidad de votar en las próximas elecciones mexicanas en los Estados Unidos, ¿votaría?



¿Trajo usted a los Estados Unidos su credencial electoral mexicana?

	Sí	No	No contestó
Los Ángeles	36%	62%	2%
Nueva York	41%	57%	2%
Dallas	45%	50%	5%
Chicago	45%	51%	4%
Fresno	38%	59%	3%
Raleigh	51%	45%	4%
Atlanta	49%	46%	5%
TOTAL	42%	54%	4%

Esta encuesta fue realizada por el Centro Hispano Pew, en los consulados de los Ángeles, Nueva York, Chicago, Atlanta, Dallas, Raleigh y Fresno, con una muestra de casi cinco mil mexicanos, la mitad de ellos indocumentados.

Experiencia de otros países en los niveles de participación

país/año [❖]	Electores registrados [●]	Votos emitidos	% de votos sobre electores registrados
Argentina (1997)	23,389	5,700	24.4
Armenia (1996)	19,033	8,438	44.3
Australia (2001)	65,086	61,016	93.7
Bosnia y H. (2000)	232,739	99,996	43.0
Brasil (1998)	47,961	21,844	45.5
Canadá (2000)		31,116*	
Colombia (2002)	96,647	33,148	34.3
Croacia (2000)	360,110	126,841	35.2
España (1996)	526,065	181,741	34.5
Estados Unidos (1996)		2,401,000	
Estonia (1999)	9,100	4,099	45.0
Finlandia (1999)	204,917	22,424	10.9
Francia (1995)	245,317	130,036	53.0
Japón (2000)		9,899	
Kosovo (2001)	147,451	88,127	59.7
Nueva Zelanda (1999)		11,860	
Perú (2001)	248,790	132,406	53.2
Portugal (1999)	183,351	43,040	23.5
Moldova (1998)		3,202	
Senegal (1998)	80,844	24,246	29.9
Suecia (1994)		25,000	
Suiza (1999)	70,063	35,102	50.1
Sudáfrica (1999)		2,206	
Ucrania (1999)	121,201	30,598	25.2
Venezuela (2000)	11,873	6,785	57.1

❖ Los indicadores se refieren a la elección nacional más reciente sobre la que se contó con información disponible.

○ Por las características del régimen electoral y las disposiciones y modalidades aplicables al voto en el extranjero, en países como Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Suecia y Sudáfrica no es posible integrar un registro de los electores en el extranjero. En los casos de Japón y Moldova no se obtuvo información sobre el número de electores registrados.

★ Además de los votos emitidos en el extranjero, la cifra incluye los de miembros de las Fuerzas Armadas y los de presos que cumplen sentencias menores a dos años, a los que la ley permite votar.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. DERECHO FUNDAMENTAL Y GARANTÍA CONSTITUCIONAL

Mario Alberto García Herrera
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UMSNH

1. La Función Social del Derecho y globalización judicial

Para dar inicio a este trabajo que aborda aspectos sobre justicia, impartición, administración, operadores jurisdiccionales, acceso, lentitud, prontitud, obstáculos; se inicia por entender las “funciones sociales del derecho”¹, respuesta que seguramente la encontramos en las diversas obras que refieren a la teoría del derecho y en donde figuran asociados a los sistemas jurídicos, control social, seguridad, justicia y que brevemente se analizarán.

El control social se entiende de diversas maneras y existen diferentes tesis que abordan su estudio, en las cuales se han destacado algunas ambigüedades características de esta expresión. Se dice que el Derecho es un sistema de control social porque supervisa el funcionamiento de las demás instituciones sociales resolviendo los conflictos que se puedan producir dentro del sistema social, así se estaría hablando de una función integradora, pero de igual forma también reguladora. En este tenor, se resaltan las responsabilidades que tienen las autoridades normativas para regular comportamientos. Las opciones que tienen son la de incentivar la conducta que quieren que se lleve a cabo o desincentivar aquella que deseen que no se produzca. Conducta que puede ser incentivada o desincentivada antes de que la conducta se realice o bien después de que la conducta haya tenido lugar.

A este respecto Moreso y Vilajosana estudian cuatro aspectos a los que denominan “técnicas de control social” y que parten de un estudio profundo que realizan los autores Roberto Bobbio y Manuel Atienza.

- a) Incentivar una conducta deseable antes de que ésta se produzca (se presentan aspectos de *promoción*).
- b) Desincentivar una conducta indeseable antes de ésta se produzca (genera aspectos de *prevención*).
- c) Incentivar una conducta deseable después de que ésta se produzca (estaríamos en otorgar una especie de *premiación*).
- d) Desincentivar una conducta indeseable después de que ésta se produzca (se estaría hablado de una técnica de *represión* [Moreso, 2004, p.45]).

Por seguridad jurídica, la idea que se tiene es que las personas a las que van destinadas las normas jurídicas deben saber a qué atenerse, es decir, deben conocer con anterioridad a sus comportamientos cuáles de éstos están prohibidos, son obligatorios o les están permitidos (Moreso, 2004, p.45). Se refiere a la posibilidad de

planificar las conductas, saber de antemano qué consecuencias se derivarán de ellas y, así poder actuar con conocimiento de causa.

Justicia es un término por demás complejo de tratar, existen variados estudios que lo abordan y es el punto toral en todo proyecto o plan de trabajo de autoridades en sus diferentes niveles, pertenecientes a los propios organismos gubernamentales.

Hablar de justicia es hablar inclusive, de organización de una nación. Justicia es uno de esos términos morales y políticos centrales que reivindican su importancia universal y ocupan un lugar central en todas las teorías sociales y políticas.

La Justicia, se sigue cuestionado por diferentes doctrinarios, ya que hay varios enfoques, por lo que la han concebido como valor universal. Según Platón, por ejemplo, expone que “La justicia es la virtud fundamental de la cual derivan todas las demás virtudes, pues constituye el principio armónico ordenador de éstas, virtudes como: la prudencia o sabiduría para el intelecto, de la fortaleza o valor para la voluntad, y de la templanza para los apetitos y tendencias (Recasens, 2003, p. 179).

Para Aristóteles, entiende a la justicia como un valor intrínseco al hombre, en la forma siguiente: “Así pues, en un sentido llamamos justo a lo que produce y protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política... La justicia así entendida es la virtud perfecta, pero no absolutamente sino con relación a otro... Es perfecta porque el que la posee, puede practicar la virtud con relación a otro y no solo para sí mismo, porque muchos pueden practicar la virtud con relación a otro, pero no en sus relaciones con otro (Revista Electrónica).

San Agustín, al ser parafraseado por *Recasens Siches* dice que; “tiene la justicia como un ideal para el derecho”: (y refiere) cuando al compararla con la equidad, dice que la justicia es la equidad y que la equidad implica cierta igualdad y consiste en atribuir a cada quien lo suyo (Recasens, 2003, p. 483).

El mexicano *Preciado Hernández* define a la justicia como “la armonía e igualdad postulada por el orden ontológico... y coordina las acciones entre los hombres y las ordena al bien común” (Preciado, 1947, p. 487).

Con el tinte particular de la Suprema Corte de Justicia de la Nación *Mario Melgar* refiere que:

La justicia es el valor supremo que debe procurar una organización política y que se encomienda a los Poderes Judiciales, tanto al Poder Judicial de la Federación que prevé la Constitución en ese orden (Cáp. IV de su título tercero) como a los Poderes Judiciales Estatales, como se consigna en los artículos 41 y 116 fracción IV, de la Ley Fundamental y en las respectivas Constituciones de las Entidades Federativas (Melgar, 1995, p. 24).

Con lo anterior podemos deducir que sólo habrá justicia cuando el ser humano llega a ser feliz, tanto individualmente como respecto de sus semejantes cuando existe una armonía en sus acciones; y para concretar ese ideal de justicia, sus actos

no solo debe practicarlos en lo individual, sino que trasciendan respecto de sus semejantes; este ideal de justicia tiene como finalidad lograr que entre los hombres exista igualdad con el firme propósito de que todos ellos reciban lo que es “suyo” a través del justo equilibrio y proporcionalidad para obtener el bien común, precisamente determinando lo que a mi me pertenece y lo que a otro le corresponde.

Por su parte el término globalización que refleja un resultado, derivado de distintas interacciones sociales lógicas, es un conjunto de procesos cuyo desarrollo altera la organización económica, social y política de los Estados en su relación con actores transnacionales (Córdoba, 2006, p. 64).

Globalización es el proceso por el que la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unifica mercados, sociedades y culturales, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global.

Transformación, que derivado de estos rubros la justicia mexicana requiere, para aminorar los obstáculos que presenta hacia una verdadera impartición.

Han sido variados los esfuerzos, pero hoy en día se requiere un trabajo mayor, partiendo como pauta, de las políticas judiciales que países de primer mundo han incorporado a su sistema judicial; así como mecanismos adecuados a las necesidades sociales que cada región y sociedad requiere.

Sin lugar a dudas que lo que llegase a afectar a un país, como Estado, en sus funciones sociales, tendrá impacto en el resto de ellos, debiendo generar acciones compartidas que permitan aminorar y perfeccionar sus faltas o carencias, ejemplo de ello, la importancia que tienen los Convenios y Tratados Internacionales que día a día tienen mayor penetración en los diversos sistemas jurídicos y que incluyen rubros de intereses colectivos para beneficio de las naciones que los suscriben.

2. Acceso a la Justicia. Garantía Constitucional

Otro de los rubros más complejos de la administración de justicia en México es el relativo al derecho de todo gobernado para acudir a los tribunales, planteando conflictos jurídicos de los cuales formen parte, ya que para el derecho constitucional de acción, reconocido en la mayoría de las constituciones modernas e inclusive consignado en documentos y pactos internacionales sobre derechos humanos, tenga una verdadera aplicación.

El ordenamiento mexicano reconoce por igual el principio de gratuidad, al cual la doctrina ha calificado como “caritativo” para lograr el acceso a los tribunales por parte de todos los gobernados, derivado del artículo 17 Constitucional, que desde la Carta Federal de 1857, este principio de gratuidad de la prestación jurisdiccional existe, al prohibir las llamadas “costas judiciales” y, además, se ha regulado el siste-

ma de los “defensores de oficio”, en materia civil y penal, y de los funcionarios calificados como “procuradores”, en otras ramas como la laboral, agraria y de menores, como el objeto de prestar asesoría gratuita por parte de estos funcionarios que desempeñan sus servicios a cargo del Estado, a todos aquellos justiciables que carezcan de los recursos económicos para acudir a solicitar la prestación jurisdiccional.

Otros elementos que deben ser destacados para tener un acceso a la justicia, son aquellos rubros referentes a la prevención jurídica, es decir, respecto de todos los actos y situaciones cada vez más numerosos, que por su complejidad requieren de asesoramiento, a lo que Norberto Bobbio ha llamado como una función “promocional del derecho”, ahora con la Ley de Acceso a la Información, también corresponde al Estado la difusión de las normas jurídicas, para su conocimiento y divulgación.

Otro aspecto importante es el relativo a la tutela judicial de los derechos colectivos de algunos sectores sociales no organizados, calificados como “intereses jurídicos difusos”, en cuanto no resulta posible establecer con precisión a sus representantes, y entre ellos se pueden señalar los de los consumidores, los habitantes de barrios marginados, los afectados por la contaminación ambiental, los usuarios de servicios públicos, etc., respecto de los cuales se han estado configurando instrumentos procesales para tutelarlos.

La mayor exigencia de la sociedad mexicana es la de justicia y seguridad jurídica. Reclamo que surge de una situación social problemática que tiene múltiples causas. Dar respuesta a estos requerimientos es sin duda una responsabilidad compartida a cargo de las instituciones de la República y claro, del Poder Legislativo y Judicial.

Nos podemos percatar que los sistemas judiciales se pueden considerar como organizaciones complejas, cuya estructura tiende, en parte, a garantizar una función jurisdiccional pronta y expedita, y que en la realidad refleja una serie de “obstáculos”, que trae como consecuencia atrasos, atascos y una justicia por demás tardía².

Si en nuestro país se quiere arribar a una impartición de justicia que no sólo fije su atención en tener los mejores jueces y los mejores tribunales, también se deben analizar otros factores que permitan de manera integral, lograr una mejor función, operación y aplicación de los servicios del Estado.

Operadores jurisdiccionales que se conduzcan bajo la legalidad justa y equitativa, y que como consecuencia su justicia se refleje de manera pronta, completa e imparcial, como lo obliga el artículo en comento (Art. 17 CPEUM).

Así mismo, el Estado debe garantizar el acceso a todas esas mayorías que no tienen acceso a los servicios de paga que imponen abogados y bufetes, se debe crear, nos dice Juventino V. Castro un “*organismo cúpula*” que tienda, asesore y dé consulta a aquella población que llene los requisitos adecuados fijados en la ley sabia y generosa, y se convierta por ello en campeona de las luchas por la justicia (Castro, 2000, p. 132), avances que ya hemos visto reflejados, pero que deberán ampliarse a otras ramas del derecho en donde se presentan por igual rubros procesales, materia de otros estudios.

En la reforma judicial de 1994, que más adelante se abordará y la más importante para el Poder Judicial, se dieron los primeros pasos para lograr una justicia con un mejor desempeño. La preocupación en las entidades por modernizar y pugnar por una justicia más loable y eficiente también se ha dejado notar; existen factores externos que cada Tribunal tiene y que poco a poco se deben atacar para poder cumplir lo previsto por un mandato Constitucional de administrar justicia con prontitud y expeditéz.

3. Idoneidad del Juez y la Función Jurisdiccional

Al encargarse directamente de dirimir los conflictos, el juez es quien resuelve cuál norma es aplicable al caso concreto, de ahí decir que el juez es quien dice el derecho; cualquier régimen jurídico es débil sin jueces encargados de aplicarlo.

Eduardo Couture sostiene que habrá buena justicia, si se tienen buenos jueces, habrá mala justicia cuando se tengan malos jueces (Fernández Aguirre, 2001, p 35). Por lo tanto es de suma importancia contar con los mejores servidores para que se encarguen de impartir justicia.

Para la preparación de los jueces, las leyes mexicanas sólo suelen exigir el título de licenciado en derecho y una antigüedad mínima de tres a cinco años (como si la simple expedición del título y el transcurso del tiempo proporcionara, por si solo, la experiencia profesional necesaria [Ovalle, 1993, p. 85]). Tampoco se requiere una preparación especializada en materia judicial. Si bien existen los Institutos de Especialización Judicial, el Centro de Estudios Judiciales, e inclusive el Consejo de la Judicatura, los cursos que imparten son un requisito previo y obligatorio para poder ser designado juzgador.

La leyes no suelen prever, en sentido estricto, criterios de selección de los juzgadores, sino que se limitan a señalar una serie de requisitos demasiado genéricos y comunes, que prácticamente cualquier profesionista en derecho podría satisfacer.

Nos dice Andrés de la Oliva Santos que la promoción de jueces y magistrados dentro de su carrera viene registrando, en especial desde 1985, graves fallos relativos a los modelos de juez o magistrado instaurados de hecho y en la aplicación de los criterios legales. Como es obvio, estos fallos afectan mucho más a los niveles en que la promoción no es estrictamente reglada. Y a nadie se le debe ocultar la relevancia de esta singular incidencia (De la Oliva, 2006, p. 59).

Existe en nuestro sistema judicial una crisis de calidad, la cuál no afecta sólo a los niveles inferiores, sino que incluye a los superiores, es decir, a jueces y magistrados, por lo tanto existe un descenso de calidad de la enseñanza, en la exigencia para el ingreso en la carrera y en los fallos de su promoción.

Esta crisis no es muy diferente ni más intensa que la que aqueja a otros ámbitos jurídicos, pero sus efectos son de superior importancia. No obstante en el ámbito

judicial no existen los mecanismos que, en otros ámbitos –los académicos, por ejemplo– pueden inspirar un mejor criterio de formación, mayor autoexigencia en el trabajo, corrección de errores, etc.

Se buscan, en todo caso, con toda objetividad, candidatos que ofrezcan imparcialidad, honradez, capacidad y probidad en la impartición de justicia. Con cada propuesta o designación, se busca fortalecer los órganos jurisdiccionales y hacerlos más eficientes. Con el objetivo de cumplir plenamente con el mandato constitucional de una justicia pronta y expedita (Fernández, 2006, p.36), como lo señala nuestra Ley Fundamental (Art. 17 CPEUM).

Hay que incorporar a la función pública de la administración de justicia, personas con capacidad profesional y calidad académica probadas, avaladas por su vocación de servicio y notorias cualidades éticas. Esas cualidades éticas tienen que ver con la moral individual, pero también con la moral social, y por eso con la psicología y compromiso social (Puy, 2005, p. 103).

Nos dice Héctor Fix Zamudio que antes de pensar en una reforma en la estructura y funcionamiento de los tribunales, se deben analizar aspectos como preparación, capacitación y selección de jueces, sin dejar de lado al resto de los funcionarios judiciales (Fix, 1999, p. 134).

Se pueden destacar, como una posible solución parcial, los estudios de especialización posterior a la licenciatura, que universidades en otros sistemas jurídicos se complementan con el funcionamiento de las escuelas judiciales, a las cuales deben ingresar obligatoriamente los candidatos a la judicatura y al Ministerio Público (caso Francia y España).

El Supremo Tribunal de Justicia en el Estado de Michoacán preocupado por una capacitación constante del Poder Judicial, celebró convenio con la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, particularmente con la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, para ofertar el Programa de Especialidad en Impartición y Administración de Justicia. Este Programa estaría dirigido a jueces y magistrados, con el objetivo de contar con operadores judiciales loables que tengan el mejor perfil y conocimiento.

En términos generales, los tipos de designación de juzgadores que prevalecen en nuestro país son tres: 1) designación política de origen norteamericano, lo designa el ejecutivo con aprobación del legislativo; 2) la designación política sólo del ejecutivo para los magistrados del Supremo Tribunal de Justicia Militar y para los representantes gubernamentales en los tribunales de trabajo, y 3) el nombramiento por el órgano de superior jerarquía de los magistrados y jueces que integran los demás órganos del mismo Poder Judicial.

En la administración de justicia, la calidad del servicio depende, por una parte, de los instrumentos, las herramientas o el equipo que se le facilita al servidor para cumplir con su tarea; pero también, por otra parte, de que el servidor entienda su

misión frente al usuario y la contribución que debe ofrecer a la sociedad en su desempeño. Es imprescindible que el juez tome conciencia de que no es sólo un simple burócrata, mecánico aplicador de los textos legales, sino uno de los líderes que, día a día y caso a caso, va moldeando la estructura de la economía, la política, el comercio, la familia, el individuo y la paz de su comunidad.

La responsabilidad del futuro corresponde no sólo a los políticos sino depende de manera principal de cómo se desempeñan los jueces de un país y la suma de esfuerzos entre la coherencia de quienes tienen la responsabilidad de crear las leyes (legislador) y aquellos otros de interpretarlas y aplicarlas (juez).

El Estado ha enfrentado estos problemas y encontrado “soluciones”, que en su mayoría solo son enmendaduras a corto plazo. Aspectos como la incontinencia legislativa de códigos, leyes, decretos y resoluciones son resultado de pensar que la gobernabilidad es un problema de autoridad y carencia a su vez de leyes, en sí se diría que esta es una visión limitada, por lo que se propondría la creación de un estándar de servicio y eficiencia social de las leyes, de liderazgo de los jueces, de participación de la comunidad, así como elevar los niveles de desempeño para hacerlos compatibles con la globalización que hoy se vive.

Aquí nos adentramos al problema de pensar que las leyes pueden resolver todo. La contradicción entre la ley y la realidad ya no es sólo un accidente circunstancial de coyuntura, debe de contar con el rasgo de una cultura cívica: la forma de convivir y de juzgar las cosas.

Los efectos principales de la ineficacia de las leyes, son la pérdida de la credibilidad en el sistema legal, la desconfianza y el escepticismo popular sobre su aplicación y ejecución. Esto afecta el funcionamiento de la democracia, la posibilidad de planear negocios e inversiones, la incertidumbre del resultado de posibles disputas, la falta de confianza en un sistema judicial para proteger al individuo del Estado o de los poderosos intereses económicos, el miedo a la corrupción y a los abusos de poder.

4. Eficiencia Judicial. Factores que la obstaculizan

Para contar con una eficiencia en la justicia nos dice Juan Enrique Vargas Viancos que se debe demostrar que ésta depende de decisiones sustantivas sobre lo que es la función judicial y el rol que dentro de ella juegan los jueces, los funcionarios auxiliares y los litigantes; ya que en ocasiones son condicionantes de la gestión judicial y de la contribución que de ella puede esperarse (Pásara, 2004, p. 455).

Los sistemas de justicia en América Latina han experimentado enormes transformaciones en los últimos quince años. Ciertamente se han dado un conjunto amplio de motivaciones que han desembocado, a su vez, en una diversidad de estrategias y contenidos para esas reformas. Como es el caso, desde hace algunos años de

organismos internacionales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, que otorgan apoyo a la administración de justicia, como funcionamiento eficaz de un Tribunal en América Latina³.

Para Ibrahim Shihata, vicepresidente y consejero jurídico general del Banco Mundial, la asistencia del banco a los esfuerzos de la reforma judicial mexicana se suministra a través de instrumentos financieros. Estos incluyen créditos de ajuste, préstamos de inversión, becas institucionales de desarrollo y estudios de diagnóstico realizados en preparación de las actividades crediticias del Banco. El marco conceptual en el cual el personal del Banco analiza los temas relacionados con la administración de justicia, y con base en el que llega a distinguir entre sistemas judiciales eficientes e ineficientes.

La eficiencia, una de ellas, y como base de noción de políticas públicas, está íntimamente relacionada con la idea de escasez. Dado que los recursos de que se disponen no son suficientes para satisfacer todas las necesidades. La eficiencia se toma entonces inmediatamente a la toma de decisiones y a la necesidad de optar entre cursos de acción distintos a partir de ciertas premisas.

Se encuentran también, de manera consistente, en los tribunales, el aumento de las cargas de trabajo, sobre todo en materia penal, en el contexto de un Poder Judicial carente de recursos financieros y humanos suficientes, e incapaz, estructuralmente, de cumplir con muchas de sus funciones.

Así por ejemplo los tribunales mexicanos han venido experimentando un crecimiento constante, aunque irregular, de sus cargas de trabajo desde hace tiempo. Si bien el crecimiento no puede clasificarse como “explosión”, puede documentarse fácilmente que ante la falta de recursos, el incremento de la población, la regulación de nuevos derechos como los llamados derechos humanos de tercera generación y la casi nula creación de nuevos juzgados, estamos muy cerca de que éste factor sea de total afirmación (estudio que requiere un trabajo de campo y estadístico más profundo).

Nos dice Héctor Fix Fierro, que el desempeño de los tribunales y la reforma judicial implican muchas otras cosas más que “eficiencia”, ya que solo es un componente de una expresión más amplia, el cual indicaría la idoneidad social de los tribunales, al cual puede llamarse “efectividad”. Para lograrlo se deben tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- *Diseño institucional.* Los tribunales deben estar organizados y dotados de facultades de una manera tal que sea adecuada para el desempeño de sus funciones.
- *Jueces y funcionarios judiciales.* Los jueces y demás funcionarios judiciales deben estar adecuadamente formados y seleccionados, y debe ofrecérseles incentivos atractivos a su puesto y carrera.
- *Selectividad.* Los tribunales deben tener la capacidad de seleccionar y manejar los casos que se consideren “relevantes” desde el punto de vista social.

- *Capacidad de procesamiento.* Los tribunales deben tener la suficiente capacidad para tratar los asuntos de manera oportuna.
- *Profesión jurídica.* El desempeño adecuado de los tribunales requiere de abogados bien preparados y capaces de interactuar con aquéllos, así como de evaluar su funcionamiento.
- *Legitimidad.* Los tribunales requieren de un grado mínimos de credibilidad y visibilidad sociales (Fix, 2006, p. 41).

Selectividad y capacidad de procesamiento son los dos requisitos que tienen implicaciones más directas para la eficiencia. Sin embargo, otros también tienen tales implicaciones, puesto que demandan el uso eficiente de recursos. Esto incluye los aspectos del “diseño institucional” y de la formación y selección de “jueces” y “funcionarios judiciales”.

Importancia que recae en la sensibilidad y preocupación que deberán tener los Tribunales para incorporar de manera constante y permanente mecanismos de selección y actualización para los responsables de dirigir la administración e impartición de justicia, incorporando, quizá, de igual manera para aquellos que de manera indirecta forman parte de este quehacer cotidiano, como sería el caso del litigante.

La legitimidad puede considerarse como un requisito de la efectividad judicial, porque las expectativas sociales dirigidas hacia el sistema judicial actúan como un incentivo para un mejor desempeño, cumplidas otras condiciones, tal como la existencia de recursos adecuados.

5. Reforma Judicial y mejoras a la Justicia

Si bien el Poder Ejecutivo Federal incide en el debido cumplimiento o no de la función jurisdiccional, entre otros rubros, sobre la facultad de presentar iniciativas de leyes al Congreso de la Unión.

En ejercicio de esa facultad, en los últimos años, el Ejecutivo federal ha promovido importantes reformas que han tenido cierta trascendencia en nuestro sistema de justicia.

La necesidad de reformar al Poder Judicial de la Federación, como demanda impostergable de la sociedad, fue recogida por el entonces candidato a la presidencia de la República, el doctor Ernesto Zedillo, incorporándola como uno de los puntos fundamentales de su campaña y, posteriormente, de su plan de gobierno. La reforma cobró cuerpo en la iniciativa de reformas de los órganos del Poder Judicial de la Federación que el presidente envió a la Cámara de Diputados, con el consiguiente decreto fechado el 5 de diciembre de 1994. “Para muchos, esta reforma era ‘imprescindible’ puesto que los distintos cambios políticos y económicos

que nuestro país ha experimentado en los años recientes exigían reformar la administración de justicia, otorgando ‘mayor peso político e institucional a los tribunales’” (Fix, 1995, p.72).

Con esta reforma el Ejecutivo federal presentó la iniciativa que, ampliamente enriquecida en el Senado, dio lugar a que el poder revisor de la Constitución⁴ viera con buenos ojos la reforma constitucional que establece nuevas bases para el Poder Judicial federal, así como para otras importantes instituciones de nuestro sistema de justicia.

En dicha reforma se propone, entre otros rubros, la creación del Consejo de la Judicatura federal como órgano del Poder Judicial federal responsable de establecer mecanismos y criterios nuevos para el ingreso, promoción y disciplina de todos los miembros de los juzgados de distrito y tribunales colegiados y unitarios de circuito. Esta nueva atribución es de singular importancia y se ha reflejado ya en avances significativos. Además, como medidas complementarias, producto de propuestas de senadores de la República, se estableció el examen de oposición para el ingreso al Poder Judicial federal y se creó el Instituto de la Judicatura Federal, como órgano permanente de enseñanza y actualización de los miembros del Poder Judicial federal.

Así mismo dentro de este rubro, se incluyó el año sabático judicial, de tal manera que, cada seis años, los jueces y magistrados pueden dedicar un año completo a actualizarse y a renovar sus conocimientos con las corrientes nuevas del pensamiento jurídico. Lo anterior contribuye a una mejor formación de jueces y magistrados y, por lo mismo, a una mejor impartición de justicia.

Es importante comentar que estas reformas ya han tenido sus primeros logros, y por primera vez desde la creación del Estado mexicano, los magistrados federales fueron designados a través de un proceso de concurso de oposición, en tres fases: una prueba escrita, una prueba de caso práctico y una prueba oral, con un procedimiento de claves que hacía anónimo al concursante. Bajo este mismo mecanismo se designó cincuenta y cinco magistrados de circuito y a sesenta y tres jueces de distrito, lo que demuestra y ratifica los logros concretos de reforma (Rodríguez, 1996, p. 63).

Por ello se propuso que un órgano constitucional, fuera el responsable de la disciplina y la vigilancia del Poder Judicial federal. El Consejo de la Judicatura, es un órgano de contraloría permanente, que a través de un cuerpo de visitantes revisa juzgados y tribunales, para impulsar la eficiencia y la expedita administración de justicia, así como el apego de las sentencias a la Constitución y las leyes. Además de otros mecanismos, como el recurso de queja, el Consejo de la Judicatura ha generado un nuevo ambiente de respeto a la ley, con lo cual se está combatiendo de mejor manera la corrupción y la impunidad en la administración de la justicia federal.

6. Independencia al Poder Judicial

La reforma fortalece al Poder Judicial federal, al diferenciar las funciones sustantivas de las administrativas de los órganos judiciales. Así de la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial federal, que tantos esfuerzos distraían de la tarea primordial de impartir justicia, se encarga a un órgano de nueva creación: el Consejo de la Judicatura federal.

Sin lugar a dudas que el centralismo judicial que se vive en nuestro país, ha generado su similar en las legislaturas de los Estados, por lo que cada día se cuenta con un mayor número de organismos judiciales como son los Consejos de la Judicatura al interior de la República Mexicana.

Ello permite que el juzgador concentre todos sus esfuerzos en la difícil tarea de impartir justicia, y al mismo tiempo contar con un órgano cuya responsabilidad exclusiva es el permanente mejoramiento de la administración de tribunales y juzgados.

Esta reforma, reafirmó la independencia del juzgador frente a cualquier injerencia ajena a la función judicial, para lo cual se modificaron sustancialmente los requisitos para ser ministro. Estos se hicieron más rigurosos, para garantizar calidad profesional y vocación judicial necesarias para el cabal cumplimiento de esa alta responsabilidad.

Además, ahora se exige para la designación de los ministros la comparecencia previa de los candidatos, así como el voto calificado de la Cámara de Senadores.

En este mismo sentido no pueden ser ministros quienes hayan desempeñado, durante el año previo a la designación, un alto cargo en la administración pública federal, o bien, puestos federales de elección popular. Complementa a estos impedimentos la prohibición para los ministros de ocupar dichos cargos y puestos dentro de los dos años siguientes a su retiro. Con ellos se evitan designaciones de carácter político que afectarían sensiblemente a la Corte.

De gran relevancia es el ordenamiento constitucional, conforme al cual expresamente se dispone que los ministros tengan derecho a un haber de retiro. Sin duda, este derecho refuerza la independencia en el ejercicio de sus encargos.

La excelencia y permanencia de los servidores públicos del Poder Judicial federal son también factores determinantes para la independencia de dicho poder. Por ello, la reforma dio gran importancia al desarrollo de una carrera judicial, entendida como un sistema imparcial de nombramientos, adscripciones, superación, promoción, remoción de jueces y magistrados.

Asimismo, se elevó a rango constitucional el principio de autonomía presupuestaria del Poder Judicial, al disponer expresamente que éste elabore su propio proyecto de presupuesto para ser incorporado al Presupuesto de Egresos de la Federación que se somete a la aprobación de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

7. Justicia Accesible. Mecanismos asequibles

Un Tribunal deberá funcionar con criterios de agilidad, eficacia, eficiencia, racionalización del trabajo, responsabilidad por la gestión, coordinación y cooperación entre administraciones, de manera que los ciudadanos obtengan un servicio próximo y de calidad, con respeto a los principios establecidos en la propia Constitución Política.

Héctor Fix Fierro nos dice que la *eficiencia es el mejor uso de los recursos, la eficacia, el logro de metas* (Fix, 1995, p. 5).

Cappelletti y Bryant Garth distinguen tres grandes etapas en el movimiento de reforma tendiente a lograr una justicia más accesible a todos⁵. La primera está constituida por la renovación de los sistemas de asistencia jurídica a las personas de pocos recursos económicos. Esta etapa se inició en Alemania e Inglaterra, y se extiende posteriormente en Europa y Estados Unidos. Así se han desarrollado los sistemas *judicare*, de defensores de oficio y los sistemas mixtos.

La segunda etapa está caracterizada por el propósito de dar una adecuada representación en juicio a los intereses que se han calificado como “difusos”: esos intereses no pertenecen a personas determinadas ni al Estado, sino a grupos de personas que no tienen una organización o personalidad jurídica propia⁶.

En la tercera etapa de este movimiento de reforma es la que Cappelletti y Garth denominan “enfoque del acceso a la justicia”. En éste se pone en examen el conjunto completo de mecanismos y de instituciones diseñados para la solución de conflictos, valorando y proponiendo esquemas alternativos a los tradicionales, entre ellos destacan una mayor utilización del instrumento de la conciliación, el establecimiento de tribunales y procedimientos especiales para las controversias de mínima cuantía y, en fin, el empleo de procedimientos inspirados por criterios de mayor informalidad.

8. Lentitud jurisdiccional

Todo un conjunto de fenómenos sociales, políticos y económicos, unidos a los defectos de la organización judicial, han producido la lentitud procesal. Misma que se ha agudizado en la esfera latinoamericana, de ello surge el artículo 8º, fracción I de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷, que señala como un derecho de toda persona humana, el ser oído ante los Tribunales dentro de un plazo razonable.

Sin contar con elementos propios de una investigación de campo, a simple vista se puede determinar la gran lentitud de los procesos en la realidad judicial mexicana; inclusive en aquellos como el juicio de amparo contra detenciones fuera del procedimiento judicial, y los de carácter laboral, que teóricamente deben resolverse con rapidez.

Nos dice el autor Carlo Guarnieri y Patricia Pederzoli, que además si sumamos que a la ya de por sí lenta impartición de justicia se conecta necesariamente otra garantía legal que ordena la doble o triple instancia en el juicio, la situación se agrava. No solo se trata de una cuestión de tiempo, sino de conocimiento del litigio, puesto que generalmente el juez que conoció el caso en la primera instancia es cambiado en la subsecuente. La parte vencida tiene así derecho a una segunda posibilidad ante un operador jurisdiccional distinto del que ha decidido la causa en primera instancia.

Al contar con un retardo en la tramitación de los juicios, más que *contar* con una justicia pronta e imparcial, tenemos una verdadera injusticia. Un ejemplo claro sería la situación de un menor que su madre, como su representante, pide alimentos ante un tribunal al deudor alimentista, por su naturaleza se debería resolver en un tiempo justo, pero al tener una justicia tardía y atascada ocasiona sufrimiento en la madre e hijo, a pesar de ser un juicio sumario.

Las reformas que se han considerado introducir no sólo deben referirse al procedimiento normativo, como se ha realizado. El jurista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo demostró en forma evidente que los retrasos no descansan en la longitud de los plazos fijados por el legislador, sino el fenómeno que designó como *etapas muertas*. Estas son los períodos de inactividad entre dos actuaciones consecutivas y que pueden calificarse, en relación con los actos procesales como “entre actos” (Fix, 1995, p. 139).

Como se ha comentado, con la preparación y selección de los jueces, el aumento en el número y calidad de tribunales o juzgados, la estabilidad o remuneración adecuada de los propios juzgadores, pero también, en la creación de mecanismos que permitan eficientar la técnica procesal para modificar los procedimientos obsoletos de todas las materias en impartición de justicia.

9. La Función de la Abogacía en la Administración de Justicia

Este sector profesional requiere de transformaciones en relación con la impartición y administración de justicia en México, de la formación que en la actualidad recibe en las escuelas, universidades; no obstante la adecuación que se han tenido de los planes y programas de estudio, así como los métodos de enseñanza, ha permitido tener un cambio en el concepto de proceso, al incorporar materias como deontología jurídica, ética procesal y de la importancia de la función jurisdiccional. También se ha modificado la idea de la actividad del abogado⁸, el cual no debe considerarse como un sujeto privado, sino como un colaborador activo e indispensable del juzgador en la resolución justa y no solamente formal, de las controversias, en un ambiente de competitividad, respeto y profesionalismo.

La transformación de la función del abogado, está estrechamente relacionada con el acceso de los particulares al derecho de acción, siendo importante resaltar que los abogados de nuestra época y en un clima de globalización, deberían realizar función pública regulada, vinculada a la prestación jurisdiccional que el Estado ofrece.

Lo anterior no es tarea fácil, son varios cambios que nuestra legislación deberá considerar. Esta tarea implicará adecuaciones dentro de numerosos esquemas tradicionales, empezando por transformar la enseñanza del derecho en las escuelas y facultades. De modo que el perfil de egreso sea de juristas dotados de un espíritu de servicio social frente al egoísmo profesional que ha imperado por tradición.

Nos dice Roberto O. Berizonce que un abogado se convierte en un “consumidor del servicio”. La libre elección del abogado, que tienen los justiciables, es una exigencia que hunde sus raíces en la razón de ser de la misión de interés público que cumple la abogacía para la defensa de los intereses particulares (Berizonce, 1999, p. 51).

Así mismo dentro de la reforma de la abogacía mexicana deberá considerarse el principio de la colegiación obligatoria. Este cambio se ha detenido con la resistencia de numerosos profesionistas que tienen el temor de ver limitada su libertad de acción. También ha influido una interpretación muy discutible sobre lo establecido en el artículo 5º de la Constitucional Federal, sobre la libertad de trabajo, y por lo tanto, de actividad profesional. Tema que bien valdría la pena someterse a un estudio particular y profundo, motivo de otro trabajo.

La formación de los operadores jurídicos tiene vital importancia en la función jurisdiccional, ya sea como juzgador o justiciable en los casos de representación jurídica. Por lo que es importante el desempeño que realizan las instituciones de educación superior, en el proceso de enseñanza-aprendizaje hacia la consecución de este fin para dotar de elementos e instrumentos idóneos para su buen cumplimiento.

10. Administración de Justicia Pronta, Expedita, Completa e Imparcial

Ha quedado asentado de alguna forma la actual debilidad de la función jurisdiccional y del Poder Judicial. Para que las controversias que surgen en las sociedades y por las relaciones que se originan entre gobernados o entre éstos y los gobernantes, sean resueltas de manera expedita, pronta, completa e imparcial (Art. 17 CPEUM), es indispensable una administración de justicia proveída por un Poder Judicial que garantice a todos que por su organización, funcionamiento y atribuciones, es capaz de brindarla.

Si por el contrario, su estructura es débil, los gobernados estarán carentes de una recta administración de justicia, por lo que es necesario contar con una dignificación y su fortalecimiento en todos sus rubros.

El vigente párrafo segundo del 17, textualmente dice:

“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

Como se desprende del texto propio se ordena a los tribunales del país, que impartan justicia “*en los términos que fijen las leyes*”; pero deja la duda de cuáles son los términos fijados por las leyes. Se entiende fácilmente que las leyes procesales fijen “plazos” para llevar a cabo las diligencias, que como se puntualiza deben realizarse de manera “pronta”. Es un llamado a la simplificación judicial. Equivale a un mandato que todos los tribunales para que hagan justicia dentro de “*plazos pronto*”, y no con trabas que autoricen la lentitud para impartir justicia.

Así, la propia Constitución, a manera de ejemplo, en su artículo 20, Apartado A, fracción VIII, manda que el juzgamiento de delitos obligatoriamente se haga antes de cuatro meses (delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión) o antes de un año en todos los demás casos. Por tanto el mandato que obliga a la prontitud en la impartición de justicia está completamente acabado en el actual texto constitucional.

La imparcialidad para hacer justicia no plantea problema especial alguno. Cualquier diccionario significa la imparcialidad al impartir justicia, con adjetivos claros como: desapasionada, ecuánime, equilibrada, equitativa, fría, justa, neutral, objetiva, recta y serena.

Lo que no queda claro es la referencia que se hace a una impartición de justicia “en los términos que fijen las leyes”. Al consultar el significado de la palabra “término”, el diccionario de la Real Academia de la Lengua, nos señala: “datos, especificaciones o condiciones con que una cuestión está planteada”.

Evidentemente la Constitución parece precisar el mandato diciendo: “si quieres saber cómo te impartirán justicia, bajo qué especificaciones, consulta a la ley”; no siendo ésta la constitucional, no queda otra interpretación sino que se trata de una referencia a cada Estado, a una ley secundaria.

De esa interpretación, nos dice Juventino V. Castro, “lo menos que puede decirse es que resulta temeraria. En efecto, una Constitución contiene principios, regulaciones y mandatos. No hay Constitución en el mundo que congruentemente pudiera decir: ‘Te ordeno que actúes como tú quieras’; y mucho menos eso alentaría a la vida jurídico constitucional” (Castro, 2004, p. 87).

Así mismo el autor en comentario, hace un estudio constitucional de los artículos 14 y 17, llegando a una propuesta de reforma al artículo 17 Constitucional, si bien,

no es tópico del estudio que aquí se presenta, considero que es oportuno señalarlo, a manera de sustento teórico, sobre la problemática aquí formulada:

“Toda persona podrá exigir que se le discernan y reconozcan sus derechos por los tribunales competentes, bajo los plazos y en términos de justicia, equidad e igualdad que reconoce esta Constitución, los cuales deberán precisarse y regularse en las leyes que de ella emanen, de tal manera que los tribunales dicten sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, y por lo tanto tales tribunales funcionarán con apoyo en un presupuesto que les permita su independencia de decisión y su autonomía económica. El Estado propiciará y fomentará la simplificación y la abreviación de los trámites judiciales, así como el establecimiento de medios alternativos para la solución pacífica de las controversias domésticas o entre particulares” (Castro, 2004, p. 89).

El párrafo final que propone pretende abrir el camino legislable a los juicios orales, los juicios abreviados y la mediación, esta última no jurisdiccional sino bajo autocomposición que puede ser voluntaria o convencional y con fuerza vinculatoria entre sí.

Al señalarlo en su propio texto el artículo 17 Constitucional, es importante dejar en claro la expresión “administración de justicia”, por lo que debe precisarse su comprensión y alcances.

Como una definición real la administración de justicia se constituye por un conjunto de procedimientos, de pasos, de etapas, de momentos que se inician con la petición de justicia y culmina con la ejecución de la sentencia. De este modo, es integradora y totalizante, que responde a principios e intereses comunes, no aislados y distintos, que exigen respeto y observancia por las partes que en la misma intervienen.

De acuerdo con José María Rico la administración de justicia se articula alrededor de los siguientes principios generales: accesibilidad, independencia, justedad, eficiencia, transparencia y moderación (Justicia Penal y Transición Democrática en América Latina, p. 15).

La administración de justicia es accesible cuando está abierta a todas las personas, sin distinción de ninguna clase. Es independiente si tiene poder autónomo para decidir las controversias y ejecutar sus fallos sin vinculaciones supeditadas a otro poder político. Es justa si esta basada en principios colectivamente reconocidos y disposiciones aceptadas. Es eficiente si alcanza los objetivos para los que fue creada. Es transparente si se actúa en forma abierta y pública frente a la sociedad, se observan las normas de supervisión y se informa periódicamente sobre sus actividades. La moderación consiste en recurrir a la sanción y penalidad sólo en los casos que no haya sido posible lograr solucionar la problemática por medios de menor severidad.

Nos dice José Lorenzo Álvarez Montero que para que una administración de justicia sea pronta, expedita, completa e imparcial, deberán cooperar quienes

intervienen en la misma. Cualquier acto, promoción o procedimiento que la retarde, será severamente sancionado imponiéndose a los responsables las sanciones que señalen las leyes respectivas (Revista Jurídica Veracruzana, no. 75, 1996, p. 62).

Cualquier obstáculo o conducta que impida el cumplimiento puntual del derecho deben ser combatidos, removidos y superados a través de las reformas legales y administrativas así como, con el establecimiento de políticas para la buena marcha de la administración de justicia.

La expedites como cualidad de los tribunales se manifiesta en la facilidad para iniciar un juicio; en la eliminación de trámites excesivos e innecesarios; en la ausencia de trabas u obstáculos; en el actuar con prontitud⁹ por parte de todo el personal al servicio de la administración de justicia.

En las obligaciones del operador jurisdiccional se encuentra el dictar las sentencias, debiendo ser éstas claras, precisas y congruentes con la demanda y la contestación y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate y cuando éstos hubieran sido varios, se dará resolución a cada una de ellas. Así mismo el alcance de su función a cargo de los juzgadores, ya que para que la administración de justicia y la propia resolución sean completas, deben asegurarse las ejecuciones de las sentencias, cuando su naturaleza o carácter así lo exija. De nada sirve tener una resolución favorable si ésta no es ejecutada oportunamente, por lo que deberá respetar los plazos para ello fijados en la norma, respetando así un precepto Constitucional (Art. 17 CPEUM).

Se entiende la imparcialidad como la no adherencia del juzgador a los intereses de alguna de las partes. Se manifiesta en la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o los intereses que representan o patrocinan, de donde resulta la posibilidad del juzgador de proceder con rectitud. Ésta se actualiza en el hecho de no inclinarse a ningún lado sino proceder de manera justa, severa y objetiva en las resoluciones.

Por lo que toca a la gratuidad de las costas judiciales, estas hacen relación directa a los salarios de los servidores judiciales y, al pago por la tramitación del juicio a los propios servidores. El Estado cumple con una de las funciones esenciales a su cargo instituyendo órganos jurisdiccionales, sosteniendo la nómina de los servidores, rentas o construcciones de locales, etc., por lo que las denominadas costas judiciales están prohibidas. Esto no significa que los gastos de las partes al contratar abogados, designar peritos, realizar diligencias fuera de los recintos judiciales o solicitud de copias, entre otras cosas, sean a cargo del Estado. Cada parte debe hacer frente a sus gastos independientemente de la condena que resultara en la sentencia sobre gastos y costas.

11. Conclusiones

1. La labor de un sistema de justicia eficiente, no consiste en tratar de interpretar y aplicar leyes, sino principalmente en percibir, examinar, analizar, relacionar, comparar, organizar, interpretar y compatibilizar hechos, conflictos e intereses.
2. Es indispensable no sólo que los jueces aprendan y conozcan, sino también que entiendan en qué consiste el verdadero sentido y el significado de su liderazgo.
3. Se deberá poner especial atención al rubro referente a la ordenación judicial, respecto a la preparación y selección de los aspirantes a la judicatura, si bien las entidades federativas a través de sus respectivos tribunales han hecho lo conducente, no es suficiente, requiriendo una adecuación a sus programas de capacitación y selección de los futuros operadores jurisdiccionales.
4. El problema relativo a la lentitud de los procesos, que en nuestro ordenamiento resulta desesperante, pero que no depende solamente de nuestra legislación, por demás carente de actualización, sino de la inactividad procesal, que en mucho esta relacionada con la defectuosa organización judicial y la carencia de preparación de jueces y abogados.
5. En una reforma profunda habrá de influir sobre la organización de la abogacía, una función de verdaderos operadores sociales, produciendo efectos notorios en la misión de las organizaciones y colegios de abogados, satisfaciendo así su misión esencial al servicio del bien común.
6. Cualquier obstáculo o conducta que impida el cumplimiento puntual del derecho deben ser combatidos, removidos y superados a través de las reformas legales y administrativas
7. En palabras muy cortas, con un buen sentido y razonado empeño, son posibles medidas y reformas que procuren el cambio deseable hacia una verdadera función jurisdicción e irrestricto respeto a la garantía constitucional de prontitud y expedites.
8. El acceso a la justicia deberá ser garantizada y respetada como lo que es, una garantía constitucional, al incorporar mecanismos tendientes a facilitar su acceso a todos los justiciables en los diferentes sectores y con inminente respeto al principio de gratuidad.
9. El derecho deberá cumplir su parte objetiva y subjetiva, apoyándose en sistemas jurídicos modernos que ofrezcan soluciones a los problemas que aquejan a la justicia mexicana, incorporando en su legislación, aspectos de mejoría y factibilidad.
10. Se debe pensar en una reforma integral en el rubro judicial, que incorporen mecanismos idóneos para mejorar la justicia en México; su lentitud, obstáculos, atascos, infraestructura, capacitación, deberán ser estudiados a fondo.

Notas

1. La palabra “derecho” es ambigua. Puede significar, entre otras cosas, un conjunto de normas jurídicas (es lo que se conoce como derecho objetivo) o bien la capacidad que tiene alguien de realizar o no una determinada conducta (que se conoce como derecho subjetivo).
2. Ponencia: “*Análisis Jurídico-Comparativo del Procedimiento Civil en la Región Centro-Occidente (Excepciones, Incidentes y Recursos permisibles)*”, presentada en el Doctorado Interinstitucional en Derecho, Universidad Autónoma de Guanajuato, septiembre 8 de 2005.
3. El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) es la más grande y antigua institución de desarrollo regional. Fue establecida en diciembre de 1959 con el propósito de contribuir a impulsar el progreso económico y social de América Latina y el Caribe.
4. Al considerarse en dicha reforma a la SCJN como órgano de control Constitucional (Tribunal) que atiende las controversias Constitucionales derivadas de su propia conformación. Así el nuevo régimen de facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, permitió su recomposición, con objeto de que esté en posibilidad de tomar decisiones con mayor agilidad y, de esta manera, responder a las necesidades de un país tan dinámico como el que se demanda.
5. Proyecto de investigación iniciado en el Centro de Estudios de Derecho Procesal Contemporáneo, de Florencia, bajo la dirección de Mauro Cappelletti, conocido también como “Proyecto florentino sobre el acceso a la justicia”.
6. Se determinan por factores coyunturales o genéricos, por datos frecuentes accidentales y mutables: el hecho de adquirir el mismo producto, de habitar la misma región, de vivir bajo determinadas condiciones socioeconómicas, etc. Tal es el caso de los intereses relativos a la protección del medio ambiente, del patrimonio cultural, del consumidor, de la salud, del ordenado desarrollo urbano, etc
7. Suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1968.
8. Se entienden a los abogados litigantes como patrocinadores de juicios y causas, los clientes, como interesados directamente en los mismos, los agentes del Ministerio Público como procuradores de justicia, los jueces y magistrados que imparten justicia y los encargados de la ejecución de las sentencias, deben actuar en conjunto, cada quien en razón de sus derechos y atribuciones, para que en realidad la administración de justicia sea pronta, completa e imparcial.
9. La prontitud en la emisión de las resoluciones consiste en la celeridad de los trámites que permitan dictar las sentencias y resolver oportunamente los asuntos planteados.

Fuentes Consultadas

- BERIZONCE, Roberto O., Algunos obstáculos al Acceso a la Justicia, UNAM, México, 1999.
- CASTRO V., Juventino, Los Jueces Mexicanos y su Justicia, 1ª ed., Ed. Porrúa, México, 2004, 106 pp.
- CASTRO V., Juventino, Hacia el Sistema Judicial Mexicano del Siglo XXI, Ed. Porrúa, 2000, 210 pp.
- CÓRDOBA DEL VALLE, Enrique, Federalismo y Soberanía en el Contexto de la Globalización, Obra colectiva “Los Retos del Derecho en el México de Hoy”, Coord. Ma. Teresa Montalvo Ramero, 1ª ed., s/Ed, Morelia, 2006, 271 pp.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Escritos sobre Derecho, Justicia y Libertad, 1ª ed., Ed. UNAM, México, 2006. 207 pp.

- FERNÁNDEZ AGUIRRE, Germán, *El Sistema de Justicia en México*, UNAM, México, 2001
- FIX FIERRO, Héctor, *Tribunales, Justicia y Eficiencia, Estudio Sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*. 1ª ed., UNAM, México, 2006, 377 pp.
- FIX FIERRO, Héctor, *La Eficiencia de la Justicia, Cuadernos para la reforma de la Justicia*, UNAM, México, 1995.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, *La Administración de Justicia*, UNAM, México, 1999.
- GAMIZ PARRAL, Méximo N. *Derecho Constitucional y Administrativo de las Entidades Federativas*, 3ª ed., UNAM, México, 2003, 407 pp.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, 1ª ed., Ed. Palestra, Perú, 2001, 193 pp.
- MELGAR ADALID, Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal y la División de Poderes*, Ed. UNAM, México, 1995.
- MORESO, José Juan y VILAJOSANA Joseph María, *Introducción a la Teoría del Derecho, Cuadernos Filosofía y Derecho*, 1ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, 221 pp.
- OVALLE FAVELA, José, *El Poder Judicial en las Entidades Federativas*, UNAM, México, 2001
- OVALLE FAVELA, José, *La Administración de Justicia en México*, UNAM, México, 2002
- OVALLE FAVELA, José, *Tendencias Actuales en el Derecho Procesal Civil*, *Revista PEMEX Lex, Información Jurídica*, Números 63-64, Septiembre-octubre 1993.
- PÁSARA LUIS, *En busca de una justicia distinta, Experiencias de reforma en América Latina*, 2ª ed., UNAM, México, 2004, 601 pp.
- PORRÚA PÉREZ, Francisco, *Teoría del Estado*, Ed. Porrúa, México, 1990, 463 pp.
- PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Ed. Jus, México, 1947.
- PUY MUÑOZ, Francisco, *La Teoría de la Justicia del Magistrado Villcaña*, 1ª ed., Universidad de Santiago de Compostela, 2005, 393 pp.
- RECASENS, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2003.
- RODRÍGUEZ LOZANO, Amador, *La Reforma Judicial de 1994: Una visión Integral*, UNAM, México, 1996
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1977, 110 pp.
- Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006, 300 pp.*
- Idem, Melgar Adalid, Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal*, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 300
- ALVAREZ MONTERO, José Lorenzo, *Fortalecimiento del Poder Judicial y Administración de Justicia Pronta, Expedita, Completa e Imparcial*, *Revista Jurídica Veracruzana*, número 75, Tomo LIX, H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, Abril-junio 1996.
- ALVAREZ MONTERO, José Lorenzo, *Impartición de Justicia Pronta, Completa e Imparcial y la Tramitación de Recursos ante las Salas Civiles del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave*, *Revista Jurídica Veracruzana*, número 82, Tomo LXVI, H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, Enero-Marzo 2002.
- Programa Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia. Promoción Interna. Editorial CEP, Madrid, 2006.
- http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/filosofia/nicomaquea/1.html; libro primero sobre el bien humano en general; Biblioteca virtual Antorcha, Julio de 2006.

Capítulo III

Derecho, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información

CIBERNÉTICA, SU UTILIZACIÓN EN LA CIENCIA JURÍDICA

Rafael Luviano González¹

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UMSNH

1. Introducción

En un mundo globalizado como el que nos ha tocado vivir, la ciencia jurídica no puede quedar aislada de la dialéctica que la sociedad exige, porque no se puede hablar de un cambio cualitativo y sustantivo en el derecho positivo sin que los cambios que afectan al mundo se relacionen de manera adecuada; con ello pretendemos afirmar que si la cibernética es un invento necesario de comunicación para el siglo XXI, entre las personas y para los efectos primordiales de carácter económico; en donde no existen barreras o límites de la relación comunicativa como es el emisor y el oyente, y con ello tenemos un nuevo conocimiento, mediante una imagen que se implante entre ese proceso comunicativo, y con ello lograr un entendimiento adecuado entre los seres humanos; luego entonces; el derecho procesal sea en materia civil o penal o de cualquier índole, no puede quedar aislado a las nuevas herramientas contemporáneas de buscar un acercamiento entre las partes que forman el proceso, es decir la autoridad, la parte denunciada y el denunciante, o en su caso la parte actora o la parte demandada, o bien el inculpa-do y la ofendida; con ello lograríamos un ahorro en los tiempos, en los gastos, en la papelería; etc; y con ello se lograría una pronta impartición de la justicia, cumpliendo con los postulados de la CPEUM, según lo establece el artículo 17; obviamente siempre y cuando se lleven a cabo las reformas adecuadas en las leyes positivas de nuestro país, las cuales esperamos que en un futuro no se hagan esperar, pues como hemos podido apreciar aun y cuando las herramientas cibernéticas nos llegan a nuestro país con cierto retraso en relación con los países del primer mundo, consideramos que hemos ido avanzando poco a poco, de ahí la intención de elaborar este artículo, como una inquietud debidamente sustentada de llevar a cabo un cambio dentro de la ciencia del derecho.

2. Importancia de la Cibernética en la Ciencia del Derecho

La informática palabra compuesta por los términos “información” y “automática”, es la ciencia del tratamiento automático o automatizado de la información, primordialmente mediante las computadoras.²

La locución “poder judicial” suele emplearse, como se sabe, en dos sentidos que son: el orgánico y el funcional. Conforme al primero, que es impropio aunque muy usual, el “poder judicial” denota a la judicatura misma, es decir, al conjunto de

tribunales federales o locales estructurados jerárquicamente y dotados de distinta competencia. Bajo el segundo sentido, dicho concepto implica la función o actividad que los órganos jurisdiccionales del Estado desempeñan, sin que sea total y necesariamente jurisdiccional, puesto que su ejercicio también comprende, por excepción, actos administrativos.³

Esta ciencia se ha venido interrelacionando con el Poder Judicial, debido a la necesidad de proveer de los medios y de la capacitación necesarios para el mejor funcionamiento de todos los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial de la Federación y de los Estados, en el desempeño de su función, administrar justicia.

Esta relación se considera en tres grandes rubros: el primero, por la instalación de redes informáticas a nivel nacional vía internet; el segundo, por la continua dotación a los órganos jurisdiccionales, de herramientas de cómputo; y, tercero, por la oportuna impresión de las publicaciones que se destinan a poner al alcance de juzgadores, autoridades y público en general la información jurídica generada, conforme a la ley, por los distintos órganos jurisdiccionales.

Respecto del primer punto, encontramos que surge desde que existe la integral solución homogénea que maneja voz, datos y video, que permite consolidar el trabajo interinstitucional en una sola infraestructura de cómputo y comunicaciones; desarrollar herramientas automatizadas para el apoyo a las actividades jurídicas y administrativas del Poder Judicial de la Federación; y consolidar el trabajo de las áreas técnicas de cada una de las Instituciones que componen al Poder Judicial de la Federación, en la consecución de los objetivos comunes, que se basa en las premisas establecidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal, un solo Poder Judicial, una sola red; razón por la cual a la fecha se tiene el acceso a los diferentes servicios y esquemas de operación que se ofrecen en la Red Jurídica Nacional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en las páginas web de los distintos Supremos Tribunales de Justicia (verbigracia: www.tribunalmmm.gob.mx), que, en el aspecto legal, ayudan a mejorar la calidad jurídica, puesto que principalmente permiten llámense Tribunales de Circuito, Juzgados de Distrito, Tribunales de Primera y Segunda Instancia de los Estados, el acceso a los distintos bancos de datos con que cuenta ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y en los que se recopila el más amplio universo de información jurídica disponible actualmente, constituyéndose en el instrumento más eficaz y actualizado para el debido cumplimiento de las altas responsabilidades que le son encargadas al Poder Judicial de la Federación. De esta manera en todo el país y en forma inmediata y actualizada se puede contar, entre otros muchos, con la jurisprudencia emitida por Tribunales Colegiados y la propia Suprema Corte, así como con el contenido de las sentencias que sustentan las distintas tesis del Alto Tribunal, las leyes federales y estatales cotejadas cotidianamente por la propia Corte, lo que da

bases para que se siga en la medida que sea posible una misma línea de resolver los negocios jurídicos; y reducir los tiempos de resolución y, en el administrativo incrementar la eficiencia de los procesos.

Respecto del segundo punto, encontramos que surge por la incursión de las computadoras en el desarrollo de la actividad jurisdiccional, es decir, se da desde el momento mismo en que el Poder Judicial, considero la adquisición de equipo de cómputo que requieren tanto la Suprema Corte de Justicia, como los órganos jurisdiccionales federales y estatales en todo el país, conjuntamente con el desarrollo de los sistemas computarizados que logran la mayor automatización para la agilización de todas las labores que tradicionalmente se han realizado manualmente, tales como el registro y control de expedientes, o la elaboración de los documentos que contienen las resoluciones o acuerdos de trámite, y que al mismo tiempo, sirvan como la infraestructura necesaria para poner en operación las redes informáticas antes mencionadas.

En relación al tercer punto, con el propósito de lograr la eficiente difusión de las publicaciones, conforme dispone el artículo 11, fracción XIX, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en primer término, elabora y distribuye diversos CD que contienen la jurisprudencia y tesis relevantes sustentadas por los tribunales federales, así como la ampliación de esa información disponible en la “página” de Internet del propio Alto Tribunal; y, segundo, instaló un taller de impresión que facilita la impresión oportuna y con costos reducidos del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, así como las diversas publicaciones, modelos que han seguido los Supremo Tribunales Locales verbigracia: el informe anual del Supremo Tribunal de Justicia del Estado.

Es importante hacer mención de que las normas mexicanas no se escapan de verse influenciadas por esta ciencia, y estas son algunas de las disposiciones legislativas que contemplan los usos y soportes informáticos: Código de Comercio, artículo 48; Código Financiero del Distrito Federal, artículos 84, 459, 489; Código Fiscal de la Federación, artículos 45, 53; Ley Aduanera, artículos 38, 184; Ley de Comercio Exterior, artículo 84; Ley de Impuestos sobre la Renta, artículos 58, 72, 112, 119-I; Ley del Mercado de Valores, artículos 91, 94, 100, 112, 113, 114, 115, 116, 117; Ley Federal del Derecho de Autor, artículo 27, 123; Ley del Seguro Social, artículo 19.

Y aunque resulta imposible que el Poder Judicial vaya a la par que la informática, por el carácter formal, escrito de nuestro sistema jurídico, las particularidades del proceso legislativo, la necesidad de que personas con formación de abogados comprendan lo necesario sobre tópicos técnicos y tecnológicos, las injerencias de intereses políticos, entre otros muchos aspectos, claramente se ven los esfuerzos que se están haciendo para equiparlos.

3. Las notificaciones vía internet una alternativa para la Justicia Expedita

Podemos señalar un solo ejemplo como muestra de que si es posible realizar actuaciones mediante la cibernética; toda vez que en la actualidad los medios cibernéticos nos demuestran que en un mundo globalizado e influenciado por los adelantos tecnológicos el poder judicial debe ser parte pionera, puesto que la propia ley así lo exige es decir debe ser pronta y expedita, y sí los medios cibernéticos están en boga porque se agiliza, y flexibiliza el derecho en su interpretación, argumentación, y aplicación; por lo que el presente artículo se va a enfocar en su análisis de la notificación y la prueba dentro del proceso penal como una inquietud de que sí es posible llevar a cabo tal actividad jurisdiccional y procesal.

3.1. Antecedentes de la Notificación

La *notificación* o bien el emplazamiento de lo cual ésta institución nos lleva al derecho romano especificando a la figura de la *In Lus Vocatio*, que era el llamamiento que el mismo demandante hacia al demandado para estar en juicio. Era una forma totalmente primitiva para llevar a cabo el emplazamiento hacia el demandado. Bajo la legislación de las XII tablas (ley 1 y 2 régimen en el cual era necesario que las dos partes comparecieran ante el magistrado para que la instancia pudiera organizarse); la notificación la hacia directamente el accionante, quien podía emplear la fuerza, asiendo por el cuello (obrto collo) al demandado para que se presentarse ante el juez.

3.2. Finalidad de las notificaciones

En tal sentido las notificaciones tienen las siguientes finalidades procesales: Es asegurar el principio de bilateralidad de audiencia o de contradicción. Marca el inicio de la relación jurídica procesal, nacimiento de las decisiones judiciales, además fijan el término inicial para el cómputo de los plazos dentro de los cuales deberá cumplirse el acto procesal ordenado o impugnarse la resolución transmitida; de tal suerte que el fin perseguible de las notificaciones cumple las funciones de:

- a) *Citación*. Es el llamamiento que se hace a una persona para que comparezca al tribunal en un determinado momento. Ejemplo: absolver posiciones. Etimológicamente proviene del latín *Citatio*, derivado a su vez del verbo *Citare* que significa poner en movimiento al campo jurídico “Citar en Justicia”. Así pues diremos que la citación, en si misma es convocatoria, llamamiento; que consiste en avisar a una persona para que concurra en un día y en un lugar determinado a la sede del juzgado.
- b) *Emplazamiento*. Es el llamado que se le hace a una persona, que comparezca al juicio dentro de un plazo determinado. Ejemplo: Contestación de la Demanda.

- c) *Intimación o Requerimiento*. Es la comunicación que se hace a alguien con un mandato judicial para que cumpla un acto o se abstenga de hacer una cosa, bajo apercibimiento de sufrir las consecuencias sin valor por su omisión o acción. Ejemplo: se devuelva un expediente.

3.3. Clases de notificaciones

Diferencias de cómo pueden hacerse las notificaciones:

- A. Según en el lugar y en el sentido en que opera el emplazamiento de los sujetos de la notificación:
1. *En la sede del Órgano judicial*. El sujeto pasivo (destinatario), va hacia el sujeto activo (notificación personal).
 2. *En el domicilio del sujeto pasivo*. Puede ser en el real, el legal o especial, opera el emplazamiento de manera inversa al anterior (notificación por cedula).
- B. Según la forma en que opera la transmisión del acto procesal son:
1. *Reales*. Existe un verdadero acto de comunicación, que puede generar un conocimiento cierto (notificación personal o presunto notificación por edictos en los estrados del juzgado).
 2. *Fictas*. Se le tiene por acaecida en virtud de una ficción de la ley. (Notificación automática).
- C. Casos de citación anómala (notificación defectuosa o inexistente desde el punto de vista teológico).
1. *Tacita*. Surge de citaciones regladas por la ley o por la jurisprudencia. (Retiro del expediente por en apoderado).
 2. *Implicita*. Dimana de circunstancias que no están específicamente regladas por la ley ni por constantes decisiones jurisprudenciales pero que libradas a la apreciación judicial (en cada caso concreto), permite deducir el conocimiento del acto que se transmite y por lo consiguiente, el cumplimiento de su finalidad idónea. Se vincula a la convalidación notificatoria y al principio de finalidad de los actos procesales.

De tal suerte que quien lleva a cabo la notificación será: El sujeto activo del acto notificadorio es el funcionario o empleado encargado de su realización. (Actuario, Secretario, notificador, Juez). En conclusión las notificaciones pueden ser:

- a) *Por Publicación Visible*, en algún lugar del tribunal o del juzgado.
- b) *Personales*, ya en función de quien las hace o en atención a la persona a quien son hechas.
- c) *Cedula*, sean que se entreguen a parientes, familiares o domésticos del interesado, o que se fijen en la puerta de la casa o que sean entregadas en la defensoría de oficio.
- d) *Por Oficio Comisorio o por Exhorto*.

e) *Por Edictos Publicados Tres Veces en el periódico*, de los de mayor circulación⁴.

De tal suerte que la responsabilidad de la notificación corresponde al actuario y que la actividad notificatoria pueda realizarla el secretario, lo cual determina la delegación de funciones en otros auxiliares y en especial en el personal del oficial notificador; de justicia oficiales de justicia, oficiales notificadores designados por el poder ejecutivo que prueban su cargo; generalmente lo es mediante la confianza que se genera por parte del auxiliar hacia el juez pues este es el que los designa, otorgándole hasta la base lo cual permite de esa manera ser parte del poder judicial, con ello se afirma que no existe una carrera judicial real, es decir es ficticia, porque el escalafón no existe.

Carnelutti, señala que el notificador es el encargado de suministrar las noticias que son necesarias para procurar al juez la presencia y la colaboración de personas respecto de las cuales, o en concurso de las cuales tiene él que actuar. En consecuencia el oficial notificador es el auxiliar de la justicia que presenta los caracteres de oficial público.

Así podemos decir que existen formas de notificar conforme al sistema jurídico del país por lo que las diligencias notificatorias no se practican por el tribunal si no por los integrantes del oficio judicial (Auxiliares de Justicia), sino por los funcionarios públicos no judiciales (Ministeriales), designados por el poder ejecutivo. (Anglosajón, Francés, Países Europeos).

Pero de manera fundamental para cumplir con lo que la ley dice, nos enfocaremos a entender que la tarea de diligenciamiento a funcionarios judiciales de tribunales o de las oficinas de notificaciones; por lo cual se realiza dentro de la esfera del poder judicial.

Las notificaciones por su parte para que causen efecto pueden ser: *personales*; es la notificación por excelencia es la más segura en cuanto satisface plenamente la finalidad de certeza⁵. El interesado conoce real y verdaderamente la resolución transmitida. Su realización se hace en la oficina o secretaria del juzgado mediante diligencia que se extiende en el expediente y en la que se hace constar el nombre y apellido del notificado, la fecha la providencia que se notifica; lleva el pie la firma del interesado y la del funcionario judicial autorizado por la ley.

En la notificación personal, por una parte se previene que el notificador en persona, ha de hacer la notificación y la otra que la notificación habrá de ser hecha en persona interesada con excepción en los casos en que por ley debe de ser hecha a persona distinta del interesado⁶.

La característica principal en este caso encontramos la aplicación de este método notificatorio es la situación de inmediatez en que colocan a los sujetos activo y pasivo del acto. Suple a cualquiera de las otras modalidades ya que la ley regula las formalidades del acto con fines de mayor garantía⁷.

En el enjuiciamiento civil español distingue la notificación personal con la lectura de la resolución y entrega de la copia de la vigencia de notificación, que es un acto de formación distinto del primero y que se realiza por escrito.

Terminología. se le conoce o se le utilizan como notificación personal en el expediente; notificación en el expediente, y notificación por diligencia.

Naturaleza. Es una notificación expresa, que genera un conocimiento cierto. Pertenece a la categoría de las que realizan en la sede del tribunal, y es el sujeto pasivo que se desplaza hacia el sujeto activo. Se diferencia por la notificación por cedula; en la que se logra con las perspectivas legales aunque la persona requerida no se encuentre.

Clases: 1. Voluntarias. 2. Compulsiva o Coactiva.

1. *Voluntaria.* El interesado se da por notificado libremente de la resolución y deja constancia de ello en la forma indicada por las leyes procesales.
2. *Compulsiva o coactiva.* El interesado se ve en la obligación de notificarse y si se negare a hacerlo previo requerimiento que la formulará el funcionario autorizado, vale como notificación la atestación acerca de su negativa, firma por aquel.

Notificación personal voluntaria. la notificación personal se practicara firmando el interesado el expediente, al pie de la diligencia extendida por el oficial o por el actuario del tribunal. Cuando el litigante concurra a la secretaria las notificaciones se practicarán personalmente por el actuario o el empleado que el juez debe de designar en el primer decreto. También se le faculta al secretario de acuerdos del juzgado para la realización del acto procesal⁸.

Los litigantes que actúen en representación o del profesional como apoderados, estarán obligados a notificarse expresamente de las resoluciones y a antes mencionadas (notificaciones personales o por cedula).

Fundamento de la notificación personal se encuentra en razón de la economía procesal o en la lealtad y probidad.

Eisner, opina que es un régimen anómalo y peligroso y lo aplica en las siguientes bases:

- a) si la parte asiste sin profesional, puede ignorar la magnitud y la clase de la resolución que se le quiere comunicar y los perjuicios que consigo trae que pueden ser irreparables.
- b) si no se exhibe el documento de identidad, el auxiliar judicial no puede afirmar con certeza que se trate de la persona que se debe tenerse por notificado.
- c) en la práctica no se cumple este régimen porque el actuario no se encuentra en la mesa de entradas.

Por *Cedula*; es una forma notficatoria de excepción es la notificación automática. En el derecho procesal moderno, que las partes están a derecho, en el proceso, con la primera notificación personal que reciban⁹.

Se parte de la presunción que la persona que ha comparecido al juicio conoce todas las actuaciones de tramite.

En términos generales la cedula consiste en un pedazo de papel o de pergamino en el que se redacta un mandamiento se reconoce una obligación.

La cedula es el documento firmado por el actuario o notificador, mediante el cual se notifica una resolución judicial, que por una circunstancia especial, no es notificada en forma personal¹⁰.

Gelsi Bidart, menciona que existe una notificación inicial solamente, y las partes deban a partir de ese momento, seguir el proceso y asumir el riesgo procesal de su tramitación.

La doctrina nacional considera la notificación por cedula que es un sistema de excepción porque tiene más defectos que virtudes. Toda vez que son lentas en cuanto a su actuación si no lo hacen los actuarios no se llevan a cabo, y por lo tanto pueden pasar años para llevarse a cabo una notificación sólo mediante el impulso procesal de las partes se realiza; y así los litigantes invierten un tiempo considerable correteando a los actuarios para que el asunto continúe, aparte del dolo con que algunos de estos se conducen cuando realizan su trabajo, es decir la realizan con diversa persona, con menores de edad, en otro domicilio, etc; por los encontramos no otra cosa que inseguridad y lentitud, en el primer caso se podrá argumentar que para eso existen los recursos, pero yo pregunto que no es mejor evitarlos.

3.4. Actualmente como deben hacerse las notificaciones

Para *Canosa*, “el vocablo notificación viene de la raíz griega *notis*, que a su vez proviene de la palabra *noscere*, que traduce conocer(...) de ahí que notificar, *latu sensu*, es dar a conocer un hecho. La notificación judicial es el acto mediante el cual se da a conocer las formalidades legales, a las partes, a los terceros y a los demás interesados, una resolución (...) para que los actos sucesivos del juicio puedan continuar hasta la decisión o sentencia que ponga fin al proceso”¹¹. De tal suerte que toda persona tiene derecho a un debido proceso y tutela jurisdiccional, atendiendo a que pueden ser oídos y vencidos dentro de un juicio, según el artículo 14 constitucional.

La notificación del acto inicial del proceso sin dejar de reconocerla comunicación del acto culminante sentencia, ha sido de profundos estudios de la escuela clásica¹². Teniendo los siguientes elementos: *Sujeto Activo*. Es el agente encargado de realizar el acto y puede consistir en una o varias personas. *Sujeto Pasivo*. Es la persona a quien se dirige la notificación (directa o indirectamente). *Objeto*. Retrata de la materia sobre la cual recae la notificación; los actos motivo de la transmisión. Ejemplo: resoluciones judiciales, citaciones, emplazamientos o pretensiones de los litigantes.

Actividad que lo Involucra. Se subdivide en 3 tres, elementos que son: Elemento del acto aplicado especialmente a la materia. (Lugar, tiempo, forma).

1. Lugar. Puede hacerse en la sede del juzgado, en el domicilio del interesado.
2. Tiempo. Debe señalarse que, vinculada a su dimensión específica, la notificación para tener eficacia debe de ser realizada dentro de los plazos legales. En

el aspecto genérico, se relaciona con los días y horas hábiles en que se la pueda materializar; en el tiempo de su realización y diligenciamiento.

3. Forma. Es el modo como la notificación ha de practicarse.

Lo esencial de la notificación es que el notificado se entere del proveído, mediante la constancia fehaciente. La firma del notificado es formalidad de prueba, que no afecta a la validez del acto. La formalidad relativa a la fecha y lugar de la notificación, es conveniente al cómputo de término, pero su omisión tampoco afecta a la eficacia de la notificación, por ser requisito esencial¹³.

En consecuencia en la actualidad se hace necesario que se implementen las notificaciones electrónicas, a fin de economizar tiempos, y esfuerzos en beneficio de la impartición, procuración y administración de justicia, así se puede vía Internet, mediante la existencia de una *página Web y del correo electrónico*; esto en virtud a que todos lo abogados cuentan con su propio servicio, y si se ha podido en cuestión tributaria desde hace dos años aproximadamente por que no en lo jurídico, es sencillo si se cuenta en el poder judicial con *un servidor, con una central de notificaciones*, claro esta para llevar a cabo este tipo de notificaciones y todas las actuaciones que se quisieran llevar a cabo deberán contar con: a) Una denominación, b) Una autorización, c) Contar con un reporte de la notificación (para ser anexada por escrito al expediente, d) contar con un formato de notificaciones.¹⁴ Por ello consideramos que si ha sido posible en Perú (2000); Costa Rica (2000); Argentina (1999), Canadá (1997); España (1996), entre otros países; creemos que aquí también es posible implementarlo, solo falta interés.

4. Conclusiones

Primera. Comprendemos que la cibernética en la actualidad es una herramienta, útil, eficaz y adecuada, para llevar a cabo trabajos de investigación y técnicos respecto de alguna ciencia o arte; de manera pronta y expedita.

Segunda. Que en estos tiempos de globalización, se hace necesario que toda persona tenga pleno conocimiento de la cibernética, desde sus cuestiones primarias hasta los más altos adelantos de esta técnica; como pueden ser los instrumentos y nombre iniciales, hasta el uso del internet, el chat sus alcances y sus funciones.

Tercera. En el ámbito jurídico la cibernética tiene una función de vital importancia, a fin de permitir y fácil acceso a la impartición de la justicia, permitiendo que la justicia cumpla con los postulados del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de ser pronta y expedita.

Cuarta. Que a fin de lograr que la cibernética alcance los objetivos para el cual ha sido creada, en el ámbito jurídico; se deben reformar las leyes desde la Carta Magna, hasta las leyes reglamentarias; en su totalidad en el área procesal, toda vez que lo que las partes ansían es que se economicen los tiempos y momentos de las

diligencias, en donde exista igualdad entre las partes; a efecto de evitar la nulidad de actuaciones.

Quinta. Siguiendo la misma tesitura de la conclusión anterior; la cibernética en el ámbito jurídico debe dejar de ser un solo instrumento de apoyo para el órgano jurisdiccional, en donde lo único que economizan son las diligencias; pues podemos apreciar que en los juzgados y salas sigue prevaleciendo lo escrito y los documentos, cuando bien puede quedar guardado todo en memorias Ram; o bien mediante el uso del internet y del chat se pueden economizar tiempos y distancias.

Sexta. Una forma eficaz de llevar a cabo el uso adecuado de la cibernética es que las partes del proceso, deben estar en una misma sintonía, es decir deben tener las mismas herramientas necesarias para llevar a cabo el intercambio de información existiendo los canales adecuados para su comunicación; los cuales deben estar señalados dentro de la ley.

Notas

1. Dr. en D. Rafael Luviano González. Profesor investigador Titular “C” Tiempo Completo de la UMSNH. Adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, en donde imparte Derecho Procesal Penal; Maestro del Posgrado de la misma institución, en donde imparte materias de la línea de la docencia, y la práctica procesal. Maestro del doctorado Interinstitucional en Derecho, trabajando la línea de investigación en el área de Constitucional. Maestro visitante de la Universidad Autónoma de Nayarit. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores (SNI) Nivel I. Autor de obras jurídicas y de artículos en diversas revistas de nivel Internacional, Nacional y Estatal. Abogado postulante desde 1983.
2. Fix Fierro, Héctor; *“Informática y documentación jurídica”*. UNAM. México. 2002. Pág. 43.
3. Burgoa, Ignacio; *“Derecho Constitucional Mexicano”*. Porrúa. México. Pág. 819.
4. Op. Cit.. 1991. Pág. 116.
5. Idem. Pág. 23.
6. Pérez Palma, Rafael. Guía de Derecho Procesal Penal. Cadenas editor y Distribuidor México. 1991. Pág. 120.
7. Idem. Pág. 23.
8. Ibidem. Pág. 25.
9. Maurino Luís Alberto. Notificaciones Procesales. Edición 2. Editorial Astera de Alfredo y Ricardo de palma ciudad Buenos Aires 2000. Pág. 29.
10. Pérez Palma. Rafael. Guía del Derecho Procesal Penal. Cadenas editor. 1991. Pág. 122.
11. Canosa Torrado, Fernando. Notificaciones Judiciales, ediciones doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia. 1999. Pág. 1.
12. Maurino Luis Alberto. Notificaciones Procésales. Edición 2a. editorial Astera de Alfredo y Ricardo de Palma Ciudad Buenos Aires 2000. Págs. 5, 6.
13. Pérez Palma, Rafael. Guía de Derecho Procesal Penal. México. 1991. Pág. 121.
14. En ese sentido se debe crear una ley ex profeso y exclusiva para permitir las notificaciones vía Internet, incrustar en los códigos de procesos civiles y penales y en todas las leyes reglamentarias

el artículo correspondiente para la procedencia de tal medida, en cuanto a los tiempos consideramos que no se perjudica toda vez que estos empezarán a contar igual que como están como si se hicieran por cedula, es decir al día siguiente en que se haya recibido la notificación electrónica.

Bibliografía

- ARILLAS BAS, Fernando. “*El Procedimiento Penal en México*”. Editorial Porrúa. México 2003.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. “*Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*”. Editorial. Porrúa S.A. Pág.311; hasta la Pág. 547. México, 2003.
- CASTRO y FERRANDIZ. “*Derecho Procesal Penal*”. Editorial Techos Madrid, 1976. Clasificación. 345.05 p948d 1976 t.l.v.l.e.j.l (1202) bpj. Pág. 81 a la 84.
- CHIARA GALVAN, Eduardo Rolando. Artículo electrónico. “*Las notificaciones electrónicas en la administración del Perú*”. 2006.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. “*Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo IP*” Editorial Porrúa Cuarta Edición. México, 2000.
- LUVIANO GONZÁLEZ, Rafael. “*El procedimiento y el Proceso Penal*”. Editorial, Ediciones mexicanas. Morelia, Michoacán. 2004.
- MARTÍNEZ FERNANDO, José Felipe. “*La Internet educativa*”. Editorial; México Plles 1997.
- MAURINO LUIS, Alberto. “*Notificaciones procesales*” Clasificación. KHA 1447 M 38 2000. Editorial Astera de Alfredo y Ricardo de palma ciudad Buenos Aires 2000.
- PÉREZ PALMA, Rafael. “*Derecho Procesal Penal*”. 3ª edición. Editorial Cárdenas. México 1991.
- RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos. “*La prueba Electrónica*”. Editorial Temis S. A. Bogota. Colombia. 2004.
- ROJAS AMANDI, Victor Manuel. “*El uso del Internet en el derecho*”. Editorial. Oxford University Press México S. A de C. V 2000.

Revistas

- Cuaderno de Derecho Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán. Editorial. ABZ. Vol. 84 del 2004.

Medios Cibernéticos

- www.angelfire.com
www.x_estrainternet.com
www.gjoia.com

EL DERECHO ¿INSUFICIENTE ANTE LA PROTECCIÓN DE LA JUVENTUD Y DE LA INFANCIA EN INTERNET?

Luz del Carmen Martí de Gidi¹

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana

Introducción

Para nadie es ajeno que las nuevas tecnologías, y en especial el internet, en la llamada era de la sociedad de la información, constituyen una de las mayores posibilidades con las que se cuenta actualmente para la adquisición de nuevos conocimientos, contactos personales interactivos como el correo electrónico, el chat, el comercio electrónico, la diversión, los grupos de discusión, y en un futuro no muy lejano, posibilidades ilimitadas en educación e investigación, si pensamos en las aplicaciones del “internet 2”, cuya misión es la de facilitar y coordinar el desarrollo, despliegue, operación y transferencia de tecnología, en las redes avanzadas de aplicación y servicio, ahora en el territorio de los Estados Unidos, que ostentan el liderazgo en investigación y educación superior, acelerando su disponibilidad a través del Internet.²

Sin embargo, al lado de las infinitas posibilidades benéficas que la red de redes ofrece, coexisten algunos usos abusivos, inseguros, peligrosos o incluso delictivos que nos plantean nuevos retos a los juristas, acerca de los cuales es posible distinguir dos posturas según a las diferentes alternativas para su regulación, de acuerdo a la perspectiva en la que nos coloquemos, las que abordaré en el primer apartado; una, la de quienes sostienen que las instituciones jurídicas preestablecidas constituyen un marco jurídico adecuado para hacerles frente; la otra, la de aquellos que aseguran que dada la naturaleza de esta nueva tecnología, es necesario un nuevo orden jurídico, apoyado por instrumentos internacionales.

En el segundo apartado mencionaré los instrumentos en que se basan las medidas que se han tomado en los Estados Unidos y en la Unión Europea sobre contenidos ilícitos y nocivos en la red, que protegen a los menores y adolescentes del impacto que estos datos puedan tener en su formación, dado que su influencia se considera perjudicial debido a su grado de madurez y estructura mental.

Posteriormente me referiré al papel que deberá jugar la familia, principalmente, y los maestros, frente al desafío de esta avalancha de información y a veces de desinformación en que se puede llegar a convertir internet, en tanto el Derecho como tal es incapaz de afrontar todos los retos que éste le plantea. Por último, mencionaré algunas soluciones alternativas.

I. ¿Regulación jurídica nacional o supranacional del internet?

De acuerdo con el investigador mexicano Raúl Trejo Delarbre:

“Cada vez que surge o se desarrolla un nuevo espacio de relación entre los individuos o una nueva actividad humana, el espíritu reglamentista de algunos abogados conduce al intento para dotarlo de nuevas pautas jurídicas. Desde luego, la existencia de normas es uno de los rasgos de una sociedad civilizada. Internet, que se debe a uno de los desarrollos tecnológicos más intensos en los últimos veinte años, no podría estar al margen de ese rasgo de civilización que son las reglas. Pero, en muchos casos, antes de imaginar nuevas normas es pertinente revisar si no es más sencillo actualizar, para este espacio peculiar, las que ya tenemos.”³

En principio estamos de acuerdo con su postura, ya que en determinadas circunstancias, las legislaciones nacionales podrían hacer frente a problemas derivados del mal uso del Internet; en el caso de México, por ejemplo, los derivados del correo electrónico podrían normarse aplicando las reglas de la inviolabilidad de la correspondencia previstas en el artículo 16avo.⁴ de nuestra Constitución General de la República. Por otra parte, las libertades de expresión y de información están protegidas de igual manera en los artículos 6º y 7º del mismo ordenamiento. La propiedad intelectual y el comercio electrónico, así como las conductas delictivas que atentan en su contra, encuentran en la Ley Federal de Derechos de Autor, el Código Civil del Distrito Federal, el Código de Comercio, la Ley de Protección al Consumidor y el Código Penal Federal, respectivamente, su regulación y protección jurídica.⁵

Sin embargo, el problema es mucho más complejo, si se considera que el Internet es un medio de comunicación versátil que permite simultáneamente varios tipos de comunicación: de uno a uno (como los medios tradicionales: el teléfono, etc), a través del correo electrónico, de uno a muchos, a través de las páginas www o los boletines de noticias, o de muchos a muchos, como en el chat o los grupos de discusión en la red.

Los medios tradicionales de comunicación como la prensa escrita, el radio o la televisión, permiten una mejor regulación jurídica, ya que en ellos el llamado “punto inteligente” es fácilmente identificable, a diferencia del internet, como lo explica la destacada constitucionalista Marisa Fernández Esteban:

“En primer lugar, los modelos tradicionales aplicables a los medios de comunicación de masas están pensados para comunicaciones unidireccionales desde un punto que controla la información o “inteligente” a muchos puntos “pasivos”. El emisor inteligente comunica a los múltiples receptores pasivos la información. En palabras de N. Negroponte, el centro inteligente “arroja” información y entretenimiento al público. Por el contrario, gracias a la digitalización e internet, la información “a la carta” se va imponiendo[... La comunicación es cada vez más un proceso interactivo a través de una información bi o multi-direccional controlado por el receptor de los medios de comunicación, por el usuario consumidor.”⁶

En efecto, mientras que en los medios de comunicación tradicionales es posible acudir a la opinión del comentarista, del articulista, del editor del periódico, o del gerente de noticias, respecto de alguna información lesiva o incorrecta, en la superautopista de la información o internet, no hay un “punto inteligente” del que parta la información, ya que se puede ser receptor y emisor al mismo tiempo; cualquier usuario de la red puede publicar información o acceder a ella prácticamente desde cualquier punto del mundo, con sólo tener una computadora conectada a la red. Otra característica mencionada por la constitucionalista, es que la información viaja instantáneamente sin conocer fronteras y virtualmente sin costo, por lo que se genera un problema de identificación del emisor de la misma.

Esta peculiaridad del internet se refleja en el problema de la atribución de responsabilidad por los contenidos vertidos en el mismo, tanto por el autor de la información como por el proveedor de acceso.

“En los modelos tradicionales bidireccionales entre dos puntos, o entre un punto y múltiples receptores, la atribución de responsabilidad de la información transmitida es simple. En el caso del teléfono, la compañía que ofrece el servicio queda al margen de la responsabilidad de la información transmitida al no tener control sobre ésta[.....]En el caso de los sistemas unidireccionales tradicionales, en los que la información circula desde un punto inteligente a muchos puntos pasivos, como son la prensa o la radio, la atribución de responsabilidad al periodista que vierte la información y la responsabilidad solidaria de la redacción del periódico o el emisor de la información parece una atribución natural de responsabilidad, ya que éstos sí tienen un control efectivo sobre la información.”⁷

Como arriba mencioné, esto no es posible en internet, por su estructura, en la que millones de usuarios se conectan interactivamente; un caso que resulta muy ilustrativo nos lo proporcionó el año pasado el atentado a las torres gemelas de la ciudad de Nueva York, alrededor de lo cual se generó toda clase de información, bromas y profecías que rebasaron las fronteras de los países.

Esta característica *sui géneris* de este medio de comunicación, en donde la información se intercambia en el llamado ciberespacio, hace que algunos autores consideren rebasada la legislación nacional, y que por lo tanto la red de redes escape a la soberanía de los Estados, planteando problemas tales como la dificultad para precisar cuál es la legislación aplicable en los casos de delitos cometidos a través de la red, violaciones de la intimidad, estafas, daños a la propiedad intelectual, por citar algunos. Aunque esta problemática rebasa los límites del presente artículo, en principio me inclino a adherirme a la posición sostenida por el tratadista español Luis Escobar de la Serna, quien afirma:

“Así pues, la alternativa más deseable se decanta por la regulación mediante normas jurídicas de los Estados nacionales de acuerdo con sus respectivos sistemas legales. Particularmente en los

países democráticos, no existe fundamento alguno para que la información de Internet no quede sometida a las mismas normas que son aplicables en cada país a la transmisión de información escrita o emitida en los medios de comunicación habituales. En suma, la singularidad de su soporte técnico no puede hacer de Internet una parcela inmune al ámbito de aplicación del Derecho o del sometimiento a la ley.”⁸

Sin embargo, existen multitud de cuestiones muy específicas en relación al internet, en que se encuentren involucrados varios Estados, y que por la naturaleza de la materia, como podría ser la propiedad intelectual, la protección de datos personales, los llamados “puertos seguros” para transacciones comerciales o, en su caso, delitos cometidos en un país con incidencia en otro, en donde se aprovecha las legislaciones más benignas u omisas, que se plantean por la doctrina, de modo casi unánime, soluciones supranacionales, en base a acuerdos internacionales y con la posibilidad de supervisión por parte de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio, entre otros.

El caso específico que interesa para los efectos de este artículo es el de contenidos nocivos o ilícitos que llegan a los usuarios de la red, en particular a los niños y los adolescentes, desde otros países, en donde los estándares de lo que se considera material pornográfico son diferentes a los aceptados en México, lo cual es además comprensible, por las naturales diferencias culturales entre los diversos países. Referirme a ese tema me lleva al contenido del siguiente apartado.

II. Instrumentos internacionales que protegen a la juventud y la infancia en internet

Es en los Estados Unidos y en los países de la Unión Europea, donde se advierte la preocupación más definida sobre la protección a la niñez y la juventud frente a los contenidos ilícitos y nocivos a que es posible acceder en el internet.

En efecto, mientras que en los medios de comunicación tradicionales, como es el caso de la prensa escrita, es posible, por medio de los ordenamientos nacionales, regular el lugar en que se muestren a la venta publicaciones cuyo contenido sea nocivo, o bien se opte por ponerlas en envolturas que impidan que un menor las consulte en los puestos de periódicos; y en la televisión, al menos la abierta o no codificada, se pueden establecer controles de horario para etiquetar contenidos, bajo la supervisión de los padres; por el contrario el internet ha venido a constituir un riesgo potenciado en cuanto a este tipo de información, a veces no necesariamente obscena, pero sin duda inoportuna para la edad de los receptores.

Nuevamente debo referirme a la naturaleza de la superautopista de la información o red de redes, la cual como una inmensa telaraña hace posibles comunicaciones

interactivas, propiciando el principal obstáculo en cuanto a reglamentación se refiere: el desconocimiento del emisor de la información, y la frecuente falta de identidad de los que proporcionan los contenidos ilícitos o nocivos en la red, trae como condición necesaria que cualquiera que desee acceder a ellos, incluidos los niños o los jóvenes, deba teclear la dirección correspondiente, estableciéndose así una diferencia importante con la televisión o los otros medios a los que se clasifica como invasivos, en tanto que el menor está frente al televisor o la radio y no puede evitar ver u oír los contenidos que pueden serle perjudiciales, no así en la red.

Esta característica del internet no ha impedido los esfuerzos, hasta ahora bastante desalentadores de países como Estados Unidos, que mediante la *Congress Decency Act I* (1996), promovida por el senador James Exon, en su propuesta de nueva Ley de Telecomunicaciones de este país, que pugna por establecer penas de prisión para quien usase un discurso “indecente”, accesible a los menores. Algunos grupos de usuarios y defensores de la libertad de expresión en internet interpusieron recursos legales, hasta que finalmente el Tribunal Supremo de ese país en junio de 1997 resolvió que el internet no es asimilable a la radiodifusión, por las razones explicadas líneas arriba, ya que no se considera un medio invasivo, pues es el usuario quien busca la información. Entre otras razones para considerar inconstitucional esta acta, se manejó que es la propia comunidad la que determina qué es o no discurso indecente, y que existen otros medios menos perjudiciales que la restricción a la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda a la Constitución norteamericana, como lo son los filtros que los usuarios o los proveedores de internet pueden utilizar para clasificar la información ilícita o nociva.

Consideró el Tribunal Supremo, asimismo, que dadas las ilimitadas y benéficas facilidades que el internet ofrece a los usuarios, es un poderoso medio de democratización de la generación de la información, por la circunstancia de que millones de usuarios pueden emitirla en todo el mundo, evitando su concentración en los medios tradicionales y contribuyendo al pluralismo de las sociedades democráticas.

También se puede mencionar la *Safe Schools Internet Act*, aprobada en julio de 1998 en Estados Unidos, que obliga a las escuelas y bibliotecas públicas a instalar programas-filtro; y que sin embargo, ha sido a su vez impugnada por adultos que han protestado de que en algunas bibliotecas no se tenga acceso a ese material.

Por último, la *Child On-Line Protection Act*, aprobada en octubre de 1998, también conocida como la *Congress Decency Act II*, que prohibía el material indecente en páginas comerciales, fue asimismo declarada inconstitucional en junio del año 2000, aduciendo el mismo criterio del estándar de la comunidad para el manejo de estos materiales, es decir, que sea la misma sociedad la que vigile las pautas de lo que culturalmente se considere indecente o nocivo.

Para el caso de la Unión Europea, seguiré las explicaciones de la Doctora Fernández Esteban:

“Podemos distinguir dos tipos de contenidos peligrosos en Internet para los menores: contenido ilícito y contenido nocivo en Internet. Esta distinción ha sido introducida por el Informe de la Comisión Europea, *Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información*. Estos dos grupos de contenidos plantean cuestiones radicalmente distintas. El contenido ilícito es aquel que es constitutivo de delito por sí mismo (p. ej., apología del terrorismo, incitación a la rebelión y al desorden, publicación de secretos militares y delitos contra los derechos de autor)[.....]Por lo que se refiere al contenido nocivo (entre otros la pornografía) es preciso considerar que ciertos tipos de información pueden constituir una ofensa a los valores o sentimientos de otras personas. Lo que se considera nocivo depende de diferencias culturales[....]Una conclusión general a la que llega la doctrina es que no ha de tomarse ninguna medida de regulación orientada a la protección de menores que prohíba incondicionalmente la utilización de internet para la distribución de material que es de libre disposición en otros medios, a pesar de la tendencia en varios países a la incorporación de nuevas limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión en internet.”⁹

El contenido ilícito, por lo general se resuelve en la legislación nacional que para esta materia se encuentra vigente en los diversos países que componen la Unión Europea, pero en el caso de que involucre varios países o delitos más sofisticados se ha elaborado el proyecto de Convenio del Consejo de Europa sobre delincuencia en el ciberespacio, en octubre del 2000. En cuanto al contenido nocivo, se está a la legislación de la materia, ya sea en la prensa, o en los medios audiovisuales de cada país.

Hasta aquí los intentos internacionales para regular esta materia. Hasta ahora, la regulación jurídica del internet ha resultado insuficiente para resolver el problema planteado, dada la dificultad en la asignación de responsabilidad sobre estos contenidos.

III. El papel de la familia y la escuela como coadyuvantes del orden jurídico

La preocupación plasmada en el título de este trabajo surge a raíz de una serie de artículos periodísticos en que se cuestiona al Derecho su incapacidad para resolver el problema de los cibercafés o lugares en los cuales se renta por hora una computadora, al que tampoco es ajeno el conflicto de que la computadora doméstica no posea filtros adecuados de la información nociva o ilícita, principalmente la pornográfica.

En el fondo, el dilema que subyace es el del papel cada vez más difuso que la familia desempeña en México en el momento actual, y que explico en palabras de Fernando Savater: “...este protagonismo para bien o mal de la familia en la socialización primaria de los individuos atraviesa un indudable eclipse en la mayoría de los países, lo que constituye un serio problema para la escuela y los maestros.”¹⁰

En el caso del que me ocupo, este eclipse familiar se refleja en la desinformación de los padres acerca del internet, su estructura, y la comodidad de pedir al Estado que lo regule, para así desentenderse de la verdadera dificultad que es la formación

que los menores, en su caso, niños o adolescentes, deben recibir en primera instancia de sus padres y en segunda de sus maestros:

“El maestro antes podía jugar con la curiosidad de los alumnos, deseosos de llegar a penetrar en misterios aún les estaban vedados y dispuestos para ello a pagar el peaje de saberes instrumentales de adquisición a menudo trabajosa. Pero ahora los niños llegan ya hartos de mil noticias y visiones variopintas que no les ha costado adquirir[...];que han recibido hasta sin querer! El maestro tiene que ayudarles a organizar esa información, combatirla en parte y brindarles herramientas cognoscitivas para hacerla provechosa o por lo menos no dañina.”¹¹

Aceptando que proporcionalmente la mayor parte de la información accesible en la red es benéfica, no se puede dejar de lado la posibilidad de obtener datos sobre cómo elaborar una bomba, comprar un arma o tener acceso a material informativo sobre sexualidad, que por el grado de madurez o de desarrollo pueda ser inadecuado para nuestros hijos.

Los proveedores de acceso a internet, que en nuestro país son básicamente el teléfono, el sistema de cable, América On Line, Terra, etc., pueden ser requeridos, con base en la legislación que les autorice el servicio, para proporcionar a los padres, suficiente información de los diferentes sistemas de filtrado que existen, las posibilidades de restricción para menores, para los casos de computadoras domésticas; y en el caso de aquellas ubicadas en las escuelas o en las bibliotecas, a las que acceden menores, deben ser los maestros los que estén pendientes de los contenidos consultados.

El uso de los cibercafé o renta de computadoras debe ser regulado expresamente por la legislación mexicana, pues al obtener los permisos correspondientes, se puede introducir restricciones para que algunas de las computadoras queden para uso exclusivo de menores, distintas de las de los adultos.

Aún después de que la legislación mexicana incluyera estas disposiciones, la naturaleza misma del internet relativiza cualquier medida protectora con las razones que antes he señalado: al final de cuentas no es posible hallar al emisor de la información, a menos que sea delictiva y de tal magnitud que las autoridades de ese país procedan a su localización, asimismo, existe la circunstancia de que hay países en los cuales es posible que la conducta no esté tipificada como ilícita y que alojen al emisor de la información.

Aún cuando algunos autores hablan sobre la ética en internet, e incluso mencionan un Código Deontológico de Internet¹², lo cierto es que el sentimiento de pertenencia a una comunidad, o simples reglas de etiqueta no impiden su uso indebido.

Puede por ello presentarse la situación de que el menor o el joven no llegue voluntariamente a la pornografía u otros materiales nocivos, sino que se le presente al instalar en su equipo de cómputo programas que se ofrecen en forma gratuita sin la suficiente especificación de su contenido.

De acuerdo a la maestra Rosalba Gámez Alatorre:

“En cuanto a las bondades y riesgos del internet, aprecio una situación bipolar: por un lado surgió abierto, es decir, para cualquier persona, y es excelente por sus cuestiones informativas, pero a la vez, contiene mucha pornografía, violencia. Se requiere control familiar para cuidar a los niños y a los adolescentes, pues, por ejemplo, la penetración de las sectas es criticable por sus métodos y formas para enganchar a los jóvenes. Por internet se puede pedir un arma o elaborar una bomba. También aparece el peligro de los pedófilos con sus páginas dirigidas a niños. Por ello se requiere mucho control y comunicación de los padres.”¹³

Es por todo lo anterior que sostengo que entre los principales problemas que enfrenta el Derecho frente a la red es el hecho de que si bien ésta es un importante vehículo para homogeneizar las oportunidades de todos en acceso a la educación, a las bibliotecas y maestros en todo el mundo, coexisten en el internet peligros a los cuales el orden jurídico está incapacitado para solucionar o prevenir. Ello no es privativo de México, y los que comparten nuestras inquietudes han planteado algunas alternativas de solución en otros países.

Reflexión final

El Derecho tiene ante sí el reto de regular las nuevas tecnologías de la información, cuyos avances sobrepasan, con mucho, su capacidad normativa.

Nuestro ordenamiento legal se ha rezagado en materia de internet, ya que sólo posee soluciones para los medios llamados tradicionales de información, por lo que la experiencia de otros países en la materia nos debe servir de ejemplo para complementar dicha regulación.

Introducir dentro de la reglamentación de los proveedores de acceso a los servicios de la red obligaciones de informar sobre los filtros, o diseñar programas que ya los contengan, ayudaría a los padres y maestros a disminuir los peligros de acceso a información no deseada para niños y adolescentes en proceso de formación.

El orden jurídico mexicano, es incapaz de prevenir, dada la naturaleza de las nuevas tecnologías de la información, por sí solo, el impacto de los contenidos nocivos e ilícitos a que es posible acceder en internet por los menores; por ello sostengo, que el papel de la familia, de la escuela, los amigos y de la sociedad misma, es un coadyuvante indispensable en la formación de niños y jóvenes.

En la Unión Europea, a partir de febrero de 1999, se ha elaborado un Plan de acción para promover el uso seguro de internet que incluye cuatro líneas básicas de acción: filtrado de la información, a través de la compra de *software*; autorregulación, que consiste en códigos de conducta promovidos entre los pro-

veedores de acceso, que no provengan del Estado, para responsabilizarse de los contenidos; líneas de denuncia, para el caso de que la información sea delictivo, por ejemplo, la concerniente a los pederastas, o a los que han sido condenados por golpeadores, a redes de prostitución infantil, apología de un delito, incitación al terrorismo; que funcionan con línea directa a la policía de esos países y, sobre todo, sensibilización de los usuarios, consistente en organizar campañas en las escuelas y en los puntos de venta de las computadoras de las ventajas y desventajas de la autopista de la información.

Algunas de estas líneas de acción adoptadas por nuestro ordenamiento jurídico complementadas con la supervisión de padres y maestros, disminuirían los peligros que, como toda gran obra humana, posee la red de redes.

Notas

1. Doctora en derecho Público. Investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana y Profesora de la Facultad de Derecho de la misma.
2. Para los usos del Internet 2 en Estados Unidos y nuestro país, consultar la página <http://www.ciberhabitat.com/universidad/internet2/internet2.htm>
3. Raúl Trejo Delarbre, “Derecho, delitos y libertades en internet”, en *Derecho a la información y derechos humanos, Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, 2000, pág. 388.
4. “Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas”.
5. Sobre estos temas ver Marcia Muñoz de Alba Medrano, “¿La vida en línea?!” en *Derecho a la información y derechos humanos, Estudios en Homenaje al maestro Mario de la Cueva*, pág.356 y siguientes.
6. María Luisa Fernández Esteban, *Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, 1998, p. 89.
7. *Op. cit.*, pág. 95
8. Luis Escobar de la Serna, *Derecho de la Información*, 1998, p. 519.
9. María Luisa Fernández Esteban, *op. cit.* p. 97
10. Fernando Savater, *El valor de educar*, 1997, p. 65.
11. *Op. cit.*, p. 80.
12. Luis Escobar de la Serna, *op. cit.*, pp. 522 y 523
13. Rosalba Gámez Alatorre, Diario Excelsior, jueves 24 de mayo de 2001, p. 12-A.

Bibliografía

- ESCOBAR DE LA SERNA, Luis, *Derecho de la Información*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, Monografía, Ciencias Jurídicas, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1998.
- MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Alba, ¿La vida en línea?!, en *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, Jorge Carpizo y Miguel Carbonell,

coordinadores, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica # 37, México, 2000.

TREJO DELARBRE, Raúl, “Derechos, delitos y libertades en Internet”, en *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, coordinadores, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica # 37, México, 2000.

SAVATER, Fernando, *El valor de educar*, Instituto de Estudios Educativos y Sindicales de América, Colección Diez para los maestros, México, 1997.

LA INTIMIDAD INFORMÁTICA. ASPECTOS GENERALES

Héctor Pérez Pintor

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UMSNH

1. Introducción

La intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, un espacio sustraído a intromisiones extrañas, necesario para mantener una mínima calidad de vida. Para trazar los límites de la intimidad es imprescindible atender a los usos sociales y, más aun, a los propios actos, a las pautas de comportamiento escogidas por cada persona para sí y en el seno de la familia. Mayor o menor, todas las personas –incluidas las de notoriedad pública– tienen una esfera de intimidad, que no se puede traspasar impunemente.

En el ámbito de la intimidad, como tema, se han situado los siguientes aspectos: sexualidad, noticias relativas a la salud de las personas o a cualesquiera otros hechos –sean ciertos o no– relativos a su vida privada o íntima, secreto profesional, inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, sanción del abuso en el manejo de datos, información relativa a las personas por parte de quien las posee, uso ilegal de la informática y otras.

La Informática ha reducido las dimensiones del mundo actual a una “aldea global” como lo describiera MacLuhan, intercomunicada a través de las denominadas autopistas de la información. Ésta se ha convertido en un valor de mercado y la frase –ya clásica– “la información es poder” ha dejado de ser un mero eslogan para pasar a ser una realidad incuestionable.

Toda revolución tecnológica lleva consigo una reorganización económica, política y social. Las posibilidades de almacenamiento, tratamiento y control de la información que ofrece la Informática la convierten con frecuencia en un instrumento de presión y control social que amenaza la libertad del individuo. Este peligro se hace más evidente en el sector público, donde se concentra gran cantidad de información. Deviene imprescindible regular estrictamente el uso de la informática para evitar el peligro de la contaminación de las libertades (*liberties pollution*), que es el contrapunto negativo que amenaza con invalidar los logros del proceso tecnológico¹.

Es debido precisar que en este trabajo invoco dos expresiones: “libertad informática” y “protección de datos personales”, esto por una cuestión no sólo terminológica sino más allá. Preponderantemente en México se utiliza el concepto “datos personales” en consonancia con lo señalado en el marco legal nacional, no obstante, para efectos del presente estudio, donde sostengo que la “protección de datos” se desprende del derecho fundamental a la intimidad, la terminología “intimidad informática” sugiere una aproximación más concreta a la idea que se plasma aquí.

2. Consideraciones conceptuales y naturaleza de la intimidad informática

Se ha hablado, en la actualidad, de las sensaciones de algunas personas que perciben que su vida se desarrolla en una casa de cristal, donde todos sus movimientos son observados, anotados y procesados. En este sentido en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de la República de Alemania (*Bundeserfassungsgericht*) sobre el censo de población de Alemania de 1982, se afirmó que la proliferación, de bases de datos ha permitido, gracias a los avances tecnológicos, obtener “una imagen total y pormenorizada de la persona incluso en el ámbito de su intimidad, convirtiéndose así el ciudadano en hombre de cristal”².

Por tratarse de un derecho cuyo objetivo fundamental es proteger la intimidad de las agresiones cometidas por medios informáticos se emplea la expresión “derecho a la intimidad informática”. En este derecho la protección de los datos de carácter privado no se realiza por la naturaleza más o menos íntima de los datos, sino por el hecho que esos datos van a ser procesados de forma automática. La posibilidad técnica de procesar muchos datos en principio inofensivos, esto es, no sensibles a la intimidad, y de obtener una “radiografía” moral, política, social, o incluso, psicológica de una persona concreta, ha supuesto el desarrollo de este derecho. El derecho a la intimidad informática hunde sus raíces en el derecho a la intimidad, ahora bien, presenta varias peculiaridades respecto a este derecho fundamental. Tras ese derecho humano se encuentra la idea que la información es poder y la utilización incontrolada de ese poder genera vulneraciones importantes a los principios de libertad e igualdad, comenzando por los derechos a la intimidad y el honor.³

Trataremos de fijar el contenido esencial del derecho a la intimidad informática. Lucas Murillo al referirse al contenido de este derecho entiende que está integrado “por diferentes facultades que se le reconocen al individuo para controlar el uso de información personal que le atañe tanto en el momento de la recogida de datos, cuanto en el de su tratamiento y conservación, como, en fin, en el de la transmisión”⁴. En este sentido, el contenido esencial del derecho a la intimidad informática consistirá en el derecho de toda persona a controlar sus datos de carácter personal tratados informáticamente. Este contenido esencial supone un control sobre:

- a) La colecta de información, o mejor dicho, la recopilación de datos para ser introducidos en un sistema informático.
- b) El tratamiento automatizado de los datos, que supone registro de los datos, aplicación a esos datos de operaciones lógicas aritméticas, su modificación, borrado o extracción.
- c) La reproducción o difusión de los datos de carácter personal o de los resultados obtenidos a partir de ellos.

A este asunto la doctrina ha dedicado un especial interés y se ha permitido configurar un llamado *habeas data* que Pérez Luño define como “la facultad de las

personas de conocer y controlar las informaciones que les conciernen procesadas en bancos de datos informatizados”⁵.

Es decir, el *habeas data* tiene una eminencia procesal relacionado directamente con el derecho de “autodeterminación informativa”. Encontramos entonces que la protección de datos personales, como derecho, abarca tanto la autodeterminación informativa, como una atribución de facultades, pero también alcanza la acción negativa del Estado de no vulnerar tales datos; otorgando una acción procesal al sujeto universal en el recurso del *habeas data*.

Si como sustentamos anteriormente, la protección de datos se percibe en la actualidad como un fenómeno autónomo que se sustenta en la autodeterminación informativa, esa figura ya clásica del derecho alemán, y su consecuencia de protección procesal en el *habeas data*, no es posible desligar su contenido con el derecho a la intimidad.

3. La intimidad informática en el marco normativo mexicano

Si bien, se pueden comprender dentro del concepto material de intimidad toda una serie de manifestaciones de la personalidad individual o familiar, pudiendo ejercerse sobre las mismas distintas formas de control cuando aparezcan injerencias de terceros o de los poderes públicos. Tan es así que existe una sustracción de la esfera privada, del influjo de la deliberación colectiva. Luego entonces, la intimidad es un derecho fundamental que tiene bienes jurídicos tutelados, entre ellos el honor, la imagen y los datos personales.

No obstante en la actualidad la protección de datos personales, se ha venido desarrollando como un bien jurídico autónomo de la intimidad y esto, sobre todo, por el desarrollo de la informática y su influencia en el almacenamiento de diversos datos que conciernen a la esfera privada de los individuos.

3.1. El artículo 16 de la Constitución mexicana

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. Con tal enunciado comienza el texto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Reinterpretando *contra sensu* tal declaración, se puede argumentar que solamente por medio de un mandato escrito y que suscriba una autoridad competente, es posible “molestar a una persona” siempre y cuando dicha autoridad funde y motive, legalmente, su proceder.

Primeramente es necesario apuntar que el sentido del artículo 16 es proteger a los individuos de cualquier perturbación que puedan sufrir, sin que exista de por

medio, mandato legal alguno, es decir, excluir de todos aquellos que sin ser autoridades mandatadas, la posibilidad de molestar a un individuo. Ahora bien, esa molestia puede realizarse a través de diferentes actos entre los que se pueden encontrar atentados contra la intimidad⁶.

Vale apuntar que el derecho de protección de datos de carácter personal se encuentra consagrado internacionalmente en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 17 puntos 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; así como en el numeral 11 puntos 2 y 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, entre otros.

3.2. La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental

Esta Ley, sin ser la relativa a la protección de datos personales, ha recogido una serie de aspectos que si bien son básicos, dejan de lado aspectos torales de la intimidad informática.

El Capítulo IV de tal ordenamiento sostiene una serie de obligaciones para el sector público entre las que destacan en su artículo 20:

- I. Adoptar los procedimientos adecuados para recibir y responder las solicitudes de acceso y corrección de datos, así como capacitar a los servidores públicos y dar a conocer información sobre sus políticas en relación con la protección de tales datos, de conformidad con los lineamientos que al respecto establezca el Instituto o las instancias equivalentes previstas en el Artículo 61;
- II. Tratar datos personales sólo cuando éstos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los propósitos para los cuales se hayan obtenido;
- III. Poner a disposición de los individuos, a partir del momento en el cual se recaben datos personales, el documento en el que se establezcan los propósitos para su tratamiento, en términos de los lineamientos que establezca el Instituto o la instancia equivalente a que se refiere el Artículo 61;
- IV. Procurar que los datos personales sean exactos y actualizados;
- V. Sustituir, rectificar o completar, de oficio, los datos personales que fueren inexactos, ya sea total o parcialmente, o incompletos, en el momento en que tengan conocimiento de esta situación, y
- VI. Adoptar las medidas necesarias que garanticen la seguridad de los datos personales y eviten su alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado”.

No debemos obviar que los abusos relativos al tratamiento de datos personales provienen esencialmente del sector privado, por lo que esta Ley, al regular exclusivamente, las obligaciones de los sujetos de derecho público, no alcanza a prevenir las lesiones que pueda sufrir un individuo en su esfera personal por parte de este sector privado.

De acuerdo con lo señalado en este artículo se pueden distinguir varios momentos. Un primer momento es aquél en donde un individuo autoriza a una institución

pública, a recopilar sus datos para un uso lícito. Una segunda parte es la utilización y los fines de esa recopilación de datos. Un tercer momento consiste en la incorporación de los datos en un archivo o una base de datos. Cuarto la disposición de esos datos y el control que sobre ellos ejerce el recopilador, incluyendo la autodeterminación informativa que el titular de los mismos puede ejercer.

Es precisamente en esta última etapa donde se concentra la atención de nuestro estudio. Aunado a esa momento personalísimo en que un sujeto decide sacar de su esfera íntima ciertos datos con características especiales que permiten denominarlos “datos personales”. Esos datos contienen rasgos distintivos que sólo conciernen a ese individuo y que lo hacen único.

“Entonces, la protección se realiza sobre el dato, de manera que éste no pueda ser tratado o elaborado, y convertido en información, nada más que para aquellos fines y por aquellas personas autorizadas para ello. Esta necesaria protección es un límite a la utilización de la informática ante el temor de que pueda agredir la intimidad o privacidad de los ciudadanos, personal, familiar o socialmente, y que pueda coartar el ejercicio de sus derechos.”⁷

4. Contenido esencial

Jurídicamente la protección de los datos personales, como ya se dijo en un principio, se desprende de la tutela a la intimidad entendida como un derecho fundamental, por lo que los alcances de ésta, permean en la conformación de aquellos. Es decir la evolución sociológica y jurídica de la intimidad se relaciona con esos datos personales⁸.

Sin pasar de lado la influencia que la globalización arrastra para la información y como consecuencia de ella para los “datos” y consecuentemente para los “personales”. Es cierto que la sociedad de la información alienta el flujo de información, casi sin límites, no obstante deberíamos reflexionar sobre la injerencia que se da en la información que contiene “datos personales”. Unas preguntas serían ¿porqué esos datos están ahí? ¿Cuál es la justificación y la pertinencia de esos datos?

Como he venido sosteniendo, el bien jurídico que se tutela en la protección de datos personales es la intimidad, ya Fermín Morales ha sostenido que en la *privacy* (sic) de la esfera íntima “...se asientan las facultades clásicas de exclusión de terceros en lo que respecta a hechos o circunstancias relativos a la intimidad, con relevancia jurídica (secretos documentales, secretos domésticos, inviolabilidad de domicilio)...”⁹.

Los derechos de libertad que corresponden con el *status libertatis* de las personas, corresponden a los llamados derechos de la esfera personal y entre ellos la protección de los datos personales frente a sus posibles usos desmedidos, maliciosos o de plano ilegales, corresponden a esta tipología de derechos que garantizan entre otras, un ámbito de libertad, pero también de privacidad frente al Estado.

No obstante debemos señalar que la vulneración no sólo puede ser producto del uso indebido de los archivos tradicionales o recopilados en archivos tecnológicos que están en poder de Estado. También los particulares pueden llegar a violentar este derecho de la esfera personal a al honor ya la propia imagen, y esto por que los datos personales no sólo son aquellos que se con tienen como signos escritos, también una imagen puede ser archivada y su utilización puede transgredir, así mismo el honor pudiera llegar a dañarse con la utilización de ciertos datos personales la intimidad personal y familiar,

No debemos olvidar que cuando Barren y Brandeis conculcaron la idea “to right to be let alone”, se referían a que la esfera privada de un hombre no debería ser perturbada por terceros, por lo cuál llegamos al punto de ser necesario distinguir claramente las esferas de la intimidad, puesto que no todas gozan de la misma protección. Añadiendo a lo anterior que dependerá también de la misma característica pública de la persona que se trate.

Desde el mismo inicio de nuestra vida vamos dejando “rastros” a través de distintos medios...registros ante las instituciones del Estado (nacimiento, matrimonio, compraventas, etc.) universidades públicas, inclusive ante la muerte (acta de defunción); sin olvidar los rastros privados: tarjetas de crédito, clubes privados de cualquier naturaleza y ahora hasta el cine.

También deberíamos distinguir entre la tradición anglosajona y la neorromana, y es que si bien la naturaleza de este derecho fundamental tiene sus inicios en la aquella, con las referencias de Brandeis al “privacy”, una vez adoptado por el derecho continental el contenido y derrotero que ha tomado tal derecho tiene particularidades.

Como anteriormente hemos referido, el derecho a la protección de datos personales no surge como un derecho autónomo, sino que se desarrolla, sobretodo, a partir de la evolución tecnológica sostenida desde la segunda mitad del siglo XX. No obstante en la actualidad diversos autores consideran que debe considerarse ya, tal derecho, con plena autonomía¹⁰.

Podemos argumentar que la protección de datos tiene como presupuesto el resguardo a la intimidad y, por supuesto. No obstante lo anterior y analizando la naturaleza del derecho a la intimidad es precisamente el que da lugar al desarrollo de los datos personales y su protección tan sólo por considerarse derechos periféricos de la personalidad pudiendo entender mejor la amplitud de la intimidad informática.

Otra cuestión que no es loable dejar de lado es la relacionado con la posible colisión de otros derechos con este tipo de derechos personales y entre otros por supuesto que encontramos el derecho de acceso a la información, puesto que se corre grave peligro que al no controlar el acceso a la información tanto en el ámbito público como privado, se transgrede y violente la naturaleza misma de la intimidad y consecuentemente de los datos personales. Ya se había comentado que la autodeterminación informativa es un derecho que conlleva una acción positiva por parte

de titular de esos datos, es decir bajo su acción, controla la disposición y tratamiento de los datos.

Pero también surge con encomiable importancia la acción de los órganos estatales y de los entes privados en el sentido positivo y negativo pues se requiere de actos de “no hacer” cuando tenga disposición expresa del interesado y de “hacer” cuando el individuo ejercita esa autodeterminación informativa para actualizar o suprimir algunos o todos los datos de carácter personal.

Para Morales Prats, el honor y la intimidad –en cuanto esfera de intimidad situada en un contexto social dado¹¹–, se presentan como bienes jurídicos interrelacionados, pues gran parte de las ofensas a la fama o reputación de las personas se producen mediante el menoscabo de la intimidad¹².

El derecho a la intimidad se ve reforzado por un conjunto de garantías jurídicas con las que se protege el mundo interior de la persona frente a las perturbaciones que le pudiera causar la acción desmedida de terceros. J.M. Espinal Vicente expresa que al utilizar el término “perturbación” se hace alusión a la alteración de la tranquilidad subjetiva de individuo y que afecta su voluntad cuando determina cuáles actos desea realizar¹³.

Tomando en consideración que, como excepción al derecho a la información, el derecho a la intimidad debe precisar ineludiblemente ese carácter de excepcionalidad, se debe cuidar que tal derecho no sea un obstáculo al de información. De lo contrario se arriesgaría el ejercicio del derecho a la información¹⁴.

En sentido contrario, con el ejercicio inadecuado del derecho a la información se puede vulnerar la intimidad personal y familiar difundiendo hechos que pertenecen a la zona reservada de la persona. Así, comenta Morales Prats que todos los derechos varían su significado político y jurídico de acuerdo con el contexto histórico-social en que se desenvuelven; la intimidad se manifiesta en este punto peculiarmente dependiente del desarrollo industrial tecnológico. Precisamente su historia como derecho autónomo y como necesidad humana se produce cuando la técnica proporciona medios de vigilancia electrónica que muchas de las veces hacen inútil todo intento de salvaguardar la esfera íntima del sujeto mediante formas jurídicas tradicionales¹⁵.

Continuando con las ideas de Morales Prats, la delimitación de la esfera íntima no es fácil, pues la confusión con respecto a otras esferas de protección de la libertad individual ha sido constante, sobre todo, en los ordenamientos de Europa continental¹⁶. Pero una orientación se puede obtener en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal en España, cuyo artículo 7 enumera los datos personales especialmente protegidos que abarcarían datos concernientes a la ideología, a la religión o al origen racial de la persona, por ejemplo.

En este sentido, bien vale la pena añadir que, según Emilio Suñé, en la mayoría de los países desarrollados se ha legislado, a partir de la década de los setenta, sobre protección de datos de carácter personal¹⁷.

Ahora bien, si bien el derecho a la imagen se ha desarrollado como un derecho relacionado con la intimidad, se debe analizar la incorporación de la imagen en ciertos momentos de la protección de datos personales. Así encontramos que diversos archivos manuales o digitales pueden albergar imágenes consideradas personales (fotografías, videos, imágenes digitales, etc.) que efectivamente se pueden considerar como datos personales.

De esta manera, Cousido González expone que: “Conviene recordar que, en la medida en que el derecho a la imagen forma parte del grupo de derechos más fuertemente protegidos por la Constitución, a nivel de garantías se encontraría equiparado al derecho a la información, de no haber sido por la propia redacción del artículo 20, que procede a desconstitucionalizar la libertad de expresión, al someterla a las leyes de desarrollo de los derechos del título I de nuestro texto fundamental”.¹⁸ La crítica de la autora incide en el sometimiento potencial, con respaldo constitucional, del derecho a la información, en la práctica, a todos los demás derechos del Título I, logrado a base de importar una técnica del legislador revolucionario francés (1789) que ha pervivido durante los dos siglos de constitucionalismo español.

5. Conclusiones

Convendría entonces que a toda persona se le reconociera que tiene derecho a que se le informara de manera expresa y oportuna sobre la existencia de archivos, registros, bases o bancos de datos de carácter personal donde se conservaran sus datos personales. Además de la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos personales que le concernieran.

El derecho a la intimidad informática (protección de datos personales) es un derecho humano, autónomo en la actualidad, que salvaguarda los datos personales que se encuentran recopilados por los poderes públicos y los particulares, en diferentes tipos de soportes independientemente de su naturaleza.

Si bien en la actualidad con las tecnologías de la información y comunicación se dota a la sociedad de herramientas y mecanismos para ejercer el derecho a la información, es preciso delimitar el alcance del ejercicio del derecho de acceso a la información pública en beneficio de la protección de datos de índole personal.

Notas

1. Para el tema *vid* Davara Rodríguez, M. A., *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
2. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo de Población y calificada por la doctrina como el “Sermón de la Montaña” jurídico-constitucional en materia de protección de datos.

3. Rogel Vide apunta que el ordenamiento jurídico concede a la persona una serie de poderes jurídicos dirigidos a la conservación y al desenvolvimiento de su individualidad, a la protección de los bienes inherentes a la misma cuales la vida, el nombre o el honor. Estamos, entonces, en presencia de los bienes y derechos de la personalidad.
La clasificación más sencilla de los mismos es la siguiente: bienes relativos a la esfera corporal o física de la persona, dentro de los cuales estarían la vida y la integridad física, y bienes relativos a la esfera espiritual de la misma, entre los que se han encuadrado el honor, la fama, la propia imagen, la intimidad personal, las libertades y el nombre, hablándose también aquí de la condición de autor.
En la intención de fortalecer la posición de la persona respecto de los bienes referidos, se tiende a afirmar que esta cuenta con verdaderos derechos subjetivos sobre los mismos -derechos de la personalidad-, al ser el derecho subjetivo el poder jurídico por excelencia. Cabría, como mucho, hablar de un derecho -que algunos llaman reflejo, difuso, limitado- a mantener la propia vida -y aun, en la medida de lo posible, una vida digna-, derecho que justificaría la legítima defensa de la misma en el caso de atentados perpetrados contra ella por terceros. Rogel Vide, C., *Derecho de la Persona*, Cálamo, Barcelona, 2002, pp. 125 y ss.
4. Lucas Murillo, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, 1990, p. 185.
5. Pérez Luño, Antonio, "Del Habeas Hábeas al Habeas Data", en *Encuentros sobre Informática y Derecho*, Instituto de Informática Jurídica, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1990 1991, pp. 173 y ss.
6. Si bien tradicionalmente el primer párrafo del artículo 16 constitucional solamente se ha analizado desde la perspectiva de la legalidad de los actos de autoridad, la inviolabilidad del domicilio o de la protección de la libertad individual, en la actualidad tal artículo se puede interpretar plenamente en relación con todas las cuestiones inherentes a la persona, entre ellas, la intimidad, específicamente la informática, y como consecuencia la protección de sus datos personales. Para mayor referencia Cfr. Ovalle Favela, José, "Comentario al artículo 16" en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, Tomo III, sexta edición, Miguel Angel Porrúa Editor, México, 2003, p. 163 y ss.
7. Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. "Estudio Sobre Protección de Datos a Nivel Internacional", IFAI, 2004, p. 7.
8. No debemos olvidar que como consecuencia del triunfo del estado burgués en la Europa decimonónica, se entronizó en el sistema jurídico las libertades individuales, entre ellas, la de expresión pero con ciertos límites impuestos por el *status quo* imperante. Así, uno de esos límites fue la "privacidad" de las personas, claro está, de las personas consideradas como tal en ese sistema, una persona en pleno ejercicio de sus derechos y sobre todo, reconocida así por el poder político. Definitivamente, para la sociedad burguesa del siglo XVIII y sobre todo del XIX, las personas con derechos eran aquellas de su condición, acaso debería haber límites para las personas pertenecientes a una clase social inferior. No, esos límites se pensaron para los gentiles hombres, para aquellos seres que tenían un cierto "estado" en sociedad.
La ilustración pudo concebir en un primer momento la igualdad, libertad y fraternidad para todos los hombres, pero en la realidad jurídica, algunos de los límites de estas libertades, fueron pensadas en función de un *establishment*.
9. Morales Prats, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984, pp. 136 y ss.
10. López Ayllón sostiene que tal derecho se ha desarrollado como un derecho autónomo López Ayllón, S.: "Derecho de la Información" en Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, 1999, p. 574.

11. En referencia al derecho a la intimidad, es preciso delimitar la frontera entre lo que se debe considerar reservado a la esfera personal y lo que sale de esa esfera y puede considerarse público.
12. Morales Prats, F., *op. cit.*, 1984, p. 136.
13. Espinal Vicente, J. M., *Estudios sobre Derecho a la Intimidad*, Madrid, 1992, p. 59.
14. En la STS de 13-III-1989, FFJJ 1º y 3º se lee: “La intimidad, semánticamente concedida como zona reservada de la persona y de su espíritu y, catalogada como uno de los derechos fundamentales y que constituye el acervo y patrimonio de la persona más cercano (...) Como es natural, el patrimonio que comprende la intimidad personal es extremadamente amplio y variado, sin que puedan sentarse reglas generales ni catálogos enunciativos de la misma; pero sin hacer referencias a todos aquellos datos biológicos o espirituales o caracterológicos que componen el ser de una persona, como pueden ser los datos analíticos o profesionales de una persona determinada (...) Toda vez que no puede arrogarse un derecho de información sobre la base de quebrantar un derecho fundamental como es el de la intimidad, y existen siempre términos hábiles para divulgar la exclusión o baja de un atleta sin dar publicidad a algo tan íntimo y cercano que afecta a la personalidad de una persona, como es su conformación cromosómica.”
15. Morales Prats, F.: *Op. cit.*, p. 118.
16. *Ibidem.* p. 119.
17. Suñé Llinás, E., *Tratado de Derecho Informático. Volumen I: Introducción y Protección de Datos Personales*, Universidad Complutense Madrid, España. 2000. pp. 29 31.
18. Cousido González, P.: *Derecho de la Comunicación* Vol. I., Colex, Madrid, 2000, p. 57.

Bibliografía

- COUSIDO GONZÁLEZ, P., *Derecho de la Comunicación* Vol. I., Colex, Madrid, 2000.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *Manual de Derecho Informático*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002.
- Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, Tomo III, sexta edición, México, 2003.
- ESPINAL VICENTE, J. M., *Estudios sobre Derecho a la Intimidad*, Madrid, 1992.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Diccionario Jurídico Mexicano*, UNAM, México, 1999.
- LUCAS MURILLO, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Ed. Destino, Barcelona, 1984.
- PÉREZ LUÑO, A. E., “Del Habeas Corpus al Habeas Data”, en *Encuentros sobre Informática y Derecho*, Instituto de Informática Jurídica, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1990 1991.
- ROGEL VIDE, C., *Derecho de la Persona*, Ed. Cálamo, Barcelona, 2002.
- SUÑÉ LLINÁS, E., *Tratado de Derecho Informático. Volumen I: Introducción y Protección de Datos Personales*, Universidad Complutense Madrid, España. 2000.
- VV.AA., *Derecho de la Información II. Los Mensajes informativos*, Colex, Madrid, 1994. Derecho de la Información y Protección de Datos Personales así como en Derecho de la Cultura y Patrimonio Cultural y Natural.

NUEVAS TECNOLOGÍAS, UN NUEVO DERECHO: SU RECONOCIMIENTO EN LA NORMA CONSTITUCIONAL. UN ESTUDIO COMPARADO

Aristeo García González¹
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UMSNH

“Si el Gobierno no se toma en serio los derechos, entonces, tampoco se esta tomando en serio el derecho”.

Ronald Dworkin, 1977.

I. Consideraciones Previas

El desarrollo de la informática se ha convertido en una revolución para aquellos métodos tradicionales de organización. Aunado a ello, el almacenamiento de la información ha ido representa un riesgo, sobre todo si se trata de datos concernientes a la persona.

Esto es, la informática como un medio, se convierte en un poder, puesto que elimina las barreras del espacio y del tiempo, constituyendo un elemento útil para el acopio y uso de todo tipo de información. Así, en las sociedades informatizadas del presente, el poder reposa en el uso de las informaciones que permiten influir y controlar la conducta de los ciudadanos, sin necesidad de recurrir a medios coactivos².

Como consecuencia de ello, surge la necesidad del ser humano de verse protegido en su intimidad contra las posibles agresiones y uso de las nuevas tecnologías. Por lo tanto, sus datos personales como parte de su esfera íntima deben encontrarse garantizados frente al uso de la informática, y por ende, deben pasar a formar parte del conjunto de derechos.

Es por ello, que en la actualidad, ya no solo es preciso concebir el derecho a la intimidad como un medio de defensa frente a cualquier intromisión en la esfera privada del individuo³. Por lo que ahora, es también necesario concebirla a está como un derecho activo, donde la propia persona sea la encargada del control y el flujo de informaciones que conciernen a su vida⁴.

Por tal motivo, la intimidad, más que un Estado de Autoconfinamiento, se ha convertido en una condición o calidad de la persona, que debe ser objeto de tutela constitucional en la medida en que ésta puede tener legítimo derecho a no revelar a los demás determinados aspectos de sus relaciones con otras personas, o bien, el titular del derecho juzga que debe permanecer en un plano de reservado y privado.

En consecuencia, el derecho a la intimidad, como derecho fundamental ligado con la dignidad humana, caracterizado por su contenido negativo permite al indivi-

duo salvaguardar del conocimiento ajeno una parte de su vida ya sea personal o familiar –incluso podría hablarse de un ámbito contextual–.

Sin embargo, la cada vez puesta en escena de las nuevas tecnologías, han ido transformando a este derecho, llegando a ser reconocido o considerado como un nuevo derecho de autodeterminación informativa, de libertad informática, o simplemente, como un derecho de protección de datos de carácter personales.

Por ende, no debe olvidarse que esta nueva construcción normativa ha tenido como fundamento al propio derecho a la intimidad⁵, ya que a partir de él surge la necesidad de una nueva consideración del mismo, y por tanto, su exigencia de protección será distinto⁶, esto es, proteger los datos de la persona que pueden ser susceptibles de un tratamiento informático.

Ahora bien, estas nuevas facetas de protección han tenido como antecedente inmediato la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Alemán, la cual ha servido como referente para el resto de países que se han encargado del estudio y regulación en la materia de protección de datos, como ha sido el caso español, aún y cuando su concepción también ha sido objeto de debate, finalmente, ha sido cada Estado el que ha adoptado el término que ha considerado el más conveniente.

Sin embargo, el estudio y divulgación de este tema ha sido muy escaso y por ende, solo se ha legislado en normativas sectoriales, como es el caso de México. Es por ello, que el estudio que se propone parte de la primera formulación realizada por el Tribunal Alemán, seguido por unas aproximaciones conceptuales para posteriormente, estudiar su reconocimiento como derecho fundamental dentro del territorio español, haciendo por último, unas consideraciones respecto a la situación actual en México.

II. El Derecho a la Autodeterminación Informativa: Alemania

1. Antecedentes

Para el estudio de este derecho y su reconocimiento en la Ley Fundamental de Bonn de Alemania, se tiene que partir de que “La ley Fundamental es un ordenamiento comprometido con valores, que reconoce la protección de la libertad y de la dignidad humana como fin supremo de todo derecho⁷.”

En palabras de *Robert Alexy*, el país alemán como un Estado constitucional democrático se caracteriza por una serie de principios fundamentales⁸, de entre los cuales se encuentra el reconocimiento de un derecho a la autodeterminación informativa [BVerfGE 65, 1 (43)].

Si bien, en el texto constitucional alemán no se contempla el reconocimiento de un derecho a la protección de datos, menos aún a la informática. Partiendo del

derecho general de la personalidad, este derecho se vincula con los Artículos 1.1 y 2.1, en donde la dignidad humana y la libertad general entran en juego.

Esto es, el 15 de Diciembre de 1983, el Tribunal Constitucional Alemán – *Bundesverfassungsgericht*– declara inconstitucional la *Ley del Censo de Población*⁹, sentencia que constituiría el antecedente en la elaboración del derecho conocido en Alemania como en otras latitudes como “*la autodeterminación informativa*”.

Esto, derivado de la recolección de datos con fines estadísticos. Sin embargo, con la elaboración electrónica de los mismos y más aún, con su catalogación y registro, los datos de las personas estaban corriendo el riesgo de que fueran destinados para otros fines, los cuales debía encontrarse determinados y en consecuencia, justificado. Por lo que en caso contrario, vendrían a representar un peligro más, en la esfera íntima de las personas¹⁰.

El tribunal alemán, en este sentido, y con referencia a la ley de Censo de 1970¹¹ y con relación a la Ley del Censo de 1983, donde su Artículo 9º disponía que “[...] la transmisión de datos solo está permitida para finalidades de “planificación estadística” [...], se prohíbe expresamente toda utilización para objetos de ejecución”.

Así, el “*derecho a la Autodeterminación informativa*” –*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*– tendría como fundamento lo establecido en los Artículos 1.1 y 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, por lo que sería considerado como una concreción jurídica-fundamental del derecho común de la personalidad¹², el cual haría frente a los cambios tecnológicos que comenzaban a representar una amenaza para la personalidad.

Por lo que el tribunal partiendo del derecho general de la personalidad, protegido por el Artículo 2.1¹³, con relación en el Artículo 1.1¹⁴ de la Ley Fundamental, señalo que “en la clave de bóveda del ordenamiento de la Ley Fundamental de Bonn se encuentran el valor y la dignidad de la persona, que actúa con libre autodeterminación como miembro de una sociedad libre¹⁵”.

Derivado de ello, señalo además, que su protección se encamina –aparte de garantías de libertades especiales– a la vista de la evolución moderna y de las nuevas amenazas que lleva aparejada para la personalidad, por ende, el individuo requiere además de la facultad para hacer frente a las condiciones actuales y futuras de la elaboración automática de datos una medida especial de protección¹⁶.

Todo ello, se deriva por el hecho de que los programas de recolección ya no se pueden retrotraer como lo hacían antiguamente con el registro y compilación manual de documentos. Hoy día, lo que constituye una amenaza, es la elaboración automática de datos, la información individual sobre circunstancias personales u objetivas de una persona determinada o en su caso determinable son técnicamente hablando acumulables sin límite alguno y en cualquier momento se puede recabar en cuestión de segundos y en cualquiera que sea la distancia.¹⁷

Por ello, para hacer frente a las amenazas de dicha elaboración y en palabras de *Seidel*¹⁸ iban a consistir en que:

- a) Los datos personales, es decir, incluso los correspondientes a la esfera privada del individuo (como pueden ser: informaciones sobre su estado de salud, defectos físicos y psíquicos, situación financiera, etc.) puedan quedar registrados y ser transmitidos a menudos de forma discrecional sin el consentimiento de la persona, o bien, sin darle a posibilidad de intervenir, y más aún en beneficio de terceros; y
- b) Los datos archivados, incluso siendo correctos en sí mismos, sean transmitidos fuera del contexto, esto es, sin conexión con otras informaciones que serían necesarias para su correcta interpretación.

Es por ello, como señala *Benda* la acumulación de información de un individuo, corre peligro cuando este pierde la capacidad de disposición sobre ella y respecto a quién y con objeto se transmite. Puesto que la privacidad se destruye no por la información en sí misma sino por su transmisión disfuncional por lo que el afectado pierde toda posibilidad de influir¹⁹.

Por tal motivo, el Tribunal alemán en su sentencia de 1983 considero que, para combatir este tipo de amenazas a la personalidad, la “autodeterminación” como *condición elemental de una democracia en libertad y fundada en la capacidad de acción y concurso de sus ciudadanos*, el individuo tenía que ser protegido *frente a la ilimitada recolección e investigación de sus datos personales*²⁰.

Por lo que dedujo “*la libre eclosión de la personalidad presupone en las condiciones modernas de la elaboración de datos la protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitadas de los datos concernientes a la persona [...], esta protección [...] garantiza, en efecto, la facultad del individuo de decidir básicamente por sí solo sobre la difusión y la utilización de sus datos personales*”²¹.

Así mismo, estableció que su protección no quedaba garantizada de forma ilimitada, por lo que el individuo no gozaba de un derecho con dominio absoluto ni menos aún limitable sobre sus datos. Es por ello que, *el individuo no es sino una personalidad que se despliega en el seno de una comunidad social a base de comunicación*. De ahí que *el propio individuo tenga que tolerar límites a su derecho de autodeterminación informativa por razón de los intereses generales*²².

Denninger, pronunciándose en el mismo sentido señaló que la libre autodeterminación es una derivación de la facultad de la persona para “*decidir básicamente por sí misma cuando y dentro de que límites procede revelar situaciones referentes a su propia vida*”²³. Es por ello que el tribunal resolvió que, sería contrario a dicha facultad de autodeterminación “cuando la conducta del individuo en su dimensión social no implicará una relevancia jurídica”.

Esto, en palabras de *Podlech* y seguidas por el propio Tribunal alemán, “un orden social y un orden jurídico como su base, donde los ciudadanos ya no puede saber

quien sabe qué, cuándo y en qué situación (*wer, was, wann, bei welcher Gelegenheit*) con respecto a su propia persona no sería compatible” con el derecho a la autodeterminación informativa. Puesto que la facultad de elección de la persona sobre la revelación o no de informaciones que directamente le conciernen constituye el núcleo de este derecho en cuanto aspecto básico de la intimidad²⁴.

En este sentido, es preciso señalar que hasta antes del reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa el Tribunal alemán a través de la teoría de las esferas²⁵ –*sphärentheorie*– tutelaba la intimidad. La cual había sido considerada como una facultad del individuo de aislarse del resto de la sociedad para mantener así, su vida a salvo de intromisiones²⁶.

Sin embargo, al ser una construcción abstracta e irreal se comenzaron a plantear nuevos perfiles de la propia intimidad, llegando a considerarse que el antecedente de la autodeterminación informativa se construyó a partir del derecho a la intimidad.

Hoy día, el derecho a la intimidad es considerado como un derecho de la persona de mantener reservada una parte de su vida. Sin embargo, aunado a ello y ante la insuficiencia de su concepto frente a las nuevas agresiones que sufre el bien jurídico de la intimidad, su contenido tuvo que ser completado con la idea de “control sobre la información relativa a una persona²⁷, tal como se había pronunciado el Tribunal alemán en 1983.

La formulación del derecho a la autodeterminación informativa y por lo tanto, la tutela de la intimidad no se basaría solo en la “intensidad social”, donde la conducta para tener relevancia jurídica debía poseer una dimensión social. Sino que ahora, los valores e intereses, públicos y/o privadas podrían contraponerse al deseo de la persona concernida de mantener sus datos en un plano de reserva.

Esta consideración fue clarificada cuando *Pérez Luno* estableció que “la conexión que liga el derecho a la autodeterminación informativa con el derecho a la intimidad no tiene por que ser traducida como una concepción individualista de ésta, en la medida que la propia intimidad ha dejado de ser un privilegio del hombre aislado para devenir en un valor constitucional de la vida comunitaria²⁸.

De donde el Alto Tribunal extrajo y en base al libre desarrollo de la personalidad será competencia de cada individuo el de “disponer principalmente sobre la revelación y el uso de sus datos personales²⁹. En un lenguaje jurídico, esto significaría que las fases de elaboración y uso de datos, iban a ser, su “acumulación, transmisión, modificación y la cancelación³⁰.”

Otro aspecto importante fue el referente a las informaciones sensibles, consideradas por a sentencia que no dependía de que se afecten a circunstancias íntimas, ya que para ello, bajo las condiciones del tratamiento automático ningún dato es insignificante³¹.

Esto, en virtud de que la utilización de los datos personales de los ciudadanos, debería atender a lo establecido por una ley, que establezca con precisión y especifi-

cación el objetivo que se persigue con la utilización de dichos datos. Por lo que, aunado a ello, se deberá brindar la protección necesaria para que los datos se mantengan alejados de un uso extraño al fin, donde además, debía considerarse las prohibiciones de transmisión y aprovechamiento que de ellos se pudieran hacer³².

En resumen, la sentencia sobre el censo de población de 1983, considero que el contenido del derecho a la personalidad era la facultad de decidir, cuando y dentro de que límites la persona procede a revelar situaciones de su propia vida, y por lo tanto, era necesario contar con medidas especiales de protección, puesto que con la conexión de varias colecciones de datos se podría elaborar un perfil de la personalidad y de esta manera se podía influir en su autodeterminación y en su libertad de elección.

2. Legislación en Materia de Protección de Datos

Alemania cuenta con una larga tradición legislativa en materia de protección de datos de más de treinta años, por lo que ha venido haciendo frente a la defensa del ciudadano ante la potencial agresividad de la informática, y en particular, ante el tratamiento automatizado de datos de carácter personal³³.

Consecuentemente, durante este tiempo en materia de protección de datos se encontraban establecidos ciertos parámetros que otorgaban garantías a los datos de las personas, quedando fuera de ello, la autodeterminación del sujeto, siendo en 1977 cuando el parlamento alemán promulga la primera Ley Federal en materia de protección de datos.

Pero no fue sino hasta 1990 y una vez que la mayoría de las Constituciones de Länder incorporaran el derecho a la autodeterminación como uno más en el elenco de derechos fundamentales³⁴. La ley que estableciera los criterios dictados por el *Bundesverfassungsgericht* y más aún, se reconociera un derecho a la autodeterminación informativa, lo fue con la Ley Federal de Protección de Datos, mejor conocida como *Bundesdatenschutzgesetz* –BDSG–³⁵.

La BDSG hoy vigente, establece en su título primero y dentro de sus principios generales en su Artículo 1: “Proteger al individuo para que la utilización de los datos personales no comporten un atentado a su derecho a la personalidad”³⁶. Lo cual supone que las consideraciones vertidas en la sentencia sobre el censo de población de 1983 emitidas por el Alto Tribunal siguen aún vigentes.

Sin embargo, ha sido hasta fechas recientes cuando la sentencia sobre el Censo de 1983 dictada por Tribunal Federal Alemán, teniendo como fundamento lo establecido en la *Grundgesetz* alemana, han sido objeto de estudio y debate en otros ordenamientos jurídicos. Por lo cual, se han ido buscado otras concepciones que establezcan conexión entre los datos de la persona y el uso y control que se haga de los mismo, como consecuencia del desarrollo tecnológico al que se enfrenta, ya no solo el individuo, si no la misma sociedad. Por ello, a continuación se abordarán algunos de ellos.

III. Aproximaciones Conceptuales

No cabe duda, como ha señalado Pérez Luño, estamos frente a un nuevo fenómeno denominado “Contaminación de las libertades” (*liberties pollution*) la cual se ha derivado por el uso de las nuevas tecnologías³⁷.

Dicho fenómeno ha ocasionado la aparición de nuevos derechos o bien, la redefinición de los ya existentes, pero que, ahora deben ser adaptados a los nuevos contextos que se presenta³⁸, en este caso, al desarrollo de las nuevas tecnologías.

En este sentido, el individuo y su intimidad se convierten en un nuevo blanco de ataque, pero esta vez, derivado por el uso y control de sus datos personales que en muchas ocasiones esto se lleva a cabo sin su consentimiento. Así la exigencia de nuevos derechos, es también exigencia de una construcción de nuevos conceptos. Pero que en este caso, tendrán como antecedente la esfera íntima y al propio individuo y su protección.

Se ha venido señalado que con el desarrollo tecnológico, concebir a la intimidad como un derecho de defensa frente a cualquier intromisión de la esfera privada, hoy resulta insuficiente.

Por lo que ahora, la intimidad debe ser vista como un “derecho activo de control de cada persona sobre el flujo de informaciones y la revelación de las mismas”. Siendo precisamente esto, lo que se ha conocido, en palabras de Podlech como “autodeterminación informativa” –*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*–³⁹.

Al respecto *Denninger* señala que se trata de “una facultad de disponer sobre la revelación y el uso de los datos personales que abarca todas las fases de elaboración y uso de datos, o sea, su acumulación, su transmisión, su modificación y su cancelación”⁴⁰.

Por su parte *Herrán Ortiz* ha señalado que la Autodeterminación informativa debe ser considerada como “la facultad del individuo a *determinar* por sí mismo la línea de actuación en relación con la *Información* relativa a su persona”⁴¹.

Aunque al parecer este concepto como unívoco no es algo pacífico entre la doctrina, Sin embargo, en Alemania el Alto Tribunal con el reconocimiento a este derecho, ha supuesto una mayor toma de conciencia sobre el problema de la protección de datos, mostrando la dirección en la que podría abordarse en un futuro inmediato.

Al respecto se han planteado otros conceptos que de alguna manera mantienen vinculación con lo dicho por el Tribunal Alemán. Por ende, sin entrar en un debate conceptual, se hará referencia a los mismos.

Por una parte, se hace alusión al concepto de “*Protección de Datos*” entendido como “conjunto de bienes de intereses que pueden ser afectados por la elaboración de informaciones referentes a personas que pueden ser identificadas o identificables”⁴².

En este mismo sentido, se trata de “el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales

susceptibles de tratamiento automatizado, para, de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad”⁴³.

En el ámbito jurídico, se ha entendido por Datos Personales “toda información sobre una persona física identificada o identificable (el “interesado”)”⁴⁴, concepción que se ha venido siguiendo, por parte del resto de los ordenamientos en esta materia.

Ahora bien, también salta a la vista la denominada “*libertad informática*”, que tiene por objeto “garantizar la facultad de las personas para: conocer y acceder a las informaciones que le conciernen archivados en bancos de datos⁴⁵; controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su transmisión.”⁴⁶

Por su parte, *Frossini* y estableciendo sus atributos señalo que la libertad informática consistiría en “el derecho a poder disponer de los datos e información personal propios y, por tanto, a permitir o rehusar su uso por parte de las agencias de información que manejen los bancos de datos; derecho a controlar la veracidad de los datos, el acceso a su conocimiento por parte de terceros, el uso que de ellos se hiciera con finalidades sociales, económicas y políticas”⁴⁷.

Aunado a ellos, se han presentado otros conceptos como lo es la llamada “identidad informática”, intimidad informática” o “intimidad informática”. Sin embargo, han sido la “libertad informática” y la “protección de datos” los términos que han cobrado mayor auge, aunado a ellos, se encuentra el “derecho a la autodeterminación informativa”, formulado en Alemania tal como se expuso, *mutatis mutandis* al término de libertad informática.

Por lo que este último ha sido considerado y en relación con el término de protección de datos como un nuevo derecho fundamental, el cual encuentra su fundamento en el artículo 18.4 de la ley española que establece “[...] a ley limitara el uso de la informática”. Mismo que será analizado enseguida.

IV. Libertad Informática o Protección de Datos Personales: Su Reconocimiento en España

El Tribunal Constitucional Español⁴⁸ ha declarado que el Artículo 18.4 de la Constitución Española⁴⁹ contiene, en términos de su Sentencia 254/1993⁵⁰, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo “un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, enunciado por la Constitución Española como “la Informática”, lo que se ha dado a llamar “libertad Informática”⁵¹.

Esto, en virtud de que la garantía de la vida privada de la persona y su reputación poseen hoy día una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad, establecido en el Artículo 18.1 CE, por ende, se ha traducido como un *derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada “libertad informática”*⁵².

Por ende, el TCE considero que la libertad informática es un “*derecho a controlar el uso de los datos propios insertos en un programa informático (que se puede conocer como habeas data) y comprender, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justifique su obtención*”⁵³.

En ello, se baso el TCE para determinar la diferencia entre el derecho a la intimidad, y para determinar el desarrollo de lo que sería el derecho fundamental a la protección de datos, y más aún, para regular su ejercicio. En virtud de que ambos derechos, cumplen una función distinta, por consiguiente, su objeto y contenido son diferentes.

Así, mientras el derecho a la intimidad tiene como *función* la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad.

Por su parte, en el derecho a la protección de datos personales, su *función* es la de garantizar a la persona no solo un poder de control sobre sus datos personales, sino también el uso y destino de los mismos, con lo cual podría impedir el tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho del afectado.

Es por ello, como ha expresado el propio tribunal, el *objeto* de este último derecho es más amplio que el derecho a la intimidad, puesto que aquel, extiende su garantía a la intimidad y todavía más aún, a los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, y que van unidos al respeto de la dignidad personal⁵⁴.

Sobre esta línea, el Tribunal Español, al parecer seguía las líneas trazado por el tribunal alemán, al considerar que derecho a la Autodeterminación informativa es una concreción jurídica-fundamental del derecho común de la personalidad, al tratarse de un derecho que goza de garantías que hagan frente a los cambios tecnológicos y por tanto representan una amenaza para la personalidad.

La Protección de Datos Personales: Sentencia 292/2000 del Tribunal Constitucional Español

Fue finalmente con la sentencia 292/2000, de 30 de Noviembre de 2000⁵⁵, cuando el TCE estableció el contenido y significado de lo que sería el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales⁵⁶, o bien, considerados por otros, como el derecho a la autodeterminación informativa⁵⁷.

Por lo que acertadamente se ha entendido que en base a los fundamentos jurídicos 6º y 7º de la sentencia 292/2000, se asiste al nacimiento en el derecho español de un nuevo derecho fundamental a la protección de datos. Esto es, un poder de disposición y de control sobre los datos de las personas.

En cita textual la sentencia 292/2000, en su FJ 7, señala que:

“[...] el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”.

Así mismo, estableció que “los poderes de disposición y control sobre los datos personales que constituyen parte del contenido del derecho [...] se concretan jurídicamente en la *facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso y usos posibles, por intercelero, sea el Estado o un particular*”⁵⁸.

Esto es, el derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requerirá como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos⁵⁹.

Así pues, la protección de datos carecería de sentido sino se tradujera en un conjunto de garantías para las personas; pero al propio tiempo, la libertad informática o la autodeterminación informativa serían inconcebibles de no contar como presupuesto una opción axiológica sobre un marco organizativo de la información⁶⁰.

Para ello, en la construcción de este nuevo derecho la STC seguiría el mandato establecido en el Artículo 10.1 de la CE, que señala “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”⁶¹.

Cabe mencionar que la singularidad de este derecho, además de contar con un objeto de protección más amplio que el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos extiende su garantía no solo al de la intimidad en su dimensión reconocido por el Artículo 18.1.CE, ya que como ha señalado el Tribunal Constitucional Español se trata de un término mas amplio, esto es, de la esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, unido al respeto de la dignidad humana⁶².

De aquí que el derecho fundamental a la protección de datos amplía su garantía constitucional a aquellos datos que sean relevantes para que tengan incidencia en el ejercicio de cualquiera de los derechos de la persona. De esta manera, la protección no solo se reduciría solo a los datos íntimos, sino a cualquier tipo de datos relacio-

nados con la persona, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales⁶³.

Siendo este derecho definido como autónomo e independiente (STC 292/2000), una vez aprobada lo que hasta ahora se conoce como Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter personal, conocida también como la LOPD, este nuevo derecho ha ido logrando su consolidación.

Así, la protección de datos personales tanto en Alemania como en España derivado de un estudio jurisprudencial se encuentra reconocida y garantizado a nivel constitucional y más aún cuenta con un desarrollo y reconocimiento en la normativa sectorial al igual que ha nivel sectorial. Sin embargo, hay países en los cuales aún este derecho no se encuentra del todo reconocido y menos aún goza de una tutela, y este es, el caso de México el cual será objeto de estudio.

V. La Situación Actual de México en Materia de Protección de Derechos Fundamentales Frente a las Nuevas Tecnologías

Siguiendo la evolución que ha mantenido nuestra Ley Fundamental, es preciso destacar el hecho de que el Constituyente originario aún y cuando no consagró de manera expresa el derecho a la intimidad, nunca perdió de vista aquellos derechos que hoy son objeto de protección y que forman parte de la esfera íntima de la persona, tal es el caso del domicilio, los papeles, y, más recientemente, la correspondencia.

El ordenamiento constitucional mexicano regula aspectos que están vinculados a la vida privada, a la familia, a la propiedad, pero no existe una disposición que expresamente reconozca el derecho a la intimidad, menos aún que reconozca un derecho de protección a los datos personales del individuo.

Así, la Constitución sólo reconoce de manera indirecta la protección a la esfera íntima, por lo que en el Artículo 16º Constitucional se dispone que nadie puede ser molestado en su persona, su familia, domicilio, papeles, posesiones; pudiendo llevarse esta molestia –intromisión en la esfera íntima– solamente mediante el mandato de una autoridad competente.

Cabe destacar que el ámbito de protección que establece la Constitución es con referencia a aquellas conductas mediante las cuales se puede penetrar a la vida íntima de las personas sin que ésta pueda verse afectada; en el caso de afectación no prevista por la norma, ya sea por el propio Estado o un particular, no existe garantía al respecto.

Luego entonces, hoy día, no basta solo con una incorporación y reconocimiento de la intimidad de las personas en el texto constitucional. Puesto que más aún, con el desarrollo tecnológico surge la necesidad del individuo de mantener el control y uso que se haga de sus datos que formar parte de su esfera íntima.

Esto es, en la lectura del Título Primero denominado “Garantías Individuales de la Constitución Mexicana de 1917, no se establecen mecanismos de protección que hagan frente hoy día al desarrollo tecnológico que se vive en México.

Por ende, en materia de protección de datos, solo existen normas sectoriales⁶⁴, misma que no garantizan al individuo el uso y control que se haga a los datos de las personas. Sin embargo, ante las crecientes amenazas tecnológicas, es ahora preciso dotar de un reconocimiento y garantía constitucionales a todo individuo para que haga frente al uso y control desmedido que se haga sus datos personales.

El Desarrollo legislativo en Materia de Datos Personales

Ha sido en este 2006, cuando finalmente, luego de un largo debate se aprueba una reforma constitucional en materia de datos personales por parte del Senado, con lo cual, se facultaría a todos los ciudadanos mexicanos para hacer frente al creciente desarrollo tecnológico, y más aún, lograr así el uso y control de los datos que son concernientes a toda persona.

Como ha sucedido en otros países, el reconocimiento de los derechos fundamentales ha sido un proceso de evolución, por lo cual México no debe quedarse rezagado. Por ello, para hacer frente al cada vez creciente y desarrollo de las nuevas tecnologías, de allí, es necesaria la incorporación al texto constitucional mexicano de un precepto que garantice una protección en esta materia.

Para ello, una reforma al artículo 16 Constitucional, con la que se buscaría el reconocimiento a un derecho fundamental que al igual que España, se le ha denominado derecho a la protección de los datos personales. Será de suma importancia.

Esto es, y siguiendo al modelo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su Artículo 8 relativo a la protección de datos personales, en base a ello, la Constitucionalización de este derecho en la Normativa constitucional tendría efectos normativos sobre la legislación que se le derive; y por ende, al tratarse de un derecho fundamental, su reconocimiento permitiría a la persona hacer frente a las nuevas tecnologías y más aún, el hecho de que México en el plano internacional ha asumido la obligación de establecer mecanismos de protección en esta materia, sin que hasta ahora lo haya llevado a cabo.

VI. Consideraciones Finales

Puede considerarse que ante el desarrollo tecnológico, el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales dentro de un Estado Social Democrático y de Derecho, es necesario, tal como ha sido reconocida la protección de datos personales como un derecho fundamental.

Esto es, el decidir cuándo, como y quien va a tratar la información personal, es un derecho que tiene todo individuo. Mismo que no ha sido reconocido por la normativa constitucional mexicana.

Para ello, un estudio en sede legislativa y su desarrollo en sede normativa, utilizando para ello la experiencia de otros países y teniendo presente la situación actual del propio país, además del marcado desarrollo tecnológico, llevaría al reconocimiento en sede constitucional de este derecho –protección de datos personales–, y, por tanto, alcanzaría su carácter de fundamental.

Sin embargo, esto no ha sido posible ya que desde el año de 2001 en que se presenta por primera vez un proyecto de ley en esta materia, fue rechazado por el Pleno de la LVII Legislatura en diciembre de 2004.

Ahora bien, quizás sea con la reforma al Artículo 16 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos –siendo este el primer paso para alcanzar su consolidación– aprobada por el Senado cuando por fin vea la luz el reconocimiento de un derecho de toda persona a proteger sus datos personales.

Esto es, implementar el enunciado expreso de un derecho fundamental dentro de la ley Suprema mexicana, como es la protección de los datos personales significaría que el uso y control de los datos personales, ya no solo sería una tarea del Estado, sino que ahora también el propio individuo contaría con dicha facultad y por tanto con una adecuada protección.

Toda vez que ya no solo se podrá leer en la ley suprema mexicana: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento [...]”⁶⁵.

Sino que además, ahora estaría reconocido expresamente que “toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, así como al derecho de acceder a los mismos y, en su caso, obtener su rectificación, cancelación o destrucción en los términos que fijen las leyes”.

Por lo que la necesidad de brindar al ciudadano una protección adecuada contra el posible mal uso de la información que le concierne es inminente.

Notas

1. Master en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos 3 de Madrid, Licenciado en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.
2. Cfr. Rebollo Delgado, Lucrecio, *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, p.188.
3. Para un estudio más amplio sobre la consagración del derecho a la intimidad como un derecho fundamental en el ámbito constitucional, véase, García González, Aristeo, (2005) “El Derecho a la Intimidad desde una Perspectiva Constitucional: Equilibrio, Alcances, Límites y Mecanismos

- de Defensa”. Director: M. en D. Emmanuel Roa Ortiz, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales; Así mismo puede verse Ruiz Miguel, Carlos (1995), *La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad*, Madrid, Tecnos; Rebollo Delgado, Lucrecio (2005), *op. cit.*
4. *Cfr.* Pérez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª. Edición, Tecnos, Madrid, 2005, p. 359.
 5. Se ha considerado que la construcción del derecho a la autodeterminación informativa, tiene su principios y fundamento en lo que se ha venido conociendo como derecho a la intimidad. *Cfr.* Lucas Murillo, Pablo. (1990), *La Autodeterminación Informativa. La Protección de los Datos Personales Frente al Uso de la Informática*, Tecnos, Madrid, p. 45.
 6. *Cfr.* Garriga Domínguez, Ana. (2004), *Tratamiento de Datos Personales y Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, pp. 20-22.
 7. Para ello el Artículo 1.1. GG hace de este objetivo el supremo principio constitutivo de la Ley Fundamental. Textualmente señala “La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección”.
 8. Principios que han hallado en la Ley Fundamental de Bonn una clara expresión. Siendo estos; la dignidad humana (Art. 1.1 L.F), de la libertad (Art. 2.1. L.F), y de la igualdad (Art. 3.1 L.F), así como principios relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, democrático y social (Arts. 20.1; 28.1; frase 1LF). *Vid.* Alexy, Robert (2005), “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático” en Carbonell, Miguel (Edic.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 2ª Edición, Madrid, Trotta.
 9. Esta ley fue aprobada por el *Bundestag* el 4 de Marzo de 1982, cuya publicación se llevo acabo el 31 de Marzo del mismo año. Dicha ley imponía a todos los habitantes la obligación de responder a un cuestionario sobre una serie de hechos de naturaleza personal, destinados, por una parte, a diversas administraciones y, por otra, a fines estadísticos. Por lo que una fuerte oposición por parte de la sociedad argumentaba que el gobierno no pretendía con dichos datos finalidades estadísticas, sino tener el control de las actividades y las condiciones personales de los ciudadanos. *Vid.* Traducción de Daranas Peláez, Manuel, “Jurisprudencia constitucional Extranjera, Tribunal Alemán. Ley de Censo”. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, No. 33, 1984, pp. 137 y ss; Así como Benda, Ernesto. (1996), “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad”, en Benda, Ernesto, *Manual de Derecho Constitucional.*, Marcial Pons, Madrid, p. 132.
 10. Es por ello, que el reconocimiento del derecho a la “Autodeterminación” de la persona no era una creación nueva del tribunal alemán, puesto que anteriormente, como consecuencia del respeto de la vida íntima de la persona este derecho ya se hallaba reconocido en el caso *Microzensus (BVerfGE, 27, 1,7)*. *Cfr.* Denninger, E. (1987), “El Derecho a la Autodeterminación informativa”, Trad. de Pérez Luño, en *Problemas Actuales de la Documentación y la Informática Jurídica*, a cargo de Pérez Luño, A. Enrique, Tecnos, Madrid, p. 271.
 11. Esta Ley de Censo de 1970 contemplaba normas sobre el cotejo con el registro de empadronamiento y sobre transmisión de datos.
 12. Benda, Ernesto, “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad”, *op. cit.*, p. 132.
 13. El citado artículo textualmente señala “[...] Cada uno tendrá derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no vulnere los derechos de otro y no atente al orden constitucional (verfassungsmässige Ordnung) o a la ley moral (Sittengesetz). Cada uno tendrá derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no vulnere los derechos de otro y no atente al orden constitucional (verfassungsmässige Ordnung) o a la ley moral (Sittengesetz)”. *Vid.* Constitución Alemana de 1949.

14. Establece que “La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección”. *Idem*.
15. *Vid*, Daranas Peláez, Manuel, *op. cit.*, p. 152.
16. *Idem*.
17. *Ibidem*. pp.152-154.
18. En su estudio realizado en “*Persönlichkeitsrechtliche. Probleme der elektronischen Speicherung privater Daten*”, citado en Benda, Ernesto, “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad”, *op. cit.*, p. 131.
19. En “Privatsphäre und Persönlichkeitsprofil”, citado en Benda, Ernesto, “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad”, *op. cit.*, p. 131.
20. *Ibidem*, p. 132.
21. *Vid*, Daranas Peláez, Manuel, “Jurisprudencia Constitucional Extranjera, *op. cit.*, p. 153.
22. *Idem*. El subrayado es propio.
23. El subrayado es propio.
24. *Vid*. Denninger, E., “El Derecho a la Autodeterminación informativa”, *op. cit.*, pp. 269-ss; y Pérez Luño, A. Enrique, “La Libertad Informática. Nueva Frontera de los Derechos Fundamentales” en LOSANO, Mario, *Libertad Informática y Leyes de Protección de Datos personales*, Cuadernos y Debates No. 21, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 157.
25. Para un estudio respecto a las teorías del derecho a la intimidad, puede verse García González, Aristeo, (2005) “El Derecho a la Intimidad desde una Perspectiva Constitucional...”, *op. cit.* En particular el capítulo segundo.
26. *Cfr*, Pérez Luño, A. Enrique. (2005), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª. Edición, Tecnos, Madrid, p. 358,
27. Sobre estas consideraciones en particular se han pronunciado Pérez Luño, A. Enrique, “Intimidad y Protección de Datos Personales: Del Habeas Corpus al Habeas Data”, en García San Miguel, Luís, (Editor). (1992), *Estudios sobre el Derecho a la Intimidad*, Tecnos, Madrid, pp. 36-ss, en el mismo sentido el propio Pérez Luño, lo hizo en su obra *Derechos Humanos...*, *op. cit.*, pp. 356-358; Al igual que Muriillo de la Cueva, Pablo Lucas, *El Derecho a la Autodeterminación Informativa...*, *op. cit.*, pp. 96-99; Herrán Ortíz, Ana Isabel. (1999), *La Violación de la Intimidad en la Protección de Datos Personales*, Dykinson, Madrid, pp. 32-37; O’Callaghan Muñoz, X. (1991), *Libertad de Expresión y sus Límites: Honor, Intimidad e Imagen*, Edersa, Madrid, p. 87; Garriga Domínguez, Ana, *Tratamiento de Datos Personales...*, *op. cit.*, p. 20; entre otros.
28. *Cfr*, en su obra *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 359.
29. *BVerfGE 65, 43* en Denninger, E., *op. cit.*, p. 273.
30. *Idem*.
31. *Cfr.*, Benda, Ernesto, “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad”, en Benda, Ernesto, *op. cit.*, p. 132.
32. *Ibidem*. p. 133.
33. *Cfr*, Davara Rodríguez, Miguel A. (1998), *La Protección de Datos en Europa; Principios, Derechos y Procedimiento*, Grupo Asnef/Equifax-Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, p.35.
34. *Vid*. Chirino Sánchez, Alfredo. (1997), *Autodeterminación Informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*, Conamaj (Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración Pública), San José de Costa Rica, p.19.
35. En vigor desde el 1 de Junio de 1991, sin embargo, está ley ha sido sustituida por una nueva ley promulgada el 23 de Mayo de 2001 que se traspone a la Directiva Europea 95/45 CE.

36. Cfr. Davara Rodríguez, Miguel A., *La Protección de Datos en Europa...*, *op. cit.*, pp. 63-65; así también Téllez Aguilera, Abel. (2002), *La Protección de Datos en la Unión Europea: Divergencias Normativas y Anhelos Unificadores*, Edisofer, Madrid, pp. 77-82.
37. Vid. Pérez Luño, A. Enrique, *Derechos Humanos...*, *op. cit.*, p. 360.
38. Respecto a la aparición y reconstrucción de nuevos derechos fruto de las necesidades históricas véase De Lora. (2006), Pablo, *Memoria y Frontera. El Desafío de los Derechos Humanos*, Alianza Editorial, Madrid, pp.149 y ss; Pérez Luño, A. Enrique, “Las Generaciones de Derechos Fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 10, 1991, pp. 203-217; Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos 3 de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 101 y ss; En este mismo sentido, pero con relación a los derechos en México véase Carbonell, Miguel. (2005), *Los Derechos Fundamentales en México*, Porrúa-UNAM, México, pp. 1 y ss; Respecto a los antecedentes y aparición de los derechos Fioravanti. (2003), Mauricio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, 4ª. Edición, Trotta, Madrid.
39. Vid. Denninger, E., “El Derecho a la Autodeterminación informativa”, *op. cit.*, pp. 269-ss; y Pérez Luño, A. Enrique, “Los Derechos Humanos en la Sociedad informática”, *op. cit.*, p. 157.
40. Vid, Denninger, E., *op. cit.*, pp. 272-273.
41. Vid., Herrán Ortiz, Ana Isabel, *La Violación de la Intimidad...*, *op. cit.*, p. 89.
42. Cfr., Pérez Luño, A. Enrique, “La Libertad Informática. Nueva Frontera de los Derechos Fundamentales”, en LOSANO, Mario, *op. cit.*, p. 143 y ss.
43. Vid. Davara Rodriguez, Miguel Ángel. (2005), *Manual de Derecho Informático*, 7ª. Edición, Aranzadi, Navarra, p. 47.
44. Vid. España, Directiva 95/46/CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de Octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de datos personales y a la Libre Circulación de estos Datos, en *Código de Protección de Datos*, Agencia Española de Protección de Datos, Marzo de 2005, p. 257.
45. Denominado *habeas data*, por su función análoga en el ámbito de la libertad informática, lo que supuso el tradicional *habeas corpus* en lo referente a la libertad personal. Vid. Pérez Luño, A. Enrique. (1987), *Nuevas Tecnologías, Sociedad y Derecho: El Impacto Socio-Jurídico de las N.T.*, Fundesco, Madrid, p. 85 y ss.
46. Siendo esta denominación la que ha cobrado relevancia dentro de la doctrina española. *Idem*.
47. Sobre esto, en particular véase las obra de Frossini, Vittorio., “Banco de Datos y Tutela de la Persona”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 30, Noviembre, Diciembre, 1982, p. 24 y *Cibernética, Derecho y Sociedad*, Tecnos, 1982, Madrid, p. 173 y ss.
48. De aquí en adelante TCE.
49. En líneas posteriores se hará referencia como CE.
50. El Artículo 18.4 había sido utilizado por primera vez en el caso de un ciudadano a quien el Gobierno Civil de Guipúzcoa le denegó información de los datos que sobre su persona poseía, resolviendo el Alto Tribunal a favor del Ciudadano para que el Gobierno le informará sobre la información que se tenía de él, esto, daría origen a la Sentencia 254/1993.
51. Pronunciándose posteriores sentencias en el mismo sentido Vid. STC 143/1994, FJ 7; 94/1998, FJ, 6; 202/, FJ 2, entre otras. Entiéndase por FJ, el “Fundamento Jurídico”, dictado por el TCE.
52. Las cursivas son propias.
53. SSTC, 11/1998, FJ 5 y 94/1998 FJ 4. Las cursivas son propias.

54. Esto ha sido definido por el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 170/1987, de 30 de Octubre de, FJ, 4.
55. La sentencia versaba sobre un Recurso de Inconstitucionalidad respecto de los Artículos 21.1, 24.1. y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
56. Entre estos autores destaca Herrán Ortiz, Ana Isabel, *El Derecho a la Protección de Datos Personales en la Sociedad de la Información*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 21 y ss; Tellez Aguilera, Abel, *La Protección de Datos en la Unión Europea...*, op. cit., p. 219; Rebollo Delgado, Lucrecio. (2005), *EL Derecho Fundamental a la intimidad*, 2ª. Edición, Dykinson, Madrid, pp. 302 y ss; y Chirino Sánchez, Alfredo, *Autodeterminación Informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*, op. cit., pp.14 y ss.
57. Vid, Lucas Murillo, Pablo, *La Autodeterminación Informativa...*, op. cit., pp. 45 y ss y Pérez Luño, A. Enrique, “La Libertad Informática. Nueva Frontera de los Derechos Fundamentales” en Losano, Mario, op. cit., 141.
58. El subrayado es propio.
59. *Idem*.
60. Cfr, Pérez Luño, A. Enrique, “La Libertad Informática. Nueva Frontera de los Derechos Fundamentales”, op. cit., p. 141.
61. Sobre esta afirmación véase la propia sentencia del 292/2000, en su fundamento jurídico 8.
62. Vid. STC 170/1987, 30 de Octubre, F. J. 4.
63. Cfr, Tellez Aguilera, Abel, *La Protección de Datos en la Unión Europea: Divergencias Normativas y Anhelos Unificadores*, op. cit., pp. 220 y 221.
64. De entre la normativa sectorial que destaca se encuentra la siguiente: Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 11 de junio de 2002 (Artículos 3, 20 al 26); Ley Sobre Delitos de Imprenta del 12 de abril de 1917 (Artículo 1); Ley de Protección y Defensa al Usuarios de Servicios Financieros del 18 de Enero de 1999. (Artículo 5); Ley Federal de Protección al Consumidor del 6 de Mayo de 2000. (Artículo 76 bis); Ley de las Sociedades de Información Crediticia del 2002 (Artículos 1, 2, 18 y del 38 al 50); Ley de Información Estadística y Geografía del 30 de Diciembre de 1983 (Artículos 35 al 44), entre otras
65. Vid. Artículo 16 de la Constitución Mexicana.

Bibliografía

Libros y Monografías

- CARBONELL, Miguel. (2005) *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Porrúa-UNAM.
- CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. (1997). *Autodeterminación Informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*, CONAMAJ, San José de Costa Rica (Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración Pública).
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel A. (1998) *La Protección de Datos en Europa; Principios, Derechos y Procedimiento*, Madrid, Grupo Asnef/Equifax-Universidad Pontificia de Comillas.
- DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel, (2005) *Manual de Derecho Informático*, 7ª. Edición, Navarra, Aranzadi.

- DE LORA, Pablo. (2006) *Memoria y Frontera. El Desafío de los Derechos Humanos*, Madrid, Alianza Editorial.
- FIORAVANTI, Mauricio. (2003) *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, 4ª. Edición, Madrid, Trotta.
- FROSSINI, Vittorio. (1982), *Cibernética, Derecho y Sociedad*, Madrid, Tecnos.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. (2004), *Tratamiento de Datos Personales y Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, “El Derecho a la Intimidad desde una Perspectiva Constitucional: Equilibrio, Alcances, Límites y Mecanismos de Defensa”. Director: M. en D. Emmanuel Roa Ortiz, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2005
- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel. (2003), *El Derecho a la Protección de Datos Personales en la Sociedad de la Información*, Bilbao, Universidad de Deusto.
- HERRÁN ORTÍZ, Ana Isabel. (1999), *La Violación de la Intimidad en la Protección de Datos Personales*, Madrid, Dykinson.
- LUCAS MURILLO, Pablo. (1990) *La Autodeterminación Informativa. La Protección de los Datos Personales Frente al Uso de la Informática*, Madrid, Tecnos.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1991), *Libertad de Expresión y sus Límites: Honor, Intimidad e Imagen*, Madrid, EDESA.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. (1999), *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos 3 de Madrid/Boletín Oficial del Estado,
- PÉREZ LUÑO, Antonio E. (2005) *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª. Edición, Madrid, Tecnos.
- PÉREZ LUÑO, A. Enrique. (1987), *Nuevas Tecnologías, Sociedad y Derecho: El Impacto Socio-Jurídico de las N. T.*, Madrid, Fundesco.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecia. (2005), *EL Derecho Fundamental a la intimidad*, 2ª. Edición, Madrid, Dykinson.
- RUIZ MIGUEL, Carlos (1995), *La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad*, Madrid, Tecnos.
- SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro A. (1998), *La Protección del Derecho a la Libertad informática en la Unión Europea*, Sevilla, Universidad de Sevilla.
- TÉLLEZ AGUILERA, Abel. (2002), *La Protección de Datos en la Unión Europea: Divergencias Normativas y Anhelos Unificadores*, Madrid, Edisofer.

Compilaciones

- ALEXY, Robert (2005), “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático” en CARBONELL, Miguel (Edic.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 2ª Edición, Madrid, Trotta
- BENDA, Ernesto. (1996) “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad”, en BENDA, Ernesto, *et al*, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- DENNINGER, E. (1987) “El Derecho a la Autodeterminación informativa”, Trad. de PÉREZ LUÑO, en *Problemas Actuales de la Documentación y la Informática Jurídica*, a cargo de PÉREZ LUÑO, A. Enrique, Madrid, Tecnos.
- PÉREZ LUÑO, A. Enrique. (1992), “Intimidad y Protección de Datos Personales: Del Habeas Corpus al Habeas Data”, en GARCÍA SAN MIGUEL, Luís (Editor), *Estudios sobre el Derecho a la Intimidad*, Madrid, Tecnos.

PÉREZ LUÑO, A. Enrique. (1989) “La Libertad Informática. Nueva Frontera de los Derechos Fundamentales” en LOSANO, Mario, *Libertad Informática y Leyes de Protección de Datos personales*, Madrid, Cuadernos y Debates No. 21, Centro de Estudios Constitucionales.

DARANAS PELÁEZ, Manuel (Traductor). (1984). “Jurisprudencia constitucional Extranjera, Tribunal Alemán. Ley de Censo”, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, No. 33.

Artículos de Revistas

FROSSINI, Vittorio. (1982) “Banco de Datos y Tutela de la Persona”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, No. 30, Noviembre-Diciembre.

PÉREZ LUÑO, A. Enrique. (1991) “Las Generaciones de Derechos Fundamentales”, Madrid, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 10.

Legislación

Código de Protección de Datos, Marzo 2007.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de Febrero 1917.

Constitución Española de 1978.

Constitución Alemana de 1949.

Resoluciones Jurisprudenciales

Alemania: Tribunal Constitucional Alemán

Sentencia del 15 de Diciembre de 1983, *Ley del Censo de Población*.

España: Tribunal Constitucional Español

Sentencia 292/2000, de 30 de Noviembre.

Sentencia 290/2000, de 30 de Noviembre.

Sentencia 254/1993, de 20 de Julio.

Capítulo IV

Políticas Públicas, Economía y Sociedad de la Información

EL ÁMBITO JURÍDICO-ECONÓMICO EN LA ERA DE LA INFORMACIÓN

Ma. Teresa Montalvo Romero¹

Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la UV

1. Introducción

En el mundo de hoy, el modelo dominante es aquel de la liberación y la apertura de los mercados de la globalización y la competitividad.²

Esta apertura comercial se ha venido experimentando en menor medida a lo largo de las diversas etapas de desarrollo y crecimiento del mundo, y esto es claro, si analizamos la internacionalización, la mundialización y propiamente la globalización, estos fenómenos se presentan en distintos momentos históricos.

Iniciaremos con la mundialización la cual la podemos ubicar entre los años 1500 a 1800 y en donde los cambios en materia económica sientan las bases para empezar a conocer lo que ahora denominamos el Orden Económico Mundial³.

En la antigüedad y en la alta edad media, el crecimiento de la productividad era lento, la vida económica giraba alrededor de la subsistencia de la fuerza de trabajo y al mantenimiento de las clases controladoras y el comercio internacional no era una actividad sobresaliente.

Las relaciones internacionales no influían en las organizaciones internas, algunas invasiones, simplemente provocaban la transformación en el reparto de los recursos, pero no modificaban la economía.

Ya en el periodo de la baja edad media, las relaciones externas de los países comenzaron a ejercer mayor influencia sobre la producción, la distribución de la riqueza y la acumulación de capital. Esta situación se produjo hacia el interior de toda Europa.

Podemos identificar un fenómeno global a partir del descubrimiento de América y la llegada de los portugueses a Oriente por vía marítima. La presencia de los Europeos en África, Asia y en las nuevas tierras descubiertas, empezó a crear un mercado de alcances planetarias.

Entre los siglos XVI y XVIII la ciencia registró un avance excepcional y se dieron las principales ramas del conocimiento: matemáticas, cálculo, astronomía, óptica, física, magnetismo, electricidad y medicina. A la par en este periodo se crean las bases de la actividad y la cooperación científicas.

El desarrollo de la imprenta y la divulgación del libro tuvieron un papel decisivo en la difusión de la ciencia y de la técnica. La creación de la prensa forma parte importante de este proceso.

Otros de los avances tecnológicos lo constituyeron el uso de la artillería con pólvora y los conocimientos disponibles para la navegación y la industria.

Por su parte las ideas e instituciones también se vieron afectadas, se replantearon los grandes temas de la naturaleza del hombre y su condición social y política.

Posteriormente en el siglo XVII hasta el siglo XX podemos hablar de internacionalización⁴ en donde el sujeto principal es el Estado nacional, entendido este como la organización de personas situada en un determinado territorio estructurado por un orden jurídico y un poder; en este contexto estamos hablando de que el orden público económico está guiado por el Estado y sus representantes y que el ciudadano tiene un papel primordial dentro de la organización. Sin embargo, esto sufre grandes cambios en la época actual.

Durante el siglo XX, en la época postmoderna se ubica formalmente el nacimiento de la globalización, uno de los sucesos que se relacionan con el inicio de esta, es la caída del muro de Berlín, dándose así un giro en los sujetos primordiales, ya no es el Estado nación, sino que surgen como sujetos en primer plano la empresa y los mercados.

2. El fenómeno Global

Es en siglo XX donde se inserta la globalización corporativa⁵, en la cual se identifican los siguientes elementos:

1. Se promueve el crecimiento asentado en la explotación de los recursos naturales.
2. Se privatiza y mercantiliza los servicios públicos.
3. Se homogeniza la cultura y la economía en un sentido consumista.
4. Se integra y convierte a las economías nacionales hacia la producción exportadora.
5. Se acentúa la concentración de intereses corporativos.
6. Se abate los programas sociales existentes.
7. Se reemplaza las estructuras de poder conocidas tradicionalmente.

En este contexto la mayoría de los países se desarrollan dentro de una economía de mercado, la cual, expresa lo opuesto de una economía planificada o mixta como la que tenemos estipulada en el capítulo económico de nuestra ley suprema, la cual tiene como características principales la rectoría económica estatal a través de la orientación, concentración y la planeación.

En la economía de mercado⁶, este último define las preferencias y los precios a través de las decisiones de miles de productores y consumidores dentro de un ambiente de libre oferta y demanda.

Dentro de la globalidad y del sistema económico, la informática ha tenido un gran avance y desarrollo en capacidad de procesamiento como de transmisión de información e imágenes, sin embargo, quizá sea más el amplio ámbito en el cual ha encontrado aplicación esta tecnología; las áreas de impacto son múltiples y diversas.

La actividad informática ha influido favorablemente en todos los sectores particularmente en el sector servicios, el cual es, incluso, el motor del crecimiento económico y el de mayor generación de empleos en múltiples países.

En el campo de la informática jurídica esta da lugar a nuevas formas de almacenamiento, de suministro y de difusión de la información jurídica contenida en leyes, sentencias y opiniones de juristas.

Da lugar también a nuevas formas de documentación y prueba. Por lo tanto, la informática jurídica puede encontrar también la regulación jurídica que requiera su desarrollo como por ejemplo: considerar los programas como bienes jurídicos tutelables, comercialización de servicios de bancos de datos, telecomunicaciones y los contratos informáticos.

“la relación entre derecho e informática tiene dos líneas de investigación: los aspectos normativos del uso de la informática, desarrollados bajo el derecho de la informática y la aplicación de la informática en el tratamiento de la informática jurídica, conocida como informática jurídica.

Para el desarrollo de la informática jurídica es necesario considerar ciertos elementos de origen como son la aplicación de la lógica del derecho, o raciocinio jurídico; análisis del discurso jurídico, aplicación de la teoría de los sistemas, aplicación de la teoría de la información entre otros. Tales elementos constituyen la base fundamental para cumplimentar el objeto mismo de la informática jurídica”⁷

La globalización se ve impulsada por la tendencia generalizada hacia la liberación del comercio y los mercados de capital, la creciente internacionalización de las estrategias empresariales de producción y distribución y el avance tecnológico, gracias al cual se están eliminando rápidamente los obstáculos al intercambio internacional de bienes y servicios y a la movilidad del capital, la economía de mercado basada en la libre empresa, fundada sobre relaciones de equidad y de respeto mutuo, abierta al mercado mundial y regulada adecuadamente por las políticas gubernamentales, tiene gran capacidad para desarrollar un dinamismo de crecimiento y responder de esta manera a las necesidades de los pueblos.

Los gobiernos confrontan innumerables opciones sobre la mejor manera de incorporar a sus economías en un sistema mundial. En especial confrontan la tarea de como capturar los recursos técnicos y el acceso a mercados e inversiones extranjeras que se necesitan para el desarrollo. Este proceso se está produciendo en paralelo con otra gran transformación de carácter revolucionario en el campo tecnológico: La sociedad de la información, este nuevo paradigma encuentra su núcleo en la intersección de la micro eléctrica, los ordenadores y las telecomunicaciones y prácticamente afecta a todos los procesos y productos.

La revolución de la sociedad de la información no es únicamente un proceso de cambio tecnológico, tiene también implicaciones sociales y culturales.

La creación y difusión de nuevas tecnologías y su utilización en procesos de innovación de empresas y administraciones públicas que se han convertido en un objetivo prioritario de las sociedades avanzadas.

Estos cambios se han identificados como la tercera revolución tecnológica que “se identifica con un cambio científico y tecnológico sin precedentes, por su amplitud y su intensidad, su profundidad y su continuidad. Representa un conjunto de investigaciones científicas, de innovaciones tecnológicas y de multiplicación de formas productivas, en pleno desarrollo y con creciente vigencia”⁸

3. El ámbito jurídico-económico y la era de la información

Hoy se reconoce que la existencia de un sistema jurídico transparente, estable y confiable, de un gobierno capaz de elaborar e imponer el respeto a la ley, así como de definir reglas de juego claras de manera consistente, es un requisito indispensable para el adecuado funcionamiento de una economía de mercado y para el fomento del crecimiento económico. La seguridad jurídica contribuye a reducir el riesgo de las inversiones y en consecuencia fomenta la inversión privada y la generación de empleo.

Los factores que contribuyen a configurar el grado de certidumbre institucional y de seguridad jurídica son la estabilidad del marco legal, así como el nivel de respeto de la ley y los contratos.

La posibilidad de cambiar el régimen legal después de efectuadas las inversiones incluyendo modificaciones de los derechos patrimoniales o la irresponsabilidad de las personas que incumplan sus obligaciones contractuales, señala la falta de seguridad jurídica.

En una economía internacional integrada, la certidumbre jurídica es vital para un clima atractivo a la inversión extranjera, es por ello que muchos países en desarrollo ofrecen convenios de estabilidad jurídica para que el marco legal que rijan sea el mismo en todo momento.

Una economía de mercado requiere de un marco regulatorio que propicie las actividades económicas y defina los derechos de los agentes económicos, la protección de la propiedad privada conjuntamente con el principio de la libertad contractual, es el pilar básico de toda economía de mercado.

En la globalización podemos identificar cuando menos cuatro características que le son básicas para su desarrollo.

1. La democracia.
2. El postcapitalismo.
3. El postmodernismo.
4. La tercera revolución tecnológica.

En el caso de la democracia, una de las teorías que han surgido para poder aplicar éste sistema correctamente dentro de la globalización es la concepción cosmopolita de la democracia que tiende hacia la formulación de cimientos para el entendimiento de la responsabilidad pública a escala global.

Dentro de este planteamiento de la democracia se especifican varios objetivos:

1. Una ampliación de la legislación para reestructurar los mercados con el fin de contrarrestar su indeterminación y los inmensos costos sociales medioambientales que en ocasiones genera;
2. Nuevas formas de coordinación económica;
3. Desarrollar medidas que regulen la volatilidad de los mercados financieros internacionales y su búsqueda especulativa de beneficios a corto plazo;
4. Medidas destinadas a aliviar los casos más urgentes de malestar económico evitable;
5. Medidas para la ampliación de formas y procesos democráticos por encima de las fronteras territoriales.⁹

El artículo tercero constitucional nos define lo que debemos entender por democracia dentro del orden jurídico mexicano “...considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

Por cuanto al postcapitalismo, así como la democracia es acorde con la globalidad, el capitalismo es el sistema económico ideal para las relaciones económicas globales y más aún después de caer su máximo opositor el socialismo.

Dentro de esta era de postmodernidad, debe entenderse por capitalismo postindustrial aquél que se aleja de las áreas productivas para llegar a las financieras. El capital no se invierte en la creación de las empresas, es más redituable invertir por ejemplo en títulos valor (acciones).

Aquí es notable que el derecho funciona como instrumento del capitalismo postindustrial, anteriormente el derecho en éste sentido estaba enfocado a los bienes y en el mundo contemporáneo el derecho del capitalismo postindustrial está guiado hacia los servicios financieros (la bolsa de valores) o a regular contratos como los de franquicia que se adaptan a las necesidades de la globalización.¹⁰ Aquí se denota la preeminencia del pragmatismo sobre el formalismo y de los contratos internacionales que son los que regulan esa clase de acciones sobre la legislación interna.

En el caso de la postmodernidad haremos alusión a las figuras que dentro de esta época descrita se ven influenciadas por la globalización y que afectan al derecho.

- a) Incertidumbre: durante la época moderna o internacional se vivía un clima de certidumbre en que se sabía a ciencia cierta cuales eran los lineamientos que por ejemplo en materia contractual se tenían, se preveía hacia donde se dirigía el derecho y cuales eran las medidas o políticas jurídicas que el Estado llevaría a cabo, por ejemplo, las tasas de interés fijadas en cuestiones de inversiones.

- b) Crisis de partidos políticos: estas organizaciones son definidas en nuestra Constitución como entes de interés público, por lo tanto, deben de considerarse como intermediarios entre los ciudadanos y el gobierno, esto en la actualidad no se cumple por que realmente no existe una ideología concreta y definida que constituya el ideal de los partidos políticos y que se haga patente frente a los órganos del Estado.
- c) simultaneidad: esta es una característica que ya señalamos y que consiste en utilizar indistintamente tiempo y espacio en el ámbito global.
- d) crisis de la familia: esta organización constituye el punto central de la sociedad desde siempre. Actualmente en México la familia jurídicamente esta permitida a través del matrimonio o del concubinato, entre personas de distinto sexo, pero en otros países ya se puede hablar de familias donde los integrantes pueden ser simplemente una madre soltera y su hijo o bien personas del mismo sexo que se unen a través del matrimonio o concubinato. Otro fenómeno dentro de la crisis de la familia es la misma pérdida de valores que ya no son heredados por la familia a sus integrantes y mucho menos a la sociedad y que terminan en una crisis de niveles culturales y que trae como consecuencia la aculturación.
- e) subjetividad: éste podría ser uno de los aspectos más positivos de la postmodernidad ya que nos permite identificarnos con nosotros mismos y producir la emancipación. Podemos hablar de subjetividad positiva y negativa que tienen relación directa con los términos desterritorialidad y extraterritorialidad.

La subjetividad positiva nos permite hacer valer nuestros derechos en cualquier territorio independientemente de la nacionalidad y esto se facilita a través de los convenios o tratados internacionales en que se estrechan las relaciones de los Estados soberanos. Por su parte la subjetividad negativa se refiere a la posibilidad de poder sancionar el respeto a los derechos.

Y por último, uno de los cambios más trascendentes lo constituye la tercera revolución tecnológica, y el impacto directo que ha tenido en el derecho mexicano podrían constituirlo los siguientes puntos:

- a) El derecho a la información que ante la necesidad imperiosa de comunicación continua, ha surgido como garantía individual estipulada en nuestra Constitución.¹¹
- b) Las Marcas: es un nombre, término, símbolo, diseño o cualquier signo visible o bien, combinación de ellos que sirva para distinguir un producto o un servicio de otros de su misma clase o especie.
- c) Internet: entendido éste como un sistema autoorganizado, una red abierta; es el más claro ejemplo de la revolución tecnológica, es un sistema que se sabe donde inicia, pero que no tiene una normatividad propia a nivel global ni

interna, sin embargo, es el mejor y más utilizado instrumento dentro de la globalización, ya que es ahí donde se hacen muchos de los contratos actuales en materia económica (comercio electrónico).¹²

4. El contrato electrónico

Tomando en cuenta los razonamientos anteriores una de las instituciones jurídicas que han nacido y desarrollado a partir de la globalización y dentro de la economía de mercado, son los contratos electrónicos, y consideramos que éste es uno de los mejores ejemplos, para demostrar como el derecho se ha ido modificando consecuencia del impacto de las nuevas relaciones internacionales preponderantemente económicas que tiene nuestro país y del uso de las nuevas tecnologías. A continuación analizaremos brevemente esta figura.

Para iniciar es necesario tomar en cuenta que el legislador no los regula como contratos electrónicos, sin embargo, siempre que haya un acuerdo de voluntades, se den los elementos de existencia y de validez y se utilice como objeto, medio o herramienta una computadora, entonces se entenderán como contratos electrónicos.

Es necesario señalar la diferencia entre los contratos informáticos y la contratación electrónica.

“Los contratos informáticos son aquellos que están referidos a la relación jurídica creada entre las partes, cuyas prestaciones consisten en la transferencia de la propiedad, uso y goce de los bienes o prestación de servicios informáticos”¹³.

Bienes informáticos: son todos aquellos elementos que forman parte del sistema, en cuanto al hardware, ya sea la unidad central de proceso o sus periféricos. También se consideran bienes informáticos los bienes inmateriales que proporcionan los datos, instrucciones etc.

Servicios informáticos: se entiende todos aquellos servicios que sirven de apoyo y complemento de la actividad informática.

“Las garantías más importantes de los contratos informáticos son las de conformidad por las cuales el proveedor se compromete a entregar al usuario aquello previsto en el contrato conforme a lo pactado por las partes (se refiere a una recepción y una aceptación parcial), la de buen funcionamiento, por la cual el proveedor se construye a mantener funcionando el equipo en forma adecuada durante un cierto tiempo (puede ser de seis a doce meses) luego del cual puede celebrarse un contrato de mantenimiento (se refiere a una aceptación total), la garantía contra vicios, la cual obliga al proveedor a una acción de saneamiento en caso de aparición de vicios ocultos y finalmente la garantía de evicción, referida a la obligación del proveedor a responder contra toda reivindicación por parte de terceros respecto a la propiedad industrial o intelectual de los materiales y/o programas provistos al usuario”¹⁴

Por su parte por contratación electrónica o por medios electrónicos se puede definir como aquella que, con independencia de cual sea su objeto, que puede tener también la informática aunque no necesariamente, se realiza a través o con ayuda de medios electrónicos que no tienen por que ser siempre ordenadores.

La importancia económica que esta clase de contratación esta adquiriendo en sus diferentes modalidades obliga a que la redacción de los contratos, a diferencia de lo que ha venido sucediendo hasta el presente, no solo participen los juristas, sino que es imprescindible que participen también los técnicos informáticos para colaborar en la elaboración de las necesarias especificaciones técnicas.

En el comercio electrónico las características de la contratación son:

- ♦ Transacción electrónica.
- ♦ Formación del contrato electrónico.
 - Aceptación y consentimiento.
 - Firma electrónica.
 - Aceptación.
 - Autenticidad.
 - Integridad.
 - No rechazo.
 - Firma digital.
 - Confidencialidad.
 - Necesidad de buscar una armonización de estándares y normas comunes para la operación comercial y legal a nivel mundial.
 - La aplicación de normas internacionales como las surgidas en Naciones Unidas-UNCITRAL, Ley modelo para el comercio electrónico en general (1996).

En opinión de algunos teóricos como Mariliana Rico¹⁵, los principios rectores de la contratación electrónica en los contratos B2C (business to consumer) y B2B (business to business), son los siguientes:

- Equivalencia funcional.
- Neutralidad tecnológica.
- Inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos.
- Buena fé.
- Libertad contractual.

Al respecto nuestro Código de Comercio especifica en su artículo 89° “Las actividades reguladas por este Título se someterán en su interpretación y aplicación a los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del Mensaje de Datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la Firma Electrónica en relación con la firma autógrafa”.

Una situación que debe especificarse en el caso de los acuerdos de voluntades, que se llevan a cabo mediante la informática y sobre todo dentro de una economía de mercado es que no únicamente crean y transfieren, son también modifican y extinguen derechos y obligaciones y entonces debemos hablar de convenios electrónicos.

Los avances en tecnologías de información y comunicación están transformando rápidamente las prácticas y el ambiente de negocios a través de la redefinición masiva de productos, servicios, mercados y canales de distribución. Las tecnologías subyacentes de internet están impulsando fuertemente la creación de mercados electrónicos, acelerando la transformación de las empresas hacia varias formas de negocio digital y aumentando el uso de sistemas abiertos dentro de la empresa para mejorar la coordinación y la colaboración horizontal.

Se está abriendo un espacio en el cual se desarrolla un comercio electrónico mucho más amplio que en las formas más antiguas de éste, especialmente en el intercambio electrónico de datos.

Hacer negocios electrónicamente o todas las formas de transacciones comerciales que se basen en el procesamiento y transmisión de datos digitalizados, es lo que actualmente se denomina comercio electrónico.

En México se han realizado algunas reformas legislativas para regular eficientemente los contratos surgidos principalmente del comercio electrónico, haremos alusión a algunas de ellas:

1. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal; del Código Federal de Procedimientos Civiles; del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de Mayo del 2000.
2. Introducción en nuestro sistema jurídico del principio jurídico consistente en dotar de la misma validez jurídica a los negocios y contratos realizados electrónicamente.
3. Código Civil:
 - La firma electrónica tiene la misma validez que la firma autógrafa.
 - Los medios electrónicos tienen la misma validez que la forma escrita.
 - Posibilidad de utilizar la fe pública notarial en forma electrónica.
4. Código de Comercio:
 - Reconoce el principio de la equivalencia funcional en todos los actos y contratos mercantiles.
 - Permite la posibilidad de que los comerciantes reciban, envíen y archiven toda su documentación mercantil en forma electrónica.
 - Requisito de cumplimiento de una norma oficial mexicana para la validez y seguridad técnica y jurídica de los archivos en que las empresas conserven su documentación electrónicamente.

- Reglas que presumen en ausencia de acuerdo entre las partes, la emisión y recepción de un mensaje electrónico, así como los tiempos de su envío y de la recepción correspondiente. Se establece el requisito del acuse de recibo cuando así se requiera.
5. Solución de Controversias:
 - Reformas al Código Federal de Procedimientos Civiles.
 - Reformas al Código de Comercio en el capítulo de los juicios mercantiles.
 - La PROFECO cuenta ahora con facultades para conocer de las quejas de los compradores cibernautas, en el caso de la contratación entre empresas y consumidores.
 6. Protección a los Consumidores:

Se reforma la Ley Federal de Protección al Consumidor para:

 - Establecer reglas para evitar prácticas comerciales engañosas.
 - Cumplir con las disposiciones relativas a la información y publicidad de los bienes y servicios que se ofrezcan.
 - Tener derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, así como la forma de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor.
 - Cuidar las prácticas de mercadotecnia dirigidas a la población vulnerable, como niños, ancianos y enfermos, incorporando mecanismos que adviertan cuando la información no sea apta para esa población.
 - Utilizar la información proporcionada por el consumidor en forma confidencial, salvo autorización expresa del mismo.
 - Utilizar los elementos técnicos disponibles para brindar seguridad e informar al consumidor previamente a la celebración de la transacción al respecto.

5. Conclusión

A manera de conclusión podemos decir que la tercera revolución tecnológica y por consecuencia la informática forman parte indispensable del desarrollo de la estatalidad postmoderna actual y que deben regularse de manera adecuada todos los procedimientos que tengan relación con estas figuras para poder concretar las finalidades que se persiguen con una globalización.

Las nuevas tecnologías de la información, como las redes permiten la interconexión de todos los agentes económicos concurrentes en el mercado, a partir de esto, la economía y el derecho económico deben responder a las necesidades que el fenómeno global representa.

A decir de José Ayala Espino¹⁶ existen importantes desarrollos de la economía de la información entre los que destacan:

1. El supuesto de la información completa y perfecta es ciertamente una simplificación útil sólo para fines analíticos.
2. La economía neoclásica supone que la asignación de recursos más eficientes se alcanza sólo si los agentes tienen información sobre todos los atributos de los bienes y servicios que pueden adquirir para producir o consumir.
3. Para la economía neoinstitucionalista, la información es una variable crucial en el desempeño de una economía.
4. La información no es un bien intangible, es una mercancía que se intercambia en el mercado.
5. Las elecciones económicas de los individuos dependerán, en buena medida, de la información disponible.
6. En las economías modernas es fácil comprobar que los costos de adquirir información son crecientes.
7. La economía de la información parte del supuesto de que el proceso de producción, adquisición y procesamiento de la información es costoso, porque los mercados no la proporcionan adecuadamente.
8. La economía de la información tiene diferencias sobre como enfrentar los problemas de mercados imperfectos. Para unos es viable que el mercado resuelva las imperfecciones, para otros será necesaria la intervención del gobierno.
9. El Estado puede jugar un papel importante para mitigar los problemas de información, aunque también incurre en costos para coleccionar y procesar la información con eficiencia relativa.

Notas

1. Dra. en Derecho Público, Catedrática de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Veracruzana, Miembro del SNI.
2. Varios autores han señalado diversos conceptos, mencionaremos algunos para poder identificar el proceso global
“la globalización es el resultado de las políticas económicas nacionales determinadas por motivos muy diversos como fueron las circunstancias adversas derivadas del agotamiento de la fase expansiva del ciclo económico de la posguerra mundial, el inevitable ajuste de los sistemas productivos a las nuevas condiciones del abastecimiento energético, o la toma de conciencia sobre la finitud de determinados recursos naturales que cuestionaban el sostenimiento del sistema. Se buscó en la economía internacional soluciones a los problemas del empleo y el crecimiento económico, rompiendo la perspectiva de la economía nacional, dominante, creando nuevas condiciones para la acumulación” García de la Cruz José Manuel “La globalización económica”, Sistema Económico Mundial, Thomson, Madrid, España, 2005. P. 55
“Es la creciente integración de economías y sociedades, en todo el mundo, mediante un sistema complejo que afecta a las poblaciones, a los individuos en aspectos diversos de su propia vida”

Trigo Chacon, Manuel, *Multinacionales, globalización y terrorismo*, Visión net, Madrid, España, p. 61.

“La globalización significa la aparición de procesos sociales que se desarrollan fuera de las coordenadas de organización temporal y espacial que conlleva el Estado moderno” López Ayllón Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del Derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, UNAM, México 1997, p. 50

“La globalización significa los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios.” Beck Ulrich, *¿Qué es la globalización?*, Paidós, España, 1998. p.29

“La globalización es el avance hacia la instauración en el planeta de un único sistema en lo económico, lo político, lo cultural y lo comunicacional” MORENO, Isidoro, “Mundialización, Globalización y Nacionalismo: la quiebra del modelo de Estado-Nación”, Estado constitucional y globalización, Porrúa, México, 2001, p.70

3. Es el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permite a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana.
4. Para mayor información consultar Ferrer Aldo, *Historia de la Globalización I y II*, FCE, Argentina 1996 y 2000.
5. Identificamos al fenómeno global como globalización corporativa, porque hoy día las corporaciones o empresas sobre todo las transnacionales, son considerados los principales agentes económicos, sobre los cuales giran las principales decisiones de los Estados y de los organismos internacionales.
6. La economía de mercado se debe entender actualmente como un sistema institucional y participativo, que implique el reencuentro del mercado institucional con un nuevo Estado reformado y una sociedad civil participativa. Villarreal René, *Hacia una nueva economía de mercado*, Castillo, México 1998, p. 22.
7. Rios Estavillo, Juan José, *Derecho e Informática en México. Informática jurídica y derecho de la informática*, UNAM, México 1997, p. 45.
8. Kaplan. Marcos, *Ciencia, Estado y derecho en la tercera revolución*, UNAM, México, DF, 2000, p. 11
9. Held, David, “¿Hay que regular la globalización?, la reinención de la política”, Estado Constitucional y Globalización, UNAM-PORRUA, México 2001, Pp. 46-48.
10. Otro punto característico en el capitalismo posindustrial es el Derecho de la Competencia que es otra de las instituciones jurídicas que se encuentran estipuladas en la normatividad secundaria (ley de competencia Económica, Ley de Comercio Exterior, etcétera).
11. Art. 6 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos: “la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden publico; el derecho a la información será garantizado por el estado.
12. Para las reformas sobre comercio electrónico en México consultar www.azonypalabra.org.mx/com/e.commerce.html. Se reforman las siguientes leyes: 1.- Diario Oficial del 29 de Mayo de 2000, 2.- El Código Civil Federal, art. 1, 1803, 1805 y 1811 y se le adiciona el art. 1834 bis, 3.- Código de Comercio: se reforman los artículos 18, 20, 21 párrafo primero, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 49, 80 y 1205 y se adicionan los artículos 20 bis, 21 bis, 21 bis 1, 30 bis, 30 bis 1 y 32 bis, 1298-A. El título II que se denominará “Del Comercio Electrónico” que comprendió los artículos del 89 al 94.

13. Sosa, Lidia, Et al, “Contratos Informáticos”, *Derecho Comercial y Económico: Contratos parte especial*, No. 3, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 5.
14. Téllez Valdez, Julio, *Contratos, Riesgos y seguros informáticos*, UNAM, México 1988, p. 19
15. Rico Carrillo, Mariliana, *Comercio electrónico y derecho*, Legis, Caracas Venezuela, 2003.
16. Ayala Espino, José, *Instituciones y Economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico*, FCE, México, 1999, p. 172.

Fuentes

- AYALA ESPINO, José, *Instituciones y Economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico*, FCE, México, 1999.
- BECK Ulrich, *¿Qué es la globalización?*, Paidós, España, 1998. .
- FERRER Aldo, *Historia de la Globalización I y II*, FCE, Argentina 1996 y 2000.
- GARCÍA DE LA CRUZ José Manuel “La globalización económica”, Sistema Económico Mundial, Thomson, Madrid, España, 2005.
- HELD, David, “¿Hay que regular la globalización?, la reinención de la política”, Estado Constitucional y Globalización, UNAM-PORRUA, México 2001.
- KAPLAN. Marcos, *Ciencia, Estado y derecho en la tercera revolución*, UNAM, México, DF, 2000.
- LÓPEZ AYLLÓN Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del Derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, UNAM, México 1997.
- MORENO, Isidoro, “Mundialización, Globalización y Nacionalismo: la quiebra del modelo de Estado-Nación”, Estado constitucional y globalización, Porrúa, México, 2001.
- RICO CARRILLO, Mariliana, *Comercio electrónico y derecho*, Legis, Caracas Venezuela, 2003.
- RIOS ESTAVILLO, Juan José, *Derecho e Informática en México. Informática jurídica y derecho de la informática*, UNAM, México 1997.
- SOSA, Lidia, Et al, “Contratos Informáticos”, *Derecho Comercial y Económico: Contratos parte especial*, No. 3, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- TÉLLEZ VALDEZ, Julio, *Contratos, Riesgos y seguros informáticos*, UNAM, México 1988.
- TRIGO CHACON, Manuel, *Multinacionales, globalización y terrorismo*, Visión net, Madrid, España, 2005.
- VILLARREAL René, *Hacia una nueva economía de mercado*, Castillo, México 1998.
- www.azonypalabra.org.mx/com/e.commerce.html
- Código Civil Federal
Ley de Protección al Consumidor
Código de Comercio
Código Federal de Procedimientos Civiles

IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN DE IMPUESTOS INTERNACIONALES EN BENEFICIO DE LA HUMANIDAD

Martha Ochoa de León
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UMSNH

Introducción

Generar Impuestos Internacionales es un tema muy discutido actualmente en diferentes foros internacionales, el objetivo de entrar a su análisis, es que el lector se de una idea más clara sobre los impuestos como la herramienta que obliga a todos a cooperar o más bien dicho contribuir, a la realización de diferentes actividades, las cuales siempre deben de ir enfocadas en beneficio de una Sociedad, en este caso específico hablamos de una “Sociedad Globalizada”.

En primer lugar voy a tratar de dejar bien claro que es un impuesto, cuáles son sus elementos, cuales son los principios que los legisladores deben cuidar al regularlos y ver como estos son un instrumento importante para dar forma a procesos sociales, y que junto con el monopolio de la fuerza, constituyen la segunda columna de la estatalidad moderna. Posteriormente haré un breve análisis de los debates que se han suscitado en la creación de estos impuestos, en diferentes foros; porque hasta hace poco los impuestos solo eran pensables dentro del marco de los Estados Nacionales. Para finalmente analizar su implementación en un mundo globalizado para que el destino de estos recursos, sean utilizados en investigaciones científicas, ecológicas y técnicas en beneficio de la Humanidad.

1. Impuesto

El Impuesto tradicionalmente se ha definido como un acto de soberanía por parte del propio Estado, es decir que se trata de un acto que deriva directamente del ejercicio del poder público.

1.1 *Arrijo Vizcaino* tratadista del derecho fiscal define “son impuestos las prestaciones en dinero o en especie que fija la ley con carácter general y obligatorio, a cargo de persona físicas y morales, para cubrir los gastos públicos.”¹

1.2 *Giuliani Fonrouge* expresa “son impuestos las prestaciones en dinero o especie, exigidas por el Estado en virtud del poder de imperio, a quienes se hallen en las situaciones consideradas por la ley como hechos impositivos.”²

En forma personal defino al impuesto, como una obligación unilateral, general, establecida en una ley, a cargo de personas físicas y morales, destinados al gasto

público, para que el Estado pueda realizar su Actividad Económica³ para que se cubran las necesidades de una Sociedad, buscando el bienestar común.

2. Impuestos Internacionales

A los Impuestos Internacionales los definiría como una obligación general para los Estados que hayan acordado adherirse a este tipo de instrumentos de financiamiento para el desarrollo de la humanidad, establecidas en una ley⁴; como un considerable potencial para la regulación de la globalización.

3. Elementos de los Impuestos

La gran mayoría de las legislaciones tributarias del mundo occidental basan sus sistemas recaudatorios en el establecimiento, determinación, liquidación y cobro de impuestos, al grado de convertirlos invariablemente, en la contribución por excelencia, porque un impuesto refleja con gran fidelidad el objetivo que el Estado persigue a través de la relación jurídico tributaria⁵, al obligar a todos y cada uno de sus ciudadanos a contribuir, en función de sus respectivas capacidades económicas al sostenimiento de los gastos públicos de un País. Y para entender como funcionan es necesario distinguir sus elementos principales, que se requieren para su determinación como son:

3.1 Sujeto: son los contribuyentes personas físicas o personas morales, como sujetos pasivos de la obligación de pago de una contribución a su cargo.

3.2 Objeto: está constituido por la situación jurídica o de hecho prevista por la ley como generadora de la obligación contributiva o tributaria. También se le conoce como hecho imponible. El objeto puede ser una cosa, mueble o inmueble, un documento, un acto o una persona, así como el consumo o la producción de una cosa.

3.3 Base: está representada por la cantidad o criterio considerado para la aplicación de la ley, sobre la que se determina el monto de la contribución a cargo del sujeto pasivo, o sea el contribuyente.

3.4 Tasa o Tarifa: La tasa está representada por el tanto por ciento que se aplica a la base de la contribución. 30%, 10%, 15%. Y la tarifa está constituida por las listas de unidades y de cuotas, correspondientes para un determinado objeto contributivo, o sea para un número de objetos o ingresos que pertenecen a la misma categoría. (En nuestra legislación se contempla como la combinación de cuotas y tasas, aplicables entre un mínimo y un máximo, aplicable a la base determinada para obtener el importe de la contribución a pagar).

3.5 Causa o fundamento: Es el motivo por el cual se establecen los impuestos, que es para proporcionarle al Estado los recursos económicos necesarios para sufragar

los gastos públicos, y deriva de la ley, cuando se realiza la situación prevista por la misma como generadora de la obligación fiscal, en función de la capacidad contributiva de los obligados.

4. ¿Porqué existen los impuestos?

La doctrina ha elaborado diversas teorías que tienden a justificar el derecho del Estado para crear y percibir el producto de los impuestos como la contribución mas importante de las establecidas en la legislación de los diversos países, estableciendo gravámenes sobre determinadas actividades, como lo son las rentas, el capital, la posesión, la producción, la distribución y el consumo.

4.1. Teorías que justifican la existencia de los impuestos como la Contribución más importante de un Estado

Las teorías que se han elaborado, tendientes a justificar la existencia de las contribuciones por lo tanto de los impuestos, parten desde diferentes puntos de vista:

I. Justificación histórica.

II. Justificación económica.

III. Justificación en nuestra Constitución Federal.

I. Justificación histórica. Como justificación de carácter histórico para explicar la obligación de los particulares de desprenderse de parte de su riqueza, para ayudar al Estado al debido cumplimiento de sus funciones propias de derecho público, se ha manifestado que está fuera de toda discusión que el hombre es un ser esencial y predominantemente social, pues dos de sus cualidades distintivas, que permiten además diferenciarlo de las otras criaturas que habitan la tierra, la inteligencia y el lenguaje, sólo pueden ejercitarse a través de la vida en sociedad. Es así como desde sus más remotos orígenes el hombre buscó la compañía de sus semejantes para poder subsistir y progresar.

a) La sociedad humana ha tenido las etapas o momentos históricos siguientes: la comunidad primitiva, el esclavismo, el feudalismo, el capitalismo en sus fases mercantilista e imperialista y el comunismo en sus fases socialista y científico.

b) En todas esas etapas del desarrollo histórico de la sociedad se advierten necesidades diferentes, de acuerdo con sus circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales, las cuales son más complejas.

II. Justificación económica. Esta teoría considera que los impuestos tienen como fin primordial costear los servicios públicos que el Estado presta, por lo que estima que lo que los particulares pagan por concepto de contribuciones es el equivalente a los servicios públicos recibidos. Por otro lado, esta justificación

estima que la obligación de contribuir es para la satisfacción de las necesidades sociales que están a cargo del Estado.

III. Justificación en nuestra Constitución Federal. En nuestro país el fundamento del Estado para imponer contribuciones y percibir su producto, es estrictamente jurídico, y deriva del contenido de la fracción IV del artículo 31, de la fracción VII del artículo 73 y de la fracción IV del artículo 74 de la Constitución Política del país, los que en resumen señalan que sólo existe obligación de cubrir las contribuciones decretadas por el Congreso de la Unión, en cuanto basten satisfacer el gasto público, las que serán proporcionales y equitativas.

4.2 Principios Doctrinales de las Contribuciones y por lo tanto de los impuestos, por Adam Smith

Existen varios tratadistas a través de la historia que han establecido determinados principios de carácter teórico o doctrinal, que deben tener en mente los legisladores para pretender crear o modificar una disposición fiscal y que no deberán hacer a un lado los legisladores al regular los impuestos internacionales. Pero sólo nos remitiremos a estudiar a Adam Smith, por considerarse de los más acertados.

Adam Smith, economista inglés que en su libro V de su obra *De la riqueza de las naciones*, desarrolla en forma clara cuatro principios, de los cuales debe supeditarse toda norma jurídica fiscal a efecto de que ésta cree un orden jurídico justo, que fomente el esfuerzo, la productividad y la imaginación creadora, que son la causa de la riqueza y no desalienten la actividad humana. Esta obra data desde hace más de dos siglos y continúa influyendo actualmente de manera decisiva en las legislaciones fiscales de todos los países del mundo con economías de mercado o capitalista.

I. Principio de Justicia. Este principio considera que los habitantes de cada Estado deben contribuir al sostenimiento del gobierno, en una proporción lo más cercana posible a sus respectivas capacidades; es decir, en proporción a los ingresos de que gozan o perciben bajo la protección del Estado. (El que gana más, paga más).

II. Principio de certidumbre. Significa que la contribución que cada individuo está obligado a pagar debe ser fija y no arbitraria (por ejemplo: que la autoridad diga hoy quiero que me pagues el 10% y mañana el 20%). La fecha de pago, la forma de realizarse, la cantidad a pagar, deben ser claras para el contribuyente y para las demás personas.

III. Principio de comodidad. Consiste en que toda contribución debe recaudarse en la época y la forma en la que es más probable que convenga su pago al contribuyente. En otras palabras, deben escogerse aquellas fechas o periodos, que en atención a la naturaleza de la contribución, sean más propicias y ventajosas para que el contribuyente realice su pago.

IV. Principio de economía. Este principio establece que toda contribución debe de planearse de modo que la diferencia de lo que se recauda sea superior a lo que se gasta en la administración control y recaudación de un Estado. (Con el fin de que el Estado no se “endeude”)

5. Globalización

Un concepto muy común es que la globalización es un proceso integrador de las diferentes actividades humanas, como son la producción, el comercio, que conlleva flujos financieros muy importantes, corrientes culturales y grandes redes de información; por lo tanto influye en los ámbitos económicos, políticos y sociales a nivel internacional. La Real Academia de la Lengua Española define a la globalización como “la tendencia de los mercados y las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”.

5.1 Diferentes Conceptos de Globalización

5.1.1 Octavio Ianni sociólogo brasileño define a la globalización como “El mundo ya no es exclusivamente un conjunto de naciones, sociedades nacionales, estados-naciones, en sus relaciones de interdependencia, dependencia, colonialismo, imperialismo, bilateralismo, multilateralismo. Simultáneamente, su centro ya no es principalmente el individuo, tomado singular y colectivamente, como pueblo, clase, grupo, minoría, mayoría, opinión pública”.⁶

5.1.2 Ulrich Beck sociólogo alemán, define “...la globalización significa los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios. (...) El concepto de globalización se puede describir como un proceso (...), que crea vínculos y espacios sociales transnacionales, revaloriza culturas locales y trae a un primer plano terceras culturas...”⁷

5.1.3 El Fondo Monetario Internacional define a “la Globalización Económica como un proceso histórico, el resultado de la innovación humana y el progreso tecnológico. Se refiere a la creciente integración de las economías de todo el mundo, especialmente a través del comercio y los flujos financieros. En algunos casos este término hace alusión al desplazamiento de personas (mano de obra) y la transferencia de conocimientos (tecnología) a través de las fronteras internacionales. La globalización abarca además aspectos culturales, políticos y ambientales más amplios.”⁸

5.1.4 Wikipedia, la enciclopedia libre de Internet define la globalización como “el proceso por el que la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unifica mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de

transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global. Así, los modos de producción y de movimientos de capital se configuran a escala planetaria, mientras los gobiernos van perdiendo atribuciones ante lo que se ha denominado la sociedad en red”.⁹

5.1.5 *Banco Mundial* dice que el significado más común o medular de globalización económica –aspecto en el cual se concentra este trabajo– se relaciona con el hecho de que en los últimos años 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).¹⁰

5.2 *La Globalización como una Teoría del Desarrollo*

La globalización tiene dos consideraciones importantes, por un lado lo vamos a ver como un fenómeno que implica que exista un mayor grado de interdependencia entre las diferentes regiones y países del mundo, en particular en las áreas de las relaciones comerciales, financieras y de comunicación; por otro lo vamos a ver como una teoría de desarrollo, en la que uno de sus postulados esenciales es un mayor nivel de integración, que se genera entre las diferentes regiones del mundo, y que ese nivel de unificación está afectando las condiciones sociales y económicas de los países.

Con base en los principales conceptos que incluye la teoría de la globalización, así como los diferentes supuestos de la teoría, concluimos en lo siguiente; en primer lugar vamos a considerar los factores económicos y culturales que están afectando diferentes aspectos de la vida social de una manera en que se van entrelazando unos con otros hasta lograr una integración; posteriormente en las condiciones actuales y respecto a los diferentes estudios de esferas específicas de acción por ejemplo “comercio, finanzas o comunicaciones”, la unidad de análisis esta basada estrictamente en el concepto de estado-nación que tiende a perder vigencia.¹¹

En los últimos años, el término globalización se ha manejado como un figura directa con la evolución tecnológica en el área de comunicaciones y la creación del ciberespacio.¹² Sin embargo, una de las principales manifestaciones importante que nos lleva a las condiciones actuales de la economía y los flujos informativos, que incluso formulaba el concepto de la “globalización de los mercados” en sus formas actuales, puede ser encontrado en un artículo de 1983 firmado por Theodore Levitt en el *Harvard Business Review*.¹³

Es en sí el aspecto funcionalista de la globalización el que discrepa esta teoría del concepto de la internacionalización económica. De conformidad con Peter Kickens, la globalización contiene procesos que son cualitativamente distintos de los de la internacionalización. En ellos se involucra no solamente la extensión geográfica de las actividades económicas, a los procesos de internacionalización, si no también y más importante, la integración funcional de actividades que antes se encontraban

dispersas y que con los avances tecnológicos se van entrelazando, dando una sensación de que las distancias son más cortas. Esto último es el rasgo peculiar de la globalización dentro de las innovaciones tecnológicas más recientes. El actual proceso de globalización redonda, por ello en la formación de unidades funcionales a nivel de todo el planeta.¹⁴

5.2.1 La Globalización y otras Teorías del Desarrollo

Las teorías que tienen un papel central en el estudio más profundo con respecto al desarrollo de globalización son: la modernización de los sistemas tecnológicos mundiales y la dependencia que ocasiona su uso. Desde una óptica muy relativa, *la teoría de la globalización* coincide en ciertos aspectos con *la teoría de la modernización*.

La modernización se ubica en una manifestación más normativa —el progreso debiera ser un seguimiento de la “ruta” de los países más desarrollados—. La globalización por su parte contiene un carácter más descriptivo e interpretativo con base en una aproximación más “positiva” de los fenómenos que se hacen evidentes.¹⁵ Y la globalización enfatiza que los aspectos económicos y culturales que determinan los procesos sociales, de esta teoría ofrece rasgos similares a los de la “sociología comprensiva” de Max Weber.¹⁶ Desde este punto de vista, el sistema de valores, creencias y los patrones de identidades son aspectos claves para entender la dinámica social. Ya sea que esos caracteres se refieran a los grupos dominantes o a grupos subalternos dentro del contexto social.¹⁷ Para la globalización, los planteamientos weberianos de los años veinte deben ser adaptados a las actuales condiciones de inicios del siglo XXI tomando en cuenta la difusión de ideas, valores culturales y la influencia en general de los medios de comunicación en todos los contornos de una sociedad.

El sentido contrastante entre la globalización y *la teoría de los sistemas mundiales* se refiere, no obstante a que esta última contiene adaptaciones en los principios del materialismo dialéctico e histórico, mientras que la globalización acentúa sus fundamentos más bien estructurales y funcionalistas. Para la globalización lo más importante es que las sociedades se adapten a las innovaciones que plantean los nuevos escenarios de la comunicación y de la economía.¹⁸

La teoría de la globalización, la de los sistemas mundiales y hasta cierto punto *la teoría de la dependencia* toman en cuenta los cambios que más acentuadamente han ocurrido en la esfera económica. Por ejemplo: por un lado en marzo de 1973, los gobiernos de las naciones más desarrolladas principiaron a operar con tasas de intercambio flexibles en sus mercados monetarios, lo que limitó la permanencia de políticas de tasas fijas para el valor de las monedas; esta condición impactó drásticamente en las inversiones, de capitales especulativos y de colocación de recursos en bonos y en bolsas de valores; posteriormente en 1976 las transacciones

comerciales han reforzado su carácter especulativo en los valores a futuro, lo que se ha visto más favorecido con la implementación de innovaciones tecnológicas en el campo de la informática, computadoras y comunicaciones en general; la evolución de las computadoras personales de los ochentas contribuyó a un fluido movimiento de capitales, situación que también contó con el apoyo del fax en esa década; durante los noventas la principal característica ha sido la promoción y acceso a los servicios de internet lo que ha dado un carácter de mayor rapidez y flexibilidad a las intercomunicaciones. Es internet quien ha creado mayormente en los últimos años el escenario para una “economía virtual”, afectando significativamente con ello a las operaciones de mercados específicos.¹⁹

5.3. Estrategia Global

Es convertir una colección de negocios nacionales en un solo negocio mundial con una estrategia global integrada, como uno de los retos más importantes de los administradores y economista de hoy. Una industria es global en el grado de conexiones que posea con otros países. Por lo que una estrategia es Global en el grado en que esté integrada con diversos países.²⁰

6. Proceso Globalizador

La Globalización es un tema muy actual, pero que en mi opinión este tiene sus orígenes desde que el hombre se establece y vive en sociedad, pero realmente la primera etapa importante globalizadora “se inicia con el descubrimiento de América en 1492 es a partir de este acontecimiento en donde se comprueba que la tierra es redonda, por lo que si partimos de un punto o de otro podemos encontrarnos y comunicarnos, como consecuencia se da el auge del mercantilismo y se acelera la revolución industrial en Inglaterra, facilitando o introduciendo el sistema capitalista como una forma de organización social, política y económica, ocasionando un desarrollo acelerado y de comunicación, entre los cinco continentes, pasando por diferentes fases de auge, pero también de caídas provocando tensiones en el escenario internacional y una segunda etapa fue la segunda guerra mundial, aquí las potencias vencedoras (Inglaterra y Estados Unidos de América) relanzan el proceso globalizador convocando a la conferencia de Bretón Woods en 1944, para generar un nuevo orden económico internacional, a partir de este momento se crean las nuevas normas e instituciones globales evidentemente moldeadas por la estructura desigual de poder de los actores que intervinieron en el proceso como son: el Fondo Monetario Internacional (FMI), para supervisar el sistema monetario mundial, el Banco Mundial (BM) para fomentar el desarrollo internacional y apoyar a las zonas devastadas

por la guerra; en 1945 se agrega el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) paralelamente con la Organización de las Naciones Unidas y sus agencias especializadas (UNESCO o la FAO) y en 1995 se incorpora la Organización Mundial del Comercio (OMC).

El proceso globalizador es muy complejo, en el intervienen múltiples actores y factores con muchas consecuencias tanto positivas como la disminución a los costos del transporte y medios de comunicación, pero también otras negativas como la competencia desleal, las especulaciones en los mercados y las manipulaciones de los países industrializados; estos procesos han logrado avances importantes en la tecnología, la economía y la política; para enfrentar problemas globales como el virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH); es por eso que para las investigaciones científicas, se deben unir esfuerzos y fondos financieros suficientes, esto último justifica la creación de los impuestos internacionales, así como para que se de una regulación equitativa de cada uno de estos factores y actores que intervienen en la globalización.

7. Impuestos Internacionales como una realidad

La introducción de impuestos internacionales, discutido en diferentes foros, con pros y contras, siendo el estudio más influyente para la implementación de estos, el informe de Landau (Landau 2004) solicitado por el Francés Jaques Chirac, que analiza cada uno de los conceptos en torno a este tipo de impuestos, posteriormente se da la iniciativa Francesa efectuando una nueva dinámica y sus estrategias para impulsar avances plurilaterales con buenos resultados, como la conformación de la “Coalición de Voluntarios” sin esperar un acuerdo universal; de modo que en la conferencia de París se conformó un “Grupo Piloto para Aportes Solidario en pos del Desarrollo” con 38 países entre ellos, Bélgica, Alemania, Gran Bretaña, México, Austria, España, Sudáfrica, Corea del Sur,.... como marco institucional para garantizar el avance del proceso; es por esto que los impuestos internacionales ya son una realidad.

7.1 Impuesto a todos los pasajes aéreos, cuyo producto se destinará a un fondo para el combate del SIDA, la malaria y la tuberculosis en países en desarrollo. Que inició su vigencia el 10 de abril de 2006 en Francia como la forma para dar cumplimiento a los objetivos de Desarrollo del Milenio. Chile también se pronuncia a favor de impuestos de este tipo, impulsando el procedimiento legislativo parlamentario. Brasil tiene previsto incorporarlo en el transcurso del 2006. “En una conferencia internacional sobre el tema “Fuentes innovadoras de financiamiento para el desarrollo” realizada en París (28/2 – 1º /3/2006) a la que invitó el Presidente de Francia Jaques Chirac; otros nueve países anunciaron su incorporación al proyecto, entre ellos Noruega, Luxemburgo y Chipre, además de Costa de Marfil, Jordania, Congo, Madagascar, Mauricio y Nicaragua.²¹

7.2 Impuesto a la transacción de divisas, este impuesto ha sido fuertemente debatido y combatido, principalmente por la comunidad financiera, por lo que no ha sido concretizado en vista de los problemas políticos, sin llegar a realizar algún acuerdo, es esta la propuesta más popular de los impuestos internacionales por James Tobin Premio Nobel de Economía, a mi forma de ver este impuesto sería una gran fuente de ingresos, por la multiplicidad de transacciones de divisas que se realizan diariamente. Y que todos los países lo debieran aceptar en vista del objetivo primordial que es buscar el beneficio de la humanidad. Por otro lado el avance de los aspectos jurídicos y técnicos es muy notable, ya que el Impuesto a las transacciones Financieras, esta listo para implementarlo en dos etapas, frente a una variante modificada del TOBIN (Jetin/Denys 2002), y la otra es parte de la voluntad política, pero pese a que existe gran resistencia para que entre en vigencia, cada vez aumentan más sus defensores, como es el caso de los parlamentos francés y canadiense, por otro lado Bélgica en 2004 ha sancionado una ley para la implementación de este impuesto que entrará en vigor una vez que otros países de la Unión Europea se sumen a la iniciativa.

Entre los defensores más importantes encontramos a:

- George Soros, Jacques Chirac, el Premio Nobel Stiglitz, y al Canciller Austriaco Schüssel;
- Igualmente encontramos a la comisión Investigadora “Globalización” del Parlamento Alemán (Deutscher Bundestag de 2002); el Ministerio Federal de Cooperación Económica de Alemania de 2002 después de realizado un estudio a fondo concluyeron que el impuesto Tobin no solo era realizable, sino recomendable desde el punto de vista de la política de desarrollo, y el ex canciller Gerhard Schröder en el Foro Mundial de economía de Davos celebrado en 2005 se manifestó también a favor de su implementación.
- El éxito más reciente de los defensores fue la resolución del Parlamento Austriaco del 27 de abril de 2006, en donde se exige en el marco de las instituciones europeas, examinar la viabilidad de los impuestos a las transacciones financieras, el del tráfico aéreo, del tráfico marítimo y fluvial, de los recursos naturales, etc. en donde se les encauzó para aunar esfuerzos y así avanzar en forma conjunta en su implementación, sin afectar las metas de Lisboa.

El impuesto sobre transacciones financieras no es el único instrumento para la regulación de los mercados financieros pero por su importancia, su aplicación sentaría un precedente. Motivo por el cual se le combate tan duramente, pero no así por sus supuestas debilidades.

7.3 Impuestos Medioambientales, muchos de los problemas medioambientales son per se de naturaleza internacional, por lo que no puede abordarse sólo desde el espacio de los Estados nacionales, es por eso evidente que también hay un mecanismo de financiamiento internacional. Los bienes medioambientales en su generalidad

son públicos globales, que se financian a través de impuestos. Los daños que se provocan al medio ambiente, como es el caso de la capa de ozono por el uso de químicos en las industrias²², es un problema que atañe a la humanidad y que ocasiona gastos de los cuales los responsables no se hacen cargo y es a través de estos impuestos o contribuciones, la forma en que se internalizan estos costos, y la manera en que los responsables se vean obligados a financiarlos, aunque solo sería parcialmente, pero que también será una manera de control para el cuidado del medio ambiente en beneficio de la humanidad.

7.4 *Impuestos a las emisiones y al CO2*, el Consejo científico del Gobierno Federal para las Transformaciones Ambientales Globales (WGBU 2002) abogó por un impuesto a las emisiones de los aviones como control del ruido y de los gases que estos emiten; como un incentivo para que se construyan motores con baja exposición de gases.

7.4.1 *El Impuesto al CO2* es una de las más antiguas propuestas para un impuesto ecológico internacional como primer impacto regulador, tuvo grandes expectativas hasta mediados de los años noventa; por otro lado con el protocolo de Kyoto se impuso el concepto de derechos de contaminación comerciables como una contribución para este problema, pero uno de sus objetivos también iba encaminado a bloquear el impuesto al CO2. Pero tras la entrada en vigencia del protocolo de Kyoto el 16 de febrero de 2005, podría cambiar la situación, porque aún sí las metas trazadas por el Protocolo se cumplieran, no serían suficientes los fondos para evitar una catástrofe climática y como aún no queda claro las estrategias que se utilizarán para la protección climática de los próximos años, es la oportunidad para que el impuesto al CO2, subsane el hueco.

7.5 *Impuestos Internacionales sobre los consorcios trasnacionales*, es un impuesto con efecto económico regulador, que tendría una gran base impositiva, actualmente se recaudan 860 mil millones de dólares al impuesto sobre las Nuevas Tecnologías de Comunicación NTCs (Landau, 2004:93); como producto de una recaudación general del 5%, se obtendría aproximadamente 43 mil millones de dólares. Técnica-mente sería sencilla su recaudación y sería una cuota de justicia distributiva (Cossart 2005). La problemática sería las desventajas competitivas para las empresas afectadas y la resistencia política frente a impuestos de este tipo.

7.6 *Impuesto al Secreto Bancario*, bajo el título de “Transparencia bancaria como Bien Público” (Banktransparenz als öffentliches Gut), el informe de Landau describe “el secreto bancario responde estrictamente a la definición de aquello que la teoría económica designa como externalidad negativa. El ejercicio de un derecho que un país considera legítimo, provoca daños colaterales a otros” (Landau 2004:96). Dice Peter Whal que seguramente sí un gobierno tuviera el coraje de ser el pionero, la propuesta de un impuesto a las transacciones tendría alta aceptación en países en donde existe un fuerte secreto bancario.²³

7.7 Impuestos sobre el Comercio de Acciones y/o de Préstamos o sobre las inversiones de cartera, son otras de las propuestas que se debaten como alternativas innovadoras en torno a los impuestos internacionales, que se irán desarrollando y conversando en los foros internacionales, así como impuestos a la Inversiones directas al comercio electrónico.

7.8 Impuestos al espacio cósmico próximo a la Tierra por el uso de satélites o la Imposición al espectro eletromagnético, parecen ser algo más exótico, pero que no son otra cosa que la explotación del espacio público, tal como sucede en la práctica con cualquier parquímetro, por lo que considero sí existe un sustento legal que los haría viables, como es el caso de la Unión Internacional de Telecomunicaciones en Ginebra que ya esta aplicando un impuesto para el registro de satélites y para la adjudicación de frecuencias radiales.

Y así como estos, existen aún más propuestas pero por su importancia y viabilidad considero que estos serian los más trascendentes.

8. Componente de los Impuestos Internacionales

Estos impuestos se recaudaran paralelamente en cada uno de los países que se apeguen a estos; y su aplicación queda en el ámbito de cada uno de los participantes. Por lo que no requieren una institución internacional, por el momento; pero si sería conveniente que la recaudación la realizará una institución multilateral, para que también se decidiera multilateralmente la aplicación de los recursos, como las instituciones de integración que existen en la Unión Europea.

9. Legitimación de los impuestos internacionales

La Declaración de los Derechos Hombre y del Ciudadano de 1789 establece la norma válida: “los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de controlar su empleo y de determinar su cuantía, estimación, recaudación y duración (artículo 14). Un slogan resume su concepto. No taxation without representation”²⁴ El problema es que aún no existe un parlamento internacional o global, ni un Estado mundial, por lo que a mi forma de ver se requiere para una legitimación democrática, y de esa manera se de una representatividad parlamentaria de estos impuestos, para que exista una base desde el derecho público nacional e internacional. “Por lo que si se le otorgara absoluta vigencia al eslogan antes mencionado, cualquier impuesto internacional sería realmente legitimo, por lo que habrá que tomar este tema con absoluta seriedad iniciando por configurar una Institución que los represente.”

10. Impuestos Internacionales como un instrumento de regulación

La función reguladora de estos impuestos como una ventaja adicional es que establecen incentivos que coadyuvan al logro de los objetivos económicos o sociopolíticos, pero en un ámbito internacional, cuidando siempre los efectos negativos que estos puedan tener eliminándolos o compensándolos para crear más bien externalidades positivas; como sería el impuesto a las transacciones de divisas que tendría por objeto absorber “la sobre liquidez de los mercados” que es nociva para la economía general, o mediante los impuestos al tráfico aéreo que reduce el consumo de combustible de los aviones o las emisiones de contaminantes.²⁵

Los Impuestos Internacionales son también un instrumento importante para la regulación de la Globalización, porque es indiscutible que los sistemas de comunicación mundial y las condiciones económicas, se mueven universalmente a pasos agigantados y que ningún país se puede quedar en el letargo, esto es positivo para todos siempre y cuando estemos preparados para enfrentarlo, porque lamentablemente esto trae desventajas como siempre; y el pez gordo se come al pequeño; actualmente son cada vez mayor las naciones que tienen dependencia en las comunicaciones, con el sistema financiero internacional y el comercio; ante esto tenemos que aterrizar y ver nuestra realidad como mexicanos, para luchar y salir adelante, para que este progreso sea equitativo, además de que no podemos ir contra corriente.

Desde luego en esto intervienen muchos factores e intereses, tanto Políticos, Económicos, Sociales, y los medios de comunicación, gracias a estos últimos podemos estar conectados al unísono, en cualquier instante y lugar que necesitemos por medio de los satélites, pareciendo que no existen ya distancias entre nosotros. Es importante prepararnos, organizarnos, cuidar bien las relaciones internacionales, produciendo productos y servicios de calidad, para ser competitivos con los demás; porque si no se maneja con cuidado, esto puede afectar enormemente la economía de nuestro país.

Es por su objetivo primordial por el que debemos unirnos a la implementación de los impuestos internacionales en beneficio no solo de un país, sino de toda la humanidad.

Conclusiones

- I. El impuesto* es una forma de allegarse recursos para realizar diferentes actividades económicas en beneficio de una sociedad; por lo que la humanidad también debe buscar la protección de los efectos negativos como son epidemias causadas por virus, que muchas de estas son provocadas por la evolución de la Industria, tecnología cibernética y espacial, así como el agujero a la capa de ozono provocada por la utilización de diferentes químicos en la industria,

- etc., al igual que la Globalización requiere de una regulación para que las relaciones entre los Estados sean equitativas es por eso necesario la implementación de los impuestos internacionales.
- II. *Impuestos Internacionales* son una obligación general para los Estados que hayan acordado adherirse a este tipo de instrumentos de financiamiento para el desarrollo de la humanidad, que deberán estar establecidas en una ley. Lograran efectos reguladores económicos, ecológicos, etc.; para que sean un instrumento para la regulación del proceso globalizador.
- III. *Regulación de los Impuestos Internacionales*, para que los Legisladores sistematicen Impuestos Internacionales es necesario instaurar un Parlamento Internacional, porque hasta ahora estos impuestos se establecen dentro de cada Estado o Nación que se une a su creación y aplicación. Y es importante que para su instauración se respeten los principios universales de los impuestos.
- IV. *Globalización*, es un proceso integrador de las diferentes actividades humanas, como son la producción, el comercio, que conlleva flujos financieros muy importantes, corrientes culturales y grandes redes de información; por lo tanto influye en los ámbitos económicos, políticos y sociales a nivel internacional.
- V. *proceso Globalizador*, en si son las diferentes etapas en que se desarrolla la Globalización, en el intervienen múltiples actores y factores con muchas consecuencias tanto positivas como la disminución a los costos del transporte y medios de comunicación, y otras negativas como la competencia desleal, las especulaciones en los mercados financieros y las manipulaciones de los países industrializados; es por eso que para las investigaciones científicas, se deben unir esfuerzos y fondos financieros suficientes, esto último justifica la creación de los impuestos internacionales.
- VI. *Impuestos Internacionales como una realidad* discutido en diferentes foros, con pros y contras, siendo el estudio más influyente para la implementación de estos, el informe de Landau que analiza cada uno de los conceptos en torno a este tipo de impuestos; y que posteriormente se da la iniciativa Francesa para implementar el impuesto a los pasajes aéreos efectuando una nueva dinámica y sus estrategias para impulsar avances plurilaterales con buenos resultados, como la conformación de la “Coalición de Voluntarios” sin esperar un acuerdo universal; de modo que en la conferencia de París se conformó un “Grupo Piloto para Aportes Solidario en pos del Desarrollo” como marco institucional para garantizar el avance del proceso; es por esto que los impuestos internacionales son ya una realidad y representarán un gran paso hacia la democratización y constitución justa de la globalización. Así como la generación de recursos financieros para impulsar un potencial constitutivo para intervenir en las estructuras de la sociedad (Whal 2005) y sobre todo que los objetivos de desarrollo del Milenio no se podrán financiar sin la intervención

de instrumentos financieros no convencionales. Es por eso que los defensores de los impuestos internacionales es cada vez más amplio.

VII. *El impuesto a los pasajes aéreos*, como el primer impuesto internacional que entra en vigencia en Francia por iniciativa de Jaques Chirac, a partir del 10 de abril de 2006 al que se unieron Brasil, Chile y otros países se apuestan a ingresar en un nuevo paradigma. Ya que existe una marcada resistencia política.

Notas

1. Arrijoa Vizcaíno Adolfo, Derecho Fiscal Editorial Themis, pág. 320
2. Giuliani Fonrouge Carlos M., Derecho Financiero, de Palma, Buenos Aires 1970, Tomo I, pág.273, de su definición concluye con las siguientes caracteres distintivos del tributo: a) una obligación de dar dinero o cosas, que en la actualidad es predominantemente pecuniaria; b) emanada del poder de imperio estatal, lo que supone su obligatoriedad y la conclusión de hacer efectivo su cumplimiento; c) establecida por la ley; d) aplicable a personas individuales o colectivas; e) que se encuentren en las más variadas situaciones predecibles, como puede ser determinada capacidad económica, realización de ciertos actos, etcétera.
3. Actividad que desarrolla el Estado, con el objeto de procurarse los medios necesarios para los gastos públicos destinados a la satisfacción de las necesidades públicas y en general la realización de sus propios fines, con el objetivo primordial de buscar el bienestar común. Por lo tanto sus funciones son la Realización de Servicios Públicos y la Satisfacción de necesidades generales.
 - A. que afecten al individuo: alimentación, vestido, albergue, etc.
 - B. que nacen de la relación entre individuos: Instrucción, Salubridad, Asistencia Social.
 - C. y las públicas que son:
 - de orden interior (policía),
 - de Defensa exterior (ejercito),
 - de Impartición de justicia (tribunales).Para que el Estado pueda realizar su actividad económica, requiere de Ingresos los cuales deberá cuidar, manejando bien sus finanzas.
4. Hasta el momento esta clase de impuestos internacionales se han legislado en el Parlamento del País que se adhiere a este tipo de acuerdos, pero en el futuro va ha ser necesario crear una institución internacional que los regule. En la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2004 aprobó con los votos de 115 países una resolución en la que se examinarían a fondo los impuestos internacionales, como instrumentos financieros para impulsar el Desarrollo del Milenio.
5. *La relación jurídico tributaria* es un vínculo que une a diferentes sujetos respecto de la generación de consecuencias jurídicas consistentes en el nacimiento, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones en materia tributaria. Los sujetos en materia fiscal pueden tener el carácter de sujetos activos y de sujetos pasivos. Ambos tienen características particulares que es necesario precisar.
 - I. *Sujetos Activos*. Como hemos visto, el principal destino de las contribuciones es el gasto público, que como tal, es el que realizan las entidades del Estado a cualquier nivel; Federación estados y municipios, por lo que de esta aseveración podemos derivar la regla general para determinar quiénes son o pueden ser los sujetos activos de la realización jurídico tributaria. Esta regla general

presenta excepciones que analizaremos en su momento; por ahora sólo enunciaremos que *los sujetos activos son: la Federación, los estados y los municipios. El sujeto activo* en toda relación jurídica tiene la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación en los términos fijados por la propia ley. *II. Sujetos Pasivos.* En el otro extremo de la relación jurídica se encuentra el *sujeto pasivo* que, *es la persona que tiene a su cargo el cumplimiento de la obligación* en virtud de haber realizado el supuesto jurídico establecido en la norma.

6. Teorías de la Globalización; Siglo XXI Editores, 1996 pág.3
7. ¿Qué es la Globalización?; Paidós 1998; pgs. 29 y 30
8. La Globalización: ¿Amenaza u oportunidad?; preparado por el personal del FMI, Abril 2000
9. <http://es.wikipedia.org>
10. <http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion>
11. Considerando las políticas monetarias como las ocurridas desde marzo de 1973 en donde evoluciona el intercambio monetario, existiendo una limitada capacidad de manejo fiscal y un desequilibrio en la competitividad por capitales que afecta a muchas naciones especialmente del Tercer Mundo: Kaplan, B. Social change in the capitalist world. (Beverly Hills, California: SAGE, 1993); Gough, I. Economía política del estado de bienestar. (Madrid, España: Blume, 1992); Moore, M. Globalization and social change. (New York: Elseiver, 1993). Isuani, E. El estado benefactor. Un paradigma en crisis. (Buenos Aires, Argentina: Miño y Davila, 1991); Lubbers, R. Globalization, economists and the real world. (London, U.K. Tillburgh, 1999), Lubbers, R. Concepts on globalization. (www.globalize.org/publications/dynamic.html); y Blecker, R. Taming global finance. (London, U.K.: Economic Policy Institute, 1999).
12. Lubbers, R. Globalization, economists and the real world. (London: Tillburgh, 1999), Lubbers, R. Concepts on globalization. (www.globalize.org/publications/dynamic.html); y Blecker, R. Taming global finance. (London, U.K.: Economic Policy Institute, 1999).
13. Levitt, T. The marketing imagination. (New York: The Free Press, 1986).
14. Dickens P. The global shift. (New York: Guilford, 1998); y Foster, J. Contradictions in the universalization of capitalism in Monthly Review Vol. 50, No. 11, April 1999, p. 39.
15. Portes, A. Labor, class, and the international system. (New York: Aberdeen, 1992), y Held, D. Modelos de democracia. (Madrid, España: Alianza Editorial, 1992).
16. Weber, M. Economía y sociedad. (México, D.F., México: Fondo de Cultura Económica, 1987), especialmente pp. 8-16 y 23-54.
17. Weber, M. *The Protestant ethic and the spirit of capitalism*. (New York: Scribner, 1988).
18. Etzioni. E. social change. (New York: Basic Books, 1991). Galbraith, J. La cultura de la satisfacción. (Buenos Aires: Ariel, 1992). Hirschman, A. De la economía a la política y más allá. (Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1987).
19. Como es el caso que encontramos en 1997 en donde se muestra que Mitsubishi Trading Co., Mitsui Co. y General Motors tuvieron un total de ventas anual que superan incluso la producción anual de Indonesia, la 24a. economía del mundo. Esto muestra la evidencia de que en ciertas partes del mundo se está presentando un proceso de integración y de desintegración económica. Mundell, R. International Economics. (New York: Mcmillan, 1998), especialmente el capítulo concerniente a la teoría de las áreas óptimas monetarias, pp. 177-186; y Kenneth Galbraith, J. Challenges of the New Millennium talks with Asimina Caminis, in Finance and Development, Dec. 1999, Vol. 36, No. 4 (Washington, D.C.: International Monetary Fund, 1999); y U.S. Network for Global Economic Justice (<http://www.50years.org/>); y Ramonet, I. Porto Alegre, en Le Monde Diplomatique, Año 4 No. 42, febrero del 2001 (México, D.F: Le Monde Diplomatique, 2001), p.1.

20. *Ventajas de la Estrategia Global* - Reducción de costos - Calidad mejorada de productos y programas - Mas preferencia de los clientes - Mayor eficacia competitiva

Una estrategia global puede reducir los costos mundiales en diferentes formas: 1) Economías de Escala en donde se pueden realizar aunando la producción u otras actividades para dos o mas pases. 2) Costos mas bajo de factores que se puede lograr llevando la manufactura u otras actividades a países de bajo costo. 3) Producción concentrada que significa reducir el número de productos que se fabrican, de muchos modelos locales a unos pocos globales. 4) Flexibilidad es aquella en que se puede explotar pasando la producción de un sito a otro en breve plazo, a fin de aprovechar el costo mas bajo en un momento dado y 5) Aumento del poder negociador con una estrategias que permitan trasladar la producción entre múltiples sitios de manufactura en diferentes países.

Desventajas de la Estrategia Global. La globalización puede causar gastos administrativos cuantiosos por el aumento de coordinación y la necesidad de informar e incluso por aumento de personal, además de que puede reducir la eficiencia o eficacia de la administración, si no se hacen planeaciones correctas en cada país, la excesiva centralización perjudica la motivación local. La estandarización de productos puede dar por resultado un producto que no deje clientes plenamente satisfechos en ninguna parte. Integrar medidas competitivas puede significar sacrificio de ingresos, de utilidades o de posición competitiva en algunos países.

Equilibrio necesario. Las estrategias mundiales de mayor éxito son las que alcanzan un buen equilibrio entre super-globalización y sub-globalización.

21. “Del concepto a la realidad sobre el Estado de Debate en Torno a los Impuestos Internacionales”, Peter Wahl.

22. El término “Capa de ozono” es entendido, generalmente, de una manera que se presta al equívoco. El término sugiere que, a una cierta altura de la atmósfera, existe un nivel de ozono concentrado que cubre y protege la tierra, a modo de un cielo que estuviese encapotado por un estrato nuboso. Lo cierto es que el ozono no está concentrado en un estrato, ni tampoco por lo tanto, está situado a una altura específica, si no que es un gas escaso que está muy diluido en el aire y que, además, aparece desde el suelo hasta más allá de la estratosfera. La capa de ozono se encuentra en la estratosfera, aproximadamente de 15 a 50 Km. sobre la superficie del planeta. El ozono es un compuesto inestable de tres átomos de oxígeno, el cual actúa como un potente filtro solar evitando el paso de una pequeña parte de la radiación ultravioleta (UV) llamada B que se extiende desde los 280 hasta los 320 manómetros (nm). La radiación UV-B puede producir daño en los seres vivos, dependiendo de su intensidad y tiempo de exposición; estos daños pueden abarcar desde irritación a la piel, conjuntivitis y deterioro en el sistema de defensas, hasta llegar a afectar el crecimiento de las plantas y dañando el fitoplancton, con las posteriores consecuencias que esto ocasiona para el normal desarrollo de la fauna marina. El ozono es un gas tan escaso que, si en un momento lo separásemos del resto del aire y que lo atrajésemos al ras de tierra, tendría solamente *3mm de espesor*. El ozono está en todas partes y a cualquier altura. Incluso en los niveles estratosféricos de máxima concentración relativa es un componente minoritario de la mezcla de gases que componen el aire. *En ninguna altura, llega a representar ni el 0,001% del volumen total de aire.*

Los principales agentes de destrucción del ozono estratosférico, son mayormente el cloro y el bromo libres, que reaccionan negativamente con ese gas. Las concentraciones de cloro y bromo naturalmente presentes en la atmósfera, son escasas especialmente en la estratosfera y por consiguiente, pobres en la generación del agujero de ozono, en cuanto a su extensión y los valores recientemente observados. El cloro, en las proporciones existentes, debe su presencia en la atmósfera a causas antropogenias, especialmente desde la aparición de los clorofluocarbonos (CFC) sintetizados por el hombre para

diversas aplicaciones industriales. La forma por la cual se destruye el ozono es bastante sencilla. La radiación UV arranca el cloro de una molécula de clorofluorocarbono (CFC). Este átomo de cloro, al combinarse con una molécula de ozono la destruye, para luego combinarse con otras moléculas de ozono y eliminarlas. El proceso es muy dañino, ya que en promedio un átomo de cloro es capaz de destruir hasta 100.000 moléculas de ozono. Este proceso se detiene finalmente cuando este átomo de cloro se mezcla con algún compuesto químico que lo neutraliza. Llamamos radiaciones ultravioleta (UV) al conjunto de radiaciones del espectro electromagnético con longitudes de onda menores que la radiación visible (luz), desde los 400 hasta los 150 nm.

23. "Del concepto a la realidad sobre el Estado de Debate en Torno a los Impuestos Internacionales", Peter Wahl.
24. Idem.
25. idem

Bibliografía

Teorías de la Globalización; Siglo XXI Editores.

ARRIOJA VIZCAÍNO, Adolfo, Derecho Fiscal Editorial Themis

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *Principios de Derecho Tributario*, Noriega Editores, México, 1996.

DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1977.

FERNÁNDEZ MARTINEZ, Refugio de Jesús, *Derecho Fiscal*, Editorial McGrawHill, México, 1998.

GIULIANI FONROUGE, Carlos M., Derecho Financiero, de Palma, Buenos Aires 1970

Publicaciones Consultadas

La Globalización: ¿Amenaza u oportunidad?; preparado por el personal del FMI, Abril 2000

¿Qué es la Globalización?; Paidós 1998

Banco Mundial/FMI (2005): Moving Forward: Financing Modalities Toward the MDGs (Modalidades Financieras hacia los Objetivos de Desarrollo del Milenio), Informe Preliminar para la Reunión del Comité de Desarrollo –17 de abril del 2005, SecM2005-0125, Washington.

Del concepto a la realidad sobre el Estado de Debate en Torno a los Impuestos Internacionales", Peter Wahl.

COSSART, Jaques (2004): International Taxation: A Resource for Global Public Goods (Impuestos Internacionales: un Recurso para los Bienes Públicos Globales), presentación en power point realizada en un taller de WEED, Liberdade Brazil y Fundación Heinrich Böll, San Pablo 2004, inédito.

European Central Bank (2004): Opinion of the European Central Bank on the Belgian Law for a Currency Transaction Tax (Opinión del Banco Central Europeo sobre la Ley Belga para la Tasa sobre las Transacciones Financieras). (CON/2004/34). Frankfurt del Meno.

JETIN, Bruno/Denys, Lieven (2005): Ready for Implementation. Technical and Legal Aspects of a Currency Transaction Tax and Its Implementation in the EU (Listos para la Implementación. Aspectos técnicos y legales de un Impuesto Sobre las Transacciones Financieras y su Implementación en la Unión Europea). Berlín.

- LANDAU, Jean Pierre (2004): Les nouvelles contributions financières internationales (Las nuevas contribuciones financieras internacionales), Informe para el Presidente de la República, París.
- Naciones Unidas (2004): Rapport du groupe technique sur les mécanismes innovants de financement (Informe del grupo Técnico sobre los mecanismos innovadores de financiamiento), Ginebra.
- SACHS, Jeffrey (2005): Investing in Development. A practical Plan to Achieve the Millenium Development Goals (Invirtiendo en Desarrollo. Un Plan Práctico para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio), Report to the UN Secretary General, Washington.
- SPAHN, Paul Bernd (2002): Zur Durchführbarkeit einer Devisentransaktionssteuer (Hacia la Viabilidad de un Impuesto sobre las Transacciones de Divisas), Estudio encargado por el Ministerio Federal de Cooperación Económica (BMZ), Bonn y Frankfurt.
- UI HAQ, Mahbub/KAUL, Inge/GRUNBERT, Isabelle (ed.) (1996): The Tobin Tax: Coping with Financial Volatility (El impuesto Tobin: enfrentando la volatilidad financiera), Nueva York, Londres.
- WAHL, Peter (2005): Internationale Steuern. Globalisierung regulieren – Entwicklung finanzieren (Impuestos Internacionales. Regulación de la globalización). Berlín.
- WAHL, Peter (2005^a): Comment on the “Opinion of the European Central Bank” on the Belgian law (Comentario sobre la Opinión del Banco Central Europeo sobre la Ley Belga para el Impuesto sobre las Transacciones Financieras), fechada el 4 de noviembre de 2004 (CON/2004/34), preparada por Peter Wahl, World Economy, Ecology and Development – WEED, Berlín, para la Audiencia de la Comisión Especial sobre Globalización en la Cámara Belga de Representantes. Bruselas, 13 de julio de 2005.
- LUBBERS, R. Globalization, economists and the real world. (London: Tillburgh, 1999),
- BLECKER, R. Taming global finance. (London, U.K.: Economic Policy Institute, 1999).
- LEVITT, T. The marketing imagination. (New York: The Free Press, 1986).
- DICKENS P. The global shift. (New York: Guilford, 1998); y Foster, J. Contradictions in the universalization of capitalism in Monthly Review Vol. 50, No. 11, April 1999, p. 39.
- PORTES, A. Labor, class, and the international system. (New York: Aberdeen, 1992), y Held, D. Modelos de democracia. (Madrid, España: Alianza Editorial, 1992).
- WEBER, M. Economía y sociedad. (México, D.F., México: Fondo de Cultura Económica, 1987), especialmente pp. 8-16 y 23-54.
- WEBER, M. *The Protestant ethic and the spirit of capitalism*. (New York: Scribner, 1988).
- ETZIONI. E. social change. (New York: Basic Books, 1991). Galbraith, J. La cultura de la satisfacción. (Buenos Aires: Ariel, 1992). Hirschman, A. De la economía a la política y más allá. (Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1987).

Sitios Web consultados

- <http://es.wikipedia.org>
<http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion>
www.globalización.org
www.monografías.com
www.globalize.org/publications/dynamic.html
www2.weed-online.org

LIBERALIZACIÓN Y SERVICIO PÚBLICO EN EL MERCADO INTERIOR EUROPEO DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA

Rodrigo Ochoa Figueroa¹
Universidad Complutense de Madrid

Introducción

Hoy en día no se podría comprender al Mercado Interior Europeo de la Energía Eléctrica sin la liberalización del sector en cuestión en los países miembros. Y sin duda alguna, en muchos casos no podríamos entender la razón de la liberalización de este importante servicio en determinadas naciones europeas sin la percepción del tan mencionado mercado como un sector abierto e integrado.

Para analizar esto, debemos tomar en cuenta algunas de las razones que dieron origen a la apertura de este importante agente económico y posteriormente centrarnos en el respaldo jurídico de la liberalización, ya que éste es precisamente el fundamento que detona la puesta en marcha del mercado en comento, lo que hace posible su integración, garantizada en las legislaciones de las diversas regiones europeas.

Una vez que las reglas del juego han cambiado en los últimos años, el Servicio Público Eléctrico también deberá evolucionar, para así prevalecer y ser eficiente. Para tal efecto, consideramos importante recordar su concepto y régimen tradicional² (vigente en la actualidad solo en algunos sectores como: transporte urbano y abastecimiento de agua) para posteriormente analizar algunas de las opiniones de diferentes tratadistas acerca de su necesario cambio institucional y así adaptarse al nuevo marco jurídico liberalizador imperante en nuestros días, en la comunidad de países europeos.

Fundamentos de la liberalización

En primer lugar, encontramos los argumentos de la Comisión Europea, que se han esgrimido para impulsar el establecimiento del Mercado Interior de los productos energéticos. Por otro lado, existen razonamientos de naturaleza política y económica, mediante las cuales se ha favorecido la implementación de medidas liberalizadoras y desreguladoras de las actividades económicas, las cuales se han extendido a las actividades energéticas tanto al del sector eléctrico como al de los hidrocarburos.

Fundamento Político

Para comprender los fundamentos políticos nos tendremos que remontar a la influencia que ha producido la corriente política de libertad de mercado durante los

últimos años dentro y fuera de los Estados miembros. Uno de los sustentos del fenómeno de apertura del mercado eléctrico lo encontramos al analizar las experiencias liberalizadoras que han tenido lugar en países como Reino Unido, Argentina, Noruega y Suecia. La consolidación de estos procesos de liberalización animó a los distintos países a desarrollar iniciativas similares, teniendo como objetivo la apertura paulatina de los sectores energéticos a la competencia y la disminución de la intervención estatal en estas actividades.

La culminación de la integración europea de la economía ha sido el principal motor de la liberalización económica y de la expansión de las fuerzas del mercado, que ha ido ganando terreno frente a la pesada herencia de intervencionismo y rigidez regulatoria que, hasta hace un poco más de un lustro, imperaba en Europa. La liberalización ha avanzado impulsada –principalmente–

desde el exterior por los requerimientos derivados de la armonización con el marco regulatorio europeo y por la propia dinámica impuesta por la competencia externa.³

La liberalización de los servicios públicos económicos (energía, comunicaciones, transportes) supone introducir cambios importantes en las pautas de comportamiento de las empresas del sector, de los mercados de capitales que las financian y de los consumidores. Hasta fecha reciente, los servicios públicos económicos han estado al abrigo de los rigores de la libre competencia y de los factores de riesgo que entraña. Por ello, algunos autores como De la Cruz, consideran que “un proceso de liberalización requiere en primer término, un firme liderazgo político que sea capaz de explicar la necesidad y conveniencia de la reforma y que también sea capaz de definir un nuevo marco jurídico que ofrezca garantías y seguridad a los inversores y permita a los consumidores beneficiarse de la introducción de competencia”.⁴

Dentro del fundamento político encontramos un elemento conceptual que sustenta la liberalización, que es el principio de la subsidiariedad⁵, el cual considera que todo lo que puede hacer el individuo, en el ejercicio de sus derechos y libertades o, por decisión del individuo, las entidades menores o intermedias, no deben hacerlo las entidades mayores en cuyo extremo se encuentra el Estado.⁶

El citado principio, concede preferencia siempre que sea posible al individuo y a las entidades menores e intermedias frente a las grandes organizaciones y a los poderes públicos a la hora de desplegar una política en ejercicio de sus derechos y libertades, y en el principio de proporcionalidad, que exige una adecuación entre el fin que se persigue y el grado de intervención pública que limita los derechos y libertades de los ciudadanos.⁷

Éstos son solo algunos de los fundamentos basados en las experiencias de los países miembros cuyo notable éxito ha desencadenado nuevas tendencias en cuanto a políticas económicas. La Comunidad Europea considera la necesidad de que el Estado adopte un nuevo papel más acorde al tiempo en que vivimos,

no actuando más como agente económico directo, sino que debería de ejercer otro roll como promotor, catalizador y garante de los derechos de propiedad y de la libertad de empresa.

Fundamento Económico

Dentro del fundamento económico, se desdoblaron una razón conceptual (el desarrollo técnico y económico permite hoy superar los supuestos fallos del mercado que justificaban la creación de servicios públicos por los que se excluían ciertas parcelas estratégicas de la competencia) y una razón coyuntural (como es la urgencia por ganar en competitividad frente a otras economías más eficientes ante la aparición progresiva de mercados mundiales o globales).⁸

Como vemos, la Unión Europea pretende, mediante estas medidas, el incremento de la competitividad de las empresas europeas en los mercados internacionales. Con la adopción de esta política liberalizadora se logran importantes reducciones de coste energético para la producción de las empresas, ya que el suministro eléctrico representa un importante ingreso económico del proceso de producción y como consecuencia, al bajar los costes de producción de las empresas, bajarán también los costes de los productos.

Con estos razonamientos, entendemos que para mantener un status importante en las grandes ligas del comercio internacional, la Unión Europea debe permitir que sus empresas eléctricas compitan con las empresas extranjeras, las cuales operan en un marco jurídico diferente y con factores económicos y de costes muy distintos, propiciando así condiciones más equitativas de competencia y permitiendo el crecimiento económico.

El Fundamento Jurídico de la Liberalización como dinámica para la consecución del Mercado Interior de la Electricidad

Como hemos visto, los fundamentos de tipo político y económico de la liberalización en la Unión Europea han jugado un papel importante en la apertura del sector energético y su desregulación progresiva en cada uno de los Estados miembros; consideramos que, la liberalización constituye una herramienta *sine qua non* para la consecución del Mercado Interior Europeo, esta dinámica representa el principal fundamento jurídico para impulsar la realización del Mercado Interior y también ha supuesto una fuerte presión sobre los Estados miembros para abrir sus economías. En este sentido, De la Cruz sostiene que “de esta manera se logra derribar las barreras que protegen el último gran reducto de los monopolios: el sector de los servicios

públicos (energía, telecomunicaciones, transportes) soportados en infraestructuras cuyas redes permanecen acantonadas dentro del territorio de cada país”⁹.

La Unión Europea ha influenciado fuertemente a este sector de la economía para que realice reformas jurídico-económicas y así se integre al diseño institucional del Mercado Común Europeo basado en sus cuatro libertades, que son; libertad de mercancías, servicios, capitales y personas. De esta forma se logra este gran mercado, así como la aplicación de sus principios de libertad y neutralidad, basados en la libre competencia.

El hecho es que la tendencia actual dominante por imperativo del Derecho Comunitario y de los postulados neoliberales es la de reducir al máximo las actividades excluidas de la concurrencia, cuestionando la pervivencia de múltiples situaciones de reserva exclusiva que venían permitiendo y protagonizando en muchos casos los Estados miembros.¹⁰

Esta tendencia de liberalización la ha venido marcando la Comunidad Europea con la mirada siempre puesta en el Mercado Interior y con los claros objetivos de que los países miembros incorporen sus sistemas eléctricos al Mercado Común, abran sus fronteras y fomenten entre sí la libre competencia. Un claro ejemplo del interés de la Comisión para propiciar la privatización y estimular el Mercado Interior lo encontramos en el “Libro Blanco Sobre el Crecimiento, la Competitividad y el Empleo” de diciembre de 1993, en donde la Comisión se manifiesta a favor de las privatizaciones ya que considera que éstas deberían de permitir a las industrias europeas adaptar sus estructuras a las nuevas exigencias impuestas por la apertura de los mercados a terceros países.

Otro ejemplo del interés de la Comisión en impulsar la privatización es la recomendación que dio la Comisión el 25 de mayo de 1997 relativa a “las grandes orientaciones de las políticas económicas de los Estados miembros de la Comunidad” la cual se basa en el artículo 103, apartado segundo del Tratado en donde también manifiesta su interés en recomendar las privatizaciones como medio para que los Estados miembros obtengan una mejora de la competitividad, en particular de las pequeñas y medianas empresas.

El 7 de julio de 1997, la Comisión dio otra recomendación en relación a las grandes orientaciones de las políticas económicas de los Estados miembros de la Comunidad, en este documento hace hincapié en la importancia de la liberalización de los sectores regulados para la mejora de la competencia y la eficacia en el mercado de los productos y los servicios.

Con las pautas citadas, nos queda claro que la Unión Europea consideró que en el ámbito del Mercado Interior del sector eléctrico se debe entender la liberalización como un elemento clave para su funcionamiento. Los argumentos de la Comisión y su gran interés en estimular la liberalización y la competencia para la consecución de dicho mercado, entendiendo a este como lo define el artículo 7.a del Tratado de la

Comunidad: “un área sin fronteras internas en la que el libre movimiento de mercancías, personas, servicios y capital queda asegurada de acuerdo con las previsiones del Tratado”. En este ámbito, habría una sin razón de llamar al sector eléctrico a incorporarse al Mercado Interior sin una previa liberalización de éste ya que el servicio que se pretende comercializar no podría ser comercializado en el interior de varios países miembros por estar atrapados en una tradicional estructura monopólica.

Sin la previa liberalización no existiría un producto comerciable dentro del Mercado en comento, entendiendo a la electricidad como un producto susceptible a la comercialización, que se materializa con la venta y con ésta se materializa el servicio. Es por eso que la Comisión Europea, considerada como guardián del Tratado de la Comunidad, ha tenido que motivar a los países miembros para que se abran al mercado y a la libre competencia en este importante sector económico que durante muchos años ha sido protegido con recelo y con tintes nacionalistas. De esta forma, se pretende conseguir la materialización del Mercado Interior Europeo de la Energía Eléctrica y entrar a esta nueva era de integración económica que vivimos actualmente, no solo en Europa sino a nivel mundial. Sin duda alguna, con la entrada de la competencia se logra incrementar el nivel competitivo y la eficiencia del sistema eléctrico que nos exige esta nueva época, consideramos también que el sector energético, siendo un ingreso tan importante para cualquier economía no puede y no debe hacerse a un lado y mantenerse al margen de las nuevas tendencias mundiales.

La oleada de privatizaciones y liberalización que está recorriendo el mundo y afectando directa o indirectamente a la totalidad de los monopolios constituidos en su día sobre sectores estratégicos, no es una moda caprichosa o corriente pasajera, sino el resultado natural de la globalización de la economía y el fracaso comprobado de las opciones estatizadoras y totalitarias (identificable con la caída del muro de Berlín de 1989).¹¹

En este sentido, el Mercado Interior Europeo de la Electricidad no hubiera sido posible si los países miembros no hubiesen adoptado esta medida liberalizadora que permitió a los distintos sistemas eléctricos hacer uso de las redes intracomunitarias y así circular libremente por ellas para satisfacer las necesidades de los ciudadanos en cualquier parte de la comunidad, atendiendo a las obligaciones de Servicio Público y acarreando todos los beneficios que esto representa a los diversos sectores económicos.

Principales Antecedentes del Servicio Público

Según algunos estudiosos de la materia, como Ariño¹², el concepto de servicio público, es utilizado por primera vez por Rousseau para oponer la idea de “interés colectivo del Estado” al de “Servicio al Rey”, de esta manera para los defensores de la soberanía nacional no tiene sentido hablar de servicio propio del Rey.

Los primeros servicios públicos nacen en la Francia revolucionaria de 1789 y eran aquellos que aún el Estado más liberal, pero eso sí, nacido de una Revolución, quiere garantizar como primeras conquistas del nuevo orden que con esta revolución surgió: la educación y la beneficencia social¹³. Estos servicios estaban dirigidos a la totalidad de la ciudadanía, de esta manera el Estado asume un claro papel de responsable de su prestación y mantenimiento ya que las instituciones que los prestaban anteriormente habían desaparecido.

La Ilustración (madre de la Revolución Francesa), aportó grandes valores sociales, como, la libertad, los derechos del hombre y aseguraba que el ámbito privado es previo y por lo tanto superior al propio Estado. Con ello se consigue una ruptura de la sociedad estamental, jerarquizada y corporativa del antiguo régimen. Con dicha ruptura (Estado-Sociedad) se crean dos ámbitos separados, articulados a través de la representación igualitaria de la colectividad en el parlamento.

Paradójicamente, los propósitos de los ilustrados franceses que trataban de acotar estrechamente la acción del Estado y preservar su libertad, contribuyeron a acelerar el proceso histórico de concentración y absorción del poder en manos de una Administración personificada y progresivamente centralizadora. Como afirma Ariño, “el individuo se quedó solo, como un elemento indiferenciado frente al Estado que se vio obligado a asumir como tareas propias algunas que antes estaban desarrolladas por la sociedad, orgánicamente estructurada.”¹⁴

Otro fenómeno mundial que aportó esta institución de servicio público fue la primera Revolución Industrial, con la cual surgieron los primeros servicios públicos de carácter económico que llegan a nuestros días.

Los ferrocarriles, el gas, la electricidad, el teléfono y los transportes por carretera, son un ejemplo de ello, para cuya ordenada prestación no bastó la vieja acción de policía ni tampoco la pura medida de fomento. Este tipo de actividades exigía una positiva intervención estatal, asumiendo la dirección de las mismas, proyectando y planificando su establecimiento y su prestación. Inicialmente, muchas de esas actividades no se veían como susceptibles de prestación en régimen de competencia, sino que eran actividades con cierta vocación al monopolio, con una cierta exigencia de unidad organizativa y con vocación de exclusividad.¹⁵

En esta etapa, las ideas liberales eran consideradas como un obstáculo para que el Estado asumiese la responsabilidad de prestación de este tipo de servicios, las ideas estaban totalmente en conflicto ya que como sabemos, las ideas liberalizadoras velan por la garantía de la iniciativa privada y la libre competencia.

Otro impulso para la empresa pública fue lo que consideramos como la primera oleada de nacionalizaciones en Europa, promovida en 1936 por el Gobierno frentepopulista de León Blue, a la que tras la segunda guerra mundial, siguió una nueva tendencia en Gran Bretaña y Francia, impulsada por el Gobierno laborista al que le correspondió gestionar la reconstrucción post bélica en el Reino Unido y por las

fuerzas que soportaron el esfuerzo de la resistencia en el país vecino. Ya que no fue sólo el socialismo de uno u otro signo el que alimentó la doctrina de las nacionalizaciones, sino el conjunto de las fuerzas políticas que gobernó Europa en la post guerra, todas las cuales se impregnaron en una u otra medida de la ideología socialista.¹⁶

Esta política de la nacionalización, concebida por la Constitución francesa de 1946 como: “todo bien, toda empresa que tenga o adquiriera las características de un servicio público o de un monopolio de hecho debe convertirse en propiedad de la nación”, ha sido abandonada gradualmente y sustituida por otra diferente basada en la utilización estratégica de la empresa pública como un instrumento puntual de la política económica.

Posteriormente, en 1957 se firma el Tratado de Roma y se constituye así la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Para ese entonces nadie relacionaba este Tratado con la aparición del Mercado Común Europeo, ya que, en ningún momento se incluyó la política energética común, rigiéndose el sector energético por el régimen general aplicable al resto de los sectores.

Sin embargo (el tiempo ha contribuido a demostrarlo), el Mercado Común así nacido, como sostiene Ramón Fernández, “llevaba dentro el germen de una nueva era. Su propio diseño lo dotaba de una lógica interna, institucional, implacable, basada en la libertad, que aunque encubierta bajo el manto modesto y aparentemente neutral de la libre competencia para lograr un gran Mercado general y común, en el que las mercancías, los servicios, los capitales y las personas pudieran moverse sin trabas, estaba llamada a llenarlo todo. Y es que la libertad es indivisible y una vez introducida en un sistema cualquiera tiende inevitablemente a agrandar la brecha, por pequeña que ésta sea, que ha permitido su introducción y a hacerlo estallar, más pronto o más tarde, para reconstruirlo a continuación en su totalidad a su propia imagen.”¹⁷

Casi treinta años después, en 1986 con el Acta Única Europea se pone en marcha un mercado único sin fronteras en donde los capitales son llamados a circular libremente. Lo que constituye una clara tendencia de la Comunidad hacia la política de mercados competitivos. En ese nuevo escenario, el servicio público, con su escuela de monopolios *de facto y de iure*, se ve sencillamente como un obstáculo a superar en aras de una liberalización en la que se ha puesto todas las esperanzas.¹⁸

El Problema del Nuevo Servicio Público en el Sector Eléctrico

El problema del nuevo servicio público radica en la necesidad de éste a adaptarse a la realidad económica que se vive hoy en día, marcada por una fuerte vocación liberalizadora, mediante procesos de desmonopolización y liberalización en la economía europea. Todo esto sin alterar los fundamentos de dicha institución, sino blindarlas ante las deficiencias o incoherencias internas.

En el marco general de la globalización y de los procesos de liberalización de la economía a los que estamos asistiendo (lo que se ha dado en llamar nueva economía), bien puede decirse que uno de los aspectos jurídicos más sobresalientes es la notable inclinación a abandonar formalmente la calificación de servicio público en los principales sectores de éste, fundamentalmente en los servicios que se prestan en red (gas y electricidad, telecomunicaciones, servicios postales). Este abandono de la calificación de servicio público se enmarca, en efecto en una amplia reordenación de la economía iniciada en la última década. Un proceso que, entre otras consecuencias, ha supuesto la despublificación de las más importantes actividades reservadas al sector público, aunque (conviene resaltarlo) no haya determinado (todo lo contrario) un menor intervencionismo público.¹⁹

Lo anterior se refiere a que con esta despublificación el Estado no deja de intervenir en dichas actividades, sino que tal vez su intervención sea mayor, aunque en esta ocasión participe como director y ya no más como gestor de la actividad pública. De esta manera el servicio público se adapta a las nuevas circunstancias socio-económicas. En este sentido, asegura Ariño, “el viejo concepto de servicio público (monopólico, igualitario, de mínimos, uniforme) ya no viene a llenar las necesidades y las preferencias de la población a la que dice servir. Hoy hay que abrir camino a nuevas realidades, más competitivas, diferenciadas, innovadoras, que son las que la nueva realidad social demanda; hoy hay que desideologizar la política económica, hay que mejorar los servicios y prestaciones. Y todo ello sin perder lo ya conseguido, que es básicamente, la existencia de un *servicio universal*²⁰ a todos los ciudadanos en sus niveles básicos.”²¹

La Obligación de Servicio Público en el Mercado Interior de la Electricidad

Una vez que se ha introducido competencia en el sector eléctrico, el problema ahora es: ¿cómo se garantiza la prestación del servicio público en un marco liberalizado?. Ya que como dice E. Noam, aludiendo al sector de las telecomunicaciones: “Opening telecommunications to competition, painful as it is, will prove to be politically and conceptually the easy part; dealing with the consequences will be the next and difficult challenge”.²²

El 31 de octubre de 1996, el Comité Económico y Social de la Unión Europea elabora el dictamen titulado “Obligaciones de Servicio Público en el Mercado Interior de la Energía” sobre la compatibilidad de las obligaciones de servicio público y la introducción de competencia en las mercados eléctrico y gasista. El Comité consideraba en su informe que, teniendo en cuenta las diferencias de reglamentación en los distintos Estados miembros y las distintas motivaciones que pueden impulsar a los gobiernos a utilizar cualquiera de las modalidades del con-

cepto de servicio público, sería deseable establecer unos criterios mínimos a nivel comunitario.²³

Cabe mencionar que en 1996 la Comisión elaboró la “Carta del Servicio Público”, en la cual se desarrolla un análisis sobre la compatibilidad de la introducción de la competencia con la prestación de servicios de interés general para la sociedad. En esta carta, se concluye que el servicio de interés económico general es el concepto más amplio de los tres que abarca el interés general, los cuales son: servicio público, servicio universal y servicio de interés económico general. Es considerado el más amplio de los tres precisamente por que incluye el concepto de servicio universal, el cual es considerado como núcleo principal de los otros dos.

La electricidad se englobaría en los denominados servicios económicos de interés general: actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ello, sometidas en parte a obligaciones específicas de servicio público. La Carta del Servicio Público, si bien defiende el modelo de mercado competitivo como base de la Unión Europea, declara que la autoridad pública debe velar para que se tenga en cuenta el interés general en la actuación de las empresas. En la imposición de medidas de protección de dicho interés, la comunidad debe respetar el principio de subsidiariedad, dejando que sean los Estados quienes, dentro de sus peculiaridades, establezcan las medidas más adecuadas.

Las modalidades de las que habla el Comité Económico y Social de la Unión Europea, hoy en día las encontramos incorporadas en la directiva 2003/54/CE en su artículo 3º, en donde establece que “los Estados miembros pueden definir obligaciones relativas al servicio público en pro del interés económico general, de acuerdo con cinco categorías relacionadas con cuestiones medioambientales, seguridad, regularidad, calidad de suministro y política de precios, incluida la eficiencia energética y la protección del clima”. Los territorios miembros podrán adoptar las medidas que sean necesarias para alcanzar el cumplimiento de dichas obligaciones. Lo importante aquí es que los mecanismos que adopten las naciones europeas para conseguir estos objetivos no limiten el comercio y la libre competencia más de lo necesario.

Los servicios públicos se deben de adaptar a los nuevos retos que plantean los mercados liberalizados, y no deberán usarse como un pretexto para excluir a los mercados eléctricos de la competencia. Los citados servicios pueden y deben de adaptarse a estos nuevos tiempos. La Directiva ha implementado algunos medios menos restrictivos para alcanzar estos objetivos. Establece que los Estados miembros deberán introducir las medidas necesarias para proteger a los consumidores vulnerables²⁴ en el contexto del Mercado Interior de la Electricidad. Estas medidas facilitarían el suministro de electricidad a los consumidores geográficamente aislados a precios razonables, se obligaría también la prestación de servicios no rentables, garantizarían el suministro eléctrico para los enfermos y discapacitados, limitarían

la capacidad de las compañías eléctricas de suspender el suministro por impago, y suministrarían electricidad continua garantizada, éstas son y seguramente seguirán siendo algunas de las obligaciones a las que se podrá hacer frente en el contexto de un mercado liberalizado.

Así, desaparece uno de los asuntos de mayor preocupación en los últimos tiempos. La Comunidad Europea podrá imponer estas obligaciones a todos los operadores de los países miembros con la única restricción de que dichas obligaciones sean objetivas y transparentes y que se impongan de acuerdo con criterios no discriminatorios a todos los operadores por igual.

Conclusiones

El profundo matiz de comunitarización que refleja el Mercado Interior constituyó la invitación definitiva a la liberalización del sector eléctrico ya que por ser uno de los sectores más importantes de la economía comunitaria no podía permanecer como mero espectador pasivo, sino que se vio en la necesidad de participar en la consecución del mencionado Mercado Interior Europeo y así crear también un Mercado Interior para la energía eléctrica.

Es por eso, que se ha considerado que el mercado en comento ha constituido el detonante para la liberalización del sector eléctrico, y en efecto lo es, pero también debemos de considerar el fenómeno de la liberalización como un ingrediente indispensable para cocinar el Mercado Interior Europeo en este caso en particular el Mercado Interior de la Electricidad.

Con la figura de la liberalización se logra presionar a los Estados miembros a que abran sus economías a este sector, fomenten la competencia y estimulen el sólido establecimiento del sector eléctrico en el escenario comunitario. Sin esta liberalización los diferentes sistemas eléctricos no hubieran podido hacer uso de las redes intracomunitarias ni circular libremente por ellas para corregir los fallos en los distintos regímenes eléctricos y así garantizar la prestación del servicio en cuestión, satisfaciendo las necesidades de los ciudadanos en cualquier parte de la Comunidad en que se encuentren. Además, ¿Qué caso tendría la creación de un mercado interior eléctrico e invertir en la creación de redes intracomunitarias si no hay nada que se pueda comerciar o circular por tales redes por que simplemente no está llamada a circular por ellas o no se lo permiten las legislaciones monopolistas cerradas a la competencia? Mediante este instrumento, el sector eléctrico logra romper los gruesos muros de los monopolios Estatales y constituir lo que hoy conocemos como Mercado Interior Europeo de la Electricidad y lograr una comunitarización e integración europea en esta materia, lo que se viene a materializar con la Directiva derogada 96/92/CE de 19 de diciembre de 1996.

La reestructuración del sector eléctrico y su adaptación a los nuevos tiempos no deben, por lo tanto, considerarse como una amenaza, de hecho las debemos considerar como una oportunidad, ya que la entrada efectiva de nuevos generadores en mercados emergentes trae aparejado ventajas nuevas, como oportunidades de empleo y la posición competitiva de las industrias que consumen energía eléctrica se verá mejorada como resultado del abaratamiento de los costes eléctricos que trae consigo la mencionada libertad de mercado. Además, el cambio que como hemos visto conlleva esta liberalización es imprescindible e inevitable si Europa desea mantener y desarrollar sus niveles de competitividad comercial frente a los diversos mercados competitivos internacionales, tanto los ya consolidados como los emergentes.

Consideramos que esta liberalización y la protección del interés general no son imperativos opuestos, sino que, por lo contrario, el servicio público desempeñará y debe desempeñar un papel importante en este reciente mercado liberalizado, siempre y cuando se adapte a su nuevo entorno. Como resultado creemos que ambos imperativos sí pueden coexistir ya que el fin último de ambos es servir y beneficiar a los ciudadanos de la UE.

Por lo tanto consideramos que todavía no es hora de, como afirma González-Varas²⁵ dedicar un “réquiem” al servicio público, éste solamente ha cambiado su estructura ya que es necesario que lo haga para así adaptarse ala realidad económica que vivimos hoy en día y por lo tanto no se deberá usar como pretexto para excluir a los mercados eléctricos de la libre competencia. Como lo podemos comprobar en la Directiva 2003/54/CE y en la directiva derogada 96/92/CE, los servicios públicos sí pueden y deben adaptarse al nuevo entorno, comprobando que los monopolios no son necesarios para conservar y cumplir los objetivos relativos al servicio público.

Notas

1. Doctorando en Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid. Becario CONACYT, 2004-2007. E-mail: roy8a@hotmail.com.
2. Más acerca del concepto tradicional del Servicio Público y su régimen jurídico en: Ariño Ortiz, Gaspar, Economía y Estado. *Crisis y Reforma del Servicio Público*. Madrid, Marcial Pons, Cap. IV y X.
3. Malo de Molina, José Luís, “El shock de la Integración Europea: Liberalización Económica y Expansión del Estado de Bienestar”, en: *Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, Madrid, Caritas Española, 1995, p. 148.
4. De la Cruz Ferrer, Juan, *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2001, p. 198.
5. Un interesante estudio a fondo sobre el principio de subsidiariedad lo podemos consultar en el artículo de: Del Camp, Alain, “Principio de Subsidiariedad y Descentralización”, en: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, 1994.

6. Ariño, Gaspar, *Economía y Estado. Crisis y Reforma del Sector Público*, Madrid, Marcial Pons, 1993.
7. Caballero Sánchez, Rafael, *Infraestructuras en Red y Liberalización de los Servicios Públicos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, p. 60.
8. Ibidem.
9. De la Cruz Ferrer, Juan, *La Liberalización de los Servicios Públicos y el Sector Eléctrico*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 58.
10. Caballero Sánchez, Rafael, Op. Cit., p. 105.
11. De la Cuétara Martínez, Juan Miguel, “El Nuevo Modelo de la Regulación para la Competencia”, en: *Privatización y Liberalización de Servicios*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1999, p. 130.
12. Ariño Ortiz, Gaspar, Op. Cit., p. 254.
13. López Candela, Eugenio, *Sobre la Necesidad de un Concepto de Servicio Público*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 14.
14. Ariño Ortiz, Gaspar, *El Nuevo Servicio Público*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 20.
15. Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*, Granada, Comares, 2001, p. 491.
16. Ramón Fernández, Tomás, “Empresa Pública Y Servicio Público: El Final de una Época”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1996, p. 40.
17. Ibid, p. 41.
18. Ramón Fernández, Tomás, “Del Servicio Público a la Liberalización, Desde 1950 Hasta Hoy”, en: *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 59.
19. Fernández Farreres, Germán, “El Concepto de Servicio Público y su Funcionalidad en el Derecho Administrativo de la Nueva Economía”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 7.
20. Un estudio mas completo sobre servicio universal, consultar: Martínez López-Muñiz, José Luis, “Servicio Público, Servicio Universal y “Obligación de Servicio Público” en la Perspectiva del Derecho Comunitario: Los Servicios Esenciales y sus regimenes alternativos”, en: *Revista Andaluza de Administración Pública*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2000, Cap. IV. Así como la obra de López Candela, Javier Eugenio, *Sobre la Necesidad de un Concepto de Servicio Público*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, Cap. II y III.
21. Ariño Ortiz, Gaspar, Op. Cit., pp. 23-24.
22. De la Cuétara Martínez, Juan Miguel, “Tres Postulados para el Nuevo Servicio Público”, en *El Nuevo Servicio Público*, Madrid, Marcial Pons, 1997. p. 123.
23. De la Cruz Ferrer, Juan, Op.Cit., pp. 256-257.
24. Considerando número (24) de la Directiva 2003/54/CE.
25. González-Varas Ibañez, Santiago, “¿Del Servicio Público a los Mercados de Interés General?”, en *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 2001, p. 63.

Bibliografía

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado. Crisis y Reforma del Sector Público*, Madrid, Marcial Pons, 1993.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *El Nuevo Servicio Público*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*, Granada, Comares, 2001.
- CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael, *Infraestructura en Red y Liberalización de los Servicios Públicos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, “El Nuevo Modelo de la Regulación para la Competencia”, en: *Privatización y Liberalización de Servicios*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1999.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, “Tres postulados para el Nuevo Servicio Público”, en: *El Nuevo Servicio Público*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- DE LA CRUZ FERRER, Juan, *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2001.
- DE LA CRUZ FERRER, Juan, *La Liberalización de los Servicios Públicos y el Sector Eléctrico*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- LÓPEZ CANDELA, Javier Eugenio, *Sobre la necesidad de un concepto de Servicio Público*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- BELLOUBET-FRIER, Nicole, “Servicio Público y Derecho Comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1995.
- DEL CAMP. Alain, “Principio de Subsidiariedad y descentralización”, en: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, 1994.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “El Concepto de Servicio Público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva Economía”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, Valladolid, Lex Nova, 2003.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, “¿Del Servicio Público a los Mercados de Interés General?”, en: *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 2001.
- MALO de MOLINA, José Luis, “El shock de la Integración Europea: Liberalización Económica y Expansión del Estado de Bienestar”, en: *Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, Madrid, Caritas Española, 1995.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MÚÑIZ, José Luis, “Nuevo Sistema Conceptual”, en: *Privatización y Liberalización de Servicios*, Anuario de la Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 3, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MÚÑIZ, José Luis, “Servicio Público, Servicio Universal y “Obligación de Servicio Público” en la Perspectiva del Derecho Comunitario: Los Servicios Esenciales y sus regimenes alternativos”, en: *Revista Andaluza de Administración Pública*, Sevilla, 2000.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, “Empresa Pública y Servicio Público: El Final de una Época”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1996.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, “Del Servicio Público a la Liberalización, desde 1950 hasta hoy”, en: *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

GLOBALIZACIÓN, DERECHO PENAL ECONÓMICO Y LA PERSONA JURÍDICA

Fernando Malagón Hinojosa
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UMSNH

I. Consideraciones previas

La constante transformación social en todos los órdenes –social, político, económico, tecnológico, etc.–genera no solo beneficios, sino que también establece campos fértiles y novedosos para la comisión de conductas penalmente relevantes.

La falta de disposiciones jurídicas encaminadas a los nuevos modelos de criminalidad, generan impunidad y con ello la desestabilización del orden social; es por ello que el Estado, a partir del Derecho Penal, encargado de la protección de bienes jurídicos relevantes, comienza la búsqueda de respuestas para inhibir, combatir y sancionar las conductas que lo transgreden.

Sin embargo, no se trata de una tarea sencilla, tanto la doctrina como los órganos legislativos, en su búsqueda encuentran una serie de consideraciones dogmáticas o jurídicas que impiden hacer frente a la situación de hecho que se presenta en el momento; tal es el caso del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es por ello que el presente escrito aborda la problemática que enfrenta el derecho penal, al momento en que en la transgresión de bienes jurídicos se encuentran involucradas personas jurídicas, las que únicamente son sujetos de derecho civil o administrativo, pero no penal debido a los límites impuestos a las estructuras de los tipos penales; ocasionando la impunidad y propiciando una mayor incidencia en su comisión.

Se aborda el tema partiendo de un punto de vista general, identificando en un principio la necesidad de abordar su estudio, siendo la llamada expansión del derecho penal en particular el derecho penal económico, uno de los pilares que sustentan la necesaria inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas.

Identificando las principales áreas en que se configura la comisión de hechos ilícitos por parte de las personas jurídicas, ubicándose una mayor incidencia en el llamado “Derecho Penal Económico”.

Desde el punto de vista de la dogmática jurídico penal, se desprende la existencia de dos posturas definidas; las que reconocen la existencia de la responsabilidad penal de las personas morales y aquellas que la niegan, fundando su negativa en la incompatibilidad que tiene la persona ficta con las categorías dogmáticas de la acción, la culpabilidad y la pena.

Así mismo, se desarrollan brevemente los planteamientos elaborados por diversos dogmáticos, quienes ofrecen una respuesta para el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; se aborda el tratamiento que se da en otros países al problema y particularmente se aborda la postura que plantea la legislación federal mexicana.

II. El Derecho Penal Económico y la persona jurídica

Plantear la necesidad de abordar el estudio de un tema en particular, es el principal motivo de preocupación a fin de realizar un planteamiento adecuado de la materia; en principio, el interés surge de una observación general de la realidad social, en este caso, la creciente comisión de hechos delictivos a través de personas jurídicas.

Sin embargo, un planteamiento de este tipo, resulta severamente criticable y falto de sustento dogmático y metodológico, por lo que es menester contar con un respaldo teórico para estar en aptitud de emitir una consideración.

Es por ello, que el tema se inicia a partir de la llamada expansión del derecho penal, tomando como punto de referencia la obra de Jesús María Silva Sánchez,¹ quien plantea que la sociedad se enfrenta a una serie de transformaciones, sobre todo en el ámbito tecnológico que dan como resultado la necesaria “expansión” del derecho penal a través de la creación de nuevas figuras o la agravación de otras, como una respuesta del Estado, para los problemas sociales.

El autor considera a la globalización como una característica definitoria de los modelos sociales postindustriales; elemento determinante para la reestructuración de las instituciones del derecho penal, e incluso afirma que la delincuencia es “económica”, y describe que la criminalidad adquiere nuevos caracteres, entre otros ser una criminalidad organizada, donde intervienen colectivos de personas y define como el modelo del derecho penal de la globalización al delito económico organizado, en diversas modalidades, pero la que interesa para el presente trabajo de investigación, es la relacionada con la modalidad empresarial convencional.²

La razón por la cual se toma como punto de partida la expansión del derecho penal, es precisamente por la importancia que reporta el modelo de criminalidad del derecho penal de la globalización relacionado con la actividad empresarial y en virtud de que se trata de una delincuencia económica.

En ese sentido, es posible identificar que las personas jurídicas son protagonistas en muchas ocasiones de hechos delictivos, que se relacionan especialmente con los delitos económicos³ y atendiendo a Silvina Bacigalupo, con cuatro grupos de manera principal:⁴ a) peligros contra el medio ambiente; b) peligros dentro de la empresa; c) peligros del producto; y, d) peligros en el ámbito del transporte.

En consecuencia, si la criminalidad económica es uno de los temas relevantes para el derecho penal, es menester abordar a quién puede y debe ser considerado como sujeto activo de la comisión de ilícitos penales, la persona jurídica.

La responsabilidad penal de las personas morales, es un tema que ha sido motivo de discusión sobre todo en tratándose de los delitos económicos, considerados como "...las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación de una persona jurídica en la vida económica y en el tráfico jurídico...";⁵ de donde se advierte la necesidad del estudio de los delitos que se cometen a partir de una empresa o a través de entidades colectivas.

Silvina Bacigalupo, nos habla de la criminalidad de la empresa, en la que agrupa todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de la actuación de la empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de ésta.

Las empresas, "...son unidades organizativas orientadas a fines específicos, operan activamente en la cadena de producción, distribución y circulación de bienes y servicios en el mercado."⁶

Lo anterior, plantea la necesidad de cuestionar si una persona jurídica puede ser o no responsable penalmente; en virtud de la creciente injerencia de las personas jurídicas en la comisión de hechos delictivos, al constituirse en "tapaderas y mecanismos de distracción tras el que se ocultan los miembros de organizaciones criminales."⁷

A fin de encontrar una respuesta a la posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en preciso identificar un concepto de éstas; por lo que se debe entender como todas las realidades sociales a las que el Estado reconoce y atribuye individualidad propia. Distinta de sus elementos componentes, sujetos de derecho y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico jurídico por medio de sus órganos o representantes.⁸

El concepto generalizado es como un "...mero ente ficticio al que el derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales."⁹ como "... un centro de imputación normativa de derechos y deberes que sólo en un sentido técnico jurídico puede ser calificada como persona; un centro de imputación de situaciones jurídicas, pero no de actividades jurídicas o, en este caso, antijurídicas; un ente al que falta toda conciencia y voluntad en el sentido psicológico –que es la que se refiere a efectos penales– y toda capacidad de autodeterminación, facultades humanas que necesariamente ha de tomar prestadas a los hombres; un ente incapaz de acción en el sentido natural del término..."¹⁰

De todo lo cual se advierte que existe coincidencia en señalar que se trata de un ente creado por el derecho, al que se le atribuyen derechos y obligaciones, dirigidas a cuestiones de carácter civil o administrativo.

Para Jakobs, no aplica la noción antropológica de persona, se configura a partir del sujeto mediado por lo social, del ámbito de cometidos adscritos, es decir, de las

competencias y de la norma, en cuanto expectativa social institucionalizada.¹¹ Esto es, el doctrinario genera una alternativa para terminar con la tajante división que generó la doctrina entre persona jurídica o moral y física, circunstancia que permite salvar muchos de los obstáculos doctrinales para reconocer capacidad en el ámbito penal a la persona ficta como se verá más adelante.

Existen varias teorías en torno a la personalidad jurídica de las personas morales, pero en particular, son dos las que reportan mayor importancia y que han servido de base y fundamento para la creación de nuevas concepciones; a saber son la teoría de Savigny y la de Gierke.

En la doctrina, Savigny, es una figura determinante para tratar el tema de la persona jurídica, en razón de la importancia de sus aportaciones, planteaba la posibilidad de que la persona jurídica fuera sujeto de derecho privado; pero afirmaba “El Derecho penal sólo trata con personas como seres pensantes con voluntad. La persona jurídica no tiene esas cualidades y, por ello, debe quedar excluida del campo del Derecho penal.”¹² Esta teoría tenía sustento en la concepción ética de la persona.

La teoría de la personalidad real de la asociación o teoría orgánica de Gierke, toma como punto de partida la teoría de Savigny, cambiando el sustento de la teoría de la ficción basado en la ética, para ubicarlo en el ámbito social, llega a la conclusión de que la persona jurídica, o la asociación de personas son iguales al individuo como una unidad vital de cuerpo y alma y pueden transformar en un hecho lo que se quiere y ha querido;¹³ dentro de su teoría ubica tanto a la persona física como a la jurídica bajo la denominación de “organismo”.

En el ámbito legislativo, los diversos cuerpos legales han abordado la figura de la persona jurídica o también conocida como persona moral, particularmente en las leyes civiles y/o administrativas, definiendo sus facultades y atribuciones en cada uno de los casos y tomando como referencia las teorías antes descritas.

Las personas jurídicas en el ámbito jurídico y doctrinal son susceptibles de clasificarse desde diversos puntos de vista, en principio se clasifican en personas morales de carácter público y de carácter privado; o bien, en personas jurídicas de derecho civil; de derecho mercantil y de derecho público.

En México, la persona jurídica, es denominada como persona moral y su reconocimiento se encuentra previsto en Libro Primero, Título Segundo del Código Civil Federal –haciendo hincapié en que cada Estado de la República tiene su propia legislación y regulación de las personas morales–; en el fuero federal el artículo 25 determina las personas morales que son reconocidas por el derecho civil mexicano y se prevé además que pueden ejercitar todos los derechos para realizar el objeto de su institución y que éstas se obligan por medio de los órganos que las representan debiendo regirse por las leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos.

III. La persona jurídica y la responsabilidad penal

La discusión doctrinal, gira en torno a diversos problemas que plantean para algunos la posibilidad y para otros la imposibilidad de considerar la responsabilidad penal de las personas morales; en general, los puntos básicos sobre los que versa la discusión son tres, la acción, la culpabilidad y la pena, sin embargo encontramos autores que señalan puntos diversos a los planteados.

Silvina Bacigalupo,¹⁴ expone que la discusión en relación con las personas jurídicas, gira en torno a diversos problemas: a) cuestiones de política criminal; b) el problema de la capacidad de acción; c) el problema de la capacidad de culpabilidad y estrechamente relacionado el problema de la personalidad de las penas; y, d) el problema de la clase de sanciones que serían aplicables.

En consecuencia, se abordarán las corrientes que niegan la responsabilidad de las personas jurídicas y de aquellas que la admiten.

IV. Argumentos que niegan la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Los doctrinarios que niegan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tienen parte del principio *societas delinquere non potest*; se trata de un principio del Derecho Romano, que proclamaba que sólo las personas de existencia visible o personas físicas podían ser objeto de sanción penal y no las colectivas.¹⁵

De acuerdo a los doctrinarios en la materia,¹⁶ la responsabilidad penal de las personas morales, es incompatible con las categorías dogmáticas de la acción, la culpabilidad y la pena.

a) La acción

En general, todos los tratadistas que desarrollan el tema de la persona jurídica en el apartado relacionado al estudio de la acción, en el cual plantean sus puntos de vista en relación con el tema, y se observa que la mayoría de la doctrina es coincidente en afirmar que la acción sólo es susceptible de ser realizada por personas físicas, al respecto se señalan algunas de las posturas.

“La acción es sólo del hombre”, es la contundente afirmación que realiza Donna, en su obra Teoría del Delito y de la pena;¹⁷ lo anterior, lo fundamenta en el hecho de que sólo se considera acción, todo actuar o no del hombre, siempre y cuando sea dirigido desde la voluntad, el actuante u omitente, debe ser “señor del acto”; por lo que excluye la posibilidad de que las personas jurídicas ejerzan algún tipo de acción desde el la óptica del derecho penal.

Zaffaroni, Alagia y Slokar,¹⁸ afirman que la mayor parte de la doctrina se pronuncia en el sentido de que la persona jurídica es incapaz de acción, postura que consideran correcta, bajo el argumento de que el concepto de acción, no rechaza totalmente los límites ónticos, esto es, ante la falta de una sustancia psíquica espiritual en la persona física, esta no puede manifestarse.

Sólo la persona humana individualmente considerada, puede ser sujeto de acción penalmente relevante, es la afirmación formulada por Muñoz Conde.¹⁹

Los autores critican las posturas que dotan a las personas jurídicas de capacidad delictiva, bajo el argumento de que no se inhibe el peligro con la penalización de las conductas y por el contrario se altera el concepto de acción y su función política limitante.

Engisch, Jescheck y Schmitt, niegan la existencia de toda capacidad de acción natural por parte de las personas jurídicas, pues afirman que realizan sus funciones a partir de la acción de personas físicas.²⁰

Los autores antes referidos, no desconocen las posturas que consideran a las personas jurídicas como susceptibles de responsabilidad penal, pero atribuyen esta determinación a razones de política criminal, más que conceptuales.

Dentro de este mismo grupo de doctrinarios, se encuentra Roxin,²¹ quien afirma que una persona de existencia ideal no es susceptible de delinquir, dada cuenta de que la acción es la manifestación de la personalidad; a más de que la persona jurídica para manifestarse recurre a órganos humanos, quienes son los que piensan y actúan, en su representación por lo que es a quienes se les debe penar y no a la persona ideal.

No obstante ello, reconoce que es necesario castigar a la persona ideal, cuando se ha beneficiado con el producto del ilícito.

b) La culpabilidad

Las corrientes doctrinales que niegan la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica, tienen sustento el hecho de que se trata de un concepto dogmático dirigido en particular a la persona humana, partiendo del concepto del "... juicio de reproche ético del autor, por no haber actuado conforme a derecho...",²² por tanto, el concepto no es aplicable para un sujeto sin capacidades emocionales, sino que se aplica a juicios estrictamente personales.

c) La pena

Desde el punto de vista de la pena, no es admisible su aplicación en tratándose de personas jurídicas o morales, en todo caso, únicamente se admite la aplicación de sanciones de carácter administrativo o civil; son los postulados que plantea la mayor parte de la doctrina.

Engish, considera que el sentido y función de la pena, es incompatible con la persona jurídica, en virtud de que la pena, considerada como una disminución de bienes jurídicos y derechos para su autor y es menester que esta circunstancia se pueda sentir o sufrir por el autor, en tratándose de una persona ficta, esto no es posible; mientras que Engisch, sostuvo que existía imposibilidad por los mismos motivos de introducir en la legislación penal una pena para las personas jurídicas, por lo que era necesario encontrar una alternativa diversa.²³

V. Argumentos que aprueban la responsabilidad de las personas jurídicas

El grupo doctrinal que reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, gira sobre el eje del principio *societas delinquere potest*, el cual surge a partir del desarrollo de la teoría de la realidad, desarrollada por Otto Gierke, según la cual, la persona jurídica era organismo existente, aunque de distinta naturaleza al humano, por lo tanto era susceptible de responsabilidad penal; habiéndose sistematizado la doctrina con Aquiles Mestre.²⁴

a) La acción

Como se ha apuntado, frente al bloque que niega la existencia de la responsabilidad penal de las personas morales, existe otro sector que lo reconoce, entre otros, encontramos a Franz von Liszt, quien aun cuando concebía la acción como un movimiento corporal, circunstancia que no es posible realizar por un ente ficticio, reconoció como “jurídicamente” posible la capacidad de acción de las personas jurídicas, al afirmar que era posible aplicar los presupuestos existentes en el derecho civil o en el derecho público y por tanto susceptible de cometer delitos; esto es, no reconoció de manera directa la acción sino a partir de un concepto netamente normativo; sin embargo su construcción no presentaba la posibilidad de aplicación de una sanción, al no haber encontrado una fórmula para hacer compatible la culpabilidad con la persona colectiva; por lo que promovió un sistema de doble vía, introduciendo las medidas de seguridad, para aplicar a sujetos no capaces de culpabilidad como las personas jurídicas.²⁵

Rotberg, citado por Silvina Bacigalupo,²⁶ afirma la capacidad de acción de las personas jurídicas bajo el argumento de que al estar involucradas en el “tráfico jurídico” existe el debido reconocimiento de derechos y obligaciones necesarios para el mismo, hecho que implica el reconocimiento de su capacidad de acción.

En el finalismo, Hirsch²⁷ sostuvo que en el caso de las personas jurídicas, la acción penal relevante, es aquella realizada por el órgano de la misma en el marco de sus competencias y, por lo tanto, ostentando su representación.

Es con la obra de Jakobs, cuando se realiza una reformulación de la categorías dogmáticas, a partir precisamente del concepto de acción, la cual define como “...la

evitabilidad individual de la producción de un resultado...”²⁸ donde se plantea la posibilidad más sólida de considerar a una persona jurídica como sujeto activo dentro del campo del derecho penal.

b) La culpabilidad

En esta categoría dogmática, se observa que existen dos vertientes:

1. las que tratan de elaborar un nuevo concepto de culpabilidad exclusivo para las personas morales; y,
2. las que buscan la reconstrucción del concepto, modificando el tradicional.

En la primera vertiente, se puede citar a Schünemann,²⁹ quien desarrolla su teoría a partir de lo que llama “*el estado de necesidad del bien jurídico*” y afirma que es menester comprobar si una persona natural ha realizado, en el marco de una empresa, una acción conminada con una pena o multa administrativa que debería redundar en beneficio de la empresa; y, en segundo lugar, si falta o son incompletas las medidas de dirección o vigilancia necesaria para evitar tales hechos.

Tiedermann, también es partidario de esta vertiente, pero funda su teoría en el criterio de “*la culpa por organización*” o “*culpabilidad por defecto de organización*” y afirma “...los hechos individuales tienen que ser contemplados como hechos de la colectividad en razón de que y en tanto que la agrupación a través de sus órganos o representantes, ha adoptado la adopción de medidas de precaución que son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad relativa al tráfico de la empresa.”³⁰

El autor³¹ plantea la posibilidad de la culpabilidad por organización, la cual se formula a partir de la reelaboración del concepto de culpabilidad; propone el establecimiento de la culpabilidad en categorías sociales y jurídicas; alejándose del tradicional concepto ético. Sostiene que la persona jurídica es responsable por los hechos realizados por los individuos, porque no tomó las medidas de cuidado para garantizar un negocio ordenado y no delictivo.

Por su parte Hirsch, expone que es posible formular un juicio de culpabilidad a la persona jurídica, conclusión a la que llega al establecer paralelismo entre la culpabilidad de la persona jurídica y la persona física, por lo que incluso sostiene que es posible aplicar el concepto desde un punto de vista ético, lo anterior en virtud de que la persona moral realiza su función a través de personas físicas; sin embargo, esta postura ha sido severamente criticada, por carecer de sustento e incluso ser calificada como irracional.³²

c) La pena

El máximo defensor de la posibilidad de aplicación de penas a las personas jurídicas fue Weber, seguido por Rotberg,³³ quienes sustentaron su postura en la

creciente importancia de las personas jurídicas en la sociedad; la existencia de derechos y obligaciones de que estaban investidas y el reconocimiento de “cierta libertad social”; siendo este último concepto determinante para la aplicación de penas, como una respuesta al uso indebido de la “libertad social” otorgada; “...la pena aplicable a la persona jurídica tiene por objetivo la limitación de la libertad económica de las mismas y, por lo tanto, resulta adecuada a su finalidad.”; cumpliendo de esta manera con el aspecto retributivo de la pena; en el entendido de que la pena, se dirigirá únicamente a la persona jurídica y no a sus integrantes, por lo que deben otorgársele las mismas garantías procesales que a las personas físicas, para su aplicación.

Otra postura que fue adoptada, fue la relacionada con la posibilidad de aplicar medidas de seguridad o medidas especiales para las personas jurídicas, sustentadas sobre la base de su peligrosidad, a fin de eliminarla, lo anterior a fin de salvar la imposibilidad de la capacidad de culpabilidad.

VI. Cuestiones de política criminal

Como se apuntó con antelación Silvina Bacigalupo, expone que otra de las razones que se han esgrimido para considerar la necesaria responsabilidad penal de la persona mora, es en base a cuestiones de política criminal; existe un sector doctrinal, que plantea la conveniencia de reconocer a la persona jurídica como sujeto del derecho penal por cuestiones de carácter político criminal; asimismo existen posturas legislativas como la alemana que busca una respuesta a la problemática de esta forma.

El sector doctrinal que plantea lo anterior, sostiene que no es suficiente con el efecto preventivo general que representan las penas a que se hacen acreedores los socios de las empresas, pues afirman que esta consideración genera impunidad en los casos en que no es posible identificar a la persona física en quien se define la autoría, además de no existir coincidencia entre quien realizó la acción y quien obtuvo el beneficio patrimonial.³⁴

Desde la perspectiva de Mir Puig,³⁵ se plantea esta necesidad desde el punto de vista pragmático siguiendo el pensamiento de Liszt y Prins, basadas en la peligrosidad de las personas jurídicas que sirven como enmascaramiento de quienes se sirven de ella para delinquir, por tanto es necesario imponer un castigo.

En general, se puede plantear que este punto de vista es el mismo que plantea Jesús María Silva Sánchez,³⁶ al señalar la necesidad de hacer frente a una situación de hecho que afecta a la sociedad y que es precisamente de lo que denomina derecho penal de la globalización, donde el paradigma lo constituye el delito económico organizado, por lo que la propuesta es en sentido de flexibilizar las categorías jurídico penales.

VII. Posturas que plantean solución para atribuir responsabilidad penal de las personas jurídicas

Para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, se desarrollan los siguientes puntos fundamentales a la solución que ofrecen los doctrinarios para justificar la responsabilidad penal con sus consecuencias de las personas jurídicas.

Juan Bustos Ramírez,³⁷ plantea que la solución para reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se encuentra en las categorías de la acción o la culpabilidad, sino a nivel de la participación. Sostiene que éstas prestan una colaboración o coparticipación en las actuaciones de las personas físicas, por lo que es posible atribuirles la calidad de partícipes o coautoras. Para arribar a tal conclusión partió de la tesis de que las personas jurídicas nunca podrán ser sujeto activo de un delito, por lo que resulta más sencillo a partir de la participación elaborar una dogmática autónoma y garantista.

David Baigún,³⁸ plantea la posibilidad de recurrir a un sistema convencional y elaborar un nuevo esquema de dos vías de imputación ante el hecho protagonizado por un ente jurídico; uno que aprehenda a la persona jurídica como unidad independiente y otro, que se dirija a las personas físicas que lo integran.³⁹

A la acción de la persona jurídica, le llama "*acción institucional*", señala que el ser humano actúa tanto en la ejecución como en la elaboración de la decisión institucional, sin embargo, refiere que el actuar se encuentra determinado por otras instituciones reales: la que genera se genera en el ámbito normativo, en primer lugar; la que nace de la propia organización, en segundo término; y, finalmente, la que se identifica con el interés económico que gobierna a las anteriores; identificando el eje de la imputación objetiva en el ámbito normativo, toda vez que se instituye para el comportamiento de las personas jurídicas.

De acuerdo con Silvina Bacigalupo, el primer problema que se presenta al tratar de determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, surge a partir de la propia definición de sujeto de derecho; por lo que su teoría se basa en torno a la reformulación de dicho concepto, para a partir de ahí modificar las categorías dogmáticas de la teoría del delito; entre sus principales aportaciones, desde mi punto de vista, son las de establecer un catálogo de delitos susceptibles de ser cometidos por una persona moral.

La autora, retoma la concepción funcional de Jakobs, en la que la persona jurídica es susceptible de ser sujeto del derecho penal.

Jakobs, elabora la teoría del delito, en base a la función del derecho penal, por lo que se produce la "renormativización"⁴⁰ de los conceptos, por lo que el sujeto no es quien haya ocasionado el resultado, sino aquél que sea competente, por lo que a partir de estas concepciones afirma que las personas jurídicas son capaces de acción y de culpabilidad propia, en consecuencia, su teoría se funda en la transformación de la idea de sujeto y de la interpretación de la sociedad.

Volk, atendiendo a razones de política criminal, planteó la necesidad de imputar responsabilidad penal a la persona jurídica; identificando para ello, en principio que sólo serían sujetos de aquellos hechos delictivos en los que tuviera una “relación funcional”, esto es, un vínculo entre el hecho y el ámbito de deberes y obligaciones concretas del órgano o los representantes, considerando además la necesidad de castigo a la persona física relacionada con el hecho delictivo; reconoce la imposibilidad de salvar la construcción dogmática de la culpabilidad, por lo que plantea la necesidad de establecimiento de un sistema penal de responsabilidad colectiva paralelo al de la imputación individual; sin embargo no aportó sus fundamentos.⁴¹

VIII. La experiencia de los países europeos

Los países que reconocen la responsabilidad penal de las personas morales, son fundamentalmente anglosajones.

En Europa, el Corpus Iuris de disposiciones penales de la Comunidad Europea, prevé en su artículo 14, la posibilidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas, dirigidas a la protección de intereses financieros.⁴²

Enrique Bacigalupo,⁴³ señala que en Europa existen miembros que aceptan la responsabilidad directa de las personas jurídicas; grupo en el que existe una distinción; unos países en los que el legislador no parece estar limitado por mandatos constitucionales provenientes del principio de culpabilidad; entre ellos, Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda,⁴⁴ Irlanda y Reino Unido; y, los que reconocen al principio de culpabilidad rango constitucional y le asignan el carácter obligatorio al legislador ordinario respecto del problema de la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas, entre los que esta Alemania, España y Portugal.

Afirma, que existe otro bloque constituido por países que no aceptan la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas, entre los que está Bélgica e Italia, países respecto de los cuales afirma que prevén consecuencias jurídicas indirectas sobre las personas jurídicas.

IX. La situación en México

En nuestro país, en el ámbito federal el artículo 11 del Código Penal Federal, previene:

“Artículo 11. Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez

podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.”

Respecto de este artículo Righi, señala que se trata de una norma de escasa incidencia, que niega la capacidad de las personas jurídicas, al prever una medida de seguridad y no una pena; critica esta postura por dos circunstancias: “a) La suspensión o disolución de la persona jurídica es facultativa, lo que establece un alto grado de discrecionalidad a cargo del órgano jurisdiccional. b) El juez debe tener en cuenta si la medida resulta necesaria para la seguridad pública, efecto ciertamente improbable, ya que remite a un bien jurídico que no guarda relación con los tipos penales involucrados.”⁴⁵

El día 10 de septiembre del año 2003, el entonces Presidente de la República Vicente Fox Quesada, envió a la Cámara de Senadores, la Iniciativa de Decreto de reforma de diversos artículos del Código Penal Federal,⁴⁶ entre otros, planteaba la necesidad de establecer la responsabilidad penal de las personas morales, consecuencia del peligro de las actividades delictivas desarrolladas por éstas y como respuesta a las finalidades de defensa social del Derecho penal.

En cuanto al artículo 11 del Código Penal Federal, criticaba el contenido del citado numeral, por considerar que vulneraba el contenido del artículo 14 Constitucional, al prever la posibilidad discrecional del juez de decretar en sentencia la suspensión o disolución de una persona moral; sin haberla sujeto a juicio penal, lo que provoca que quede en estado de indefensión.

Los tratadistas mexicanos, en particular Orellana Wiarco,⁴⁷ ha señalado puntos de coincidencia con lo expuesto por Vicente Fox, en la iniciativa de reforma, pues reconoce que se deja en estado de indefensión a la persona moral al aplicarse la sanción prevista en el Código Penal, sin embargo, su crítica va mas allá al señalar que correspondería al Ministerio Público de la Federación, al momento de ejercitar la acción penal, solicitar la suspensión o disolución de la persona moral y afirma que por desgracia poco se preocupa la institución por solicitar y probar los supuestos previstos en la ley y que por tanto, no existe registro de alguna sentencia condenatoria donde se haya pronunciado la suspensión o disolución prevista en el numeral en cita.

X. Consideraciones finales

Haciendo un análisis integral de las diversas posturas que han sido planteadas, se observa que efectivamente las categorías jurídicas que integran la teoría del delito, fueron elaboradas tomando en consideración únicamente a las personas físicas y no a las jurídicas o morales.

Circunstancia, que sin lugar a dudas se convierte en el primer obstáculo para establecer el efectivo reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; puesto que resulta necesario modificar las categorías existentes, lo que en principio representa la transgresión de principios que fundamentan su existencia; o en su defecto la creación de un modelo particular.

Con entera independencia del modelo que se adopte, la realidad social clama por el debido reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas no solo en el ámbito civil y administrativo, sino en el penal, a fin de evitar la impunidad que se ha estado generando en torno a cuestiones relacionadas sobre todo con delitos económicos; los cuales quedan impunes, al no poder establecerse la responsabilidad de persona determinada, dada cuenta con la división de funciones que se atribuyen a cada persona física dentro de una persona jurídica.

Sin lugar a dudas, los planteamientos formulados desde el punto de vista de la política criminal, son desde mi punto de vista los más apropiados para fundar el debido reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, señalando que es posible rescatar conceptos elaborados por varios tratadistas; en principio, se comparte la postura planteada por Silvina Bacigalupo, quien identifica que el problema no reside en las categorías que conforman la teoría del delito, sino que la dificultad estriba en el concepto de persona, por lo que la elaboración que realiza Jakobs, aporta elementos determinantes, para no considerar única y exclusivamente a los individuos como sujetos de derecho penal.

Es importante también destacar que no es suficiente con superar los obstáculos que representa la teoría, sino que además es menester establecer límites para la función que cumple el Estado; en ese sentido, el planteamiento que formula Silvina Bacigalupo en torno a especificar aquellos delitos que sean susceptibles de cometer las personas jurídicas es un elemento que debe ser tomado en consideración al momento de emitir una decisión de carácter legislativo.

La respuesta que emitió el legislador mexicano a través del artículo 11 del Código Penal Federal, no ofrece una respuesta convincente para sancionar las conductas desplegadas por las personas jurídicas en el ámbito federal; en principio, la doctrina no señala algún antecedente de su actualización; en segundo lugar, transgrede el derecho de audiencia que está debidamente regulado en la Constitución Política, con lo cual se deja la posibilidad de la que la persona moral que se vea afectada con una sanción impuesta en términos del numeral en comento, pueda y deba ocurrir a la autoridad federal en busca del amparo y protección por violación a una disposición Constitucional; y, finalmente, involucra como elemento que la medida sea necesaria para la seguridad pública; sin embargo, la seguridad pública no es un concepto que esté directamente relacionado con la comisión de delitos económicos.

Ahora bien, si a lo anterior se adiciona la circunstancia relacionada con la inactividad por parte del Agente del Ministerio Público de la Federación, para investigar

y acreditar los supuestos previstos en el numeral en comento, la situación se agrava; por lo que se puede concluir que es menester una reforma a la legislación, a fin de reconocer de manera efectiva la responsabilidad penal de la persona moral que responda a una necesidad social no solo de carácter nacional sino internacional.

Notas

1. Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho Penal. 2ª ed. Ed. Civitas. Madrid. 2001. 167 p.
2. *Idem.* p. 85.
3. Righi, Esteban. Derecho Penal Económico comparado. 1ª ed. Editoriales de Derecho Unidas. Madrid. p. 251.
4. Vid. Bacigalupo, Silvina. La Responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1ª ed. Bosch Ed. Barcelona. 1998. p. 26.
5. *Idem.* pp. 27-28.
6. Meirovich, Gustavo. *et al.* “Sociedad de riesgo”. En: Fellini, Zulita. (Directora). Temas de Derecho Penal Económico y Responsabilidad de las Persona Jurídicas. Tomo I. 1ª ed. GRÜN Ed. Buenos Aires. 2004. p. 94.
7. Palma Herrera, José Manuel. Los delitos de blanqueo de capitales. 1ª ed. Edersa Ed. Madrid. 2000. p. 395.
8. Bacigalupo, Silvina. *Op. cit.* p. 369.
9. Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. 2ª Ed. Themis Ed. Bogota. 2002. p. 12.
10. Palma. *Op. cit.* p. 400.
11. Meirovich. *Op.cit.* p. 112.
12. Savigny, citado por: Bacigalupo, Silvina. *Op. cit.* p. 61.
13. *Idem.* p. 66.
14. *Idem.* p. 147.
15. Garrigós, María Laura, Carolina Morales Degamut y Virginia Sansone. “Origen y evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.” En: Fellini. *Op. cit.* p. 157.
16. *Idem.* p. 19.
17. Donna, Edgardo Alberto. Teoría del delito y de la pena. Tomo 2. 1ª ed. Astrea. Buenos Aires. 2003. pp. 16-17.
18. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al.* Derecho Penal Parte General, 1ª ed. Porrúa. México. 2001. pp. 407-408.
19. Muñoz. *Op. cit.* p. 12.
20. En el mismo sentido se pronuncian Córdoba, Rodríguez Mourillo, Mir, Cerezo, Pérez Manzano. Vid. Luzon Peña, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General Tomo I. 1ª ed. Universitas Ed. Madrid. 1996. p. 289.
21. Garrigós. *Op. cit.* p. 167.
22. Bacigalupo, Silvina. *Op. cit.* p. 131.
23. *Idem.* pp. 132-133.
24. Garrigos. *Op.cit.* pp. 175-176; Righi. *Op. cit.* p. 254.
25. Bacigalupo, Silvina. *Op. cit.* pp. 70-72.
26. *Idem.* p. 129.

27. Citado por: Fellini. *Op.cit.* p. 20.
28. Bacigalupo, Silvina. *Op. cit.* p. 153.
29. Fellini. *Op.cit.* p. 21.
30. *Idem.* pp. 21-22.
31. Bacigalupo, Silvina. *Op. cit.* 171-172
32. *Idem.* p. 177.
33. *Idem.* pp. 133-134.
34. *Vid.* Luzon. *Op. cit.* pp. 288-289; Righi. *Op. cit.* pp. 251-252.
35. Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General.* 6ª ed. Reppertor Ed. Barcelona. 2002. p. 194.
36. Silva. *Op. cit.* pp. 85-88.
37. Fellini, *Op.cit.* pp. 26-27.
38. *Idem.* pp. 27-28.
39. Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Aran, plantean la opción de una doble vía, para efectos de evitar las lagunas de la punibilidad. *Vid.* Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Aran. *Derecho Penal Parte General.* 3ª ed. Tirant lo Blanch Ed. Valencia. 1998. pp. 247-249.
40. Bacigalupo, Silvina. *Op. cit.* p. 35.
41. *Idem.* p. 178-179.
42. Citado por: Fellini. *Op.cit.* p. 20.
43. Bacigalupo, Enrique. “La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho Europeo.” En: Bacigalupo, Enrique (Director). *Derecho penal económico.* 1ª ed. Hammurabi Ed. Argentina. 2000. pp. 71-73.
44. En relación con Holanda, *vid.* Verbaele, John. “La Responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Historia y desarrollo recientes.” En: <http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2005-0622-160712/UUindex.html>
45. Righi. *Op. cit.* p. 252 y 258.
46. Gaceta parlamentaria. Número 4. año 2003. En: http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?&lg=59&lk=4/2_ejecutivo/INICIATIVA_cohecho_EJECUTIVO.html
47. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Curso de Derecho Penal Parte General.* 1ª ed. Porrúa. México. 1999. p. 168.

Fuentes de Información

Bibliográficas

- BACIGALUPO, Enrique. 2000. *Derecho penal económico.* 1ª ed. Argentina. Hammurabi Ed. 566 p.
- BACIGALUPO, Silvina. 1998. *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas.* 1ª ed. Barcelona. Bosch Ed. 445 p.
- DONNA, Edgardo Alberto. 2003. *Teoría del delito y de la pena. Tomo 2.* 1ª ed. Buenos Aires. Astrea. 408 p.
- FELLINI, Zulita. (Directora). 2004. *Temas de Derecho Penal Económico y Responsabilidad de las Persona Jurídicas. Tomo I.* 1ª ed. Buenos Aires. GRÜN Ed. 385 p.
- LUZON PEÑA, Diego Manuel. 1996. *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo I.* 1ª ed. Madrid. Universitas Ed. 651 p.

- MIR PUIG, Santiago. 2002. *Derecho Penal Parte General*. 6ª ed. Barcelona. Reppertor Ed. 761 p.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. 2002. *Teoría General del Delito*. 2ª ed. Bogotá. Themis Ed. 190 p.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Aran. 1998. *Derecho Penal Parte General*. 3ª ed. Valencia. Tirant lo Blanch Ed. 679 p.
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. 1999. *Curso de Derecho Penal Parte General*. 1ª ed. México. PORRÚA. 440 p.
- PALMA HERRERA, José Manuel. 2000. *Los delitos de blanqueo de capitales*. 1ª ed. Madrid. Edersa Ed. 991 p.
- RIGHI, Esteban. 1991. *Derecho Penal Económico comparado*. 1ª ed. Madrid. Edersa Ed. 363 p.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. 2001. *La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Segunda Edición. Madrid. Editorial Civitas. 167 p.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro Plagia y Alejandro Slokar. 2001. *Derecho Penal Parte General*. 1ª ed. México. PORRÚA. 1017 p.

Legislativas

Código Penal Federal
Código Civil Federal

Páginas electrónicas

www.igitur.nl
www.senado.gob.mx

LOS RETOS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN ESPAÑA EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Lourdes Meléndez Morillo-Velarde
Ana I. Pérez Campos
Carolina San Martín Mazzucconi¹
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

1. El fenómeno de la globalización en el ámbito jurídico-laboral: panorámica general

La globalización es un proceso de internacionalización en muchos aspectos, social, cultural, económico, fiscal, etc. Sin duda, la vertiente más importante de la globalización es precisamente la económica; desde esta perspectiva la globalización supone la integración progresiva de las economías estatales en la economía mundial hasta el punto de que su evolución depende cada vez más de los mercados internacionales y cada vez menos de las políticas internas de los Gobiernos (*Monereo 2001*).

La natural conexión entre el Derecho del Trabajo y la economía, provoca que la internacionalización de las relaciones económicas se manifieste de forma determinante sobre todos los aspectos de la relación laboral y de la protección de los trabajadores en el ámbito de la Seguridad Social. En efecto, en un mundo globalizado, con acceso a toda la información sobre condiciones de trabajo, salarios, protección en otros países de entorno, es inevitable que se produzcan cambios trascendentales en la configuración tradicional de las relaciones laborales. Tales cambios en ocasiones son provocados por los propios trabajadores, pero en la mayoría de los casos no son sino una respuesta a las necesidades del empresario de adecuar su organización productiva a los nuevos requerimientos del mercado y la nuevas necesidades de carácter económico.

Los cambios inciden sobre todos los aspectos de la relación laboral:

- sobre las partes del contrato, al modificarse las nociones tradicionales de empresario y de trabajador dependiente;
- sobre las condiciones en las que se desenvuelve el contrato, ya que la generalización de formas de cooperación empresarial provoca problemas de identificación de la figura del empresario;
- sobre las nuevas condiciones de trabajo ajustadas a las exigencias de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones; y
- sobre las relaciones jurídicas de Seguridad Social, lo que obliga a replantearse hasta qué punto son ahora válidas las técnicas de protección vigentes en la

mayoría de los Estados, así como a abordar la necesidad de establecer medidas supraestatales de protección.

2. Los cambios en la persona del empresario laboral

2.1. Preliminar: la noción de empresario en el Derecho del Trabajo español

Cuando se aborda la tarea de delimitar la noción de empresario en el ámbito jurídico, aparece una primera dificultad: la multiplicidad de áreas de conocimiento que se ocupan de su concepto. Son muchos los sectores del ordenamiento en los que se trata de definir al empresario, por lo que su tratamiento no es unitario. Aunque en su acepción más común, el término empresario se identifica con la persona que realiza una actividad económica, cuando se analiza la noción de empresario que deriva de las normas laborales, puede apreciarse que éstas omiten cualquier referencia a las notas que en otros sectores del ordenamiento identifican al empresario. La normativa laboral no requiere ni que el empresario produzca bienes o preste servicios; ni que sea titular de una organización productiva, ni tampoco que tenga por finalidad la obtención de unas ganancias (Alonso Olea, Casas, 2005). Es la concurrencia en una persona, física o jurídica, de la recepción del trabajo prestado en las condiciones enumeradas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ajenidad, dependencia, remuneración, personalidad y voluntariedad) y la potestad originaria de dirigir ese trabajo, lo que determina la noción tradicional de empresario en el ámbito laboral. A pesar de lo dicho, debe señalarse que observada la persona del empresario desde la perspectiva de la globalización, su noción jurídico-laboral coincidirá en la mayoría de los casos con la económica. En este sentido, empresario laboral será un sujeto que actúa en el mercado de bienes y servicios y que, al tiempo, es una de las partes de varias relaciones laborales.

2.2. La huida de las empresas en busca del máximo beneficio

Una de las consecuencias inmediatas de la globalización es la posibilidad que tienen los empresarios de operar en el territorio de los Estados que mayores contraprestaciones les ofrezcan a cambio. Es por ello que desde hace ya algún tiempo se observa un fenómeno preocupante que afecta a un número cada vez más creciente de empresas europeas. Se trata de un fenómeno conocido como la huida de organizaciones empresariales localizadas en el territorio de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, para establecerse en el territorio de Países con niveles de protección laboral y de Seguridad Social sensiblemente inferiores al estándar comunitario.

No debe olvidarse que los Países del entorno comunitario gozan de un nivel de condiciones de trabajo y de Seguridad Social de un altísimo nivel. El reconocimiento de esta protección a los trabajadores supone que los empresarios deban realizar desembolsos económicos importantes para mantener el nivel de protección actual. Dicho en otros términos, el coste de los salarios en Europa, el coste del despido, la dificultad para llevar a cabo determinadas modificaciones en el contenido de la relación laboral, y, sobre todo, el alto coste de la Seguridad Social (en España su coste para el empresario se sitúa en torno al 30 por 100 del salario mensual de cada uno de los trabajadores por él contratados), son los factores causantes de tal huida. En efecto, si se tiene en cuenta que la globalización implica la desaparición de fronteras lo que en su aspecto empresarial, se traduce en la posibilidad de establecerse en el territorio de cualquier Estado para prestar servicios o producir bienes desde allí, qué duda cabe que el empresario interesado en maximizar sus beneficios y en reducir los costes sociales, tratará de fijar su actividad productiva en el territorio de alguno de estos Estados.

Y es que se trata de Países que carecen de medidas protectoras de los trabajadores, ya que no hay legislación que regule los derechos de los trabajadores y tampoco éstos tienen derechos en materia de Seguridad Social, los costes fiscales son muy bajos, de forma que el empresario maximiza sus beneficios a costa, en muchos casos, de los derechos de los trabajadores.

Este objetivo de obtención del mayor beneficio posible, se traduce desde la perspectiva del Derecho del Trabajo en una pérdida constante de puestos de trabajo. ¿Su consecuencia en el ámbito laboral?, la necesidad de plantearse si debe flexibilizarse el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como vía posible para luchar contra esta huida de los empresarios que tantos puestos de trabajo está costando.

2.3. La alteración en las estructuras empresariales tradicionales

A pesar de lo que se dijo acerca de un concepto laboral de empresario referido a la recepción de los servicios, no siempre quien recibe los servicios prestados por cuenta ajena debe ser considerado empresario a efectos laborales, ni tampoco quien ejerce *de facto* el poder de dirección frente a los trabajadores ostenta, en muchos casos, la condición de empresario laboral. Los constantes cambios producidos durante los últimos tiempos en las formas de producción tradicionales, han incidido de forma notable en la identificación del concepto de empresario conforme a los criterios usuales de recepción de los servicios y de ejercicio del poder de dirección. Y ello, entre otras cuestiones, por la existencia de las denominadas “relaciones mediatas de trabajo” (*García, 1988*), cuya característica más relevante es que el receptor material de los servicios no es considerado empresario a los efectos de la aplicación de la normativa laboral al tratarse de “fenómenos que se caracterizan por plantear una

relación jurídica triangular (en las que) está mediatizada la relación entre el empleador real y el trabajador” (*García, 1988*).

Es cierto que la búsqueda de la obtención del máximo beneficio ha llevado a las empresas a idear nuevas formas de organización más racionales, que al tiempo coadyuvan a la obtención de ese máximo beneficio. Durante largo tiempo las relaciones laborales se han desarrollado en empresas organizadas de forma vertical, que concentraban todas las actividades del ciclo productivo. Al mismo tiempo, los problemas que se plantean en la actualidad, relativos a la identificación de la persona del empresario, no tenían cabida, ya que el empresario estaba perfectamente identificado al tratarse de la persona que contrataba, organizaba el trabajo, modificaba las funciones del trabajador, despedía, etc.

De ese modelo de organización empresarial, se ha pasado a estructuras mucho más complejas, mediante las cuales se produce una división del trabajo y que pueden plantear problemas de identificación del receptor de los servicios en situaciones concretas. Piénsese, a modo de ejemplo, en el caso del trabajo en empresas ficticias o descapitalizadas, que pertenecen a un entramado de empresas mucho más amplio que puede traspasar las fronteras de un Estado. En esta nueva configuración del empresario laboral han cobrado una importancia fundamental una serie de prácticas que han modificado sustancialmente las estructuras empresariales tradicionales. Así, se ha reducido el tamaño de las empresas al externalizarse parte de su actividad productiva, que pasa a desempeñarse por entidades ajenas a la estructura empresarial; pero también se han creado redes de empresas que surgen como consecuencia de las agrupaciones –fusiones, concentraciones, etc– de empresas que ponen en común sus medios para lograr ser más competitivas en el mercado.

2.3.1. La descentralización productiva

La crisis económica de los años setenta tuvo como uno de sus efectos inmediatos, el de obligar a los empresarios a esforzarse en idear nuevos modelos de organización del proceso productivo que permitieran alcanzar una mayor competitividad en el mercado reduciendo los costes de la explotación. Uno de esos modelos de organización del proceso productivo es la denominada “descentralización productiva”.

A grandes rasgos, la descentralización productiva se define como la técnica consistente en externalizar funciones o actividades, que puede realizar o que de hecho realizaba un empresario, hacia otras empresas especializadas en su realización. Dicho de otra forma, se trata de transferir “al exterior de las empresas actividades hasta entonces asumidas internamente o que, según el común modelo de organización empresarial, habrían sido directamente gestionadas” (*Blat, 1990*). Sus consecuencias más inmediatas son, de un lado, facilitar “la desintegración o autonomía de

cada una de las fases del proceso productivo” (Rodríguez, 1996) y de otro, “la degradación y disgregación del mercado de trabajo y, en general, de todo el tejido productivo” (Blat, 1990).

Esta técnica, largamente conocida por el ordenamiento jurídico-laboral español, recibe también el nombre de subcontratación de obras o servicios. Conforme al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, la contrata o subcontrata es un mecanismo que permite a los empresarios contratar o subcontratar con otros empresarios la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad, en vez de realizarla ellos mismos. Se trata así, de “una forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo” (Cruz Villalón, 1992).

La proliferación de este tipo de prácticas empresariales ha alcanzado tal magnitud que puede afirmarse que el modelo clásico de organización del trabajo “fordista-taylorista” basado en la producción en la gran empresa organizada verticalmente, en la que se llevaba a cabo la totalidad del proceso productivo y que aglutinaba a todos los trabajadores necesarios para realizar el objeto de la actividad empresarial, es un fenómeno que se encuentra en vías de desaparición. La realidad empresarial actual pasa por la empresa descentralizada, concentrada en la realización de sólo una parte de su proceso productivo y que se convierte en un mero centro de toma de decisiones, con poco pero cualificado personal a su servicio, ya que ha diversificado geográfica y organizativamente una gran parte de sus actividades (Purcalla, 2002).

Son varios los problemas que se derivan de la descentralización productiva. El primero, relativo a la determinación de los requisitos que deben concurrir para delimitar el concepto de “propia actividad” y determinar por tanto qué actividades pueden ser objeto de subcontratación, así se delimitaría la frontera entre la contrata de obras y servicios y la cesión ilegal de trabajadores. Con ello se evitarían subcontrataciones fraudulentas que son encuadrables en el supuesto de cesión ilegal de trabajadores prohibidas y cuya finalidad es, normalmente, producir distorsiones en la persona del empresario frente a los trabajadores contratados.

Por otra parte, la estrategia de las empresas para lograr la reducción de los costes sociales, reduciendo al tiempo el coste de sus productos, pasa también por la “deslocalización” territorial, esto es, instalarse en terceros Estados para reducir los costes sociales y/o fiscales.

La unión de ambos fenómenos, deslocalización y descentralización productiva, determina la subcontratación de parte de la actividad productiva con empresas situadas en el territorio de otro Estado (Rivero, 2001).

Al externalizarse parte de la actividad de la empresa, también se externaliza el factor trabajo. La disminución del tamaño de la plantilla puede llevarse a cabo a través de dos técnicas:

- en primer lugar mediante el encargo de la realización de parte de la actividad productiva a otras empresas que aportan sus propios trabajadores, y
- en segundo lugar, mediante el recurso a trabajadores autónomos que personalmente lleven a cabo el encargo. Estos trabajadores se vinculan con el empresario principal a través de distintos contratos civiles y/o mercantiles (tales como el arrendamiento de servicios o el contrato de empresa), pero también puede producirse la vinculación a través de contratos atípicos como el factoring o los contratos de logística.

Además de disminuir los costes fijos de personal, de asegurarse la posibilidad de acceder a las técnicas más recientes y de mantenerse en estratos de alta tecnología, de acceder, mediante gestión compartida, a servicios imposibles de costear en solitario y de incrementar su competitividad y eficacia (*Martínez, 2000*), ha de tenerse en cuenta el doble beneficio que obtienen las empresas desde una perspectiva estrictamente laboral:

- por un lado, pierden la condición de empresario laboral respecto de un número importante de trabajadores y correlativamente se ven eximidos del cumplimiento del conjunto de obligaciones (laborales y de Seguridad Social) que el ordenamiento jurídico laboral impone al empresario como sujeto del contrato de trabajo;
- por otro lado, la reducción de la plantilla les permite ser más competitivas al reducir sensiblemente los costes laborales, ya que una parte importante de la actividad empresarial se realiza por sujetos ajenos a la estructura empresarial.

Como efectos fundamentales de la externalización se señalan:

1. El trabajo asalariado pierde terreno a favor del trabajo autónomo. Incluso se dan casos en los que una relación laboral se transforma en otra autónoma, previa invitación del empresario, como requisito para mantener la relación contractual. Aunque se trataría de un abuso de derecho por parte del empresario, ya que no se produce modificación alguna ni en las partes del contrato ni en el objeto del mismo..

También se amplía la zona gris existente entre el trabajo dependiente y por cuenta ajena y el trabajo en régimen de auto-organización, lo que a su vez facilita que muchos trabajadores que anteriormente lo eran por cuenta ajena tengan que transformarse en trabajadores autónomos a costa de renunciar a la protección jurídico-laboral. Y, es que no puede olvidarse que a los trabajadores autónomos no se les reconocen derechos derivados de su relación de trabajo ya que no hay un empresario que deba asumir el cumplimiento de las obligaciones y que la protección que la Seguridad Social dispensa a los traba-

ADORES subordinados y por cuenta ajena es superior a la de los trabajadores autónomos. Por ello, que desde hace tiempo se defiende y recomienda la extensión del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo a los denominados trabajadores autónomos dependientes, esto es, a quienes formalmente tienen la condición de trabajadores autónomos pero prestan sus servicios en exclusiva para un solo o para muy pocos empresarios (Cavas, 2004).

2. Por otra parte, la externalización de parte de la actividad productiva produce una reducción importante de la plantilla de las empresas y de los centros de trabajo. Ello, a su vez, provoca la desarticulación de la organización social de la empresa tradicional, ya que se diversifica un colectivo hasta ahora compacto y definido, y se debilita el poder sindical no adaptado a esta nueva configuración del trabajo (Purcalla, 2002).

Una de las consecuencias en España de esta práctica, se concreta en el hecho de que las empresas flexibles y de reducido tamaño que surgen como consecuencia de los procesos de externalización, tendrán una menor acción sindical por la razón de que es una práctica habitual que las prerrogativas y facultades de la representación de los trabajadores en la empresa se vinculen al tamaño de ésta. Así, por ejemplo, el legislador determina el número mínimo de trabajadores que deben formar la plantilla de la empresa para que puedan constituirse comités de empresa (50 o más trabajadores conforme al artículo 63 ET). También el número de delegados de personal depende del número de trabajadores de la empresa o del centro de trabajo; por otro lado, es también una realidad que los sindicatos controlan menos las empresas pequeñas. En suma, puede afirmarse que el nivel de actividad sindical es correlativo al tamaño de la empresa, de forma que cuanto menor sea la empresa menor es también la actividad sindical, frente a este problema las soluciones que podrían proponerse, pasarían por fomentar las uniones de sindicatos en el ámbito nacional e internacional, y por rediseñar los instrumentos de participación en la empresa flexible.

2.3.2. La agrupación de empresas

Los grupos de empresas constituyen en la actualidad, una de las formas de cooperación empresarial más utilizadas, que, sin embargo, carecen en el ordenamiento jurídico español de una regulación uniforme y detallada (Embida, 1994). Su aparición en el ámbito jurídico responde, entre otros, al objetivo de lograr una mejor dimensión competitiva, al universalizarse nuevas estructuras, estilos de dirección y modo de gestión de la empresa y de las relaciones laborales distintos de los conocidos por el modelo social europeo.

Y es que no debe olvidarse que, por regla general, los empresarios que actúan en el mercado de bienes y servicios persiguen optimizar sus beneficios con el máximo

aprovechamiento de los recursos de que disponen. Precisamente, una de las formas de alcanzar este objetivo, es a través de la cooperación empresarial

En términos generales los grupos de empresas puede definirse como varios empresarios jurídicamente independientes que están sometidos a una dirección única de contenido general (basada sobre la participación, el contrato o las relaciones personales), y que constituyen una unidad económica. De esta definición se extrae que los grupos de empresas se caracterizan por la existencia de una pluralidad de empresarios independientes, cada uno de ellos con su propia personalidad jurídica que no se ve alterada por su inclusión en el grupo, y por la existencia de una unidad económica entre todas las empresas pertenecientes al grupo, que deriva del poder de dirección que la empresa dominante ejerce sobre las dominadas. Aunque el grupo de empresas aparece en el ámbito del Derecho dotada de unidad económica y de aparente unidad jurídica, la realidad que subyace tras la figura, es que cada una de las sociedades mantiene su propia personalidad jurídica y puede, por ello, ostentar la titularidad de derechos y obligaciones distintos y diferenciados de los derechos y obligaciones de las demás sociedades integradas en el grupo. Ello conecta con la cuestión del alcance de la responsabilidad frente a terceros que puede derivarse de la actuación de cada una de las sociedades agrupadas, cuando éstas se limitan a cumplir las órdenes emanadas de la sociedad dominante.

Esta figura tan utilizada en la actualidad por los empresarios como mecanismo de búsqueda continua para mejorar su competitividad en el mercado, tiene importantes efectos en el ámbito del Derecho del Trabajo. Primero, por el alto número de trabajadores que prestan sus servicios para una empresa perteneciente a un grupo empresarial; y segundo, porque el trabajo prestado para una empresa integrada en un grupo es un mecanismo que puede facilitar las prácticas de transferencia de personal entre las distintas empresas vinculadas, lo que conecta con la cuestión de identificar cuál de las empresas del grupo debe ser considerada responsable de las posibles deudas laborales que puedan surgir. Se trata de una cuestión que puede reconducirse al tema de la identificación del titular de la relación laboral, ya que en última instancia, lo que se plantea es la determinación de si debe considerarse como empresario de los trabajadores a la sociedad que formalmente contrató al trabajador, a cada una de las sociedades agrupadas o, a la sociedad dominante.

La resolución de este interrogante, se ve dificultado por el hecho de la legislación laboral española no tiene normas jurídicas que regulen de forma unitaria tanto el régimen de la prestación de servicios en el ámbito de un grupo de empresas, como las consecuencias jurídicas que pueden producirse, ya que, como afirma la profesora *Ortiz Lallana*, el Derecho del Trabajo “no contempla en toda su intensidad el significado de las nuevas formas de coordinación interempresarial (...) y cuando lo hace, las contempla como situaciones aisladas o excepcionales en orden a la imputa-

ción de responsabilidades empresariales, para evitar posibles fraudes de ley, o como fenómenos coyunturales”.

La generalización de la utilización de nuevas formas de organización de los procesos productivos y la aparición de nuevas formas de prestar el trabajo, son factores que pueden poner en cuestión algunas de las instituciones fundamentales del Derecho del Trabajo español, tales como la noción tradicional de subordinación o la reducción del ámbito de aplicación de las normas laborales. A su vez, la utilización de nuevas formas de organización empresarial, que dan lugar a entramados empresariales, dificulta que pueda acudirse a los tradicionales criterios identificativos de la persona del empresario y haya de acudirse a nuevas vías de determinación de la responsabilidad empresarial.

Para los trabajadores la prestación de servicios para una empresa perteneciente a un grupo puede llevar implícitos problemas de identificación de la persona del empresario responsable ante incumplimientos de las obligaciones laborales. Si bien es cierto que en el caso del trabajo prestado para un empresario integrado en un grupo, el empresario responsable frente a los trabajadores debe ser quien los contrató, ya que la pertenencia al grupo no supone la pérdida de la personalidad jurídica de cada una de las empresas agrupadas, no es menos cierto que los grupos de empresas pueden suponer en la práctica una vía para vulnerar los derechos de los trabajadores, mediante, por ejemplo, la adscripción de los mismos a empresas descapitalizadas o sin medios para hacer frente a eventuales reclamaciones.

Piénsese también en los supuestos de contratación de trabajadores por empresas interpuestas que se limitan, sin estar legitimadas para ello, a contratar para luego ceder a un tercero. Los problemas se complican si, por ejemplo, la empresa que contrata al trabajador es sólo una placa en una puerta, el empresario es una sociedad extranjera ubicada en otro Estado y la prestación de servicios se desarrolla en un tercer país que carece de medidas de protección a los trabajadores frente a reclamaciones laborales y de Seguridad Social.

2.4. ¿La necesidad de redefinir el concepto de empresario laboral?

Sin duda, la figura que se ha visto más influenciada por el establecimiento de nuevas formas de organización en el proceso productivo ha sido el empresario. Los fenómenos de descentralización productiva, la externalización de funciones propias de la empresa que suponen a su vez la utilización de mano de obra ajena y las agrupaciones de empresarios “implican, en efecto, lo que (se puede) caracterizar como una creciente segmentación de atributos y responsabilidades propios de la condición del empleador, por obra del cual el poder de dirección, la apropiación de los frutos, la determinación del lugar de trabajo, la titularidad del interés económico a cuyo servicio se aplica la prestación, la facultad de organizar el trabajo, la respon-

sabilidad por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación, entre otros atributos y responsabilidades, aparecen repartidos o fragmentados entre diversos sujetos contractuales” (*Goldin, 1996*).

Jueces y juristas tienen ahora que enfrentarse con la tarea de desentrañar, en muchas ocasiones, quién es el sujeto titular de una relación individual de trabajo en concepto de empresario.

Frente a la tradicional noción de empresario referido al receptor de “servicios laborales”, y frente al supuesto prototípico de un único empresario beneficiario de los servicios prestados, la realidad presente en la actualidad es la de un receptor de servicios que no tiene vinculación jurídica alguna con el trabajador –caso de las contrataciones y subcontratas– o la de una pluralidad de receptores de servicios cuando sólo uno de ellos es la contraparte formal del contrato de trabajo –caso de los grupos de empresas–. Estos fenómenos han sido tradicionalmente contemplados por las normas laborales con cierto recelo dado que se presumía, eran la vía idónea para aprovecharse de los servicios prestados por los trabajadores sin asumir las responsabilidades derivadas de la condición de empresario laboral, lo que en última instancia podía provocar la vulneración de los derechos laborales.

Una vez superada esta idea, aceptadas legalmente estas formas de organización empresarial y generalizada su utilización, es ineludible acometer una tarea de revisión del concepto tradicional de empresario.

Si bien el Derecho del Trabajo parte del carácter bilateral del contrato en el que sólo es posible que haya un empresario, desde hace tiempo se aprecia el reconocimiento por las normas laborales de que puede haber más de un beneficiario de la prestación de servicios. Este reconocimiento se manifiesta concretamente a través del sistema de responsabilidad compartida que se ha ido introduciendo en las diversas formas de colaboración empresarial que implican aprovechamiento, directo o indirecto, de los servicios prestados. Este sistema de responsabilidad solidaria, establecida para la subcontratación de obras y servicios, para la cesión de trabajadores y para los supuestos de cambio de empresario, convierte a los sujetos que se benefician de la prestación de servicios en auténticos empresarios laborales.

De igual forma, en el caso de los grupos de empresa, si se aprecia que la personalidad jurídica ha sido utilizada abusivamente o en fraude de ley, los Tribunales “rasgan el velo de la personalidad jurídica” para desvirtuar la independencia formal creada por la personalidad jurídica, y desentrañar la realidad que subyace tras esa apariencia de independencia entre las sociedades.

Lo mismo ocurre en el ámbito del Derecho del Trabajo, si bien la mera pertenencia del empresario de los trabajadores a un grupo de empresas no es criterio suficiente para ampliar la responsabilidad a todos los empresarios agrupados y para, de forma correlativa, imputar la condición de empleador a todos o a algunos de aquellos, la solución es distinta cuando concurren un conjunto de circunstancias

adicionales, que permitan concluir que se ha producido una utilización abusiva de la personalidad jurídica. Los Tribunales atienden a un conjunto de indicios como son: que el trabajador preste sus servicios de forma indiferenciada para las sociedades integradas en el grupo; que haya confusión entre los patrimonios sociales; que el grupo aparezca frente a terceros como una unidad y que los empresarios integrados en el grupo estén sometidos a una dirección unitaria.

3. La globalización en la esfera de las condiciones de trabajo

3.1. Configuración básica

El carácter multidimensional del fenómeno de la globalización sugiere, ya en una primera aproximación, que sus efectos sobre las relaciones de trabajo sean múltiples y variados. Por ello, cualquier intento de sistematizarlos conllevará, necesariamente, su simplificación y reducción, tal como se deduce del hecho de que los muchos autores que han estudiado esta materia no coincidan exactamente a la hora de listar los efectos del fenómeno. Con esta premisa como punto de partida, en las páginas que siguen se renuncia a la exhaustividad y se opta por esbozar los que se consideran algunos de los efectos básicos de la globalización sobre las condiciones de trabajo y empleo, tanto en el ámbito supranacional como en el nacional, o en ambos a un tiempo.

Ahora bien, conviene tener presentes dos ideas fundamentales que planean sobre lo que se verá a continuación:

En primer lugar, como consecuencia ineludible del mencionado carácter multidimensional de la globalización, existe una clara interrelación entre todos y cada uno de los efectos reseñables a partir de la misma, tanto los que en este trabajo se estudian como cualesquiera otros indicados por los diferentes estudiosos del tema. Son, a la vez, causa y efecto los unos de los otros. Al mismo tiempo, aunque se suele hablar de diversas clases de globalización (económica, tecnológica, cultural, etc.), existe también en esta tipología una interrelación estrecha, que hace que, en realidad, la globalización sea un fenómeno único aunque de muchas caras, todas ellas recíprocamente influenciadas.

En segundo lugar, si hubiera que identificar, generalizando y simplificando las consecuencias laborales de la globalización económica, un denominador común para todas ellas, debería aludirse a la noción de desigualdad. No todos, pero la mayor parte de los efectos de la globalización sobre las relaciones laborales producen situaciones de desigualdad (entre trabajadores, entre mercados de trabajo, entre regiones, entre Estados). Ello podría interpretarse, paradójicamente, como un contrasentido, ya que la globalización parece tender a la homogeneización de condiciones; no obstante, cuando el ámbito material en el que opera es esencialmente heterogéneo, el resultado de la

supresión de barreras y de aplicar reglas únicas a situaciones diversas suele ser la exaltación de la diferencia, la fragmentación. Cabría mantener, en definitiva, que el progreso económico no está globalizado, ya que “las desigualdades dentro de los países, y entre unos países y otros, han aumentado considerablemente; la brecha (económica, social, política y cultural) abierta entre el Norte y el Sur, entre países ricos y pobres, se agiganta” (Cavas, 2004). Todos los estudiosos están de acuerdo en que la globalización ha supuesto mayores desequilibrios y desigualdades tanto dentro de los mercados de trabajo nacionales como en los sectores menos cualificados de la mano de obra en el ámbito internacional donde o bien se deterioran las condiciones de trabajo o bien aumenta el desempleo (Sempere, Cano, Charro, San Martín, 2005).

3.2. Efectos de la globalización en las relaciones laborales y en las condiciones de trabajo

3.2.1. Fragmentación del mercado de trabajo

Se observa una tendencia a establecer una diferenciación cada vez mayor entre mano de obra cualificada y la no cualificada, debido a los avances en la movilidad de capital y la reestructuración del sistema económico internacional. El empleo no cualificado se desplaza a países en vías de desarrollo con salarios más bajos, lo que implica, por la mayor competitividad de estos últimos, un correlativo aumento del nivel de desempleo de baja cualificación en los países industrializados. Por el contrario, la mano de obra cualificada está cada vez más considerada, facilitándose incluso su desplazamiento internacional (Sempere, Cano, Charro, San Martín, 2005), ya que “se produce una división internacional del trabajo, especializándose los países menos desarrollados (Asia y América Latina) en la actividad industrial, y los más avanzados en el sector servicios. Inserta en este proceso general, España se ve afectada por una considerable pérdida de tejido industrial. Desplazadas las empresas de este carácter a países donde la mano de obra resulta más barata, la fábrica y el trabajo manual pasan a un segundo plano y, de forma paralela, el sector terciario recibe un impulso notable” (López, 2001).

Por otro lado, el mercado de trabajo se fragmenta o dualiza también en virtud de la flexibilización de las relaciones laborales (Cavas, 2004), pudiéndose distinguir en la empresa, cada vez con mayor claridad, dos clases de trabajadores (Rivero, 2001. Cavas, 2004): En primer lugar, los denominados trabajadores “centrales”, que ocupan los puestos más importantes de la organización, con una alta cualificación que les permite cierta estabilidad o fácil empleabilidad, y en cuya formación permanente invierten las propias empresas justamente porque la misma redundará en beneficio de éstas debido a la mencionada estabilidad o rotación por distintos puestos de la organización. En segundo lugar, se encuentran los trabajadores “periféricos”, ocupados en puestos menos cualificados o genéricos, con contratos precarios y sin que las

empresas inviertan en su formación, dado que cuando finalizan sus contratos son fácilmente sustituibles por otros trabajadores de las mismas características. Por último, cabría también citar un tercer grupo de trabajadores externos, incorporados a través de fórmulas de descentralización productiva (autónomos, trabajadores cedidos por Empresas de Trabajo Temporal, trabajadores de empresas subcontratadas).

Esta segmentación de la mano de obra en central y periférica abunda en uno de los efectos ya señalados: la brecha entre mano de obra cualificada y no cualificada, recibiendo la primera las mejores condiciones de trabajo e incorporándose a un ciclo de formación permanente que le permite mantener y mejorar su cualificación.

De otra parte, no hay duda de que la realidad laboral así fragmentada está provocando la crisis progresiva del modelo de trabajador estable sobre el que se encuentra edificado el Derecho del Trabajo clásico (Cavas, 2004). Un ordenamiento pensado para proteger a una única clase de trabajador, el propio del sistema fordista de producción industrial, pierde unidad y gana en obsolescencia en un contexto como el actual, en el que los trabajadores tienen diversos intereses, ideologías y posiciones sociales y económicas. Y a todos ellos, con semejante grado de heterogeneidad, debe atender y proteger el Derecho del Trabajo, que en las últimas décadas se ha visto sucesivamente parcheado pero nunca revisado en su configuración básica. Se habla incluso de una “dualización del conflicto social” (Cavas, 2004), ante la que el ordenamiento laboral, hoy por hoy, no parece haber reaccionado.

3.2.2. Merma de las garantías laborales

Para poder competir el mercado debe ser flexible, y la flexibilidad, si no se controla adecuadamente, conduce de modo inevitable a mermar las garantías laborales. En este sentido, la globalización ha provocado una revisión a la baja de las garantías laborales; la tendencia de la producción industrial a instalarse en el territorio de países con bajos costes sociales (menos salarios, condiciones laborales más flexibles, contribuciones mínimas a los sistemas de Seguridad Social, etc.) está provocando que los legisladores de los Estados originarios del capital y las empresas rebajen el estatuto social aplicado en sus respectivos territorios, y no a la inversa. De esta forma, “Estados como el nuestro, en los que se había alcanzado un considerable nivel de protección social, compiten ahora por ‘desregular’ sus ordenamientos, con la esperanza de conseguir, o al menos mantener, las inversiones empresariales. Todo ello permite a las grandes multinacionales ofrecerse a nivel mundial, para finalmente instalarse en el territorio del Estado que haya brindado las mejores ventajas laborales. Paralelamente, surgen, en diferentes áreas geográficas del mundo, auténticas ‘islas’ en las que no opera el Derecho del Trabajo” (Lopez, 2001).

Debido a esta situación, se desvelan como especialmente adecuadas las palabras del profesor Sempere Navarro, cuando estima que “en pocos momentos como el

presente resulta tan sencilla la comprensión acerca de la conveniencia de que los diversos sistemas laborales posean cierta homogeneidad para evitar el dumping social” (*Sempere, 2002*).

Es verdad que la OIT ya advirtió sobre este efecto negativo de la globalización, y enarboló el objetivo del “trabajo digno” como reivindicación mundial de un mínimo de protección universalmente respetado para todo trabajador; reivindicación que ha terminado plasmándose en el frustrado proyecto de Constitución Europea. Una fórmula que empieza a generalizarse para responder a este envite es la inclusión de cláusulas sociales en el comercio internacional, aunque también se están ensayando otras vías, como los “sistemas de preferencias generalizadas” utilizados por la UE, Estados Unidos, Japón, Canadá, Suiza y Australia (se trata de otorgar incentivos comerciales para países en desarrollo que respeten ciertos derechos laborales mínimos), la negociación colectiva transnacional, los códigos de conducta y el etiquetado social (*Sastre*).

Hay que mencionar, no obstante, que la OIT viene rechazando el recurso a las mencionadas cláusulas sociales en tratados de comercio internacional, al entender que, en ocasiones, hablamos de economías tan pobres que exigirles el cumplimiento de unos mínimos sociales conlleva que ya no estén en condiciones de competir; “como se ha indicado, la razón del rechazo es la fuerte vinculación de este tipo de acuerdos con medidas proteccionistas (dado el control de las multinacionales al respecto), gravando particularmente a los Estados cuya economía está en vías de desarrollo y neutralizando la ventaja comparativa derivada de su estructura productiva” (*Purcalla, 2002*).

En definitiva, parece que la OIT aplica la regla del mal menor: ¿Qué es peor? ¿Qué los habitantes de Estados paupérrimos accedan a un empleo aunque sea en condiciones inferiores a lo que consideramos un mínimo de dignidad, o que no tengan oportunidad de acceder a ningún empleo en absoluto? Desde luego, el planteamiento llama a la reflexión, si bien al tiempo produce la sensación de estar inmersos en una suerte de círculo vicioso.

3.2.3. Influencia de la generalización de las nuevas tecnologías

Dado que la globalización económica deriva en un proceso de acusada acentuación de la competitividad empresarial, es lógico que las organizaciones productivas se afanen por incorporar a sus estructuras todo aquello que facilita y mejora su producción, lo que desde luego pasa en buena medida por la implementación permanente de los adelantos tecnológicos.

Entre los múltiples y variados efectos que las tecnologías de la información y las comunicaciones producen sobre las condiciones de trabajo y empleo, y haciendo nuevamente un esfuerzo sintetizador, podrían citarse los siguientes (*Sempere, Cano, Charro, San Martín, 2005*).

- ♦ *Repercusión en el nivel de empleo (demanda de mano de obra):* Crece considerablemente la demanda de trabajadores cualificados en el sector de las TIC, tanto en los sectores económicos relacionados directamente con las nuevas tecnologías como en los sectores más tradicionales, que también experimentan un cambio profundo en el contexto de la sociedad de la información. El mercado laboral debe adaptarse rápidamente para evitar que exista una escasez de mano de obra cualificada en TIC (se prevé que en un plazo aproximado de diez años, la mitad de los puestos de trabajo que se creen se hará en sectores productores del TIC o que utilizan estas tecnologías en gran medida).
- ♦ *Mejora de la organización productiva:* Se suprimen muchas tareas de baja cualificación (lo que reduce la necesidad de mano de obra no cualificada) y se promueve un trabajo intelectual, considerado socialmente como más enriquecedor, aunque aquí pueden traerse a colación opiniones encontradas sobre este efecto de la incorporación de las TIC. Desde un punto de vista optimista, se argumenta que los trabajos eliminados son los más nocivos y socialmente menos valorados, los mecánicos y de fuerza física. Pero desde la óptica contraria se mantiene que esa suerte de “depuración” del mercado de trabajo no significa que desaparezcan los trabajadores sin cualificación, por lo que éstos verán sus condiciones de trabajo mermadas y tendrán dificultades para emplearse. Eso es lo que viene ocurriendo en España en los últimos quince años, en los que el número de trabajadores no cualificados incluso ha aumentado (personal de limpieza, cajeros, telefonistas, camareros, etc), pero sus condiciones de trabajo no han mejorado (incumplimiento de jornadas, ausencia de formación, retribución escasa, precariedad, etc.).
 - *Incremento de la productividad:* Las nuevas tecnologías permiten producir más en menos tiempo, lo que sin duda redundará en un aumento de la productividad.
 - *Mejora de la gestión del empleo:* La difusión de información y canalización de ofertas y demandas de trabajo a través de Internet inyecta altas dosis de agilidad y eficacia en la gestión del empleo. Además del uso privado de la red para intercambiar información sobre ofertas y demandas de empleo, la Ley de Empleo española prevé el establecimiento de un sitio en red telemática común para los diversos Servicios Públicos de Empleo que posibilite el conocimiento por los ciudadanos de las ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio del Estado, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo.
 - *Renovación de conflictos laborales:* La normativa laboral no está preparada para la decidida incursión de las nuevas tecnologías en los modos de prestación de servicios (teletrabajo, comunicaciones a través del correo electrónico, internet, etc.), en los cauces para la actividad sindical (circula-

res a través del correo electrónico, enlace en la intranet empresarial, etc.), y, por encima de todo, en el poder de vigilancia y control del empresario (instalación de videocámaras, mecanismos de escucha, control de páginas *web* visitadas y de mensajes de correo electrónico enviados y recibidos, etc.). Resurge así, con renovados aires, el tradicional conflicto entre los poderes empresariales y los derechos fundamentales de los trabajadores. En el ámbito de la sociología del trabajo se señala que el incremento de la capacidad de control y de televigilancia sobre los trabajadores que las redes y las nuevas tecnologías permiten, ha dado lugar a que la empresa pueda considerarse “el reino de la delación óptica” [Santos y Poveda, 2003].

- *Nuevos riesgos laborales*: Surgen nuevas agresiones a la salud, derivadas de los instrumentos tecnológicos de trabajo (el caso más evidente es el de la pérdida de agudeza visual por el uso de pantallas de computadoras). Incluso hay quien añade que la incorporación de los avances tecnológicos imprime una mayor presión temporal en el trabajo, generalizándose la necesidad de trabajar con urgencia, perdiendo la capacidad de organizar el propio ritmo de trabajo, y muchas veces con la obligación de responder a imperativos diversos y a plazos de entrega a veces incompatibles. Se produce, de este modo, un aumento de la penosidad en el trabajo, traducida en miedo, incomodidad, molestias y múltiples formas de fatiga [Santos y Poveda, 2003].

3.2.4. *Incidencia sobre la noción de dependencia*

Una de las principales consecuencias problemáticas que se derivan de la generalización del fenómeno de la descentralización productiva a raíz de la globalización económica, es la crisis del criterio de la dependencia como nota tipificadora del trabajo objeto del Derecho del Trabajo, lo que se observa en datos como el recurso cada vez más acusado a la contratación de personal autónomo o las grandes dosis de autoorganización conferidas a determinados trabajadores por cuenta ajena.

En muchas ocasiones nos encontramos con relaciones de prestación de servicios en las que se hace difícil apreciar la concurrencia o ausencia de los presupuestos sustantivos de laboralidad. Las dudas en torno a algunas de las mismas han sido despejadas por el propio legislador español, resultando así *ope legis* incluidas o excluidas del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, pero sobre otras aún se encuentra abierto el debate. Se trata de las denominadas “zonas grises” del Derecho del Trabajo, que son relaciones de prestación de servicios cuya naturaleza jurídica se debate entre la del contrato de trabajo y la de otros modelos de juridificación del intercambio de trabajo por su precio, poniendo en cuestión la cualidad de trabajador de quien presta el primero. Este debate ha adquirido nuevo impulso en los últimos años, en virtud de la llamada crisis de la noción de dependencia o subordinación.

Desde hace algunos años la nota de la dependencia viene siendo nuevamente cuestionada, por entender que no responde a las exigencias de la realidad social actual; que coarta, de algún modo, la natural tendencia expansiva del Derecho del Trabajo. Y es que el contexto en el que hoy debe moverse nuestra disciplina se halla especialmente condicionado por factores de índole económica y tecnológica, en virtud de los cuales el trabajo dependiente pierde cada vez más terreno en favor de nuevas formas de prestación de servicios en las que entran a jugar con renovadas fuerzas elementos tales como la iniciativa individual, el riesgo y la autonomía. La fórmula del legislador para definir la dependencia se ha reputado ajustada a un modelo de producción industrial, que casa mal con el fenómeno cada vez más generalizado de la descentralización productiva. Ante esta perspectiva, el criterio delimitador de la subordinación debe replantearse su papel prototípico de modelo de trabajo predominante, que, si bien sigue siendo la figura central, cada día lo es menos. Puestos en lo peor, si el Derecho Laboral mantiene la configuración actual de su ámbito de aplicación, no está exento del riesgo de convertirse, progresivamente, en un Derecho para un número de relaciones cada vez menos representativo; un Derecho limitado, y por ello desfasado e incluso de poca utilidad. En suma: un Derecho en peligro de extinción.

Ahora bien, resultando así imprescindible el redimensionamiento del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, lo cierto es podría verse un círculo vicioso en este problema: se busca la extralimitación de las fronteras de nuestra disciplina a costa de un nuevo esfuerzo de flexibilización de la noción de dependencia, lo que tiene como efecto perverso el que esta nota se convierta en un elemento con múltiples versiones según las necesidades de cada inclusión concreta, hasta terminar siendo irreconocible. Y ello implicaría la pérdida de identidad del objeto del Derecho del Trabajo, con las mismas dramáticas consecuencias para este sector del ordenamiento jurídico que las auguradas un poco más arriba.

Se trata de un delicado problema que aqueja al moderno Derecho Laboral a nivel internacional y cuya solución constituye uno de los grandes retos de esta época.

No hay duda de que es cada vez más urgente una expansión subjetiva del Derecho del Trabajo que extienda sus mecanismos de tutela a nuevas formas de prestación de servicios en las que el elemento de la subordinación resulta ciertamente velado; en las que se atenúa y debilita notablemente el sometimiento del trabajador al poder directivo y disciplinario del empresario. En las que, en fin, se pone en cuestión la efectiva integración del sujeto prestador de los servicios en el ámbito de organización y dirección de aquél por cuya cuenta trabaja. La jurisprudencia, en su tradicional papel de adaptación del Derecho positivo a la realidad concreta sobre la que actúa, ha reconocido y asumido esta exigencia expansiva, dándole curso a través de sus pronunciamientos. En efecto, nuevas formas productivas han ido integrándose por vía jurisprudencial al ámbito de protección jurídico-laboral, convirtiendo en traba-

jadores a sus sujetos. Es el caso del llamado “teletrabajo”, en el que el Tribunal Supremo español considera existente un contrato de trabajo siempre que el trabajador opere sobre un programa informático proporcionado por el empresario, quien es, además, el propietario de los trabajos realizados.

Integrados de este modo en el Derecho del Trabajo quienes prestan servicios en los que el criterio de la subordinación resulta fuertemente diluido, ello nos conduce inexorablemente a preguntarnos si de ahí cabe inferir la desaparición de la noción de dependencia como elemento delimitador de la laboralidad, o si de lo que se trata es de revisar su alcance –y si es así, en qué medida–.

La doctrina científica mayoritaria considera que la dependencia debe seguir desempeñando el mismo papel en la delimitación de la extensión del Derecho del Trabajo, pero que la noción exige ser revisada para continuar con dicha función [*Por todos, Montoya, 2005*]. El fundamento de esta afirmación radica en que la esencia de la subordinación permanece incluso en aquellas relaciones jurídicas en las que la mencionada nota se hace imperceptible en su concepción tradicional y estricta. Un trabajador será dependiente en tanto deba atenerse, en última instancia, a las directrices empresariales, sin que a ello obste que se le haya concedido plena autonomía para organizar la ejecución cotidiana de su trabajo. Se trata, evidentemente, de una concepción muy amplia de subordinación, en la que los poderes del empresario se ven reducidos a su mínima expresión; pero siguen siendo operativos.

Como consecuencia de esta transformación de la apariencia de la subordinación, deviene imprescindible que se modifiquen también las circunstancias que tradicionalmente se han considerado indicios de su concurrencia (a esto es a lo que se hace referencia al aludir a la necesaria revisión de la noción de dependencia). Porque las nuevas formas productivas casan bastante mal con algunas de las que se han venido contemplando como manifestaciones indicadoras de dependencia. Es por ello que resulta aconsejable buscar nuevos signos externos que sean comunes a todo el trabajo subordinado, aun a sabiendas de que la diversificación existente dentro de esta categoría dificulta enormemente dicha tarea.

4. Globalización y Seguridad Social

Para abordar el estudio de las consecuencias o efectos que la globalización económica ocasiona en el ámbito de la Seguridad Social sería suficiente con responder a dos cuestiones: por un lado, cuál es la evolución presente marcada por una situación de crisis financiera y, por otro, cuál la previsible de los sistemas de Seguridad Social. El presente de la Seguridad Social se encuentra marcado, sin duda, por una situación de crisis financiera. El futuro, vamos a ver si dirigido hacia la denominada

internacionalización de la Seguridad Social, es decir, la transposición masiva hacia reglas jurídicas de eficacia supranacional.

4.1. Preliminar: La crisis de la Seguridad Social

Desde hace tiempo, pero especialmente desde hace algunos años, la expansión de los movimientos migratorios, la globalización o mundialización de la economía en los múltiples procesos de integración entre países han venido coincidiendo con la denominada “crisis o retrocesión de la Seguridad Social”.

En efecto, tanto el régimen de acceso a la protección, como la protección misma concedida por la Seguridad Social se vieron afectados sobremanera por la crisis económica uno de cuyos efectos más negativos, como se dijo, es la reducción del nivel de empleo. Teniendo en cuenta que la práctica totalidad de los Sistemas de Seguridad Social tienen como fuente principal de financiación las cuotas que mes a mes abonan empresarios y trabajadores, puede fácilmente apreciarse la incidencia que tiene el nivel de empleo de un país sobre la supervivencia del sistema de protección establecido para atender a las necesidades sociales.

Este problema, se ve agravado por la circunstancia de que el sistema de distribución de los recursos de que dispone la Seguridad Social se basa en la solidaridad, al sustentarse sobre el denominado sistema de reparto que consiste, como es sabido, en que los recursos financieros –recursos aportados, principalmente, por quienes están en activo– de que dispone la Seguridad Social en un determinado momento se reparten entre las personas necesitadas de protección, en espera de que, en un futuro, los ocupados contribuyan al sostenimiento del Sistema de protección de forma que la Seguridad Social pueda atender las situaciones de necesidad de quienes están desocupados o han cesado definitivamente en su vida laboral.

Como factores adicionales a la alta tasa de desempleo que pueden contribuir a la inviabilidad en un momento determinado del sistema de reparto, se añaden el creciente envejecimiento de la población en los países desarrollados, que no va acompañado de un aumento de la natalidad; el retraso de la edad de acceso al primer empleo y la reestructuración de muchas empresas que conlleva la anticipación de la edad de jubilación. La conjunción de estos factores, que implican en definitiva una significativa reducción de los ingresos de la Seguridad Social pueden provocar a la larga la imposibilidad de garantizar el pago de prestaciones, especialmente de las pensiones del Sistema.

La problemática de paliar los efectos negativos de la crisis económica en el ámbito de la Seguridad Social, manteniendo al tiempo un nivel de protección que permita la subsistencia de quienes han cesado en su trabajo, con prestaciones proporcionales al salario que se percibía durante los años de actividad laboral y, además, tratar de conciliar la protección en materia de Seguridad Social con la flexibilización

del mercado de trabajo como técnica tendente al menos a conservar el empleo ya existente, no es una tarea fácil. Las posibles medidas que podrían adoptarse al respecto, pueden tener consecuencias negativas bien sobre el alcance mismo de la protección, bien sobre el objetivo de lograr una sociedad con pleno empleo y, a su vez, sobre la competitividad de las empresas españolas en el extranjero.

De un lado, la creación, o al menos el mantenimiento, del empleo parece resultar incompatible con el mantenimiento, en el nivel contributivo, de una protección con prestaciones elevadas. En efecto, como vía para fomentar la contratación puede preverse la disminución de los costes sociales de los trabajadores, lo que, en el ámbito de la Seguridad Social, supone una considerable rebaja de la protección.

Pero, por otro lado, no se prevé como una solución viable incrementar los tipos de cotización como medida para subsanar la crisis de recursos de la Seguridad Social, ya que un incremento en las cuotas que todos los meses deben abonar empresarios y trabajadores, implicaría una disminución de la competitividad de las empresas españolas en el extranjero, especialmente con respecto a aquellos países en los que el *dumping* social es una práctica habitual. Sin olvidar, además, que en última instancia, tal incremento en las cotizaciones repercutiría directa o indirectamente sobre los propios trabajadores a través de una merma de sus salarios brutos, de reducción del número de contrataciones o de ambos.

La conjunción de todos estos elementos se dirige, en definitiva, hacia una significativa reducción de los ingresos de la Seguridad Social, pudiendo provocar incluso la imposibilidad de garantizar el pago de prestaciones, especialmente de las pensiones del Sistema (*Ojeda, 2006*). Para los asesores de organismos internacionales, juristas y economistas la solución pasa por una radical transformación del sistema antes de que se produzca su quiebra financiera.

Una identificación general y aproximada de las líneas de tendencia que se repiten en los ordenamientos europeos y que seguramente son el inicio de un largo proceso de profundas reformas agrupadas por ramas de prestaciones son las seis siguientes:

Una primera línea de tendencia es la que refiere a la rama de las pensiones donde los cambios atienden a dos propósitos antes enunciados: *reducción de las prestaciones públicas y promoción de las prestaciones privadas*. La primera constante que se ha venido advirtiendo es la protección por vejez en países como Alemania, Francia, italiana o España. Los mecanismos utilizados al efecto son conocidos y se repiten sistemáticamente. Cabe destacar, que después de unos años de fomento de la jubilación anticipada se han inaugurado programas destinados a generalizar la jubilación aplazada (formula utilizada en Alemania, Francia, Grecia, etc). Aumento de los años necesarios para obtener una pensión íntegra, aumento del arco temporal utilizado para calcular la prestación, (en España se ha pasado de ocho a quince años); ampliación del período mínimo de carencia necesario para causar derecho a la pensión (en Irlanda por ejemplo se ha pasado de tres a diez años), etc.

En consecuencia, se han modificado en mayor o menor medida, todos los factores susceptibles de influir sobre el número, la duración y el montante final de las pensiones, recortando de esta forma el gasto global sobre esta contingencia.

Una segunda línea de reforma es el *recorte en la protección por desempleo*, consecuencia de la voluntad de sustituir las políticas pasivas por las activas de empleo. Las reducciones suelen operarse bien menguando la duración de las prestaciones (Bélgica, Dinamarca o Reino Unido), bien reduciendo su cuantía (Alemania e Irlanda), bien instaurando períodos de espera (Francia) o, incluso, ampliando los períodos de cotización mínima exigible para acceder a la pensión. La Comisión europea ha señalado que las cifras revelan que mientras más se prolonga la situación de desempleo mayor es la dificultad para reincorporarse al mercado de trabajo. Hay que transformar la protección de desempleo en un seguro que promueva la aptitud para el empleo. En esta línea se han mejorado los servicios de colocación, se han rebajado las cargas sociales de las empresas que contratan a parados subsidiados y se conceden subvenciones a estas mismas empresas, así como a las que ocupan a jóvenes desempleados..etc.

La tercera línea de reforma es la dirigida a la *lucha contra el fraude*. Si de lo que se trata es de garantizar el sostenimiento financiero de la Seguridad Social, lógico es que se atienda a las pérdidas que pueden estar filtrándose por una gestión no del todo eficaz, o al menos mejorable. Y es que parece aceptado que el signo externo más evidente de una mala administración de la Seguridad Social lo constituye la proliferación de situaciones irregulares y de abusos en la conservación y adquisición del derecho a prestaciones tales como la permanencia en situación de incapacidad temporal, obtención de prestaciones farmacéuticas a través de familiares pensionistas, ocultación de altas, el fraude en la prestación de desempleo, etc. A nivel europeo los mayores esfuerzos frente al fraude se han producido en materia de incapacidades e invalideces, controlando más y mejor el acceso a las prestaciones, extendiendo el régimen de incompatibilidades previendo revisiones periódicas y forzando el reciclaje profesional y la aceptación de alternativas de empleo.

La cuarta línea de reforma refiere a las *prestaciones sanitarias*, unas reformas también destinadas a atajar las enormes magnitudes del gasto. En países como Italia, Luxemburgo Alemania, Holanda y España las tendencias se repiten:

- Controles sobre el gasto hospitalario: evitando y reduciendo los internamientos, ajustando los presupuestos hospitalarios
- Reducción del gasto farmacéutico, redefiniendo las prestaciones farmacéutica y ajustando las condiciones de los proveedores.

Salvo alguna excepción, la quinta línea reformista afecta a las políticas relativas a la rama de las *prestaciones familiares*. Éstas, movidas por el descenso de la natalidad y las presiones demográficas, han incrementado la diversidad de su oferta asistencial y la cuantía de las prestaciones.

En fin, en sexto y último lugar, se advierte una creciente y ambivalente atención hacia los *fondos de pensiones privados*. En general, se refuerzan las garantías jurídicas de su solvencia, y las que aseguran la transferencia de derechos en casos de cambio de empleo. Por lo que se refiere al tratamiento fiscal de los mismos después de haberlos favorecido durante años, en aquellos países donde se están alcanzado cierta difusión se están suprimiendo o limitando sus beneficios fiscales (Bélgica y Reino Unido).

Al margen de las tendencias reseñadas, en cualquier caso, el mantenimiento de un sistema de Seguridad Social pública no debe verse arrinconado, al hilo y con el pretexto de la globalización, sino que “el Estado ha de seguir garantizando un determinado grado de bienestar al ciudadano, concretado en su derecho a una protección social suficiente” (*Monereo, 1996*).

4.3. *¿Hacia una Seguridad Social internacional?*

A la vista de las medidas ya adoptadas cabe prever un futuro acogido a la opción reformista a la que obedecen la mayoría de las medidas ya descritas, es decir, las transformaciones futuras de Seguridad Social irán dirigidas hacia una reforma de su dimensión.

La protección social es hoy, una de las materias que mayores incertidumbres ocasiona en Europa. El fundamento de la progresiva internacionalización de los sistemas de Seguridad Social se halla en el hecho de tratarse de una rama del Derecho escasamente influida por la tradición, con directa incidencia en la relación económica y comercial entre países. En efecto, el trato que recibe la Seguridad Social de los trabajadores migrantes es, sin duda, una de las cuestiones más importantes en el ámbito del Derecho del Trabajo a nivel comunitario. Su íntima relación con la libre circulación de trabajadores, recogida en los artículos 39 a 42 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hace de esta materia un elemento clave en la difusión e implantación de esta libertad. Sólo en la medida en que los ciudadanos europeos tengan conciencia de sus derechos en materia de Seguridad Social, mediante una legislación clara, se podrá llegar a realizar ésta. Como ha venido señalando la doctrina científica, la globalización económica requiere como complemento una política social asimismo internacional, en la medida en que en defecto de ésta última sería difícil, dada la heterogeneidad de las instituciones, la coordinación de legislaciones.

La proyección internacional de la Seguridad Social a nivel transnacional es doble: de un lado, pretende establecer unas bases mínimas en la protección a cargo de la Seguridad Social a las que han de someterse las legislaciones nacionales y, de otro, proteger a los trabajadores migrantes que se desplazan por los territorios de los distintos Estados.

A este respecto cabría cuestionarse si la línea de tendencia sea la de construir una Seguridad Social supranacional. Todo ello teniendo en cuenta que entre las causas de internacionalización cabe destacar:

- En primer lugar, la intensidad de los movimientos migratorios laborales que se han sucedido en los últimos decenios.
- En segundo lugar, la existencia en los derechos nacionales de Seguridad Social de numerosas normas discriminatorias ligadas a la nacionalidad. A falta de remedios, esa circunstancia puede convertirse en un grave obstáculo a la libre circulación de la mano de obra, que constituye precisamente uno de los fundamentos de las comunidades internacionales.

A pesar de todo lo señalado, la internacionalización de la Seguridad Social no se plantea, al menos por el momento. La unificación del Derecho relativo a la materia por muchas que fueran las ventajas, más y mayores se presentan sus dificultades. Dos fundamentales a resaltar: las enormes diferencias y contradicciones en la situación actual de los sistemas de cada país (diferencias de costes, de métodos financieros, de estructura de las prestaciones...etc) y la idea compartida de que las políticas sociales nacionales son el último reducto de la identidad y singularidades de cada Estado, que se debe respetar.

La confirmación de un Derecho de la Seguridad Social universal común de la humanidad requeriría, en efecto, la previa existencia de una utópica comunidad universal organizada. Lejos de tan ambiciosa formulación hoy en día la Seguridad Social como rama jurídica, no tiene una estructura, ni un contenido unitarios en el ámbito internacional, sino que se regula a través de normas convencionales o a lo sumo, mediante mecanismos de coordinación de legislaciones. En otros términos, la rectificación de los sistemas de protección social europeos ha de ser obra singular de cada Estado y no el producto de acuerdos supranacionales. Ni la convergencia de las políticas económicas, ni siquiera la Unión Monetaria, conducen inexorablemente a la unificación social de Europa.

En consecuencia, no existe una Seguridad Social internacional autónoma diferente a la interna de cada país, sino una simple armonización relativa de los derechos de la Seguridad Social nacionales y su coordinación aplicativa en el marco de las comunidades internacionales (*Sánchez, 2004*).

4.3.1 La interrelación entre sistemas de Seguridad Social

Entre los extremos de una unificación jurídica y la autonomía derivada de la territorialidad de los sistemas de Seguridad Social nacionales que no admiten que un Estado aplique otro derecho que no sea el suyo propio, las relaciones entre las legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social, tal y como la doctrina pone de manifiesto, discurren por una doble vía: la armonizadora tendente a la introducción de elementos comunes en los diversos sistemas de Seguridad Social y la coordinadora que persigue la regulación de las relaciones entre sistemas nacionales de Seguridad Social sin alterar sustancialmente el contenido de sus normas, sino a

través de distintas técnicas y principios de Seguridad Social internacional (*Montoya, Galiana, Sempere, 1994*). Ante los diversos inconvenientes provocados por el sostenimiento sucesivo de dos o más sistemas y por la propia dificultad que presenta homogeneizar actividades distintas, la política comunitaria utiliza con preferencia la vía de la coordinación, es decir, a través del respeto de la diversidad se pretende hacer converger o coordinar los sistemas de Seguridad Social nacionales.

El proceso de integración europea ejerce una presión cada vez más marcada sobre el orden social en los distintos Estados miembros. La finalidad es lograr que las futuras políticas de protección social adoptadas por los citados países miembros guarden mayor congruencia con las orientaciones generales de la política económica y la estrategia europea relativa al empleo (*Franz Terwey, 2001*).

4.3.2 Los principios de Seguridad Social internacional

Ante la inexistencia de una Seguridad Social internacional no hay dudas de que sin debida coordinación y armonía, el funcionamiento y el desarrollo autónomo de los sistemas nacionales de Seguridad Social, podrían hacer fracasar los mercados comunes europeos y americanos. Precisamente, a través de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y partiendo del carácter territorialista de las normas sobre protección social se da respuesta a diversos interrogantes que se plantean básicamente en cuanto a la estimación de las diversas cotizaciones, así como a la determinación de las prestaciones y de las instituciones o entidades responsables de su pago. En este sentido, los problemas se resuelven estableciendo principios básicos, tales como: el de igualdad de trato a los no nacionales, el de conservación de los derechos adquiridos y en curso de adquisición, el principio de totalización o suma de los períodos de cotización cubiertos en distintos territorios estatales, el de prorrateo de las prestaciones de acuerdo con la correspondiente cotización del trabajador en cada país y el de cooperación entre las Administraciones de la Seguridad Social de los distintos Estados miembros afectados. En otros términos, precisamente en su virtud, directa o indirectamente, se determina el contenido material de los sistemas nacionales de Seguridad Social, lo que produce una sensible uniformidad en la extensión, calidad, modalidades y condiciones de acceso a las prestaciones y a los regímenes financieros.

Con el objeto de simplificar y clarificar las normas comunitarias relativas a la coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros, el Parlamento Europeo y el Consejo aprueban el presente Reglamento (CE) n° 883/2004, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Este reglamento constituye la nueva referencia para la coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros. Facilita considerablemente la vida de los ciudadanos europeos que ejercen su derecho a la libre circulación en la Unión Europea y refuerza las obligaciones de cooperación en materia de seguridad social

entre las administraciones. El desarrollo de una legislación comunitaria en materia de seguridad social es una condición esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la libre circulación de las personas previsto por el Tratado CE.

Más que la adopción de medidas destinadas a armonizar las legislaciones de los Estados miembros, el Derecho comunitario prevé la coordinación de los sistemas nacionales. En efecto, los sistemas de seguridad social son el resultado de tradiciones nacionales antiguas, que integran la cultura de cada Estado. En el marco de la coordinación, el Estado miembro conserva el derecho a determinar los tipos de prestaciones y las condiciones de concesión. En cambio, el Derecho comunitario impone determinadas normas y principios al objeto de garantizar que la aplicación de los distintos sistemas nacionales no perjudica a las personas que ejercen su derecho a la libre circulación.

El presente reglamento tiene como objetivo la racionalización de los conceptos, las normas y los procedimientos relativos a la coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros. Cabe destacar los siguientes cambios con respecto al Reglamento (CEE n° 1408/1971):

- la mejora de los derechos de los asegurados con la ampliación de los campos de aplicación personal y material;
- la aplicación de las disposiciones a todos los nacionales de los Estados miembros cubiertos por la legislación de seguridad social de un Estado miembro y no solamente a las personas que forman parte de la población activa;
- el aumento de las ramas de seguridad social dependientes del régimen de coordinación para incluir las legislaciones relativas a la prejubilación;
- la modificación de algunas disposiciones relativas al desempleo: mantenimiento, durante un tiempo determinado (tres meses ampliables hasta un máximo de seis), del derecho a las prestaciones de desempleo para el desempleado que se traslada a otro Estado miembro con el fin de buscar empleo;
- el reforzamiento del principio general de la igualdad de trato, de especial importancia para los trabajadores fronterizos, especialmente mediante la inserción de una disposición que estipula la asimilación de los hechos;
- el fortalecimiento del principio de exportación de las prestaciones;
- la introducción del principio de buena administración.

En su concepción global, la reforma consistirá en una operación retrospectiva: la de reducir las dimensiones actuales de la Seguridad Social aproximándolas a sus límites originarios. Ni las condiciones sociales, ni la economía, se anuncian favorables para recuperar su pasada expansión. Pero, como también ha sucedido en el pasado, las transformaciones futuras de la Seguridad Social no habrían de significar variaciones en sustancia sino sólo en sus dimensiones.

En una concepción particularista de las perspectivas de futuro en lo que a la protección social se refiere, cabe presuponer que:

- Se continuará con la reducción gradual y moderada de las dimensiones actuales de los sistemas públicos de Seguridad Social. Se procederá a reconducir parte de la estructura pública hacia la iniciativa privada, tratando de fomentar la que se vincula con la negociación colectiva.
- El sector público protector resultante será probablemente mínimo o residual, viéndose influido por la ampliación de las formas de participación privada en su gestión. Lo que en ciertos ordenamientos jurídicos como el nuestro se califica como colaboración en la gestión privada, tenderá a extenderse hacia la mayoría de las ramas de prestaciones y a nuevos agentes sociales (mutuas, aseguradoras, cooperativas, sindicatos...).
- Se puede asistir a una política reformista que conduzca a modelos institucionales parcialmente influidos por la idea de capitalización en la financiación de algunas ramas de prestaciones.
- No sorprenderá el predominio de los institutos de ahorro individuales sobre los colectivos en la configuración de una nueva Seguridad Social complementaria.

En fin, a raíz de la globalización económica, el reto que se plantea el sistema de Seguridad Social es el de buscar un adecuado equilibrio entre la consecución de la eficacia del sistema económico y de la propia empresa y la protección social que requiere el trabajador.

5. Conclusiones

Aunque el fenómeno de la globalización no es nuevo, puede decirse que apenas estamos asistiendo a su comienzo, porque ha venido para quedarse y desde luego va a más. Desde esta perspectiva, conviene adaptarse a las renovadas reglas del juego si no queremos caernos del tablero, si queremos seguir jugando. La globalización debe ser observada como una oportunidad para adaptarse a los nuevos tiempos, como la ocasión para que los Estados revisen sus parámetros de protección laboral y adopten los cambios necesarios para que ésta siga siendo efectiva. Han de redefinirse y reajustarse las conquistas sociales en función de unas coordenadas bastante más dinámicas y complejas que las que tradicionalmente han acompañado al Derecho del Trabajo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la globalización es un fenómeno internacional, las soluciones deben ofrecerse también desde dicho ámbito. Poco puede hacerse desde el territorio nacional ante un proceso que se caracteriza, justamente, por el traspaso de fronteras. En este sentido, cabe mantener que la globalización económica a la que asistimos aún no se ve acompañada de una necesaria *globalización social*, que estamos esperando, y que pasaría por la fijación de unas reglas mínimas sobre las condiciones en las que deben desenvolverse las relaciones laborales en un contex-

to mundializado. Mientras ello no ocurra, debemos potenciar los elementos de los que disponemos, tales como extender y buscar nuevos espacios para la autonomía colectiva y la acción sindical internacionales, y el recurso a códigos de conducta, difusión de buenas prácticas y, con todas las cautelas, cláusulas sociales en tratados de comercio internacional.

Es un reto, de los muchos a los que se enfrenta nuestro ordenamiento en este principio de siglo.

Notas

1. Doctoras en Derecho. Profesoras de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid.

Bibliografía

- AA.VV. *Curso de Seguridad Social*, (Dir. A. Montoya Melgar), 3ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.
- AA.VV. *Descentralización productiva*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- AAVV *Derecho de la Seguridad Social*, (Dir. L.E de la Villa Gil), 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia 2004.
- CAMPS RUIZ, L.M., “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos”, en *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo* (BAYLOS GRAU, A., COLLADO GARCÍA, L., dirs.), Trotta, Madrid, 1994. “La responsabilidad empresarial en los grupos de sociedades”, *CDJ*, vol. V, 1994.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “El ‘nuevo’ Derecho del Trabajo”, *Aranzadi Social* núm. 5, 2004.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “Los trabajadores autónomos dependientes: una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 14, 2004.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información”, *Aranzadi Social* núm. 10, 2004.
- COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., SALA FRANCO, T., *Derecho social Comunitario*, 2º Ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad por contratas y subcontratas”, *RL*, núm. 2, 1992.
- DURÁN LÓPEZ, F., “EL futuro del Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 78, 1996.
- EMBID IRUJO, J.M., “Los grupos de sociedades en el Derecho español”, *CDJ*, vol. V, 1994.
- FRANZ TERWEY, “Una visión social europea: ¿hacia donde tiende su paulatino desarrollo?”, *Revista internacional de la Seguridad Social*, núm. 57, 2004.
- GARCÍA MURCIA, J., “Cesión de trabajadores”, en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, (coord. E. Borrajo), Edersa, Madrid, 1990.

- GOLDIN, A.O., "EL concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas", *RL*, vol. I, 1996.
- GONZALO GONZÁLEZ, B., "Globalización económica y Seguridad Social: su porfía en la Europa del euro", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2000.
- GONZALO GONZÁLEZ, B., *Introducción al Derecho internacional español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995.
- LÓPEZ ANIORTE, M.C., "Nuevo contexto económico mundial y requebrajamiento de los pilares tradicionales del Derecho del Trabajo", *Aranzadi Social* núm. 19, 2001.
- MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. "Descentralización productiva: *outsourcing*", en AA.VV. *Descentralización productiva*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- MONEREO PÉREZ, J.L., "Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social", *Relaciones Laborales*, núms. 15-16, 2001.
- MONEREO PÉREZ, J.L., "El sistema de pensiones entre Estado y mercado", *Documentación Laboral*, núm. 48, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J.L., "Aspectos laborales de los grupos de empresas", *REDT*, núm. 21, 1985.
- MONTOYA MELGAR, A., "Empresas multinacionales y relaciones de trabajo", *REDT*, núm. 16, 1983.
- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V., *Derecho Social europeo*, Tecnos, Madrid, 1994.
- ORTIZ LALLANA, M.C., "Libertad de establecimiento y empresas multinacionales", *AL*, núms. 11 y 12, 1990.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F., "Sobre la globalización y el futuro del Derecho del Trabajo", *Documentación Laboral*, núm. 60, 1999.
- PURCALLA BONILLA, M.A., "Globalización económica, Derecho del Trabajo y Seguridad Social", *Aranzadi Social*, núm. 1, 2002.
- RIVERO LAMAS, J., "El trabajo en la sociedad de la información", *Aranzadi Social*, núm. 16, 2001.
- RIVERO LAMAS, J., DE VAL TENA, A., *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2003.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., "Organización del sistema productivo y Derecho del Trabajo", *Revista de Estudios Financieros*, núm. 165, 1996.
- SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L., "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el derecho comunitario", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003.
- SANTOS ORTEGA, A. y POVEDA ROSA, M.M., *Trabajo, empleo y cambio social*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- SASTRE IBARRECHE, R., "Empresas transnacionales y regulación atípica de condiciones de trabajo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 3.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., "El artículo 42 ET: una visión panorámica", *Documentación Laboral*, núm. 68, 2003.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., "Sobre la OIT y su acción normativa", *Aranzadi Social* núm. 15, 2002.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., "Problemas aplicativos de los reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal", en AA.VV. *Seguridad Social Internacional* (Dir. E. Fernández Mata) *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXII, Madrid, 1998.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., CANO GALÁN, Y., CHARRO BAENA, P., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Políticas Sociolaborales*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.

Director de la Serie
Lic. Noé Díaz Pedraza

ISBN 970995908-5



Colección “Transformaciones
Jurídicas y Sociales” No. 3

www.themis.umich.mx