

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

Vol. 4, núm. 7, julio-diciembre 2008



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

José Narró Robles
Rector

Dr. Sergio M. Alcocer Martínez de Castro
Secretario General

Dra. Rosaura Ruiz Gutiérrez
Secretaria de Desarrollo Institucional

Dra. Annie Pardo
Coordinadora de Estudios de Posgrado

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Ruperto Patiño Manffer
Director

FES ACATLÁN

Mtra. Hermelinda Osorio Carranza
Directora

FES ARAGÓN

Arq. Lilia Turcott González
Directora

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Dr. Héctor Fix Fierro
Director

POSGRADO EN DERECHO

Dr. Jorge Fernández Ruiz
Coordinador

La Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, es una publicación semestral editada por la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, ubicada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro, Mario de la Cueva s/n Ciudad Universitaria, CP 04510 México D.F. Teléfono 5622 7474 ext. 1527, dirección electrónica <http://derecho.posgrado.unam.mx/>. Certificado de reserva de derechos al uso exclusivo del título No. 04-2005-091914211800-102. ISSN en trámite Impresión Creativa Impresores SA de CV, Quetzalcoatl 69, Tlaxpana, 11320, Miguel Hidalgo, México D.F. 5566 5338. Los autores son responsables de su contribución. Se permite la reproducción parcial o total del contenido otorgando el crédito correspondiente a la fuente.

**REVISTA DEL POSGRADO
EN DERECHO DE LA UNAM**

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Jorge Fernández Ruiz
Dr. Sergio Márquez Rabago
Dr. Augusto Sánchez Sandoval
Dr. Francisco A. Ibarra Palafox
Dr. José Sánchez Fabián.



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

Vol. 4, núm. 7, julio-diciembre 2008

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	vii
 BREVES COMENTARIOS EN TORNO A LOS CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CONCERNIENTES A LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS Y SU OBLIGATORIEDAD PARA LAS SALAS, ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS <i>Alma de los Ángeles Ríos Ruiz</i>	 1
 LA VIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA A LA LUZ DE LA NOCIÓN FORMAL DEL ESTADO DE DERECHO POR JOSEPH RAZ <i>Francisco Javier Marín Boscán</i>	 21
 LA PONDERACIÓN EN ROBERT ALEXY <i>Eduardo de la Parra Trujillo</i>	 31
 DEL CARÁCTER CIUDADANO, A LA CIUDADANÍA PARTICIPATIVA <i>María Elena Franco Salinas</i>	 55
 EL DISCURSO COMO IDEOLOGÍA INCLUSIVA-EXCLUSIVA EN EL ESTADO POSMODERNO <i>Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria</i>	 79
 LA ENSEÑANZA ACTIVA EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM <i>Hugo Carrasco Soulé</i>	 99
 LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA “TEORÍA DE LOS SISTEMAS” DE NIKLAS LUHMANN, APLICADA AL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO <i>Edna Ruth Luna Rico</i>	 121

ESTRUCTURAS E INSTITUCIONES SOCIALES EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO <i>Alma Lizette Alanís Hernández</i>	143
LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL DE 2008 <i>Víctor Manuel Rangel Cortés</i>	171
LAS ACCIONES COLECTIVAS COMO PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN EL DERECHO COMPARADO: LOS CASOS DE ESPAÑA Y MÉXICO <i>Marco Antonio Nambo Pérez</i>	189

PRESENTACIÓN

Con el presente número de su revista, el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México hace evidente su propósito de continuar su labor de difusión del conocimiento jurídico y de comunicación con sus docentes y alumnos, así como con la comunidad académica en general interesada en la ciencia del derecho, a través de este medio impreso que mantiene la calidad de su contenido que lo ha caracterizado desde su inicio.

En este nuevo número de la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM contamos con las valiosas colaboraciones de diez distinguidos colaboradores que disertan sobre una amplia gama temática jurídica.

En primer término, la doctora Alma de los Ángeles Ríos Ruiz se ocupa de los nuevos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que han reacomodado la ubicación de los tratados internacionales, suscritos por el titular del Poder Ejecutivo con aprobación del Senado de la República, en la escala jerárquica del orden jurídico mexicano, así como de sus inherentes consecuencias.

Por su parte, Francisco Javier Marín Boscán aprovecha la noción formal que formulara el renombrado jusfilósofo israelí Joseph Raz, sobre el Estado de derecho para estudiar la posible vigencia de éste en los diversos países de la América Latina.

Incluye también este número una profunda reflexión de Eduardo de la Parra Trujillo, acerca de una de las aportaciones más interesantes del reconocido filósofo y jurista alemán Robert Alexy, al campo jurídico filosófico, como es su teoría de la ponderación.

La evolución de la situación del ciudadano frente al poder público, que le ha permitido una mayor participación en la toma de las decisiones públicas, es el objeto del trabajo de investigación de María Elena Franco Salinas que también figura en este volumen.

La maestra Lizbeth Xóchitl Padilla incursiona en los vericuetos ideológicos del discurso del Estado posmoderno, con ánimo de descubrir su fondo, su oculto sentido subyacente.

En la colaboración del Dr. Hugo Carrasco Soulé, que incluimos en este número de la Revista del Posgrado en Derecho, se hace un acucioso análisis de las características que distinguen la enseñanza activa en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad.

En esta número contamos también, con la participación de la maestra Edna Ruth Luna Rico, quien aborda la técnica judicativa desde la perspectiva de la teoría de los sistemas de Niklas Luhman.

Un tema poco explorado en el ámbito jurídico es el abordado, en esta nueva edición de la revista en cita, por la maestra Alma Lizzette Alanís Hernández: *Estructura e interacciones sociales en la sociedad en riesgo*, en el que analiza la modificación de las directrices básicas y de la correlación de fuerzas en la sociedad posindustrial.

En este año, el Poder Revisor de la Constitución llevó a cabo una importante reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia penal, misma que es analizada por Víctor Manuel Rangel Cortés en la investigación cuyo producto se incluye en este número de la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM.

Finalmente, Marco Antonio Nambo Pérez nos presenta su estudio, realizado desde el marco del derecho comparado, sobre las acciones colectivas dirigidas a proteger los intereses colectivos y difusos, con especial enfoque a México y España.

Para concluir estas líneas, ruego a quienes deseen publicar artículos en esta revista semestral, nos envíen sus textos con la anticipación necesaria para que puedan ser dictaminados oportunamente.

Atentamente.

DR. JORGE FERNÁNDEZ RUIZ

BREVES COMENTARIOS EN TORNO A LOS CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CONCERNIENTES A LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS Y SU OBLIGATORIEDAD PARA LAS SALAS, ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

Alma de los Ángeles RÍOS RUIZ¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes de la jurisprudencia en México. III. Concepto de jurisprudencia en el contexto normativo mexicano vigente. IV. Tipos de jurisprudencia. V. La jerarquía de los tratados internacionales conforme a los criterios de la SCJN. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto en primer lugar establecer los antecedentes de la jurisprudencia en México, en un segundo aspecto abordar los temas relativos a las fuentes de la misma, los requisitos para su formación y, con base en dichas premisas, dilucidar si el criterio más reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con los tratados internacionales obliga a las Salas, a los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía y a las autoridades administrativas.

¹ Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

II. ANTECEDENTES DE LA JURISPRUDENCIA EN MÉXICO

La jurisprudencia en México proviene de la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para interpretar las leyes y no como una institución propia del juicio de amparo, aunque frecuentemente ambas han sido asociadas a pesar de las notorias diferencias y finalidades.

La jurisprudencia en su connotación actual, tiene su origen en las discusiones del Congreso Constituyente de 1857 y particularmente en la parte concerniente a la discusión acerca de la incorporación al pacto federal del juicio de amparo, particularmente del llamado *principio de relatividad* de las sentencias de amparo, contra aquel con el que se pretendía que las sentencias de amparo por inconstitucionalidad de leyes tuviera efectos *erga omnes*.

Sin embargo, prevalece el punto de vista que reconoce que las sentencias sólo benefician al quejoso, además se logró que se publicaran las sentencias de amparo y la conciencia de emular un sistema de precedentes parecido al de los Estados Unidos de América cuya tradición corresponde a la familia del *common law*, actualmente conocida como derecho angloamericano.²

Esta preocupación por publicar las sentencias de los tribunales federales comenzó en el Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de 1862, en cuyo artículo 12 previó la existencia de una publicación oficial para tal efecto³. Por ello, Benito Juárez crea el Semanario Judicial de la Federación el 8 de diciembre de 1870, como una publicación oficial donde se recogieran “Todas las sentencias definitivas de los tribunales federales desde 1867”.⁴

Los movimientos políticos y sociales ocurridos en nuestro país y las reformas constitucionales influyeron en la publicación del Semanario, lo que originó sus Épocas. Así se ha dividido a las mismas en el Semanario Judicial de la Federación en dos grandes períodos constitucionales: antes y después de 1917. Dicha división obedece a que las tesis de jurisprudencia que fueron publicadas en las Épocas Primera a Cuarta (antes de 1917), hoy son inaplicables, no tienen vigencia, y por ello se agrupan dentro de lo que se ha llamado jurisprudencia

² Rosales Guerrero, Emmanuel Guadalupe. *Estudio Sistemático de la Jurisprudencia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, pp. 36 y 37.

³ Véase para mayor abundamiento del tema, a Santamaría González, Luis Felipe, *El Semanario Judicial de la Federación y la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados del Circuito*, tesis profesional UNAM, 1989, pp. 70.

⁴ González Oropeza, Manuel. *La Jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005. pág. 37.

histórica. Las Épocas Quinta a Novena (de 1917 a la fecha) comprenden lo que se considera el catálogo de la jurisprudencia aplicable.

Con el propósito de que los funcionarios de los órganos jurisdiccionales, litigantes, estudiosos del derecho y público en general conozcan la integración de los tomos o volúmenes de las diversas Épocas del Semanario y los períodos que abarcan, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, elaboró el cuadro que a continuación se presenta:

Cuadro. Jurisprudencia Histórica⁵

Primer Periodo (Jurisprudencia Histórica)	
PRIMERA ÉPOCA	Comprende 7 tomos que contienen las resoluciones sostenidas por los Tribunales Federales de 1871 a septiembre de 1875.
SEGUNDA ÉPOCA	Comprende 17 tomos. Inicia en enero de 1881 con la reaparición del Semanario y termina en diciembre de 1889, por la crisis que se presentó cuando los fallos de la Corte se incrementaron debido al crecimiento poblacional de México, a su desarrollo económico y al exceso de amparos contra resoluciones judiciales de carácter civil y criminal.
TERCERA ÉPOCA	Comprende 12 tomos que contiene los fallos del Poder Judicial de la Federación de enero de 1890 a diciembre de 1897.
CUARTA ÉPOCA	Se integra por 52 tomos. Principia el 5 de enero de 1898 y finaliza en 1994.
Segundo Periodo (Jurisprudencia Aplicable)	
QUINTA ÉPOCA	Se integra por 132 tomos y cubre el periodo del 1º de junio de 1917 al 30 de junio de 1957. Su ordenación se presenta en forma cronológica, además de que al final de cada tomo aparece publicado su índice.

⁵ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, Tomo XXVIII, noviembre de 2008, Pleno y Salas, México 2008. Páginas XVII a XIX.

SEXTA ÉPOCA	A partir de la publicación de las ejecutorias de julio de 1957, se introdujeron reformas sustanciales que motivaron la iniciación de la Sexta Época, la cual está integrada por 138 volúmenes numerados con cifras romanas y cubre el periodo del 1º de julio de 1957 al 15 de diciembre de 1968. Los volúmenes se componen de cinco partes editadas en cuadernos por separado (Pleno y Salas Numerarias).
SÉPTIMA ÉPOCA	Las reformas adicionales a la Constitución Federal y a la Ley de Amparo, efectuadas en 1968, y que dieron competencia a los Tribunales Colegiados de Circuito para Integrar jurisprudencia, así como para conocer de amparos directos, marcaron la terminación de la Sexta Época y el inicio de la Séptima, la cual se integra por 228 volúmenes identificados con cifras arábicas y abarcó del 1º de enero de 1969 hasta el 14 de enero de 1988. Por lo general, los volúmenes están compuestos por siete partes y editados en cuadernos separados, correspondientes a Pleno, Salas (penal, administrativa, civil y laboral), Tribunales Colegiados y Sala Auxiliar.
OCTAVA ÉPOCA	La Octava Época principió el 15 de enero de 1988 y culminó el 3 de febrero de 1995. Está integrada por 15 tomos identificados con números romanos (hasta el Tomo VI la publicación fue semestral y a partir del Tomo VII se transformó en mensual) y por 87 Gacetas de publicación mensual, las cuales contenían las tesis jurisprudenciales emitidas por el Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por los Tribunales Colegiados de Circuito.
NOVENA ÉPOCA	Las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994, marcaron la determinación de la Octava Época y el inicio de la Novena el 4 de febrero de 1995, En una sola obra se conjuntaron las publicaciones del Semanario Judicial de la Federación y de su Gaceta, cuya periodicidad es mensual.

III. CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA EN EL CONTEXTO NORMATIVO MEXICANO VIGENTE

Etimológicamente la palabra jurisprudencia, palabra culta, proviene del latín clásico *iurisprudencia*-ae, palabra compuesta de *ius-iuris* y *prudencia*-ae; prudencia. Esta palabra, de una tradición multisecular, se entiende, en sentido amplio como la ciencia del derecho. Aplicación e interpretación de las leyes hecha por los tribunales. En este sentido la definición clásica señala *iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, es decir, “la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas ó humanas, ciencia de lo justo e injusto”.⁶

Ignacio Burgoa⁷ define a la Jurisprudencia como las “interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas, uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la Ley, respecto de uno o varios puntos de vista de derecho especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos semejantes que se presentan en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionada autoridades y que expresamente señala la ley”.

De acuerdo con el concepto anteriormente transcrito la jurisprudencia alude a una interpretación de la ley, es decir es una apreciación del sentido de la norma que se configura a través de criterios reiterados emitidos por los órganos competentes.

Por su parte, Ezequiel Guerrero⁸ señala que el término criterio alude a la expresión establecida en la tesis que aparece en la ejecutoria emitida en el Juicio de Amparo, por tanto se constriñe a una opinión que puede llegar a integrar jurisprudencia, pero aún no cuenta con ese carácter

La palabra jurisprudencia, puede tener múltiples significados de acuerdo con el alcance y límite que desee otorgarse, también como ciencia, teoría para conocer el derecho, concepto romano proveniente de la interpretación del derecho autorizada en las XII Tablas, entre otros.

⁶ Sobre la evolución conceptual del término *iurisprudencia* puede verse la obra de Zenati Frédéric. *La jurisprudence*, París, Dalloz, 1991. 281 pp.

⁷ Burgoa, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, Décimo séptima edición, México, editorial Porrúa, s.a., 1981, p.819.

⁸ CFR Guerrero Lara Ezequiel, jurisprudencia judicial, en: *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo V, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM 1984p. 265. “...Así tenemos que para mencionar a la jurisprudencia ya integrada, se emplean, indistintamente, los términos de: Criterio jurisprudencial y jurisprudencia, y por lo que atañe a las opiniones que se encuentran en proceso de llegar a constituir jurisprudencia se emplea las expresiones: sumario, tesis, tesis aisladas, precedente, antecedente, opinión y criterio...”

Para Octavio Hernández⁹ la jurisprudencia “es el criterio constante y uniforme para interpretar y aplicar el derecho, expresado en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales Colegiados de Circuito; el hábito para juzgar de manera uniforme una misma cosa; el conjunto de principios que en materia de derecho se observa y, en fin, la serie de juicios o sentencias uniformes y constantes que integran el uso o costumbre jurídica de los mencionados tribunales”.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido a la Jurisprudencia de la siguiente manera:

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE.- La jurisprudencia tiene facultades integradoras y va más allá de la norma, es decir, la verdadera jurisprudencia es aquella complementaria o integradora de las situaciones que no previó el legislador, adecuando la norma al caso concreto, toda vez que en muchas ocasiones las circunstancias de hecho están dando opciones distintas a lo establecido en un precepto legal. La Suprema Corte y los tribunales, al fijar un criterio en una tesis jurisprudencial, estudian aquellos aspectos que el legislador no precisó, e integra a la norma los alcances que, no contemplados en ésta, se producen en una determinada situación.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO Amparo directo 399/90. María Lourdes Monroy y otro. 7 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patlán Romero. Secretaria: Ma. del Carmen Prado Carrera.¹⁰

JURISPRUDENCIA. CONCEPTO, CLASES Y FINES.

La jurisprudencia es la interpretación de la ley, de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias que pronuncia la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en Pleno o en Salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito. Doctrinariamente la jurisprudencia puede ser confirmatoria de la ley, supletoria e interpretativa. Mediante la primera, las sentencias ratifican lo preceptuado por la ley; la supletoria colma los vacíos de la ley, creando una norma que la complementa; mientras que la interpretativa explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador. La jurisprudencia interpretativa está contemplada en el artículo 14 de la Constitución Federal, en tanto previene que en los juicios del orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación

⁹ Hernández, Octavio A; *Curso de amparo*, segunda edición, México, Porrúa, s.a., 1980, p. 362.

¹⁰ Localización: Octava Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación VII, Enero de 1991Página: 296Tesis Aislada Materia(s): Común

jurídica de la ley; y la jurisprudencia tiene una función reguladora consistente en mantener la exacta observancia de la ley y unificar su interpretación, y como tal, es decir, en tanto constituye la interpretación de la ley, la jurisprudencia será válida mientras esté vigente la norma que interpreta.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo en revisión 299/2003. Funerales la Ascensión, S.A. de C.V. 3 de julio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: F. Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Esteban Oviedo Rangel¹¹.

De las anteriores tesis transcritas se desprende que existen elementos determinantes para conceptualizar a la jurisprudencia, en el sentido de referirse a la interpretación de la norma, la cual se integra por cinco criterios reiterados en el mismo sentido.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis publicada en la página 58, del tomo XLIX, sexta época del Semanario Judicial de la Federación, sobre el tema se ha pronunciado en los siguientes términos.

INTERPRETACIÓN Y JURISPRUDENCIA.

Interpretar la ley es desentrañar su sentido y por ello la jurisprudencia es una forma de interpretación judicial, la de mayor importancia, que tiene fuerza obligatoria según lo determinan los artículos 193 y 193 bis de la Ley de Amparo reformada en vigor, según se trate de jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno o a través de sus Salas. En síntesis: la jurisprudencia es la obligatoria interpretación y determinación del sentido de la ley, debiendo acatarse, la que se encuentra vigente en el momento de aplicar aquella a los casos concretos, resulta absurdo pretender que en el período de validez de una cierta jurisprudencia se juzguen algunos casos con interpretaciones ya superados y modificados por ella que es la única aplicable”.

Precedentes: Amparo directo 2349/61. Miguel Yapor Farías. 24 de julio de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Conforme a dicho criterio y las definiciones transcritas podemos afirmar que la jurisprudencia es el criterio judicial de contenido interpretativo, referido a la ley, emitido por autoridad competente, que adquiere un carácter obligatorio que

¹¹ Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Octubre de 2003 Página: 1039 Tesis: IX.1o.71 K Tesis Aislada Materia(s): Común

vincula a todas las autoridades jurisdiccionales del país cuya construcción deriva de las decisiones o fallos de los órganos habilitados al momento que interpretan, desentrañan, explican o complementan la ley.

Estos criterios interpretativos derivados de decisiones de los tribunales federales sobre una materia determinada poseen fuerza tradicionalmente obligatoria derivada de la Constitución, pero aun no teniéndola en caso de las tesis aisladas, se imponen por el valor persuasivo de sus razones y la autoridad del órgano del que emanen.

Es oportuno destacar que ni la Constitución General de la República, Ley de Amparo ni de Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, deriva una definición propiamente de jurisprudencia, pues al respecto, el artículo 94, párrafo octavo, del Pacto Federal, establece:

“La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación”.

La propia Ley Fundamental, en el artículo 105, fracciones I y II, en relación con la jurisprudencia señalan:

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la Ley Reglamentaria de los asuntos siguientes:

Fracción I. (...)

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

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

Fracción II. (...)

Las resoluciones de la Suprema Corte sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.”

En tanto que en el artículo 192, segundo párrafo de la Ley de Amparo, reza:

“Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se trata de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas.”

Por su parte los numerales 177 y 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, disponen:

“ARTÍCULO 177. La jurisprudencia que deban establecer la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno, las Salas de la misma y los tribunales colegiados de circuito en las ejecutorias que pronuncien en los asuntos de su competencia distintos del juicio de amparo, se regirán por las disposiciones de la Ley de Amparo, salvo en los casos en que la ley de la materia contuviera disposición expresa en otro sentido”.

“ARTÍCULO 232.- La jurisprudencia del Tribunal Electoral será establecida en los casos y de conformidad con las reglas siguientes:

- I.- Cuando la Sala Superior, en tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario, sostenga el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma;
- II.- Cuando las Salas Regionales, en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, sostengan el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma y la Sala Superior lo ratifique, y
- III.- Cuando la Sala Superior resuelva en contradicción de criterios sostenidos entre dos o más Salas Regionales o entre éstas y la propia Sala Superior.

En el supuesto de la fracción II, la Sala Regional respectiva a través del área que sea competente en la materia, comunicará a la Sala Superior las cinco sentencias que contengan el criterio que se pretende sea declarado obligatorio, así como el rubro y el texto de la tesis correspondiente, a fin de que la Sala Superior determine si procede fijar jurisprudencia.

En el supuesto de la fracción III, la contradicción de criterios podrá ser planteada en cualquier momento por una Sala, por un magistrado electoral de cualquier Sala o por las partes, y el criterio que prevalezca será obligatorio a

partir de que se haga la declaración respectiva, sin que puedan modificarse los efectos de las sentencias dictadas con anterioridad.

En todos los supuestos a que se refiere el presente artículo, para que el criterio de jurisprudencia resulte obligatorio, se requerirá de la declaración formal de la Sala Superior. Hecha la declaración, la jurisprudencia se notificará de inmediato a las Salas Regionales, al Instituto Federal Electoral y, en su caso, a las autoridades electorales locales y las publicará en el órgano de difusión del Tribunal.”

IV. TIPOS DE JURISPRUDENCIA

A. Por reiteración. B. Por contradicción de tesis. C. Al resolver el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

A. La jurisprudencia por reiteración constituye la regla general de los mecanismos de integración, la que si bien está regulada en sus aspectos generales por la Ley de Amparo, ello no significa que sólo en asuntos resueltos en aplicación exclusiva de dicha ley sea posible sentar jurisprudencia, sino en todos aquellos casos en que sean competencia de la Suprema Corte de Justicia, Tribunales Colegiados y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Ilustra lo anterior la tesis de la Tercera Sala, localizable en la página 174, volúmenes 217-218, Cuarta Parte, de la séptima época del Semanario Judicial de la Federación, que establece:

JURISPRUDENCIA. LA CONSTITUYE UN CRITERIO REITERADO EN CINCO RESOLUCIONES RECAIDAS EN CONFLICTOS DE COMPETENCIA.

El artículo 192 de la Ley de Amparo, que señala las reglas generales para el establecimiento de la jurisprudencia expresa, literalmente, en cuanto se refiere a la sustentada por las Salas, que «las ejecutorias constituirán jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas, por lo menos .. por cuatro Ministros». Una aplicación literalista del precepto, podría llevar a la conclusión de que al resolverse conflictos de competencia en juicios ordinarios no se puede llegar a sustentar jurisprudencia pues las resoluciones respectivas, por un lado, no se pronuncian dentro del juicio de amparo y, por otro, no son en rigor ejecutorias pues no son sentencias que deciden el fondo de

una controversia de manera definitiva e inimpugnable, al determinar solamente cuál es el Juez u órgano jurisdiccional que debe seguir conociendo de un asunto sobre el que se ha suscitado un conflicto competencial. Sin embargo, tal interpretación resulta inaceptable, pues dentro del espíritu del precepto se advierte, como esencial, la voluntad del legislador de que cuando el más Alto Tribunal de la República fija reiteradamente un criterio éste contribuye a la seguridad jurídica, siendo obligatorio, como jurisprudencia, para todos los órganos jurisdiccionales de la República. Además justifica esta interpretación el principio de derecho de que donde existe la misma razón debe darse la misma disposición. Por otra parte, un análisis del Semanario Judicial de la Federación y de los anexos a los informes anuales que rinden los presidentes de la Suprema Corte y de las Salas, permite inferir que ha sido la interpretación reiterada que consuetudinariamente se ha hecho pues, se han publicado como jurisprudencias, criterios diversos que el Pleno y las Salas han reiterado, en los términos de la ley, en asuntos en los que las resoluciones no fueron ejecutorias.

Precedentes: Competencia civil 194/86. Suscitada entre los Jueces Segundo de Distrito en el Estado de Tabasco y Segundo de lo Civil en Villahermosa. 6 de marzo de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ernesto Díaz Infante. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Jorge Trujillo Muñoz.

Estaremos en presencia de jurisprudencia por reiteración, tratándose el Pleno y Salas, cuando se sustente en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por los menos por ocho ministros si se trata de Pleno o por cuatro si se trata de Salas.

Tratándose de Tribunales Colegiados, también requiere de cinco casos, sin ninguno en contrario y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos.

En tanto que tratándose de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuando existan tres ejecutorias, sin ninguna en contrario y hayan sido aprobadas por cuando menos cinco magistrados. Tratándose de Salas, se requiere que sean cinco ejecutorias, y ratificada por la Sala Superior.

B. Por contradicción de tesis.

A esta forma de formar jurisprudencia también se le ha denominado método de unificación, ya que tiene por objeto unificar la tesis o criterios en pugna. Al igual que la conformada por reiteración tiene sus mismos efectos, pero no se les puede equiparar porque el proceso de formación no es el mismo. La reiteración es resultado de cinco ejecutorias, no interrumpidas y aprobadas por ocho ministros si es de Pleno, por cuatro ministros si es de Sala y por unanimidad de votos

si es de Tribunal Colegiado. En cambio, tratándose de jurisprudencia por contradicción de tesis, basta una sola resolución y sólo se requiere que sea aprobada por la mayoría del Pleno o las Salas.

Al respecto conviene destacar que los tribunales colegiados no son órganos competentes para dirimir contradicciones de tesis, sino que sus resoluciones pueden dar lugar a que las Salas de la Corte o el Pleno, resuelvan criterios discordantes derivados de la solución de un mismo tema.

Este punto de vista, lo corrobora la tesis de la Tercera Sala que aparece publicada en el tomo VII, del mes de junio de 1991, pag. 92, de la octava época del Semanario Judicial de la Federación, que establece:

CONTRADICCIÓN DE TESIS. LA JURISPRUDENCIA DEFINIDA AL RESOLVERLA NO ESTA SUJETA A LOS MISMOS REQUISITOS QUE LA JURISPRUDENCIA POR REITERACIÓN.

En los términos de lo establecido por los artículos 192 y 193, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se integra por reiteración a la cual la doctrina ha denominado método tradicional, y por contradicción, que también se le ha denominado método de unificación, ya que tiene por objeto unificar la tesis o criterios en pugna. Dichas formas de creación de jurisprudencia, aun cuando coinciden en sus efectos no se les puede equiparar porque: lo.- El proceso de formación no es el mismo, pues la primera es el resultado natural de cinco ejecutorias consecutivas y uniformes, no interrumpidas por otra en contrario, que deben ser aprobadas por lo menos por catorce Ministros si se trata de jurisprudencia de Pleno, por cuatro Ministros en los casos de jurisprudencias de las Salas y por unanimidad de votos de los Magistrados tratándose de jurisprudencia sustentada por los Tribunales Colegiados; en cambio, la jurisprudencia por contradicción o unificadora, de una sola resolución sin que sea necesario requisito de votación mínima, pues basta que con que dicha resolución se emita por mayoría. 2a.- En la jurisprudencia por reiteración, el órgano que dicta las cinco ejecutorias es el mismo; en el sistema de contradicción, es una autoridad distinta a aquellas que emitieron las tesis opuestas la que toma la resolución que resuelve la contradicción o conflicto de tesis. 3a.- Esta última, tiene naturaleza peculiar, diferente a la que se realiza por reiteración o método tradicional, por cuanto a que no pone fin a un litigio sino que sólo decide un conflicto de interpretación y declara un punto de Derecho.

Precedentes: Contradicción de tesis 4/91. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 20 de mayo de 1991. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: E. Gustavo Núñez Rivera.

C. Al resolver el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

Disponen las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, que en tratándose de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad sólo podrá declararse la invalidez de las disposiciones generales que hayan sido impugnadas cuando hayan sido aprobadas por una mayoría de por lo menos ocho votos. Aquí también es oportuno destacar que sólo se requiere de un asunto.

V. LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES CONFORME A LOS CRITERIOS DE LA SCJN

El criterio donde se abordó el tema de la jerarquía de los tratados internacionales y los ubicó en un mismo plano de igualdad que las leyes federales, fue emitido por quienes integraban el Pleno durante la octava época del Semanario Judicial de la Federación. Cuerpo Colegiado conformado por veintiún ministros, cinco de cada Sala (penal, administrativa, civil y laboral) y el presidente.

Las razones que tuvieron los señores ministros para pronunciarse de dicha manera quedo reflejado en la tesis localizable en la página 27, de la gaceta 60, diciembre de 1992, que establece:

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.

De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.

Precedentes: Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diecisiete de noviembre en curso, por unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel

Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número C/92, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas y José Antonio Llanos Duarte. México, Distrito Federal, a dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

El criterio anteriormente citado fue modificado con base en el sustentado por el propio Tribunal Pleno al resolver, el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, sosteniendo en dicho asunto que los tratados internacionales están en una jerarquía superior, sobre el derecho federal y el local, salvo que la Constitución General de la República señale algún caso especial.

Bajo el anterior orden de ideas, puede consultarse la tesis P. LXXVII/99, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, página 46, bajo el rubro «TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERARQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL», que a continuación se analiza.

a. El precedente Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo.

En este precedente, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, actualmente integrada por once ministros. Cinco de la Primera, y cinco de la Segunda, más el Presidente, variaron el criterio de la anterior conformación del Pleno, para ahora determinar que los tratados internacionales eran jerárquicamente superiores que las leyes federales.

Tal criterio se contiene en la tesis LXXVII, visible en la página 46, tomo X, noviembre de 1999, de la novena época del Semanario Judicial de la Federación, que establece lo siguiente:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitu-

ción Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión «... serán la Ley Suprema de toda la Unión ...» parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de «leyes constitucionales», y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que «Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.». No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: «LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.»; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal".

Precedentes: Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicen-

te Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: «LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.».

El cambio de criterio de interpretación de un precepto legal pone de manifiesto que el punto de vista sobre un asunto, puede abandonarse, bien sea por las razones expuestas por nuevos miembros o bien, porque consideraron que en un mundo globalizado debía darse mayor importancia a lo pactado en los tratados internacionales. Sea cual fuere la causa, es muy respetable.

b. El precedente Mc. Caín México S. A. de C. V.

El trece de febrero de 2007, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reiteró el criterio de que los tratados se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales, sólo que ahora, la votación fue de seis votos contra cinco.

La tesis que se localiza en el tomo XXV, pag. 6, abril de 2007, del Semanario Judicial de la Federación, novena época, en los siguientes términos:

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el

Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario «pacta sunt servanda», contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

Precedentes: Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número IX/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete.

Nota: En la sesión pública de trece de febrero de dos mil siete, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc Cain México, S.A. de C.V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere esta tesis aislada.

Es importante recordar en materia comercial los tratados tienen gran importancia para México, toda vez que se han celebrado diversos instrumentos internacionales tales como: el Tratado de Libre Comercio México-Colombia-Venezuela, México-Bolivia, México-Nicaragua, México-Chile, México-Unión Europea, México-Israel, México-Unión Triangulo del Norte (Salvador, Guatemala y Honduras), México- Asociación Europea de Libre Comercio (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza) así como cuatro acuerdos de complementación económica tales como: México-Panamá, México-Uruguay, México-Brasil, entre otros.

Resulta importante destacar que tanto los tratados o acuerdos internacionales que celebren los distintos Estados, contienen los lineamientos fundamentales, bases o reglas generales relacionados con las obligaciones adquiridas, por tanto al entrar en vigor requieren de una reglamentación de carácter internacional en atención a su propia naturaleza. En este sentido, se suscriben acuerdos adicionales o protocolos que contienen obligaciones de carácter secundario para

las partes contratantes. Dichos acuerdos son de carácter administrativo pues refieren a criterios de operatividad o de interpretación.¹²

Es importante citar el punto de vista de Patiño Manffer,¹³ al sostener que el procedimiento previsto en la Constitución mexicana relativo a la suscripción de Tratados y la posición en que se ubican las mencionadas normas en el sistema legal mexicano producen importantes problemas de interpretación y aplicación, los cuales se han agudizado y evidenciado debido a la intensa actividad negociadora que en el ámbito internacional ha desarrollado el Estado mexicano en los últimos 25 años, lo que ha provocado la celebración de acuerdos en materias tan importantes como son: derechos humanos, tributaria, comercio exterior, propiedad intelectual, entre otros.

Así mismo, nos pronunciamos en completo acuerdo con Patiño Manffer¹⁴ al afirmar que el 133 constitucional se cuestiona con la inobservancia de no existir congruencia entre un Tratado celebrado por el Estado mexicano conforme al procedimiento previsto en la norma fundamental, expresamente en el caso donde el ejecutivo federal suscribe tratados de naturaleza comercial, conviniendo con sus contrapartes la aplicación de impuestos en tasas inferiores a las que previamente estableció el Congreso de la Unión a través de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación.

Es importante destacar que el último criterio de interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relativa al 133, anteriormente comentado, genera restricción a las facultades que la Constitución le tiene encomendadas al Congreso de la Unión. Conforme a ello, se formular las siguientes reflexiones finales.

VI. CONCLUSIONES

1. La jurisprudencia es el criterio judicial de contenido interpretativo, referido a la ley, emitido por autoridad competente, que adquiere un carácter obligatorio que vincula a todas las autoridades jurisdiccionales del país cuya

¹² Véase Ríos Alma. *La política comercial mexicana a la luz de la ley sobre la aprobación de Tratados Internacionales en materia económica*. Temas Selectos de Derecho. Editorial Porrúa. México. 2008.

¹³ Cfr. Patiño Manffer Ruperto. *Algunos problemas derivados de la incorporación del derecho internacional al derecho nacional y la jerarquía de los tratados*. Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM. Vol. 3, Núm. 5, Julio-Diciembre, México, 2007. p.1

¹⁴ *Ibidem*. P.3. Véase Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación expedida por el Congreso de la Unión, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2007.

- construcción deriva de las decisiones o fallos de los órganos habilitados al momento que interpretan, desentrañan, explican o complementan la ley.
2. Los criterios interpretativos derivados de decisiones de los tribunales federales sobre una materia determinada poseen fuerza tradicionalmente obligatoria derivada de la Constitución, pero aun no teniéndola en caso de las tesis aisladas, se imponen por el valor persuasivo de sus razones y la autoridad del órgano del que emanen.
 3. El criterio que rige actualmente en el sentido de que los Tratados Internacionales son jerárquicamente superiores a las leyes federales, no es jurisprudencia, toda vez que si bien el precedente resuelto en 1999 fue aprobado por diez votos, en cuyo caso era votación idónea para formar jurisprudencia, no aconteció lo mismo con los que se resolvieron en febrero de 2007, pues con la nueva conformación de la Corte y el cambio de criterio de dos Ministros, no se obtuvo el número mínimo de ocho votos para que se integrara la jurisprudencia, ello no obstante que en esa ocasión se fallaron trece asuntos. Por tal motivo, los órganos jurisdiccionales del país, no están obligados a aplicar el criterio reciente, esto es el que los tratados están por encima de las leyes federales, sino que pueden optar por aplicar el criterio de antaño, consistente en que dichos tratados y las leyes federales están en el mismo plano de igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

- BURGOA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*. Editorial Porrúa, 17ª edición, México, S.A., 1998.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. *La Jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.
- GUERRERO LARA Ezequiel, jurisprudencia judicial, en: *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo V, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984.
- Hernández, Octavio A. *Curso de Amparo*, 2ª edición, México, Porrúa, S.A., 1980.
- PATÍÑO MANFFER, Ruperto. *Algunos problemas derivados de la incorporación del derecho internacional al derecho nacional y la jerarquía de los tratados*. Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM. Vol. 3, Núm. 5, Julio-Diciembre, México, 2007.
- RIOS RUIZ, Alma. *La política comercial mexicana a la luz de la ley sobre la aprobación de Tratados Internacionales en materia económica*. Temas Selectos de Derecho. Editorial Porrúa. México. 2008.
- ROSALES GUERRERO, Emmanuel Guadalupe. *Estudio Sistemático de la Jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, 2005.

SANTAMARÍA GONZÁLEZ, Luis Felipe. *El Semanario Judicial de la Federación y la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados del Circuito*, Tesis profesional UNAM, 1989.

Semanario Judicial de la Federación Poder Judicial de la Federación. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ZENATL Frédéric. *La jurisprudence*, París, Dalloz, 1991.

LA VIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA A LA LUZ DE LA NOCIÓN FORMAL DEL ESTADO DE DERECHO POR JOSEPH RAZ

Francisco Javier MARIN BOSCAN*

SUMARIO I. Introducción. II. Consideraciones a los Fundamentos sobre el Estado de Derecho por J. Raz: 1.1. Núcleo o Idea Fundamental. 1.2. Principios. III. Estado de Derecho en América Latina: especial referencia a casos de Cuba, Haití y Venezuela. IV. Conclusiones: La Vigencia del Estado de Derecho en América Latina.

I. INTRODUCCION

El curso de la asignatura Teoría Jurídica Contemporánea I, resultó de vital interés porque nos permitió reencontrar con el Derecho y su esencia, particularmente en el caso de aquellos que transitamos desde hace tiempo, por otros senderos como el Derecho Social.

Fue oportunidad de conocer y pensar sobre autores contemporáneos como Hart, Raz, Dworkin y Green, aunque también otros por referencia, como Finnis, Colman, Waluchow y Dickson, entre tantos.

Como en algún momento referimos, cada uno de estos autores asume como objeto de estudio el Derecho, y bajo una óptica positivista o no, incluyente o excluyente en el primer caso, tratan de establecer su naturaleza, aunque algunos asumen como portadores de una verdad absoluta e irrefutable.

Nos encontramos con algunos autores de teorías, y con otros, en un actitud de considerar lo formulado por estos, para apoyar o rebatirlo, ejemplo de esto lo es Julie Dickson, quien expone: "...he intentado profundizar nuestro entendi-

* Alumno del Programa de Doctorado por Investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.

miento sobre algunos temas importantes de la metodología en la filosofía del derecho... Mi principal objetivo ha sido el esclarecer la naturaleza de un enfoque en la teoría jurídica, es decir, la teoría jurídica de la evaluación indirecta..."¹ Esta autora plantea que Raz y Dworkin están en desacuerdo en cómo se tiene que caracterizar el derecho, y es su propósito defender y explicar la postura de Raz.

A los efectos de este trabajo, con el propósito de aplicar la Teoría de Raz en cuanto al *Estado de Derecho y su Virtud*, consideraremos sobre la Vigencia del Estado de Derecho en América Latina, a la luz de la noción formal del nombrado autor.

Para este fin, asumiremos dentro de América Latina, a los países comprendidos en América continental, a excepción de Estados Unidos y Canadá, e integramos a los países del Caribe.

Como observaremos más adelante, la noción formal que nos presenta J. Raz, corresponde a la existencia o validez del Estado de Derecho.

Raz manifiesta que la evaluación es esencial para una teoría del derecho exitosa, y maneja argumentos para objetar a Finnis y a Dworkin, quienes señalan la necesidad de evaluar moralmente y justificar moralmente el Derecho, para entender adecuadamente su naturaleza.

Por otra parte, Raz refiere sobre la tesis de las fuentes sociales que considera no dictar norma de interpretación alguna, y que ayuda a definir sobre la naturaleza y los límites del Derecho. A su vez el autor, resume su concepción de la autoridad en tres tesis: de la dependencia, de la justificación normal y de la exclusividad.

Pérez Luno expone sobre definiciones lexicales del Estado de Derecho, y así escribe que se pueden observar dos grandes corrientes de uso lingüístico de esta expresión, que pueden calificarse, de técnica e ideológica. El autor indica que en su acepción técnica, la expresión "Estado de Derecho pretende dar cuenta de unos mecanismos o condiciones jurídicas de hecho, o supuestamente tales, que presiden el funcionamiento del Estado."²

Si nos tocara enmarcar la concepción sobre Estado de Derecho de Raz en algunas de las corrientes referidas por Pérez, lo haríamos dentro de la técnica, aunque con cierta reserva como veremos en el desarrollo de este trabajo, particularmente porque lo asumen en base al funcionamiento del Estado.

¹ Dickson, 2006, p. 190.

² Pérez, 2003: 238.

En todo caso, a los efectos de este pequeño trabajo, nos abocaremos a precisar sobre lo que Raz plantea en cuanto al Estado de Derecho y su Virtud, y en ese sentido estableceremos:

II. CONSIDERACIÓN A LOS FUNDAMENTOS SOBRE EL ESTADO DE DERECHO POR J. RAZ

2.1. *Núcleo o Idea Fundamental*

El autor nos aporta la idea fundamental, y en este sentido señala que *Estado de Derecho* significa literalmente lo que dice: "...tomando en su sentido más amplio significa que la gente debe obedecer el derecho y regirse por él."³

Igualmente Raz destaca que el Estado de Derecho, ha sido interpretado en sentido restringido en la teoría política y jurídica, estableciendo que "...el gobierno debe ser regido por el derecho y sometido a él."⁴

En el sentido inicial, el autor refiere: "...si el derecho debe ser obedecido tiene que ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos."⁵

Y a su vez establece: "la conformidad del estado de derecho es una cuestión de grado. Una completa conformidad es imposible... y la máxima conformidad posible es, por lo general, indispensable..."⁶

Finalmente para definir al Estado de Derecho, el autor destaca: "considerar el estado de derecho como la inherente o específica virtud del derecho, es el resultado de una concepción instrumental del derecho... Para el derecho esta virtud es el estado de derecho. Así, el estado de derecho es una virtud inherente al derecho, pero no una virtud moral en tanto tal (el autor refiere que el derecho tiene una específica virtud, moralmente neutral)."⁷

Raz refiere sobre la "perversión o distorsión de la doctrina del Estado de Derecho",⁸ y así critica la elaboración de Hayek y lo que consta en el Artículo primero del reporte del I Comité del Congreso Internacional de Juristas⁹ sobre esto, por la idea política que involucran. De alguna manera, observaremos que

³ Raz, 1985: 265.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibid: 267.

⁶ Ibid: 277.

⁷ Ibid: 281 y 282.

⁸ Según traducción de Rolando Tamayo y Salmorán

⁹ Nueva Delhi, 1959.

así conciben autores como Bernal y entes como la Organización de Estados Americanos, a través de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, cuando hagamos referencia a casos especiales en América Latina.

2.2. Principios

Enunciaremos los principios que formula Raz, destacando el mismo autor que son algunos, y formularemos algunas consideraciones, a saber:

- 2.2.1 Todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras. Para que la gente o los ciudadanos, puedan actuar conforme les indica el Derecho, las normas no deben dejar espacio a duda acerca de su propósito, y regular de manera previsible.
- 2.2.2 Las disposiciones jurídicas deben ser relativamente estables. Las normas deben contar con una permanencia en el tiempo, ya que esto asegura a las personas que conocen las regulaciones y saben a qué atenerse.
- 2.2.3 El establecimiento de disposiciones jurídicas particulares (órdenes jurídicos particulares) debe ser guiado por disposiciones jurídicas abiertas, estables, claras y generales. Las normas individualizadas deben tener fundamento en normas generales, a los efectos de establecer su grado de conformidad con el Derecho.
- 2.2.4 La independencia del Poder Judicial tiene que ser garantizada. Los impartidores de justicia deben actuar con imparcialidad, y esto se asegura integrándose a una rama del Poder Público con la debida autonomía, no solo funcional sino también administrativa.
- 2.2.5 Los principios de la justicia natural tienen que ser observados. La orientación que inspira la justicia, sobre dar a cada quien lo que le corresponde, debe ser el fundamento básico del proceder de los jueces.
- 2.2.6 Los tribunales deben tener poderes de revisión sobre la implementación de los otros principios. Los órganos jurisdiccionales son los garantes de la justicia, y en este sentido deben contar con facultades orientadas al cumplimiento de sus fines y principios.

2.2.7 Los tribunales deben ser fácilmente accesibles.

Toda la gente o personas deben contar con la posibilidad, sin restricciones, de acudir a los órganos de la administración de justicia, y exigir la garantía de sus derechos. A esto debemos agregar la tutela judicial efectiva, hoy reconocida por la mayoría de las Constituciones en los países.

Sobre este aspecto, resulta de vital interés destacar un Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA,¹⁰ en el cual consta sobre el contenido de la tutela judicial efectiva en materia de afectaciones de derechos sociales.

2.2.8 A los órganos de prevención criminal dotados de discrecionalidad, no se les debe permitir pervertir el Derecho.

Los Tribunales con competencia en materia penal, deben actuar conforme a derecho, y asegurar que su proceder sea de acuerdo a los tipos delictivos y la responsabilidad de los presuntos responsables de ilícitos penales.

III. ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA: ESPECIAL REFERENCIA A CASOS DE CUBA, HAITÍ Y VENEZUELA

La Carta Democrática Interamericana¹¹ refiere en su articulado al Estado de Derecho, señalando: “El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.”¹² Así vemos como se asocia Estado de Derecho y democracia, bajo una concepción política.

Sánchez destaca sobre la falta de un Estado de derecho consolidado en América Latina, y así escribe: “A primera vista, el derecho en América Latina podría calificarse como un derecho moderno. Cuenta con una serie muy completa de instituciones bien desarrolladas; existen tribunales especializados para la resolución de litigios y la aplicación del derecho cumple los requisitos de ser general, abstracta, impersonal y universal. Se cuenta también con una producción doctrinal especializada y muy importante. Sin embargo el discurso jurídico ha fracasado en su intención de penetrar en la sociedad. Excepción hecha de la

¹⁰ Informe sobre El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2007.

¹¹ Uno de los instrumentos internacionales más reciente.

¹² Artículo 2

elite en el poder y de la clase media —poco representativa cuantitativamente— la mayoría de la población no ha hecho suyo el derecho estatal o formal.”¹³

Esta referencia de Sánchez, para seguir la orientación de la noción formal del Estado de Derecho.

En la casi totalidad de los países de América Latina,¹⁴ a excepción de Cuba, existen regímenes democráticos de gobierno. Haití destaca entre los países más pobres y corruptos en el mundo y Venezuela, cuenta con un gobernante en ejercicio por cerca de 10 años, y con situaciones que denotan una especie de democracia precaria o de supervivencia,¹⁵ lo que ha ameritado pronunciamientos especiales de órganos internacionales.

Bernal realiza un estudio histórico jurídico sobre Cuba y sus leyes, y concluye que en Cuba “...no hay Estado de Derecho, tal como se entiende en las verdaderas democracias: las de corte occidental,”¹⁶ y se fundamenta en que en ese país: a) no impera la ley como expresión de la voluntad popular; b) no hay control judicial de los actos de la administración; c) no existe garantía de constitucionalidad de las leyes secundarias o derivadas; d) no existe división de poderes ni independencia del Poder Judicial; y e) falta la garantía de libertad e igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un Informe¹⁷ sobre Haití, establece:

“El problema de la administración de justicia es especialmente significativo debido al papel crucial que cumplen el sistema judicial y sus instituciones para el respeto de los derechos y libertades fundamentales y la plena realización de la democracia y el Estado de derecho (subrayado nuestro). De hecho, basándose en su dilatada experiencia en Haití y otros países del Hemisferio, la Comisión considera que a falta de medidas eficaces para hacer frente a las fallas del sistema judicial, el país tendrá escasas posibilidades de hacer frente a las más amplias dificultades políticas, sociales y económicas y relacionadas con la seguridad de la población.

Por lo tanto, sean cuales fueren las perturbaciones que pueda enfrentar Haití como país, o el Gobierno que esté en el poder, sólo se garantizará la adecuada administración de justicia si se logra una genuina estabilidad y la plena protec-

¹³Sánchez, 2000: 1211.

¹⁴Tanto los de la América continental como los del Caribe.

¹⁵Véase Informe de PROVEA sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, 2007.

¹⁶Bernal, 2002: 172.

¹⁷Informe sobre Justicia Frustrada o Estado de Derecho? Desafíos para Haití y la Comunidad Internacional, 2006.

ción de los derechos y libertades humanos: no es posible lograr la consolidación del Estado de derecho y la democracia sin garantizar la justicia y la seguridad (subrayado nuestro). En consecuencia, la Comisión ha creído oportuno —en puridad esencial— elaborar un informe en que se considere específicamente el actual estado de la administración de justicia en Haití”.

Con relación a Venezuela, esa misma Comisión, en un Informe¹⁸ considera sobre el Estado de Derecho en el país, y hace constar:

“El presente informe identificó las debilidades del Estado de Derecho en Venezuela y se concentró prioritariamente en el análisis de los factores y causas que inciden negativamente en la crisis institucional que afecta al país provocando el deterioro del Estado de Derecho (subrayado nuestro).

Un Estado de Derecho consolidado y fuerte constituye una condición indispensable para la protección más efectiva de los derechos individuales en Venezuela (subrayado nuestro).

La Comisión resalta que la democracia y el Estado de Derecho constituyen condiciones necesarias para lograr la vigencia y el respeto de los derechos humanos en una sociedad. En tal sentido, la Comisión señala que el grave deterioro del Estado de Derecho en un Estado parte no sólo repercute en los niveles de gobernabilidad democrática; por el contrario, la experiencia histórica en Latinoamérica ha demostrado que el deterioro institucional implica la afectación de derechos fundamentales y crea un caldo de cultivo para posteriores situaciones de violaciones a los derechos humanos. Por ello, resulta necesario señalar en primer lugar la estrecha relación existente en la tríada conformada por el Estado de Derecho, la convivencia democrática y la vigencia de los derechos humanos (subrayado nuestro).

La definición del Estado de Derecho se asienta en tres principios fundamentales. En primer término, el principio de la limitación del poder, que se concreta en la distribución constitucional del poder. En segundo lugar, el principio de legalidad, que establece que los órganos del Estado deben estar y actuar sometidos a la ley. La Constitución es la ley suprema, a la cual tienen que someterse todos los órganos del Estado, incluyendo ciertamente al titular del Poder Ejecutivo, quien no puede pasar por alto lo estipulado en ella. Finalmente, el tercer principio es el de la declaración de los derechos fundamentales (subrayado nuestro).

La democracia, como forma de organización política del Estado de Derecho...

¹⁸ Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, 2003.

La observancia eficaz de los derechos humanos requiere la existencia de un orden jurídico e institucional en el que las leyes son más importantes que la voluntad de los gobernantes, y en el que existe un equilibrio entre todas las ramas del gobierno con el fin de preservar la expresión de la voluntad popular: el Estado de Derecho (subrayado nuestro).

En conclusión a criterio de la Comisión, todas las situaciones identificadas en los distintos capítulos del presente informe reseñados anteriormente representan una clara debilidad de los pilares fundamentales para la existencia del Estado de Derecho en un sistema democrático en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales (subrayado nuestro).

La Comisión reitera su seria preocupación respecto de problemáticas cruciales que deben resolverse con la premura que la situación coyuntural exige para revertir el proceso de deterioro del Estado de Derecho en Venezuela y alcanzar su fortalecimiento y preservación (subrayado nuestro). Al respecto corresponde destacar que la sociedad civil y los organismos internacionales concuerdan con la existencia de un deterioro progresivo en la situación de los derechos humanos en el país.”

Hemos observado cómo a partir de elementos ideológicos o políticos¹⁹, se definen problemas de vigencia en cuanto al Estado de Derecho en América Latina, particularmente en Cuba, Haití y Venezuela. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos no parte de la noción formal del Estado de Derecho para las consideraciones que en ese sentido hace sobre Haití y Venezuela. Tampoco Bernal, cuando en su estudio sobre Cuba refiere sobre las *verdaderas democracias*.

Consideramos que tal noción formal del Estado de Derecho, guarda relación con la necesidad de una cultura de la legalidad²⁰, que con base a su manera y amplitud de difusión, puede servir de referencia para distinguir entre regímenes legítimos o no. Y así, factores como el consenso a los fines de producir el Derecho, y la aplicación equitativa de la Ley, definirían mayores niveles de conformidad, obediencia y participación social, que determinarían la legalidad del régimen y el orden que lo mantiene.

De esta manera observaríamos el Estado de Derecho a partir de la gente o los ciudadanos, lo que en su sentido más amplio significa que la gente debe

¹⁹ Factores como gobernanza, ejercicio democrático y garantía de derechos humanos.

²⁰ Laveaga: La Cultura de la Legalidad, 2006.

obedecer el derecho y regirse por él, y no bajo una idea política, sino atendiendo a los parámetros identificados de la cultura de la legalidad, sumándose así este nuevo elemento.

Atendiendo a la anterior, y a partir de la noción formal del Estado de Derecho, persisten carencias o deficiencias en ese sentido en América Latina, coincidiendo las nociones formal²¹ y política,²² a partir de observar la cultura de legalidad, que a falta de factores como el consenso para producir el Derecho, y la aplicación equitativa de la Ley, inciden sobre la eficaz obediencia y participación social.

IV. CONCLUSIONES: LA VIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA

La tesis de Raz sobre el Estado de Derecho, nos permite identificar la existencia de éste, y a partir de la consideración de su núcleo o idea fundamental y los principios, podemos definir la vigencia en un contexto dado.

Acorde con la Noción Formal del Estado de Derecho de Raz, su vigencia en América Latina, no solo implica observar que los gobiernos sean regidos por el derecho y sometidos a él, sino también que las personas obedezcan el derecho y se rijan por él.

A partir de esta noción formal, en América Latina existen carencias o deficiencias en cuanto al Estado de Derecho, y así coinciden en sus resultados las nociones formal y política, a partir de observar la cultura de legalidad, que a falta de factores como el consenso para producir el Derecho, y la aplicación inequitativa de la Ley, inciden sobre la eficaz obediencia y participación social.

V. REFERENCIAS DE CONSULTA

BERNAL, Beatriz (2002): **Cuba y sus Leyes Estudios Históricos Jurídicos**, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos No. 27.

CARBONELL, Miguel y otros (2002): **Estado de Derecho: Concepto, Fundamentos y Democratización en América Latina**, México, Editores Siglo XXI.

²¹ Raz. Op. cit.

²² Bernal y Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- Comisión Interamericana de Derecho Humanos (2007): **El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**, en la web: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>, consulta de fecha 15 de mayo de 2008.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2006): **Haití: Justicia Frustrada o Estado de Derecho? Desafíos para Haití y la Comunidad Internacional**, en la web: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/HAITI%20SPANISH7X10%20FINAL.pdf>, consulta de fecha 18 de mayo de 2008.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2003): **Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela**, en la web: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Venezuela2003sp/indice.htm>, consulta de fecha 18 de mayo de 2008.
- DICKSON, Julie (2006): **Evaluación en la Teoría del Derecho**, traducción de Juan Vega Gómez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos No. 91.
- LAVEAGA, Gerardo (2006): **La Cultura de la Legalidad**, Segunda Edición, México, Serie Doctrina Jurídica No. 8, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Organización de Estados Americano (2001): **Carta Democrática Interamericana**, en la web: http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm, consulta de fecha 30 de mayo de 2008.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E. (2003): **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Tecnos.
- Programa Venezolano Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA): **Informe sobre Situación de los Derechos Humanos en Venezuela Septiembre 2006/Octubre 2007**, en la web: http://www.derechos.org.ve/publicaciones/infanual/2006_07/index.html, consulta de fecha 10 de junio de 2008.
- RAZ, Joseph (1985): **La Autoridad del Derecho**, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, Segunda Edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo (2000): **Las Tendencias del Derecho Social en América Latina: Brasil, Colombia, México y Perú**, artículo publicado en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No. 99, Universidad Autónoma Nacional de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 1209-1251.

LA PONDERACIÓN EN ROBERT ALEXY*

Eduardo DE LA PARRA TRUJILLO**

SUMARIO: I. Introducción. II. Distinción entre principios y reglas. III. La ponderación. IV. Conclusiones. V. Bibliohemerografía básica.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la ponderación es uno de los más actuales para los juzgadores, pues en sociedades heterogéneas (como la nuestra), la ponderación es la mejor herramienta de aplicación del derecho para casos de colisión de cierto tipo de normas jurídicas: los principios.

Como es sabido, Robert Alexy ha sido el académico que mejor ha estudiado y sistematizado el tema de la ponderación, convirtiéndolo en un referente obligado en la materia (se le atribuye la “teoría estándar del juicio de ponderación”). Por tal razón, y como un fruto de nuestra investigación doctoral, en el presente trabajo expondremos las ideas de Alexy sobre la ponderación, incluyendo los desarrollos más recientes.

Para realizar tal exposición, partiremos de la distinción entre principios y reglas, para luego entrar de lleno al estudio de la ponderación, tocando temas como su estructura (incluyendo la primera y la segunda ley de ponderación), la ley de colisión, la fórmula del peso, y los resultados de la ponderación cuando estamos en materia de derechos fundamentales.

* El presente trabajo es un avance de la tesis doctoral “Las restricciones al derecho de explotación: un estudio de derechos de autor y derechos fundamentales”.

** Estudiante de Doctorado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor del Programa Único de Especializaciones de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

II. DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

Hoy en día, la teoría jurídica clasifica las normas jurídicas en principios y reglas. Esta diferenciación es clave para entender la ponderación, y distinguirla de la subsunción; de ahí que sea indispensable comprender la figura de los principios para poder entrar al pensamiento de Alexy en materia de ponderación.

Una consecuencia de la preponderancia del positivismo tradicional (Kelsen o el primer Hart), fue que durante mucho tiempo se concibió al derecho como un sistema de reglas. En la actualidad, se reconoce que, además de las reglas, existen otro tipo de normas jurídicas: los principios. Sobre el particular, Riccardo Guastini nos refiere:

“Como ya se ha mencionado, si se entiende por “norma”, como suele hacerse, cualquier enunciado dirigido a guiar el comportamiento, parece obvio que los principios no son más que normas o, si se prefiere, una *especie* del *género* normas: las “normas de principio”, específicamente.”¹

Aunque los principios no eran un tema desconocido en la teoría jurídica y en la praxis judicial, lo cierto es que estaban en una especie de abandono. Fue Ronald Dworkin quien, al atacar la postura positivista imperante que veía al derecho como un sistema de reglas, puso a los principios en el centro del debate jurídico y, desde entonces, son uno de los tópicos más importantes en la teoría del derecho contemporánea.

Una de las principales críticas que hizo Dworkin a la teoría del derecho de H.L.A. Hart, fue que el segundo desconocía la existencia de principios y su importancia en el razonamiento judicial.² Para demostrar su crítica, Dworkin utilizó como ejemplo de la distinción entre principios y reglas el caso *Riggs v. Palmer*, resuelto en 1889 por un tribunal de Nueva York. En este asunto, una persona

¹ Guastini, Riccardo, *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, 1999, p. 144.

De igual forma, Alexy explica: “Tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. En tal caso, de lo que se trata es de una distinción dentro de la clase de las normas”. Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, trad. Manuel Atienza, 3a. reimp., Fontamara, 2006, p. 9.

En el mismo sentido, *cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, IIJ-UNAM, 2005, p. 111.

² Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, trad. Marta Guastavino, 5a. reimp., Ariel, 2002, p. 72. La traducción al español en la que nos basamos utiliza las expresiones “principios” y “normas”, cuando la versión original en inglés habla “*principles*” y “*rules*”; para mayor claridad en los conceptos y para seguir la terminología imperante en la teoría del derecho, nos alejaremos de la literalidad de la traducción española, y utilizaremos los términos “principios” y “reglas”.

había matado a su abuelo para obtener su herencia, toda vez que el abuelo lo había designado heredero en su testamento; sin embargo, el tribunal decidió que el homicida no recibiera la herencia, toda vez que aplicó un principio por virtud del cual nadie puede aprovecharse de su propio fraude, sacar provecho a su propia injusticia o adquirir una propiedad por su propio delito.³

Otro ejemplo proporcionado por Dworkin es el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, resuelto por un tribunal de Nueva Jersey en 1960. En tal asunto, Henningsen sufrió un accidente automovilístico, y reclamó a Bloomfield Motors, Inc. que se responsabilizara por los gastos médicos; pero, la empresa demandada alegó que había celebrado un contrato de compraventa con el actor, en el que se pactaba que la responsabilidad del fabricante por defectos quedaba únicamente limitada a la reparación de partes defectuosas, y que esa garantía “expresamente reemplaza a cualesquiera otras garantías, obligaciones o responsabilidades”, por lo que no estaba obligada a cubrir los gastos médicos. El tribunal falló el asunto a favor de la parte actora, realizando una argumentación a partir de principios, y señalando, entre otras cosas, que la “libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna en el ámbito que nos concierne”, que “el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches”, que “los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra para ver si los intereses del consumidor y del público han sido equitativamente tratados”, que es un principio “que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia”, y que “los tribunales se niegan generalmente a prestarse a la imposición de un ‘pacto’ en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra.”⁴

Si bien a Dworkin le debemos que haya puesto a los principios en el centro del debate⁵, ha sido Robert Alexy quien mayores desarrollos y aportaciones ha hecho sobre el tema⁶, llegando a elaborar una *teoría de los principios* cuyos

³ *Ibidem*, p. 73.

⁴ *Ibidem*, pp. 73 y 74.

⁵ Vigo, Rodolfo L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 2.

⁶ Cianciardo, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, IIJ-UNAM, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, p. 893; Borowski, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 47; Sobrevilla, David, “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy”, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, ITAM, núm. 4, abril de 1996, p. 97; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para delimitar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 571.

postulados son comúnmente aplicados por jueces europeos y, como se verá más adelante, también se empiezan a utilizar por tribunales mexicanos.⁷

Así las cosas, es aceptado que la distinción entre principios y reglas es un tema clave⁸ de la hermenéutica jurídica, en general, y del constitucionalismo moderno, en particular.

Ahora bien, ¿cómo distinguir entre principios y reglas? Para mayor facilidad en el tratamiento de este tema, comenzaremos por caracterizar a las reglas.

Las *reglas* son un tipo de normas jurídicas a las que *se obedece*, pues nos indican cómo debemos, no debemos o podemos actuar en ciertas situaciones específicas.⁹ Se trata normalmente de mandatos definitivos, por lo que sólo pueden ser cumplidas o no (en caso de que sean válidas),¹⁰ pues su aplicación es *todo o nada*, es decir, de una forma disyuntiva.¹¹ Así, si se cumplen los supuestos fácticos indicados en la regla, entonces se aplican las consecuencias previstas en la misma.¹²

Por consiguiente, la estructura lógica de la regla es la de un juicio hipotético: “si A es, deber ser B”, lo cual se puede simbolizar como “ $A \supset B$ ” (en donde “ $\supset$ ” es un conector que representa la condicional simple, que se lee “si...entonces”).¹³

⁷ Como el ejemplo más destacado, tenemos el caso de los militares con VIH resuelto por el Pleno de la Suprema Corte. Cfr. la jurisprudencia “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

También hay precedentes de la Primera Sala de la Suprema Corte, de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, del Cuatro Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

⁸ Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 6, p. 893; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, trad. Marina Gascón, 5a. ed., Trotta, 2003, p. 109.

⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 8, p. 110.

¹⁰ Alexy, Robert, “On structure of legal principles”, *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 13, núm. 3, septiembre de 2000, p. 295.

¹¹ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 2, p. 75; Moreso i Mateos, Josep Joan, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, UOC, 2006, p. 158.

¹² Vigo, Rodolfo L., *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 135.

Es por eso que Atienza y Ruiz Manero afirman que: “Las reglas están destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto a base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla”. Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 2a. ed., Ariel, 2004, p. 35.

¹³ Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas, 2003, pp. 59 y 60.

Por su parte, el maestro García Máynez, explica lo siguiente respecto de la estructura lógica de las reglas: “Ello indica que tienen dos partes o elementos: supuesto jurídico y disposición normativa. Supuesto jurídico es la

De manera que resulta evidente que, en estos casos, la labor del juez consiste básicamente en revisar si se cumple con la hipótesis normativa (A): si la respuesta es afirmativa, entonces se aplica mecánica y automáticamente la consecuencia jurídica (B); si la respuesta es negativa, resulta que la norma no es aplicable al caso concreto (y por lo tanto, $\sim B$). Es decir, en las reglas hay un hecho condicionante, y una consecuencia que se le sigue lógicamente.

Por lo tanto, la forma de aplicar las reglas es la *subsunción*.

Los conflictos entre reglas se resuelven ya sea introduciendo una excepción en una de las dos reglas que se contradicen, o declarando inválida al menos una de ellas.¹⁴ Los tres criterios clásicos de solución de antinomias entre reglas son el cronológico (*lex posterior derogat priori*), el jerárquico (*lex superior derogat inferiori*) y el de especialidad (*lex specialis derogat generali*).¹⁵ En todo caso, se excluye una regla en beneficio de la otra.

Por lo que hace a la caracterización de los *principios*, existen multiplicidad de tesis o criterios para distinguirlos de las reglas, muchos de los cuales suelen ser complementarios.¹⁶ Sin embargo, no es este el lugar apropiado para entrar al análisis detallado y crítico de cada uno de ellos, sino que nos enfocaremos a exponer el que en nuestra opinión es el más decisivo: el estructural.

Al exponer la tesis que caracteriza a los principios en atención a su estructura lógica, Guastini señala que:

“los principios no son reducibles a la forma estándar de las normas, en la que una consecuencia normativa está vinculada a un hecho condicionante (“Si se produce el hecho *F*, entonces se sigue la consecuencia jurídica *G*”), ya que o bien están, sin más privados del hecho condicionante o bien, al menos, presentan un hecho condicionante abierto.”¹⁷

hipótesis cuya realización condiciona el nacimiento de las consecuencias de derecho; disposición normativa es la parte de la norma que abstractamente señala cuáles son los deberes (o las facultades) condicionados por la realización del supuesto”. García Máynez Eduardo, *Filosofía del derecho*, México, 11a. ed., Porrúa, 1999, p. 264.

¹⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 10, p. 295.

¹⁵ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 1, p. 127. A estos criterios tradicionales, se les suele sumar otros como el de competencia y el de prevalencia. *Cfr. Idem*, y Celotto, Alfonso, *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de antinomias*, México, trad. Liliana Rivera Rufino, FUNDAP, 2003, pp. 168 y ss.

¹⁶ Por ejemplo, en virtud de su formulación, de su contenido normativo, de su estructura lógica, de su ubicación jerárquica, de su función en el razonamiento jurídico, etc. Para una revisión de estos criterios, *cfr.* Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 1, pp. 145 y ss.; Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 1, pp. 111 y 112; y Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 5, pp. 9 y ss.

¹⁷ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 1, p. 145.

Alexy caracteriza a los principios atendiendo a su estructura. Siguiendo su *teoría de los principios*¹⁸ el jurista alemán indica que el punto decisivo para distinguir los principios de las reglas, es que los primeros son *mandatos de optimización* (utilizando la expresión *mandato* en término amplio, para incluir también permisiones y prohibiciones), es decir, los principios son normas “que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.”¹⁹

Por lo tanto, a diferencia de las reglas, los principios pueden ser cumplidos en diferente grado, dependiendo esa medida del cumplimiento tanto en las posibilidades reales (fácticas) como en las posibilidades jurídicas (principios y reglas opuestas).²⁰ Es por eso que Guastini indica que, contrario a lo que sucede con las reglas, los principios no imponen obligaciones absolutas (definitivas) sino sólo obligaciones *prima facie*, que pueden ser superadas o derogadas por otros principios.²¹ Esta es, pues, la clave de la distinción entre principios y reglas, toda vez que mientras las segundas son *mandatos definitivos*, los primeros son *mandatos de optimización*.²²

Una consecuencia directa de concebir a los principios como mandatos de optimización, es la particular forma de solucionar las colisiones entre dos principios, lo que probablemente sea la característica que hace más evidente la distinción entre reglas y principios.²³ Las colisiones de principios se resuelven en forma diversa que los conflictos de reglas, pues no se invalidará uno de los principios ni se introducirá una cláusula de excepción, sino que un principio cederá ante el otro; es decir, bajo ciertas circunstancias un principio precede al otro, pero en otras circunstancias la precedencia puede ser al revés. Por ende, en cada *caso concreto* los principios tienen diferente peso y prevalece el principio con mayor peso; de ahí que se diga que, mientras los conflictos de reglas se resuelven en la dimensión de la validez, la colisión de principios tiene lugar en la dimensión del peso.²⁴

¹⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 10, pp. 294 y 295.

¹⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 86.

Coinciden también: Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 6, pp. 48 y 49; y Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 6, p. 895.

²⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 86.

²¹ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 1, p. 151. En este sentido, Borowski indica: “Los principios contienen un deber *prima facie*, las reglas un deber definitivo”, y añade: “Los principios son (...) gradualmente realizables. El grado de realización y la importancia de esta determinan en cada caso concreto qué principio se impone en una colisión entre principios”. Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 6, pp. 48 y 49. En el mismo tenor, *vid.* Moreso i Mateos, Josep Joan, *op. cit.*, nota 11, p. 158.

²² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 10, p. 295.

²³ *Idem*; y Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 6, p. 895.

²⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 89.

Es por eso que Dworkin advirtió con acierto que:

“Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de la protección a los consumidores interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.”²⁵

Así, de acuerdo con las circunstancias del caso en particular, el juzgador debe establecer una relación de precedencia condicionada, en la que se señalarán las condiciones en las que un principio precede al otro.²⁶ A esta actividad se le llama *ponderación*,²⁷ y sobre ella profundizaremos más adelante.

A esta tesis de que la diferencia entre principios y reglas consiste en que los primeros son mandatos de optimización, se le ha objetado que los mandatos de optimización tienen la estructura de reglas, pues se cumple con el mandato o no se cumple, es decir, el destinatario de la norma *optimiza o no optimiza* (y por lo tanto, hay una aplicación *todo o nada* como en las reglas).²⁸ Alexy, a nuestro parecer, ha respondido satisfactoriamente a esas críticas, como se demuestra a continuación.

²⁵ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 2, p. 77. Cfr. también Moreso i Mateos, Josep Joan, *op. cit.*, nota 11, p. 158; y Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 5, pp. 13 y 14.

²⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 92.

²⁷ La “ponderación resulta un procedimiento idóneo para resolver casos donde entran en juego principios tendencialmente contradictorios que en abstracto pueden convivir sin dificultad”. Prieto Sanchís, Luis, Voz “Ponderación (Juicio de)” en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, 2a. ed., Porrúa / IIJ-UNAM, 2005, p. 479.

Por su parte, Carlos Bernal Pulido indica: “La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso”. Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales” en Cáceres, Enrique, Flores, Imer B., Saldaña, Javier, y Villanueva, Enrique (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, IIJ-UNAM, 2005, p. 19.

En igual sentido, Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*, México, Porrúa / FD-UNAM, 2002, p. 73.

²⁸ Esta crítica se encuentra en Aarnio, Aulis, “Taking Rights Seriously”, *Archives for philosophy of law and social philosophy*, suplemento 42, 1990, p. 187, citado por Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 10, p. 300.

Una crítica similar es formulada por Atienza y Ruiz Manero, quienes clasifican a los principios en directrices (“norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines”) y principios en sentido estricto (“norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico [...], de un sector del mismo, de una institución, etc.”). Para estos autores, el caracterizar a los principios como mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados, sólo vale para las directrices y no para los principios en sentido estricto; y ponen como ejemplo el principio de igualdad, afirmando que el mismo “exige un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple (o se realiza o no se realiza una acción discriminatoria), pero no caben modalidades graduables de cumplimiento”. Cfr. Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, nota 12, pp. 26, 27, 31 y 33.

Alexy distingue entre *mandatos a ser optimizados* y *mandatos de optimizar*. Los primeros son los objetos o materia de la ponderación, y pueden ser calificados como *ideales* o *deber ser ideales*. Un *deber ser ideal* es algo destinado a ser optimizado y, entonces, a transformarse en un *deber ser real*.²⁹

En cambio, los *mandatos de optimizar*, es decir, los mandatos de optimización, imponen la obligación de realizar en la mayor medida de lo posible su objeto (los mandatos a ser optimizados). Los mandatos de optimización no se optimizan, sino que se *cumplen* cuando se realiza la optimización.³⁰

Por lo tanto, los principios no son en realidad mandatos de optimización, sino el objeto de la ponderación (mandatos a ser optimizados). Hay una conexión indispensable entre el *deber ser ideal* (es decir, el principio propiamente dicho) y el mandato de optimización que es en realidad una regla. El principio implica el mandato de optimización y viceversa; son las dos caras de una misma moneda.³¹

El mandato de optimización no es lo que se pondera, sino lo que se pondera es el principio al cual va adherido el mandato de optimización.

Así, concluye Alexy que el mandato de optimización está comprendido en el concepto de principio. Sin embargo, por razones de simplicidad, recomienda designar a los principios como mandatos de optimización (como usualmente lo hace este autor), y sólo acudir a estas precisiones o tecnicismos cuando sea necesario.³² De manera que, la forma técnicamente correcta de caracterizar a los principios, es como mandatos a ser optimizados, en tanto que los mandatos de optimización son otro tipo de normas diferentes (pues son reglas), aunque hay un nexo necesario entre los mandatos a ser optimizados y los mandatos de optimización. Y con esto se aprecia que, estructuralmente, los principios son diferentes a las reglas.

III. LA PONDERACIÓN

En términos generales, la ponderación es un método de tomar decisiones que implica la contemplación del peso o importancia relativa de dos o más consideraciones a favor o en contra de cierta acción a tomar,³³ o como dice Prieto Sanchís,

²⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 10, p. 300.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Ibidem*, pp. 300 y 301.

³² *Ibidem*, p. 301.

³³ Porat, Iddo, "The dual model of balancing: a model for the proper scope of balancing in constitutional law", *Cardozo law review*, Nueva York, vol. 27, núm. 3, 2006, p. 1393.

la ponderación es “la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas.”³⁴

Si bien es cierto que la ponderación es uno de los postulados centrales del neoconstitucionalismo de factura europea, cabe destacar que es un método que también se utiliza en otros sistemas jurídicos provenientes de familias jurídicas diferentes a la neorromanista. Por ejemplo, al menos desde 1920 la ponderación es conocida y aplicada en los EUA³⁵, tomando fuerza a partir del caso *Schneider v. State* (1939) resuelto por la Suprema Corte de este país. En la actualidad, en los EUA es cada vez más común el juicio de ponderación o *balancing test*.³⁶ Desde luego, la ponderación tiene sus rasgos propios en ese sistema jurídico.³⁷

Otro ejemplo relevante es el de Canadá, donde su Suprema Corte estableció la *prueba Oakes* o *juicio Oakes* en 1986.³⁸ A grandes rasgos y sin pretender ahondar en los tecnicismos y evolución de ese método, podemos decir que consiste en cuatro pasos para saber si una ley o acto de gobierno viola la Carta Canadiense de Derechos y Libertades: (a) la afectación a un derecho contem-

³⁴ Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, 1a. reimp., Palestra, 2007, p. 128. En términos similares, cfr. Berumen Campos, Arturo, *op. cit.*, nota 13, p. 352.

³⁵ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 42 y 43.

³⁶ Chen, Alan K., “The ultimate standard: qualified immunity in the age of constitutional balancing tests”, *Iowa law review*, EUA, Universidad de Iowa, vol. 81, 1995, p. 268.

Asimismo, Cárdenas Gracia nos refiere que uno de los dogmas más comunes de la doctrina estadounidense es que el *balancing* es totalmente indispensable e inevitable cuando están en juego valores reconocidos en forma directa por el texto constitucional. Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 1, p. 149.

³⁷ Según nos explica Iddo Porat, la ponderación tiene su origen en los Estados Unidos de América con el movimiento progresista en el pensamiento jurídico (Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound y Harlan Fiske Stone), y en particular como una reacción contra la Suprema Corte de la llamada era *Lochner* (en el caso *Lochner* —de 1905— se dijo que era antijurídica la ley laboral de Nueva York por fijar un máximo de horas de trabajo en pastelerías, por lo que se resolvió que limitaba inconstitucionalmente la libertad de contratación), a la que se acusó de pervertir el texto constitucional para amoldarse a su ideología de *laissez faire*. Los críticos dijeron que los derechos constitucionales debían ser ponderados con las políticas públicas con las que entrarían en conflicto, y que esa ponderación no debería corresponder a la Suprema Corte, sino dejarse en manos de la mayoría legislativa (de hecho, se acusó a la Suprema Corte de intervenir en el derecho de la mayoría a convertir sus opiniones en leyes). Esa ponderación “temprana” (asociada a la restricción judicial y a la retórica anti-derechos constitucionales) se transformó y terminó asociada con la retórica de los derechos fundamentales y con el activismo judicial (ponderación “moderna”), lo cual es una consecuencia directa de la experiencia nazi, que generó conciencia en los Estados Unidos de América sobre la necesidad de proteger los derechos de las minorías frente a la tiranía de las mayorías. Cfr. Porat, Iddo, *op. cit.*, nota 33, pp. 1427 a 1432.

³⁸ Esta prueba nació en el caso *R. v. Oakes* (1986), pero se terminó de precisar en los casos *R. v. Edwards Books & Art Ltd.* (1986) e *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)* (1989), todos de la Suprema Corte canadiense.

plado en esa carta debe atender a la consecución de un objetivo sustantivo y apremiante, de acuerdo con los valores de una sociedad libre y democrática; y (b) debe satisfacerse la prueba de proporcionalidad, misma que consiste en tres subpasos: (b1) que exista una conexión racional, es decir, que se hayan elegido cuidadosamente los medios para cumplir el objetivo sustantivo y apremiante, (b2) que la *afectación sea mínima*, o sea, que los medios a usarse para lograr el objetivo sean los que menos afecten el derecho en cuestión, frente a otras opciones que pudo haber tomado la autoridad, y (b3) que exista una proporcionalidad entre el objetivo a conseguir y los efectos que se ocasionarán, es decir, el beneficio de la medida debe tener mayor peso que la afectación al derecho.³⁹

Empero, dada la influencia que la dogmática constitucional europea (principalmente española y alemana) está comenzando a tener en la judicatura constitucional mexicana, en el presente trabajo nos centraremos exclusivamente en la concepción alexiana de la ponderación.

Como ya se dijo, la colisión entre dos principios se soluciona mediante la ponderación,⁴⁰ la cual es una técnica que no implica ni la invalidación ni la introducción de excepciones en alguna de las normas en colisión, pues ambas exigen su cumplimiento en el mayor grado posible. O como bien dice Carbonell: "Cuando se da un conflicto entre los respectivos bienes tutelados, no solamente no puede imponerse en definitiva ninguno de ellos, sino que el juez está obligado a preservar ambos hasta donde sea posible."⁴¹ De "lo que se trata es de la

³⁹ Para más información sobre la prueba *Oakes*, cfr. Choudhry, Sujit, "So what is the real legacy of Oakes? Two decades of proportionality analysis under the Canadian Charter's section 1", *Supreme Court law review*, Toronto, Universidad de Toronto, vol. 34, núm. 2, 2006, pp. 505 y ss.

De hecho, la prueba *Oakes* coincide en esencia con lo que nosotros conocemos como "principio de proporcionalidad" (del cual la ponderación es sólo un tercer paso o subprincipio).

⁴⁰ Sobre el particular, indica Alexy: "Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. (...) Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación". Cfr. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 112.

Asimismo, Häberle nos indica que la ponderación soluciona los conflictos surgidos entre bienes jurídico-constitucionales que coexisten juntos. Cfr. Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Joaquín Brage Camazano, Dykinson, 2003, p. 33.

⁴¹ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, 5a. ed., 2004, p. 211.

En el mismo sentido, cfr. Silva Meza, Juan N., "Derechos fundamentales: algunos retos institucionales para el siglo XXI", *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, México, UNAM, vol. 3, núm. 4, enero-junio 2007, p. 388.

ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto.”⁴²

Por lo tanto, se deben tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso particular, para resolver la colisión de principios estableciendo una *relación de precedencia condicionada* para ese asunto. O como indica Alexy:

“La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.”⁴³

Ahora bien, respecto de quién debe hacer el juicio de ponderación, Giancarlo Rolla hace una clasificación entre dos tipos de ponderación: la ponderación para solucionar un caso (*ad hoc balancing*) y la realizada por el legislador en virtud de disposiciones normativas puntuales (*definitional balancing*).⁴⁴ Y es que, si bien la doctrina ha puesto énfasis en la ponderación hecha por jueces,⁴⁵ no es raro que al dictar leyes el legislador pondere diversos principios constitucionales;⁴⁶ pero, la ponderación legistiva siempre estará sujeta al control judicial de la constitucionalidad de leyes, en donde los tribunales revisarán, también mediante una ponderación, lo fundada o no que haya sido la ponderación legislativa desde un punto de vista constitucional; amén de los casos en que los tribunales ponderan principios en situaciones diversas al control constitucional de leyes.

Coincidimos con Bernal Pulido en que, probablemente, es Robert Alexy quien ha expuesto la estructura de la ponderación en forma más clara y precisa,⁴⁷ al grado que se le atribuye la *teoría estándar del juicio de ponderación*.⁴⁸ Por tal

⁴² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 90.

⁴³ *Ibidem*, p. 92.

⁴⁴ Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 82.

⁴⁵ Por ejemplo, Prieto Sanchís indica que “la ponderación constituye una tarea esencialmente judicial. No es que el legislador no pueda ponderar”, aunque “en sentido amplio, la ley irremediamente pondera cuando su regulación privilegia o acentúa la tutela de un principio en detrimento de otro”. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 34, p. 140.

⁴⁶ Lo que no puede hacer el legislador, como bien advierte Prieto Sanchís, es resolver el conflicto de principios mediante una norma general, es decir, a través de una disposición que diga que siempre triunfará uno de ellos. *Idem*.

Y es que en esos casos no habría una verdadera ponderación (pues un principio *siempre* desplazaría al otro), lo que implicaría establecer, legislativamente, una jerarquía definitiva de principios constitucionales.

⁴⁷ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 6, p. 21.

⁴⁸ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 35, p. 499.

razón, a continuación estudiaremos la figura de la ponderación en el pensamiento de Alexy.

1. La ley de colisión

Un primer elemento en materia de ponderación, es conocer la llamada *ley de colisión*, misma que se aplica a continuación.

Si utilizamos el símbolo “P” para representar la relación de precedencia, y “C” para identificar las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro, podremos ilustrar así las dos opciones que se tienen:⁴⁹

(P1 P P2) C

(P2 P P1) C

En el primer caso, el principio *P1* tiene precedencia sobre el principio *P2*, por lo que en el asunto concreto prevalece *P1*, y *P2* tiene que ceder ante él, siempre que se reúnan las particulares condiciones específicas *C*. En cambio, en la segunda posibilidad, aunque los principios contendientes son los mismos, las específicas condiciones *C* de ese caso, hacen que *P2* preceda a *P1*.⁵⁰ Por lo tanto, la precedencia de uno u otro principio está determinada por las particulares condiciones del caso específico.

De lo anterior, Alexy desprende la *ley de colisión* que formula en los siguientes términos: “*Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.*”⁵¹

De igual forma, Brage afirma que el de Alexy es uno de los intentos más logrados de racionalizar el proceso de ponderación. Cfr. Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 231.

Por su parte, Mijail Mendoza indica que las investigaciones de Alexy han llevado a la ponderación a un alto grado de sofisticación en su análisis y teorización, al grado de haber llegado a un modelo o teoría de la ponderación. Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Lima, Palestra, 2007, pp. 95 y 95.

⁴⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 92.

⁵⁰ Esto es explicado por Alexy de la siguiente manera: “El principio *P1* tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto *P2* cuando existen razones suficientes para que *P1* preceda a *P2*, bajo las condiciones *C* dadas en el caso concreto”. *Ibidem*, p. 93.

⁵¹ *Ibidem*, p. 94.

Es decir, si $(P1 \text{ P } P2) C$ —o sea, si prevalece $P1$ —, y si $P1$ establece cierta consecuencia jurídica (a la que identificaremos como R), se puede formular una regla en donde C es el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica sería R , regla que se puede representar como $C \rightarrow R$ ⁵².

Con esto queda claro, en términos generales, cómo funciona la relación de precedencia condicionada y cómo de ella se puede desprender una regla que ha de aplicar el juez. Sin embargo, falta por establecer cómo se llega a esa relación de precedencia condicionada, es decir, los pasos que debe seguir el juzgador para determinar qué principio tiene mayor peso en el caso concreto; por lo que a continuación nos referiremos a la estructura de la ponderación según Alexy.

2. La estructura de la ponderación

En primer lugar, hay que atender la llamada *ley de ponderación*,⁵³ la cual es formulada por Alexy de la siguiente manera: “*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.*”⁵⁴

La ley de ponderación indica que el juicio de ponderación se puede dividir en tres pasos, a saber:⁵⁵

- a) Definir el grado de la afectación o no satisfacción de uno de los principios.
- b) Definir la importancia de la satisfacción del segundo principio que entra en juego.
- c) Definir si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la afectación al primero.

⁵² *Idem.*

⁵³ O más precisamente, la “primera ley de ponderación”, conforme a la evolución y precisiones que Alexy ha ido introduciendo en su teoría de los principios. Cfr. Alexy, Robert, “On balancing and subsumption. A structural comparison”, *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 16, núm. 4, diciembre de 2003, p. 446.

⁵⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 161. En términos similares, indica Brage: “Cuanto más sensiblemente se afecte a los interesados en su derecho fundamental, tanto más intensamente deben ser puestos en peligro los intereses del bien común a los que sirva la regulación sujeta a examen para poder justificar una intervención”. Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 48, p. 223.

⁵⁵ Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. Carlos Bernal Pulido, *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002, p. 32.

Por lo tanto, siempre que realicemos una ponderación, habrá que seguir esos tres pasos.

En el primer paso, existe la necesidad de graduar la intervención o afectación del primer principio, la cual puede medirse conforme a tres rangos: *leve* (*l*), *medio* (*m*), y *grave* (*g*).⁵⁶ Así, el juez debe hacer el análisis respectivo, y calificar la intervención al principio como grave, media o leve.⁵⁷

Podemos simbolizar al principio intervenido como *Pi*, mientras que el grado de la intervención a ese principio se puede representar como *I⁵⁸* o como *IPi*;⁵⁹ y a pesar de no ser estrictamente necesario, Alexy añade la especificación *C* para expresar las circunstancias del caso concreto que han de ser relevantes para la decisión⁶⁰.

De esta forma, "*IPiC*" significa "la intensidad de la intervención (*I*) en *Pi* en el caso (*C*), que deber ser decidido".⁶¹

Ahora bien, al graduar la intervención del principio conforme al modelo triádico (*grave*, *media* o *leve*) se les puede asignar a cada uno de esos rangos un valor numérico conforme a una secuencia geométrica: 20, 21 y 22, es decir, valores de 1, 2 y 4, de manera que el valor de cada rango de intervención sería: *l* = 1, *m* = 2 y *g* = 4⁶² Esto será de utilidad al llegar al tercer paso de la ponderación, en particular cuando se tenga que resolver la *fórmula del peso*.

En el *segundo* paso de la ponderación, también hay que hacer una graduación, pero en este caso la importancia de la satisfacción del otro principio. Este segundo principio en colisión se puede simbolizar con *Pj*, mientras que la importancia se representa con *W*, y se utiliza *C* para hacer referencia al hecho al que se le da importancia en el caso concreto a decidirse.⁶³

Por lo tanto, *WPjC* significa la importancia concreta de *Pj*,⁶⁴ es decir, del segundo principio en colisión.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 37; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 440.

⁵⁷ Un ejemplo de cómo medir la intervención nos es dado por Sánchez Gil: "una medida legislativa que prohíba totalmente a una persona ejercer una profesión, será gravemente intensa, en tanto una que sólo le impide ejercer su actividad bajo circunstancias particulares que representen un 10% del alcance de su ámbito profesional —por decirlo con números para hacerlo más simple y claro— permitiéndole sin mayores restricciones su ejercicio en el 90% restante, será de intensidad media o leve". Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, IIJ-UNAM, 2007, p. 55.

⁵⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 440.

⁵⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 55, p. 38.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Ibidem*, pp. 42 y 43; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 444.

⁶³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 55, p. 38.

⁶⁴ *Idem*.

La importancia del segundo principio en el caso particular también puede ser graduada conforme al modelo triádico como *l*, *m* o *g*,⁶⁵ aunque en este caso los rangos serán *reducido*, *medio* o *elevado*, respectivamente.⁶⁶ Por lo tanto, el juzgador habrá de hacer el análisis correspondiente y calificar la importancia de la satisfacción del segundo principio como elevada, media o reducida.

Asimismo los valores que se le asignan a esos rangos son los mismos: *l* = 1, *m* = 2 y *g* = 4.⁶⁷

El *tercer paso* de la ponderación es determinar si la importancia de la satisfacción del segundo principio (*Pj*), justifica la afectación o no satisfacción del primer principio (*Pi*), para lo cual se utiliza la *fórmula del peso*.⁶⁸

Esta fórmula del peso está integrada por tres variables: (a) el grado de afectación de cada uno de los principios en colisión en el caso concreto, es decir, el grado de intervención en el primer principio y el grado de importancia de la satisfacción del segundo principio; (b) el peso abstracto de los principios en cuestión, es decir, el valor de cada uno de ellos sin tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto; y (c) la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre el significado que tiene la medida examinada para la no realización del primer principio y para la realización del segundo principio en el caso concreto.⁶⁹

La primera variable de la fórmula del peso no es otra cosa más que asignarles valor a la afectación y el beneficio de los derechos involucrados, lo cual ya fue explicado previamente al exponer los dos primeros pasos de la ponderación. En cambio, hay que hacer unas breves referencias a la segunda y tercera variable de la fórmula del peso, para poder así tener en claro todos sus elementos y poderla comprender a cabalidad.

En cuanto al peso abstracto de los principios en cuestión, es decir, la variable (b) de la fórmula del peso, Bernal Pulido nos dice que aunque los principios puedan tener la misma jerarquía por cuanto a la fuente de donde provengan (por ejemplo, dos derechos fundamentales previstos en la Constitución), hay casos en que uno de ellos “puede tener una mayor importancia en abstracto, de

⁶⁵ *Ibidem*, p. 40.

⁶⁶ La utilización de los símbolos *l*, *m* y *g* tanto para graduar *IPiC* como para graduar *WPjC*, la hace Alexy para simplificar la exposición. Cfr. *Ibidem*, p. 37.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 40 y ss.; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, pp. 442 y ss.; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 24.

⁶⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 55, pp. 41, 42 y 56.

acuerdo la concepción de los valores predominantes en la sociedad.⁷⁰ A decir de Alexy, esta variable sólo se debe integrar a la fórmula del peso cuando los principios en colisión tienen abstractamente diferente peso, pues cuando tiene el mismo peso abstracto se reducen mutuamente y no influyen en el resultado.⁷¹ De cualquier forma, y con fines ilustrativos, consideramos pertinente incluir en la fórmula la variable del peso en abstracto en casos en que ambos principios tienen abstractamente el mismo peso, pues si bien no influirá en el resultado, y pudiera parecer ocioso, ayuda a comprender mejor la fórmula del peso.

Por lo que se refiere a la variable (c), es decir, la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre el significado que tiene la medida examinada para la no realización del primer principio y para la realización del segundo principio en el caso concreto, hay que decir que no se refiere a la importancia substantiva de las razones o argumentos relativos al alcance de las intervenciones en *Pi* y *Pj*, sino a su calidad epistémica.⁷² Aquí, el juez debe valorar cuánto grado de certeza hay en las premisas relativas al peso de cada principio en el caso concreto.

La seguridad en las apreciaciones empíricas relativas al primer principio en el caso concreto puede representarse como *SPiC*, mientras que, seguridad en las en las apreciaciones empíricas relativas al segundo principio en el caso concreto puede representarse como *SPjC*⁷³. De aquí, Alexy deriva la *segunda ley de ponderación o ley epistémica de ponderación*, la cual reza: "*Cuanto mayor peso tiene la una intervención a un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de sus premisas subyacentes.*"⁷⁴

Para medir la seguridad de las apreciaciones empíricas, también se puede establecer un modelo triádico, en donde las apreciaciones pueden ser: *seguras o confiables (s)*, *justificables o plausibles (p)*, o *no evidentemente falsas (e)*, cuyos valores serían 20, 2^{-1} y 2^{-2} , respectivamente.⁷⁵

⁷⁰ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 23. Este autor pone como ejemplo el derecho a la vida que *en abstracto* tiene un peso mayor a la libertad, pues para poder ejercer la libertad es necesario primero tener vida. Otro ejemplo es el que "la jurisprudencia constitucional de diversos países ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático". *Idem*.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta lo afirmado por Sánchez Gil, en el sentido de que la preferencia que en abstracto pueda tener un principio respecto de otro, es sólo de carácter metodológico y preliminar, pero de ninguna forma definitiva y sustantiva. Cfr. Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 57, pp. 52 y 52.

⁷¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 55, p. 41.

⁷² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 446.

⁷³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 55, p. 56.

⁷⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 446. La traducción al español es nuestra.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 447. De esta forma, el valor de *s* es 1, de *p* es $\frac{1}{2}$, y de *e* es $\frac{1}{4}$. Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 24.

Una vez explicadas las tres variables que integran la fórmula del peso, podemos establecer dicha fórmula, en donde GPI_{jC} significa el peso del primer principio con relación al segundo principio en las circunstancias del caso concreto. Así las cosas, la versión amplia de la fórmula del peso es⁷⁶:

$$GPI_{jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GpjA \cdot SPjC}$$

Esto significa que el peso del primer principio con relación al segundo principio en las circunstancias del caso concreto (GPI_{jC}), es igual al resultado de multiplicar la importancia concreta del segundo principio ($WPjC$) por el peso abstracto del segundo principio ($GpjA$) por la seguridad en las apreciaciones empíricas relativas al segundo principio en el caso concreto ($SPjC$), dividido entre el resultado de multiplicar la intensidad de la intervención al primer principio en el caso concreto ($IPiC$) por el peso abstracto del primer principio ($GPiA$) por la seguridad en las apreciaciones empíricas relativas al primer principio en el caso concreto ($SPiC$).

Pongamos a un ejemplo para ilustrar cómo funciona la fórmula del peso de Alexy, ejemplo que nos es proporcionado por Carlos Bernal Pulido. Se trata de un caso en que la afectación que podría sufrir el derecho a la vida de la hija de personas practicantes de la religión evangélica, si se permitiera al padre y madre no llevarla al hospital en respeto a su libertad de cultos. En este ejemplo, colisionaría el derecho a la salud de la hija (Pi) y el derecho a la libertad de cultos de su padre y madre (Pj); la intensidad de la intervención al derecho de la hija es *grave* por lo que se le asigna el valor 4 ($IPiC = 4$), el peso abstracto de ese derecho también es el máximo por lo que se le otorga un valor de 4 ($GPiA = 4$), y existe *seguridad* en las premisas empíricas, de forma que por ser *s* se le otorga un valor de 1 ($SPiC = 1$); en cuanto al segundo principio, la satisfacción de la libertad de cultos es *media* por lo que se le asigna un valor de 2 ($WPjC = 2$), el peso abstracto de dicho derecho es *medio* (pues se puede argumentar que la religión no es una cuestión de vida o muerte) por lo que también se le asigna un valor de 2 ($GpjA = 2$), y asimismo hay *seguridad* de las premisas que califican como intensa la afectación a la libertad de culto (pues es seguro que

⁷⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 55, p. 56; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 24.

ordenarles al padre y madre llevar a su hija al hospital, es una restricción a esa libertad) por lo que se le asigna un valor de 1 ($SPiC = 1$).⁷⁷

Así, los resultados de la fórmula del peso del derecho a la vida de la hija, serían los siguientes⁷⁸:

$$GPi,jC = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{4} = 4$$

De manera correlativa, el peso de la libertad de culto del padre y la madre sería el siguiente⁷⁹:

$$GPj,iC = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{4}{16} = 0.25$$

Por consiguiente, en este ejemplo, la satisfacción de la libertad de cultos (satisfecha sólo en 0.25) no justifica la intervención del derecho a la vida de la hija (afectado en 4), por lo que el resultado de la ponderación sería que el derecho a la vida precede en este caso concreto a la libertad de cultos, lo que serviría para concluir que en este asunto estaría ordenado por los derechos fundamentales ingresar a la hija al hospital.⁸⁰

Así, en el presente caso, la relación de precedencia condicionada sería ($P1 \text{ } P2$) C , o más precisamente ($Pi \text{ } Pj$) C , pues conforme a las circunstancias del caso, el derecho a la vida de la hija precede a la libertad de culto de su padre y madre. En este sentido, si prevalece Pi y está ordenado al padre y la madre llevar a su hija al hospital, la regla que se desprende de la ley de colisión sería que, al reunirse las circunstancias C (que una hija esté en peligro de muerte, que pueda salvarse mediante atención médica, que su padre y madre tengan una religión que prohíba el ingreso a los hospitales, etc.) se debe aplicar, como consecuencia jurídica R , la obligación de ingresar a la hija al hospital, es decir $C?R$, como ya se explicó previamente.

⁷⁷ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 25.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ *Idem.*

Ahora bien, existen casos en que, luego de aplicar la fórmula del peso, resulta que hay empate (un igual peso de ambos principios en colisión, es decir, $GPI,jC = GPj,iC$). En muchos de estos casos el empate es sólo aparente, pues casi siempre “existiría alguna pequeña diferencia o por lo menos una diferencia mínima entre el grado de intervención y la importancia concreta;”⁸¹ por lo tanto, ese aparente empate derivado de aplicar el modelo triádico se podrá resolver aplicando modelos más refinados.⁸² Si aun así, persiste el empate (es decir, si estamos ante un verdadero caso de empate en donde el peso de ambos principios es absolutamente igual) se debe acudir a las cargas de la argumentación,⁸³ las que nos indicarían cómo se debe resolver una colisión concreta en casos de duda.⁸⁴

Antes de concluir lo relativo a la estructura del juicio de ponderación, hay que señalar que esta técnica de aplicación de normas jurídicas ha recibido críticas y objeciones, sobre todo en el sentido de que puede llevar a resoluciones arbitrarias o irracionales, e incluso, decisionistas o subjetivas.⁸⁵

⁸¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 55, p. 46.

⁸² Por ejemplo, podría aplicarse un “modelo triádico doble” que, al ser de orden geométrico, constaría de nueve grados, pues no sólo habría intervenciones leves (*l*), medias (*m*) y graves (*g*), sino muy graves (*gg*), medianamente graves (*gm*), menos graves (*gl*), de media intensidad situadas en el límite superior (*mg*), de media intensidad situadas en el ámbito medio (*mm*), de media intensidad situadas en el límite inferior (*ml*), leves que se ubican en un ámbito superior (*lg*), leves que se ubican en un ámbito medio (*lm*) y muy leves (*ll*). Cfr. *Ibidem*, pp. 46 y 47. Estos nueve grados se les aplicarían valores que irían de 20 a 28. Cfr. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 445.

⁸³ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 27, p. 26.

⁸⁴ Destaca Bernal Pulido que Alexy parece sostener posturas diversas, pues en su libro *Teoría de los derechos fundamentales* defiende una carga argumentativa a favor de la libertad y la igualdad jurídicas, en donde el empate jugaría a su favor (lo que coincide con la máxima *in dubio pro libertate*); mientras que en su artículo “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales” Alexy sostiene que si la intervención aparece como no desproporcionada debe ser declarada constitucional, es decir, el empate jugaría a favor de la medida que se enjuicia. Bernal proporciona dos posibles interpretaciones sobre la posición de Alexy: “Por una parte Alexy cambió de postura y que, quince años después, ha revaluado su inclinación liberal y ahora privilegia el principio democrático. O, por el contrario, que Alexy persiste en conceder la carga de argumentación a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, y entonces, que en principio los empates juegan a favor de lo determinado por el legislador, a menos que se trate de intervenciones en la libertad jurídica o en la igualdad jurídica. En este caso excepcional, los empates favorecerían a estos principios”. Cfr. *Ibidem*, pp. 26 y 27.

Según nos refiere Lopera, Alexy advirtió esta contradicción y dio una propuesta de solución en una conferencia que pronunció en la Universidad de Alicante el 24 de mayo de 2004, indicando que “la prioridad *prima facie* de los derechos fundamentales frente a otro tipo de razones normativas ya viene garantizada mediante el mayor peso abstracto que se reconoce a los primeros en la ponderación, lo que permite mantener el *in dubio pro legislatore* como única regla de decisión en caso de empate”. Cfr. Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 35, p. 541.

⁸⁵ Cfr. la crítica de Bernhard Schlink, en Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 436. Carla Huerta Ochoa parece compartir estas objeciones cuando afirma que la ponderación: “Como procedimiento, parece confiar más en la racionalidad, sabiduría e intuición del juez que en reglas que determinen expresamente cómo debe llevarse a cabo un procedimiento tan importante”. Cfr. Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, IIJ-UNAM, 2003, p. 175.

Robert Alexy refuta acertadamente estas ideas, no sin antes reconocer la importancia y papel predominante que ha tenido la ponderación en la práctica jurídica de los tribunales⁸⁶ e, incluso, advierte que si la ponderación fuera incompatible con la corrección y la justificación, no tendría lugar alguno en el mundo del derecho, y, por tanto, la evolución del derecho constitucional alemán en los últimos 50 años estaría contaminada, en su mismo núcleo, por el error. Si bien ese autor reconoce que la ponderación no es un procedimiento que conduzca exactamente a un resultado en cada caso, niega tajantemente que la ponderación no sea un procedimiento racional (irracional).⁸⁷

En efecto, la ponderación no es por sí misma irracional, pues tiene (como la tienen todos los juicios) una pretensión de corrección, y esa pretensión estaría basada en que los juicios acerca del grado de intensidad en las intervenciones a los principios son *razones*. Poniendo como ejemplo el caso *Titanic* resuelto por el Tribunal Constitucional alemán,⁸⁸ Alexy advierte que, al hacer la ponderación, el tribunal *dio una serie de argumentos* para concluir que ciertas intervenciones a la libertad de expresión fueron calificadas como graves y otras como leves, así como para concluir que algunas intervenciones al derecho general de la personalidad que se presentaron en el caso fueron leves y otras graves; al final no hubo ausencia de argumentos, e incluso, los argumentos conforme a los que se resolvió el caso fueron *buenos argumentos*, por lo que no se puede decir que esa ponderación fue arbitraria.⁸⁹

⁸⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 436.

⁸⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 157.

⁸⁸ En este caso, una revista de sátira, *Titanic*, describió a un oficial como “nacido asesino” y “tullido”. El tribunal tuvo que ponderar la libertad de expresión de *Titanic* con el derecho general de la personalidad (vinculado con la dignidad) del oficial. Respecto de la expresión “nacido asesino” se estableció que intervenía el derecho a la personalidad en forma moderada o incluso leve, pues se introdujo en el contexto de una sátira y en forma “reconociblemente humorística”, por lo que dicha expresión no podía ser vista como “como un daño ilícito, serio e ilegal al derecho a la personalidad”; mientras que en contrapartida, la intervención a la libertad de expresión sería grave, en tanto la condena al pago de daños podría minar la intención de seguir publicando la revista en la forma que se había hecho antes.

Por lo que hace al uso de la expresión “tullido”, la cosa fue diferente, pues el Tribunal Constitucional determinó que la afectación al derecho de la personalidad del oficial fue seria y contraria a su dignidad, ya que al describir a una persona discapacitada como “tullido” se suele considerar actualmente como algo humillante y falto de respeto; y ante esa intensidad en la afectación del derecho de la personalidad, no hay razón que lleve a justificar la satisfacción de la libertad de expresión mediante el uso de la palabra “tullido”. Por lo tanto, respecto del uso de la expresión “nacido asesino” la libertad de expresión tuvo precedencia sobre el derecho a la personalidad, pero en relación con el empleo del vocablo “tullido” el derecho a la personalidad tuvo precedencia sobre la libertad de expresión. *Cfr. Ibidem*, pp. 137 a 139.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 139. De igual forma, Luis Prieto Sanchís no cree “que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío o que conduzca a cualquier consecuencia, pues si bien no garantiza

Esto nos permite concluir que un juicio de ponderación no es irracional o arbitrario, siempre que el mismo esté basado en buenos argumentos o argumentos correctos, lo que nos lleva a la teoría de la argumentación jurídica. En efecto, será la teoría (o teorías) de la argumentación jurídica el instrumento que nos proporcionará cánones o parámetros para medir la *corrección material*⁹⁰ de la ponderación. Así por ejemplo, podemos comprobar si los argumentos que dio el tribunal para calificar una intervención como grave, media o leve, pueden considerarse correctos (y por lo tanto, concluir que el juez aplicó bien la ponderación) o si, por el contrario, los argumentos fueron falaces o incurrieron en deficiencias argumentativas (en cuyo caso, el juez no aplicó correctamente la ponderación).

Además, tal y como sucede con la subsunción (que es la otra forma de aplicar normas),⁹¹ la ponderación tiene una estructura que, si se sigue o respeta, nos permite medir la *corrección formal* de este juicio; esta estructura es la que ya se explicó previamente. La fórmula de la subsunción representa un esquema que trabaja con las reglas de la lógica, mientras que la fórmula del peso representa un esquema que trabaja con las reglas de la aritmética. Así, tanto la ponderación como la subsunción, tienen estructuras similares en cierto grado, pues en cada uno de estos juicios se pueden identificar una serie de premisas de las que se puede obtener el resultado; sin embargo, ni la estructura de subsunción ni la estructura de la ponderación contribuyen directamente a la justificación del

una y sólo una respuesta para todo caso práctico, sí nos indica que hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (en favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación)". Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 34, pp. 148 y 149.

⁹⁰ En materia de argumentación jurídica se puede distinguir entre corrección formal y corrección material de los argumentos. Las ciencias formales (la lógica y las matemáticas) nos dan los criterios para saber si un argumento es formalmente correcto, es decir, nos proporcionan la estructura adecuada de los argumentos, pero no nos dan criterios respecto al contenido o materia de los argumentos. Es por eso que hay que acudir a las teorías que se han desarrollado en materia de argumentación jurídica para ver si un argumento es materialmente correcto. Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, 1a. reimp., IIJ-UNAM, 2004, pp. 13 y 14.

En este orden de ideas, Luis Prieto Sanchís afirma que el Estado Constitucional de Derecho "reclama, entre otras cosas, una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales; y, a mi juicio, la ponderación rectamente entendida tiene ese sentido". Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 34, p. 155.

Igualmente, Alexy explica que el modelo de ponderación como un todo, nos da un criterio para vincular la ley de ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 167.

En el mismo tenor, indica Lopera que "la ponderación, y el principio de proporcionalidad en su conjunto, necesariamente han de abrirse y apoyarse en una teoría de la argumentación práctica general". Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 35, p. 503.

⁹¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 53, p. 432.

contenido de sus premisas, pues sólo proporcionan *criterios de corrección formal*.⁹²

Por consiguiente, tanto en la subsunción como en la ponderación, los jueces deben atenerse a la estructura formal de cada una de esas maneras de aplicación de normas. Asimismo, en ambos casos existirá el riesgo de que, para establecer las premisas de la subsunción (justificación externa de las premisas que integrarán el silogismo) y de la ponderación (atribución de valores o graduación de la intervención en los principios en colisión), el juez incurra en argumentos no válidos o no atendibles, lo que implicaría una incorrección material; pero ese riesgo es compartido tanto por la subsunción como por la ponderación. De esta forma, no se sostiene la opinión de que la ponderación sea una técnica más arbitraria o irracional que la subsunción.

Es por eso que, al referirse a la ponderación, Arturo Berumen afirma que “este modelo sale bien librado, (...) aunque no nos proporcione una total seguridad jurídica que, por otro lado, es sólo relativa en el ámbito de las prácticas sociales.”⁹³ De igual forma, Brage Camazano afirma que la técnica de ponderación no sólo no es contraria a la seguridad jurídica, sino que está al servicio de la justicia y controla que ningún poder invada inconstitucionalmente la libertad de los individuos, amén de que su aplicación progresiva ha permitido la construcción sistemática de reglas racionales de prevalencia, mismas que conducen a una mayor previsibilidad y seguridad jurídica.⁹⁴

3. Los resultados de la ponderación como normas de derecho fundamental adscritas

No sólo son normas de derecho fundamental aquellas directamente dictadas por disposiciones iusfundamentales, sino también las normas jurídicas que pueden adscribirse mediante una fundamentación iusfundamental correcta. En este sentido, si se hace una ponderación iusfundamental correcta, como resultado se puede formular una norma de derecho fundamental con carácter de regla bajo la cual puede subsumirse el caso. Por lo tanto, hay normas de derecho fundamental que son principios y otras que son reglas.⁹⁵

⁹² *Ibidem*, p. 448. En términos similares, *cfr.* Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 35, p. 503.

⁹³ Berumen Campos, Arturo, *op. cit.*, nota 13, p. 355.

⁹⁴ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 48, p. 351. *Cfr.* también Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 40, pp. 40 y ss., en donde se dan una serie de argumentos en contra de las críticas a la ponderación.

⁹⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, pp. 97 y 98.

IV. CONCLUSIONES

Hoy por hoy, es Robert Alexy quien más ha profundizado en el estudio de la ponderación, por lo que es importante conocer sus aportaciones, toda vez que tal ponderación es una de las herramientas que con mayor frecuencia utilizan los tribunales (principalmente constitucionales).

Por consiguiente es importante que los jueces (y demás operadores jurídicos) conozcan bien la estructura de la ponderación, máxime ante la necesidad de aplicar principios en un momento dado. Asimismo, se destaca que la ponderación no es un método irracional de aplicación del derecho, dado que al igual que la subsunción sólo nos sirve para medir la corrección formal de una decisión.

V. BIBLIOHEMEROGRAFÍA BÁSICA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- _____, "On structure of legal principles", *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 13, núm. 3, septiembre de 2000.
- _____, "On balancing and subsumption. A structural comparison", *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 16, núm. 4, diciembre de 2003.
- _____, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", trad. Carlos Bernal Pulido, *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002.
- _____, *Derecho y razón práctica*, México, trad. Manuel Atienza, 3a. reimp., Fontamara, 2006.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para delimitar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- _____, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales" en Cáceres, Enrique, Flores, Imer B., Saldaña, Javier, y Villanueva, Enrique (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, IJ-UNAM, 2005.
- BERUMEN CAMPOS, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas, 2003.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, IIJ-UNAM, 2005.
- CHEN, Alan K., "The ultimate standard: qualified immunity in the age of constitutional balancing tests", *Iowa law review*, EUA, Universidad de Iowa, vol. 81, 1995.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, trad. Marta Guastavino, 5a. reimp., Ariel, 2002.
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Joaquín Brage Camazano, Dykinson, 2003.
- LOPERAMEA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Lima, Palestra, 2007.
- PORAT, Iddo, "The dual model of balancing: a model for the proper scope of balancing in constitutional law", *Cardozo law review*, Nueva York, vol. 27, núm. 3, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, 1a. reimp., Palestra, 2007.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, IIJ-UNAM, 2007.
- VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, trad. Marina Gascón, 5a. ed., Trotta, 2003.

DEL CARÁCTER CIUDADANO, A LA CIUDADANÍA PARTICIPATIVA

María Elena FRANCO SALINAS*

SUMARIO: I. La significación de Ciudadanía: se ha transformado en tiempo y espacio. II. El pensamiento político en relación al papel de la ciudadanía. III. La reflexión sobre la ciudadanía y el espacio público. IV. Referencias de consulta.

El análisis de ciudadanía busca brindar suficientes elementos jurídico-conceptuales acerca de la reflexión de su transformación en el tiempo y espacio, y de la evolución en la significación desde la entidad de ciudadano hasta la concepción liberalista de ciudadanía participativa. Frente a un contexto de crisis en la gobernabilidad democrática y representativa, misma que fungirían como palanca de empuje para el lanzamiento de la ciudadanía como actor principal en la toma de decisiones, así como su inclusión en los procesos de implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas en las últimas décadas. La intención es generar el interés por la complejidad fascinante que representa la significación de una ciudadanía activa y propositiva; surgiendo diversas interrogantes como: ¿una ciudadanía participativa es la que sobrepone a sus intereses, los de la comunidad o en el ejercicio de su libertad individual, es decisor en su calidad subjetiva? ¿La ciudadanía civil cuenta con todas las prerrogativas necesarias para su actuar? y ¿cuáles son los medios más francos de incidencia?

I. LA SIGNIFICACIÓN DE CIUDADANÍA: SE HA TRASFORMADO EN TIEMPO Y ESPACIO

La noción de ciudadanía está íntimamente ligada a la estructura del Estado, asumiendo especial relevancia, sobre todo, si pertenece a un sistema democrá-

* Alumna del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM.

tico; dado que el interés es destacar dicha noción con una breve evolución histórica, se retoma la significación de *ciudadano* por demás clásica, al citar la obra de la *Política* de Aristóteles, en su Libro III, Capítulo 1, donde señala que el Estado es considerado como un sistema completo y formado de muchas partes, un agregado de elementos, en que el ciudadano en cierta proporción es una unidad del Estado. Por tanto, Aristóteles precisa: "... no depende sólo del domicilio el ser ciudadano... tampoco es uno ciudadano por el simple derecho de presentarse ante los tribunales como demandante o como demandado, porque este derecho puede ser conferido por un mero tratado de comercio. El domicilio y el derecho de entablar una acción jurídica pueden, por tanto, tenerlos las personas que no son ciudadanos. A lo más, lo que se hace en algunos Estados es limitar el goce de este derecho respecto de los domiciliados, obligándolos a prestar caución, poniendo así una restricción al derecho que se les concede".¹

Por otra parte, al establecer los fundamentos para el orden social en su *Ética* a Nicómaco, Aristóteles describe a la colectividad humana a partir de la *polis* griega, que en su momento, estableciera un marco de relaciones entre los individuos y el Estado basado en la ley (*nomos*), y cuyo objetivo era despojar las relaciones humanas de la violencia y la arbitrariedad. En las *polis*, los ciudadanos, eran gente originaria de la región con derechos de propiedad sobre la tierra, llevaban el control de los asuntos públicos que atañían a la colectividad (la *polis*), el orden debería ser producto del consenso de los ciudadanos miembros, y el mutuo acuerdo era el requisito para establecer normas de conducta que guiaran a la acción individual.

El orden social, surgiría de la convivencia entre iguales, es decir, un producto de la convivencia solidaria entre iguales dando como resultado el progreso de la polis, y por ende, de la colectividad. De lo anterior, podríamos deducir que Aristóteles manifestaría, en este sentido, la necesidad de formar ciudadanos modelo, individuos con determinadas características y con el ánimo de guiar sus acciones en beneficio de la colectividad y no de intereses individuales, tratando de establecer el bienestar común como imperativo y en consecuencia la obtención del bienestar individual. El ciudadano modelo, debería cumplir con la noción de virtud (*areté*) definida como «hábito selectivo que consiste en un término medio relativo a nosotros, determinado por la razón y por aquella por la cual decidiría el hombre prudente.» De modo que, el ciudadano virtuoso, es la pieza clave para la creación del orden social en una colectividad humana con

¹ Aristóteles, *La Política*, Traducción Patricio de Azcárate, Disponible en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

las características de la *polis*. Los actos y la conducta que atienden a la virtud de los ciudadanos, se coinvertirían en garantes y punto de partida para el orden al interior de la colectividad. Asimismo, los actos serían en tanto virtuosos y respectivamente benéficos para la asociación humana, dado que las conductas favorecerían y preservarían la convivencia armónica entre ellos.

En general, en lo que respecta a los antecedentes en Grecia y Roma, al acudir a la obra *La Ciudad Antigua*, de Fustel de Coulanges, el ciudadano participaba en el culto de los dioses de la ciudad; de ahí procedían todos sus derechos civiles y políticos. En Esparta quien no asistía a esas ceremonias, aunque no tuviera culpa de la ausencia, dejaba de ser ciudadano. En general, el ciudadano de la antigüedad greco-latina reflejaba como uno de los rasgos más importantes la posesión de la religión de la ciudad; el hombre, al ser inscrito en el registro como ciudadano, juró que practicaría el culto de los dioses de la ciudad y que combatiría por ellos. En Grecia el ciudadano es quien entra a participar en las cosas sagradas. Por su parte, el hombre romano cobra su razón de ser sólo como miembro de la comunidad (*civitas*), pero antes es considerado ciudadano (*civis*), miembro de una familia que forma parte de una *gens* que se articularía, a su vez para constituir la ciudad. En aquel momento, la participación en la religión de la ciudad, no viene determinada por una profesión de fe, ni una necesidad de iniciación, ni tampoco es fruto de una libre decisión, es un rasgo distintivo, algo que les hacía superiores al resto de los pueblos. En el caso de un extranjero, sólo podría practicar el culto romano si era previamente declarado como ciudadano o poseía un permiso expreso del Senado. Por otro lado, los ciudadanos, no podían participar en otros cultos extranjeros, a menos que hubieran sido previamente admitidos manteniéndose de forma prudente fuera del recinto sagrado de la ciudad (*pomoerium*).

En la idea de buscar mayores unidades de análisis, sobre la significación de la figura del ciudadano, centraré mi atención en el contexto del Estado Moderno, al recuperar algunas ideas del pensamiento de Thomas Hobbes, en lo concerniente al estado de naturaleza del hombre en sociedad y su entendimiento de la vida humana, misma que es controlada no por un fin, sino por una causa; el mecanismo psicológico del animal humano. Hobbes, atribuye por leyes naturales, las condiciones necesarias para una unión estable entre los hombres, no siendo la justicia y la honestidad, ni ningún ideal moral; sino las causas que provocan un tipo de conducta generalmente cooperativa. Las leyes naturales son expuestas como condiciones hipotéticas con las cuales se consideran los rasgos fundamentales de los seres humanos en su unión con un gobierno estable; estas leyes naturales no exponen valores, sino determinan causas y racio-

nalmente cómo aquello que puede dar valor a los sistemas morales y jurídicos.

Dilucidando sobre las condiciones en las que se explicaría una sociedad *estable* versan en tres condiciones: 1) el instinto de propia conservación; 2) la propia conservación racional y 3) el Estado. Respecto al instinto de propia conservación, el deseo de seguridad en una necesidad verdaderamente fundamental de la naturaleza humana, es para todo propósito práctico, inseparable del deseo de poder, medio actual de conseguir bienes futuros aparentes, porque todo grado de seguridad necesita asegurarse aún más. En la conservación racional, parte de la naturaleza de la sociedad compuesta por dos elementos: el deseo y la aversión; con una asociación del tercer elemento, la razón, mediante la cual puede encauzarse de modo inteligente la acción hacia la finalidad de la propia conservación. Esta transición, se hace por medio de las leyes de la naturaleza siendo las condiciones de la sociedad o de la paz humana, a su vez, esas leyes determinan lo que haría un ser idealmente razonable.

En la creación de la sociedad, una primera condición, es la mutua confianza y el cumplimiento de los pactos, sin ella, no puede haber certeza de su efectividad. Bajo esta configuración, lo deseable es delegar en un único hombre el poder y este soberano supremo gozará de un poder legislativo absoluto. En tanto, la libertad del individuo se verá reducida a los espacios donde la ley no se pronuncia.

A modo de resumen, Hobbes busca justificar una congruencia entre persona y ciudadanía; la definición de persona, se designaría como un artificio social, político, cultural y jurídico; también hay una dificultad para identificar la separación entre la sociedad y política, la necesidad de crear vínculos mediadores. De ahí la expresa necesidad de legitimar el orden buscando elementos congruentes entre lo social y lo político con el fin de respaldar el apoyo de los ciudadanos (llamados súbditos), y la idea de materializarlo en la figura del contrato sin contemplar como prioridad, frenar la soberanía del monarca a partir de la voluntad del ciudadano sino busca justificarla.

En Locke, es más distintiva la búsqueda de limitación sobre la conducta del soberano con base en los derechos de los ciudadanos, a diferencia de Hobbes, él fundamenta la necesidad de un nuevo contrato en que el individuo, como tal, sin leyes ni Estado, es naturalmente propietario, por lo cual, es preciso un contrato en el cual se contenga la finalidad de preservarla y protegerla contra las agresiones externas; con la ausencia de propiedad, el individuo carece del medio por el cual puede satisfacer su moralidad y subjetividad; convirtiéndose en una garantía el pacto racional, entre las mismas para que de forma natural se conforme un contrato que proteja, legisle y ejecute las leyes respetando el derecho de propiedad de los ciudadanos.

El ciudadano y sus derechos, en especial el de la propiedad son la base del sistema, en tanto la libertad individual es otro elemento esencial en el desarrollo teórico de Locke contra la opresión política; más perceptible cuando describió a la sociedad basada en el consentimiento tácito y entendía por comunidad una mayoría representada por una unidad definida fideicomisaria de los derechos individuales; y además de la sociedad se encuentra el gobierno que es fideicomisario de la comunidad. El sentido liberal de Locke permite incluir en el contrato el ejercicio de las libertades y de las voluntades de los ciudadanos para expresar el desacuerdo a los legisladores; la postura respecto a la adquisición de la ciudadanía está muy ligada a la propiedad.

1. La ciudadanía y el pacto de sus derechos

En un esfuerzo de recobrar más elementos sobre la significación de ciudadanía sobrevienen de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y de los Decretos del 4 y el 11 de agosto de 1789 sobre la supresión de los derechos feudales; siendo la Declaración, uno de los textos fundamentales votados por la Asamblea Nacional Constituyente, formada tras la reunión de los Estados Generales durante la Revolución Francesa. El principio base de esta, fue adoptado antes del 14 de julio de 1789 y dio lugar a la elaboración de numerosos proyectos. Tras largos debates, los diputados votaron el texto final el día 26 de agosto, en dicha declaración se definen los derechos *naturales e imprescriptibles* como la libertad, la propiedad, la seguridad, la resistencia a la opresión. Asimismo, reconocería la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y la justicia. Por último, afirma el principio de la separación de poderes. El Rey Luis XVI la ratificó el 5 de octubre, bajo la presión de la Asamblea y el pueblo, que había acudido a Versalles. Sirvió de preámbulo a la primera constitución de la Revolución Francesa, aprobada en 1791. En este sentido, acudir al análisis de Zapata-Barrera cuando señala sobre esta época, no se constituye la noción moderna en forma estricta "...sino los elementos embrionarios de su constitución. El impacto de la Revolución respecto a la semántica del término reside en que incorpora tres nuevos componentes: i) se relaciona explícitamente por primera vez la ciudadanía con una concepción igualitaria de la naturaleza humana, y se intenta aplicar esta idea en la práctica política. Esto sugiere que toda persona es considerada jurídicamente por primera vez humana. Por lo tanto, la distinción entre estratos sociales no tiene fundamento religioso o natural, sino económico, político y social; ii) se comienza a relacionar ciudadanía y nacionalidad (esta idea será am-

pliada más adelante); y por último, iii) se introduce en la semántica de la noción una idea de emancipación universal (*political liberation*) inexistente en épocas anteriores”.²

La dimensión política fundamental del concepto ciudadano, en Rousseau, es la identificación de que el hombre es ciudadano cuando es miembro del soberano en toda su dimensión. En una ciudad constituida sobre la base del contrato social, cada ciudadano, al compartir la voluntad general, es partícipe en la promulgación de la ley; pero al adherirse al pacto de asociación, se compromete igualmente a supeditar su voluntad particular a la voluntad general. El contrato por tanto, sustituye, en las relaciones de hombre a hombre, la relación del ciudadano con la ley, y constituye la libertad civil. El pacto social estaría concretado en un compromiso entre ciudadanos, reafirmaría que en el caso que cualquiera rechazara obedecer a la voluntad general sería obligado a cumplir a ello, por el cuerpo en su totalidad, en un sentido, obligarle a ser libre.

La voluntad general, representaría el hecho de que una comunidad a saber tiene un bien colectivo, que no es lo mismo que los intereses privados de sus miembros, es decir, vive su propia vida, realiza su propio destino y sufre su propia suerte; reflexionando respecto a que la voluntad general tiene voluntad propia. Los derechos de los individuos tales como la libertad, la igualdad y la propiedad que el derecho natural atribuía a los hombres, siendo en realidad derechos de los ciudadanos. Los hombres llegan a ser iguales como señala Rousseau por convención y por derecho y no, como decía Hobbes, porque su fuerza física sea sustancialmente igual.

Siglos más tarde, uno de los enfoques más relevantes para nuestro tiempo es el de T. H. Marshall (1950) de los aspectos civiles, políticos y sociales de la ciudadanía en las sociedades modernas occidentales, perspectiva que se ha mantenido con cierta vigencia en la mayoría de las discusiones académicas por su aporte a la significación de ciudadano. Marshall, argumentaría que el deber de los Estados en rendir cuentas a sus ciudadanos y de la responsabilidad de estos ante la protección de los intereses comunes. En este sentido, podrían existir ciertos derechos considerados como universales y el Estado sería el principal responsable de la instrumentación a favor de los ciudadanos. La preocupación sobre el concepto de derechos sociales y el proceso de expansión de la ciudadanía, que fueron luego recogidos en su ensayo de Ciudadanía y Clase

² Zapata-Barrero, Ricard. *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: Hacia un nuevo contrato social*, ED. Anthropos, Barcelona, 2001, p. 43.

Social; en él sostiene que la ciudadanía más reciente es un status social que atribuye derechos y deberes a los nuevos estratos sociales, al distinguir tres componentes y fases de desarrollo de ciudadanía: en primer lugar, la ciudadanía civil, que atribuye al individuo una serie de derechos asociados a la libertad; en segundo lugar, la ciudadanía política que consiste en el derecho a participar en el ejercicio del poder político y; en tercer lugar, la ciudadanía social que se afirma en el derecho a tener un nivel adecuado de educación, de salud, de seguridad social, según los estándares prevalecientes en la comunidad política referenciada. Otro punto importante a destacar es que Marshall, distingue a la ciudadanía civil, política y principalmente la social, relacionadas con el principio de libertad, respecto a su igualdad. La ciudadanía es esencialmente una relación de pertenencia a una comunidad en donde todos tienen un mismo estatus como miembros y es en la política donde se define el avance o retroceso del proceso de ciudadanía. Finalmente, la razón de ser *sociales* y no individuales que la construcción de ciudadanía social es fundamentalmente lucha y por lo tanto, conquista política "...el método normal de establecer los derechos sociales es a través del ejercicio del poder" afirma.

Ahora bien, con la aparición de sociedades más complejas y el aumento de las diferencias socio-económicas (en particular el aumento de la polarización social tanto en países de democracias consolidadas como recientes), han dado paso a la reflexión y el análisis sobre transformaciones importantes en la teoría política y sobre todo en el entorno de la democracia, estas discusiones van encaminadas a la incorporación de mecanismos de representación y la dimensión vertical, es decir, la constitución de una autoridad dentro del ejercicio democrático. En este contexto, al concepto de democracia moderna, se le incorpora el tema de la división entre la titularidad y el ejercicio del poder, el principio de la mayoría, el constitucionalismo y la representación política.

Los supuestos teóricos planteados hasta el momento, consecuentemente adoptan posturas en su mayoría sobre la pesquisa del equilibrio en la *colectividad*, considerando que sigue la idea sobre el instinto de propia conservación y la conservación racional en una organización estatal, quizá no tan primitiva como lo señalaba Hobbes. Esta visión como punto a lo largo del tiempo se ha ido perfeccionando y como se observa en párrafos anteriores, el individuo coexiste con la propia particularidad humana de cooperación para la sobrevivencia, con ello, ha construido sobre la racionalidad una estructura (metafísica) llamada Estado que justifica la condición de cooperación y confianza mutua, con cumplimiento de pactos. En consecuencia, la creación de nuevas condiciones que permiten a la significación del ciudadano, un individuo capaz de convivir en un

mismo espacio, sin importar la preexistencia de un mayor poder conferido a pequeños grupos sobre la colectividad; la división de derechos civiles y derechos políticos que generen certeza y efectividad; en un sentido utilitarista, le brinda mayor identidad en el contrato social con el reconocimiento de la propiedad y como consecuencia el individuo, confiere una vez más, parte de su ejercicio de libertades en acuerdos de voluntades deliberativas. Todavía el pertenecer a un Estado y adquirir en tanto una identidad de ciudadano, fortalece los Estados o favorece los regímenes constitucionales, al crear en los ciudadanos esta seguridad y sentimiento de supremacía sobre otros entes estatales. Durante los desarrollos teóricos más recientes podría versar algunas reflexiones (mas adelante) sobre la división de la ciudadanía: civil (individuo y sus derechos asociados a la libertad); política (individuo y su derecho a participar en el ejercicio del poder político) y social (individuo y sus derechos a una vida digna, llámese seguridad social, salud y educación, entre otros).

En lo que respecta a una definición de ciudadanía en el contexto actual, es en realidad, el resultado de un largo proceso y el mayor peso de su determinación como entidad, es la estructuración político-jurídica; resultado de la evolución de las sociedades y con ello, los inevitables e incomprensibles intercambios de flujos de información a partir de los procesos de transformación social (llámese revolución tecnológica y científica del siglo XX).

2. Los derechos fundamentales de la ciudadanía

El primer acercamiento sobre el análisis de los derechos fundamentales de la ciudadanía, al parecer se encuentra en Ferrajoli, que distingue tres formas de definir a los derechos fundamentales: La primera, es la que ofrece la teoría del derecho, en el plano teórico-jurídico definición que más se enriquece desde el punto de vista del autor, y se identifica con los derechos adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o respectivamente a los ciudadanos o personas con capacidad de obrar y por tanto, indisponibles e inalienables. En este sentido, no dice *cuáles son*, sino *qué son* los derechos fundamentales. Subraya así sólo la definición de un concepto teórico, no precisa nada sobre los contenidos de tales derechos, es decir, sobre las necesidades y sobre las inmunidades que son o deberían estar establecidas como fundamentales, sino que puede identificar la forma o estructura lógica de los derechos que se convienen llamar fundamentales. No indica, si se quisiera garantizar un derecho como *fundamental* al sustraerlo tanto de la disponibilidad de la política como la del mercado, formu-

lándolo en forma de regla general, y por tanto confiriéndolo igualmente a todos.³ La segunda, refiere al derecho positivo (la llamada: dogmática constitucional o internacional), son derechos fundamentales, en el ordenamiento internacional, es decir, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre derechos humanos. Entonces, los derechos humanos para una función más específica, estableciendo los derechos primarios de las personas y que conciernen indistintamente a todos los seres humanos, el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales.⁴ La tercera, definición se obtiene a través de la filosofía política con la que trata de explicar: cuáles derechos deben ser garantizados como fundamentales. Los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos, correspondientes universalmente a *todos* los seres humanos con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier, ya sea expectativa (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica positiva. “El papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil, en alternativa a la Ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar, el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar, los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar, los derechos sociales derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente.”⁵ La intención de citar a Ferrajoli en su desarrollo teórico acerca de los derechos considerados como fundamentales, es justamente buscar la aproximación del contexto de los derechos de la ciudadanía *versus* los deberes gubernamentales institucionales.

Al respecto, Ordóñez en la afirmación de los derechos fundamentales ciudadanos como parámetro de la ciudadanía civil, reconoce esta noción de los derechos humanos en permanente evolución, y el debate relativo a su esencia se mantiene en un proceso constante de re-conceptualización. Indica tres aspectos de manera constante, analítica y axiológica de los derechos humanos: la

³ Ferrajoli, Luigi. *Sobre los Derechos Fundamentales*, en la Revista “Cuestiones Constitucionales”, Núm.15, Roma, Julio-Diciembre 2006, p.117.

⁴ Ídem.

⁵ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Ed. Trotta, 6ta. edición, 2004, pp.905-918.

integridad humana, la libertad y la igualdad. Los actuales sistemas normativos que contienen derechos específicos y sus correspondientes obligaciones para los Estados han venido desarrollando una serie de producciones legales en el plano constitucional, administrativo, del derecho civil y de familia, del derecho mercantil y corporativo, el cual ha venido consolidando formas para resguardar su protección. En términos generales, los avances sustantivos se han verificado en el plano de los derechos civiles y políticos. La gran tradición ideológica del constitucionalismo francés y de su Código Civil, inspirada ideológicamente en la reforma política de la Ilustración, tiene que ser vista como la impronta ideológica de una época que —desde la reforma republicana del siglo XVIII— marcó fundamentalmente el siglo XIX y los inicios del siglo XX.⁶

En este sentido, la visión tradicional de los derechos humanos los limita a su dimensión civil y política. Se incluyen, en esta perspectiva, el derecho a la vida, libertad y seguridad; el derecho a no ser discriminado debido a la raza, color, sexo, lengua, religión, clases social u opinión política; el derecho a votar, la libertad de expresión y la libertad de prensa; el derecho a no sufrir una invasión arbitraria a la privacidad, familia u hogar; y los derechos legales como el derecho a un debido proceso y la presunción de inocencia hasta que se demuestre la culpabilidad. Los aspectos que conciernen a la dignidad económica y social del ser humano han sido tratados de una forma más accesoria y, en consecuencia, muestran un grado muy inferior de desarrollo. Aunque debe evitarse efectuar una distinción entre, por un lado, derechos civiles y políticos, y, por el otro, derechos económicos, sociales y culturales; los primeros son generalmente, conceptualizados como el grupo clásico de derechos humanos, mientras que los segundos se asocian principalmente con los desarrollos normativos y doctrinales.

3. La internacionalización de los derechos

La internacionalización de los derechos tema que merece la pena, retornar al desarrollo teórico de Ferrajoli en el cual obliga a poner en tela de juicio el concepto de ciudadanía, a su parecer habría causado tanto daño a la evolución de una normatividad mundial; esta circunstancia la atribuye que el concepto de ciudadanía ha ocupado el lugar de igualdad, como categoría básica de la teoría

⁶ Ordóñez, Jaime. *Los derechos fundamentales como referente del paradigma de ciudadanía civil y de la definición de la frontera de exclusión social*. Biblioteca Digital de Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Disponible en: <http://www.flacso.or.cr>

de la justicia y de la democracia que se originó con Thomas Marshall al atribuir los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos de ciudadanía única y exclusivamente los ciudadanos. Considera que al seguir distinguiendo entre ciudadanos y no ciudadanos atenta contra la idea de una verdadera democracia y de una concepción mejor entre las relaciones de los seres humanos.

En este sentido, los derechos son derechos universales para todos los seres humanos, en el sentido más amplio y limitarlos se convierte en una postura regresiva de la cultura occidental; conservar la idea de ciudadanía es mantener los criterios e inclusión entre los estados, los pueblos y las personas. La idea central en este planteamiento es si los derechos son para *todos* y la ciudadanía termina siendo una limitante, se debe a la restricción de una comunidad política específica, por tanto, el universalismo no está siendo aplicado en su totalidad.

Carbonell, señala al respecto: la universalización de los derechos supone tomar en serio y llevar a la práctica la conocida frase de *todos los derechos para todos*, como se apuntaba en el proceso evolutivo en la *edad de los derechos* que se ha encontrado con una serie importante de obstáculos (identificados como contratendencias por Rolla, en *Manuale di diritto*), concepción presente en Habermas y Ferrajoli, que convierte en la realidad a los derechos humanos (universales en el discurso) en derechos de los ciudadanos.

La ciudadanía es, como se ha escrito el propio Ferrajoli, el último status normativo de discriminación, diferenciación y privilegio en el campo de los hechos. Esta (contra) tendencia también es la presencia de formas de relativismo cultural en determinadas áreas geográficas. Las civilizaciones orientales e islámicas, nos dice el autor para explicar, no aceptan en igual medida el valor de la dignidad y libertad de las personas. Entonces la reivindicación del relativismo cultural en el ámbito de los derechos fundamentales, se ha realizado para justificar institutos del todo incompatibles con el valor de la persona, como la esclavitud, las torturas, la discriminación racial o la subordinación por razones de sexo.⁷

Otro aspecto, sobre el apuntalamiento en la crítica realizada a la universalización es su presencia en la retórica constitucional, es que puede significar o no, un éxito en la medida en que sean procesos que acompañen y se inserten en contextos normativos que tengan otros tantos dispositivos institucionales definidores del paradigma del Estado de Derecho. "Entre esos dispositivos Rolla menciona la rigidez constitucional, la reserva de ley y la separación de poder-

⁷ Rolla, Giancarlo. *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*, Biblioteca Virtual de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002, Serie de Ensayos No.7, Estudio Introductorio por Miguel Carbonell, pp.12-15.

res. Los derechos tendrán una atmósfera en aquellos Estados que hayan constitucionalizado su ordenamiento jurídico...”.⁸

En la perspectiva de Ferrajoli, se concibe al constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, de prohibiciones y obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, los principios y derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo. La garantía jurídica de efectividad de este sistema de vínculos reside en la rigidez de las constituciones, asegurada a su vez, en las cartas constitucionales de la segunda posguerra, por la supervisión de procedimientos especiales para su reforma y por la creación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes.

II. EL PENSAMIENTO POLÍTICO EN RELACIÓN AL PAPEL DE LA CIUDADANÍA

En la idea de recuperar en forma muy breve, los aportes realizados por uno de los pensadores más distinguidos de escuela de Frankfurt, Jürgen Habermas,⁹ especialmente acerca del debate sobre los tres modelos políticos de democracia: liberalismo, republicanismo y la teoría discursiva de la democracia, definidos por este autor como los modelos normativos universales en conflicto y que se encuentran confrontados en sus respectivas y concepciones sobre el papel de la ciudadanía, el rol de los derechos y la naturaleza del proceso de formación de una voluntad política.

1. *El liberalismo*

En el liberalismo se busca la formación democrática de la voluntad común de los ciudadanos, atentos sólo a sus propios intereses, bajo este modelo, es en-

⁸ *Ibidem*.

⁹ Las reflexiones de Habermas sobre la legitimación del capitalismo tardío, le permite replantear y complementar su teoría de la acción comunicativa, a su vez con esto proponer un nuevo paradigma jurídico-político del discurso procedimental. Uno de sus objetivos es superar la crisis de las sociedades contemporáneas a través de la reconstrucción normativa de la legitimidad fracturada, conciliando la dicotomía entre el mundo de la vida y los subsistemas económico y político-administrativo a través de un modelo de democracia deliberativa como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y la opinión pública. Véase en Óscar Mejía Quintana, *El posestructuralismo en la filosofía política francesa contemporánea. Presupuestos, Críticas y Proyecciones*, Editado por la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá 2004, ofrece un análisis especializado de los desarrollos posrawlasianos de la filosofía política contemporánea, revelando con gran pericia los aspectos más relevantes sobre las diversas teorías resumidas en este apartado.

tendida como un elemento dentro de una constitución que ha de disciplinar al poder de Estado mediante dispositivos de tipo normativo (cuáles son los derechos fundamentales, la división de poderes y la vinculación de la administración a la ley); y a través de la competencia entre partidos políticos, por una parte; y entre el gobierno y la oposición, por otra, actuará adecuadamente en cuenta los intereses sociales y las orientaciones valorativas de la sociedad.

La política, centrada en el Estado, puede renunciar a un supuesto poco realista, a saber: el de que los ciudadanos en su conjunto sean capaces de acción colectiva. No se orienta por el *input* de una formación racional de la voluntad política, sino por el *output* de un éxito en el balance de rendimientos de la actividad estatal.

La dirección de choque de la argumentación liberal tiene como blanco el potencial del perturbador poder del Estado que puede estorbar y desarticular el tráfico social autónomo de las personas privadas.

El eje del modelo liberal, no es la autodeterminación democrática de los ciudadanos deliberantes, sino la *normalización* (en términos de Estado de derecho) de una sociedad centrada en la economía, que a través de la satisfacción de las expectativas de felicidad (siempre de carácter privado) de ciudadanos activos habría de garantizar un bien común entendido en términos apolíticos.

2. El republicanismo

En la concepción republicana, la formación de la opinión y la voluntad común en el espacio público y en el Parlamento no obedece a las estructuras de los procesos de mercado, sino que tiene sus propias estructuras específicas, a saber, las estructuras de una comunicación pública orientada al entendimiento.

El paradigma de la política, en sentido práctico de la autodeterminación ciudadana, no es el mercado sino el diálogo: “Una concepción dialógica entiende la política como un proceso de razón y no exclusivamente de voluntad, de persuasión argumentativa y no exclusivamente de poder, dirigido hacia la consecución de un acuerdo relativo a una forma buena o justa, o por lo menos aceptable, de ordenar aquellos aspectos de la vida que se refieren a las relaciones sociales de las personas y a la naturaleza social de las personas”.¹⁰ Desde este punto

¹⁰ Habermas, Jürgen. *Tres Modelos de Democracia: Sobre el Concepto de una Política deliberativa*, Conferencia Pronunciada en el Departamento de Filosofía de la Universitat de Valencia, (16 Octubre 1991). Disponible: <http://www.alcoberro.info/V1/habermas7.htm>

de vista, en el poder comunicativo que, en forma de opiniones mayoritarias discursivamente formadas, surge de la comunicación política, y el poder administrativo, del que dispone el aparato estatal, se da una diferencia estructural.

Los partidos, que luchan por acceder a las posiciones estatales de poder, se ven en cierto modo, en la necesidad de someterse al estilo deliberativo y al sentido específico de los discursos políticos.

En lo correspondiente al poder administrativo, sólo puede emplearse sobre la base de las políticas que surgen del proceso democrático y el marco de las leyes que surgen también de ese proceso.

Finalmente, no garantiza la libertad de coacción externa sino la participación en una práctica común, sólo a través de cuyo ejercicio los ciudadanos pueden llegar a ser aquello que sólo ellos mismos desean ser, como sujetos políticamente responsables de una comunidad de personas libres e iguales.

3. Comparación de los modelos

La dimensión de la política referida al proceso de formación democrática de la opinión y la voluntad común, se basa en procesos informales de deliberación, en procesos electorales y en resoluciones parlamentarias, es decir, el resultado comparativo consiste en:

- a) Conforme a la *concepción liberal* ese proceso tiene lugar en forma de compromisos entre intereses.
- b) Conforme a la *concepción republicana*, en cambio, la formación democrática de la voluntad común se efectúa en forma de una autocomprensión ética.
- c) Conforme a la *concepción deliberativa*, se apoya en un consenso de fondo entre los ciudadanos, basada en la común pertenencia a una misma cultura y que se renueva en los rituales en que se hace memoria de algo así como de un acto de fundación republicana.

4. La teoría discursiva

La teoría del discurso, integra en el concepto de un procedimiento ideal para la deliberación y la toma de resoluciones una conexión interna entre negociacio-

nes, discursos de autoentendimiento y discursos relativos a cuestiones de justicia, es decir, entre tres formas distintas de comunicación, cada una de las cuales tiene su propia lógica, y sirve de base a la presunción de que bajo tales condiciones se obtienen resultados racionales. Así, la razón práctica efectúa, una operación de repliegue desde la idea de derechos universales del hombre (liberalismo) o desde la eticidad concreta de una determinada comunidad (comunitarismo) para quedar situada ahora en aquellas reglas de discurso y formas de argumentación que no toman su contenido normativo sino de la propia *base de validez* de la acción orientada al entendimiento y, por tanto, en última instancia, de la propia estructura de la comunicación lingüística.

La realización de una política deliberativa, no depende de una ciudadanía colectivamente capaz de acción, sino de la institucionalización de los procedimientos correspondientes.

El concepto de un todo social centrado, no opera en el Estado, que pudiese representarse como un sujeto de gran hechura capaz de actuar orientándose a un fin. La teoría del discurso, por el contrario, cuenta con la intersubjetividad de orden superior que representan procesos de entendimiento que se efectúan en la forma institucionalizada de deliberaciones en las corporaciones parlamentarias o en la red de comunicaciones de los espacios públicos políticos. Estas comunicaciones *exentas de sujeto*, no caben en atribuir a ningún sujeto global; constituyen campos en los que puede tener lugar una formación más o menos racional de la opinión y la voluntad acerca de temas relevantes para la sociedad global y de materias necesitadas de regulación.

La esfera de la sociedad civil, es un fenómeno reciente; enfocada a un conjunto de asociaciones, organizaciones y movimientos que emergen más o menos espontáneamente de la ciudadanía *activa*, fungiendo como interesados en constante movimiento sobre una parte o temática de los problemas sociales en las esferas de la vida privada que a su vez, extraen y transmiten esas preocupaciones de una manera amplificadas en la esfera pública.

Uno de los inconvenientes para esta forma de ocurrencia es la dependencia de los actores del sistema y la eventual manipulación de los medios de comunicación que pueden reducir las posibilidades de deliberación autónoma efectiva de la sociedad civil. Los medios de comunicación, deberían operar como un actor clave del proceso comunicativo público, asumir pautas normativas que garanticen un flujo libre y no coactivado de la comunicación social, auto-concienciándose como instrumentos de la ciudadanía para transmitir sus sentimientos, pensamientos y tomas de posición ante el poder, además de preservar su

integridad e independencia de cualquier presión externa que pretendiera impedir ello.

III. LA REFLEXIÓN SOBRE LA CIUDADANÍA Y EL ESPACIO PÚBLICO

En la idea, de aterrizar el análisis realizado en páginas anteriores habría —al parecer— la interrogativa sobre qué sucede en los actuales procesos de democratización en América Latina, es decir, en los últimos años cuáles han sido las pautas transformacionales en las que ha cursado la ciudadanía en el contexto del liberalismo. Ahora bien, se revisó en las categorías de la democracia liberal, la clara limitación en la cuestión democrática de las formas de constitución y funcionamiento de los gobiernos. Al respecto, Grzybowski señala en el examen de los acontecimientos vigentes en América Latina, en tanto, la consideración del tránsito de los países dentro de estos procesos para ser calificados como sociedades en situación de construcción de la democracia orientada a un modo de ser y de desarrollarse. Insiste en el primer aspecto destacable, el sentido de lo requerido por las democracias antes que nada, para su existencia, sujetos sociales, portadores y constructores efectivos. Es necesario que se creen sujetos históricos que imaginen y deseen democracia, que se organicen y luchen por ella, que la constituyan en las condiciones económicas, culturales y políticas existentes. Sin duda, la conquista de la democracia y el proceso de democratización que resulta de ella dan lugar a cambios en el desarrollo de la economía y en el poder del Estado, mayor o menor según la diversidad de sujetos y la extensión de la lucha y de la correlación de fuerzas políticas así obtenida.

Grzybowski, considera el plano económico y, particularmente, el Estado como los espacios estratégicos de avance y promoción de la democracia. Pero quienes los empujan y constituyen, en última instancia, son los sujetos sociales. Por sociedad civil puede entenderse el conjunto de prácticas sociales —con sus relaciones, procesos, normas, valores, percepciones y actitudes, instituciones, organizaciones, formas y movimientos— no encuadradas como económicas o político-estatales. Se trata de un corte analítico en la compleja realidad social, vista como una síntesis de múltiples determinaciones. Entre la economía/mercados y el Estado/poder, existe la cuña de la sociedad civil, más o menos desarrollada. Las sociedades civiles, así como las economías y los Estados, no son un valor en sí, expresión de una positividad en abstracto. Son, sí, históricas y dependen de la diversidad y complejidad de los sujetos sociales que las consti-

tuyen, conforman, dan vida y expresan. El tipo y grado de su desarrollo es una condición indispensable del modo en que se desarrollan las democracias.¹¹

Entonces una construcción, a partir, de la estructura democrática preexistente más relacionada con la de un sistema democrático deliberativo, tendría como propuesta, crear un espacio político que no sea el estado ni el mercado. En el cuál, se reformula la idea de *lo público* en un espacio de intereses colectivos que excede lo meramente estatal, facilitándose una mayor participación de los distintos sectores sociales, en las instituciones políticas democráticas y el desarrollo de mecanismos propios de la sociedad civil que facilitan una cultura de convivencia y desarrollo colectivo.

La construcción de ciudadanía, exigiría a las democracias latinoamericanas un proceso de integración social, tanto en el plano nacional como transnacional, partiendo del reconocimiento de la heterogeneidad: se busca recobrar la igualdad en términos de inclusión de los excluidos sin que esto lleve a la homogeneización cultural, ya que se trata de promover y apoyar la no discriminación y el respeto a la diversidad. En la actualidad, se considera que la ciudadanía tiene un papel preponderante sobre las decisiones dentro del Estado y que constituyen uno de los elementos claves para la gobernabilidad democrática. Cabe destacar, que dicha afirmación no se pone en duda, porque en el discurso atiende a su origen en la democracia directa, al pensar que además de una serie de derechos y obligaciones dentro del ámbito estatal, esta figura se ha transformado a través del tiempo y espacio, hoy podríamos hablar de ciudadanías, que tratan de incidir de diversas formas (mucho más complejas) en el marco de la gobernabilidad.

1. El poder de la ciudadanía

En el poder de la ciudadanía sobre las instituciones, su inclusión en la toma de decisiones en el supuesto ejercicio del poder, es parte primordial del principio de incidencia. El concepto de *empoderamiento* de traducción directa al español de *empowerment*, está vinculado con muchos otros conceptos del cambio social establecidos en las agendas de América Latina, en especial en las propuestas a la construcción y fortalecimiento democrático. El empoderamiento alude a

¹¹ Grzybowski, Cándido. *Democracia, sociedad civil y política en América Latina: notas para un debate en La democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Ed. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Buenos Aires, 2004, p. 53.

un proceso de aprendizaje y acción que fortalece la autoestima, las capacidades analíticas y organizativas y la conciencia política de las personas, de manera que puedan adquirir un sentido de sus derechos y unirse para desarrollar sociedades más democráticas.¹² En el caso de América Latina, la búsqueda por recuperar la llamada gobernabilidad democrática, está enfocada en una gran oleada por retomar los derechos civiles, políticos y la extensión de los derechos culturales. Además, se observa una mayor sensibilidad, proclive a los valores de la democracia, el respeto a los derechos humanos y la tolerancia a la diversidad cultural y étnica. Por tanto, la ciudadanía, está protegida en sus derechos civiles, políticos y culturales por el Estado, además de una cierta fiscalización global que informa, denuncia y censura las violaciones a estos derechos. En este sentido, podríamos mencionar el caso de las Naciones Unidas u organismos como Transparencia Internacional; la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional con apoyos a programas de investigación y denuncia, y la Corte Interamericana, entre otros; valdría la pena evaluar qué tanto avance interno (país por país) ya sea beneficioso y/o trascendental, han impactado estos tipos de apoyos en el mejoramiento del desarrollo estructural de los estados latinoamericanos.

2. El concepto de la participación ciudadana

El concepto de participación se entiende como aquella capacidad y posibilidad de las personas y los grupos de influir en las condiciones que afectan sus vidas. Asumirla a manera de un atributo, sería como integrarla a la condición de los seres humanos y por ende, una necesidad humana básica, ligada al reconocimiento de su identidad. En un aspecto más subjetivo, se concibe dentro de la plena libertad de decisión de considerar involucrarse con procesos concretos de participación, o bien, definir el por qué de participar o no.

Es importante destacar que la participación en cierto momento, va estrechamente relacionada con el protagonismo, es decir, la posibilidad de intervenir, dirigir e influir; creando un sentimiento dirigido a provocar en los individuos cierto gozo por las actividades desempeñadas y la intención de fortalecer esta legitimidad ante sus iguales; desde esta perspectiva, es necesario, reconocer los

¹² Foro del Sector Social, *Manual de Participación e Incidencia Para Organizaciones de la Sociedad Civil*. Federación de Asociaciones Cíviles y Fundaciones, Ed. Temas, Buenos Aires, 2004, p.35.

pasos, las condiciones y los mecanismos necesarios para la intervención real de la ciudadanía en las decisiones de las políticas públicas. La participación, como un mecanismo de incidencia colectiva y de control ciudadano, es una intervención ordenada de las personas y organizaciones tratando de posibilitar su mejora. También, implica un proceso de transformación, dado que otorga al sistema de gobierno otro dinamismo, al tiempo, que requiere de nuevos canales de comunicación permanente entre gobernantes y gobernados.

Una idea a considerar, en la parte ejecutable del concepto de la participación, es precisar la orientación de la misma, tendría que plantearse a buen juicio de cada sociedad y en especial, la dirección de las acciones a realizar. Con la idea de ejemplificar al respecto, si se recuperan dos ideas concernientes al debate entre liberales y comunitaristas (punto de análisis para expresar la orientación antes mencionada de las acciones puestas a discreción del ejercicio de libertad individual) es pertinente destacar los puntos de debate clásicos desarrollados por Ibarra Palafox "... los liberales insisten en que los individuos deben ser libres para decidir su propia concepción de la vida, y creen en la *autonomía individual* como factor esencial para la definición de las formas de vida particulares de las personas. Los liberales señalan que, indiscutiblemente, el individuo es moralmente anterior a la comunidad y que la comunidad sólo es importante en la medida que contribuye al bienestar de los individuos que la integran. Los comunitaristas, por su parte, no están de acuerdo con esta concepción de la autonomía individual, pues consideran a los individuos como entes estrechamente vinculados y determinados por los roles particulares que asumen en sus relaciones comunales, sociales o de grupo, mismos que tienen lugar en contextos comunitarios específicos."¹³ Con la asociación de la postura comunitarista se complementa, lo descrito en el segundo apartado, dedicado al pensamiento político en relación al papel de la ciudadanía.

3. Los instrumentos de participación ciudadana

A partir del fin del siglo XIX, la expansión de la marca socialista tiene una de sus más importantes manifestaciones actuales en el derecho internacional. Esta socialización del derecho, significativamente establece la oportunidad de configurar la inviolabilidad a los derechos humanos y de los derechos en general,

¹³ Ibarra Palafox, Francisco, *Multiculturalismo y Estado de Bienestar en Latinoamérica*, artículo en *Derechos de las Minorías y Estado de Bienestar*, Ed. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, p. XII.

mismos que se han consolidado por medio de acciones unificadoras de los programas de globalización. Este constitucionalismo político aún vigente en América Latina, se ha convertido en el cimiento básico para el establecimiento de la vida política, social y económica de casi todas las naciones y sobre todo de la protección de los derechos de los ciudadanos, con ello, la protección de los instrumentos de participación ciudadana señalados en tres generaciones:

a) Instrumento de primera generación
SUFRAGIO UNIVERSAL.

b) Instrumentos de segunda generación

PLEBISCITO. El plebiscito es la consulta mediante la cual los ciudadanos aprueban o rechazan las decisiones propuestas por el órgano de gobierno que represente al poder ejecutivo.

REFERENDO. El referendo es la consulta mediante la cual los ciudadanos aprueban o rechazan una iniciativa de ley o decreto o, en su caso, una ley o decreto del Poder Legislativo.

INICIATIVA POPULAR. La iniciativa popular es el derecho de los ciudadanos para iniciar leyes, decretos, reglamentos o normas administrativas de carácter general.

CONSULTA POPULAR. La consulta popular es el instrumento mediante el cual los habitantes emiten su opinión y/o propuestas de solución a asuntos de interés público o problemas comunitarios del lugar donde residan.

COLABORACIÓN COMUNITARIA. La colaboración comunitaria, es el instrumento mediante el cual los habitantes coadyuvan con las funciones de los gobiernos estatal y/o municipal.

AUDIENCIA PÚBLICA. La audiencia pública, es el derecho de los habitantes para que las autoridades competentes de los gobiernos estatal o municipal, los reciban para tratar asuntos de interés público.

c) Instrumentos de tercera generación¹⁴

PRESUPUESTO PARTICIPATIVO. En este contexto, surge en Brasil, debido a implicaciones técnicas y de corrupción; siendo la experiencia más significativa la del ayuntamiento de Porto Alegre, que a fines de la década

¹⁴ Hernández Medina, Yaneth. *Nuevas formas de participación ciudadana*, en la Revista del Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República "Belisario Domínguez", México, 2007, p. 42.

de los ochenta, crea un sistema innovador y revolucionario para formular y hacer el seguimiento del presupuesto municipal. Mediante esta novedosa figura de Presupuesto Participativo, además de las autoridades del gobierno municipal, participa la población en las decisiones relativas a la recaudación de impuestos y el gasto de los fondos públicos, mediante un proceso de debates y consultas para determinar y decidir la cuantía de los ingresos y los gastos, así como la definición de dónde y cuándo realizar las inversiones, cuáles son las prioridades, los planes y acciones que debe llevar a cabo el gobierno.

PLANIFICACIÓN ABOGADIL (ADVOCACY PLANNING). Es un modelo de participación que ha sido desarrollado a fin de garantizar una participación eficaz del ciudadano en los procesos de planificación local. La planificación abogadil busca representar los intereses de estos grupos. El abogado de planificación tiene la tarea de defender los intereses de aquellos ciudadanos que se encuentran en una posición social débil y ha de desarrollar propuestas alternativas en la planificación local.

CÉLULA DE PLANIFICACIÓN. El ciudadano como *Consultor público*. Es un instrumento relativamente nuevo de participación ciudadana local. Ha sido desarrollado en numerosos municipios. La Célula de Planificación está integrada por un grupo de ciudadanos (aproximadamente 20 personas) que, seleccionados al azar, trabajan voluntariamente por un determinado periodo de tiempo (de uno hasta cuatro días), en la solución de un determinado problema de planificación local, para lo cual cuentan con la asistencia de asesores y expertos. La Célula constituye un nuevo paso en el desarrollo de métodos de investigación empíricos al combinar discusión grupal. Este enfoque es metodológico.

TALLER DEL FUTURO. Fuente de creatividad social y célula germinal de ideas nuevas. Una de las innovaciones más interesantes en la participación ciudadana local es la aplicación de la técnica del Taller del Futuro. Es una técnica social de solución de problemas y un instrumento de trabajo grupal creativo. Apunta al desarrollo de la fantasía social y la aplicación de sus resultados en la práctica.

No cabe lugar a dudas, la existencia de los instrumentos de participación, hoy día, además se encuentran protegidos por un amplio espectro internacional y cada vez, con un substancial aumento en el margen de maniobra, pese a que el ejercicio de los instrumentos de participación democrática semidirecta, aún se encuentran muy restringidos en América Latina. La apuesta más inmediata,

es contar con una mayor participación y representación de los gobernados, sobre todo a través de nuevos cauces, al fomentar un estilo diferente de incidencia en lo gubernamental, tarea no de menor importancia debido a que implica una labor fundamental, radicada en la reeducación de la ciudadanía y de su cultura cívica. La representación y la participación ciudadana en la vida pública, involucran a un ciudadano activo no sólo en las fases de decisión, sino también en las de ejecución y en las de evaluación de las políticas públicas. Adquiriendo poco a poco, el control de ciertos asuntos de manera más inmediata, así como la creación de espacios de mayor incidencia en las acciones de gobierno; tratando de generar cada vez un mayor posicionamiento en el proceso de transparencia de los mecanismos de rendición de cuentas de los gobiernos.

En suma, el tránsito de la significación de la figura del ciudadano es indiscutiblemente trascendental dado que su evolución se dio, a la par del reconocimiento de los derechos ciudadanos; y con ello, la reciente creación del mundo de la ciudadanía en palabras de Pietro Costa, es tanto como decir: el mundo donde el discurso de hombre, del sujeto, del ciudadano, reemplaza al discurso del poder y, con ello, hace su aparición el núcleo capital de su construcción: el discurso sobre los derechos, de los derechos y por los derechos, la edificación de una visión jurídica, constitucional si se quiere, del orden desde la perspectiva de los integrantes del mismo, sus piezas esenciales, antes que desde el punto de vista de sus constructores, defensores y beneficiarios. Si la ciudad y la ciudadanía, que implican pertenencia, pueden ser formuladas, es precisamente porque hay un elenco de derechos y de deberes dispuestos a ser repartidos entre los individuos que se añaden a esa tenencia constructiva de un orden jurídico, donde hay una justicia que los distribuye en atención a criterios varios, como la igualdad, los méritos y los deméritos.¹⁵

La ciudadanía tiene un papel preponderante, sobre las decisiones dentro de los Estados y constituye uno de los elementos claves para la gobernabilidad democrática. La orientación de su actuación sea por medio de mecanismos de representación directa, semidirecta, o bien, civiles representa una mayor complejidad limitada y no atendida normativamente. La vigencia de una serie de derechos y obligaciones inmersa en el ámbito estatal, ha configurado tipos de ciudadanías, que tratan de incidir de diversas formas encuadradas en un marco de la gobernabilidad poco flexible.

¹⁵ Costa, Pietro. «*La storia della cittadinanza e la Costituzione Europea*» (di Gianluca Sacco), Rivista Online, Scuola superiore dell'economia e delle finanze ANNO IV - Numero - Ottobre-Dicembre. Disponible: <http://www.rivista.ssef.it/site.php?page=stampa&idpagestampa=20050505122947606&edition=2007-06-01>

IV. REFERENCIAS DE CONSULTA

- ARISTÓTELES, *La Política*, Traducción Patricio de Azcárate, Disponible en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- La Ética de Aristóteles*, Traducida del griego y analizada por Pedro Simón Abril, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 1999.
- BOBBIO, Norberto., *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una Teoría General de la Política*, 5ta. reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- El poder y el Derecho*. Origen y Fundamento del Poder Político, Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, Grijalbo, México, 1984.
- BOTERO BERNAL, Andrés. *Aproximación al Pensar filosófico de Habermas*, Revista Telemática e Filosofía del Derecho, no. 5, 2001/2002. Disponible: <http://www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero5/2-5.pdf>
- COSTA, Pietro. *“La storia della cittadinanza e la Costituzione Europea”* (di Gianluca Sacco), Rivista Online, Scuola superiore dell’economia e delle finanze ANNO IV-Numero-Ottobre-Dicembre. Disponible: <http://www.rivista.ssef.it/site.php?page=stampa&idpagestampa=20050505122947606&edition=2007-06-01>
- GARRETÓN, M. *La transformación de la acción colectiva en América Latina*, en Revista de la CEPAL No. 76, Chile, abril 2002.
- GRZYBOWSKI, Cándido. *Democracia, sociedad civil y política en América Latina: notas para un debate en La democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Ed. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Buenos Aires, 2004.
- Manual de Participación e Incidencia Para Organizaciones de la Sociedad Civil. Foro del Sector Social, Federación de Asociaciones Civiles y Fundaciones, Temas, Buenos Aires, 2004.
- MARKOFF, John. *La Problemática Historia de la Ciudadanía Democrática*. Disponible: <http://hc.rediris.es/06/articulos/html/Numero06.html?id=04>
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. *De Cómo el Hombre devino Ciudadano y de lo que en la Ciudad le aconteció (la Ciudadanía de Pietro Costa)*. Disponible: <http://hc.rediris.es/08/articulos/pdf/17.pdf>
- Vista: 30 de noviembre de 2007.
- MEJÍA QUINTANA, Óscar (coord.). *Posestructuralismo en la Filosofía Política Francesa Contemporánea*, ED. Universidad Nacional de Colombia, Colección Sede Bogotá, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Ed. Trotta, 5ª edición 2008.
- Tres Modelos de Democracia: Sobre el Concepto de una Política Deliberativa*, Conferencia Pronunciada en el Departamento de Filosofía de la Universitat de Valencia, (16 Octubre 1991). Disponible: <http://www.alcoberro.info/V1/habermas7.htm>

- H. SABINE, George. *Historia de la Teoría Política*, ED. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- HERNÁNDEZ MEDINA, Yaneth. *Nuevas formas de participación ciudadana*, en la Revista del Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República "Belisario Domínguez", México, 2007.
- HINDESS, Barry. *Los Fines de la Ciudadanía*. Conferencia impartida en Australian National University, March 12, 2003. Disponible: <http://csociales.uchile.cl/publicaciones/moebio/16/mallorquin.htm>
Vista: 26 de noviembre de 2007
- IBARRA PALAFOX, Francisco, *Multiculturalismo y Estado de Bienestar en Latinoamérica artículo en Derechos de las Minorías y Estado de Bienestar*, Ed. Unam-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.
- ORDÓÑEZ, Jaime. *Los derechos fundamentales como referente del paradigma de ciudadanía civil y de la definición de la frontera de exclusión social*. Biblioteca Digital de Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Disponible en: http://www.flacso.or.cr/fileadmin/user_upload/biblioteca_digital/CURSO_VIRTUAL/CP_Exc_Social_01.pdf#page=89
- PECES BARBA, Gregorio. *Reflexiones sobre la ciudadanía moderna*. Disponible en: <http://www.racmyp.es/noticias/2007/2007-10-23%20-%20Gregorio%20Peces-Barba.pdf>
Vista: 10 de octubre de 2007.
- ROLLA, GIANCARLO. *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*, Biblioteca Virtual de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002, Serie de Ensayos No.7, Estudio Introductorio por Miguel Carbonell.
- ZAPATA-BARRERO, Ricard. *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: Hacia un nuevo contrato social*, ED. Anthropos, Barcelona, 2001.

EL DISCURSO COMO IDEOLOGÍA INCLUSIVA-EXCLUSIVA EN EL ESTADO POSMODERNO

Lizbeth Xóchitl PADILLA SANABRIA¹ *

SUMARIO: I. Nota introductoria. II. La interpretación del mundo de lo concreto. III. La redeterminación de las categorías de la validez del discurso en la realidad social. IV. Conclusiones. V. Referencias de Consulta.

I. NOTA INTRODUCTORIA

El mundo de lo concreto es el que es y está ahí; es la realidad sin explicación alguna y es en donde se encuentra la verdadera naturaleza de todas las cosas, incluyendo a la sociedad. Son todas aquellas cosas que son en sí, sin importar para qué sean utilizadas.

La interpretación del mundo de lo concreto se realiza de diversas formas y conforme a las relaciones de poder existentes en determinado momento histórico y mediante las herramientas que conducen a la dominación. Con el lenguaje escrito, verbal y mímico se crean categorías que se insertan en todos los objetos, en las formas y modos existentes del mundo de lo concreto para darles sentido de prohibición y permisión.

No es suficiente analizar los actos permitidos y prohibidos en las relaciones de poder para interpretar el mundo en que se vive; se deben vislumbrar los sentimientos representados, los pensamientos, los deseos que pudieran ser experimentados por los individuos a efecto de explicar su actuar dentro del contexto social.

Para una mejor concepción, abordaremos las categorías primordiales para interpretar al mundo de lo concreto.

¹ Candidata a Doctora en Derecho por la UNAM, FES-Acatlán.

II. LA INTERPRETACIÓN DEL MUNDO DE LO CONCRETO

a. El Lenguaje

El sentido del lenguaje es un elemento esencial para que el discurso sea interpretado de cierta forma en el mundo de lo concreto; no es necesario que sea comprensible ni verdadero para los receptores, únicamente requiere de cierta lógica que les permita realizar las actividades propias de supervivencia que desarrollan en sus roles sociales.

Los argumentos en una acción comunicativa², de un modo de producción de poder-dominación como el Neoliberal, las pretensiones del hablar y la rectitud del hablante, no son elementos importantes ni reflexivos; toda vez que el grado de verdad es un paradigma, construido como realidad subjetiva y objetiva con base en las relaciones de poder.

“El investigador de campo, el antropólogo cultural, se sitúan por así decirlo sobre las espaldas del actor y ven la acción de este modo como elemento de un proceso circular en que el actor ya no aparece como iniciador, sino como producto de tradiciones en la que está, de grupos solidarios a los que pertenece, de procesos de socialización y aprendizaje a los que está sometido”.³

Causa-efecto y solución, son las categorías principales por las cuales al individuo le es interpretado el mundo de lo concreto para convertirlo en mundo del lenguaje; así éste actúa con la creencia de que procede por sí y para sí, considerando su actuar como lo universalmente válido, siendo objetivado por conductas que se deben adecuar a dogmas.

“Nosotros, seres humanos, acontecemos en el lenguaje y acontecemos en éste como el tipo de sistema viviente que somos. No tenemos ninguna posibilidad de referirnos a nosotros mismos o a cualquier cosa fuera del lenguaje. Aun para referirnos a nosotros mismos como entidades no lenguajeantes debemos estar en el lenguaje”.⁴

² Por acción comunicativa entiende Habermas la acción social en que los planes de acción de los distintos agentes quedan coordinados a través de acciones del habla en que los hablantes pretenden “inteligibilidad” para lo que se dice, “verdad” para el contenido de lo que dicen o para la presuposiciones de existencia de lo que dicen cuando la acción del habla no es un acto de aserción; “rectitud” para sus acciones del habla en relación con el contexto normativo vigente e, indirectamente, para ese contexto normativo, y “veracidad” para sus actos del habla con expresión de lo que piensan. HABERMAS, J. 1987. *Teoría de la acción comunicativa* I. Madrid, Taurus, p. 22.

³ Habermas, J. 1983. *Pensamiento postmetafísico*. Cambridge, Taurus, pp. 98-100.

⁴ Maturana, H. 2005. *La objetividad: un argumento para obligar*. JC. Sáez, Editor, p. 48.

El lenguaje implica aprendizaje, mediante el cual el individuo se va modificando y adquiriendo ciertas habilidades y actitudes que exige el discurso social donde interactúa, lo que facilita su control y el de los demás; por ejemplo, la moralidad cristiana actual prescribe a la renuncia de sí mismo como principio de salvación, paralelamente al respeto de la ley externa como fundamento de una moralidad social que busca reglas de conducta aceptables en las relaciones con los demás.

La creación de conceptos forman un discurso, el cual debe legitimizarse formando un sistema ideológico social que se auto reproduce y hace posible la homogeneización de los individuos, convirtiéndolos en cuerpos dóciles⁵ mediante estrategias universales para obtener “seguridad social”.

El individuo memoriza lo que ha escuchado, convirtiendo determinadas afirmaciones en reglas de conducta. Lo anterior lo inmiscuye en pensamientos que no considera como la pérdida del yo; sino como una circunspección progresiva del yo, o dominio de sí mismo, obtenido no a través de la renuncia a la realidad, sino a través de la adquisición y de la asimilación de la verdad. Ello será el acceso a la realidad del mundo del lenguaje.

Así, el lenguaje constituye un discurso que forma una verdad como base de una relación de fuerza entre individuos que no es ajena a una relación de fuerza. La verdad del sujeto que habla se realiza desde determinada perspectiva que se despliega desde una posición de lucha para obtener los resultados deseados.

El lenguaje es un eficaz instrumento del ejercicio del poder, el cual se concretiza en ideología, para que se reproduzca el ejercicio del poder, buscando el consenso de las mayorías a efecto de homogeneizar a los individuos y orientar la vida social que imprime el dominante. El consenso se obtiene mediante la creación de discursos de “protección social”, de lo considerado como normal, moral y de miedo, que son los ejes principales de las técnicas constitutivas del ejercicio del poder.

“... es el discurso que no sólo se organiza en torno del campo de la perversidad, sino también del problema del peligro social: vale decir que será igualmente el discurso del miedo, un discurso cuya función será detectar el peligro y oponerse a él. Se trata de un discurso del miedo y un discurso de la moralización, un discurso infantil, cuya organización epistemológica, íntegramente gobernada por el miedo y la moralización, no puede sino ser irrisoria con respecto a la locura”.⁶

⁵ Concepto utilizado por Michel Foucault, cuando explica las técnicas de poder-dominación desde su perspectiva.

⁶ Habermas, J. *Teoría de la acción comunicativa I*. p. 43.

Foucault, desarrolló una teoría del discurso, que consiste en el análisis del lenguaje del poder y que utilizó para problematizar instituciones como hospitales, manicomios, prisiones y escuelas. Su análisis no se centra únicamente en el aparato coercitivo y en su funcionamiento, sino en los discursos, es decir, el lenguaje de las disciplinas que definen qué es un ser humano “apto” o “no apto” para estar inmerso en la sociedad.

Se trata de los lenguajes de la burocracia, administración, medicina o psicoanálisis; en definitiva, los lenguajes del poder, los cuales son normativos, ya que éstos definen y disponen la exclusión del individuo de la sociedad y de determinar las condiciones de su admisión en ella: capacidad jurídica, conciencia moral, formación, disciplina, planteando el binomio de lenguaje y poder, y denomina discurso a estos sistemas de dominación con límites y competencias perfectamente definidos.

b. La comunicación

Las comunicaciones que explican al mundo de lo concreto para convertirlo en el mundo del lenguaje son seleccionadas con base en la información debida que les sirva para dar sentido al discurso o aquello que se incluye como contenido comunicativo.

La selección de las comunicaciones, indudablemente debe estar formada, de “una razón” que le permita participar del contenido informativo. Es ahí donde el discurso, obtendrá las operaciones necesarias para lograr sus fines de inclusión o exclusión.

El sistema social únicamente reproduce las comunicaciones en él existentes, las cuales son el producto de una conciencia particular de la realidad, entendiendo a ésta como el contenido de interpretaciones del mundo de lo concreto por quien tiene poder para ello, buscando su perpetuidad.

Las comunicaciones del sistema ideologizan al individuo para que éste actúe conforme lo indica el poder, desde su forma de vestirse, pensar y sentir hasta su forma de comportarse consigo mismo y con los demás, convirtiéndolo en un instrumento de su auto-reproducción.⁷

⁷ En cuanto a que la Sociedad responde a la criminalidad patológica con base en el polo expiatorio, respondiendo al “peligroso social” para su enjuiciamiento y reclusión. Foucault, M. 2000 *Los anormales*. Fondo de Cultura Económica. México, paráfrasis, p. 41.

“Por eso, los sistemas ideológicos tienen tanto éxito, por que construyen un mundo del lenguaje, que le determinan a los individuos los parámetros dentro de los cuales deben aprender y comportarse, identificándoles su valor propio, mediante la diferenciación y estigmatización de lo otro, que a su vez se construye con características de lo maléfico y que debe ser evitado. Así, los sujetos aprenden el reducido mundo de lo que consideran bueno y se les enseña a distinguir, por exclusión, el peligro, el universo de lo malo”.⁸

c. El discurso de la verdad

La verdad es un elemento que establece una realidad discursiva con fines políticos. Existe una relación estrecha entre los discursos de verdad y el funcionamiento del poder. Foucault indica que el conocimiento es una invención y no tiene origen.⁹

El paradigma de verdad se concretiza en creencias, las cuales se objetivizan en un discurso obligatorio que reclama un derecho, con el fin de proteger y reproducir el modo de producción imperante. Por tanto, la verdad tratará de ser dicha y buscada como un arma dentro de determinada relación de fuerza, sancionando el cambio de sentido a aquello que es considerado como verdadero.

“No se trata de un cambio de contenidos (refutación de antiguos errores, puesta al día de nuevas verdades), ni tampoco de una alteración de la forma teórica (renovación del paradigma, modificación de los recursos sistemáticos), lo que está en cuestión es lo que rige los enunciados y el modo en que se entrelazan unos y otros para constituir un conjunto de proposiciones aceptables científicamente y susceptibles de ser verificadas e invalidadas por procedimientos científicos”.¹⁰

La creación de paradigmas impone una visión de la realidad aceptada por la mayoría de los individuos que conforman una sociedad, en donde las estructuras contenidas en ellos se convierte en verdad, de tal forma que el individuo debe llevar a cabo su vida con base en esas verdades, pues de lo contrario, se considerará que no actúa de manera normal.

⁸ Sánchez, S. 2005. *Sistemas ideológicos y control social*. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 17.

⁹ Foucault, M. 2005 *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Gedisa, Barcelona, España. p. 22.

¹⁰ Foucault, M. 2004. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Alianza/Materiales. España. p. 147.

El actuar de determinada forma, de acuerdo a cierto conductivismo, explica y predice la conducta de acuerdo a determinados aprendizajes del sujeto que conforman su identidad individual y colectiva. Gran parte de las conductas existentes en la sociedad son aprendidas y en numerosas ocasiones se aprenden por condicionamiento, es decir, con base en resultados positivos o negativos; siendo lo anterior el resultado del anticipar dichas consecuencias que moldean la forma del comportamiento. El dominar o ser dominado se basa en una verdad que es considerada como la voluntad de cada individuo en relación con otras voluntades para actuar en la forma en que se ha prescrito.

Por ello, el individuo acepta el castigo como merecido y la represión como la consecuencia verdadera y justa del actuar distinto a lo que se le prescribe. Esa aceptación es incuestionable por el cerebro influyendo sobre el propio cuerpo y el de los demás para comportarse homogeneizadamente: el verdugo debe actuar como tal, el padre debe reprender a su hijo, el culpable es merecedor de la inyección letal.

El ser humano no es un organismo predestinado desde su nacimiento, no tiene una personalidad innata, sino que a lo largo de su experiencia vital va aprendiendo una forma de ser, actuar, pensar, y todo ello va a ser consecuencia, entre otras cosas, de los refuerzos positivos y negativos que recibe, de los castigos, de lo que observa en los demás y de lo que le es construido por una conciencia particular de la realidad.

Las verdades contenidas en la interpretación del mundo de lo concreto se convierten en una conciencia particular de la realidad, en la cual el sujeto no cuenta con los aditamentos mínimos para el desarrollo de su propia conciencia, pues el mundo se le ha dado por quien se encuentra legitimado y legalizado para ello.

El mundo de lo concreto se convierte en un mundo de verdades absolutas que son creadas mediante el lenguaje. El lenguaje tiene como función objetivizar ideologías y dar sentido a las comunicaciones existentes dentro del sistema social, concretando técnicas del ejercicio del poder.

El ejercicio del poder interroga, indaga, registra y obliga a encontrar la verdad para su institucionalización. La verdad es la ley, somete, produce el discurso, juzga, castiga, obliga a determinados deberes e incluso puede destinar a los individuos a cierto modo de vivir o morir.

Bajo esta tesitura, diremos que la verdad es el resultado de una relación arbitraria entre el conocimiento, las cosas a conocer, y la interpretación de las mismas, de acuerdo a las necesidades del ejercicio del poder y su determinada violencia para perpetuarlo.

d. La normatividad que rige lo "normal"

La norma-ideología es un instrumento eficaz para la reproducción del ejercicio del poder, pues ella decidirá cuáles son las categorías exactas en las que a un individuo o grupo social se le considere peligroso y por tanto, deba ser recluido o estigmatizado.

Las categorías principales del sistema social imperante, se convertirán en sus únicas operaciones, creando conceptos subalternos que permitan excluir todo aquello que no le sea funcional al ejercicio del poder, tales como: "peligroso social", "enfermo social", "delito", "perversidad", "pereza" y "pobreza".

Lo Normal y lo Anormal se ha convertido en la polaridad común de la interacción social, marcando una fase de incertidumbre legal y social; en donde "la verdad" se encuentra en manos de quienes distribuyen a los locos y a los normales¹¹ por los problemas y "soluciones" en nombre de la norma jurídica para el ejercicio del poder, conformando todo un conjunto de instituciones de control, toda una serie de mecanismos de vigilancia y de distribución, tales como el encierro, excluyendo al individuo del mundo social.

El derecho, así aplicado, se justifica por la necesidad de corregir, de mejorar, de conducir al arrepentimiento y de producir el retorno de los «buenos sentimientos».

Con la etiqueta de «anormal», se han dado elaboraciones teóricas para el delito y el delincuente, pero con efectos duramente reales para justificar la exclusión.

"La nueva economía del poder de castigar se formula en una nueva teoría del castigo y de la criminalidad, donde vemos aparecer por primera vez la cuestión de la naturaleza eventualmente patológica de la criminalidad".¹²

Por ello, el ejercicio del poder atraviesa desde su psique a los individuos como una línea transversal, transformando el mundo de lo concreto existente, en una construcción particular de la realidad objetivizada en tecnologías que lo disciplinan y lo adiestran. El arte del cuerpo crea a un individuo obediente y útil, sometido y disciplinado; Foucault los llamó "cuerpos dóciles", los cuales se conforman a través de tres operaciones:

¹¹ Los médicos, psicólogos, psiquiatras, jueces, legisladores y, por ende, cualquier funcionario público que ejerza su poder.

¹² Foucault, Michel, *Los anormales*, Op.citp. p. 91

1. La vigilancia continua y personalizada.
2. Los mecanismos de control de castigos y recompensas.
3. La corrección, como forma de modificación de transformación de acuerdo a la norma-ideología.

Lo anterior tiene como fin común el vincular a los individuos a un aparato de homogeneidad y normalidad social, para ligar a los sujetos al modo de producción, formación o corrección de los productores que habrá de garantizarlo y a sus ejecutores en función de una determinada norma y un efecto común, si no se cumple, que es la exclusión del individuo.

Lo “normal” debe ser controlado mediante la vigilancia continua de los aprendizajes, los trabajos, la expiación de culpas, la actualización de locuras; es decir, se debe ejercer el poder sobre los cuerpos con la finalidad de construirles saber.

La construcción del saber para la formación “normal” de los cuerpos y su disciplina, requiere una constante observación, mediante la creación de las llamadas “ciencias”, tales como psiquiatría, psicología, derecho y sociología.

Por tanto, el derecho, así como todos los mecanismos que tienen coadyuvancia con él, son un instrumento autopoietico perfecto del ejercicio del poder; lo cual significa que es muy simple excluir la disidencia como lo “anormal” y obligar a los disidentes “anormales” como “normales” cuando se prefiere escapar a un poder judicial represor.

e) La ideologización para la Disciplina

La disciplina aumenta la fuerza del cuerpo en cuanto a su utilidad y la disminuye en términos políticos de obediencia, por lo que el sujeto depende estrictamente del ejercicio del poder y del sistema de vigilancia que impera en su correlación social. Lo anterior, permite en la sociedad: clasificar, ubicar, vigilar y castigar; para producir individuos, siendo esta producción individualizante un método de dominación.

Un concepto primordial del ejercicio del poder es el individuo indisciplinado; pues nace como un personaje patologizado y moralmente devaluado, puesto que obtuvo el deseo de los sectores populares de delinquir. Se crea esa verdad como sistema ideológico social amenazante de la “seguridad ontológica” colectiva.

De esta forma se obtiene la confianza de los individuos hacia las instituciones sociales que le garantizan su permanencia como “sujetos libres”, disfrazan-

do la contingencia de la libertad, en donde la condición humana es paradójica, pues es el punto en donde radica la diferenciación que hacen las categorías del poder para su reproducción y su actividad recursiva.

El funcionamiento de la “sociedad disciplinaria” da constante resultado a través, del estudio de las cárceles y del criminal. Esas instituciones van dirigidas hacia los que resisten y adquieren la etiqueta de loco, enfermo, criminal o cualquier otra forma que estereotipe a alguien como “peligroso social”. Desde esa perspectiva se puede comprender el funcionamiento de lo social, analizar la supuesta “normalidad”, concluyendo que ha habido, inmediatamente, una tecnología charlatana del castigo y la prisión.¹³

“La disciplina” del individuo es de vital importancia para el ejercicio del poder, en virtud de que se trata de un instrumento de control de la sociedad que penetra en ella hasta los espacios más recónditos de la psique humana. Los discursos que operan mediante el control social, la vigilancia y con ello la estructura del rendimiento eficaz de los individuos, justifican su utilidad para la reproducción del poder mediante la creación de supuestas capacidades individuales y colectivas, creando roles. Las tecnologías individuales del poder, escrutan dentro de la psique y del comportamiento de los individuos con el fin de homogeneizarlos para producir cuerpos dóciles y fragmentados.

Lo anterior es la muestra exacta de que el poder subsume al individuo al grado de la aceptación, lo aleja de sí mismo, le roba su aparato crítico, le impide analizar cualquier situación. El poder evita que el sujeto se pertenezca y reconozca a sí mismo, por ello rechaza la resistencia individual o social.

El poder opera sobre el cuerpo-psyque de forma tan sutil, que es inevitable que los sujetos se percaten de ello en la repetición de conductas y pensamientos. El poder disciplinario posmoderno centra su atención en el castigo silencioso, que opera con la finalidad de producir cuerpos domesticados capaces de actuar conforme la tecnología del poder lo requiera.

Las disciplinas son creadoras de aparatos de saber y de conocimientos, no son lo mismo que el derecho, sino que su punto principal es la “normalización” de los individuos.

La disciplina es una técnica que buscará obtener un control corporal que vigile, estigmatice, clasifique y castigue el cuerpo de los individuos para convertirlos en cuerpos dóciles para su fácil y eficaz dominación.

¹³ Foucault, M. 2003. *Vigilar y Castigar*. México, Siglo XXI Editores. p. 236

f) La realidad construida

La realidad es una construcción que se basa en determinados “fundamentos” que buscan la cohesión social; mediante certidumbres de seguridad individual, familiar, legal, social; todas esas categorías construidas por el ejercicio del poder.

El consentimiento espontáneo de las mayorías es el resultado de un eficaz ejercicio del poder, en donde éste logra atravesar a cada uno de los individuos, maniatándolos a comportarse y ser en la forma que le sirve para auto reproducirse.

Así el individuo, al perder conciencia de sí y actuando por otro, se convierte en su propio verdugo, enjuiciando a los demás y ayudando a romper la conciencia de los demás al no reconocerlos. De esta forma el que se resiste para lograr la conciencia de lo posible es eliminado por otro alienado y con anormalidades de tipo psicológico más acentuadas que los que va a “justiciar”.

“Un individuo puede sentirse culpable por el encarcelamiento de un semejante, y por ello, puede llegar a castigarlo, por considerarlo responsable de su desagradable estado. Cuando el prisionero cae en un estado de angustia, el sentimiento de culpa del guardia se exagera y también su agresividad; por ello puede tender a la nulificación de la víctima”.¹⁴

La realidad es construida con base en categorías tales como “monstruos”, “incorregibles” “masturbadores”, “enfermos bio-psicosociales”, entre otros; lo que segrega un gran número de individuos a los que no se les reconoce la mínima cualidad de humano y los que tienden a ser “delincuentes” por su calidad de “anormal”, en virtud de lo cual, merecen ser destituidos de la sociedad, privarles de su libertad en condiciones infrahumanas, o negarles los derechos a que es acreedor un individuo “normal”. Ello permite controlar a los demás miembros de la sociedad, los que realizarán cualquier tipo de conducta, positiva o negativa, para encajar en la realidad normal.

“Hermafrodita de Rouen: Marie Lemarcis, quien en ese momento se hacia llamar Marin Lemarcis, se presenta ante el tribunal y los primeros jueces encargan una pericia médica a dos médicos, un boticario y dos cirujanos, quienes no encuentran ningún signo de virilidad. Marie Lemarcis es condenada a la horca, a la hoguera y sus

¹⁴ Sánchez, S. 2000. *Derechos Humanos, Seguridad Pública y Seguridad Nacional*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, p. 138

cenizas al viento. En cuanto a su mujer (en fin, la mujer que vivía con él o con ella), la condenan a presenciar el suplicio de su marido... en apelación logran cambiar la condena porque pone en libertad al hermafrodita, se le impuso simplemente el uso de vestimenta femenina y se le prohíbe vivir con ninguna otra persona de uno u otro sexo; por consiguiente la prohibición de toda relación sexual, pero ninguna condena debido al hermafroditismo, a su naturaleza, ni tampoco por el hecho de haber vivido con una mujer aunque su sexo dominante, al parecer haya sido el femenino".¹⁵

g) El ejercicio del poder

El complejo sistema de instituciones socioculturales que regula la vida cotidiana de la gente y el accionar de la organización social, están condicionados por las necesidades de control y dominación. Por ello, el mundo del lenguaje es seleccionado estratégicamente, logrando el consenso de las mayorías sutilmente, sin necesidad de aplicar la violencia material. El poder no se detenta, se ejerce.

El ejercicio del poder radica en la violencia que en potencia encierra el castigo de determinadas conductas que amenazan a la auto reproducción del mismo. El castigo no solamente es considerado físico, sino que es más efectivo el psicológico como medio controlador.

En Foucault, el discurso sobre el poder es un reflejo absoluto sobre una noción apolítica de éste, pero que sí tendrá al final de su recorrido una repercusión política en lo social, pues el ejercicio del poder permitirá que exista en la sociedad un estado permanente de guerra y la política es su eficacia. Es ilusorio el ejercicio del poder en la actividad política, puesto que ésta no es más que el terror ciudadano de la guerra continuada.

El poder no es sino una relación de fuerzas, una **situación estratégica** en una sociedad determinada. Por lo tanto, este concepto, al ser relación, está en todas partes; el sujeto está atravesado por relaciones de poder, no puede ser considerado un ente independiente de ellas, pues es el objeto mismo de lo que se considera saber. El poder, no sólo reprime, sino que también produce efectos de verdad, de saber, es un paradigma actual.

El poder se genera desde la relación social como un linaje y como una topografía, ya que actúa en cada lugar y sobre los miembros de la sociedad en sus más pequeñas existencias, en lo micro y lo macro. Es decir, su discurso se da en los campos políticos o de cualquier otra índole, ya que la noción de poder,

¹⁵ Foucault, Michel, *Los anormales*. Op. cit., p.75.

abarca desde los cimientos e implica un acto de apropiación de lo que se pueda considerar verdad o totalidad.

El poder es controlador, y para lograr el fin de su subsistencia, debe vigilar al individuo desde su psique, para que éste se comporte como el poder le indica, adecuando su conducta a las prescripciones necesarias para que se auto produzca.

De esta forma, el individuo no puede comportarse distinto de lo prescrito, puesto que contravendría sus hábitos, sus costumbres y su propia realidad construida por otros; debe formar parte de la inclusión en la conciencia particular de la realidad, que el mismo poder ha creado y le ha hecho saber y sentir como “**verdad**”. Excluirse equivaldría a violentar las categorías impuestas como obligatorias dentro del propio sistema cerrado, el cual se reproduce reforzando sus reglas.

El poder es un fenómeno immanente y desvinculable de toda sociedad. Llevar al poder hasta sus últimas consecuencias lo obligar a ser «sí mismo» y tener identidad “por sí”, por ello es preciso su desenmascaramiento. Sin embargo, ello no puede lograrse sin la construcción de la autoconciencia en cada individuo para volverlo sí mismo, por sí mismo y para sí mismo. Esto es lo que le da identidad frente a cualquier otro. Para ello se debe desarrollar la tecnología del yo, la salud del cuerpo y la superación individual. Esto constituye personas capaces de enfrentarse y resistir esa otra autoconciencia llamada poder.

Así, el poder actúa sobre la existencia del hombre, ya que es necesario y está presente en cualquier manifestación humana: en el trabajo, en la ciencia, en la cultura, en el matrimonio, en el sexo, en la sexualidad, en el arte, en el discurso mismo; como lo indica Foucault las lecciones que yacen en ***El Orden del discurso***.¹⁶

“Todo está afectado por relaciones de poder. O también se afirma que todo puede ser definido como relaciones de poder y es desde una concepción descriptiva del poder desde donde se podrá organizar una sociedad”.

Indudablemente, los poderes crean mecanismos para imponer un determinado orden social con su correspondiente institucionalidad que le sirve para reproducirse y mantenerse. Por ello, es necesario pensar en una nueva doctrina económico-ideológica con la finalidad de encontrar relaciones sociales de producción que no sean un instrumento de colonización y explotación; sino una ideología del reconocimiento del otro.

¹⁶ Foucault, M. 1999. *El orden del discurso*. Editorial Marginales, Barcelona, p. 25.

En ***Vigilar y castigar***¹⁷ de Michel Foucault, el poder se desmenuza a partir de una ilustración histórica de la locura durante la Edad Media y de cómo es gestionada la cordura por parte de la clase dominante que construye mediante su propio discurso el “orden racional”, al institucionalizar la enfermedad a través de las instituciones de salud, creándose centros mentales y de segregación, para recluir gran parte de la población “afectada”, incluyendo indigentes y/o gente pobre, pues molestan al orden hegemónico imperante.

El poder constituye, atraviesa y produce a los sujetos, y éstos son incapaces de percatarse de tal situación, dada la inconciencia en que se encuentran inmersos. El poder como fuerza en relación a otras, es energía actuante que recorre el campo social de un punto a otro. No es una forma evidente, por ejemplo el Estado, sino que se expresa en toda relación; no sólo el represivo, sino que produce, incita, suscita; no se posee, se ejerce, sólo existe en el acto; es un ejercicio en donde los individuos son su instrumento preferido.

No interesa quién lo ejerce, sino cómo se ejerce, le interesa su forma de funcionamiento, el fin del poder: cómo lo ejerce el padre sobre el hijo, el capataz sobre el obrero; el médico sobre el paciente; el maestro sobre el alumno; el hombre sobre la mujer... El ejercicio del poder no será más que la capacidad de aceptar en nosotros este conjunto de acciones, derivadas de uno para influir sobre las acciones de los otros.

Si el poder es una relación de fuerza, ella puede ser observada desde una doble dimensión: su capacidad de afectar o bien de ser afectada. La capacidad de afectar lleva implícito el ejercicio del poder, en tanto que el ser afectado provoca la capacidad de resistencia.

En el poder pastoral, la construcción de la subjetividad no es un proceso libre ni espontáneo. Mediante la intervención de estructuras de socialización creadas desde el poder, se logra que el despliegue conductual del individuo se convierta en prolongación de esquemas impositivos, basados en la individualización misma, como los efectos de la confesión.

h) El Castigo, como construcción de la realidad

No es necesario un castigo corporal para dominar a los individuos, éstos se han transformado para una mayor eficacia: el castigo es psicológico. El castigo es una tecnología actual del ejercicio del poder cuya principal función es prevenir

¹⁷ Foucault, M-, *Vigilar y Castigar*. Op. cit.

la realización de conductas “nocivamente sociales”; y por tanto, al sujeto se le vinculará a un aparato de normalización de los hombres, cuyo objetivo principal será vincularlo al modo de producción actual. La solución de la reivindicación de la culpa son las prisiones.

La aflicción que causan las actuales prisiones, que son consideradas como el estandarte de las instituciones que promueven la seguridad de las sociedades, sirven para sodomizar a los individuos internos en ellas, así como a los que se encuentran fuera de las mismas, pues la duración de la estancia depende de la opinión de los “profesionales libres”. Las Instituciones totales son instrumentos controladores de la psique social creando inseguridad a través del miedo.

La pena privativa de la libertad, es una herramienta eficaz para la formación individual, la cual reprime e intimida la acción de resistencia de los individuos al ejercicio del poder represor, que día con día se vuelve más duro, convirtiendo a los individuos del conglomerado social en cuerpos dóciles de la violencia oficial.

La óptica de la vigilancia ejercita los sistemas de control de poder. Así se inicia el principio de la sospecha de todos “los enfermos”, con base en los discursos sobre ellos. *En consecuencia, en esa relación desigual se impone la “conciencia de lo real”¹⁸:*

“Que tenga el dominante, es decir, lo que la vencedora considere como verdad y realidad. Así existirá una sociedad jerarquizada que desarrollará un sistema de producción de dominio y explotación del otro, en donde existe una dominación por el poder, mediante la violencia y en donde se excluya todo aquello que no pertenezca a sus normas, considerando a esos excluidos como “enfermos biopsicosociales que rompen la belleza del concierto y la armonía sociales, es decir, los hombres delincuentes”.¹⁹

A través del análisis de las variadas formas de acceso de la palabra se pone de manifiesto la controvertida voluntad de verdad de los dominadores y de sus modelos sociales, cuya consolidación se da bajo la forma de sus instituciones.

Lo marginal es usado como forma de manifestar lo caduco de nuestros modelos culturales, políticos o vitales. Sin embargo, la autoconciencia, como producto

¹⁸ La conciencia de lo real es la relación determinada del yo con un objeto (Hegel) que comienza con el conocimiento aparente de los entes que constituyen el universo y que da al individuo la visión de una realidad, con criterio de verdad. En Augusto Sánchez: “Control Social en México DF.”, Acatlán, Naucalpan 1998, p. 23

¹⁹ Sánchez S. *Sistemas ideológicos y Control Social*. p. 51

de la superación del hombre, no empata con “la racionalidad institucionalizada” y ésta no puede soportarla; surge así la resistencia como toma de conciencia de un individuo y con ello de un grupo social, convirtiéndose en algo de sumo peligro para “lo establecido”.

Es por ello que los sujetos autoconscientes se vuelven el foco sobre el cual se dirigen los discursos de contención más variados: actividades de entretenimiento insustanciales, la moral controlada, la sexualidad simulada, la radicalización de las diferencias.

El sistema expande sus formas de control para dominar a la diferencia y a las alternativas. Por ello el Estado debe crear estrategias que renueven el mundo del lenguaje del individuo, mediante formas sutiles de dominación, de transformación lingüística del concepto que se tenga del mundo, para redomesticar y reincorporar a la ideología al individuo que duda.

ij) La resistencia

El surgimiento de la resistencia y la oposición, como metodología dialéctica de toda sociedad, es una capacidad prácticamente absoluta como fuerza homogeneizadora.

No importa el grado de control que tenga el poder, la resistencia surgirá inevitablemente y se manifestará con movimientos sociales, intelectuales o culturales, aunque, a pesar de ello, se sacrifique la libertad o la vida de los individuos que se resistan a él. Al respecto, el carácter relacional del poder, radica en la presencia de una “tensión constante” entre éste y la oposición, indicando que donde hay poder hay resistencia.

La dialéctica de los contrarios implica que si hay poder hay resistencia, como contraposición, como una multidimensionalidad que el hombre puede adoptar. Esa resistencia tiene grados y ellos pueden hacer cambiar el ejercicio del poder de igual forma, en niveles.

La respuesta de los sujetos al ejercicio del poder sobre sus cuerpos, sus afectos y afecciones, sobre sus actos y acciones, no es el reverso de las relaciones de poder, sino la parte constitutiva de las mismas. Donde hay ejercicio de la libertad, el poder debe crear mecanismos de autodefensa para sobrevivir y seguir manteniendo sus mecanismos de represión.

La resistencia se basa en un análisis de los actos permitidos y prohibidos, lo cual lleva a un sinnúmero de sentimientos representados: deseos, impulsos pensamientos, cambios, rencores.

“Esta especie de discurso contra el poder, este discurso mantenido por los prisioneros o por los llamados delincuentes, eso es lo que cuenta y no una teoría sobre la delincuencia. Meter a alguien en la prisión, mantenerlo en la prisión, privarle de alimento, de calor, impedirle salir, hacer el amor..., etc., ahí tenemos la manifestación de poder más delirante que uno pueda imaginar”.²⁰

Estos sentimientos representados construyen la conciencia de realidad que le es impuesta al individuo y que representa el mundo en que está inmerso, pero que debe superarla, buscando una conciencia de lo posible constituida por el conocimiento que está más allá del saber obligatorio. Es en ese salto dialéctico donde la resistencia tiene su inicio.

En un sistema de producción desigual, violento e injusto, contaminado por el irracional ejercicio del poder, siempre provoca su propia resistencia, y éste debe crear mecanismos nuevos para seguir reproduciéndose.

Sin embargo, la resistencia continúa ante tales mecanismos, evolucionando una y otra vez, de tal forma que, cuando el individuo se logre concientizar y concretar a la realidad social sus sentimientos, por lo que la resistencia se convierte en absoluta, ya que todo régimen o estructura de poder alcanza su límite, cuando los individuos le dan preferencia al riesgo de la muerte, sobre la certidumbre de tener que obedecer.

Las estrategias de resistencia obligan a la perturbación del orden establecido, provocando fisuras graves. La resistencia tiene su punto de partida y su fin, desde y en la diferencia de lo establecido.

En la asimetría de las diversas y variadas relaciones que se presentan en una sociedad, en sus conflictos y sus luchas, así como en sus cristalizaciones institucionales, **el poder es coextensivo al cuerpo social; no hay entre las mallas de su red playas de libertades elementales**²¹. Por lo tanto, no es posible estar fuera de ese espacio estratégico del poder:

Quienes padecen el ejercicio irracional del poder pueden a su vez actuar y de hecho actúan. Las resistencias mencionadas por Foucault no implican necesariamente su inserción en una estrategia global de resistencia, pero tampoco son actos meramente accidentales o simplemente aleatorios, ya que indica que allí adonde hay poder, hay resistencia.

El conocimiento de la realidad es condicionado por las palabras y formas utilizadas, es la creación de un discurso, en el cual, mediante el ejercicio del

²⁰ Foucault, M. *Un Diálogo sobre el Poder y otras conversaciones*. p. 27.

²¹ *Ibidem*, p. 82.

poder, se establece el campo perceptivo selectivo que normativiza lo que considera funcional y lo que es infuncional en el sistema, invadiendo a los sujetos de una conciencia de la realidad compuesta de enunciados no pensados por ellos y que lo instrumentalizan y reproducen.

II. LA REDETERMINACIÓN DE LAS CATEGORÍAS DE LA VALIDEZ DEL DISCURSO EN LA REALIDAD SOCIAL

“Jamás es posible asignar, en el orden del discurso, la irrupción de un acontecimiento verdadero: más allá de todo comienzo aparente hay siempre un origen secreto, tan secreto y tan originario, que no se le puede nunca captar del todo en sí mismo”.²²

En toda sociedad la producción del discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar sus poderes y peligros, emitir miedo, incluir y excluir, crear significantes y significados que otorguen “seguridad” psico-social a los individuos, con la finalidad de dominar el acontecimiento aleatorio, con todo y los riesgos que conlleva.

El discurso que justifica el ejercicio del poder consta de elementos prohibidos, es decir, no se puede decir todo y sólo algunos individuos están facultados para decir lo que sí se puede.

Lo prohibido puede justificar su velo con un elemento como lo es la locura, ya que el discurso de los locos no tiene la misma validez como el de aquéllos considerados como “lo normal facultado”. Lo “normal” se convierte en el discurso verdadero sobre el cual se tiene respeto, terror y es necesario someterse a él. Es el discurso pronunciado por quien tiene derecho, ya que decide lo que es justo, además de que atribuye a cada individuo su parte dentro del mismo. Profetiza el porvenir, anunciando lo que va a pasar, contribuyendo a su realización.

La verdad del discurso consiste en el resultado de la institucionalización, la cual crea poderes y saberes, forjándolos en “ciencias”, tales como derecho, educación y religión. Estos poderes y saberes se practican en la sociedad distribuyendo, repartiendo y atribuyendo roles mediante la presión y el poder de coacción, lo que le da al discurso la funcionalidad de una prodigiosa máquina destinada a excluir.

Los discursos mismos ejercen su propio control mediante cosas que han sido dichas una vez y que se conservan porque se sospecha que esconden algo

²² Foucault, Michel, *La arqueología del saber*, Siglo XXI, México 2007, pp. 39-40

como una riqueza, lo que permite decir otra cosa aparte del texto mismo, con la condición de que sea ese mismo texto el que se diga y el que se realice. Por lo que el discurso se repite una y otra vez, pues sólo puede interpretarse así mismo, mediante los elementos con que consta, cuyo resultado le traerá proposiciones justificadas de valoración científica.

El discurso debe contener elementos disciplinarios que permitan construir proposiciones “verdaderas” que se encuentren a disposición de quien quiera o de quien pueda servirse de él, sin que su sentido o su validez estén ligados a lo dice en su exterior. Por tanto, el horizonte teórico del discurso puede ser restringido y manipulado, en donde la verdad es la obediencia a reglas de una policía discursiva que se debe reactivar en cada uno de sus discursos. De esta forma, la disciplina se convierte en un principio de control de la producción de un discurso.

Así, el control de los discursos, de acuerdo a las condiciones de su utilización, impone a los individuos que los dicen, cierto número de reglas que pretenden no permitir el acceso de ellos a todos. Lo anterior se realiza mediante el enrarecimiento de los sujetos que hablan con base en la satisfacción de determinadas exigencias, convertidas en ritual, cuyo fin es su cualificación.

IV. CONCLUSIONES

El discurso inclusivo, desde siempre ha sido conceptualizado como la parte que impone y enfatiza el orden aceptado por la mayoría, es decir, con autoridad, o por quienes no teniendo autoridad, sí tienen el poder para imponer su concepto de orden en todo el sistema social.

Los grandes principios ideológicos prevalecientes son mitos socialmente provechosos para ocultar las verdaderas estrategias discursivas del ejercicio del poder. Por tanto, el castigo es la venganza política de la disidencia y de los críticos de la verdad.

Las normas jurídicas, instrumentos claves de un discurso inclusivo, son determinaciones ideológicas que vinculan y generan la experiencia humana con el derecho, la política y la economía, excluyendo a quienes no se enmarquen en sus parámetros. Por tanto el discurso crea una realidad, con una visión de verdad y totalidad, con base en la conciencia particular del dominante, construida y generalizada para todos, mediante un discurso de control que beneficia a sus intereses.

V. REFERENCIAS DE CONSULTA

- HABERMAS, Jurguen. 1987. *Teoría de la acción comunicativa I*, Madrid, Taurus.
- HABERMAS, Jurguen, 1983. *Pensamiento postmetafísico*, Cambridge, Taurus.
- FOUCAULT, Michel, 1996. *Genealogía del Racismo*, Altamira, Colección Caronte ensayos, México.
- FOUCAULT, Michel, 2000. *Los anormales*. Fondo de Cultura Económica, México.
- FOUCAULT, Michel, 2005. *Historia de la Sexualidad, Tomo I, La voluntad del saber*. Siglo XXI Editores, México.
- FOUCAULT, Michel. 2005. *Historia de la Sexualidad, Tomo II, El uso de los placeres*. Siglo XXI editores, México.
- FOUCAULT, Michel. 2004. *Un diálogo sobre el poder y otras Conversaciones*. Alianza/Materiales. España.
- FOUCAULT, Michel, 2003. *Vigilar y Castigar*, México. Siglo XXI Editores
- FOUCAULT Michel, 1999. *El orden del discurso*, Editorial Marginales, Barcelona.
- FOUCAULT, Michel, 1982. *Microfísica del Poder*. Ediciones Piqueta, Madrid.
- FOUCAULT, Michel, 1988. *El Poder Psiquiátrico*, Fondo de Cultura Económica, México,
- FOUCAULT, Michel, 1988. *El sujeto y el poder*. UNAM, México.
- FOUCAULT, Michel, 1996. *Tecnologías del Yo*. Editorial Paidós, México.
- FOUCAULT, Michel. 1984. *La verdad de las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, México
- SANCHEZ, Sandoval, Augusto, 2004. *La Política criminal transnacional posmoderna como terrorismo jurídico y de hecho de los Estados*. UNAM, Posgrado Derecho. México.
- SANCHEZ, Sandoval Augusto y Alicia González Vidaurri. 2002. *Criminología, Objetos y Métodos de Estudio*. Capítulo Criminológico, revista de las disciplinas del Control Social. Instituto de Criminología. "Dra. Lolita Aniyar de Castro. Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela.
- SANCHEZ, Sandoval Augusto, 2005. *Sistemas ideológicos y control social*. Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- SANCHEZ, Sandoval Augusto, 2000. *Derechos Humanos, Seguridad Pública y Seguridad Nacional*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.



LA ENSEÑANZA ACTIVA EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM

Hugo CARRASCO SOULÉ¹

... a mirar más allá de la frontera, y a regresar distintos... *Rafael ARGULLOL*

SUMARIO: 1. Nota introductoria. 2. El proceso enseñanza-aprendizaje. 3. El laboratorio de enseñanza práctica de la Facultad de Derecho. 3.1. La reproducción de la actividad contenciosa. 3.1.1. Los casos prácticos. 3.1.2. Los expedientes para la etapa impugnativa. 3.1.3. Expedientes para el amparo directo. 3.2. Conferencias sobre temas selectos de Derecho Procesal Civil. 3.3. Las prácticas profesionales. 3.4. Plantilla docente del laboratorio. 3.5. Método de evaluación en el laboratorio. 3.6. Página electrónica del LEPDER. 3.6.1. Expediente electrónico. 4. Conclusiones. 5. Referencias de consulta.

1. NOTA INTRODUCTORIA

El proceso de enseñanza-aprendizaje, es un tópico indiscutiblemente importante en todas las disciplinas. Es la manera de proporcionar a los alumnos los conocimientos básicos y necesarios que forman parte sustancial de su asignatura o materia, y al mismo encauzarlos con determinadas herramientas metodológicas y teóricas, hacia el objetivo principal del plan de estudios, es decir, que el alumno obtenga mediante el aprendizaje reflexivo, efectuado paralelamente con su profesor y enriquecido con la realización de múltiples y variadas prácticas construidas (por considerar el proceso de enseñanza-aprendizaje como una construcción) dentro de las aulas, el cual, avalará plenamente el ejercicio profesional de los alumnos.

¹ Profesor de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

2. EL PROCESO ENSEÑANZA-APRENDIZAJE

“Etimológicamente, el vocablo *enseñanza*, proviene del término *enseñar*, que a su vez deriva del latín *insignare*, que significa señalar; también quiere decir instruir, adoctrinar, amaestrar con reglas o preceptos; indicar, dar señas de una cosa. Se entiende por *enseñanza*, el sistema y método de dar instrucción”.¹

Tratándose de *enseñanza del Derecho*, el binomio perfecto es el *proceso enseñanza-aprendizaje*. Entre ambos existe una simbiosis indisoluble; al grado que uno no puede ser entendido sin el otro. Los elementos que conforman este proceso pueden clasificarse en dos tipos:

- a) Los de carácter subjetivo; y
- b) El de índole objetivo.

Dentro de los primeros encontramos, tradicionalmente, al maestro y al alumno;² y en la segunda categoría, se ubica el conocimiento jurídico,³ como objeto del proceso. Asimismo, se constituyen como pieza fundamental del proceso los métodos⁴ y técnicas de enseñanza.

Coincidimos con lo que Walter **Arellano**⁵ sostiene al indicar que el alumno:

“...está acostumbrado a ser un ente pasivo, que recibe la información que le proporciona el maestro, y en vez de ampliarla, reforzarla o cuestionarla, simplemente la memoriza, con lo que se convierte en un ente pasivo del proceso enseñanza-aprendizaje, y a virtud de ello se desaprovechan sus potencialidades. Asimismo, se constituyen como piezas fundamentales en el proceso, los métodos y técnicas pedagógicas empleadas para transmitir⁶ ese conocimiento”.

¹ Arellano Hobelsberg, Walter. *Metodología jurídica*. Editorial Porrúa. México, 2007. Pág. 323.

² Como destinatario de la enseñanza.

³ El conocimiento jurídico es una parte del conocimiento humano, consecuencia del complejo proceso intelectual y racional del hombre a través del cual se estudia y da explicación a la regulación formativa de la conducta del hombre y de los diversos fenómenos que acontece en una sociedad, en búsqueda del constante progreso y bienestar humano (**Arellano Hobelsberg**, Walter. *Metodología jurídica*. Op. Cit. Pág. 38).

⁴ El método comprendido como un procedimiento para tratar un conjunto de problemas, en este caso el aprendizaje del derecho requiere una metodología que encauce la problemática que se origina en la interacción maestro-alumno (Cfr. **Witker Velásquez**, Jorge; y **Larios Velasco**, Rogelio. *Metodología Jurídica*. Editorial McGrawHill. México, 2002. Pág. 236).

⁵ Arellano Hobelsberg, Walter. *Metodología jurídica*. Op. Cit. Pág. 325.

⁶ El docente y el alumno se encuentran habituados a que el primero le *transmita* al segundo los conocimientos que ha adquirido durante su ejercicio profesional, entendiendo el proceso como un “*simple*” traslado de información. No obstante lo anterior, estamos convencidos que el conocimiento no sólo se puede transmitir, sino que también se puede *construir*, propiciando que el aprendizaje del alumno sea mas duradero y significativo, pues el conocimiento así adquirido es producto de su reflexión.

También estamos convencidos: i. Que el rol del profesor en el proceso de enseñanza-aprendizaje debe transformarse de una postura autoritaria a la de un orientador dentro del proceso; ii. Que la cátedra magistral debe complementarse —que no sustituirse— con la aplicación en el aula de técnicas activas de enseñanza, para que el alumno abandone con naturalidad la pasividad en la que se encuentra imbuido durante la carrera; iii. Que el conocimiento que será adquirido⁷ por el alumno sea de carácter teórico y práctico; iv. Que la aplicación de técnicas activas de enseñanza conlleva la labor implícita, tanto para el profesor, como para el alumno, de preparar la *clase*; y v. Que en la formación de los alumnos no es suficiente, la adquisición de conocimientos, sino que se deben propiciar ambientes pedagógicos en donde desarrolle criterio jurídico y ensaye la aplicación de los conocimientos en equilibrio con los principios y valores de justicia, equidad.

“Una de las preocupaciones más notorias en la actividad académica, es que se enseñe el Derecho en sus facetas teórica y práctica, con la finalidad de permitir una preparación universitaria integral del estudiante”.⁸ Wilfred Carr⁹ pone de manifiesto la insatisfacción ante el modo convencional de establecer la distinción entre la teoría y la práctica educativas, y sostiene que es necesario tratarlas como campos mutuamente constituyentes y dialécticamente relacionados.

Por otro lado, coincidimos plenamente con lo expuesto por Elías García Rosas,¹⁰ quien sostiene que:

La educación entendida como proceso social que ha estado presente en todas las etapas de la humanidad, ha sido responsable de socializar al hombre, contribuyendo a formarle y desarrollarle hábitos, destrezas, conocimientos, valores y actitudes, que provocan que la sociedad en que vive se mantenga y transforme. En este sentido, se observa que históricamente la educación no sólo prepara al hombre para vivir el presente, sino que también lo hace previendo el futuro; sienta las bases para generar mejores condiciones para su propio desarrollo.

Tomando en consideración todo lo anterior, es que en el 2003 efectuamos un diagnóstico sobre la interacción teoría-práctica que el alumno recibe durante la

⁷ Ya sea por transmisión, ya sea por construcción propia.

⁸ Arellano Hobelsberg, Walter. *Metodología jurídica*. Op. Cit. Pág. 327.

⁹ CARR, Wilfred. *Una teoría para la educación. Hacia una investigación educativa crítica*. Editorial Morata. Madrid, 1996. 75.

¹⁰ García Rosas, Elías. *Formación de recursos humanos para la docencia e investigación jurídica, estudio de caso*. Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C. V. México, 2005. Pág. 2.

carrera y, de éste, se obtuvo que en la formación del alumno no se percibe de manera tangible la asociación entre la teoría y la *praxis*; situación que limita en su momento el desarrollo de la actividad profesional de nuestros alumnos. Por lo tanto, la Facultad decidió impulsar los programas cuya finalidad primordial fuera la incorporación de técnicas activas al sistema de enseñanza del Derecho.

3. EL LABORATORIO DE ENSEÑANZA PRÁCTICA DE LA FACULTAD DE DERECHO

En 2004 se inició con el primer esfuerzo: El desarrollo del proyecto denominado *Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho*, dentro del *Programa de Apoyo a Proyectos Institucionales para el Mejoramiento de la Enseñanza* —conocido como PAPIME—; proyecto que tiene como motores de impulso, las técnicas activas de enseñanza, y como principal directriz la idea de Ibor LÓPEZ consistente en *que la universidad debe enseñar a pensar y repensar. Esto por encima de todo*.

El *Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho*, como proyecto inscrito en el PAPIME, propuso en su momento un aspecto original e innovador en la enseñanza del Derecho dentro de las áreas de Derecho Civil y de Derecho Procesal Civil, ya que de manera institucional se pone a disposición de los alumnos que participan en nuestras aulas, tanto la infraestructura necesaria y el personal docente especializado, como los programas y cursos académicos para que cuenten con todos los elementos teórico-prácticos para sustanciar controversias civiles.

Con la aplicación del método de enseñanza propuesto por el laboratorio, se pretende reducir el margen de separación entre los aspectos teóricos y prácticos que deben manejar los actuales profesionistas, consiguiendo con ello una mejor preparación profesional de los alumnos para que de nuestra Universidad —la número uno en Iberoamérica egresen los mejores abogados postulantes de México.

Para el desarrollo del proyecto se siguieron las siguientes líneas de trabajo:

- a) Impactar significativamente en el mejoramiento de la enseñanza.
- b) Aprovechar la calidad y experiencia académica del grupo académico que participó en el proyecto para reproducir la actividad jurisdiccional.
- c) Explotar la originalidad, calidad, viabilidad y coherencia interna del protocolo del proyecto.

d) Formar un equipo docente que contara con la experiencia adecuada en litigio, tanto en el ámbito de la función jurisdiccional, como desde la perspectiva del abogado postulante.

La concepción del proyecto del *Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho* surgió ante diversos cuestionamientos que se tenían sobre los métodos seguidos para lograr la *enseñanza del Derecho*; inquietudes que se pueden condensar en la siguiente idea que Miguel **Carbonell** plasmó en su libro intitulado *La Enseñanza del Derecho*:

“¿Qué es lo que se puede esperar de la enseñanza del Derecho en México?, ¿En qué contexto deben transmitirse los conocimientos jurídicos?, ¿cuáles son los factores internos y externos que condicionan la docencia y la investigación en materia jurídica?, ¿Cuáles son los nuevos retos a los que, desde el punto de vista de la pedagogía universitaria, nos vamos a enfrentar en un futuro próximo (o a los que nos estamos enfrentando ya, incluso sin saberlo)?...”¹¹

Aunado a estas inquietudes, se encontraba el hecho indiscutible que la vida humana se encuentra en constante cambio y en consecuencia todas las manifestaciones sociales que la acompañan deben evolucionar. En dicha tesitura, resultaba congruente la conclusión de que el Derecho —entendido como un sistema de normas, instituciones y principios filosófico-jurídicos que regulan el actuar del hombre en sociedad— debería transformarse y, por ende, la forma de enseñarlo debería renovarse.¹²

Por lo tanto, resultaba trascendental que nuestra Máxima Casa de Estudios como universidad moderna renovara su sistema tradicional de enseñanza,¹³ a

¹¹ Carbonell, Miguel. *La Enseñanza del Derecho*. Editorial Porrúa-UNAM. México, 2004. Pág. 1.

¹² Para autores como Miguel Carbonell urge revisar casito todo: desde los libros con los que se enseña, hasta los diseños curriculares, el perfil de los profesores, las cargas docentes y de investigación, las necesidades del mercado profesional, la vinculación de las universidades con la sociedad, la selección del alumnado, etcétera (Carbonell, Miguel. *La Enseñanza del Derecho*. Op Cit. Págs. 72 y 73).

¹³ De acuerdo a lo que exponen Jorge **Witker** y Rogelio **Larios** “este modelo de antecedentes medievales, se basa en una técnica de enseñanza autoritaria, que centra en el profesor toda la comunicación informativa —poseedor del conocimiento y del método— relegando a los estudiantes a un papel pasivo y receptivo... Los rasgos distintivos de este modelo de docencia son: a) Verticalismo, al favorecer en el salón de clases, relaciones jerárquicas, de subordinación, competitivas, etcétera. Un superior jerárquico (maestro) y un subordinado (alumno); b) Autoritarismo, al dar la voz a uno de los actores: el docente; b) Verbalismo, al desarrollar las clases preferentemente a través de exposiciones magistrales que sustituyen a la realidad y a las Fuentes del conocimiento mismo; y d) Intelectualismo, al dar más importancia al desarrollo cognoscitivo del alumno (repetición memorística), dejando de lado las áreas afectivas y de los valores, separando el aula de toda relación con la realidad social circundante. **Witker Velazquez**, Jorge; y **Larios Velasco**, Rogelio. *Op. Cit.* Págs. 238 y 239.

fin de adecuarlo a una sociedad que está inmersa en un proceso constante de transformación.

Como parte integrante de este entorno, la Facultad de Derecho no podía mostrarse estática sino, por el contrario, asumió su compromiso de constituir siempre la avanzada para lograr que en sus aulas se siga impartiendo la educación mas depurada, que a la vez proporcione a sus alumnos una preparación que les permita atender las necesidades actuales y del porvenir de nuestro país.

Es indudable que el sistema tradicional de enseñanza, basado en el método discursivo, es una fuente de virtudes, sin embargo, uno de sus defectos es que su empleo como técnica única, dificulta la preparación de juristas con espíritu crítico.

Al respecto, Piero **Calamandrei** ha sostenido que *el mejor método para hacer buenos juristas no es el de constreñir a los estudiantes a nutrirse de charlas durante cuatro años, sino el de habituarlos, en ese tiempo, mediante la ejercitación del pensamiento, a servirse de la propia mente.*

Así entonces, la *ejercitación del pensamiento* no debe emprenderse por la mancuerna *maestro-alumno*, como un esfuerzo académico sin metodología, pues provocaría que aquel se quedara como un mero intento condenado a no rendir los frutos esperados. Para evitar que esto sucediera, se propuso un método basado en la aplicación de las *técnicas activas de enseñanza* que se respaldan en sólidos fundamentos y bases pedagógicas.

Este tipo de técnicas encuentran su justificación en el *constructivismo*, que en palabras de César **Coll** debe ser entendido como el proceso que conduce a los alumnos a la integración, modificación, establecimiento de relaciones y coordinación entre esquemas de conocimiento.

Así pues, con la aplicación de la enseñanza activa en nuestras aulas se ha modificado la calidad receptiva del alumno, provocando la participación dinámica de él en su propio proceso de aprendizaje; incrementando sus conocimientos, pero ante todo, desarrollando su criterio lógico jurídico. En suma, el empleo del constructivismo ha propiciado que el aprendizaje del alumno sea más duradero y significativo, pues será producto de su reflexión.

En este esquema, para lograr la construcción del conocimiento, se ha requerido una intensa actividad por parte de los alumnos, a tal grado que debe concebirse al estudiante como un interlocutor válido, capaz y obligado a plantear problemas, a intentar soluciones, a construir y reconstruir informaciones.

El funcionamiento del *Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho (LEPDER)* se encuentra dirigido, esencialmente, a reproducir la actividad de los órganos jurisdiccionales y, de esta manera, propiciar que el alumno adquiera

una práctica forense lo mas cercana a la realidad. En el *LEPDER* se ha aplicado una técnica de enseñanza donde interactúan la *teoría* y la *práctica* con el objetivo, no sólo de allegarle al alumno de conocimientos, sino de darle la oportunidad para que con un sentido crítico desarrolle su criterio jurídico.¹⁴

Bajo esta perspectiva, a través del *LEPDER*, se reproduce lo más cercano a la realidad el funcionamiento de un tribunal, es decir, el estudiante en calidad de futuro litigante acude a las aulas del laboratorio con el objetivo de plantear una controversia ante una autoridad jurisdiccional recreada, como parte actora y como parte demandada. Esta actividad se logra con la orientación que recibe de un profesor que en la vida real se dedica a postular. Asimismo, otro de los dos titulares de grupo funge como juez y, en consecuencia, sustancia en el juzgado recreado los procedimientos que le son planteados, aplicando para tal efecto las normas, tanto adjetivas como sustantivas correspondientes. Con la dirección del juzgador se encuentran dos profesionistas que se capacitan para secretarios de acuerdo de juzgado de primera instancia. De esta manera, se integran los esfuerzos de todos los participantes para lograr el funcionamiento del *Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho*.

En este modelo de enseñanza, el alumno actúa en todo momento, ya sea como abogado postulante o bien como secretario de acuerdos —según sea el caso— analizando y sustanciando las controversias que le son asignadas individualmente, pero con la finalidad común de obtener una sentencia que resuelva el conflicto previo seguimiento del proceso jurisdiccional en todas sus fases procedimentales, incluyendo la celebración de audiencias y la práctica de todas las diligencias que tienen lugar en un juicio.

En este sentido, el Laboratorio emplea el método de la *docencia crítica*, ya que, en palabras de Jorge **Witker**,¹⁵ utiliza "...un proceso dialéctico, que se nutre de interacciones grupales e individuales, que no sólo actúan sobre el área cognoscitiva, sino también en el crecimiento humano integral".

¹⁴ Estos planteamientos tienen estrecho vínculo con lo que Jorge **Witker** y Rogelio **Larios Velasco** exponen al explicar el método de la *docencia crítica*, ya que estos autores sostienen que ésta surge como reacción a la docencia tradicional, pues aquella concibe a la educación como la disciplina que aborda el proceso enseñanza-aprendizaje, no para dictar las normas del *deber ser*, sino para analizar y desentrañar los aspectos contextuales que inciden en él. Su fin no es alcanzar lo que se considera "modelo de buena enseñanza", sino lograr una labor docente más consciente y significativa para profesores y alumnos... Los docentes y alumnos tienen que asumir papeles diferentes a los desempeñados tradicionalmente, y recuperar para ellos mismos el derecho a la palabra y a la reflexión sobre su actuar concreto (**Witker Velazquez**, Jorge; y **Larios Velasco**, Rogelio. Op Cit. Págs. 239 y 240).

¹⁵ **Witker Velazquez**, Jorge; y **Larios Velasco**, Rogelio. Op Cit. Pág. 241.

Con todo ello se provoca la participación activa del alumno en su propio proceso de aprendizaje y, a la vez, se crea un ambiente adecuado para que desarrolle un criterio jurídico que le permite hallar las soluciones a los problemas que surgen en la constante y dinámica realidad social. Hay que tener presente que este método responde a la exigencia de que la única manera de aprender a hacer las cosas consiste en hacerlas.

De esta manera, el Laboratorio funciona a través de tres actividades, principalmente, a saber:

- a) La reproducción de la actividad contenciosa por medio de la integración de expedientes que contienen la substanciación de juicios ordinarios civiles en primera instancia;
- b) La asistencia al ciclo semestral de carácter permanente de conferencias sobre temas selectos de Derecho procesal civil; y
- c) Las prácticas profesionales en juzgados del Tribunal Superior de Justicia del distrito Federal.

3.1. La reproducción de la actividad contenciosa

La reproducción de la actividad contenciosa supone que con la participación de todos los involucrados se logre la integración de al menos dos expedientes por cada alumno, uno en calidad de actor y el otro en su carácter de demandado.

La integración del expediente contempla desde la presentación de la demanda hasta la obtención de la sentencia de primera instancia, pasando por el largo trayecto procesal: emplazamiento, contestación de demanda, reconvención, contestación a la reconvención, audiencia previa y de conciliación, citaciones, ofrecimiento de pruebas, su correspondiente admisión y preparación para lograr obtener el desahogo de los medios de convicción.

Para obtener el resultado antes descrito, se seccionaron las responsabilidades en dos grandes equipos: El primero, dirigido por un juez o magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, con el objetivo principal de lograr la reproducción operativa de un juzgado en material civil; y el segundo grupo, recrea el accionar de un bufete de abogados, orientados por un profesor postulante.

El juez tiene a su cargo a dos alumnos que pretenden capacitarse como Secretarios de Acuerdos, y en consecuencia tienen a su cargo la dirección del proceso. El profesor postulante dirige a 10 alumnos para que litiguen los asuntos que les encomienda la coordinación académica del laboratorio.

Los alumnos que fungen como *secretarios de acuerdos* tienen bajo su responsabilidad la instrucción de 5 expedientes, por lo tanto en cada uno de los procesos correspondientes deberán ir adoptando acuerdos, decretos, o sentencias —interlocutorias o definitivas, según sea el caso—.

Por su parte, cada *alumno postulante* tiene a su cargo dos expedientes (uno como parte actora y otro como demandado), en los que, no solamente deben proponer las estrategias de ataque y defensa, sino también llevar a cabo todos los actos procesales tendientes a obtener una resolución favorable a los intereses que representan en juicio.

Cada proceso inicia con la presentación de la demanda ante la Oficialía de partes común del Tribunal del Laboratorio; acto seguido, los secretarios de acuerdos deben resolver lo que proceda en relación con su admisión; si ésta es admitida, entonces, se practica el emplazamiento, que provocará que la parte demandada formule su contestación respectiva en el término de ley; así entonces, el juzgado deberá citar a las partes para la celebración de la audiencia previa de conciliación y de excepciones procesales. En el supuesto de que las partes no lleguen a un acuerdo, el juzgado depura el proceso y ordena sea abierta la dilación probatoria, atravesando por todas las etapas que integran esta fase (ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de medios de prueba). Se llevan a cabo todas las diligencias necesarias para lograr el desahogo de los medios de convicción ofrecidos por las partes, y que en su momento les fueron admitidos, y que a su vez fueron preparados adecuadamente para lograr su desahogo en la audiencia de ley, a la que asisten: el juez, el secretario de acuerdos, las partes en conflicto y sus abogados patronos, los testigos, peritos, y en general todos aquellos que formen parte del proceso. Una vez que el proceso se encuentra en estado de sentencia, se cierra la instrucción, citando para oír sentencia, misma que debe ser dictada en los plazos que establece el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Asimismo, para lograr el fin, el *juzgado reproducido* cuenta con la papelería, sellos y libros que se llevan en la vida real en los tribunales para organizar sus actividades. Los expedientes que se integran con las constancias procesales que se ven generando durante la tramitación del proceso deben contener los requisitos de forma y de fondo que el código adjetivo disponga para tal efecto, por lo que las constancias deben ser firmadas, rubricas, selladas y foliadas para ser añadidas al expediente.

Como se advierte, la integración de los expedientes es una labor conjunta que llevan a cabo todos los que participan en el proceso de acuerdo al rol que les ha sido asignado desde el inicio de las actividades. Los alumnos postulantes

y los secretarios de acuerdos deben cumplir con los plazos y términos que establece la ley, por lo que sus omisiones o retrasos se ven reflejados en las desventajas procesales que se originan por ser omisos al respecto.

La integración de los expedientes puede abarcar la instrumentación de recursos e incidentes que sean necesarios para obtener una resolución final favorable a sus intereses; por ejemplo, ante el desechamiento ilegal de una demanda, el alumno postulante puede impugnar la resolución a través del recurso de queja, mismo que será resuelto en la sala virtual que opera en el laboratorio.¹⁶ De esta manera, la decisión de revocar o confirmar el desechamiento no depende de nadie de los que ha intervenido en la primera instancia (jueces, profesor o alumnos), sino que es resuelto por un órgano revisor, tal y como se hace en la realidad.

Otro ejemplo, lo constituiría el caso en el que el emplazamiento haya sido efectuado defectuosamente; ante esta circunstancia, el alumno postulante puede presentar un incidente de nulidad de actuaciones por defecto en el emplazamiento, con todas las consecuencias legales que ello entraña.

En conclusión, la actividad en los expedientes depende del grado de involucramiento que los alumnos tengan en sus casos, por lo que la experiencia académica puede ser amplia si el alumno asume un papel activo, porque a su disposición se encuentran todas las instancias y figuras procesales ante las que los postulantes se encuentran en el foro.

3.1.1. Los casos prácticos

Los casos prácticos asignados a los alumnos que participan en el laboratorio, son elaborados y redactados bajo las siguientes premisas:

- a) Los casos deben contener una problemática adecuada al nivel de conocimiento que de acuerdo al avance que el alumno tiene en la carrera. Para cursar la materia los alumnos debieron acreditar las asignaturas de procesal civil, primero y segundo curso; asimismo se ha llegado a la conclusión que también deben acreditar la materia de practica forense de privado; ya que para poder plantear estrategias de solución de conflicto es indispensable que no solo se tengan conocimientos en el ámbito procesal, sino también desde el punto de vista sustantivo.

¹⁶ Esta sala se encuentra conformada por jueces y magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que se han sumado a los esfuerzos de la Facultad.

Por lo tanto, el grado de éxito en la obtención de las metas perseguidas a través del laboratorio, tendrá mucho que ver con la determinación adecuada de la complejidad en los casos.

- b) Los casos prácticos se redactan a través de narrativas, y se encuentran diseñados para que en el proceso se ofrezcan diversos medios de prueba.

Dentro de este contexto, las narrativas contienen la descripción de los hechos que ocurrieron y que son materia de la controversia. Lo descrito en la narrativa no puede ser variado por los alumnos, es decir, se deben sujetar estrictamente a lo narrado.

En la narrativa se describen las pruebas documentales que se tienen disponibles (contratos, actas, escrituras, etcétera) y el nombre de los testigos que presenciaron los hechos, en caso de que existan. Se instruye al alumno para que no añadan documentos que no estén descritos en la narrativa, ni tampoco puede mencionar testigos que no hayan sido señalados en la narrativa, es decir, solo pueden ofrecer los medios de convicción que se deriven de la lectura de la narrativa.

Por cada caso se redactan tres narrativas:

- a) Para la parte actora;
- b) Para la parte demandada; y
- c) Para los titulares de grupo.

Las narrativas contienen la visión que cada cliente tiene sobre los hechos que sucedieron en la controversia; de esta manera la parte actora no tiene conocimiento pleno de los elementos de los que dispone la parte demandada, por lo que al efectuar el planteamiento de la estrategia el abogado de la parte actora deberá prever la contingencia que puede aparecer por información o documentos que la contraparte se supone tiene o debe tener, y asimismo, deberá pronosticar la posible estrategia de defensa de su contrario, y viceversa.

La narrativa para los titulares de grupo contempla las visiones de ambas partes, a efecto de que los titulares de grupo tengan conocimiento de la problemática y en consecuencia tengan los elementos necesarios para orientar el caso adecuadamente. Con cada una de ellas se pone a disposición de los alumnos los documentos base de la acción y de la (s) excepción (es), según corresponda, y de todos los documentos que pueden servir de prueba en el proceso, por ejemplo: contratos privados de compraventa, facturas, recibos, folios reales, escrituras de compraventa, actas de nacimiento, actas de matrimonio, etcétera.

Todos estos documentos son validados por la coordinación del laboratorio a través del estampado del sello original del LEPDER y con la leyenda “Para fines didácticos”; asimismo, en ningún documento se hacen constar firmas, sino que se añade la leyenda de “Sin firma autógrafa para fines didácticos”. De esta manera, toda la documentación que se encuentre sellada se considera como original.

3.1.2. Los expedientes para la etapa impugnativa

Tras efectuar una detallada revisión de cada uno de los procesos ordinarios que se siguieron en primera instancia durante el semestre 2007-1, se constató que en los expedientes existen las violaciones procesales que fueron proyectadas durante el semestre, a efecto de que para el siguiente semestre se tuvieran los elementos suficientes para implementar el curso sobre la etapa impugnativa.

El curso sobre la etapa impugnativa contempla la instrumentación de recursos de apelación contra sentencias definitivas y contra violaciones procesales, recursos de queja, recursos de responsabilidad, recursos de apelación extraordinaria, recurso de revocación. Se tomaron como base los expedientes de primera instancia que fueron sustanciados durante el semestre previo.

El grupo piloto se integró por seis participantes, y a cada uno de ellos se les asignó un expediente para que instrumentaran la apelación en contra de las sentencias definitivas. La experiencia abarcó, tanto la formulación de agravios, como la contestación de los mismos.

Las apelaciones fueron resueltas por la sala virtual compuesta por jueces del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que fungieron académicamente como magistrados de la sala virtual del laboratorio.

Estos expedientes tramitados en segunda instancia fueron a su vez utilizados por alumnos de la materia de *práctica forense de amparo*, para complementar sus estudios con la substanciación de amparos directos en contra de las sentencias dictadas en la etapa impugnativa.

3.1.3. Expedientes para el amparo directo

Para el semestre 2007-2 el laboratorio programó actividades en colaboración con la cátedra de *Práctica forense de amparo*, materia que forma parte de la currícula para la carrera de licenciado en Derecho; a efecto de que sus alumnos promovieran juicios de amparo directo en contra de las sentencias que la sala

virtual dictó para resolver las apelaciones presentadas en contra de las sentencias definitivas de primera instancia.

En este caso los alumnos asumieron el papel de quejosos, de terceros perjudicados y del órgano jurisdiccional encargado de resolver los asuntos. El laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho puso a disposición de los alumnos, tanto los expedientes —seguidos en ambas instancias—, como la infraestructura —aulas y computadoras—.

Al final del semestre 2007-2, los alumnos de *Práctica forense de amparo* presentaron concluidos los seis expedientes que les fueron asignados durante el semestre lectivo; por lo que hoy en día, sin ser uno de los objetivos iniciales trazados por el laboratorio, éste cuenta con casos que ya fueron resueltos en todas sus instancias.

3.2. Conferencias sobre temas selectos de derecho procesal civil

Conscientes de que la formación de nuestros alumnos debe ser bajo el amparo del binomio indisoluble de la teoría y la práctica, es que diseñamos un ciclo de conferencias sobre temas selectos de Derecho Procesal Civil con la finalidad de complementar la actividad de integrar los expedientes bajo la dinámica que ya ha sido explicada.

El ciclo de referencia es útil para los alumnos, ya que reciben, a través de conferencias, los criterios y puntos de vista que diversos profesionistas —jueces, magistrados y litigantes— exponen sobre los temas centrales de un juicio ordinario civil.

La asesoría que el juez y el profesor postulante le brindan a sus respectivos alumnos se ve enriquecida con las sesiones semanales bajo las cuales se desarrolla el ciclo de conferencias.

En esencia los temas abordados en el ciclo de conferencia son los que permiten tener un desarrollo óptimo en los procesos, y en consecuencia se analizan los actos procesales de mayor importancia dentro de las etapas: expositiva, audiencia previa de conciliación y de excepciones, probatoria, conclusiva, resolutive e impugnativa intraprocesal.

El ciclo se desarrolla cada semestre, a través de una sesión semanal de dos horas y media, con lo que al final del curso se llevaron a cabo quince sesiones. En cada una de ellas participan tres ponentes (procurando que sean dos jueces y un profesor postulante), a efecto de que el alumno pueda obtener diferentes respuestas a un mismo cuestionamiento. Al final de cada sesión los alumnos

pueden dirigir sus preguntas a cualquiera de aquellos que conforman el *presidium*, inclusive la misma pregunta puede ser abordada por todos los integrantes del mismo.

Se pretende que durante el semestre se vayan abordando los temas relacionados con el avance que los expedientes deben ir teniendo, es decir, que previo a que en los expedientes se llegue a una etapa procesal, ésta sea analizada previamente en una sesión a efecto de que los alumnos recuerden o adquieran los conocimientos básicos para instrumentar la referida etapa.

3.3. *Las prácticas profesionales*

Si bien es cierto que a través del laboratorio se ha logrado reproducir la actividad jurisdiccional, también lo es que la recreación de una actividad nunca será tan real como la realidad misma. Bajo esta premisa fundamental es que, los jueces y magistrados participantes en el proyecto, abrieron las puertas de sus juzgados a efecto de que los alumnos asistieran al mismo a presenciar las audiencias públicas y a algunas diligencias, para que de esta manera percibieran de una fuente primigenia la experiencia que constituye el litigar.

Los alumnos tienen la obligación de asistir cuando menos 10 horas a un juzgado; asistencias que son documentadas a través del tarjetón correspondiente.

Por citar un ejemplo, el alumno puede presenciar una audiencia previa de conciliación y de excepciones antes de que él participe en una en el laboratorio; lo que supondría que le permita contar con más herramientas para lograr que la diligencia procesal sea llevada a cabo adecuadamente. Desde luego que el alumno debe estudiar la ley para discernir cuales son sus derechos y cargas procesales para obtener el resultado buscado con la práctica de una diligencia, sin embargo el presenciar una audiencia le permitirá al alumno percibir todo aquello que las leyes no pueden transmitir y que solo a través de una vivencia se logra (actitud, trato, tonos de voz, presencia, etcétera).

Las prácticas profesionales se constituyen de esta manera en el ejemplo de lo que deben y pueden hacer en una diligencia reproducida en el laboratorio. Es importante que las prácticas se lleven a cabo en el juzgado del que es titular el juez que colabora en el laboratorio, ya que de esta manera puede matizar lo que el alumno haya presenciado resaltando los puntos positivos de la diligencia presenciada y criticando los negativos para evitar que el alumno los reproduzca en el laboratorio.

Para acreditar la asistencia al juzgado el alumno debe recabar la firma del juez, no sólo para documentar su asistencia, sino también para que el juez se dé cuenta de que el alumno se encuentra presente en el juzgado y pueda saber qué tipo de diligencia presenció.

3.4. *Plantilla docente del laboratorio*

El funcionamiento del laboratorio fue concebido para que al alumno participara directamente en la reproducción de la actividad jurisdiccional; sin embargo, el objetivo anterior no es susceptible de ser alcanzado sin el auxilio y orientación de la plantilla docente que conforma el equipo de profesores del *Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho*.

Para lograr contar con una plantilla docente base se siguió un largo proceso, en el que se definieron los perfiles que son necesarios para que el laboratorio funcione de manera óptima.

Derivado de las actividades mismas del Laboratorio, es indispensable contar con la orientación de dos titulares de grupo por cada uno de ellos: i. El que se encarga de recrear el juzgado; y ii. El que se enfoca a reproducir la actividad de un despacho. En el primer caso, el titular debe ser un profesor que en la vida real tenga o haya tenido el cargo de Juez, a efecto de que transmita hasta los mínimos detalles de funcionamiento de un juzgado. En el segundo, el titular debe ser un maestro que en el día a día litigue, con la finalidad de que su experiencia sirva de guía para los alumnos litigantes.

Esta conclusión se obtuvo del ensayo-error, ya que durante el primer semestre no existían dos titulares por grupo, como lo es en la actualidad, ya que por inercia, tanto académica, como administrativa, se adoptó el modelo de la cátedra magistral, en donde el encargado del grupo es un solo profesor. De tal manera que este académico asistía, tanto a los secretarios de acuerdos como a los alumnos postulantes. Esto generó dos serias desventajas para el modelo de enseñanza:

- a) La primera, las asesorías individualizadas se complicaban porque tenía que resolver las inquietudes de doce alumnos que conformaban el grupo, con dos perfiles distintos —de secretarios de acuerdos y de postulantes—.
- b) La segunda, consistió en que las asesorías tendían que ser congruentes, es decir, el profesor le indicaba al alumno postulante como promover para que a su vez su secretario de acuerdos le resolviera favorablemente.

A partir del segundo semestre se implementó el sistema que actualmente opera, y en consecuencia desde el semestre 2006-2 son dos profesores los que fungen como titulares de grupo. Esto permite que las asesorías fluyan con mayor dinamismo, ya que el juez orienta a los alumnos que desarrollan la actividad de secretarios de acuerdos, y por su parte el profesor postulante hace lo propio con sus alumnos litigantes.

De esta manera se enriquece la dinámica grupal, ya que el alumno postulante puede ser asesorado con una visión que podría diferir a la postura que el juez sostenga respecto a un tema determinado. El alumno postulante deberá decidir si sigue la estrategia bajo los consejos del profesor postulante y en todo caso sus promociones serán acordadas por el juez que en determinado momento puede no estar de acuerdo, y en consecuencia proveerá en contra de lo solicitado, con lo que el alumno postulante deberá tomar de nueva cuenta la decisión de acatar lo resuelto por el juzgador, o bien impugnar para intentar hacer valer su estrategia inicial.

3.5. Método de evaluación en el laboratorio

Aún cuando la libertad de cátedra es un principio ampliamente reconocido en el ámbito universitario, se propone a los titulares de grupo un método de calificación en el que se consideren las diversas actividades que los alumnos desarrollan a lo largo del curso, tales como:

- a) La instrumentación de expedientes;
- b) La asistencia al ciclo de conferencias sobre temas selectos de Derecho Procesal Civil; y
- c) Las prácticas profesionales desarrolladas en los juzgados.

Los porcentajes recomendados son los siguientes: Para la primer actividad, la obtención de sentencia 50% (25% por sentencia de parte actora y 25% por sentencia de parte demandada); para la segunda, 50% (25% por asistir al ciclo de conferencias sobre "Temas Selectos de Derecho Procesal Civil y por asistencia a clases y 25% por la realización de prácticas profesionales);

El porcentaje que el alumno obtiene en relación con la substanciación del expediente se encuentra estrechamente vinculado con el grado de avance que obtenga durante el semestre (recordando que el objetivo principal es obtener la sentencia de primera instancia); no obstante, también se consideran, no sólo el empleo de los diversos medios de defensa que las partes propongan en el pro-

cedimiento, sino también la eficacia de los mismos. Asimismo, como elementos para calificar este rubro se toman en cuenta la asistencia a las diligencias judiciales, y la puntual promoción en el juzgado recreado de los derechos que le asisten al cliente que representa.

Respecto de los porcentajes relacionados con las prácticas profesionales y con el ciclo de conferencias, éste se obtiene proporcionalmente a la asistencia que el alumno acredite en cada una de las actividades, de acuerdo a los siguientes parámetros mínimos:

- a) El alumno debe acreditar, con el tarjetón correspondiente, el haber asistido cuando menos 10 horas durante el semestre al juzgado del cual es titular el juez de su grupo; y
- b) Se le exige al alumno que cumpla con el 80% de asistencia a las conferencias que se imparten durante el semestre.

En algunos casos, los titulares de grupo han añadido a los anteriores métodos de calificación, un examen final de conocimientos, en donde ambos titulares de grupo le cuestionan al alumno, no sólo la toma de decisiones, sino también aspectos sobre la secuela procesal de su expediente.

3.6. Página electrónica del Lepder

Las técnicas activas de enseñanza, que hasta este momento se han descrito, se reforzarán a través de la incorporación de herramientas tecnológicas, tales como la operación de una página electrónica del Laboratorio, que se encuentra actualmente en diseño.

En la página electrónica del laboratorio se están desarrollando los espacios para alojar:

- a) Una revista electrónica en Derecho procesal para darle difusión a ensayos y artículos de procesalistas, nacionales o internacionales, que apoyan las actividades del laboratorio.
- b) Un foro de discusión para que intercambien opiniones nuestros alumnos y profesores de Derecho procesal sobre temas de actualidad;
- c) Un repositorio de videgrabaciones de conferencias y de actuaciones procesales desarrolladas, ambas, bajo el amparo de las actividades del Laboratorio;

Para complementar la formación integral de nuestros alumnos se grabarán los diversos ciclos de conferencias que organiza el Laboratorio, ya que sería relevante tenerlos a disposición de nuestros alumnos vía internet. Asimismo, se grabarán algunas diligencias procesales con la finalidad de que ser revisadas y analizadas frente al grupo por los titulares de grupo, a efecto de destacar los errores en que hayan incurrido los alumnos en su calidad de postulantes o de secretarios de acuerdo.

Además, con esto se pretende que las diligencias sean dinámicas y que no estén siendo cortadas por los titulares de grupo al existir errores o deficiencias por parte de los alumnos, ya que tendrán la oportunidad de analizarlas frente al grupo y así destacar las virtudes y los defectos en la actuación de cada uno de los participantes.

Las diligencias procesales grabadas se encontrarán relacionadas con la audiencia previa y de conciliación, audiencia de ley, y emplazamiento con embargo.

Además, estos videos podrán ser utilizados por los titulares de grupo antes de que sus alumnos realicen las actividades procesales de que se tratan los videos para que se percaten de los errores en los que otros alumnos incurrieron al practicar las diligencias respectivas.

- d) El Tribunal Virtual, —cuyas aplicaciones y sustento teórico se encuentran en fase de desarrollo—, y que permitirá instrumentar y darle seguimiento a juicios en vía electrónica.

El tribunal virtual se constituye como una herramienta más de las que el Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho se valdrá para cumplir con sus objetivos académicos; es un esfuerzo por incorporar la tecnología a este modelo de enseñanza.

El tribunal virtual se encontrará ubicado en la página electrónica del Laboratorio, y permitirá lo siguiente:

- Que el expediente físico se materialice electrónicamente y pueda ser consultado por las partes y el juez desde cualquier terminal remota, aún en horas y días inhábiles;
- Que las partes promuevan electrónicamente sin necesidad de que lo hagan *in situ*, ya que desde este medio opera tanto la Oficialía de partes común del Tribunal recreado, como la oficialía de partes de cada juzgado reproducido;
- Que las partes cuenten con un mapa conceptual para orientar su actividad procesal. El mapa conceptual se basa en un diagrama de flujo

general que contempla las etapas que deben ser cubiertas en un proceso, indicando de manera específica las diferentes opciones que pueden generarse en el proceso. Por ejemplo, para las partes será visible que ante la presentación de la demanda se pueden generar tres opciones:

- I. Acto admisorio;
- II. Acto preventivo; y
- III. Acto de desechamiento.

Así entonces, el alumno podrá percatarse de los posibles resultados que su demanda generará. Asimismo, cuando el juez adopte la decisión que corresponda se incorporará en el diagrama para inhabilitar las otras dos opciones (auto preventivo y auto de desechamiento); con ello el alumno entenderá en que momento procesal se encuentra sabiendo qué puede esperar y qué etapas se encuentran concluidas.

- Al finalizar el curso el alumno podrá consultar la tramitación de su caso y compararlo con el desarrollo que tuvo en otro juzgado ese mismo asunto. De esta manera, al comparar el alumno comprenderá que un mismo asunto puede plantearse y substanciarse con distintos resultados; esto ampliará el horizonte conceptual y creará condiciones para que el alumno desarrolle criterio jurídico con sentido crítico.

El funcionamiento del tribunal se obtiene a través del acceso limitado a las partes y al tribunal que sustancia el proceso. Esto se logra asignando claves individualizadas.

El empleo del juzgado virtual no exime a los involucrados de integrar físicamente el expediente, ya que el tribunal virtual es una herramienta complementaria para la reproducción de la actividad contenciosa que tiene lugar en tribunales.

3.6.1. Expediente electrónico

Con el empleo de este mecanismo el expediente que se integra físicamente con la actividad de las partes, el tribunal y de terceros, es reproducido electrónicamente.

La reproducción electrónica se obtiene escaneando los documentos que obran en el expediente y colocándolos en Internet empleando programas que impiden

su modificación pues solo habilitan el archivo para lectura. A diferencia del expediente físico, el expediente electrónico se encuentra sistematizado a través de mapas conceptuales, por lo que su consulta es amigable y desde el punto de vista pedagógico lo convierte en una herramienta visual para que los alumnos detecten con facilidad en qué etapa procesal se encuentra el litigio y los siguientes pasos a seguir.

Asimismo, las partes y el tribunal pueden consultar el expediente sin tener que presentarse en el juzgado donde solo se puede consultar en los días y horas habilitados para tal efecto.

Los *mapas conceptuales* que se manejan en el Laboratorio corresponden a los denominados *diagramas de flujo*, en los que se representa la forma más tradicional y duradera para especificar los detalles algorítmicos de un proceso.

4. CONCLUSIONES

Al diseñar las actividades del Laboratorio tenemos presentes los cuestionamientos que Raúl **Gutiérrez Sáenz**¹⁷ formula en su libro *introducción a la didáctica*:

- ¿Es que tan sólo pretendemos que el alumno repita de memoria algunos conceptos y principios fundamentales?
- ¿Hay algo más en el aprendizaje?
- ¿Es más importante pensar que aprender de memoria?

La Facultad de Derecho está consciente de que como institución de educación superior debe reaccionar ante las demandas de la globalización, y por ello debe insertar en sus procesos de enseñanza-aprendizaje sistemas pedagógicos creativos que además sean críticos.

En este sentido, coincidimos con Elías **García Rosas**¹⁸ quien sostiene que la fuente principal de la universidad debe ser la innovación, tanto en el sentido filosófico, como en el empírico. La innovación del sistema de educación superior es un reto, ya que, por una parte, implica cambiar conceptos, valores y actitudes, tener visión del futuro y conjuntar voluntades; en un marco crítico y de participación comprometida tanto de los componentes de la comunidad educativa, mediante la acción unida a la reflexión y al análisis, como de los diversos

¹⁷ Gutiérrez Sáenz, Raúl. *Introducción a la didáctica*. Op. Cit. Pág.12.

¹⁸ Cfr. García Rosas, Elías. Op. Cit. Pág. 3.

elementos del contexto social. Asimismo, las innovaciones educativas inducirán cambios en la organización y modelos académicos; modificarán usos y costumbres, cambiarán los roles tradicionales de profesores y estudiantes; y, generarán una evolución hacia nuevas formas de organización académica que integrará las funciones sustantivas de docencia e investigación.

Para finalizar, al desarrollar nuevos métodos de enseñanza o bien al querer insertar las nuevas tecnologías en el proceso de enseñanza-aprendizaje hay que tener siempre presente que la educación es “un proceso permanente, deliberado, individual y social y que consiste en la adquisición de información, hábitos, habilidades, métodos, lenguaje, actitudes y valores, y que sirve para aprehender, convivir, cuestionar y crear... Cuestionar y crear son las capacidades mas elevadas del hombre...lograr que todos las poseamos debe ser el fin último de la educación, en un marco ético, de conciencia social”.¹⁹

5. REFERENCIAS DE CONSULTA

- ARELLANO HOBELSBERG, Walter. *Metodología jurídica*. Editorial Porrúa. México, 2007. Pág. 323.
- CARR, Wilfred., *Una teoría para la educación Hacia una investigación educativa crítica*, Editorial Morata, Madrid, 1996, p. 75.
- CARBONELL, Miguel., *La enseñanza del Derecho*, Editorial Porrúa-UNAM. México, 2004, p. 1.
- GARCÍA ROSAS, Elías., *Formación de recursos humanos para la docencia e investigación jurídica, estudio de casos*. Flores Editor, y Distribuidor, S. A. de C. V., México, 2005, p. 2.
- WITKER VELÁSQUEZ, Jorge., Larios Velasco, Rogelio., *Metodología Jurídica*. Editorial McGrawHill. 2002. p. 236.

¹⁹ Díaz de Cossio, Roger, citado por **García Rosas**, Elías. Op. Cit. Pág. 12.



LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA “TEORÍA DE LOS SISTEMAS” DE NIKLAS LUHMANN, APLICADA AL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO

Edna Ruth LUNA RICO¹

SUMARIO: I. Nota Introductoria. II. Punto de partida de la “Teoría de los sistemas” y su aplicación al juicio de amparo mexicano. III. La argumentación jurídica desde la perspectiva de Luhmann. IV. Conclusiones. V. Referencias de consulta.

I. NOTA INTRODUCTORIA

La problemática abordada en el presente artículo consiste en la deficiente técnica judicial con la que jueces y magistrados del Poder Judicial de la Federación en México resuelven los conflictos jurídicos, lo que se traduce en problemas de justificación de las decisiones jurídicas plasmadas en las sentencias de amparo.

La afirmación anterior se sustenta en la observación de que en la institución del juicio de amparo en nuestro país, los razonamientos jurídicos realizados por el Poder Judicial de la Federación, en específico en la elaboración de las sentencias de amparo, no se verifican atento a la aplicación de procedimientos que denoten una metodología; lo que origina que los procesos de formación de la decisión de los justiciables constitucionales obedezcan a instrumentos apologeticos que pretenden justificar todo tipo de decisiones, generando juicios arbitrarios, que en la actualidad demandan un cambio en la perspectiva en que se inscribe la lógica discursiva de la aplicación del Derecho.

Al realizarse el análisis, es necesario evidenciar qué está fallando en el “*sistema derecho*” desde la perspectiva de las semánticas empleadas por el siste-

¹ Maestra en Derecho. UNAM. Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

ma mismo y, en concreto, por el derecho judicial, especialmente con referencia a las ideas de Niklas Luhmann, aplicado al sistema jurídico mexicano contemporáneo, en concreto al juicio de amparo.

II. PUNTO DE PARTIDA DE LA “TEORÍA DE LOS SISTEMAS” Y SU APLICACIÓN AL JUICIO DE AMPARO MEXICANO

De acuerdo con la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, el Derecho determina cuales son sus límites y, por lo tanto, qué es lo que pertenece y no a él; entonces, las divergencias de opiniones de trasladan hacia la pregunta: ¿Cómo ocurre esto?²

Luhmann comienza su análisis refiriendo, que toda observación y toda descripción deben apoyarse en una distinción. Para que algo pueda ser designado (resaltado, tematizado), debe ser, en primer lugar, distinguido. Es precisamente en la unidad de la distinción que Luhmann apoya uno de los ejes centrales de la manera en que se gesta el conocimiento.

...el derecho es un sistema autopoietico y autodiferenciador. Este programa de teoría implica que el derecho mismo es quien produce todas las distinciones y descripciones que utiliza, y que la unidad del derecho no es más que el hecho de su autoproducción: “autopoiesis”. De acuerdo con esto, la sociedad debe ser tratada como el entorno social que posibilita y soporta esto...³

El primer paso para entender los conflictos que se suscitan en el Derecho, es tener presente el hecho de que esta disciplina constituye un sistema *autopoietico* y *autodiferenciador*, esto se concibe bajo la idea de que el Derecho mismo determina cuáles conceptos son conformes a él y al mismo tiempo dispone aquellos que no lo integran, haciendo esta distinción es como funciona, unificando lo

² Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª edición, trad. de Javier Torres Navarrete, México, Herder, 2005, paráfrasis, p. 68. Luhmann explica que la problemática del “sistema derecho”, en concreto, de su autoreferencia, autoconstrucción, inclusión/exclusión es explicado por la teoría de sistemas: “...1. La teoría que describe cómo algo produce sus propios límites en relación con el entorno, es actualmente la teoría de sistemas. 2. No suprime la apreciación de que todo lo que se dice es dicho por un observador. La teoría que deja la determinación de los límites al objeto, es también una teoría de un observador. 3. La teoría de sistemas explora el camino de una epistemología constructivista considerada de manera general. En esta epistemología no sólo quedan incluidos los sistemas especializados en la cognición, sino todo tipo de sistemas que emplean observaciones autoproducidas para regular su relación con el entorno.”

³ Op. cit., p. 85.

que es conforme al Derecho y lo que no es conforme a él, es lo que lo integra, y fuera de esta unidad se encuentra la sociedad que intenta solucionar los conflictos propios que se gestan en las relaciones sociales a través de lo que el "*sistema derecho*" marca como conforme a él o fuera de él.

El problema en esta distinción es que todo aquello que el Derecho no incluye; lo observa y tematiza fuera de su *racionalidad*,⁴ y es en este sentido, que todo lo excluido lingüísticamente, no lo resuelve, sino únicamente se constriñe a solucionar lo creado conceptualmente. Concebida así la ciencia jurídica reduce la solución de los conflictos sólo a lo que el sistema mismo instituye de acuerdo a su código, quedando inertes todos aquellos aspectos, que siendo también parte de los conflictos sociales, son excluidos del campo de solución, y es precisamente en el campo de la exclusión en donde queda subyacente la problemática no resuelta, persistiendo profundas las inconsistencias del "*sistema derecho*". Ciertamente en los elementos excluidos y no resueltos es donde se colapsa la racionalidad dominante del sistema que se encarga de dirimir controversias.

Si efectivamente como lo sostiene Luhmann, el "*sistema derecho*" funciona en las disertaciones apuntadas, las operaciones a través de las cuales este sistema funciona se tornan aún más problemáticas al vislumbrar esto desde una perspectiva de aplicación e interpretación del Derecho, porque el derecho judicial al trabajar con las semánticas creadas por el sistema, no hace más que reconocer aquellas con las cuales se refiere a sí mismo e incluso, crea las concepciones bajo las cuales se considerará lingüísticamente qué es un problema y qué no lo es, y al mismo tiempo define las concepciones con las cuales habrá de darle solución.

⁴ De Giorgi, Raffaele, "Referencia y obstáculo", traducción inédita de Sánchez Sandoval, Augusto. Profesor titular "C" de tiempo completo en el Posgrado en Derecho de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Universidad Nacional Autónoma de México.

De Giorgi, en cuanto a la "racionalidad" refiere, que el conocimiento puede ser sólo representación de la incertidumbre; disponibilidad a la cognición relativa a la posible desilusión de las expectativas. El vínculo que liga al futuro no puede tener ya el carácter de la normatividad, sino el carácter del riesgo, de la incertidumbre racional. Sobre esta racionalidad se puede construir. Es la racionalidad del control de sí, que persiguen los sistemas. Es la racionalidad que hace posible la continua emergencia del nuevo orden, a través de la continua utilización de las distinciones, de las desigualdades, de las desviaciones que se producen y que los sistemas sociales tratan como referencia de su normal forma de operar. Es la racionalidad de la exclusión de la racionalidad clásica aquella del sujeto y aquella trascendental de la justicia como perfección de las mentes. Es la racionalidad de la exclusión de la linealidad de los procesos de conocimiento y de los procesos de construcción de los proyectos. Esta racionalidad no tiene referencias. Por esto puede decir de sí misma que es racional en un sentido que niega y supera la racionalidad clásica. Esa es la racionalidad porque no tiene fundamentos y, por tanto, construye por sí, sus propias referencias, en su continua autoinestabilización."

El juez de amparo no consciente de cómo funciona el “*sistema derecho*”, en sus operaciones reproduce las condiciones posibilitantes de existencia del sistema, el cual no ve más allá de lo que es conforme a derecho/no conforma a derecho, y en esta racionalidad judicial, los tribunales jurisdiccionales contribuyen a la racionalidad del código de la distinción y del “*sistema derecho*”, sin advertir si funciona o no, simplemente se adscriben a la lógica que le ha sido dada por el sistema y por la institución, y aún más, justifican sus decisiones haciendo gala de las concepciones que supuestamente contribuyen a la racionalidad de la sociedad, nótese que no del Derecho, sino de que va más allá, incluyendo y encauzando como plausible la racionalidad del “*sistema derecho*” a todo la sociedad, como si fuera la *verdad absoluta*.

Es por esta razón que un juez no logra tener una perspectiva más amplia de *racionalidad*, que la que le arroja un expediente, las pruebas, los códigos, leyes y todos aquellos elementos que han sido creados por el sistema mismo para producirse; siendo que el Derecho genera los conceptos que constituirán problemas, para darles solución dentro del sistema mismo, contribuyendo a su recursividad, cumpliendo con la función jurisdiccional con los mismos elementos provistos por el sistema.

1. La clausura operativa del “*sistema derecho*” postulada por Luhmann

Luhmann sostiene que la operación mediante la cual el sistema se delimita frente a su entorno, puede designarse como comunicación. En este sentido, hace especial énfasis al observar dentro de la comunicación, la circularidad de la argumentación, toda vez que con la normatividad sólo se establece que determinadas expectativas, aunque no se cumplan, siguen siendo válidas como expectativas.

En este contexto, al sistema jurídico pertenece exclusivamente la comunicación coordinada por códigos, sólo aquella comunicación que afirme la asignación de los valores: conforme a derecho-no conforme a derecho.⁵

...La clausura operativa del sistema se confirma precisamente por el hecho de que existen diferentes perspectivas dentro del sistema y que por eso puede haber, en el interior, una observación organizada de los observadores. El sistema de derecho es

⁵ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª edición, trad. de Javier Torres Navarrete, México, Herder, 2005, paráfrasis, p. 125.

(y permanece) estimulable sólo internamente a partir de innumerables circunstancias... solamente el sistema de derecho puede originar su clausura, reproducir sus operaciones, definir sus límites; no existe ninguna otra instancia en la sociedad que pudiera determinar lo que es conforme (o discrepante) con el derecho.⁶

La clausura operativa significa únicamente que la *autopoiesis*⁷ del sistema sólo puede ser efectuada con operaciones propias, que la unidad del sistema sólo puede ser reproducida con operaciones propias. Y también, a la inversa:

⁶ Idem.

⁷ Luhmann retoma el concepto "autopoiesis" de Maturana, pero es necesario aclarar que Maturana contextualizaba a la autopoiesis en aplicación a organismos vivos y dado que la teoría de sistemas es en referencia a los sistemas sociales, en este caso es necesario entender el término autopoiesis como "autorreferencia". Maturana, Humberto y Varela, Francisco, "De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: La organización de lo vivo", editorial Universitaria y Editorial Lumen, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 45-47, citado por Sánchez Sandoval, Augusto, "La epistemología en el mundo de lo concreto", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Distrito Federal, México, Vol. 4, No. 6, enero-junio 2008, p. 14.

"Francisco Varela habla de la "autopoiesis" articulando explícitamente las siguientes ideas:

- 0.- El problema de la "autonomía" de lo vivo es central y hay que cernirlo en su forma mínima, en la caracterización de la unidad viviente.
- 1.- La caracterización de la unidad viva mínima no puede hacerse solamente sobre la base de componentes materiales. La descripción de la "organización" de lo vivo como configuración o "*pattern*" es igualmente esencial.
- 2.- La organización de lo vivo es, en lo fundamental, un mecanismo de constitución de su "identidad" como entidad material.
- 3.- El proceso de constitución de identidad es "circular": una red de producciones metabólicas que, entre otras cosas, producen una membrana que hace posible la existencia misma de la red. Esta circularidad fundamental es por lo tanto una auto-producción única de la unidad viviente a nivel circular. El término "autopoiesis" designa esta organización mínima de lo vivo.
- 4.- Toda interacción de la identidad autopoietica ocurre, no sólo en términos de su estructura físico-química, sino también en tanto unidad organizada, esto es, en referencia a su identidad auto-producida. Aparece de manera explícita un punto de "referencia" en las interacciones y por tanto de emergencia de un nuevo nivel de fenómenos: la constitución de significados. Los sistemas autopoieticos inauguran en la naturaleza el fenómeno interpretativo.
- 5.- La identidad autopoietica hace posible la evolución a través de series reproductivas con variación estructural con "conservación" de la identidad. La constitución identitaria de un individuo precede, empírica y lógicamente el proceso de "evolución"... La autopoiesis sólo pretende establecer la clase de individuos con la que esa serie evolutiva comienza y se origina. Se trata del criterio de demarcación entre los primeros seres vivos y la sopa primordial que los precede, ni más ni menos."

Por su parte, en lo que atañe a la semántica de "autorreferencia" en aplicación a los sistemas sociales, Raffaele De Giorgi en "Referencia y obstáculo", en una traducción inédita de Sánchez Sandoval, Augusto, Profesor titular "C" de tiempo completo en el Posgrado en Derecho de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Universidad Nacional Autónoma de México, refiere que la teoría de la sociedad formulada por Luhmann, al basarse en el concepto "autopoiesis" es formulada en el ámbito de los seres vivos; en este sentido, la única posibilidad que se consideraba como plausible para adecuar la teoría a la realidad, estaba dada por el hecho de que se pensara la realidad misma como viviente. Y dado que con esta realidad, se entendía la sociedad, se estaba constreñido a considerarla como algo que vive. Pero todos sabemos que la sociedad no vive, así como no vive el derecho y como no vive el Estado.

que el sistema no puede operar en su entorno; por lo que, tampoco posee la capacidad de vincularse a su entorno a través de operaciones propias.⁸

El “*sistema derecho*” no ve, ni contempla, nada que esté fuera de él mismo, y la construcción de su *racionalidad* es atendiendo precisamente a ello; ya que él dicta lo que es conforme a derecho y lo discrepante al mismo, tematiza las

“En las observaciones que siguen desearíamos ocuparnos de tres grandes problemas de la teoría de la sociedad y desearíamos probar que su descripción adecuada es posible desde la teoría de la autopoiesis si es entendida como reflexión de la constitución de estructuras de sistemas sociales y de los procesos de su reproducción a partir de sí mismos. El primer problema es la modernidad de la sociedad moderna... Ella no puede ser observada en relación a otro, ella puede ser vista sólo en relación a la universalidad y simultaneidad de las operaciones que ocurren en su estructura. Esta es la modernidad de la modernidad. Aquello que diferencia esta estructura es la específica forma de la diferenciación con base en la cual esta sociedad continuamente organiza su complejidad. En la sociedad, sin embargo no hay lugares para la observación de esta complejidad. La específica forma de producción de la complejidad está dada por la simultaneidad del operar de sistemas que no pueden comunicarse con ellos. Estos sistemas pueden operar como operan sólo porque son autopoieticamente cerrados. La clausura autopoietica, a su vez, dispone de estructuras de la reflexión que están implicadas en el objeto y que le hacen posible la continua auto-observación.”

En este tenor De Giorgi afirma que el principio de la “autoreferencia” permite hacer plausible el presupuesto de la re-descripción. El presupuesto está dado por la transformación de los fundamentos naturales en fundamentos artificiales, producto de la forma de operar de los sistemas y de la transformación de los fundamentos necesarios en fundamentos contingentes. La modernidad de la sociedad moderna aparece así como el carácter de la estructura de un sistema universal de la producción de sentido que produce por sí, la propia indeterminación y que en la búsqueda de las posibilidades de autorregulación, de esta indeterminación, estabiliza sus valores, es decir, fija sus constantes, determina sus puntos de referencia. En este sentido, la autoreferencia delimita el horizonte de la historicidad de la sociedad moderna, donde historicidad significa autocontextualización. “... El principio de la autoreferencia nos permite tratar de describir la sociedad como sistema. La teoría de la sociedad que podemos construir es la teoría de la sociedad moderna en la sociedad moderna. Ella, refleja las condiciones estructurales de la modernidad. Esas condiciones hacen manifiesta la historicidad de la estructura operativa de la sociedad y a la vez hacen manifiesta la artificialidad y la contingencia como característica de las operaciones de esta estructura. Son las implicaciones de la autoreferencia que se hacen manifiestas. Es la ausencia de referencias externas aquello que caracteriza la operación de esta sociedad; ausencia de referencias no significa causalidad y no significa de ninguna manera arbitrariedad. Las secuencias del acontecer no son causales, así como los contextos que conectan los eventos no son contextos de causalidad. Esta oposición no tiene sentido sino desde un punto de vista externo, como puede ser aquel de un observador que utilice las distinciones de causalidad y no causalidad. Desde el punto de vista externo, en cambio, tenemos sólo implicaciones y consecuencias de la autoreferencia. Los sistemas sociales construyen sus informaciones y utilizan los resultados de las propias operaciones como informaciones en base en las cuales construyen otras operaciones.”

“El principio de la autoreferencia requiere superar las viejas semánticas y una disponibilidad sin prejuicios, para la observación de la morfogénesis de la complejidad de la sociedad moderna. En esta sociedad es posible aquello que en otras sociedades era impensable. Esta sociedad ha aprendido a dejarse sorprender por sí misma. La teoría aún no conoce esta actitud respecto de la sorpresa. Por lo tanto, busca todavía certidumbres, allá donde en cambio hay el riesgo de la decisión; busca principios, allá donde operan distinciones; busca universalidad, allá donde se producen especificaciones; busca la sustancia, allá donde se pueden observar sólo secuencias de eventos y estructuras selectivas que se presuponen por sí.”

⁸ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª edición, trad. de Javier Torres Navarrete, México, Herder, 2005, paráfrasis p. 68.

problemáticas, asigna valores a las situaciones, problematiza el mundo, marca claramente que es *verdadero-falso*, y al realizar todas estas distinciones se clausura operativamente para que nada pueda inmutarlo, porque la introducción de cualquier nuevo código implicaría la contingencia del sistema, la cual no está listo para resolver, sin que se generen progresiva e ilimitadamente una serie de nuevas posibilidades condicionantes para la acción y la comunicación, las cuales no están inscritas en su "*codificación binaria*" del mundo y, por ello, le implicarían abandonar el esquema bajo el cual opera e intenta explicar el mundo.⁹

...Lo decisivo es que la comunicación se subordine a la regulación por parte del código... El código mismo no es ninguna norma. No es otra cosa que la estructura de un mecanismo de reconocimiento y un procedimiento de coordinación de la autopoiesis de la sociedad... La comunicación jurídica no es reconocible sino perteneciendo a un código y siendo capaz de enlazarse a otras comunicaciones jurídicas gracias a ese código. El derecho de la sociedad se realiza en referencia a la efectuación de un código y no en referencia a la creación de una regla, ya sea hipotética, categórica, razonable, fáctica.¹⁰

El Derecho no puede funcionar fuera de él mismo, su lenguaje está construido para *autoreproducirse*, y emplearse a sí mismo. Esto es evidente cuando lo trasladamos a una problemática concreta, tomemos cualquier concepto creado por el Derecho: arrendamiento, fianza, alimentos, etcétera, cuando a la maquinaria judicial se le insta para que resuelva un litigio producto de un conflicto de intereses entre dos o más personas, respecto a un bien, derecho u obligación, al sistema judicial no le queda más remedio que resolverla conforme a las concepciones creadas por el "*sistema derecho*", porque el Poder Judicial no existe

⁹ De acuerdo con Luhmann, el acoplamiento estructural es una forma constituida de dos lados; con otras palabras; una distinción. Lo que incluye (lo que se acopla) es tan importante como lo que se excluye. Las formas de acoplamiento estructural son, por lo tanto, restrictivas y facilitan con ello la influencia del entorno sobre el sistema. La restricción es condición necesaria de la capacidad de resonancia, y la reducción de la complejidad es condición necesaria de la construcción de complejidad.

"La sociedad como sistema de comunicación depende en este sentido, de un acoplamiento estructural con los sistemas conciencia. Es únicamente a través de la conciencia como la sociedad puede ser influida en su entorno. Sólo de este modo resulta posible construir complejidad en alto grado en el sistema de la sociedad. La formación del derecho es una función del sistema sociedad, función que está referida a un problema que resulta del acoplamiento estructural de la sociedad con su entorno. La comunidad social se encuentra, como siempre, acoplada al sistema de la conciencia y, como siempre, lo que pueda ocurrir en éstos es lo que irrita la comunicación social."

¹⁰ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª edición, trad. de Javier Torres Navarrete, México, Herder, 2005, pp. 126-127.

sino es dentro del “*sistema derecho*”, no puede extraer *concepciones* fuera de él, porque las mismas no existen de acuerdo a su código conforme a derecho/ no conforme a derecho. Entonces la ciencia jurídica misma crea los conceptos, bajo los cuales se resolverán los problemas (que el mismo sistema crea); ya que si no existieran los conceptos como arrendamiento, fianza, alimentos, por enunciar algunos, ¿Cómo el aparato judicial resolvería los conflictos que lingüísticamente no existen? así al Poder Judicial no le queda más remedio que emplear las semánticas dadas por el Derecho, todo ello, nos hunde en la recursividad propia del sistema, en el cual parece no haber salida para poder resolver los conflictos.

2. Las normas jurídicas y su función en el Derecho

Las normas jurídicas son la creación del Derecho, como expectativas generales de comportamiento, idealizadas, contrafácticas, porque se espera que sean obedecidas, pretenden ser captaciones de la comprensión que el legislador realiza del mundo de lo concreto, que al ser aplicadas por el juez se enfrentan a la tensión entre el mundo del lenguaje y el mundo de lo concreto,¹¹ entre el hecho real y la obligatoriedad de la norma. Esta situación se problematiza cuando se añade la actividad interpretativa que emplea el juzgador, porque se agregan todos aquellos procesos cognoscitivos que el intérprete inconsciente y necesariamente tiene que caminar.

En términos de Luhmann las normas reducen la contingencia de la limitación de la contingencia, es decir: fijan la limitacionalidad ya probada de la utilización arbitraria de los signos. Las normas jurídicas constituyen un entramado de expectativas simbólicamente generalizadas. Con ello no sólo produce indicaciones generales que son independientes de las circunstancias, sino que los símbolos están referidos a lo que no es visible y que no puede ser traslúcido: el futuro.¹²

La norma asume una función general de estabilización, que adquiere sus características propias porque es diferenciada dentro del “*sistema derecho*”, siendo esta conformación una consecuencia de la teoría de los sistemas autopoieticos, donde los sistemas producen sus propios elementos, y mediante ellos, sus propias estructuras.

¹¹ Concepciones tomadas de Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, México, 2005, UNAM, pp. 14-17, 22.

¹² Op. cit., paráfrasis, pp. 185-187.

...la juridicidad de la norma sólo se puede determinar a través de una observación recursiva en el entramado en el que la norma ha sido generada; esto significa: a través de la observación de aquella relación de producción de la expectativa que se diferencia, por medio de sus operaciones, como un sistema. No es sino mediante esta utilización (repetida en el sistema) del lado normativo efectuada a partir del esquema normativo/cognitivo, que las expectativas de las normas —si se compara con las simples proyecciones, con los propósitos o con los intentos de comunicación—, obtienen una cierta seguridad.¹³

De acuerdo con Luhmann, para entender la norma, hay que inscribirse en la observación del sistema mismo, el cual, la crea como un elemento que después utilizará para contribuir a su construcción autopoietica, porque la distinción que se emplea para fundarla sólo parte de concepciones atinentes al mundo del lenguaje y no a la *realidad*, en este aspecto el Derecho puede operar recursivamente a través de las normas jurídicas.

En este punto, la *norma jurídica* es fundamental en la construcción del Derecho, es *el elemento que simula que funciona*, porque la juridicidad y coercitividad del mismo no se robustece totalmente en la *política*;¹⁴ sino que la norma jurídica al ser una expectativa normativa de comportamiento, constituye la *idealización* de que ante determinadas circunstancias sociales, supuestamente previstas en ella, la hipótesis que contiene será cumplida u obedecida por los que están obligados a hacerlo (los gobernados). Es precisamente en esta promesa idealizadora, de que las situaciones problemáticas serán resueltas por el Derecho, que la disciplina jurídica se sostiene como el juramento de que funciona.

Lo anterior es así, ya que si observamos el "*sistema derecho*", y en concreto, el *ordenamiento jurídico*, advertimos que *de facto no resuelve nada, sólo instituye un compromiso futuro de entrar en acción ante situaciones problematizadas y conceptualizadas por el mismo Derecho, dentro de sus propias construcciones lingüísticas, pero no de construcciones que se encuentren fuera de él*; por ello, la norma en sí, no es fuente garantizadora de que efectivamente se resolverá la problemática, la cual muchas veces proviene de una realidad separada del lenguaje, máxime si este último es una construcción que sólo busca contribuir a la autopoiesis del sistema y no atiende a la realidad subyacente fuera de él.

¹³ Op. cit., pp. 194-195.

¹⁴ Op. cit., paráfrasis, pp. 193-195, 201-203.

Ciertamente: las expectativas y el comportamiento se estabilizan mutuamente, pero las normas producen mayor seguridad de expectativa de lo que alcanza a justificar el comportamiento: esa es precisamente la aportación específica del derecho a la autopoiesis de la comunicación social.¹⁵

Entendida la *norma jurídica* como una *idealización del mundo*, que contribuye a la concepción de que el Derecho es un sistema aceptable para tener un orden en la sociedad, con la promesa de estabilización de expectativas (idealizaciones) de comportamiento (de facto) de las personas; con ello, justifica y hace permanecer en el tiempo a la ciencia jurídica. Sin embargo, cuando el juzgador tiene que resolver un litigio, parece tener muchos obstáculos para tal cometido, si a esto le sumamos que debe realizar una actividad interpretativa, la norma jurídica que de suyo fue diseñada a partir de un mundo lingüístico, para contribuir a la recursividad del sistema —de poder—, sin atender a un mundo de lo concreto, presenta aún más conflictos, porque al juez se le pide y exige resolver acorde a los hechos acaecidos en el mundo de lo concreto, pero él sólo tiene en sus manos un expediente constituido de metalenguajes, en los cuales, cada una de las partes que intervienen en el proceso, ha impreso sus apreciaciones subjetivas. En este punto se confronta irremediabilmente la inconsistencia de la norma jurídica y la realidad concreta, cuando el juez se ve enfrentado a esta situación lo que hace es construir una nueva realidad, a partir de los elementos que le son dados, porque recordemos que siempre resuelven en condiciones de incertidumbre (ellos no conocieron a través de sus sentidos los hechos que generaron el conflicto entre las partes). En este sentido en la construcción de lo que para ellos es la verdad legal, se afectan gravemente los derechos de los gobernados, porque ya no estamos en presencia de la realidad concreta, ni de la realidad de constancias, sino de las apreciaciones subjetivas de los juzgadores.

En este aspecto, podemos afirmar que el juez crea su realidad, la justifica argumentativamente dentro de la recursividad del “*sistema derecho*”, contribuyendo así a la reproducción del sistema (autopoiesis). Pero no resuelve el conflicto entre las partes fuera del Derecho, sólo dentro de lo que el Derecho le indica que debe resolver; entonces, todos aquellos elementos no descritos por el sistema son excluidos y no resueltos por el juzgador, porque para él no existen, porque así se lo indica el ordenamiento jurídico.

¹⁵ Op. cit., p. 209.

3. La "racionalidad jurídica" en Luhmann

...Se puede hablar específicamente de una "racionalidad jurídica", pero sin deducir, que se trate de una racionalidad para toda la sociedad. Con ello se vuelve problemático el uso del término "razón" en este contexto. Lo que sí se puede lograr es la posibilidad de determinar al interior de zonas borrosas de tolerancia, si se ha cometido un error (o no) al asignar los valores derecho/no derecho. Y esto es, a su vez, la condición de posibilidad de que tenga sentido organizar dentro del sistema una jerarquía de control de los errores, es decir, una instancia especializada...¹⁶

Desde el punto de vista de Luhmann, no es dable manejar concepciones tales como racionalidad jurídica, pretendiendo extender su significación a todos los ámbitos sociales, porque al no existir las verdades absolutas, no sería lógico aplicar la racionalidad de un sistema a todos los demás sistemas, ya que todos obedecen a diferentes codificaciones y distinciones propias de sus operaciones con las cuales se reproducen. Sin embargo, en la aplicación del Derecho, observamos que los operadores jurídicos buscan extender la racionalidad jurídica a todos los aspectos sociales, máxime al tratarse de la interpretación de leyes, por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual, emplea la racionalidad propia del "*sistema derecho*" y la extiende a ámbitos fuera del sistema, lo que resulta problemático porque todo aquello que interpreta y que está colocado fuera del "*sistema derecho*", le aplica una racionalidad puramente jurídica, cuando ya hemos mostrado la deficiencia de la codificación del Derecho, que sólo es capaz de pensar y problematizar el mundo en términos de conforme a derecho/no conforme a derecho.

El tipo de interpretación que sólo es capaz de observar el conflicto dentro del Derecho y sólo en la reconstrucción del mismo, deja de lado todos aquellos aspectos que son los que verdaderamente tiene que resolver la Suprema Corte, y que se encuentran no sólo en el ámbito jurídico, sino que provienen y tendrán impacto en el mundo de lo concreto; logrando como resultado abstracciones lingüísticas, que sólo permanecen en la recursividad de la ciencia jurídica, quedando insuficientemente aplicado en la realidad interpretada; esto debido a una falta de visión amplia y profunda, respecto de los efectos que la interpretación de la ley provoca en los derechos de las personas, y no sólo como una herramienta de justificación de decisiones que se quedan en el sistema, porque visto de esta manera, resulta más incierto el acto de interpretar, que la ley misma.

¹⁶ Op. cit., pp. 242-243.

En una visión de *conciencia* de la verdadera función de la *norma*, que es otorgar expectativas generalizadas de comportamiento, que trabajan sobre la *idealización* de que efectivamente serán aplicadas, bajo la codificación *conforme a derecho-no conforme a derecho*; el juzgador tiene que reducir la contingencia en su aplicación; es decir, conociendo las limitaciones propias del Derecho y de las operaciones que emplea para funcionar, tales como las normas jurídicas y que sólo trabajan en un código bivalente; el juez tiene que limitar el número de respuestas posibles, las cuales deben ser producto de un proceso de toma de decisiones que tenga en cuenta la perspectiva de la *argumentación jurídica* desde la teoría que explica cómo funciona el Derecho, para que conociendo los obstáculos a superar dentro del mismo, con una *visión integradora de las racionalidades de otros sistemas logre decisiones de consenso, que aspiren a reconciliar las diferencias propias de cada sistema y del entorno, o por lo menos, reducir en la aplicación del Derecho, la tensión entre lo hipotético de la norma, la incertidumbre en la que se resuelve, lo subjetivo del proceso mismo de conocer e interpretar la norma jurídica, los hechos, con el enfrentamiento de la realidad concreta, que es finalmente donde todo el proceso jurisdiccional impactará.*

El juzgador debe de reflexionar que el mundo de lo concreto no funciona en una codificación bivalente, se gesta en una variedad de valoraciones no absolutas que construyen a su vez otras realidades, tejiendo tantas realidades como variaciones se permitan. Ante la complejidad¹⁷ del mundo, el juez tendría que tener una visión de éste en perspectiva y no sólo en términos de legalidad/no legalidad.

El hecho de que el juzgador tenga conciencia y conocimiento profundo de qué es y cómo funciona el “*sistema derecho*” y, a su vez, realice una reflexión epistemológica y filosófica de todas sus implicaciones; le proporcionará una *visión del mundo* en términos de *construcción de racionalidades y realidades acordes al mundo de lo concreto*, y no de adscripción a valores ya dados, que sólo son orientaciones a reconstrucciones sistémicas, que únicamente atienden a la recursividad del sistema, que no construyen, sino reutilizan conceptos dados en la “*codificación binaria*”, para no enfrentarse a la *complejidad* que significa el mundo de lo concreto. *Complejidad* que se traduce en el hecho de pensar de manera diferente, en términos de apertura a todas las racionalidades,

¹⁷ La complejidad para Luhmann significa que siempre hay más posibilidades de experiencia y de acción de cuantas en realidad se pueden volver actuales.

realidades, enfrentamientos a todas aquellas situaciones negadas e inexistentes para el Derecho y para la sociedad; construcción de valores en mira de todo lo excluido, creación de procesos de integración de *lo ignorado, de la nada jurídica*, todo lo que está en el substrato social y refleja lo que verdaderamente es y no encuentra identidad jurídica, ni protección por parte de las instituciones; que sólo vive y pervive en la periferia como una realidad paralela, que no se encuadra dentro del proceso idealizador de expectativas normativas de comportamiento a través del cual el Derecho asegura su permanencia y funcionamiento.

Si la consistencia en las decisiones es el único valor que se puede derivar del código legal-ilegal, que por lo menos ese equilibrio se alcance, a iguales circunstancias iguales respuestas jurídicas. Señala Luhmann que en la *codificación binaria*, lo que se puede aspirar es a encontrar los errores en la asignación de valores en la codificación del Derecho, lo que es una condición posibilitante de la existencia dentro del sistema en una jerarquía de control de los errores, es decir, una instancia especializada.

En este sentido, si a los tribunales del *Poder Judicial* les ha sido encargada la misión de localizar los errores en la asignación de valores de la codificación, su cometido no sólo se debe circunscribir al logro de la consistencia en las decisiones, ni la corrección del error o la localización de los mismos; sino a la transformación y ampliación de la visión del código del Derecho, integrando las racionalidades de los demás sistemas y del entorno. Ésta es la verdadera construcción de la racionalidad jurídica, que será extensiva a las demás racionalidades de los otros sistemas en la interpretación de las leyes, en la reconciliación de lo excluido por la ciencia jurídica, integrado en una interpretación que verdaderamente transforme positivamente el *mundo de la vida*, y no sólo se circunscriba a justificar las decisiones en términos de Estado de Derecho, supremacía constitucional, garantías individuales, utilizadas como construcciones retóricas.

La labor jurisdiccional no se cumple en la legitimación de las decisiones jurídicas, ni en la confirmación de las facultades conferidas a los jueces y magistrados, no se trata de una reafirmación que demuestre que tienen el poder, sino que efectivamente lo usen para transformar el mundo.

III. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LUHMANN

La argumentación jurídica juega un papel decisivo en la justificación de las decisiones judiciales, esta herramienta intenta explicar la interpretación realizada

por el juzgador y, mostrar, al menos lingüísticamente, porqué la decisión judicial es la correcta; sin embargo, su función resulta problemática cuándo analizamos cómo funciona el Derecho, ya que más que explicar las decisiones de los juzgadores, se termina justificando todo tipo de manifestaciones, que no siempre concuerdan con la realidad concreta.

El Poder Judicial reconoce este tipo de problemáticas, los procedimientos judiciales operan en esta misma dirección: comienzan aceptando con cuidado-so esmero la inseguridad de la decisión. De esta manera seduce a que se colabore, se especifican roles, se determinan las aportaciones, se delimitan los puntos conflictivos, hasta que la decisión aparece como un resultado “lógico” del procedimiento jurídico. Una vez que se ha decidido, sólo es posible impugnar en la medida en que lo permitan los mismos medios jurídicos. Y fuera de esto, sólo por el camino de la política se le puede sugerir al “*sistema derecho*” un cambio en el Derecho vigente.¹⁸

Para comprender la argumentación, es decisivo lo que con ella no se puede lograr, o conseguir. Y esto que no se puede alcanzar es el símbolo de la validez del Derecho. Ningún argumento tiene capacidad de cambiar el Derecho vigente, como sí podría hacerlo, por ejemplo, una ley, un contrato, un testamento, una decisión jurídica tomada por el tribunal; ningún argumento es capaz de dar validez a nuevos derechos y obligaciones y, con ello, crear condiciones que a su vez puedan ser cambiadas. Este no poder sirve de descarga a la argumentación: la dispensa para que se constituya en otra clase de disciplina.¹⁹

Es claro que el movimiento de la validez y la argumentación jurídica no operan con independencia mutua... Estas dos operaciones se enlazarán a través de acoplamientos estructurales, es decir: textos.

Precisamente porque los textos realizan el enlace de la argumentación con la validez del derecho, los textos tienen un significado excepcional para la argumentación jurídica... Los textos posibilitan la autoobservación simplificada. En el proceso normal de las decisiones, el sistema se observa a sí mismo no como sistema-en un entorno, sino como una aglomeración de textos jurídicos que se remiten unos a otros...

...Lo decisivo es que el sistema mismo pueda actualizar los contextos internos y también, que a través de ellos, pueda restringir las posibilidades de cada opera-

¹⁸ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª edición, trad. de Javier Torres Navarrete, México, Herder, 2005, paráfrasis, pp. 394-395.

¹⁹ Op. cit., paráfrasis, p. 401.

ción actual... Ya que sólo se puede interpretar y argumentar, después de que se han encontrado los textos pertinentes... El derecho vigente es razón proporcionada para decidir en el sentido del derecho. El sentido literal del texto es lo indispensable. La interpretación será después entendida como racionalización posterior del texto, o como cumplimiento de la premisa de que el legislador mismo ha decidido racionalmente... En cualquier caso la interpretación es la producción de más texto...²⁰

En un proceso lo que se dilucida es si los hechos dados por las partes y las pruebas aportadas, son acordes al Derecho, y es precisamente en este punto que se verifica la validez de Derecho, argumentada por el juez, de acuerdo al texto de la ley o jurisprudencia

En la interpretación del texto es ya posible colocarse en el lugar de una observación de segundo orden... el texto debe ser tomado como comunicación. Y la supuesta racionalidad del texto debe ser tomada como racionalidad de la intención que creó el texto (por sobre todo, el legislador). Sin embargo, la teoría de la argumentación jurídica va más allá: evalúa los argumentos de cara al poder de convencimiento en el proceso comunicativo, de cara también a la capacidad de imponerse en la comunicación... Esto presupone que la comunicación es un proceso que se observa a sí mismo e instala para ello una observación de segundo orden. Se acepta la premisa de preentendimiento de un texto que ha sido previamente dotado de sentido racional, sin que necesariamente se tenga que atribuir al autor del texto (que en realidad no se puede observar) toda la intencionalidad.²¹

La argumentación jurídica intenta demostrar que el proceso de toma de decisión del juez, es racional, pero se justifica en una racionalidad comunicativa, ocultando los errores colocados en el substrato, detrás de la comunicación; es decir, no se explica la decisión de fondo, sino la argumentada, con ello el juzgador no razona la afectación de derecho. Entendiendo de esta forma a la argumentación, la cual, serviría para justificar dos decisiones contrarias, intentando convencer que la racionalidad contenida en cualquiera de ellas es la correcta, pero no justifica por qué ante la contingencia del sistema mismo es posible que la problemática tuviera más de dos respuestas plausibles y por qué el juez eligió solamente una de ellas considerándola como la "*verdad legal*".

²⁰ Op. cit., pp. 400-404.

²¹ Op. cit., p. 405.

1. La paradoja de la argumentación: Razón versus no razón

...¿cuál es el otro lado de una razón? ¿Una no-razón?... ¿No será este otro lado sólo el “valor de reflexión” que hace posible la contingencia de todo lo fundamenteable, o incluso que expresa la infundamentabilidad de todo fundamento? ¿Por tanto, no será este valor de reflexión el que hace posible reflexionar la paradoja de la fundamentación? Y si esto fuera así, ¿no tendría esta forma de observación de primer orden la desventaja de confrontar demasiado rápidamente (¡demasiado rápidamente!) a la argumentación jurídica con su propia paradoja?

...el argumentar...se conforma con una distinción de suplencia que no sólo invisibiliza la paradoja, sino que introduce otras distinciones: la confusión de buenas/malas (o para ser cortés) menos buenas razones. Esta distinción desencadena la pregunta acerca de los criterios con los que se reconocen las buenas razones (o menos buenas). Y con ayuda de esta pregunta sobre los criterios, la teoría de la argumentación se coloca dentro del acontecer de la argumentación misma, se entiende que del lado bueno. También los criterios deben por supuesto estar fundamentados. Para esto sirve el constructo de la “razón” a la que se le atribuye la propiedad de poder fundamentarse a sí misma...²²

El problema de la argumentación, como lo señala Luhmann, es que al igual que el “*sistema derecho*”, despliega para su funcionamiento una paradoja difícil de detectar, porque el código bajo el cual funciona es: razón/no razón, en este sentido no se puede saber cual de las dos premisas es la correcta, ya que desde la no razón —que es el pensamiento excluido del juicio del juzgador— hay un valor de reflexión, que permite la formación de la razón a partir de todo lo excluido; es decir, de todos los contenidos de la no razón, porque en la unidad de la distinción para formar su concepción de racionalidad se necesita de todo lo que no es racional, para que distinguiendo, a partir de lo que no se incluye en un concepto, es posible decir que, sí es lo racional.

Entonces la razón-no razón permite observar la paradoja de la argumentación y su *eficiencia* para dar consistencia a las decisiones jurídicas, pero a la vez su deficiencia para acercar al juzgador a reducir la contingencia de la decisión en un mundo del lenguaje que le permite y le proporciona las herramientas para justificar dos decisiones contrarias, sin decir por qué eligió una como la correcta para resolver una problemática; en este aspecto, la argumentación nos sirve para justificar todo tipo de decisiones, pero no para acercar el mundo de lo

²² Op. cit., pp. 406-407.

concreto al mundo del lenguaje, en donde haya una correspondencia de los hechos acaecidos en uno y la interpretación de ellos mismos en el otro y, que no logramos reconciliar dos universos paralelos en los que necesariamente tiene que trabajar el juzgador.

Si bien en algún tiempo se sostenía que la argumentación jurídica mantenía la justificación racional a las decisiones judiciales; ahora observamos, que no hace más que disfrazar las verdaderas razones subyacentes en una sentencia, las cuales son encubiertas a través de la argumentación que matiza cualquier tipo de decisión, ésta es precisamente su insuficiencia para dar seguridad jurídica a los gobernados; ya que ante la multiplicidad de tribunales en el país, cada uno obedece a un proceso diferente de formación de su decisión y, la argumentación, les proporciona la herramienta ideal para dar consistencia a sus determinaciones; pero desenmascarando de consistencia lingüística a la misma, desproveyéndola de los argumentos adecuados para cada proceso de toma de decisión, nos enfrentamos a criterios distintos, inconsistentes; por lo tanto, lo que en última instancia queda es la decisión en sí misma, el dictado del derecho, es en esto, en lo que debemos centrar nuestra atención, en el acto decisorio, para llegar a él tendríamos que tener en cuenta el proceso seguido para la toma de decisiones por parte de los tribunales y no sólo considerar a las herramientas y técnicas argumentativas como elementos para *mejorar* el desempeño judicial.

...Entonces, lo que aparece como "teoría de la argumentación" consiste, sustancialmente, en recomendar argumentos para los procedimientos adecuados, sin que se tuviera ya cuidado de conocer la manera en que los juristas argumentan realmente en las situaciones prácticas...

...Llama la atención además que la plausibilidad de dichas reglas choca con frecuencia con su inaplicabilidad: ¿Cómo podrían ser tomadas en cuenta todas las circunstancias de la situación? ¿Y por qué sólo de la situación?

...La argumentación jurídica puede considerar como "razonable" el producto de su ocupación, pero ello no quiere decir que ella deduzca a partir de principios de razonabilidad y tampoco quiere decir que se refiera a un potencial de pensamiento y que está disponible en todos los seres humanos...²³

²³ Op. cit., pp. 408-410.

2. La reformulación de la función de la argumentación jurídica

En primer lugar se necesita un concepto de argumentación que no contenga de salida la etapa de su fundamento, sino que ofrezca la oportunidad de preguntar por las condiciones de posibilidad y la función de la argumentación.²⁴

...El concepto de argumentación entonces se formula, independientemente de la pregunta de qué tan buenas son las razones, con la ayuda de tres distinciones: 1) operación/observación; 2) autoobservación/heteroobservación; 3) controvertido/incontrovertido. La argumentación jurídica es, según esto, una combinación de cada una de estas distinciones, la autoobservación del sistema del derecho que, en su contexto recursivo autopoietico, reacciona (o anticipa) a las diferencias de opinión —pasadas o venideras—, recurriendo a la asignación de valores del código conforme a derecho/no conforme a derecho. Se trata, pues, de observación ya que tiene que ver con discriminar casos (o grupos de casos) sirviéndose de distinciones. Se trata también de una autoobservación, debido a que la operación de la observación se desarrolla dentro del sistema mismo del derecho. Y se trata de comunicación proclive a la controversia en tanto que la disposición sobre el símbolo de validez con la pura lectura de la ley, deben quedar excluidas de concepto de argumentación.²⁵

La recursividad del Derecho, hace que éste trabaje con una multiplicidad de informaciones, que son procesadas y seleccionadas con la redundancia, que en cierto punto delimita las importantes y, que por ello, tienen que ser tomadas en cuenta para la formación de nuevas informaciones; aunando a todo este proceso, está el hecho de que el “*sistema derecho*” tiene que funcionar con todas ellas y, al mismo tiempo, continuamente debe hacer la selección de las que deben de trascender para la transmisión de informaciones con el objetivo de lograr el funcionamiento autopoietico del sistema.

Este sumario de procesamiento de informaciones en el “*sistema derecho*”, de manera fáctica es observable en el análisis de la formación de la jurisprudencia por contradicción de tesis en México, la cual exige su formación, a partir de dos o más informaciones —criterios jurídicos divergentes de tribunales federales diferentes— contradictorias, que es necesario que en el uso de la redundancia se seleccione una de ellas como correcta, la cual sentará las bases para la formación nuevas informaciones. En este proceso, la redundancia ayuda a la

²⁴ Op. cit., paráfrasis, p. 412.

²⁵ Op. cit., p. 415.

selección de la información importante, esta última será la base de operación para la integración de nuevas de informaciones, que lleven a la circularidad del "*sistema derecho*" y, por ende, a su recursividad y clausura operativa.

Conformado así el sistema de procesamiento de informaciones, al juzgador no le queda más remedio que trabajar en la construcción de su decisión, empleando elementos del propio sistema, el cual le proporciona la cuadratura bajo la que debe de trabajar; ya que los conflictos jurídicos que ha de resolver, son creados por el Derecho, en el procesamiento de informaciones; esto es constatable, si analizamos el hecho de que fuera del Derecho el lenguaje jurídico empleado para crear palabras y los significados propios de las mismas, no existen y no funcionan fuera de él. Y es este mismo lenguaje con el que se pretende dar soluciones a conflictos gestados fuera del mundo del lenguaje, que no significarían nada si no es con referencia al propio sistema.²⁶

...la redundancia es condición de posibilidad de la argumentación jurídica. Después de estas aclaraciones, se puede renunciar a ver el problema de la argumentación jurídica sólo como problema de reconocimiento y de prevención de errores, a pesar de que esta pueda ser la preocupación de los juristas. Desde el punto de vista del observador de segundo orden que pretende tematizar la forma de operar del sistema del derecho (y no sólo tematizar los argumentos, los objetivos, las condiciones de verdad), se trata de producción suficiente de consistencia a partir de la gran cantidad de decisiones entre sí... Si la justicia consiste en la consistencia de las decisiones, entonces podemos decir también: justicia es redundancia. De esta manera la redundancia se distingue de otros tipos de decisión ideal que tienen en mente la optimización de las decisiones particulares, al decidir entre una cantidad grande de información posible.²⁷

El juzgador tendrá primeramente que decidir si hace la distinción dada por el propio "*sistema derecho*" —conforme a derecho/no conforme a derecho—, o si en su caso, decide elegir otro tipo de distinciones, en base a qué criterios ideológicos, y con qué tipo de intereses subyacentes los está distinguiendo en su decisión.

²⁶ Idem "Información que en el empleo de la redundancia, selecciona las informaciones importantes, realiza la transmisión de informaciones importantes en la comunicación, dando paso a la creación de nuevas informaciones y, con ello, contribuyendo a la recursividad del sistema, que en continua circularidad lleva a su clausura operativa y continua permanencia y reproducción en el mismo esquema propio de un sistema autopoietico."

²⁷ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª edición, trad. de Javier Torres Navarrete, México, Herder, 2005, pp. 419-420.

Los criterios jurídicos imperantes en el Poder Judicial Federal, están en continuo cambio, porque la realidad concreta exige nuevas adaptaciones lingüísticas que reduzcan la tensión entre la realidad, los hechos concretos y la validez del Derecho, pero el cambio de criterios incluye lo que fue excluido en otra interpretación o análisis previo, el Derecho no puede observarse como algo absoluto y, aún menos, los criterios de los tribunales autorizados para decirlo; prueba de ello, son las nueve épocas en que la jurisprudencia ha cambiado, en no pocos casos, diametralmente de razonamiento.

IV. CONCLUSIONES

En la labor jurisdiccional en general y en cada una de las decisiones de los juzgadores —ya que el juez no tiene más remedio que resolver bajo el código dado del “sistema derecho”, porque es parte de él— debe construir sus decisiones judiciales en condiciones y mediante mecanismos, que le permitan obtener resultados que tengan consistencia con los elementos que le son dados por las partes en el proceso; pero que, consciente del sistema en el que trabaja, tenga una línea de pensamiento en la cual, por lo menos, epistemológica y metodológicamente, tenga elementos que le permitan tener un proceso de construcción de su determinación, que le evidencien la limitación de la racionalidad del “sistema derecho” y le proporcionen un camino a seguir, en el que pueda llegar a una solución, que si bien siempre será tomada en condiciones de incertidumbre, afecte lo menos posible los derechos de las personas que están sometidas a su jurisdicción en razón del conflicto.

Es necesario hacer una reformulación de la función de la argumentación jurídica, ante la reproducción de las condiciones de dominación y dar un giro al papel que desempeña en la continua construcción del “*sistema derecho*”, no con miras a la edificación de su recursividad y clausura operativa dentro de los mismos márgenes de acción, ni en la justificación de la toma de decisiones retóricamente; sino en una visión de cambio, que no oculte la exclusión de la no razón, sino que la integre a la razón que tomó en cuenta el juzgador, para resolver en el modo en que lo hizo, que éste en su sentencia tenga la conciencia de que su racionalidad no está integrada exclusivamente por la “razón”; ya que esta última es un binomio formado por ella misma y por su *contrario* la “no razón”, que necesita de lo excluido para formarse y que se justifica como respuesta seleccionada en un conflicto y, como elección viable de entre otras posibilidades de acción para el juzgador, por el hecho de que integra su paradoja misma, para

fundamentarse como opción asequible para reducir la contingencia en el proceso de toma de decisiones. Dando un giro a la racionalidad dominante, mediante un proceso que integra lo excluido para explicar por qué tales o cuáles elementos son plausibles para arrojar ciertas conclusiones en el ánimo del juzgador y, al mismo tiempo, evidenciar y explicar por qué otros elementos no son los idóneos para tener una decisión conforme con los hechos acaecidos en el mundo de lo concreto y, no sólo una decisión que alejada del modo en el que realmente sucedieron los hechos, se ajusta más a la justificación de la decisión en el mundo del lenguaje y bajo las reglas del juego de la recursividad del Derecho, ayudadas por la argumentación jurídica con técnicas y herramientas que emplean argumentos diseñados quirúrgicamente para justificar todo tipo de decisiones, que no reducen la contingencia del sistema y, por el contrario, amplían el contexto de incertidumbre en el que el juzgador resuelve, pero aún más, lo confirman y hacen permanecer en el tiempo, hasta la sentencia misma.

Bajo esta perspectiva, la razón-no razón, ambas son las condiciones posibilitantes para la acción de su contraria, van tejiendo los elementos del mañana que regirán en las relaciones jurídicas. Es problemático pensar que existe una racionalidad absoluta y verdadera, porque de facto no la hay; en lugar de hacer tales disertaciones, el juez tiene que pensar en términos abiertos que le permitan ver las cosas y el mundo, como un observador de segundo nivel, con una "actitud realizativa", receptivo de todas condiciones posibilitantes para la acción presentes en el mundo de lo concreto y no sólo con las razones del Derecho.

V. REFERENCIAS DOCUMENTALES

- ALEXY, Robert, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, No. 5, 1988, pp. 139-151.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, Angélica, *La justicia sometida. Análisis sociológico de una sentencia*. México, Grupo editorial Miguel Ángel Porrúa, 2000, pp. 16-23.
- DARÍO RODRÍGUEZ, M., *Invitación a la sociología de Niklas Luhmann*, en Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª edición, trad. de Javier Torres Navarrete, México, Herder, 2005, p. 30.
- DE GIORGI, Raffaele, "Referencia y obstáculo", traducción inédita de Sánchez Sandoval, Augusto. Profesor titular "C" de tiempo completo en el Posgrado en Derecho de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Universidad Nacional Autónoma de México.
- LÓPEZ DE LA VIEJA, María Teresa, "Ética y modelo de los principios", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, No. 23, 2000, pp. 655-664.

- LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª edición, trad. de Javier Torres Navarrete, México, Herder, 2005, pp. 68, 85, 124-127, 129-130, 155-156, 159, 161-163, 167-170, 185-187, 193-195, 201-209, 235-238, 242-243, 246-247, 276-277, 280, 287, 289, 292, 296-297, 339-340, 347, 365, 369-372, 379, 381-383, 387, 391-392, 394-395, 400-412, 415-422, 424, 428-434, 438, 441-445, 447-459, 571, 573, 594-595, 599, 606, 611-612, 620 y 624.
- MATURANA, Humberto y Varela, Francisco, "De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: La organización de lo vivo", editorial Universitaria y Editorial Lumen, Buenos Aires, Argentina, 2004. pp. 45-47, citado por Sánchez Sandoval, La epistemología en el mundo de lo concreto", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Distrito Federal, México, Vol. 4, No. 6, enero-junio 2008, pp. 1-18.
- OVALLE FAVELA, José, "La sentencia: estructura lógica y principios", *Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*, Durango, Durango, México, Nos. 20-21, octubre-marzo, 1985, pp. 11-24.
- PÁSARA, Luis, *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 7.
- RAIGOSA, Luis, "Jueces, principios y reglas. Una visión pragmática", *Revista Mexicana de Derecho Público*, Distrito Federal, México, No. 2, octubre 2001, pp. 139-150.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, "La epistemología en el mundo de lo concreto", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Distrito Federal, México, Vol. 4, No. 6, enero-junio 2008, pp. 1-18.
- _____, "La interpretación del Derecho", ponencia expuesta en el marco del Congreso Internacional "Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho", celebrado de la Universidad Nacional Autónoma de México, coordinadores doctor Enrique Cáceres Nieto, maestro Imer Flores, en el Auditorio Héctor Fix-Zamudio, del 7 al 11 de julio de 2003.
- _____, *Sistemas ideológicos y control social*, México, 2005, UNAM, pp. 14-17, 22.
- LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación, el viernes 10 de enero de 1936.
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, Novena Época, IUS 2008, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

ESTRUCTURAS E INSTITUCIONES SOCIALES EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO

Alma Lizette ALANIS HERNÁNDEZ¹

SUMARIO: I. Introducción II. Estructuras sociales. III. Instituciones educativas IV. La repartición de los riesgos en las clases sociales V. El empleo y el comportamiento de las empresas VI. Ciencia, riesgo y representación social VII. Tecnologías e instituciones en la sociedad contemporánea. VIII. El Medio ambiente IX. La informática, la automatización y los riesgos para los usuarios X. La medicina XI. La biotecnología, riesgos y política XII. Instituciones de carácter internacional XIII. Disposiciones jurídicas que crean y regulan a las instituciones XIV. Conclusiones XV. Referencias de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Con el transcurso del tiempo hemos sido testigos y participantes de las transformaciones sociales que han sido provocadas, en su mayoría, por la implementación de las máquinas en los procesos de producción; estos cambios se ven reflejados en las estructuras e instituciones sociales que forman parte de nuestro sistema. Existen un cúmulo de trabajos acerca de la globalización, del comportamiento de la economía actual, etcétera, sin embargo este artículo se ha escrito desde la perspectiva latinoamericana y muestra el comportamiento de las estructuras e instituciones sociales en la llamada sociedad del riesgo, en relación con el derecho. La sociedad del riesgo es la sociedad contemporánea, en donde el sistema de producción de la industrialización desmedida produce un efecto bumerang que sobrepasa el esquema de clases o la división de fronteras. Mi percepción del derecho ha cambiado, sobre todo, desde el momento de analizar su efectividad, así como su desarrollo con otras áreas del conocimiento como la economía, la sociología y las llamadas ciencias duras.

¹ Maestra en Derecho y estudiante del Doctorado en Derecho de la FES Acatlán.

El mundo por su compleja evolución no es sencillo de comprender, incluye un conjunto de diversos factores que se entretajan de muchas maneras. Para nosotros los juristas resultan especialmente relevantes las repercusiones jurídicas, que en el actuar cotidiano provocan tanto los individuos, como las estructuras e instituciones legalmente reconocidas, por lo tanto, los ordenamientos jurídicos tienen que ser modificados y adaptarse a las circunstancias que la sociedad requiera.

De esta forma, diferentes autores han forjado una línea de investigación basada en el sistema económico globalizador, como Ulrich Beck² quien realiza una descripción del panorama general de la sociedad producto del sistema capitalista y su rumbo probable, desde varios puntos de vista. Habla de la sociedad del riesgo y de los cambios que ha sufrido ésta; de la socialización de la destrucción de la naturaleza y de las sociedades en peligro, estructurando la relación entre la dirección política y el cambio técnico económico en estas sociedades.

Por su parte, Michael Lowy habla de la nueva característica de las solidaridades que se entretajan dentro y alrededor del movimiento de resistencia global, a la globalización capitalista y de los nuevos paradigmas de la civilización.

Los autores Bauman, Luhmann y Giddens³ establecen, de forma sistemática, los principales diagnósticos de la época moderna realizados desde una perspectiva sociológica. El concepto de "efectos colaterales perversos" es el denominador común, desde el cual, estos autores interpretan la contextura sociocultural de la modernidad tardía. Términos como riesgo, contingencia, ambivalencia e indeterminación ofrecen nuevos marcos de interpretación de las realidades sociales modernas.

Oscar Altimir, analiza la evolución de la pobreza Argentina a partir de los cambios estructurales experimentados en la economía;⁴ el estudio se concentra en Argentina y refleja el comportamiento de las variables económicas básicas. El objetivo fundamental de esta investigación es el de analizar cómo las modificaciones en el funcionamiento económico, que producen las reformas introducidas desde los años noventa, afectan estas variables básicas, los niveles y estructura de la pobreza, así como la trascendencia de estos aspectos en las estructuras sociales nucleares.

² Cfr. Beck, Ulrich, "La sociedad del riesgo". Ed. Paidós, Barcelona, España, 1998.

³ Cfr. Bauman, S.; Luhmann, N.; Giddens, A. "Consecuencias Perversas de la Modernidad" Ed. Paidós España, 2002.

⁴ Altimir, Oscar, *Pobreza y desigualdad en América Latina: temas y nuevos desafíos*, ed. Paidós, Buenos Aires, 1999.

Dentro del ámbito del derecho, la composición actual de las estructuras e instituciones sociales como la familia, han tenido drásticos cambios, por ello se analizan los conceptos: los sistemas económicos, la globalización y el derecho.

II. ESTRUCTURAS SOCIALES

Estructura social es un concepto que tiene diferentes significados, pues en ocasiones es definido como equivalente a sistema social o a organización social. Una definición científica refiere a la *estructura compleja* de un modelo, como descripción de una teoría. Representada gráficamente, es la relación entre variables y no sus respectivos valores.

La palabra *estructura*, en cuanto a concepto fundamental de la sociología y de la antropología de la cultura, ofrece dificultades de aplicación y entendimiento, pues apunta a diversos planos de la realidad social. Por otra parte, hablamos de la *estructura social* que une a dos personas, de una forma especial que resulta del estatus y de la función que desempeñan (vínculo de relación social). Pero también hablamos de la estructura de toda una sociedad, la estructura social la podemos deducir por existencia de su influjo en la <acción> de los individuos.

Al respecto Maturana sostiene que: *Cada sociedad se distingue por las características de la red de interacciones que la realizan, un club, una comunidad religiosa, etcétera. Son sociedades distintas por que sus miembros realizan conductas distintas.*⁵

En sociología, *estructura social* es el concepto que describe la forma que adopta el sistema global de las relaciones entre individuos; sirve para explicar las relaciones sistemáticas que vinculan a miembros de una determinada comunidad aunque no se encuentren en ningún momento en contacto directo.

Cabe preguntarse si el análisis de redes sociales es una aproximación distinta del estudio de la realidad social o si en definitiva, nos encontramos frente a investigaciones convencionales que incorporan análisis de datos relacionales en su intento de explicar la realidad.

Ahora bien, el mencionado concepto *estructura*, es también, el que hace referencia a una población con una organización y una tecnología, que vive y se

⁵ Maturana R., Humberto, *La realidad: ¿Objetiva o construida?*, Vol. I, Fundamentos Biológicos de la realidad, Editorial de hombre Anthropos en coedición con la Universidad Iberoamericana, Barcelona, España, 1995, p. 42.

desarrolla en un medio ambiente; se mantiene en todos los niveles de complejidad que tengan que ver con lo vivo, ya que no hay discontinuidad entre lo social, lo humano y lo biológico. Es importante destacar lo que señala Maturana:

“... la organización es invariable y es común a todos los miembros de una clase determinada de unidades compuestas, pero la estructura siempre es individual. Cada unidad determinada tiene una estructura que realiza la organización, y que está compuesta de sus componentes determinados y las relaciones concretas determinadas, que hacen que sea una unidad determinada {...} Por lo tanto, la estructura de una unidad compuesta se puede cambiar sin que se destruya su organización. Si destruyes la organización ya no tienes la unidad, sino algo distinto; sin embargo, puedes cambiar la estructura sin cambiar la unidad en términos de su identidad de clase, en términos del tipo de unidad que tienes.”⁶

En este contexto, se puede definir *Estructura social* como la organización en la que está establecida una sociedad, usando cualesquiera parámetros tales como el lenguaje, el arte, la religión, los valores, el gobierno, la propiedad, la estratificación, la familia, los grupos, etcétera, y que socialmente hablando coadyuva a su identificación e identidad, tanto al interior como al exterior. De esta manera, la estructura social modifica y es modificada a su vez por la tecnología y el medio ambiente. El análisis sociológico de las estructuras sociales no puede hacerse sobre la estructura en sí misma, pues no es algo tangible, sino que es una definición formal.

En este sentido, como lo dirían Lovelock, J., Bateson G. y G. Margulis, podemos emplear el concepto de *sistema social* como un sistema en el cual emergen los fenómenos cotidianos a los cuales llamamos sociales. Existen diversas corrientes del conocimiento que analizan este concepto, un ejemplo es el *determinismo estructural* y algunas otras que han tomado elementos de la teoría de sistemas que implica mecanismos como la *autopoiesis*, intentan definir a las estructuras sociales. Al respecto es importante retomar las afirmaciones de Humberto Maturana y Francisco Valera, quienes en su libro *De máquinas y seres vivos*, establecen que:

“...aunque es indudable que los sistemas sociales son sistemas autopoieticos de tercer orden, por el solo hecho de ser sistemas compuestos por organismos, lo que

⁶ Lovelock, J.; Bateson, G., Margulis, L., Atlan, H., Varela, F., Maturana, H. y otros *GAIA Implicaciones de la nueva biología*, Edición a cargo de W. I. Thompson, 3ª Edición, Kairos, 1995, p. 69.

los define como lo que son en tanto sistemas sociales, no es la autopoiesis de sus componentes, sino la forma de relación entre los organismos que los componen, y que connotamos en la vida cotidiana, en el preciso momento en que los distinguimos en su singularidad como tales al usar la noción de "sistema social". Lo que sí no hay que olvidar ni desdeñar, es que estos sistemas autopoieticos de orden superior se realizan a través de la realización de sus componentes."⁷

En estas breves descripciones se vislumbra la similitud y convergencia existentes entre tan múltiples y diversas ramas, al analizar un concepto como el de estructura social; sin embargo, no debemos dejar de lado que a pesar de ellas, para poder realizar un análisis que sirva a nuestra intención, debemos establecer también las diferencias y las erróneas interpretaciones que se han hecho al respecto.

Lo anterior implica que además de estudiar a la estructura social como mera definición sociológica, tomaremos en cuenta aspectos variados como lo son sus componentes (organismos vivos, en lo individual) y otros más, ello con el fin de intentar establecer si son o no condicionantes en la conformación estructural ya que, generalmente, no se tiene en cuenta la estructura de los individuos involucrados y se tiende a interpretar la conducta social como un fenómeno propio de las ciencias sociales, olvidando que, como bien señala Maturana, lo colectivo no es un fenómeno esencialmente humano sino biológico.

En este sentido, debo atender en primer término, el hecho de que para que exista una estructura social, debe existir eminentemente una relación o interacción entre los miembros de esa sociedad que la compone y que todo comportamiento individual repercute a nivel social o grupal.

Con una visión interdisciplinaria, se observa la necesidad de ver más allá de lo jurídico y de lo social para poder realizar observaciones mejor fundadas. En el concepto de estructura social no se trata simplemente de definirlo, sino, en todo caso, dejar en claro que este término tiene bases en otras ciencias como la psicología y la biología, especialmente cuando se trata de comprender cuál es lugar que ocupa un individuo en la sociedad y de qué manera influye en su organización, asumiendo que lo haga.

José Luis Molina afirma que las personas no se relacionan entre sí ni libre ni aleatoriamente, sino en función de la estructura de las relaciones en las que

⁷ Maturana Romesin, Humberto, Valera García, Francisco, *De máquinas y seres vivos, Autopoiesis: La organización de lo vivo*, Sexta Edición, editorial Universitaria y Grupo Editorial Lumen, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 19.

están inmersas; en este sentido, la forma de relación entre los componentes de un sistema, entendido como lo explica Humberto Maturana, incide directamente en la organización de la misma.

Atendiendo a las afirmaciones de Maturana, y dado que la organización es invariada pues la estructura puede cambiar, para permanecer igual, además del hecho de observar la situación actual de ellas, puedo decir que las estructuras e instituciones de la sociedad del riesgo no sólo han cambiado sino que han dejado de ser funcionales para el propio sistema.

III. INSTITUCIONES EDUCATIVAS

Para hablar de las instituciones educativas, es necesario en primer lugar, hablar de manera más amplia de lo que refiere la palabra *institución*. Las instituciones sociales son un sistema de convenciones sociales organizadas, relativamente permanentes, dirigidas por una estructura reconocida dentro de la sociedad, en tanto sistema de relación e interacción; Ellas deben ser conocidas, más aún reconocidas en la misma estructura.

La institución es entonces definida como un sistema de pautas sociales, que formula ciertas conductas sancionadas y unificadas con el propósito de satisfacer y/o responder a las supuestas necesidades básicas de una sociedad. Es decir, son comportamientos de un individuo que forman parte de una sociedad, o dicho de otra manera, procesos estructurados mediante los cuales las personas llevan a cabo sus actividades.

Toda institución está sujeta a cambios, debido a diversos factores como la pérdida de sus componentes, la incorporación de nuevos, con propiedades diferentes, y los cambios en las propiedades de ellos.

Algunas características comunes de las instituciones son: tienen un origen social determinado o determinable, satisfacen necesidades sociales específicas (aunque en muchos casos sean necesidades creadas), los patrones culturales que informan una institución son impuestos, aunado a que, sus ideales son aceptados por la gran mayoría de los miembros de la sociedad.

Las instituciones sociales se recrean culturalmente en los procesos temporales que cada época enfrenta, de esta manera, en ocasiones la crisis de una institución aparentemente muestra su destrucción; lo cierto es que las mismas crisis muestran los elementos <simbólicos> esenciales para cada sociedad, donde ésta necesita ajustarse permanentemente, debido al carácter conflictivo de la historia y, por ende, de las relaciones sociales. En este sentido, *hay un*

*cambio social genuino en una sociedad, sólo si hay un cambio conductual genuino en sus miembros. Todo cambio social es un cambio cultural.*⁸

Una institución se traduce en cuerpos normativos, jurídicos, culturales, conformados por un conjunto de ideas, creencias, valores y reglas que condicionan las formas de intercambio social. La división más primigenia sería la que se refiere, por un lado, al sector público o del gobierno, es decir, a instituciones que dependen del Estado en una economía nacional. La actividad económica del sector público abarca todas aquellas actividades que el Estado con sus empresas posee o controla; y por el otro, al sector privado que es la parte de la economía de un país que no pertenece o no está controlada en la misma medida que las públicas, por el Estado. En el sector privado se incluyen las sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, corporaciones, trabajadores autónomos, fundaciones, etcétera.

En lo que concierne a las instituciones de carácter educativo, éstas se encuentran orientadas a la formación, transmisión, comunicación del conocimiento, de las habilidades y de los valores. En ellas se aprenden las estrategias que permiten a nivel general las divisiones sociales cuya principal característica es la existencia de clases sociales.

Algunos autores como Althusser señalan que las instituciones educativas, junto con otras como la familia, la religión, etc. son aparatos ideológicos del Estado que sirven para mantener el control social, al tiempo que se adaptan al sistema económico neoliberal; la educación es el símbolo de cambio, en la transición al referido modelo, de tal manera, que en principio se observan niveles educativos orientados hacia la aplicación de la tecnología, en la segunda se desarrollan habilidades tendientes a la prestación de servicios.

A medida que las instituciones educativas refuerzan tanto las pautas de conducta como los aprendizajes deseados por la sociedad en la cual se desarrollan, surgen diversos medios de control: Daniel Bell ejemplifica de manera clara lo anterior al explicar cómo se realizan cambios paulatinamente en la sociedad hasta llegar al grado de transformaciones radicales en las instituciones más sólidas:

“...los adolescentes no sólo gozaban del cine, sino que también era una escuela para ellos. Imitaban a las estrellas de cine, repetían bromas y gestos de las películas, aprendían las bromas y sutilezas de la conducta entre los sexos, y de este modo

⁸ Ibidem, p. 15.

desarrollaban una apariencia de sofisticación. Y en sus esfuerzos por llevar a la práctica esta sofisticación, por resolver sus incertidumbres y perplejidades mediante una confiada acción externa, el patrón 'no era tanto... la vida de sus propios padres cautelosos como... los otros mundos alternativos que los rodeaban'.⁹

Coadyuvando con los cambios que se van gestando en las instituciones educativas, surgen elementos que difunden los nuevos modelos de conductas, formándose una especie de cerco, al cual pertenecerán todos aquellos miembros de la sociedad que adopten los comportamientos aceptados, es aquí, donde la comunicación y la publicidad juegan un papel substancial.

Si pertenecemos a sociedades que validan con la conducta cotidiana de sus miembros el respeto a los mayores, la honestidad consigo mismos, la seriedad en la acción y la veracidad en el lenguaje, ese será nuestro modo de ser seres humanos y de nuestros hijos.

IV. LA REPARTICIÓN DE LOS RIESGOS EN LAS CLASES SOCIALES

La división de clases sociales es un tópico socorrido desde el comienzo de los estudios de carácter tanto sociológico, como económico e incluso de otra índole. A través de la historia hemos podido observar que generalmente cada cultura se encuentra dividida de acuerdo a la posición social que ocupan las personas.

"La desigualdad social se ha presentado como uno de los fenómenos más universales conocidos y también ha sido considerada como una de las principales causas de muchos de los malestares y conflictos padecidos a lo largo de la historia de la humanidad."¹⁰

La clase social se presenta en las sociedades como si fuera una realidad objetiva, innegable, inhumana, verídica. La "clase" es un concepto que más que definirlo requiere comprenderlo, para tratar de explicar las relaciones que se desencadenan tras la existencia de las condiciones sociales de producción. Entonces, es necesario diferenciar la existencia de la "clase social" dentro de un marco de referencia que es el sistema económico capitalista o neoliberal, de la

⁹ Bell, Daniel, *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Editorial Alianza Mexicana, México, 1989, p. 74.

¹⁰ Tezanos, José Félix, *La sociedad Dividida*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, España, 2001.

misma naturaleza humana, que hace presente la existencia de relaciones jerarquizadas para la dominación.

Al igual que la repartición de la riqueza en la sociedad industrializada, —los riesgos— producto de la sociedad del riesgo, siguen la misma lógica de reparto pero en sentido contrario: mientras la minoría de la población posee la mayor cantidad de la riqueza, la mayoría de la población sufre de manera directa los riesgos producidos por la sociedad contemporánea, en la producción de la riqueza.

El concepto de sociedad industrial o de clases giraba en torno a la cuestión del cómo se podía repartir la riqueza producida de manera socialmente desigual, lo cual condujo al nuevo paradigma de la sociedad del riesgo que enfrenta un problema similar, pero al mismo tiempo diferente, en otras palabras, la repartición que nos ocupa ya no es más la de la riqueza, sino la de los riesgos.

En el mundo neoliberal suceden cosas paradójicas; por una parte, en los estados más industrializados y ricos, la lucha por la subsistencia diaria es regida por la acumulación de capital; y mientras que en los llamados países del tercer mundo se lucha contra el hambre, en aquellos surgen problemas de obesidad. Los efectos secundarios de la modernización, que en principio eran inadvertidos avanzan a grandes velocidades adaptándose a la misma dinámica de repartición, concretamente hablando, mientras la riqueza se acumula hacia arriba, los riesgos se acumulan hacia abajo.

A pesar de esta lógica, como ya se había mencionado, las consecuencias desmedidas de la producción de riesgos contienen un efecto bumerang que sobrepasa el esquema de clases o la división de las fronteras. A pesar de que la minoría poderosa invierta su capital y recursos para que los riesgos sean trasladados a las mayorías, los efectos de sus actos los alcanzan inevitablemente. Los riesgos afectan a todos, aunque con diferente medida e intensidad. Varios autores abarcan esta problemática desde diversas ópticas, tal es el caso de los especialistas en biotecnología quienes afirman que los alimentos que fueron tratados con químicos, para que tuvieran mejoras en apariencia y sabor, provocan enfermedades o reacciones negativas en las personas que los consumen, sin importar su posición social ni su poder adquisitivo.

En los riesgos se presuponen las instancias y los actores del proceso de modernización con todos sus intereses parciales; *mientras que los ingresos, la educación, etc. son para el individuo bienes consumibles, el reparto de los peligros y de los riesgos siempre están mediadas argumentativamente*; la guerra atómica aniquila también al agresor; el agujero en la capa de ozono afecta también a los países industrializados del primer mundo; la carencia de árboles en

las zonas boscosas tiene repercusiones en las zonas urbanas; el pescado de los mares contaminados pone en peligro no solo a los seres humanos que lo comen: las nuevas enfermedades también surgen en las personas que tienen dinero.

V. EL EMPLEO Y EL COMPORTAMIENTO DE LAS EMPRESAS

La situación actual del Estado neoliberal se encuentra marcada por un sinnúmero de cambios en las formas de producción y distribución de la riqueza, esto ha ocasionado, a su vez, transformaciones en el modelo económico incluyendo las políticas económicas y sociales a seguir. Tanto el comportamiento de las empresas como el desempleo son el reflejo y consecuencia de la apertura económica, de la eliminación de los subsidios, de la privatización del Estado y del alza de tarifas, etcétera.

“En la actualidad la riqueza ya no está representada por la propiedad de medios de producción, materias primas o de objetos tangibles como en otras épocas lo eran la tierra, minas, los edificios, las haciendas, el ganado o las fábricas. Ahora las propiedades más valiosas son: El “dinero que produce más dinero” en la especulación financiera internacional y la “propiedad intelectual, que con sus patentes logra darle un valor agregado a los productos, que permite cobrar por su reproducción y venta.”¹¹

El principal problema que afecta a las empresas, especialmente a aquellas de mediano o pequeño nivel que surgen en los países menos desarrollados, es su incapacidad para competir con los poderosos, tanto en la economía como en la distribución, sin dejar de mencionar el aspecto político.

En este contexto neoliberal, las grandes empresas monopólicas consumen a las pequeñas; de este modo es inviable pensar en el surgimiento de nuevas industrias independientes y poderosas. El Estado tiene ahora un nuevo rol consistente en privatizar paulatinamente todos los servicios que antes eran públicos, pero lo más importante es que tiene el propósito de modificar el comportamiento de los sujetos económicos, mediante políticas económicas neoliberales dictadas por los industriales a través de incentivos, estímulos, beneficios tributarios, etcétera, o de prohibir o limitar las acciones de esos sujetos.

¹¹ González Vidaurri, Alicia, et al., *Del Estado de Derecho al “derecho” del Estado Terrorista*, Capítulo Final, apuntes o copias proporcionados por el Dr. Augusto Sánchez en la clase de Visiones Criminológicas del Delito y del Delincuente, semestre 2005-1, UNAM, FES Acatlán, p. 12.

Sin lugar a dudas, las transformaciones sociales se han encaminado a un consumismo global unificado, cambiando con ello las formas de relación entre los individuos de la sociedad del riesgo, y por ende entre sus instituciones. Los empleados han sido desplazados por máquinas, el mercado laboral se reduce cada vez más, al igual que la poca seguridad pública que ofrecía el *estado de bienestar*.

Un efecto secundario de un avance tecnológico es el desempleo de la gente, dado que uno de los objetivos de la tecnología es sustituir la fuerza humana de trabajo. Un caso muy claro se puede apreciar en una fábrica, donde se introducen robots en el proceso de producción, por lo tanto, ya no se requieren los obreros.

Una de las salidas viables que los desempleados han encontrado son el comercio informal, los sub-empleos, la delincuencia, etcétera. Los ingresos de los trabajadores y de los pensionistas descienden continuamente; el trabajo informal al igual que la Infra-ocupación ofrece novedosas condiciones de abastecimiento. *“En las condiciones de la individualización, los seres humanos han de cargar con el desempleo masivo como un destino personal”*.¹²

La empresa es la institución o agente económico que toma las decisiones sobre la utilización de factores de la producción, para obtener los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado; para poder desarrollar su actividad necesita disponer de una tecnología que especifique qué tipo de factores productivos requiere. Asimismo, debe adoptar una organización, una forma jurídica que le permita realizar contratos o captar recursos financieros, todo ello dentro de los parámetros establecidos por los grandes industriales.

VI. CIENCIA, RIESGO Y REPRESENTACIÓN SOCIAL

La *ciencia*, en el sentido más amplio es un conjunto de conocimientos obtenidos a través de un proceso refinado de adquisición y organización del conocimiento objetivo. Es el producto de una práctica humana, mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados con reglas establecidas, cuya finalidad es deducir por diversos medios, un conjunto de pautas universales, que dan cuenta del comportamiento de un sistema y predicen cómo actuará dicho sistema en determinadas circunstancias.

¹² Álvarez Gómez, Ana Josefina; Sánchez Sandoval, Augusto comps. *Criminología*, Antología, Universidad Nacional Autónoma de México, Enep Acatlán, México, 2003, p. 289.

“Nosotros los científicos hacemos ciencia como observadores que explican lo que observan. Como observadores, somos seres humanos. Nosotros los seres humanos ya nos encontramos en la posición de observadores que observan cuando comenzamos a observar nuestra observación, para intentar describir y explicar lo que hacemos. Es decir, ya nos encontramos dentro del lenguaje, cuando empezamos a reflexionar en el lenguaje sobre lo que hacemos y cómo hacemos lo que hacemos, cuando operamos como animales lenguajeantes”¹³

La relación que existe entre la ciencia, la tecnología, el riesgo y la representación social, está en que las dos primeras necesitan de un método experimental para ser confirmadas, pueden ser demostrables por medio de la repetición. Mientras que las otras dos, son su medio y su resultado. La ciencia también se interesa por el desarrollo de leyes, las cuales son aplicadas por la tecnología para sus avances, lo que a su vez propicia la industrialización y con ello la ampliación de los riesgos para la sociedad civil.

Vivimos en un mundo que depende en forma creciente de la ciencia y la tecnología, los procesos de producción, las fuentes de alimentación, la medicina, la educación, la comunicación o el transporte son todos campos cuyo presente y futuro están fuertemente ligados al desarrollo tecnológico.

La ciencia acompañada de la tecnología ha contribuido a transformar de manera negativa nuestro entorno y las condiciones de vida: el aumento de la contaminación, el uso de sustancias tóxicas, el deterioro progresivo del medio ambiente, la erosión del suelo, la generación de zonas desérticas, enfermedades relacionadas con la tecnología, el empobrecimiento de la flora y la fauna. En el mismo sentido, también ha afectado la economía, aumentando las diferencias entre los países desarrollados y los menos industrializados, agravando las situaciones de pobreza.

La teoría de las Representaciones Sociales, según lo expresa Moscovici, trata de explicar la diferencia entre el ideal de un pensamiento conforme a la ciencia y a la razón, y la realidad del pensamiento del mundo social, es decir, de qué manera el pensamiento de *sentido común*, plagado de teorías implícitas y basado fundamentalmente en lo perceptivo, recibe todo el bombardeo de información acerca de los descubrimientos, las nociones y los lenguajes que la ciencia emplea. Además de cómo todo este bagaje se transforma en una *ciencia*

¹³ Op. cit., p. 64. Maturana R., Humberto “*La realidad: ¿Objetiva o construida?*” Vol. I, Fundamentos Biológicos de la realidad, Editorial de hombre Anthropos en coedición con la Universidad Iberoamericana. Barcelona, España, 1995.

popular que incide sobre la manera de ver el mundo y de actuar de todos los que pertenecen a una determinada sociedad.

Bajo estas circunstancias, la ciencia, el riesgo (producto de la sociedad industrializada) y la percepción social se encuentran ligadas entre sí, de manera que, la ciencia crea nuevas tecnologías, las cuales producen nuevos riesgos. Todo ello excluye a los individuos que forman parte de la misma sociedad porque, aunado al hecho de que los riesgos no siempre son del conocimiento público, existe exclusión respecto al acceso a la educación, a las mismas tecnologías, a la clase social, la distribución de ellos se realiza de manera discriminatoria, y sobre todo porque el conocimiento que se tiene acerca de los efectos secundarios y de los propios riesgos, es manejado selectivamente, de tal manera que la realidad pueda ocultarse a la percepción social, preservándose de esta manera el sistema económico.

VII. TECNOLOGÍAS E INSTITUCIONES EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

Después de la guerra fría, en la sociedad del riesgo la tecnología ha influido directamente en el establecimiento, desarrollo y funciones de las instituciones; por consiguiente, las empresas son el instrumento universalmente empleado para producir y distribuir la mayor parte de los bienes y servicios existentes en la economía; para tratar de alcanzar sus objetivos, obtiene del entorno los factores que emplea en la producción, tales como materias primas, maquinaria, mano de obra, capital, a través del uso de la tecnología; engloba una amplia gama de personas e intereses ligados entre sí mediante relaciones contractuales que reflejan una promesa de colaboración, por esta causa las demás instituciones ya sean públicas o privadas se adaptan a los requerimientos de aquellas.

En su implementación, estas tecnologías han modificado, entre otras, las relaciones de trabajo. De esta forma, la tecnología ha sido clave en la práctica de los procesos de reconversión y estructuración socio-económica. Del mismo modo en que se produjeron transformaciones en los modos de producción también se modificaron las representaciones sociales de trabajadores, directivos y en general de las instituciones.

El origen, desarrollo y destino de las instituciones se encuentra directamente en dependencia de los intereses del sistema neoliberal; *“Donde las instituciones y la esfera pública ya no pueden construir hitos que se piensen*

eternos, se erige un monumento que está basado precisamente en el flujo mercantil..."¹⁴

Tenemos que en el entorno social, la tecnología se convierte en el motor que da fuerza a la sociedad del riesgo profundamente industrializada, que además se acompaña de las instituciones para continuar en la vía de mayor explotación; sin embargo, debemos volver la mirada a lo que es verdaderamente importante para la sociedad, no sólo la del riesgo, sino cualquier otra y para ello no debemos olvidar que:

"Lo social no surge del hombre. Consiste en una solución de tipo evolutivo que precede a los sujetos que está encaminada a proveer de estructuras (¡formas!) de sentido que se imponen a la tendencia radical de desintegración"¹⁵

Es decir, nos encontramos en un punto en el cual, el ámbito social no es trascendente para la sociedad del riesgo, en el sentido de que, de continuar extinguiendo a la naturaleza y al medio ambiente, los principios evolutivos (biológicos) buscarán nuevos caminos, poniéndose, paradójicamente en riesgo, la propia existencia de la sociedad del riesgo.

VIII. EL MEDIO AMBIENTE

El medio ambiente no es únicamente el proveedor de materias primas del sistema neoliberal, también es el entorno en que los seres vivos habitamos y nos desarrollamos. Sabemos que el medio ambiente es el conjunto de elementos abióticos (energía solar, suelo, agua, aire) y bióticos (organismos vivos) que integran la biosfera, sustento y hogar de los seres vivos.

La especie *Homo Sapiens*, es decir, el ser humano, apareció tardíamente en la historia de la Tierra, pero ha sido capaz de modificar el medio ambiente en todos sus componentes como agua, tierra, aire etcétera. con sus actividades. Por mencionar un ejemplo, el aire puro es una mezcla gaseosa compuesta por un 78% de nitrógeno, un 21% de oxígeno y un 1% de diferentes compuestos, tales como el argón, el dióxido de carbono y el ozono. Entendemos pues por contaminación atmosférica cualquier cambio en el equilibrio de estos componentes, lo cual altera las propiedades físicas y químicas del aire.

¹⁴ Sarlo, Beatriz, *Escenas de la vida postmoderna: Intelectuales, arte y video cultura en Argentina*, Editorial Ariel, Buenos Aires, 1994, p. 23.

¹⁵ Maturana Humberto R., Op. cit., p. XXIII.

La contaminación del aire es uno de los problemas ambientales más importantes, las causas que originan esta contaminación son diversas, pero el mayor índice es provocado por las actividades industriales, comerciales, domésticas y agropecuarias. La combustión empleada para obtener calor, generar energía eléctrica o movimiento, es el proceso de emisión de contaminantes más significativo. Existen otras actividades, tales como la fundición o la producción de sustancias químicas, que pueden provocar el deterioro de la calidad del aire, si se realizan sin control alguno.

“La discusión sobre las sustancias nocivas y tóxicas que contiene el aire, el agua, los alimentos, y sobre todo la destrucción de la naturaleza y del medio ambiente en general, sigue teniendo lugar exclusiva o predominantemente mediante categorías o formulas propias de las ciencias naturales {...} se le ocultan los contenidos y consecuencias sociales, políticas y culturales de los riesgos de la modernización”.¹⁶

El poder que controla la producción en la sociedad del riesgo, no previó que las tendencias que supuestamente implicarían una mejora, una vida más segura, tienen a menudo el efecto contrario. “*El desarrollo de la modernidad fue el resultado de procesos de cambios sociales en la estructura económico-productiva, en la organización político-institucional y en los paradigmas simbólico-legitimadores*”.¹⁷

De tal manera, que con el capitalismo se busca la máxima explotación y la máxima ganancia, la producción se hace al máximo de la potencia tecnológica. Al producirse se daña contaminando, y se depreda tanto a la naturaleza como al ambiente. En otras palabras, la aplicación de tecnologías que supuestamente producen beneficios en las formas de vida, trae aparejada la destrucción ecológica, y en consecuencia el detrimento en la salud de las personas.

Es entonces cuando surge el cuestionamiento acerca del *progreso* que ha tenido la sociedad contemporánea, ¿es verdad que los avances tecnológicos han mejorado las formas de vida? ¿Estamos dispuestos a seguir pagando el precio que cobra la tecnología? La manera en la que se sobreexplota a la naturaleza se encuentra directamente relacionada con temas como el derecho, a través de sus normas regulatorias, pero que no pueden cambiar el sistema de producción; con la ciencia, por medio de la implementación de nuevos procesos; con la economía, que se basa en el capitalismo, en la libre competencia y

¹⁶ Op. cit., p. 2, Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, Editorial Paidós, Barcelona, España, 1998, p. 30.

¹⁷ Entrena, Durán Francisco, *Modernidad y Cambio social*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2001, p. 25.

en el poderío del más fuerte. La conclusión consiste en que, lo que hay que cambiar es el sistema de producción, que depreda el ambiente y a las personas, porque ha convertido todo en mercancía, es decir, han adquirido valor de uso y valor de cambio. Por tanto, un hombre, una mujer o un niño, se compran y se venden. La tierra, al agua o el aire se compran y se venden, sin importar la depredación de la naturaleza o de los humanos.

Al decir de Beck, la propia naturaleza no es naturaleza: es un concepto, una norma, un recuerdo, una utopía, un plan alternativo. La naturaleza está siendo redescubierta, en un momento en el que ya no existe. El movimiento ecologista está reaccionando al estado global de fusión contradictoria, de naturaleza y sociedad que ha superado ambos conceptos en una relación de vínculos y perjuicios mutuos, de que todavía no tenemos una idea, por no decir un concepto.

IX. LA INFORMÁTICA, LA AUTOMATIZACIÓN Y LOS RIESGOS PARA LOS USUARIOS

La informática surge a partir de la industrialización, es la disciplina que estudia el tratamiento automático de la información, utilizando dispositivos electrónicos y sistemas computacionales. Es un vocablo proveniente del francés "*informatique*". En lo que hoy conocemos como informática confluyen muchas de las técnicas y de las máquinas que el hombre ha desarrollado para apoyar o potenciar sus capacidades de memoria, de pensamiento y de comunicación.

Los procesos informáticos se utilizan en diversidad de tareas, por ejemplo: elaboración de documentos, control de procesos administrativos, robots industriales, telecomunicaciones y vigilancia, así como el desarrollo de juegos y multimedia.

En la informática convergen los fundamentos de las ciencias de la computación, la programación, las metodologías para el desarrollo de software, así como determinados temas de electrónica. Se entiende por informática a la unión sinérgica del cómputo y las comunicaciones.

Con el desarrollo vertiginoso de la informática (vía la tecnología) los beneficios para el almacenamiento informático de estas informaciones resulta altamente ventajoso, por ejemplo: control de datos, estadísticas, automatización de procesos, facilitar información en tiempo real sobre el estado de salud de un paciente, aumentar la seguridad de los vuelos, permitir la identificación preventiva de sospechosos y orientar con mayor precisión ofertas comerciales, entre otras muchas ventajas.

El comercio ha encontrado a través de la informática un novedoso mercado que supera barreras de espacio y tiempo, facilitando la compra-venta de productos vía electrónica sin necesidad de almacenamiento físico de productos ni de trasladarse físicamente a ningún centro comercial o almacén para poder adquirir productos y servicios; esto incluye la transferencia electrónica de dinero.

La discusión converge acerca de los riesgos que son inherentes al uso de la informática, con estos datos se almacenan al mismo tiempo informaciones personales que tienen que ver con la vida cotidiana de las personas, lo que constituye en ocasiones un atentado a la intimidad de las mismas, así como un elemento de vulnerabilidad frente al mal uso que pueda hacerse de las referidas bases de datos.

Estamos frente a un fenómeno de transformación provocado por la conjunción de las tecnologías informáticas y las tecnologías de comunicaciones, que fundidas en una sola, permiten realizar fluidamente más cantidad de información, de mejor calidad y a mayor velocidad. Este fenómeno transformó los procesos de producción en las distintas industrias, ya que el flujo de información entre los actores económicos constituye un insumo básico de cualquier proceso productivo.

La información hace que una cadena de valor, formada por agentes económicos independientes, se comporte como un todo para generar un bien que los clientes consideran valioso. La capacidad de hacer fluir información de una forma más eficiente y eficaz que la forma tradicional, basada fundamentalmente en el movimiento físico de papeles, permite acelerar los procesos, optimizarlos, reducir sus costos, focalizarlos, personalizarlos, etcétera; sin dejar de mencionar que el intercambio de información constituye hoy en día, uno de los pilares de la conformación y funcionamiento de los mercados.

Es así como tanto la informática como los procesos de automatización han ido desplazando al hombre en diferentes áreas de su vida; En un principio los riesgos (en el área de la informática) se referían única, o mayoritariamente a la invasión de la privacidad o a los virus informáticos; pero socialmente hablando, en la actualidad la automatización, —producto del gran desarrollo industrial ocurrido desde la Revolución Industrial—, ha traído consigo aspectos sociales como la sustitución del hombre por la máquina, el desempleo masivo de personal, etcétera.

Aunque algunos autores insistan que la automatización no excluye al hombre, a cuyo cargo corre el control y la dirección general del trabajo de las máquinas (ajuste, preparación del programa de trabajo, abastecimiento de materia prima, reparaciones), lo cierto es que a medida que vaya progresando la automatización, las máquinas también se encargarán de tales funciones. De esta manera la automatización posibilita desorbitadamente la productividad del trabajo, elevar la producción, reducir su costo y mejorar su calidad.

Cada día se está diseñando una nueva máquina que reemplazará al hombre en una más de sus funciones. La automatización genera conflictos; y el posible mal uso de la informática como parte de la automatización puede convertirse en una amenaza para la libertad del hombre.

X. LA MEDICINA

La medicina ha mejorado el bienestar de los hombres (en lo tocante a las enfermedades); La aplicación de los conocimientos médicos trajo consigo el descenso en la mortalidad infantil y al mismo tiempo el aumento de la esperanza de vida; en este sentido el incremento de la cantidad de población que se ha multiplicado casi por diez en los últimos trescientos años.

El progreso de la técnica en medicina es inherente al desarrollo humano, su discurso presupone el beneficio del hombre y el dominio de la naturaleza, pero ello implica algunos riesgos medibles y otros impredecibles. Se conduce a los hombres a la situación de enfermos por que existe la capacidad de diagnosticar con medios técnicos sofisticados síntomas o enfermedades que antes eran ignoradas. El surgimiento de nuevas enfermedades creadas algunas por los procesos de industrialización y otras por la misma medicina ha ocasionado que los hombres se vuelvan dependientes de procesos químicos o medios artificiales para mantener la salud.¹⁸

Las enfermedades son —una vez más— consecuencia de la modernidad; es una lucha entre naturaleza y hombre. Los avances técnicos en el rubro médico desencadenan situaciones que antes eran inimaginables, por ejemplo, la práctica médica de la fecundación *in vitro* y el trasplante de embriones; la clonación, los tratamientos de las células madre, etcétera, ello sin olvidar las repercusiones que tendrá a nivel cultural y social.

XI. LA BIOTECNOLOGÍA, RIESGOS Y POLÍTICAS

La biotecnología es la tecnología basada en la biología, especialmente es utilizada en áreas como la de la agricultura, la farmacología, la ciencia de los alimentos, las ciencias forestales y la medicina. Se define como “toda aplicación tecnológica

¹⁸ Revista Sociológica no. 44, (2000), Año 15, No. 44 Septiembre-Diciembre, Depto. de Sociología, UAM-Azcapotzalco, pp. 133-162.

que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos”.¹⁹

La relevancia de la biotecnología es la utilización de organismos vivos, o partes de los mismos, para obtener o modificar productos, mejorar plantas o animales o desarrollar microorganismos para objetivos específicos; todo ello implica necesariamente experimentaciones y variaciones genéticas cuyos riesgos no se pueden medir a ciencia cierta.

La biotecnología en general, y la ingeniería genética en particular afectan nuestro entorno; sin embargo, tenemos que hacer hincapié en los efectos negativos que acarrearán para poder sobrellevarlos o eliminarlos lo más posible.

La comunidad científica advierte de los riesgos que tienen sobre la salud sustancias químicas que se encuentran tanto en los alimentos, como en aquellas utilizadas para su producción. Nos señalan cómo han surgido transformaciones genéticas y, al mismo tiempo, nos advierten de los posibles riesgos que significan al ambiente.²⁰

El derecho tiene que redeterminarse para poder enfrentar las nuevas situaciones en las cuales las políticas adoptadas por los países industrializados sobreexplotan el medio ambiente y experimentan con seres vivos sin limitación alguna.

“En esta situación se impone la necesidad de una nueva “reflexividad política” que genere nuevos ámbitos de participación democrática en la toma de decisiones sobre aspectos de la vida que nos afectan a todos. Frente a la “democracia a medias” típica de la sociedad industrial en la que las decisiones relativas a la transformación técnica de la sociedad siguen siendo hurtadas en el ámbito político y parlamentario, se trataría de una “ampliación ecológica de la democracia”, ampliación tanto de temas para la agenda política como de creación de nuevas instituciones. Pero acerca de esta nueva utopía de la democracia ecológica, Beck prácticamente solo nos invita a seguir reflexionando”.²¹

Existen documentos internacionales y otros más locales en los cuales se establecen ciertas políticas acerca de la aplicación de la biotecnología en la alimentación y la agricultura, en ellos se examina asimismo la aplicación en

¹⁹ Convenio sobre la Diversidad Biológica. Artículo 2. PNUD 1992.

²⁰ Cfr. Pedraza, Héctor, *El principio precautorio*, Tesis de Maestría, UNAM, Fes Acatlán, México, 2006, p. 22.

²¹ González García, José María, *De la diosa fortuna a la sociedad del riesgo*, Revista Nómadas, número 0, Universidad Complutense de Madrid, España, 2003, p. 5.

otras esferas, como los productos farmacéuticos y la atención de la salud, los productos químicos, los textiles, la minería, la energía y los servicios relacionados con el medio ambiente, algunos ejemplos de dichos documentos son: El plan estratégico para el desarrollo de la biotecnología agropecuaria 2005-2015 (Argentina); Biotechnology strategy for agriculture, food and fibre (Estrategia de la biotecnología para la agricultura, los alimentos y las fibras (Australia)); Australian Biotechnology: A National Strategy; National Biotechnology Strategy - Bio-Industry Development Policy (Brasil), etc.²²

Sin embargo, se está produciendo una revolución en la base de conocimientos biotecnológicos que abre la vía a nuevas aplicaciones en los ámbitos de la asistencia sanitaria, la agricultura, la producción de alimentos y la protección del medio ambiente. Los progresos científicos y tecnológicos registrados en el ámbito de las ciencias de la vida y de la biotecnología continúan a un ritmo acelerado. A este respecto, la Comisión Europea propone una estrategia para que Europa elabore políticas sostenibles y responsables.

Las autoridades públicas, los agentes económicos y la comunidad científica deberían empeñarse en difundir las realidades pertinentes y en facilitar la comprensión en relación con las cuestiones fundamentales en un marco de cooperación internacional.

Los riesgos que van más allá de la tecnología incluyen preocupaciones sociales como la posibilidad de que ésta puede aumentar la brecha de prosperidad entre ricos y pobres, que puede contribuir a la pérdida de biodiversidad, etcétera. también existen polémicas éticas sobre las dimensiones morales de patentar organismos vivos y el movimiento entre especies de genes.

Estos riesgos están relacionados con el uso de la tecnología; Es por ello que el manejo de estos riesgos requiere políticas y prácticas que brinden a los consumidores opciones mientras promuevan desarrollo sustentable ambiental por medio del uso sensato de nuevos adelantos de la ciencia y la tecnología.

XII. INSTITUCIONES DE CARÁCTER INTERNACIONAL

Una Institución, como han quedado definida anteriormente, al ser un sistema de convenciones sociales organizadas, relativamente permanentes, reconocidas por la sociedad, etcétera, se reconocen no sólo a nivel local sino también inter-

²² Para consultar dichos documentos, así como algunos otros, ver <http://www.fao.org/biotech/stat.asp>

nacional; en este sentido debemos recordar que el Derecho Internacional es el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de los Estados, y otros sujetos de Derecho Internacional.

Las instituciones de carácter internacional son figuras que se rigen por el derecho internacional, son creaciones de la sociedad industrializada para permitir la apertura de los mercados, así como para globalizar el mundo contemporáneo. De esta forma, los discursos organizados en torno a la idea de riesgo pueden ser ampliamente utilizados para legitimar políticas o desacreditarlas; proteger a los individuos de las instituciones o a las instituciones de los agentes individuales.

Como se ha analizado, la modernidad introduce nuevas condiciones institucionales para la organización de los discursos y las prácticas orientadas a la gestión de lo social incluyendo el conjunto de normas y leyes que rigen las transacciones entre los hombres (en este caso en el ámbito internacional).²³

El éxito de una economía radica en su organización; las naciones que en el ámbito de su desenvolvimiento histórico han logrado establecer organizaciones eficientes tienen éxito en su proyecto económico.

Las instituciones siguen el destino que les marcan los grandes industriales, simplemente veamos el caso de Inglaterra quien fue la primera nación en todo el mundo quien dio garantías legales (a través de las instituciones) a la propiedad privada, especialmente el derecho de autor y las patentes. Este sólo hecho brindó seguridad suficiente a los capitalistas para invertir en ese país.

La reorganización de las instituciones internacionales es una herramienta necesaria para el desarrollo del sistema, de manera que estableciendo leyes o normas jurídicas que las vuelvan eficientes en el contexto económico se cumplen con los objetivos de mayor explotación, mayor ganancia.

XIII. DISPOSICIONES JURÍDICAS QUE CREAN Y REGULAN A LAS INSTITUCIONES

El Derecho internacional con todas sus disposiciones es utilizado como clave del fortalecimiento del sistema económico, la sociedad se ve atacada por las políticas regulatorias neoliberales. El derecho no es neutral; coadyuva a los

²³ Consultar, para obtener más datos significativos al respecto, la página electrónica de Internet: <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/jirr-prol/1t.htm>.

Estados en la producción de marcos legales, cuyo contenido y fines estén en correspondencia con la naturaleza del neoliberalismo; procura el mantenimiento de sus instituciones.

“La obscura ironía es que mientras que las amplias dudas inducidas por el riesgo sobre la benevolencia de las promesas de los gobiernos de proteger a sus ciudadanos llevan a las críticas sobre la ineficiencia de las autoridades académicas y estatales, los críticos por su parte, permanecen ciegos ante las posibilidades de que se erija (o expanda) el Estado autoritario sobre esta alta ineficiencia.”

En el ámbito del trabajo las políticas neoliberales tienden a reforzar las condiciones de explotación del trabajo. En el jurídico, muchos asocian al neoliberalismo con la desregulación, es decir flexibilización del marco legal, de manera tal que coadyuve a transferir al mercado el centro de las relaciones tanto económicas como sociales y, por ende, la abdicación estatal de su obligación normativa sobre ellas.

Encontramos nuevas figuras jurídicas que ponderan las relaciones internacionales (intereses económicos), además de que realzan la importancia de otros instrumentos económicos y políticos para el servicio de los mismos intereses. Las instituciones, son dirigidas mediante las disposiciones jurídicas que las crean y regulan, hacia el cumplimiento de los fines neoliberales.

XIV. CONCLUSIONES

Se establece que vivimos y nos desarrollamos en una sociedad cuyo elemento inherente es el riesgo, teniendo a éste como la posibilidad de que ocurra un evento en el futuro, que puede ser como se previó, que puede ocurrir de otra manera a la que se previó o que no puede ocurrir; debemos darnos cuenta de que los riesgos que se plantean tienen que ver con decisiones humanas e institucionales; que en una supuesta ponderación de posibles costes y beneficios, se opta por un progreso que trae consigo los riesgos que escapan a la lógica del cálculo de la seguridad.

La posibilidad de imputar responsabilidades a la propia sociedad, hace que estos riesgos se conviertan en un problema, en una cuestión social y política de primer orden, a diferencia de los *peligros* consistentes en la imposibilidad de que los eventos futuros puedan evitarse, es decir, los peligros son aquellos que siempre han existido (por naturaleza, como los terremotos o inundaciones); y los riesgos son los causados por la industrialización.

Los riesgos de origen humano-tecnológico acarrearán consecuencias trágicas para la sociedad, tal es el caso de los experimentos nucleares, químicos, biogenéticos, la degradación medioambiental, etcétera, que ponen en duda la subsistencia de la vida humana como la conocemos hoy día.

En la medida en que se consiga entender el rol que tiene la percepción de los riesgos en la sociedad en la que se analiza, podremos también comprender los respectivos papeles de la información y de la comunicación así como la estrecha relación con la estructura social de la sociedad del riesgo y con sus instituciones. Al respecto, este trabajo explicó como es que la comunicación del riesgo tendría que ser eficaz, con todo y sus implicaciones biológicas, sobre todo dado porque en la sociedad contemporánea la comunicación tiene un carácter fundamentalmente manipulador, es decir, se pretende persuadir al público, a los integrantes de la sociedad del riesgo para que acepten determinadas tecnologías y políticas relacionadas con él.

Tenemos que volver las miradas hacia el interior de nosotros para así volvernos realmente conscientes de nosotros mismos, de nuestras acciones y asumir las consecuencias de ellas. En este sentido, el derecho representa las aspiraciones, los derechos y las obligaciones que como sociedad tenemos.

El concepto de *sociedad del riesgo* se debe, principalmente al sociólogo Ulrich Beck, sin embargo, son varios los autores que han acuñado este concepto convirtiéndolo en todo un tópico en el ámbito de las investigaciones contemporáneas; esto se debe en esencia a las evidentes transformaciones en los modos de vida, en concreto a las consecuencias que hemos provocado en nuestro hábitat a partir tanto de los sistemas de producción como de una ponderación errónea de nuestras necesidades.

La democracia es una obra de arte político cotidiano que exige tener el conocimiento de saber que cada uno de nosotros no es dueño de la verdad y que el otro ser humano es tan legítimo como uno. Más aún, tal obra exige la reflexión y la aceptación del otro, y, por sobre todo, la audacia de aceptar que las distintas ideologías políticas deben operar como distintos modos de mirar los espacios de convivencia que permiten descubrir distintos tipos de errores en la tarea común de crear un mundo de convivencia en el cual la pobreza y el abuso son errores que se quiere corregir. Esto es una cosa distinta de la lucha por el poder.

Es necesario tener una visión interdisciplinaria, para ver más allá de lo jurídico y de lo social; en el concepto de estructura social, no se trata simplemente de proporcionar una definición sino, en todo caso, aclarar que ese término se basa en otras ciencias como la psicología y la biología, especialmente cuando se

trata de comprender cuál es lugar que ocupa un individuo en la sociedad y de qué manera influye en su organización, asumiendo que lo haga.

Debemos recordar teorías como la de José Luís Molina quien afirma que las personas no se relacionan entre sí ni libre ni aleatoriamente, sino en función de la estructura de las relaciones en las que están inmersas, en este sentido, la forma de relación entre los componentes de un sistema, entendido como lo explica Humberto Maturana, incide directamente en la organización de la misma. Es una realidad que las estructuras e instituciones de la sociedad del riesgo no sólo han cambiado sino que han dejado de ser funcionales para el propio sistema.

Las instituciones sociales son un sistema de convenciones organizadas, relativamente permanentes, dirigidas por una estructura reconocida dentro de la sociedad en tanto sistema de relación e interacción; Ellas deben ser conocidas, más aún reconocidas en la misma estructura. La institución es entonces definida como un sistema de pautas sociales, que formula ciertas conductas sancionadas y unificadas con el propósito de satisfacer y/o responder a las supuestas necesidades básicas de una sociedad. Es decir, son comportamientos de un individuo que forma parte de una sociedad, o dicho de otra manera, procesos estructurados mediante los cuales las personas llevan a cabo sus actividades.

XV. REFERENCIAS DE CONSULTA

- AGRA, Candido Da, *La seguridad en la sociedad del Riesgo: Un debate abierto*, Ed. Atelier, Barcelona, España 2003.
- ALANIS HERNÁNDEZ, Alma Lizette, *La Familia entre el Capitalismo y la sociedad del Riesgo*, Tesis de Maestría, Mayo 2006.
- ALTIMIR, Oscar, *Pobreza y desigualdad en América Latina: temas y nuevos desafíos*, ed. Paidós, Buenos Aires, 1999.
- ALTHUSSER, Luis, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, México, Editorial Quinto sol.
- ÁLVAREZ GÓMEZ, Ana Josefina, Sánchez Sandoval, Augusto compiladores, *Criminología*, Antología, UNAM, ENEP ACATLÁN, México, 2003.
- BALLESTEROS, Jesús y PÉREZ Adán, José. *Sociedad y medio ambiente*, Madrid, Editorial Trotta, S. A., 1997.
- BAUMAN, Luhmann y Giddens, *Consecuencias Perversas de la Modernidad*, Ed. Paidós, España, 2002.
- BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo*, Ed. Paidós, Barcelona, España, 1998.
- _____, *El normal caos del normal*, Ed. Paidós, Barcelona, España, 2001.

- _____, *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la Globalización*, Ed. Paidós, España, 1996.
- BELL, Daniel., *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, Ed. CONACULTA, México, 1979.
- BROCANO, Fernando., *Mundos Artificiales, Filosofía del cambio tecnológico*. Ed. Paidós, y Facultad de Filosofía y Letras, UNAM, México, 2000.
- BHIKHU, Parekh., *Repensando el multiculturalismo*, Traducción Chaparro, Sandra, Ed. ISTMO, Madrid, España, 2005.
- CABAZOS FLORES, Baltasar y otros, *México su realidad laboral a finales del siglo XX*, análisis laboral, Editorial Laguna, México, 1999.
- CAPRA, Fritjof., *La trama de la vida una nueva perspectiva de los sistemas vivos*, Ed. Anagrama, Colección Argumentos, 4ta Edición, Barcelona, España, 2002.
- CASTAINGTS TEILLERY, Juan., *Los Sistemas Comerciales y Monetarios en la Triada Excluyente. Un punto de vista latinoamericano*. Ed. Plaza y Valdes, México, 2000.
- CATAÑO, J. Félix y BOLAÑOS, Eduardo., *Las concepciones económicas del mercado*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1999.
- CROSSMAN, R.H.S., *Biografía del Estado Moderno, Fondo de Cultura Económica*, Sevilla, España, 2003.
- EISENSTAD, S.N., *Las grandes revoluciones y las civilizaciones de la modernidad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, Traducción de Cuéllar Menezo Jesús.
- _____, *Ensayos sobre cambio social y la modernización*, Editorial Tecnos, Colección de Ciencias Sociales Serie de Sociología, Madrid, España, 1970.
- Entrena Durán, Francisco, *Modernidad y Cambio social*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- FIX FIERRO, Héctor., *Informática y documentación jurídica.*, Ed. Facultad de Derecho, UNAM, México, 1996.
- FLORES GARCÍA, Fernando., *Ensayos Jurídicos.*, Ed. Laguna, México, 1998.
- Giddens, Anthony., *Un mundo desbocado.*, Ed. Taurus, España 1999.
- _____, *Consecuencias de la Modernidad*. Editorial Alianza, Madrid, España, 2004.
- _____, *Sociología.*, Ed. Alianza, Madrid, España, 1994.
- _____, (1998), *Sociedad de riesgo: el contexto de la política británica.*, Estudios Demográficos y Urbanos, Vol.13, Núm. 3 (39) (1990), The Consequences of Modernity, Cambridge: Polity Press.
- GINEBRA, Joan., *La Trampa Global*. Neoliberalismo, Neocapitalismo, Neocolonialismo. Ed. Panorama, 1998.
- GÓMEZ NAVARRO, José L., González Calbet M. Teresa, *Historia del Mundo Contemporáneo*, Ed. Alambra, México, 1989.
- GONZÁLEZ RIVERA, Guillermo., *Alineación en la sociedad contemporánea*, Ed. Kaos, México, 2003.
- GRAY, John., *Liberalismo*, Ed. Alianza, Madrid, España, 1994.

- HABERMAS, Jürgen., *Facticidad y validez, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1998.
- LAMO DE ESPINOZA, Emilio., *Sociología del conocimiento y la ciencia*, Ed. Alianza, Madrid, España, 1994.
- LAPASSADE, George., *El encuentro institucional.*, en Lourau, René Análisis institucional y socioanálisis, Ed. Nueva Imagen, México, 1973.
- LÓPEZ CERESO, José A. y Lujan, José Luis., *Ciencia y política del riesgo.*, Ciencia y Tecnología, Ed. Alianza, Madrid, España, 2000.
- LOWY, Michael., *Barbarie y modernidad en el siglo XX.*, Sublevación de melancolía: el romanticismo de contramano con la modernidad, México, 1996.
- MATURANA ROMESIN, Humberto, Valera García, Francisco *De máquinas y seres vivos* Autopoiesis: La organización de lo vivo, Ed. Universitaria y Grupo Editorial Lumen, Sexta Edición, Buenos Aires, Argentina, 2003.
- _____, *La realidad: ¿Objetiva o construida?* Vol. I. *Fundamentos Biológicos de la realidad*, Editorial de hombre Anthropos en coedición con la Universidad Iberoamericana. Barcelona, España, 1995.
- _____, *La realidad: ¿Objetiva o construida?* Vol. II. *Fundamentos biológicos del conocimiento*, Editorial de hombre Anthropos en coedición con la Universidad Iberoamericana, Barcelona, España, 1996.
- _____, *El árbol del conocimiento, Las bases biológicas del entendimiento humano*, Editorial LUMEN, Buenos Aires, Argentina, 2003.
- _____, *Gaia, Implicaciones de la nueva Biología*, Ed. a cargo de W. I. Thompson, 3ª ed. Cairo, 1995.
- MAHUB, UI Haq, *La Cortina de la Pobreza: Opciones para el Tercer Mundo*, Traducción de Carlos Valdés, Fondo de Cultura Económica, México, 1978.
- MERTON, Robert K., *La sociología de la ciencia*, 1. Investigaciones teóricas y empíricas., Recopilación e introducción de Norma W. Storer. Versión española Néstor Alberto Míguez, Ed. Alianza Madrid, España 1985.
- _____, *La sociología de la ciencia*, 2. Investigaciones teóricas y empíricas, Recopilación e introducción de Norma W. Storer, Versión española Néstor Alberto Miguel, Ed. Alianza Madrid, España, 1985.
- MOLINA, José Luis, *El análisis de redes sociales*, Una Introducción, Edicions Bellaterra, Barcelona, España, 2001.
- MONTES, Pedro, *El desorden neoliberal*, Ed. Trotta, Madrid, España, 1996.
- MOSCOVICI, S. y HEWSTONE, M., *De la ciencia al sentido común*, En: Moscovici, S. Psicología social II, Ed. Paidós, Barcelona, España.
- OJEDA PAULLADA, Pedro Magistrado Presidente, *Tendencias e instituciones Jurídicas en el final del siglo.*, Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, México, 1998.
- PÁEZ DÍAZ DE LEÓN, Laura, *La teoría sociológica de Max Weber.*, Ensayos y textos, Ed. UNAM, México.
- PAPALIA D., Wendkos, S., *Psicología*, Ed. Mac Graw Hill, Bogotá, Colombia, 1987.

- RIFFKIN, Jeremy, *La era sin trabajo.*, Ed. Paidós, Madrid, España, 1999.
- PICO, Josep (Comp.), *Modernidad y postmodernidad*, Alianza Ed.
- ROBLES, Gregorio, *Sociología del Derecho*, Ed. Civitas. Segunda Edición, Madrid, España, 1997.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto., *El derecho y la Política Criminal como generadores de incertidumbre y riesgo.*, Apuntes.
- SARLO, BEATRIZ., *Escenas de la vida postmoderna: Intelectuales, arte y video cultura en Argentina.*, Ed. Ariel, Buenos Aires. Argentina, 1994.
- SARTORI, Giovanni, Homo videns, *La sociedad teledirigida.*, Editorial Taurus, Madrid, España, 1998.
- SEPÚLVEDA, Cesar, *El derecho de gentes y la organización internacionales los umbrales del siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica y UNAM, México, 1995.
- TEZANOS, José Félix, *La sociedad Dividida*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, España, 2001.
- VATTIMO, Gianni y otros, *En torno a la postmodernidad*, Ed. Anthropos.
- VERÓN, Eliseo, *La Semiosis Social.*, Fragmentos de una teoría de la discursividad, editorial Gedisa, Buenos Aires, Argentina, 1987.
- YANKELOVICH, Daniel, *Las nuevas reglas.* Búsqueda de la autorrealización en un mundo trastornado, Ed. Edamex México, 1984



LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL DE 2008

Víctor Manuel RANGEL CORTÉS¹

SUMARIO: I. Introducción. II. El sistema procesal penal del Distrito Federal. III. El Derecho escrito y el Derecho practicado. IV. La reforma constitucional en materia penal de 2008. V. El otro discurso de la reforma de 2008. VI. Conclusiones. VII. Referencias de Consulta.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2008 se han aprobado una serie de modificaciones a la Constitución en donde, de acuerdo con Carpizo,² se persigue llevar a cabo una reforma integral del sistema de justicia que prevalece en México.

El mismo autor señala que probablemente esta reforma sea la más importante dentro de la reforma del Estado.³ De acuerdo con García Ramírez⁴ se trata de redefinir el papel del sistema penal como control social y el nuevo diseño indispensable en el ámbito donde mayor riesgo encuentran los Derechos Humanos y la democracia.

De acuerdo con el mismo autor⁵ el Derecho penal objetivo y el sustantivo se encuentran en una situación complicada por la tensión que existe entre la protección de los Derechos Humanos y la atención de la seguridad pública.

¹ Estudiante de la Maestría en Derecho en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

² Carpizo, Jorge, "La reforma del Estado en 2007 y 2008" en Cuestiones constitucionales, núm. 19, julio-diciembre 2008, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, p. 34.

³ Idem.

⁴ García Ramírez, Sergio, "La reforma del proceso penal: algunos riesgos y desafíos" en Reforma judicial revista mexicana de justicia, Julio-Diciembre 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, p. 46.

⁵ Ibidem, p. 48.

II. EL SISTEMA PROCESAL PENAL DEL DISTRITO FEDERAL

Habermas⁶ señala que el Derecho es un lenguaje que está presente y circula por la sociedad con mensajes de contenido normativo. El mismo autor⁷ señala que el Derecho es un sistema o un discurso. De esta manera, y conforme lo indica González Ruiz,⁸ se puede considerar al Derecho como un discurso integrado por un conjunto de signos normativos con fuerza prescriptiva. Cuando este discurso es confrontado con la realidad, ésta pueda defraudar las expectativas generadas.⁹

El mundo del lenguaje, en el contexto jurídico, según Sánchez Sandoval¹⁰ es un mundo intelectual inventado por los hombres en la comunicación mediante ideologías en donde la sociedad vive, tales ideologías se reproducen a través de la norma-ideología. El mismo autor¹¹ agrega que es por esta razón que los sistemas sociales se identifican en un universo simbólico cuya repetición en el tiempo lo sustantiva y objetiva como “realidad”.

El citado autor¹² incluye en el mundo del lenguaje a la política y al Derecho, ya que son inciertos y son sólo especulaciones del lenguaje, pues sus variables no son controlables y son impredecibles en sus efectos.

Las normas jurídicas, en tanto que discurso, pueden ser vistas desde la perspectiva de la teoría de sistemas explicada por Mendieta Jiménez,¹³ quien señala que un sistema es un todo, que tiene un objetivo, integrado por diferentes componentes que interactúan e influyen entre sí. El mismo autor¹⁴ refiere que para que el sistema cumpla con su objetivo es necesario que cada uno de sus elementos sea efectivo para la consecución del objetivo.

En ese sentido se debe considerar al Derecho positivo, referente a la materia de justicia penal, como un sistema cuyos componentes son la Constitución en un rango superior, al Código de Procedimientos Penales y las Leyes Orgánicas

⁶ Habermas, Jürgen, “Facticidad y validez”, Madrid, Trotta. 2008, p. 111.

⁷ Ibidem, p. 120.

⁸ González Ruiz, Samuel, “Elementos de introducción al análisis semiótico del Derecho” en *El sistema de justicia penal y su reforma*, México, Fontamara, 2006, p. 55.

⁹ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 6, p. 84.

¹⁰ Sánchez Sandoval, Augusto, “Sistemas ideológicos y control social”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2005. p. 15.

¹¹ Ibidem, p. 16.

¹² Ibidem, p. 15.

¹³ Mendieta Jiménez, Ernesto, “La teoría general de sistemas” en *El sistema de justicia penal y su reforma*, México, Fontamara, 2006, p. 39.

¹⁴ Ibidem, p. 40.

de los Tribunales Superiores de Justicia de cada entidad federativa, además de la jurisprudencia. El objetivo de este sistema es que la impartición de justicia penal contenga características del acusatorio, para lo cual es necesario que todas las normas se sujeten a lo establecido por la Constitución.

Al ser el discurso de la Constitución un lenguaje de mayor jerarquía, el Código de Procedimientos debería contener mensajes normativos que afirmaran el sistema acusatorio instaurado por la norma suprema. No obstante, como lo señala García García,¹⁵ un discurso puede provocar distorsiones; de esta manera el Código de Procedimientos tiende a distorsionar lo dicho por la Constitución al incluir aspectos de un sistema inquisitivo.

Lo anterior sucede cuando la Constitución permite que un discurso de menor rango contenga mensajes normativos importantes del proceso penal. Es decir, la distorsión surge a partir de que la Constitución, al referirse a las formalidades esenciales del proceso, no deja claro en qué consisten o cómo deben ser aplicadas en el momento en que la actividad jurisdiccional es puesta en marcha; delega a la ley secundaria el establecimiento de las normas jurídicas que regularán las formalidades esenciales del proceso.

III. EL DERECHO ESCRITO Y EL DERECHO PRACTICADO

El Derecho escrito, o el discurso del Derecho, produce la idea de que el proceso penal en México tiende a ser acusatorio. No obstante, según dice Habermas¹⁶ cuando se confrontan el discurso o una norma jurídica válida contra la realidad ésta puede defraudar las expectativas generadas por el Derecho positivo.

En la práctica el juez tiene la facultad de ordenar al personal del órgano jurisdiccional que lleve a acabo actividades como la dirección de las audiencias o la elaboración de resoluciones tales como el auto de plazo constitucional o la sentencia.

Autores como Casanueva Reguart,¹⁷ Hernández y Negrete¹⁸ y García Domínguez,¹⁹ afirman que es común que el juez se encuentre en su oficina, en tanto

¹⁵ García García, Leticia Guadalupe, "Derecho ejecutivo penal", México, Porrúa, 2005, p. 205.

¹⁶ Habermas, Jürgen, *op.cit.*, nota 6, p. 8.

¹⁷ Casanueva Reguart, Sergio E., "Juicio oral Teoría y práctica", México, Porrúa, 2007, p. 175.

¹⁸ Hernández, Roberto y Negrete, Layda, "Opinión jurídica sobre la reforma penal en México: En dos partes problemas y soluciones", En www.juiciosorales.com/material.htm. Consultado el 1 de septiembre de 2007.

¹⁹ García Domínguez, Miguelángel, "Diagnóstico del proceso penal mexicano", en La Reforma a la justicia penal, Quintas jornadas sobre justicia penal, coordinadores: García Ramírez, Sergio, Islas De González Mariscal, Olga y Vargas Casillas, Leticia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006, p. 107.

que el secretario de acuerdos preside los debates y las diligencias, actos que se convierten en encuentros entre éste último y los abogados, Ministerio público, los testigos y el probable responsable. De acuerdo con Bergman, Azaola y Magaloni²⁰ en encuesta realizada en 2005 el 80% de internos en reclusorio nunca habló directamente con el juez que tenía a cargo su proceso. De acuerdo con la misma encuesta, el 7% de los internos consideró que el control de las audiencias estuvo a cargo del juez; el 21%, a cargo del mecanógrafo; el 22%, del Ministerio Público; y el 40%, del secretario de acuerdos.

Por otra parte, el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal obliga a que todo lo sucedido se redacte en actas, mismas que en su conjunto dan forma al expediente judicial. Esto último y la ausencia del juez en el proceso permiten que el principio de oralidad se haga a un lado y ceda su lugar al predominio de la escritura. En el proceso penal según expresa el Poder Judicial Federal,²¹ se permite que las pruebas se vayan acumulando en el expediente paulatinamente, y de esa forma la dinámica de los procesos se torna pausada y permite que los jueces no se encuentren siempre presentes en el momento en que se desahogan las pruebas.

López Medrano²² refiere que la escritura prevalece en el proceso penal debido a que aunque el Código de Procedimientos Penales contempla el uso de la palabra hablada refiere que ésta deberá quedar plasmada en actas para producir consecuencias jurídicas. Por lo tanto, lo que no está escrito no se puede hacer valer en el proceso.

En ese sentido Castro y Castro²³ señala que actualmente el juez conoce todos los elementos que le son de utilidad para decidir sobre el asunto en cuestión a través de constancias escritas que preparó alguno de sus secretarios, quien sí estuvo en contacto directo con las partes, y el desahogo de las pruebas.

Asimismo, el Código de Procedimientos indica que en el proceso ordinario las conclusiones se presentan por escrito; lo que, en términos de Carnelutti,²⁴ se

²⁰ Bergman, Marcelo; Azaola, Elena; Magaloni, Ana Laura, *Delincuencia, Marginalidad y Desempeño Institucional*, en: http://www.seguridadpublica.cide.org.mx/CIDE/Portal/Docs/pdfs/Reporte_final_crceles_2006.pdf Consultado el 20 de Octubre de 2008. pp.38, 39.

²¹ Poder Judicial Federal, "Libro blanco de la reforma judicial", Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, SCJN, 2006, p. 368.

²² López Medrano, Dante, "La oralidad en el procedimiento penal", en *Iter Criminis revista de ciencias penales*, Número 2, segunda época, INACIPE, 2002, p. 245.

²³ Castro y Castro, Juventino, "Proposición de gran reforma procesal en México", en *Reforma judicial revista mexicana de justicia*, julio-diciembre 2004, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 10.

²⁴ Carnelutti, Francesco, "Derecho procesal penal", México, Oxford, 2005, p. 40.

asemeja más bien a un cadáver que a un hombre vivo debido a que ese escrito es un sistema de silogismos que puede tener o no vida.

Por lo que hace a la audiencia de vista, parte final y esencial del período de juicio, Arilla Bas²⁵ refiere que tiene poca importancia práctica. Colín Sánchez²⁶ agrega que dicho acto procesal puede no llevarse a cabo debido a la ausencia de pruebas y en tal caso no habría ninguna audiencia de debates.²⁷

En ese contexto es como el juez toma conocimiento de lo sucedido en todo el proceso; sin embargo, cabe señalar que el juez también delega la función de redactar sentencias a los demás funcionarios del juzgado. Una sentencia se elabora a través de filtros, es decir, elementos que pueden desvirtuar las pruebas, declaraciones, y en general todo lo asentado en el expediente.

Al respecto Vidaurri González, Dieter Gorenc y Sánchez Sandoval²⁸ refieren que tanto en la interpretación de los hechos como en la interpretación de la norma jurídica, el Ministerio Público interviene antes de que lo haga el juzgador. En ese mismo sentido Pásara²⁹ agrega que la averiguación previa es la anticipación del resultado final del proceso.

Lo anterior es debido a que las pruebas que acompañan el pliego de consignación son determinantes en el resultado que pone fin al proceso. Aun cuando algunas pruebas adicionales sean desahogadas a lo largo del juicio, su capacidad de cambiar el rumbo trazado por el Ministerio Público en su presentación inicial es mínima.

De acuerdo con el mismo autor³⁰ la información obtenida en la etapa de la averiguación previa, como regla general, se convierte automáticamente en evidencia capaz de sustentar la sentencia final. El mismo autor³¹ señala que en muchas sentencias la sentencia adopta, casi siempre íntegramente, la versión de los hechos propuesta por la acusación.

Ejemplo de lo anterior es que en la actualidad el Ministerio Público realiza sus actividades durante la averiguación previa, siendo las declaraciones que se obtienen en este período procedimental las de mayor valor probatorio en com-

²⁵ Arilla Bas, Fernando, "El procedimiento penal en México", México, Porrúa, 2007, p. 195.

²⁶ Colín Sánchez Guillermo, "Derecho mexicano de procedimientos penales", México, Porrúa, 1999, p.549.

²⁷ Ibidem, p. 570.

²⁸ Vidaurri González, Alicia, *et al.*, "El control social en México D.F.", México, UNAM-FES Acatlán, 2004, p. 98.

²⁹ Pásara, Luis, Como sentencian los jueces en el D.F. en materia penal, en: <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/prof%20invitados/buscaglia/politicas%20publicas/Como%20sentencian%20los%20jueces%20del%20D.F.%20en%20materia%20penal.pdf>. Consultado el 18 de abril de 2008. p. 23.

³⁰ Ibidem, p. 24.

³¹ Ibidem, p. 33.

paración con las que se desahogan durante la instrucción. Por esta razón, cuando el abogado defensor ofrece pruebas ante el juez generalmente lo hace utilizando expresiones como: "ampliación de declaración" puesto que previamente se ha desahogado ante el órgano investigador una declaración. Los tribunales federales han establecido jurisprudencia en donde se justifica el valor probatorio pleno de una prueba o declaración obtenida durante la averiguación previa.

El problema que ocasiona el acatamiento al principio de inmediatez es que, a decir de Islas De González Mariscal,³² durante la averiguación previa se obtienen confesiones o declaraciones a través de la tortura. Tales declaraciones al ser valoradas por el juez adquieren un valor probatorio importante lo que puede traer como consecuencia que, según expone Morales Brand,³³ sean la base para que el juez dicte una sentencia condenatoria.

Por otra parte, de acuerdo con Pásara,³⁴ el juez confía la elaboración de los proyectos de sentencias a su personal auxiliar. Para estos funcionarios resulta más sencillo transcribir el contenido de todas las pruebas, en lugar de sintetizar los elementos probatorios referidos a los hechos pertinentes para confrontarlos en una operación lógica con los supuestos normativos.

Asimismo las pruebas que el Ministerio Público adjunta a su pliego de consignación son reproducidas por el personal del órgano jurisdiccional en el Auto de Plazo Constitucional, mismo que, de acuerdo con Pásara,³⁵ en muchos casos coincide de manera sustancial con el contenido de la sentencia. En concordancia con lo anterior, la sentencia se elabora con base en aquello que ya estaba formulado en el Auto de Plazo Constitucional y sólo se agrega lo sucedido en el desahogo de las audiencias ante el órgano juzgador.

Cabe destacar que, cuando existe relación de amistad entre el personal del Ministerio Público y el del juzgado, es común que las pruebas ni siquiera se transcriban; que mediante el uso de dispositivos digitales para el almacenamiento de información se proporcionen los datos de un determinado caso y se utilicen las herramientas del procesador de texto de la computadora únicamente para copiar y pegar la información de interés.

³² Islas De González Mariscal, Olga, "Reformas penales a la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos", en *La Reforma a la justicia penal, Quintas jornadas sobre justicia penal*, coordinadores: García Ramírez, Sergio, Islas De González Mariscal, Olga y Vargas Casillas, Leticia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006, p. 31.

³³ Morales Brand, José Luis, "Hacia una reforma del sistema de justicia penal en México y Aguascalientes" en *Reforma judicial revista mexicana de justicia*, Enero-Junio 2006, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2006, pp. 86 y 87.

³⁴ Pásara, Luis, op. cit., nota 29, p. 11.

³⁵ Ibidem, p. 13.

En relación con lo anterior debe considerarse además que los proyectistas no sólo trasladan las pruebas que ya se encuentran en el expediente al escrito de la sentencia, sino que también realizan el análisis del material probatorio para poder determinar si una persona es plenamente responsable o no del delito que se le atribuye.

De acuerdo con Pásara³⁶, tal análisis consiste en realizar una transcripción de todos los elementos de prueba disponibles en el expediente. El mismo autor³⁷ señala que todas las pruebas se colocan en sucesión, una tras otra y que se apoyan en expresiones como “ahora bien, es preciso mencionar que en autos se cuenta con...”; “aunado a lo anterior...”; “apoyando a la conclusión antes mencionada...”; “lo anterior se corrobora con...”; o “lo anterior se encuentra robustecido...” sin que se pueda acompañar con precisión el razonamiento que el juez siguió para llegar a la convicción que le hace considerar probado un hecho.

Además, los encargados de elaborar los proyectos de sentencia se apoyan en el uso de formatos ya establecidos con el fin de agilizar su trabajo y de no perder tiempo elaborando un escrito nuevo con cada sentencia que debe realizarse. Lo anterior, según Pásara,³⁸ en muchos casos provoca que se distorsione la consideración del caso.

Tal distorsión surge, de acuerdo con el mismo autor,³⁹ porque los “machotes”, son conceptualizaciones mecánicamente repetidas según el tipo delictivo, intercaladas en el texto para satisfacer los requisitos estructurales de la sentencia. De esa forma, según el mismo autor⁴⁰, el aporte del factor informático, como son las herramientas de copiado y pegado del procesador de textos, permite trabajar un borrador de sentencia sobre la base de una sentencia anterior a la que se modifican las partes pertinentes, pero de la que se mantiene no sólo el formato general sino también citas de jurisprudencia o razonamientos sobre el cuerpo del delito.

El Poder Judicial Federal⁴¹ señala que el uso de formatos previamente establecidos, provoca que se transcriban los antecedentes de todo el procedimiento; la jurisprudencia se cita indiscriminadamente sin relacionarla de manera específica con el caso que se resuelve. Adicionalmente, la redacción de las sentencias es muy deficiente y en ocasiones a tal grado que las sentencias resultan ininteligibles, lo que dificulta entender cuál fue el razonamiento preciso del juez.

³⁶ Ibidem, p.11.

³⁷ Idem.

³⁸ Ibidem, p. 13.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Ibidem, p. 38.

⁴¹ Poder Judicial Federal, op.cit., nota 21, p. 311.

Es por eso que el proyectista se convierte en un factor de distorsión. Al rellenar las partes que corresponden a una declaración u otro medio de prueba puede darse el caso de que en la versión final de la sentencia permanezcan declaraciones del documento que sirvió de base para su elaboración. También permanecen los artículos y jurisprudencias, mismos que pueden no ser pertinentes al caso que se esté analizando.

Al principio de publicidad en el proceso, que si bien es cierto existe por mandato constitucional y el Código de Procedimientos, tal y como lo refiere Ojeda Bohórquez,⁴² no se le da cumplimiento. Al respecto Cernelutti⁴³ señala que el juzgado debe ser apto para permitir el libre acceso del público, pero que además debe estar acondicionado para que la gente pueda permanecer dentro de la sede y ver y escuchar las actividades que se ejercitan durante el proceso.

Normalmente, las condiciones físicas del juzgado no son las óptimas para que el público pueda entrar a ver y escuchar las audiencias; en el interior pueden encontrarse con frecuencia varios escritorios separados por unos cuantos centímetros, celebrándose incluso audiencias de manera simultánea. A lo anterior, se agrega el tránsito constante de personas que acuden al juzgado, por ejemplo, quienes acuden a revisar otros procesos o audiencias, personal del Consejo de la Judicatura o personal del mismo juzgado que en su andar impiden que el público vea o escuche lo que está sucediendo en la audiencia.

Sobre la arquitectura de los juzgados, el Poder Judicial Federal⁴⁴ señala que un gran número de unidades jurisdiccionales debe operar en instalaciones que no son adecuadas debido a que existen importantes problemas de diseño. De esta manera, según se señala en el mismo libro,⁴⁵ es posible encontrar juzgados con rejillas de prácticas que dificultan el desarrollo de las diligencias, archivos que no tienen capacidad para el resguardo de expedientes o locales en donde los abogados no cuentan con el espacio suficiente para permanecer durante el desarrollo de las audiencias o para la consulta de expedientes.

Por lo que hace a la rapidez de los procesos, autores como Zapata Zubiaga,⁴⁶ Castillo Banuet⁴⁷ y Lara Espinoza⁴⁸ señalan que los procesos pena-

⁴² Ojeda Bohórquez, Ricardo, "Reforma al procedimiento penal", en *La Reforma a la justicia penal*, Quintas jornadas sobre justicia penal, coordinadores: García Ramírez, Sergio, Islas De González Mariscal, Olga y Vargas Casillas, Leticia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006, p. 201.

⁴³ Cernelutti, Francesco, op. cit., nota 24, p. 95.

⁴⁴ Poder Judicial Federal, op. cit., nota 21, p. 290.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Zapata Zubiaga, Pablo, "El futuro del sistema judicial en México" en *Reforma judicial revista mexicana de justicia*, número 1, enero-junio 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 52-53.

les en México son lentos debido a diversas situaciones, por ejemplo, la cantidad de recursos dilatorios que los litigantes pueden interponer, la existencia de tiempo muerto prolongado entre un acto procesal y otro, así como la cantidad de trabajo en los juzgados.

Es cierto que los litigantes pueden interponer una cantidad considerable de recursos que pueden retardar el proceso; sin embargo, tal situación tiene que ver con la cantidad de formulismos que se tienen que cumplir durante el desarrollo del proceso. Dicha situación puede provocar la demora del proceso o incluso su reposición hasta un momento procesal específico.

En relación con lo anterior, el Poder Judicial Federal ilustra el llamado formalismo con el ejemplo siguiente: “pueden considerarse casos en donde un error en el número de expediente en el que se presenta la promoción puede ocasionar que la misma no sea acordada o en donde se presenta un rigorismo excesivo para calificar alguna solicitud realizada con motivo de un proceso”.

Otro elemento que no hay que perder de vista es el de la cantidad de trabajo que prevalece en los juzgados; según estadísticas del mismo Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en el año 2006 los juzgados de primera instancia penal en promedio iniciaron 229.6 juicios;⁴⁹ mientras tanto, en los juzgados de paz penal el promedio fue de 483.⁵⁰ Un año más tarde, el promedio por juzgado de primera instancia penal fue de 233.4 y en los de paz penal de 379.3.

La estadística no señala a partir de qué momento se considera iniciado un juicio. Pero, si lo consideramos iniciado a partir de que se dicta el Auto de Plazo Constitucional, esto significa que en 2007 los jueces de primera instancia penal dictaron, en promedio, 233.4 veces esa resolución, por lo menos la misma cantidad de audiencias y la misma cantidad de sentencias, ya sean éstas últimas absolutorias o condenatorias.

La carga de trabajo señalada influye en que el juez delegue actividades y en que no esté presente en el desarrollo de los procesos y por lo tanto la forma escrita del proceso tome un lugar preponderante. Lo anterior porque es esta la forma más viable en la que el juez puede establecer comunicación con las partes en el proceso y así tomar conocimiento del caso a resolver.

⁴⁷ Castillo Banuet, Germán, “Proyecto de reforma al sistema de justicia penal mexicano” en La Reforma a la justicia penal, Quintas jornadas sobre justicia penal, coordinadores: García Ramírez, Sergio, Islas De González Mariscal, Olga y Vargas Casillas, Leticia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006, p. 218.

⁴⁸ Lara Espinoza, Saúl, Las garantías constitucionales en materia penal, México, Porrúa, 2005, p. 224.

⁴⁹ Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Compendio estadístico 2006, en www.tsjdf.gob.mx. Consultado el 18 de septiembre de 2008. p. 53.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 54.

La Constitución, el Código de Procedimientos y el Derecho practicado son tres elementos fundamentales que conforman un sistema de justicia endeble en virtud de la escasa interacción entre ellos a los que se agrega la citada jurisprudencia. Eso, según Mendieta Jiménez,⁵¹ se llama entropía ya que los elementos del sistema tienden a separarse. La Constitución establece un sistema acusatorio, luego el Código de Procedimientos se aleja, aunque de manera total, de dicho sistema generando uno diferente.

El resultado final de tal aislamiento es que cuando el Derecho se practica no existe una interacción entre los principios procesales que la Constitución establece concluyendo en un tipo de proceso con características diferentes.

No basta que una norma jurídica diga que los principios se deben aplicar, sino que, debe prever que los principios procesales interactúen entre sí.

Por ejemplo, el Código de Procedimientos permite la ausencia del juez en el proceso. Esto hace necesario que todos los actos procesales se registren en el expediente. La carga de trabajo que tienen los juzgados es un problema de peso, ya que en la mayoría de los casos el juez se encuentra en su oficina revisando documentos que se generan en el juzgado. Es por eso que se delegan a otros funcionarios del juzgado actividades como la dirección de las audiencias y la redacción de los proyectos de sentencia.

Otro ejemplo es la cantidad de audiencias que se presentan simultáneamente; claramente, al juez no le es posible estar presente en todas y cada una de ellas al mismo tiempo. De esa forma se ven alterado el principio de inmediación. La escritura se vuelve en el medio de comunicación entre el juez y las partes del juicio puesto que es la forma más factible de que conozca el asunto. Esta problemática se recrudece aún más en el caso de los procesos orales, pues resulta indispensable que el juez se encuentre presente para escuchar lo que las partes argumentan. Así pues, al verse alterado el principio de inmediación procesal se ve alterado el de oralidad.

La oralidad que existe en el proceso se ve alterada también por la forma en que se documenta. Tal documentación se hace a través de la práctica del dictado. El orador le dicta al encargado de dirigir la audiencia lo que en ese momento desea declarar, volviéndose lento el desarrollo de una audiencia. Tal situación altera el principio de concentración procesal, ya que si una audiencia no se termina en el mismo día se tendrá que diferir para otra fecha.

La escrituración del proceso también altera al principio de publicidad. Además del problema de la arquitectura de los juzgados debe considerarse que

⁵¹ Mendieta Jiménez, Ernesto, op. cit., nota 13, p. 46.

difícilmente una persona ajena al proceso puede tener acceso al expediente de un determinado caso. Exclusivamente el Ministerio público, la defensa y el acusado son quienes pueden consultar el expediente.

El distanciamiento que se puede apreciar entre el discurso del Derecho y la práctica en los juzgados permite decir que las normas que integran el sistema penal no son eficaces. Al respecto Kelsen⁵² refiere que una norma constitucional es eficaz cuando las normas establecidas con base en ella son aplicadas y acatadas en términos generales.

Esa falta de eficacia lleva a que el sistema penal no sea totalmente protector de los Derechos Humanos que la misma Constitución establece. Tal y como afirma Moreno Hernández⁵³ se vuelve un sistema de discursos en el que frecuentemente se incurre en abusos de poder en detrimento de los Derechos Humanos.

Moreno Hernández⁵⁴ agrega que el sistema procesal penal es ineficaz por la cantidad de obsoletas e incongruentes normas y lidiadas prácticas procesales que traen como consecuencia la complejidad y la lentitud de los procedimientos. Un ejemplo, es el caso de la audiencia de vista contemplada en el Código de Procedimientos Penales, misma que en la práctica no se realiza.

La lejanía entre lo que establecen las normas jurídicas y la realidad del proceso, significa que el sistema procesal penal no es eficaz y que por lo tanto no es democrático sino que, como lo afirma Moreno Hernández,⁵⁵ se aleja de la forma de gobierno establecida por la norma fundante y se acerca al terreno de sistemas autoritarios en donde los Derechos Humanos se pueden ver vulnerados por la ejecución del *ius puniendi* del Estado.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL DE 2008

Ante los problemas que presenta el sistema de justicia penal, el Estado mexicano ha reaccionado mediante una reforma a las disposiciones constitucionales en materia de justicia penal. Ya durante la presidencia de Vicente Fox se presentó una iniciativa en donde se plantea la ausencia del sistema acusatorio en el siste-

⁵² Kelsen, Hans, "Teoría pura del Derecho", México, Porrúa, 2007, p. 219.

⁵³ González Ruiz, Samuel, *et al.* op. cit., nota 8, p. 535.

⁵⁴ Ibidem, p. 541.

⁵⁵ Ibidem, p. 536.

ma de justicia penal mexicano⁵⁶ y se consideró necesario implementarlo con la finalidad de cumplir con las exigencias del régimen democrático mexicano.⁵⁷

En dicha iniciativa se presentó una explicación de los principios del sistema acusatorio.⁵⁸ La iniciativa consideraba relevante el restarle importancia a los elementos probatorios que el Ministerio Público obtenga⁵⁹ y señalaba que la presunción de inocencia no se encontraba de manera expresa en el texto entonces vigente de la Constitución, de manera que proponía reformar el artículo 20 fracción I apartado A con el fin de que se encontrara expresamente contemplada.⁶⁰

En el actual sexenio, el Presidente Felipe Calderón también presentó una iniciativa de reforma al sistema de justicia penal. En ésta, al igual que en la propuesta durante la gestión de Vicente Fox, se señala que la democracia mexicana se encuentra en desarrollo.⁶¹

El dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia de la Cámara de Diputados, con proyecto de decreto para reformar el sistema de justicia penal con fecha 10 de diciembre de 2007, tiene como antecedentes diferentes iniciativas que pretenden la instauración del sistema acusatorio penal en México, entre las que destacan las que siguen.

En la iniciativa presentada por los diputados Camacho Quiroz, Borrego Estrada, Cárdenas Hernández y Estrada González⁶² se proponía establecer, en el artículo 20 constitucional, los fundamentos del sistema penal acusatorio con el mandato claro para crear los juicios orales conforme los principios que lo integran. En el mismo sentido se presentó la de los diputados González Garza, Lozano Lozano, Cruz Santiago, Barreiro Pérez, Sánchez Ramos, Montalvo Rojas, Santos Arreola y Arellano Pulido.⁶³

La iniciativa de los diputados González Garza, Cárdenas Hernández, Cantú Garza, Cervantes Rivera, Chanona Burguete, y Sansores San Román coincidía con las dos anteriores; sin embargo, en ésta se aceptaba que la Constitución tenía entonces contemplado el sistema acusatorio aunque nunca se instrumen-

⁵⁶ Fox Quesada, Vicente, "Iniciativa de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" en http://fox.presidencia.gob.mx/docs/reformas_ssp.pdf, consultado el 7 de octubre de 2008, p. 2.

⁵⁷ Ibidem, p. 3.

⁵⁸ Ibidem, p. 3.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Ibidem, p. 5.

⁶¹ García Ramírez, Sergio, op. cit., nota 4, p. 433.

⁶² Ibidem, p. 243.

⁶³ Ibidem, p. 253.

taba, por lo que estos diputados proponían volver a la adopción del sistema acusatorio y oral.⁶⁴

Finalmente, en el Diario Oficial de la Federación del día 18 de junio de 2008⁶⁵ se publicó el decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación con el sistema de justicia penal. Los artículos constitucionales que fueron objeto de la reforma fueron los siguientes: el 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del 73; la fracción VII del 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123.

Antes de continuar cabe hacer el señalamiento que se hace en el primer párrafo del artículo 20: “el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.” Aunado a lo anterior, el apartado A de dicho artículo es nominado “de los principios generales.”

A pesar de que el texto anterior a la reforma de 2008 establece el sistema acusatorio en ningún momento emplea los términos “sistema acusatorio” o “juicio oral”. El texto ya reformado expresa, en el artículo 20 apartado A, de forma clara cuáles son los principios que deben sustentar al proceso penal.

En la reforma se hace referencia de una forma más precisa a los principios de inmediación, oralidad, concentración y contradicción, lo cual abre un precedente importante en materia de justicia. Así, por ejemplo, queda establecido que el principio de oralidad debe cobrar vida durante el desahogo del material probatorio y también cuando cada una de las partes presenten sus argumentos. Pero el principio de oralidad no termina allí: se establece que los jueces tendrán que presentar sus argumentos de forma oral y frente a las partes implicadas las sentencias que dicten.

Por lo que hace el principio de inmediación, se establece que el juez debe estar presente en todas las audiencias y queda prohibido que los jueces deleguen esas funciones en otro personal del juzgado. También queda establecido que el juez no puede dejar en manos de su personal la valoración de las pruebas. De esa forma quedan relacionados los principios de inmediación y de oralidad, puesto que el juez deberá estar presente en el momento en que se desarrolla la actividad respectiva para poder valorar las pruebas.

En el texto reformado se establece que la actividad probatoria debe ser llevada a cabo con base en el principio de contradicción. Este principio ya había sido contemplado en la Constitución; sin embargo, con la reforma queda más claro

⁶⁴ Ibidem, p. 450.

⁶⁵ Publicado en el Diario oficial de la Federación el miércoles 18 de junio de 2008, primera sección, p. 3.

puesto que de manera textual establece que le corresponde al Ministerio Público presentar y sostener su acusación y por otro lado a la defensa le corresponde el derecho a refutarla. Asimismo, se señala que el juez no podrá celebrar actos procesales cuando una de las partes no se encuentre presente.

Por lo que hace a los principios de publicidad y el de concentración y economía procesal, no presentan cambios sustanciales. El principio de publicidad queda establecido de manera prácticamente igual al texto anterior. En cuanto al principio de concentración y economía procesal, el tiempo máximo para que una persona sea juzgada es el mismo.

Otros aspectos importantes de la reforma que aquí se comenta tienen que ver con la saturación de casos que se presentan ante el juez y el derecho a contar con un abogado.

Se pretende combatir el problema de la carga de trabajo con el artículo 17, en el que se establece que las leyes deberán contener mecanismos alternativos de solución de controversias en donde se asegure la reparación del daño. Asimismo, el artículo 21 séptimo párrafo contempla la posibilidad de que el Ministerio Público aplique el mismo principio.

En cuanto al derecho de contar con un abogado defensor, el texto anterior permitía que una persona de confianza ejerciera la defensa de los individuos que se sometían a un proceso penal. La actual reforma intenta poner fin a esta situación estableciendo en el artículo 20 apartado B fracción VIII que la persona que ejerza la defensa sea necesariamente abogado de profesión, independientemente de que sea nombrado por el individuo o por la autoridad.

Sin olvidar que esta reforma constitucional surge en un momento histórico en el que el Estado intenta enfrentar y disminuir la delincuencia, sobre todo la organizada, cabe decir que se introduce de forma expresa y clara el tipo de proceso que debe aplicarse en materia penal, pues de esta manera reduce el riesgo de que se pueda distorsionar con un discurso de menor rango como el Código de Procedimientos Penales.

V. EL OTRO DISCURSO DE LA REFORMA DE 2008

No obstante, se dejaron prácticamente iguales los principios de publicidad y de economía procesal, lo que según ya se vio en apartados anteriores puede ser causa de distorsiones. Lo anterior debido a que le corresponde al legislador local crear las normas jurídicas que regulen esos principios sin alejarlos del sistema acusatorio establecido por la Constitución.

El sistema referido se ve afectado por disposiciones de carácter inquisitivo. Al respecto, García Ramírez⁶⁶ señala que la citada reforma constitucionaliza la figura del arraigo, misma que anteriormente había sido considerada como inconstitucional. El mismo autor⁶⁷ precisa que la reforma constitucional se funda en los siguientes motivos: que el arraigo sea necesario para el éxito de la investigación, lo que significa una notoria vena de subjetividad o discrecionalidad en manos del Ministerio Público y del órgano judicial que resuelve; que el arraigo se requiera para la protección de las personas o bienes jurídicos o que exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

Aunado a lo anterior, el citado autor⁶⁸ señala que la reforma suprime la obligación de fundar y motivar por escrito las órdenes de cateo, lo cual podría traducirse en que los excesos en el uso de esta figura sean mayores con aparente sustento constitucional. Además, se permite la intervención de comunicaciones privadas en el artículo 16.

Al artículo 20, en el segundo párrafo de la fracción IX apartado B, le ha sido agregada una última parte en la que se establece que la prisión preventiva no puede exceder de dos años salvo que su defensa solicite prolongar ese tiempo. Y en el caso de que se exceda ese tiempo sin que se dicte la sentencia correspondiente el acusado será puesto en libertad. A esto hay que agregar que en artículo 19 se contempla la prisión preventiva oficiosa para casos de delincuencia organizada.

VI. CONCLUSIONES

En términos de Sánchez Sandoval⁶⁹ la Constitución, en tanto discurso, se vuelve en algo incierto pues sus variables no son controlables y sus efectos son impredecibles. El sistema acusatorio de la Constitución, en términos de Habermas,⁷⁰ se vuelve una ficción o una realidad artificialmente generada.

En ese tenor, la reforma constitucional penal de 2008 dice que el sistema penal es acusatorio; sin embargo, y según lo referido anteriormente, la misma reforma se convierte en un riesgo.

⁶⁶ García Ramírez, Sergio, op. cit., nota 4, p. 73.

⁶⁷ Ibidem, p. 74.

⁶⁸ Ibidem, p. 75.

⁶⁹ Sánchez Sandoval, Augusto, op. cit., nota 10, p. 15.

⁷⁰ Habermas, Jürgen, op. cit., nota 6, p. 101.

Se presentan dos lenguajes, por un lado se intenta implementar un sistema de justicia penal protector de los Derechos Humanos. Por otro lado, se le da poder al Ministerio Público para poder actuar con mayor rigor que en la actualidad.

Se constitucionalizan aspectos que antes eran inconstitucionales. Lo anterior significa que lo que antes era malo, porque un discurso de tipo normativo así lo decía, ahora se convierte en bueno a través del discurso de la Constitución.

Como señala Habermas⁷¹ se pretende, por medio de la Constitución, prestar al poder ilegítimo una apariencia de legitimidad. Y esa apariencia no permite a primera vista reconocer si las reformas en lo tocante a integración de la sociedad, es decir, la operación del sistema jurídico en cuanto a integración concierne, vienen sostenidas por, o tienen su base en, el asentimiento de los ciudadanos asociados, o si resultan de la autoprogramación estatal y del poder socioestructural y, apoyadas sobre esa base material, generan ellas mismas la necesaria lealtad de la población.

Este segundo discurso puede superar al primero. Es decir, todas las reformas en donde se aumenta el poder del Ministerio Público pueden rebasar los límites al ejercicio del *ius puniendi* del Estado que se pretenden resguardar a través del sistema acusatorio y de esa forma resultar un medio de control social alejado de un régimen democrático.

VII. REFERENCIAS DE CONSULTA

- ARILLA BAS, Fernando, *El procedimiento penal en México*, México, Porrúa, 2007.
- BERGMAN, Marcelo; Azaola, Elena; Magaloni, Ana Laura, *Delincuencia, Marginalidad y Desempeño institucional*, en: http://www.seguridadpublicacide.org.mx/CIDE/Portal/Docs/pdfs/Reporte_final_crceles_2006.pdf. Consultado el 20 de Octubre de 2008.
- CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal penal*, México, Oxford, 2005.
- CARPIZO, Jorge, "La reforma del Estado en 2007 y 2008" en *Cuestiones constitucionales*, núm. 19, julio-diciembre 2008, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008.
- CASANUEVA REGUART, Sergio E., *Juicio oral Teoría y práctica*, México, Porrúa, 2007.
- CASTILLO BANUET, Germán, "Proyecto de reforma al sistema de justicia penal mexicano" en *La Reforma a la justicia penal, Quintas jornadas sobre justicia penal*, coordinadores: García Ramírez, Sergio, Islas De González Mariscal, Olga y Vargas Casillas, Leticia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.

⁷¹ Ibidem, p. 103.

- CASTRO Y CASTRO, Juventino, "Proposición de gran reforma procesal en México", en *Reforma judicial revista mexicana de justicia*, julio-diciembre 2004, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2004.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, México, Porrúa, 1999.
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN publicado el miércoles 18 de junio de 2008, primera sección.
- FOX QUESADA, Vicente, *Iniciativa de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* en http://fox.presidencia.gob.mx/docs/reformas_ssp.pdf, consultado el 7 de octubre de 2008.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, Miguelángel, "Diagnóstico del proceso penal mexicano", en *La Reforma a la justicia penal, Quintas jornadas sobre justicia penal*, coordinadores: García Ramírez, Sergio, Islas De González Mariscal, Olga y Vargas Casillas, Leticia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.
- GARCÍA GARCÍA, Leticia Guadalupe, *Derecho ejecutivo penal*, México, Porrúa, 2005.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "La reforma del proceso penal: algunos riesgos y desafíos" en *Reforma judicial revista mexicana de justicia*, Julio-Diciembre 2008, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2008.
- GONZÁLEZ RUIZ, Samuel, "Elementos de introducción al análisis semiótico del Derecho" en *El sistema de justicia penal y su reforma*, México, Fontamara, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2008.
- HERNÁNDEZ, Roberto y Negrete, Layda, *Opinión jurídica sobre la reforma penal en México: En dos partes problemas y soluciones*, En www.juiciosorales.com/material.htm. Consultado el 1 de septiembre de 2007.
- ISLAS de GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, "Reformas penales a la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos", en *La Reforma a la justicia penal, Quintas jornadas sobre justicia penal*, coordinadores: García Ramírez, Sergio, Islas De González Mariscal, Olga y Vargas Casillas, Leticia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 2007.
- LARA ESPINOZA, Saúl, *Las garantías constitucionales en materia penal*, México, Porrúa, 2005.
- LÓPEZ MEDRANO, Dante, "La oralidad en el procedimiento penal", en *Iter Criminis revista de ciencias penales*, Número 2, segunda época, INACIPE, 2002.
- Mendieta Jiménez, Ernesto, "La teoría general de sistemas" en *El sistema de justicia penal y su reforma*, México, Fontamara, 2006, p. 39.
- MORALES BRAND, José Luís, "Hacia una reforma del sistema de justicia penal en México y Aguascalientes" en *Reforma judicial revista mexicana de justicia*, Enero Junio 2006, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2006.

- OJEDA BOHÓRQUEZ, Ricardo, "Reforma al procedimiento penal", en *La Reforma a la justicia penal, Quintas jornadas sobre justicia penal*, coordinadores: García Ramírez, Sergio, Islas De González Mariscal, Olga y Vargas Casillas, Leticia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.
- PÁSARA, Luis, *Como sentencian los jueces en el D.F. en materia penal*, en: <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/prof%20invitados/buscaglia/politicas%20publicas/Como%20sentencian%20los%20jueces%20del%20D.F.%20en%20materia%20penal.pdf>. Consultado el 18 de abril de 2008.
- PODER Judicial Federal, *Libro blanco de la reforma judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, SCJN, 2006.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2005.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL. Compendio estadístico 2006, en www.tsjdf.gob.mx. Consultado el 18 de septiembre de 2008.
- VIDAURRI GONZÁLEZ, Alicia, *et al.*, *El control social en México D.F.* México, UNAM-FES Acatlán, 2004.
- ZAPATA ZUBIAGA, Pablo, "El futuro del sistema judicial en México" en *Reforma judicial revista mexicana de justicia*, número 1, enero-junio 2003, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2003.

LAS ACCIONES COLECTIVAS COMO PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN EL DERECHO COMPARADO: LOS CASOS DE ESPAÑA Y MÉXICO

Marco Antonio NAMBO PÉREZ¹

A Raymundo Herrera Espino,
maestro nicolaita y gran amigo.

SUMARIO: I. Introducción. II. El desarrollo de los derechos de tercera generación. III. La acción colectiva. IV. Intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos. V. Modelos de protección a los derechos difusos y colectivos. VI. Regulación de las acciones colectivas en España. VII. La tutela de los intereses colectivos y difusos en la legislación mexicana. VIII. Ley federal de protección al consumidor. IX. Ley general de equilibrio ecológico y protección al ambiente. X. El amparo como protección de intereses legítimos. XI. El proyecto de nueva Ley de Amparo: hacia una legitimación extraordinaria. XII. Conclusiones generales. XIII Referencias de Consulta.

I. INTRODUCCIÓN

A partir del fin de las guerras mundiales acaecidas en el siglo XX, las relaciones económico-sociales sufrieron un reacomodo a un sistema de fronteras abiertas para productos y factores productivos, lo cual ocasionó la movilidad de los mismos. Tal fenómeno ha generado el desarrollo de sociedades pluriculturales, donde la última generación de los derechos humanos florece: los *derechos difusos*.

El objetivo de este ensayo jurídico se centrará en buscar la definición de los derechos (o también llamados “intereses”) difusos y colectivos, sus principales

¹ Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

características y descubrir la naturaleza jurídica de las acciones colectivas de protección a este tipo de derechos con base en el régimen jurídico en que se fundamentan, a la luz de la normatividad vigente en dos países del sistema de derecho romano-germánico, a saber: España y México.

La metodología empleada en este ensayo se basa en los lineamientos establecidos para una investigación jurídico-dogmática. En efecto, el problema jurídico en cuestión se visualizará en un marco preponderantemente formalista, esto es, analizando las fuentes formales del derecho: la legislación vigente, la jurisprudencia y en su caso la costumbre. Además, el trabajo se apoyará en la doctrina con el objetivo de lograr una mejor comprensión en el tópico abordado. De igual modo, se utilizará como método operacional el deductivo, planteando inicialmente los temas generales hasta llegar a los aspectos concretos del problema.

II. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN

La ley es aplicada por medio de abstracciones: principios legales y conceptos. Una de estas abstracciones es la noción de derecho subjetivo, esto es, un derecho personal o un derecho que pertenece a alguien. Si el actor no tiene un derecho personal reconocido por el sistema legal, él no puede llegar a tener éxito en el tribunal.

La complejidad de la sociedad moderna y el desarrollo de las economías con base en la producción y comercialización en serie de bienes y servicios, generan situaciones en las que determinadas actividades pueden afectar los intereses de una comunidad o un grupo de personas, los cuales no encuentran una solución adecuada a través de acciones individuales.

Las nuevas circunstancias sociales derivadas de la revolución tecnológica y de la masificación implican amenazas a la calidad y a la vida de la comunidad. Generan necesidades que tienen que ser reconocidas por el derecho como cause de convivencia social. Éstas se refieren a buscar la protección al medio ambiente y la salud; la preservación del patrimonio histórico, artístico y cultural; la salvaguarda de los intereses de los consumidores frente a los productos peligrosos o nocivos, la publicidad engañosa, las prácticas y cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. Estos son algunos de los intereses que no pueden satisfacerse por medio de acciones individuales y reclaman soluciones apropiadas.

Los derechos humanos de la tercera generación, no encuentran encaje en las figuras tradicionales de los “derechos públicos subjetivos” o de los “intereses legítimos”, ni siquiera en la de los “derechos colectivos”, sino que se ubican dentro de los intereses difusos, *tertium genus*, una rama del derecho identificable por su ubicación entre los intereses generales e individuales. Por lo general, descansan en circunstancias fácticas, frecuentemente genéricas, contingentes y mutables. Los titulares de estos intereses difusos son conjuntos de ciudadanos más o menos amplios, pero en todo caso en número indeterminado, o posiblemente indeterminable. El principal problema que se plantea es la legitimación procesal para recurrir en su defensa ante los órganos jurisdiccionales.

Desde los años noventa del siglo pasado, Ada Pellegrini Grinover² ponía énfasis en la nueva ola de derechos que surgían:

“Sorgeva una nuova categoria politica e giuridica, estranea all’interesse pubblico e a quello privato. Gli interessi sociali sono comuni a un insieme di persone. Interessi sparsi e informati alla tutela di necessità collettive. Qui si collocano gli interessi dei consumatori, dell’ambiente, degli utenti di servizi pubblici, degli investitori, dei pensionati e di tutti coloro che partecipano ad una comunità condividendone i bigni e gli oneri.”

La teoria delle libertà forgiò una nuova generazione di diritti fondamentali. Diritti di terza generazione, che sono i diritti di solidarietà, derivanti dagli interessi sociali.”

Es absurdo pensar que en los esquemas tradicionales, el proceso entre partes, pueda permitir a un consumidor aislado, el ejercicio eficaz de sus propios derechos enfrentándose con los gigantes de la economía moderna: empresas que de manera regular cuentan con presencia transnacional e importantes barreras de abogados a su servicio. No es extraño que los contratos hayan perdido en la mayor parte de sus casos su carácter tradicional de puntos de encuentro de voluntades individuales, para convertirse en contratos estándar asentados en cláusulas generales de adhesión.

Los hechos y las necesidades sociales que no encajan dentro de la tradicional ciencia jurídica, pareciera que no deberían existir. Para que se lleve a cabo una innovación legal de gran magnitud, los juristas del derecho civil deben primero llegar a un consenso que cambie la ciencia. Aún cuando exista un temor a la evolución del derecho civil, se necesita recordar que el derecho se debe al hombre, y por lo mismo a las mutaciones sociales que experimenta en su régi-

² “Significato sociale, politico e giuridico della tutela degli interessi diffusi”, *Rivista di Diritto Processuale*, no. 1, Padova, Italia, 1999, —17-24—

men gregario. Con el objeto de desarrollar un sistema de litigio colectivo que sea aceptable para los abogados del derecho civil tradicional, es importante ante todo crear derechos sustantivos en el derecho positivo y después atribuir los mismos a los grupos mediante un eficiente sistema procesal.

III. LA ACCIÓN COLECTIVA

1. Consideraciones Generales.

Una *acción colectiva* es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada). Así, los elementos esenciales de una acción colectiva son la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo y el efecto de la cosa juzgada.³

En efecto, las acciones colectivas son promovidas por los miembros del grupo, las acciones civiles públicas son ejercitadas por agentes del gobierno y las acciones de organizaciones son promovidas por asociaciones. Sin embargo, el tipo de demandante que representa al grupo en una acción colectiva es un aspecto solamente circunstancial, porque lo que distingue una acción colectiva de una acción individual es su aptitud de proteger el derecho de un grupo.

Uno de los argumentos en contra de la introducción de la acción colectiva es que los derechos de grupo no encajan en los estándares individualistas tradicionales expuestos por los juristas europeos del siglo XIX, puesto que todos los derechos deben de pertenecer a alguien. Y los derechos de grupo, así como los intereses del medio ambiente, no pertenecen a nadie en particular, sino a todo un grupo (si es que puede delimitarse), ninguno puede reclamar tales derechos en un litigio ante los tribunales. Los derechos sin vínculos no existen en el derecho sustantivo, y por lo tanto no pueden ser exigidos ante un tribunal.⁴

La teoría de la acción procesal fue elaborada en el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX con una perspectiva liberal e individualista, planteaba claras restricciones que iban desde la limitación de la legitimación para su ejercicio hasta sus consecuencias a través de la sentencia y los límites subjetivos de la cosa juzgada.

³ Cfr. Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, trad. de Lucio Cabrera Acevedo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004.

⁴ Cfr. Silguero Estagnan, Joaquín, "Las acciones colectivas de grupo", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, no. 3, San Sebastián, España, 2003, pp. 615 y ss.

2. Antecedentes de la acción colectiva

La acción popular tiene orígenes en el derecho romano y en el viejo derecho inglés. Se crearon como expresión de equidad para defender los derechos de un gran número de personas afectadas por una misma causa.⁵

En el derecho romano se presentan dos vías de carácter popular: los interdictos populares y las acciones populares. El interdicto popular, procuraba la defensa del interés particular a través del restablecimiento del interés común vulnerado. Las acciones populares, ofrecían una perspectiva más individual ya que se presentaba el fenómeno de la tutela del interés privado mediante el interés común.

El *populus* manifestaba su condición de sujeto público en la protección de ciertos derechos privados de los ciudadanos, que revestían especial importancia a la comunidad. En el derecho romano existió la figura de la recompensa como antecedente para acciones populares modernas y motivación para la defensa de los intereses colectivos.

IV. INTERESES DIFUSOS, COLECTIVOS E INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS

Los intereses difusos y colectivos son un nuevo producto de la ideología de finales del siglo XX, que buscan proteger el medio ambiente, a los consumidores y los derechos de las minorías, así como otros derechos de grupo, por medio de órdenes aplicables al mismo como un todo. Son una nueva categoría de derechos sustantivos, una abstracción creada por científicos legales enfocada a las necesidades contemporáneas de una sociedad de masas.

1. Intereses difusos

Los intereses difusos constituyen aquéllos que afectan a una comunidad de sujetos amplia e indeterminada, no existiendo de ordinario vínculo o nexo jurídico entre ellos. Ejemplos de derechos difusos se encuentran en los campos de protección del medio ambiente y del consumidor. El derecho a un medio am-

⁵ Londoño Toro, Beatriz, "Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación", *Revista de estudios socio-jurídicos*, v. 1, no. 2, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, pp. 103 y ss.

biente sano y la veracidad en los anuncios publicitarios pertenecen todos en la comunidad, y, al mismo tiempo, no pertenece a nadie en particular. Pertenecen a la comunidad como un todo, no a los miembros individuales del grupo.

Se suscriben a un grupo de gente no identificable, sin vínculos previos, que solamente están relacionados entre sí por un acontecimiento específico. La protección de los derechos difusos ante el tribunal no impide la protección de los derechos individuales de los miembros del grupo lesionados por la conducta ilegal del demandado. Los miembros del grupo lesionados por la contaminación o por el anuncio fraudulento pueden aun reclamar daños, ya sea individualmente o por medio de la acción colectiva de daños individuales.

Los intereses difusos, deberían ser nombrados “intereses de pertenencia difusa”, porque pertenecen a muchos en común, integrando todos ellos un conjunto difuso, con lo que “lo difuso” es el grupo humano que coparticipa con el interés, y no tanto el interés mismo, que se puede percibir como concreto. Se confunden con frecuencia con los intereses colectivos, en ambos casos, el bien jurídico protegido es indivisible, sin embargo, mientras que entre los titulares de un interés difuso no existe relación jurídica alguna, sí existe una relación de base entre los titulares de un interés colectivo, relación que viene dada por la vinculación directa de los miembros del colectivo.⁶

Un interés difuso es un derecho transindividual pues pertenece a la comunidad como un todo, no a individuos específicos o asociaciones, ni al gobierno. En términos económicos consiste en un bien público. En consecuencia, este derecho se encuentra situado en un punto medio entre el derecho público y privado.

El concepto de un derecho transindividual, o supraindividual, no sólo significa que el derecho no es individual, sino que existe como una entidad distinta de cualquier individuo o grupo de individuos. Trasciende al sujeto y sin embargo no es una mera conjunción de derechos individuales.

2. Intereses colectivos

Un derecho colectivo también es definido como transindividual e indivisible. Sin embargo, éste difiere del derecho difuso en que en lugar de que el grupo esté constituido por un número indefinido de personas ligadas tan sólo por hechos circunstanciales (vivir en el mismo vecindario, comprar el mismo producto, ver

⁶ Ortiz Porras, Carolina, “Derechos sociales e intereses difusos (una cita a ciegas)”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, 2000, pp. 371 y ss.

el mismo programa televisivo, etc.), los miembros del grupo en el caso de los derechos colectivos están ligados unos a otros, o a la contraparte, por una relación jurídica previa. La relación jurídica común preexistente hace que la pertenencia en un grupo sea más definida en el caso de los derechos colectivos que en el caso de los derechos difusos.⁷

Este derecho de grupo es indivisible porque es imposible dividirlo en cuotas atribuibles a cada miembro del grupo. No puede ser dividido en pretensiones individuales o limitar el remedio otorgado a miembros específicos. Si la protección es otorgada a un solo miembro implicaría satisfacer las reclamaciones de todas las demás personas, y si los derechos de uno de los miembros son violados esto implicaría la violación de los derechos de todo el grupo.

3. *Derechos individuales homogéneos*

El nuevo concepto de derechos individuales homogéneos sólo refleja la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de los derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción: acción colectiva por daños individuales. En una controversia masiva, muchas pretensiones individuales por daños pueden derivar de un origen común (de hecho o de derecho). La violación de los derechos difusos puede determinar la violación de una serie de derechos individuales relacionados. Debido a que estos derechos individuales tienen un origen común es que son llamados homogéneos.⁸

El origen común no significa que el origen de la pretensión sea necesariamente un solo acontecimiento ocurrido en un tiempo determinado, teniendo como resultado lesiones colectivas. De hecho puede estar disperso en el tiempo y en el espacio, en tanto que los hechos estén relacionados tan estrechamente, que pueden llegar a ser considerados legalmente uno mismo.

Una distinción importante entre los derechos de grupo permanece entre los derechos esencialmente colectivos y los derechos accidentalmente colectivos. Los esencialmente colectivos son transindividuales e indivisibles, pues pertenecen a una comunidad entera. Los accidentalmente colectivos son los tradicionales derechos subjetivos individuales que pertenecen a los miembros del grupo,

⁷ Cfr. Ovalle Favela, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004.

⁸ Cfr. Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2003.

y que pueden ser protegidos colectivamente por medio de las acciones colectivas, debido a la existencia de una cuestión común de hecho o de derecho entre ellos (individual o indivisible). Citando el Libro Verde de la Comunidad Europea, los primeros son la protección de derechos colectivos, y los últimos son la protección colectiva de derechos individuales.⁹

V. MODELOS DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DIFUSOS Y COLECTIVOS

Las constituciones de la segunda postguerra han puesto mayor atención en los derechos o intereses difusos. En especial se han enfocado en el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, a la salud, a la utilización racional de los recursos naturales, a la seguridad y salud de consumidores y usuarios, derecho al respeto del patrimonio histórico, arquitectónico y cultural. Por el contrario, los códigos constitucionales han sido remisos en sentar reglas que propicien la protección real de esos intereses cuya tutela reclaman. No obstante, se han concebido la existencia de diferentes modelos con los cuales intentar la defensa de estos intereses.¹⁰

Como dice Cappelletti se impone una profunda metamorfosis del derecho procesal para evitar que permanezcan desprovistos de protección los intereses difusos, que exija un abandono en ciertos casos de la idea de subjetividad como categoría del derecho público.

El primero, es el que considera los intereses difusos como públicos, atribuyendo al Ministro Fiscal la legitimación procesal con vistas a la necesaria actuación para su protección.

El segundo modelo consiste en la creación de nuevos órganos públicos especializados, que en los últimos lustros han proliferado en algunos países, especialmente en relación con algunos de los intereses difusos. En Suecia, de un ombudsman de los consumidores; en Inglaterra, de un *director general of fair trading* (1973) y en Estados Unidos, de una *consumer product safety commission* (1973).

El tercer modelo nos viene dado por la habilitación legal a personas u organizaciones privadas para que puedan instar procesalmente la defensa de dere-

⁹ Cfr. *op. cit.*, nota 3.

¹⁰ Gelsi Bidart, Adolfo, "Intereses difusos y Derecho Procesal" *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nos. 142-143-144, México, 1985, pp. 533 y ss.

chos o intereses difusos, como si de derecho o intereses propios se tratara. En Alemania, se ha configurado una acción, la *Verbandsklage*, a la que pueden acudir asociaciones, en materia de consumidores. Francia, instituyó una suerte de *action collective* (Ley Royer) que sigue legitimando a ciertas asociaciones, para instar un juez civil o penal que resuelva el cese de actividades ilícitas contra intereses difusos. En Estados Unidos el modelo arraigó una fuerza mayor a través de la *class action*, basada en la *equity*, la cual presupone la existencia de un elevado número de titulares de pretensiones jurídicas individuales, posibilitando el tratamiento procesal unitario y simultáneo de todas ellas, por medio del juicio de un único exponente del grupo (*Federal Rules of Civil Procedure of 1938*).

El cuarto modelo de defensa de los intereses difusos está constituido por la acción popular, que al suprimir cualquier límite de legitimación para recurrir, posibilita que toda persona pueda litigar para la tutela de intereses colectivos o difusos.

La constitución de Portugal, se ha situado en esta dirección. Su artículo 52.3 confiere a todos un derecho de acción popular en los casos y términos legalmente establecidos, un derecho a instar prevención, el cese o la persecución judicial de las infracciones contra la salud pública, la degradación del medio ambiente y de la calidad de vida o la degradación del patrimonio cultural.

La constitución de Brasil de 1988 acoge de igual manera este instituto, de conformidad con el inciso LXXXIII de su artículo 5, por el cual todo ciudadano queda legitimado para ser parte a los efectos de interponer una acción de esta naturaleza, dirigida a anular un acto lesivo del patrimonio público o de cualquier entidad en la que el Estado sea partícipe, de la moral legislativa, del medio ambiente y del patrimonio histórico y cultural, quedando al actor, salvo que se compruebe la existencia de mala fe.¹¹

VI. REGULACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN ESPAÑA

La regulación normativa que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 2000, pretendió dar una respuesta integral en España a los problemas que las acciones de grupo planteaban desde el punto de vista del proceso judicial. A través de la ponderación de las garantías procesales de audiencia, así como las garantías de contradicción e igualdad de posibilidades que deben presidir la

¹¹ Fernández Segado, Francisco, "La dinamización de los mecanismos de garantías de los derechos y de los intereses difusos en el estado social", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 83, México, 1995, pp. 563 y ss.

actuación de las partes del proceso, y justifican el establecimiento de las acciones del grupo como medio para paliar los frecuentes abusos derivados de la lesión colectiva de derechos e intereses legítimos.¹²

La LEC española experimentó una significativa modificación en materia de la tutela de los consumidores y usuarios como consecuencia de la transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

La regulación de acciones colectivas responde a la necesidad de buscar mecanismos para facilitar el acceso a la jurisdicción de determinados sujetos considerados menos favorecidos socialmente. Con el fin de equilibrar esa posición de desigualdad inicial y para superar la desproporción entre los costes litigiosos y el valor económico de la reclamación, es conveniente que se ejerciten de modo conjunto, ya sea a través de una entidad que tenga encomendada la defensa de tales intereses plurisubjetivos, o a través de mecanismos procesales que permitan a esa pluralidad de afectados litigar unidos.¹³

Existen derechos e intereses meta-individuales o difusos en el sentido de que su titular no es individualizable. Son derechos o intereses que no pertenecen a un concreto sujeto individual. Lamentablemente, la noción tradicional de la legitimación no ofrece una respuesta acerca de quién puede ejercitar en defensa de un derecho meta-individual.

La tutela colectiva se ha desarrollado fundamentalmente en el contexto del derecho de consumo, como consecuencia del imperativo constitucional de que se arbitren procedimientos eficaces para la tutela de los consumidores y usuarios, además de basarse en directivas comunitarias promulgadas en materia de defensa de consumidores.

1. Definición de intereses colectivos e intereses difusos en la legislación española

Lorena Bachmaier Winter cita a Gutiérrez de Cabiedes —del cual fueron tomados los criterios por el legislador en la redacción de la LEC—, quien afirma que entre los intereses difusos y colectivos no existe una diferencia ontológica, ya que la distinción se basa en el aspecto extrínseco del grado de agregación y delimitación de la comunidad a la que se refieren.

¹² Cfr. *op. cit.*, nota 3.

¹³ Cfr. *op. cit.*, nota 4.

Así, nos dice la autora, los intereses difusos constituyen aquéllos que afectan a una comunidad de sujetos amplia e indeterminada, no existiendo de ordinario vínculo o nexo jurídico entre ellos, como en el caso de publicidad engañosa o en el ejercicio de una acción para demandar el etiquetado adecuado de productos; los colectivos existen cuando un grupo se encuentra en una misma situación jurídica o cuando una pluralidad de sujetos se ven afectados por un mismo hecho, y los integrantes del grupo, o los afectados están determinados o pueden ser determinados sin dificultad, como un grupo de padres de alumnos de un colegio o un grupo de clientes de una entidad bancaria de crédito hipotecario.

El interés difuso no debe asimilarse al interés general, aunque en ambos casos el ámbito de afectados se encuentra indefinido; en el interés difuso se daría una dimensión personal que no se da en el público pues el interés difuso emana el reconocimiento de situaciones subjetivas atribuibles a individuos y organizaciones.¹⁴

Un interés supraindividual existe cuando la pluralidad de sujetos se ve afectado de igual manera por una situación jurídica o hecho, a causa de ser miembro de una comunidad o grupo, siendo todos ellos cotitulares del derecho, tal es el caso de la acción para que cese la emisión o difusión de una publicidad engañosa, la acción de cesación de un acto de competencia desleal, o la acción de casación conforme a la Ley de Condiciones Generales de Contratación.

Hay pluralidad de intereses individuales cuando encontramos una pluralidad de acciones surgidas de un mismo hecho dañoso, acciones cuya titularidad corresponde a cada uno de los sujetos individuales afectados. Se trata de intereses individuales homogéneos; como ejemplos tenemos los daños concretos en la utilización de un producto defectuoso, pacientes médicos infectados de hepatitis por transfusiones de sangre contaminada.

La LEC ha preferido no diferenciar entre estos tipos de intereses, no obstante, en el artículo 11 de la Ley¹⁵, al regular sobre legitimación para la defensa de consumidores y usuarios, atiende al criterio del grado de determinación de los

¹⁴ Cfr. López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos?*, Barcelona, España, Ariel, 2000.

¹⁵ Artículo 11. *Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.*

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.
2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

sujetos afectados para distinguirlos; o sea, si los sujetos afectados son determinados o fácilmente determinables, esos intereses serán colectivos, en caso de indeterminación de los sujetos, se consideran intereses difusos.

En sentido estricto, de conformidad con la definición de la Directiva Comunitaria 98/27, del 19 de mayo de 1998, sobre acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuario, las acciones colectivas son las que tienen por objeto la tutela de los intereses colectivos y éstos son definidos como: los intereses que no son una acumulación de intereses particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción.

2. Tutela de intereses difusos y colectivos en la legislación española

En el ámbito privado, la Ley 26/84, del 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU), inició la evolución hacia una tutela colectiva de los derechos e intereses. Esta Ley regula, en su artículo 2¹⁶, los derechos básicos de los consumidores y usuarios y legitima a las “asociaciones de consumi-

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8.º estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

¹⁶ Artículo 2

1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
- c) La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.
- d) La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.
- e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.
- f) La protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.

2. Los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

3. La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula.

Asimismo son nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, de conformidad con el artículo 6 del Código Civil.

dores y usuarios” para ejercer las acciones civiles para la tutela de los intereses generales de consumidores y usuarios.

Después, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ) amplió la legitimación a sujetos o entes carentes de personalidad jurídica, para articular la defensa de intereses colectivos y difusos puesto que, en su artículo 7.3, encomendó a los juzgados y tribunales la protección de los intereses, reconociendo simultáneamente la legitimación de corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados.

Progresivamente en las leyes sustantivas se fueron introduciendo normas para dotar de eficacia a la protección de los derechos de los ciudadanos en su consideración de consumidores y usuarios, introduciendo la regulación de acciones de cesación para cuyo ejercicio se contemplan normas de legitimación específicas.

A lo largo del siglo XX, se acometieron múltiples reformas parciales de la LEC de 1881, pero en ninguna de ellas abordó el legislador la necesaria para la tutela de consumidores y usuarios. Para dar cumplimiento al artículo 51 de la Constitución española¹⁷, no resultaba suficiente que en las leyes sustantivas se atribuyera legitimación a las asociaciones de consumidores para la defensa de intereses colectivos y difusos. A dicha legitimación debía acompañarse de una completa normativa que regulara las diversas implicaciones procesales de la defensa de los intereses colectivos y difusos, como el modo de intervención de los particulares en esos procesos, o la eficacia de sentencias obtenidas.

La LEC del 7 de enero de 2000, introduce un cauce procesal para arbitrar la tutela colectiva de los consumidores y usuarios. Las especialidades procesales introducidas en la nueva LEC son: previsiones específicas en materia de diligencias preliminares; llamamiento a proceso de quienes, sin ser demandantes, puedan estar interesados en intervenir; acumulación de acciones y procesos; eficacia en sentencia y en materia de ejecución.

Con el objeto de averiguar si los consumidores y usuarios afectados por un hecho lesivo están determinados o son de imposible determinación, a efectos

¹⁷ Artículo 51

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.
2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.
3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

de establecer la legitimación, la LEC permite al futuro demandante, solicitar la práctica de diligencias preliminares para efectuar la identificación subjetiva de los afectados. En ambos casos (sujetos determinados e indeterminados) se lleva a cabo un amplio sistema de publicidad para la demanda, de tal modo que se facilite la intervención en el proceso colectivo de cada uno de los afectados individualmente. Mas, hayan o no intervenido, acorde al artículo 222 de la LEC¹⁸, la eficacia de la sentencia en materia de intereses colectivos o difusos se extiende *ultra partes*, incluso frente a sujetos que no hubieren litigado.

El artículo 221 de la LEC exige que, si se han ejercitado concretas pretensiones de condena, habrá de determinarse individualmente cuáles son los beneficiados por ese pronunciamiento. En caso de intereses difusos, la sentencia estimatoria de la pretensión de condena fijará las bases y datos para identificar a los beneficiados. Respecto de los afectados no determinados, se incluirán los datos, características y requisitos necesarios para que éstos puedan instar la ejecución. Se arbitra incluso un sistema para que las sentencias constitutivas o declarativas dictadas a consecuencia de acciones ejercidas por asociaciones de consumidores y usuarios puedan abrir paso a la acción de resarcimiento individual.

Artículo 221. Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios.

¹⁸ Artículo 222. Cosa juzgada material.

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.
2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.
Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularon.
3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.
En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacidad y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.
Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.
4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

1.^a Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2.^a Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3.^a Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

2. En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

3. Legitimación para ejercer la acción

Los sujetos legitimados para ejercer las acciones civiles sobre la tutela colectiva de los consumidores y usuarios según la LEC son:

Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legal-

mente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8. ° estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

La LEC sólo contempla la tutela colectiva de los ciudadanos en su perspectiva de consumidores y usuarios, lo cual ha generado un debate sobre la tutela colectiva en caso de daños al ambiente. Asimismo, no alude al modo para conformar a la clase, categoría o grupo de afectados; el único criterio aparece indirectamente señalado en el artículo 11 de la LEC, en la cual se alude a los perjudicados por un hecho dañoso.

Una de las innovaciones en la LEC consiste en la previsión de que los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios puedan ser tutelados por el propio grupo de afectados; la novedad radica en que se confiera al grupo capacidad para ser parte del proceso colectivo.

El artículo 6.7 de la LEC¹⁹ confiere al grupo capacidad para ser parte, siempre que se constituya con la mayoría de los sujetos afectados. El modo de acreditar la capacidad para ser parte se realiza a través de una prueba documental que deberá ir anexa al escrito de demanda.

El grupo sólo está legitimado para la defensa de intereses colectivos, pero no para la defensa de los intereses difusos. El Artículo 11.2 define a los intereses difusos como aquéllos que afectan a una pluralidad de sujetos determinada o fácilmente determinable, siempre que el grupo se encuentre constituido por la mayoría de los afectados ausentes del proceso.

El mayor problema que plantea la legitimación en el artículo 11 de la LEC, es que no distingue entre intereses supraindividuales e intereses plurisubjetivos.

¹⁹ Artículo 6. *Capacidad para ser parte.*

1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles:

7.° Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

Para la tutela de intereses colectivos, el artículo 11.2 de la LEC confiere legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas, que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, y también a los grupos de afectados.

En la tutela de los intereses difusos, tras la reforma de la Ley del 29 de octubre de 2002, el artículo 11.3 de la LEC atribuye la legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas.

Es difícil definir qué tipo de legitimación se contempla en el artículo 11.3 de la LEC; no sabemos si se refiere a la legitimación para la defensa de los llamados intereses generales de los consumidores y usuarios, esa norma es innecesaria pues ya se encuentra reconocida en el artículo 20 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU); de igual modo es excesivamente restrictiva porque en diversas leyes especiales se contienen normas que legitiman a sujetos individuales para ejercitar acciones en defensa de los intereses supraindividuales y difusos de los consumidores y usuarios. Así, como ejemplo el artículo 29.3 de la Ley General de Publicidad (LGP), legitima a los titulares de un derecho o de un interés legítimo.

Artículo 20 de la LGDCU:

1. Las asociaciones de consumidores y usuarios se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones y tendrán como finalidad la defensa de los intereses, incluyendo la información y educación de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados; podrán ser declarados de utilidad pública, integrarse en agrupaciones y federaciones de idénticos fines, percibir ayudas y subvenciones, representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios, y disfrutarán del beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere el Artículo 2.2. Su organización y funcionamiento serán democráticos.
 2. También se considerarán Asociaciones de consumidores y usuarios las Entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación cooperativa, entre cuyos fines figure, necesariamente la educación y formación de sus socios y estén obligados a constituir un fondo con tal objeto, según su legislación específica.
 3. Para poder gozar de cualquier beneficio que les otorgue la presente Ley y disposiciones reglamentarias y concordantes deberán figurar inscritas en un libro registro, que se llevará en el Ministerio de Sanidad y Consumo, y reunir las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan para cada tipo de beneficio.
- En la determinación reglamentaria de las condiciones y requisitos se tendrán en cuenta, entre otros, criterios de implantación territorial, número de asociados y programas de actividades a desarrollar.

Artículo 29 de la LGP:

1. Podrá ejercitarse la acción de cesación contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, sin necesidad de haber cumplido lo establecido en el artículo 26.
2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.
3. Estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación:
 - a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
 - b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.
 - c) El Ministerio Fiscal.
 - d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas".

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.
 - e) Los titulares de un derecho o de un interés legítimo.

Todas las entidades citadas en este artículo podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan.

El Artículo 11.3 de la LEC hace referencia a la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para ejercitar acciones plurisubjetivas, en los supuestos en que un mismo hecho lesivo afecta a una pluralidad indeterminada de consumidores y usuarios.

Los requisitos para que las asociaciones de consumidores y usuarios tengan legitimación para ejercitar las acciones en defensa de los intereses de consumidores y usuarios son: que estén legalmente constituidas conforme a la Ley de Asociaciones y que en sus estatutos venga expresado que su finalidad es la defensa de los consumidores y usuarios. Además, su organización y funcionamiento deben ser democráticos. También se consideran asociaciones, de acuerdo

al Artículo 11 de la LEC, las entidades constituidas por consumidores conforme a la legislación cooperativa que tengan como finalidad la educación y formación de sus socios.²⁰

Según la LGDCU en su Artículo 20, para poder gozar de cualquier beneficio que les otorgue la Ley y disposiciones reglamentarias concordantes, las asociaciones de consumidores y usuarios deberán figurar escritas en un libro de registro que el Ministerio de Sanidad y Consumo llevará por medio del Instituto Nacional de Consumo, además de reunir las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan. Esto ha sido motivo de amplio debate, puesto que para algunos autores el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios no puede ser considerado un beneficio.

El Real Decreto 825/1990 del 22 de junio de 1990, establece que las Asociaciones y Cooperativas de Consumidores y Usuarios inscritas en el libro registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, tienen restringida su legitimación al ejercicio de acciones en defensa de sus asociados o de la asociación o cooperativa, en lo que se refiera a los derechos o intereses reconocidos en el Artículo 2 de la LGDCU (intereses generales de los consumidores y usuarios).

3.1. Otros sujetos legitimados para el ejercicio de acciones colectivas

El Artículo 10 tercero de la Ley 26/84 del 19 de julio (LGDCU), contiene una previsión sobre legitimación para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios. A falta de normativa sectorial, la acción de cesación podrá ser ejercitada frente a conductas de empresarios o profesionales, contrarias a la LGDCU.

Artículo 10 ter. de la LGDCU:

1. Contra la utilización o la recomendación de utilización de cláusulas abusivas que lesionen intereses colectivos e intereses difusos de los consumidores y usuarios podrá ejercitarse la acción de cesación.
2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la utilización o en la recomendación de utilización de dichas cláusulas y a prohibir la reiteración futura de dichas conductas. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

²⁰ Cfr. *op. cit.*, nota 4.

3. Estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación:

- a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
- b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta Ley o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.
- c) El Ministerio Fiscal.
- d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas".

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

Todas las entidades citadas en este artículo podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan.

El Artículo 16 de la Ley 7/1998, del 13 de abril sobre Condiciones Generales de Contratación (LCGC), tras la reforma por la Ley del 29 de octubre de 2002, confiere legitimación activa para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa a:

Artículo 16. Legitimación activa.

Las acciones previstas en el Artículo 12 podrán ser ejercitadas por las siguientes entidades:

1. Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.
2. Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.
3. Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.
4. El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
5. Los colegios profesionales legalmente constituidos.
6. El Ministerio Fiscal.

7. Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas”.

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

Todas las entidades citadas en este artículo podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno, para la defensa de los intereses que representan.

[Este artículo ha sido modificado por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE núm. 259, de 29-10-2002, pp. 37922-37933)]

El Artículo 29 de la Ley 34/1998, del 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), tras la modificación por la Ley del 29 de octubre de 2002, dispone que estén legitimados para el ejercicio de la acción de cesación:

Artículo 29.

1. Podrá ejercitarse la acción de cesación contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, sin necesidad de haber cumplido lo establecido en el artículo 26.
2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Así mismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.
3. Estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación:
 - a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
 - b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.
 - c) El Ministerio Fiscal.
 - d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas”.

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

e) Los titulares de un derecho o de un interés legítimo.

Todas las entidades citadas en este artículo podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan.

El Artículo 18 de la Ley 3/1991, del 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) enumera las acciones que pueden ejercitarse contra los actos de competencia desleal: la acción declarativa de la deslealtad del acto; la acción de cesación del acto o prohibición del mismo; la acción de remoción de los efectos producidos; la acción de rectificación de informaciones engañosas o falsas.

CAPÍTULO III Acciones derivadas de la competencia desleal

Artículo 18. Acciones.

Contra el acto de competencia desleal podrán ejercitarse las siguientes acciones:

1. ° Acción declarativa de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste.
2. ° Acción de cesación del acto, o de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica.
3. ° Acción de remoción de los efectos producidos por el acto.
4. ° Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
5. ° Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia.
6. ° Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

El Artículo 19 de la LCD legitima a cualquier persona que participe en el mercado cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la competencia desleal y además a:

Artículo 19. Legitimación activa.

1. Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en los cinco primeros números del artículo anterior.

La acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.

2. Las acciones contempladas en los números 1.º a 4.º del artículo anterior podrán ejercitarse además por las siguientes entidades:

- a) Las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.
- b) Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores.

El proceso para la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios no escapa a la finalidad unificadora y simplificadora del legislador, por lo que, sus especialidades aparecen dispersas. Así, a lo largo de la LEC podemos encontrar los preceptos que regulan las peculiaridades de este proceso: capacidad para ser parte (Artículo 6.7), comparecencia en juicio (artículo 7.7), legitimación (Artículo 11), publicidad e intervención (Artículo 15), acumulación de procesos (Artículo 78.4), contenido de la sentencia (Artículo 221), efectos de la sentencia (Artículo 222.3) y determinación en fase de ejecución de los concretos consumidores y usuarios beneficiados (Artículo 519).

El criterio de la doctrina española para la clasificación de un proceso como especial no depende del mayor o menor número de especialidades procesales que incluya el legislador en su tramitación. Estaríamos ante un proceso especial cuando la adecuación del procedimiento viene determinada por razón de la materia, mientras que el procedimiento ordinario sería aquél creado para resolver cualquier tipo de materia litigiosa.

En la LEC 1/2000 el término de proceso declarativo especial se reserva para aquellos procesos en los que rige —o no rige plenamente— el principio dispositivo.

Los artículos 4, 5 y 291.1 de la LEC, tras la reforma introducida por la Ley del 29 de octubre de 2003, dispone que las acciones de cesación en materia de publicidad en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, y las acciones de cesación en materia de condiciones generales de la contratación, se tramitarán a través de un juicio verbal. Al Artículo 250 de la LEC²¹

²¹ Artículo 250. *Ámbito del juicio verbal.*

1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:

12.º Las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios.

se ha añadido un nuevo apartado 12, por medio del cual las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios se tramitarán a través del juicio verbal.

Los procesos sobre acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, constituyen un proceso especial pues existe una norma que específicamente señala un trámite procesal concreto por razón de la materia. Respecto de las demás acciones en materia de consumidores y usuarios, nos encontraríamos ante un proceso ordinario.

Para determinar la legitimación, ha de resolverse si los consumidores y usuarios afectados por un mismo hecho dañoso están determinados, pueden determinarse o se trata de un grupo de imposible determinación. La LEC arbitra la posibilidad de solicitar la colaboración del órgano jurisdiccional, por medio de la diligencia preliminar del Artículo 256.6 de la LEC:

Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud.

1. Todo juicio podrá prepararse:

1.º Por petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación.

2.º Mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio.

Por petición del que se considere heredero, coheredero o legatario, de exhibición, por quien lo tenga en su poder, del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado.

4.º Por petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder.

5.º Por petición del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder.

6.º Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

7.º Por petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales.

2. En la solicitud de diligencias preliminares se expresarán sus fundamentos, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar.
3. Los gastos que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias serán a cargo del solicitante de las diligencias preliminares. Al pedir éstas, dicho solicitante ofrecerá caución para responder tanto de tales gastos como de los daños y perjuicios que se les pudieren irrogar. La caución se perderá, en favor de dichas personas, si, transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias, dejare de interponerse la demanda, sin justificación suficiente, a juicio del tribunal. La caución podrá prestarse en la forma prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 de esta Ley.

La solicitud se presentará ante el tribunal que sea competente para conocer posteriormente el fondo. El órgano judicial acordará la adopción de la diligencia preliminar, siempre que la considere adecuada a la finalidad que el solicitante persigue, y siempre que esté justificada porque concurre justa causa e interés legítimo. El tribunal dispone de un amplio margen de discrecionalidad, el límite viene determinado por la finalidad perseguida.

Si el futuro demandado u otra persona citada para concretar los integrantes del grupo, se niega a colaborar, el tribunal ordenará que se adopten las medidas de intervención necesarias para encontrar los documento o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiere incurrir por desobediencia a la autoridad judicial (artículo 261 de la LEC)²².

²² Artículo 26 1. *Negativa a llevar a cabo las diligencias.*

Si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, el tribunal, mediante providencia, acordará las siguientes medidas:

- 1.^a Si se hubiere pedido declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación del citado, se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior.
- 2.^a Si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciare que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal.
- 3.^a Si se tratase de la exhibición de una cosa y se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra, se procederá de modo semejante al dispuesto en el número anterior y se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o medida de garantía más adecuada a la conservación de aquélla.
- 4.^a Si se hubiera pedido la exhibición de documentos contables, se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante.
- 5.^a Rratándose de la diligencia prevista en el número.
- 6.^a del apartado 1 del Artículo 256, ante la negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiere colaborar en la determinación de los integrantes del grupo, el tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiere incurrir por desobediencia a la autoridad judicial.

4. Llamamiento, publicidad e intervención

Los efectos de la sentencia en una acción colectiva en materia de consumidores y usuarios, se van a extender a todos los perjudicados por el hecho dañoso, aunque hayan permanecidos ajenos al proceso (Artículo 222.3 de la LEC). La fórmula adoptada por la LEC consiste fundamentalmente en garantizar la posibilidad de que cada uno pueda intervenir individualmente en el proceso colectivo, para lo cual se exige dar amplia publicidad a la iniciación del proceso. Sólo se exceptúa el llamamiento en procesos iniciados mediante una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios (Artículo 15.4 de la LEC). La ley obliga a efectuar un llamamiento a través de los medios de comunicación.²³

Artículo 222. Cosa juzgada material.

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del Artículo 408 de esta Ley. Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen.

3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el Artículo 11 de esta Ley.

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

²³ Bachmaier Winter, Lorena, "La tutela de los intereses colectivos en la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, no. 2, Buenos Aires, Argentina, 2002, pp. 273 y ss.

En el caso de los intereses colectivos, al estar determinados o ser fácilmente determinables los sujetos concretamente perjudicados, el Artículo 15.2 de la LEC exige haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados. La realización de esas notificaciones recae sobre el demandante o demandantes y no sobre el órgano jurisdiccional.

El artículo 15.1 de la LEC regula la obligación de llamar al proceso a todos los que tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su interés individual, a través de la publicación de la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.

Este modo de llamamiento es exigible para la tutela de los derechos colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, salvo aquéllos en los que se ejercita una acción de cesación (Artículo 15.4 de la LEC).

Los gastos que se deriven de estos anuncios serán a costa de la parte demandante, en virtud de la aplicación analógica del Artículo 164 de la LEC.

En el caso de los intereses colectivos, la posibilidad de intervención no está sometida a un plazo preclusivo: el consumidor afectado individualmente puede ser admitido como interviniente en cualquier momento. No obstante, sus facultades de actuación quedan restringidas a los actos procesales que no hubieran precluido (Artículo 15.2 de la LEC).

En el supuesto del proceso incoado para la tutela de intereses, el Artículo 15.3 de la LEC señala que el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá el plazo de dos meses y que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de perjudicados. Transcurrido ese plazo, los afectados que no hubiesen acudido al llamamiento, no podrán hacerlo en un momento ulterior, lo cual no impide que se vean afectados por la sentencia y que puedan apersonarse en la fase de ejecución.

Artículo 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios.

1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difu-

sión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.

2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido.

3. Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho ya las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de esta Ley.

4. Quedan exceptuados de lo dispuesto en los apartados anteriores los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

5. La sentencia de la acción colectiva

Las sentencias en los procesos colectivos pueden ser de condena (pueden comportar un carácter pecuniario o condena a hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica), declarativas o constitutivas. En cuanto al contenido de la sentencia, el Artículo 221 de la LEC señala:

Artículo 221. Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el Artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

1.^a Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2.^a Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3.^a Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

2. En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

La LEC no contempla una regla especial en relación con el contenido de la sentencia que ponga fin a un proceso promovido por el grupo de consumidores y usuarios en defensa de los perjudicados por un mismo hecho dañoso.

Sin necesidad de acudir a una aplicación analógica del Artículo 221.3 de la LEC, como consecuencia del principio de congruencia de la sentencia, el tribunal debe decidir acerca de las pretensiones individuales ejercitadas por el grupo. Cada uno de los miembros del grupo está identificado, ya no son necesarias previsiones especiales para la sentencia, puesto que aplicando las normas de congruencia, ésta deberá pronunciarse respecto de las concretas pretensiones ejercitadas por el grupo.

Otra problemática es si en los procesos en que se ejercitan pretensiones resarcitorias por parte del grupo, además de delimitar subjetivamente a los afectados, debe la sentencia cuantificar el perjuicio individual de cada uno de los perjudicados y pronunciarse acerca de la indemnización que le corresponde a cada uno de ellos; la solución es sencilla si la pretensión resarcitoria es idéntica. En aquellos casos en que el hecho dañoso tiene muy diferentes repercusiones para cada uno de los afectados, la cuestión presenta una mayor complejidad.²⁴

Si en el *petitium* se incluyen pretensiones indemnizatorias concretas para cada uno de los afectados, la sentencia debería pronunciarse sobre las mismas, con independencia de que se hayan formulado por el representante del

²⁴ Cfr. *op. cit.*, nota 4.

grupo, o por el afectado que acudió al llamamiento y comparece como interviene. Si acepta esa conclusión, el proceso colectivo poco diferirá de un proceso con pluralidad de partes, y no parece que ésta sea la finalidad de la LEC al regular las acciones colectivas.

Cuando el grupo en su demanda sólo pide que se declare la existencia de hecho dañoso y el derecho de los afectados a ser indemnizados de los daños y perjuicios, obviamente la sentencia no podrá pronunciarse acerca de la indemnización que corresponde a cada perjudicado. La posibilidad de que los consumidores y usuarios beneficiarios de la sentencia emanada de un proceso colectivo, comparezcan en la fase de ejecución, y en ese momento se proceda a liquidar sus daños y perjuicios no está prevista en la LEC. El Artículo 519 de la LEC sólo es aplicable para aquellos procesos: promovidos por asociaciones de consumidores; y sólo en relación con la tutela de los intereses difusos.

Artículo 519. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados.

Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución.

En conclusión, en los procesos promovidos por los grupos en defensa de los intereses colectivos, sólo caben dos opciones: que el grupo, con un enorme aparato documental y probatorio, solicitara indemnizaciones concretas para cada uno de los integrantes; o, si no se incluyen las pretensiones resarcitorias para cada afectado, a esos consumidores beneficiados por la sentencia no les queda otra opción que instar posteriormente un proceso individual, y a hacer valer en el mismo la eficacia positiva de la sentencia estimatoria dictada en el proceso colectivo.

En cuanto a los efectos de la sentencia, respecto de todas prevé la extensión de la fuerza de cosa juzgada a todos los integrantes del grupo de afectados: la cosa juzgada afectará a las partes del proceso así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos, que fundamenten la legitimación de las partes al amparo del Artículo 11 de esta Ley.

La primera dificultad es determinar quiénes se pueden considerar sujetos no litigantes. En los procesos promovidos por las asociaciones de consumidores y

usuarios, ha de entenderse que son sujetos no litigantes aquéllos que, incluidos dentro de la categoría o clase de consumidores y usuarios afectados, no han hecho uso de la posibilidad de comparecer a título individual e intervenir en el proceso colectivo.

Otra duda es si la cosa juzgada también se extiende a aquellos sujetos que expresamente manifestaron su deseo de ser excluidos del proceso colectivo. En ausencia de la posibilidad *opting out*, parece que los efectos de la sentencia, tanto estimatoria, como desestimatoria, se extenderán a todos los consumidores y usuarios señalados de manera genérica en la sentencia.²⁵

En los procesos promovidos por el grupo de consumidores y usuarios afectados, el sujeto litigante es el grupo integrado por la totalidad de los afectados. Cabría pensar que no litigante es aquel que manifiesta su expreso deseo de permanecer fuera del grupo, para ejercer las acciones que le correspondan de manera individual.

Ante la total ausencia del *opting out*, no parece que el artículo 222 de la LEC al aludir al no litigante haya querido referirse al que se ha excluido expresamente del grupo, aunque no hayan comparecido a título individual.

Artículo 222. Cosa juzgada material.

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del Artículo 408 de esta Ley. Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularon.

3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el Artículo 11 de esta Ley.

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

²⁵ *Ibid.*

4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

En el proceso colectivo, cualquiera de los afectados pueden intervenir individualmente para ejercer su derecho de defensa en ese proceso y el interviniente goza de un estatus independiente respecto de los demás litisconsortes. El Artículo 13.3 de la LEC señala que el interviniente podrá asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estima perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte.

Artículo 13. Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados.

1. Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito.

En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos.

2. La solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento. El tribunal resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de diez días.

3. Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa.

También se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones se dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días.

El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte.

En la práctica ello puede originar que en los procesos colectivos se interpongan frente a la sentencia un elevado número de recursos independientes, con la consiguiente complejidad que ello representa para la tramitación procesal, y la negativa incidencia que ello tiene en la pronta conclusión del proceso.

6. La ejecución

Las actuaciones procesales varían en función de quién haya promovido el proceso colectivo, de cuál sea el tipo de acción ejercitada, del contenido de la sentencia y del grado de determinación de los sujetos beneficiados.

Si los beneficiados están determinados y la sentencia se pronuncia expresamente acerca de sus pretensiones, cada uno de los sujetos beneficiados estará legitimado para instar la ejecución de la sentencia.

Si los sujetos están determinados, pero no está liquidada la concreta indemnización que corresponde a cualquiera de ellos, será necesario desarrollar un procedimiento para la liquidación de ese título ejecutivo, se ajustará a las normas del juicio verbal ordinario (Artículos 712 a 720 de la LEC).

Artículo 712. Ámbito de aplicación del procedimiento.

Se procederá del modo que ordenan los artículos siguientes siempre que, conforme a esta Ley, deba determinarse en la ejecución forzosa el equivalente pecuniario de una prestación no dineraria o fijar la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase o determinar el saldo resultante de la rendición de cuentas de una administración.

Artículo 713. Petición de liquidación y presentación de relación de daños y perjuicios.

1. Junto con el escrito en que solicite motivadamente su determinación judicial, el que haya sufrido los daños y perjuicios presentará una relación detallada de ellos, con su valoración, pudiendo acompañar los dictámenes y documentos que considere oportunos.

2. Del escrito y de la relación de daños y perjuicios y demás documentos se dará traslado a quien hubiere de abonar los daños y perjuicios, para que, en el plazo de diez días, conteste lo que estime conveniente.

Artículo 714. Conformidad del deudor con la relación de daños y perjuicios.

1. Si el deudor se conforma con la relación de los daños y perjuicios y su importe, la aprobará el tribunal mediante providencia sin ulterior recurso, y se procederá a hacer efectiva la suma convenida en la forma establecida en los artículos 571 y siguientes para la ejecución dineraria.

2. Se entenderá que el deudor presta su conformidad a los hechos alegados por el ejecutante si deja pasar el plazo de diez días sin evacuar el traslado o se limita a negar genéricamente la existencia de daños y perjuicios, sin concretar los puntos en que discrepa de la relación presentada por el acreedor, ni expresar las razones y el alcance de la discrepancia.

Artículo 715. Oposición del deudor.

Si, dentro del plazo legal, el deudor se opusiera motivadamente a la petición del actor, sea en cuanto a las partidas de daños y perjuicios, sea en cuanto a su valoración en dinero, se sustanciará la liquidación de daños y perjuicios por los trámites establecidos para los juicios verbales en los Artículos 441 y siguientes, pero podrá el tribunal, mediante providencia, a instancia de parte o de oficio, si lo considera necesario, nombrar un perito que dictamine sobre la efectiva producción de los daños y su evaluación en dinero. En tal caso, fijará el plazo para que emita dictamen y lo entregue en el Juzgado y la vista oral no se celebrará hasta pasados diez días a contar desde el siguiente al traslado del dictamen a las partes.

Artículo 716. Auto fijando la cantidad determinada.

Dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se celebre la vista, el tribunal dictará, por medio de auto, la resolución que estime justa, fijando la cantidad que deba abonarse al acreedor como daños y perjuicios.

Este auto será apelable, sin efecto suspensivo y haciendo declaración expresa de la imposición de las costas de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 394 de esta Ley.

Artículo 717. Petición de determinación del equivalente dinerario de una prestación no dineraria.

Cuando se solicite la determinación del equivalente pecuniario de una prestación que no consista en la entrega de una cantidad de dinero, se expresarán las estimaciones pecuniarias de dicha prestación y las razones que las fundamenten, acompañándose los documentos que el solicitante considere oportunos para fundar su petición, de la que se dará traslado a quien hubiere de pagar para que, en el plazo de diez días, conteste lo que estime conveniente.

La solicitud se sustanciará y resolverá del mismo modo que se establece en los Artículos 714 a 716 para la de liquidación de daños y perjuicios.

Artículo 718. Liquidación de frutos y rentas. Solicitud y requerimiento al deudor.

Si se solicitase la determinación de la cantidad que se debe en concepto de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, el tribunal requerirá al deudor mediante providencia para que, dentro de un plazo que se determinará según las circunstancias del caso, presente la liquidación, ateniéndose, en su caso, a las bases que estableciese el título.

Artículo 719. Liquidación presentada por el acreedor y traslado al deudor.

1. Si el deudor presentare la liquidación de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase a que se refiere el artículo anterior, se dará traslado de ella al acreedor y si se mostrare conforme, se aprobará sin ulterior recurso, y se procederá a

hacer efectiva la suma convenida en la forma establecida en los Artículos 571 y siguientes para la ejecución dineraria.

Cuando el acreedor no se conformare con la liquidación, ésta se sustanciará conforme a lo previsto en el Artículo 715 de esta Ley.

2. Si dentro del plazo, el deudor no presentare la liquidación a que se refiere el apartado anterior, se requerirá al acreedor para que presente la que considere justa y se dará traslado de ella al ejecutado, prosiguiendo las actuaciones conforme a los Artículos 714 a 716.

Artículo 720. Rendición de cuentas de una administración.

Las disposiciones contenidas en los Artículos 718 y 719 serán aplicables al caso en que el título ejecutivo se refiriese al deber de rendir cuentas de una administración y entregar el saldo de las mismas; pero los plazos podrán ampliarse por el tribunal mediante providencia cuando lo estime necesario, atendida la importancia y complicación del asunto.

Si los sujetos beneficiados por la sentencia dictada en el proceso promovido por las asociaciones de consumidores y usuarios no estuvieran determinados, la LEC introduce la posibilidad de que éstos puedan comparecer en el proceso de ejecución e instar la ejecución. El Artículo 519 de la LEC señala:

Artículo 519. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados.

Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del Artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución.

En los procesos promovidos por los grupos en defensa de los intereses colectivos, sólo caben dos opciones: que el grupo solicitará indemnizaciones concretas para cada uno de los integrantes del grupo. De esa manera, los concretos beneficiarios de la sentencia podrían solicitar directamente la ejecución forzosa de la misma; o, si no se incluyen las pretensiones resarcitorias para cada afectado, instar posteriormente un proceso individual, y hacer valer en el mismo la eficacia positiva de la sentencia estimatoria dictada en el proceso colectivo.

VII.- LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

En México no existe un adecuado tratamiento procesal, salvo las que tíbiamente se contemplan para los consumidores, en materia ambiental, o las que algunos sostienen que existen en materia electoral.

El juicio de amparo mexicano puede representar un eficaz instrumento para la protección jurisdiccional de los derechos o intereses difusos y colectivos cuando la afectación derive de un acto de autoridad. Con la reforma legislativa de 1963 se dio un avance al transitar del amparo individualista al amparo social, al otorgar su legitimación a los núcleos de población ejidal o comunal. Al iniciar el siglo XXI, se requiere transitar ahora hacia un amparo colectivo, como los que existen en Brasil (*mandado de segurança coletivo*) o en argentina (acción de amparo colectiva).²⁶

Las acciones de grupo previstas en los Artículos 24, fracción III, y 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor corresponden a lo que se nombra genéricamente acciones para la tutela de los intereses difusos. Establecen los siguientes supuestos:

ARTÍCULO 24.- La Procuraduría tiene las siguientes atribuciones:

- I. Promover y proteger los derechos del consumidor, así como aplicar las medidas necesarias para propiciar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores;
- II. Procurar y representar los intereses de los consumidores, mediante el ejercicio de las acciones, recursos, trámites o gestiones que procedan;
- III. Representar individualmente o en grupo a los consumidores ante autoridades jurisdiccionales y administrativas, y ante los proveedores;

ARTÍCULO 26.- La Procuraduría tendrá legitimación procesal activa para ejercer ante los tribunales competentes acciones de grupo en representación de consumidores, para que dichos órganos, en su caso, dicten:

- I. Sentencia que declare que una o varias personas han realizado una conducta que ha ocasionado daños o perjuicios a consumidores y, en consecuencia, proceda la reparación por la vía incidental a los interesados que acrediten su calidad de perjudicados. La indemnización de daños y perjuicios que en su caso corresponda no podrá ser inferior al veinte por ciento de los mismos, o

²⁶ Cfr. *op. cit.*, nota 8.

II. Mandamiento para impedir, suspender o modificar la realización de conductas que ocasionen daños o perjuicios a consumidores o previsiblemente puedan ocasionarlos. La Procuraduría en representación de los consumidores afectados podrá ejercer por la vía incidental la reclamación de los daños y perjuicios que correspondan, en base a la sentencia emitida por la autoridad judicial.

Las atribuciones que este artículo otorga a la Procuraduría se ejercitarán previo análisis de su procedencia, tomando en consideración la gravedad, el número de reclamaciones o denuncias que se hubieran presentado en contra del proveedor o la afectación general que pudiera causarse a los consumidores en su salud o en su patrimonio.

La Procuraduría estará exenta de presentar garantía alguna ante las autoridades judiciales competentes, para el ejercicio de las acciones señaladas en las fracciones I y II.

Estas acciones se han venido desarrollando en varios países con economía de mercado y tienen como función primordial la de proteger los intereses de conjuntos de personas que no tienen una organización y personalidad jurídicas propias, y que se ubican dentro de un grupo por razones circunstanciales; por el hecho de haber adquirido el mismo bien u obtenido el mismo servicio; pero también estos grupos se pueden identificar por el hecho de vivir en una misma región o bajo determinadas condiciones ambientales.

Las acciones de grupo se han desarrollado ampliamente en el derecho norteamericano, en el que se conocen como *class actions*; en el derecho británico, en el que reciben el nombre de *relator actions*; y en algunos países europeos existen las llamadas acciones colectivas.

VIII. LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En nuestro país la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) en su Artículo 26 regula lo que llama acciones de grupo y prevé que a través de ellas, la Procuraduría Federal del Consumidor puede demandar ante los tribunales competentes que declaren mediante sentencia, que una o varias personas han ocasionado daños y perjuicios a los consumidores y condene a aquéllas a la reparación correspondiente. En un incidente los consumidores interesados acreditarán su calidad de perjudicados y, asimismo, el monto de daños y perjuicios a los que son merecedores.²⁷

²⁷ Ovalle Favela, José, "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 107, México, 2003, pp. 587 y ss.

Para que la Procuraduría comparezca en este incidente a nombre de los consumidores, la Ley señala que deberá contar previamente con mandato otorgado por éstos. Este requisito no es exigible legalmente para la promoción y desarrollo del procedimiento en el que se declare que uno o más proveedores han causado daños y perjuicios a un grupo de consumidores y se condene a los primeros a repararlos. El requisito de mandato sólo debe cumplirse hasta que la Procuraduría comparezca al incidente para acreditar el carácter de perjudicados de consumidores determinados, los cuáles, también podrán comparecer por sí mismos a dicho incidente.

De acuerdo a la naturaleza que esta clase de acciones tienen en el derecho comparado, la Procuraduría podrá ejercer estas acciones sin necesidad de mandato previo, para demandar que el juzgador declare que determinado proveedor ha causado daños y perjuicios a un grupo indeterminado de consumidores y condene a aquél a resarcirlos.

Las acciones de grupo tienen un doble carácter: son declarativas porque pretenden que el juez declare que uno o varios proveedores, con motivo de relaciones de consumo, ha ocasionado daños o perjuicios a los consumidores a nombre de quienes se ejerce la acción de grupo; y son acciones de condena, porque a través de ellas la Procuraduría pide al juzgador que ordene a los proveedores responsables la reparación de los daños y perjuicios, a los interesados que acrediten incidentalmente su calidad de perjudicados y el monto de los daños y perjuicios sufridos.

Lamentablemente, el ejercicio de las acciones de grupo por parte de la Procuraduría es discrecional por lo que la Ley no confiere el derecho a exigir de la Procuraduría el cumplimiento de las acciones de grupo; pero sí señala que la Procuraduría sólo podrá ejercer estas acciones previo análisis de su procedencia.²⁸

IX.-LEY GENERAL DE EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y PROTECCIÓN AL AMBIENTE

El interés legítimo ya ha sido aceptado en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal desde hace varios años. Sin embargo, no parece haber dificultad en que también se acepte en el procedimiento civil e incluso en

²⁸ Ovalle Favela, José, *Comentarios a la Ley Federal de Protección al Consumidor*, México, Ed. McGraw-Hill, 1994.

el constitucional. Así sería posible iniciar acciones civiles sin que se requieran daños a la persona o a sus propiedades, sino al ambiente en que vive.

La legitimación activa la podría tener el Procurador Federal de Protección al Ambiente, como de hecho ya la tiene en forma limitada en los Artículos 202 y 203 de la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente según reforma de 13 de diciembre de 1996. La legitimación podría ser precisada y aumentada. Podría representar a un número indefinido y grande de personas sin necesidad de que éstas le otorguen mandato, siguiendo el modelo de las *class actions* de Estados Unidos.

Además, la legitimación para actuar en juicios civiles podría ser concedida a asociaciones especializadas en ecología que reúnan ciertos requisitos.

El monto del daño ecológico puede ser, en ocasiones, imposible de fijar, sobre todo si los daños son mundiales o globales. El daño ecológico a escala nacional puede ser motivo de una indemnización que mediante la prueba pericial —el Instituto de Ecología de México y otros instrumentos— puede fijar el juez. Como los daños ecológicos se han socializado y el responsable de su reparación en el Estado, es a éste a quien debe entregarse la indemnización, las circunstancias lo permiten, incluso podría indemnizarse a determinadas víctimas, si ello es justo y posible.

Es muy difícil precisar el principio de causalidad en los daños al ambiente debido a las distancias geográficas enormes que pueden existir entre el factor contaminante y el daño.²⁹

X. EL AMPARO COMO PROTECCIÓN DE INTERESES LEGÍTIMOS

En México queda una magna tarea en el ámbito legislativo. También en la interpretación de los jueces, que ante falta de regulación expresa son contados los que han abierto el paso franco al acceso a la justicia de estos nuevos derechos e intereses. Debemos someter a revisión el concepto de agravio personal y directo, así como los efectos de la sentencia al caso particular que rige al juicio de amparo mexicano desde el siglo XIX.

Recientemente se adicionó un párrafo quinto al Artículo 4 constitucional que dice: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su de-

²⁹ Cabrera Acevedo, Lucio, “La responsabilidad administrativa y civil por daños al ambiente en México”, *Revista del Foro de la Barra Mexicana Colegio de Abogados AC*, no. 1, t. XVI, México, 2003, pp. 1 y ss.

sarrollo y bienestar”, y que al comprenderse dentro de las garantías individuales puede ser objeto del juicio de amparo. El problema, no obstante, radica en las tradicionales formas de legitimación, en la representación adecuada y en los efectos de la sentencia protectora que siempre debe versar sobre el caso particular.³⁰

La mayoría de los jueces de distrito han negado la posibilidad de acceder vía amparo, al considerar la falta de interés jurídico del quejoso, motivando el sobreseimiento con base en la fracción V del Artículo 73 de la Ley de Amparo.

Artículo 73.- El juicio de amparo es improcedente:

...

V.-CONTRA ACTOS QUE NO AFECTEN LOS INTERESES JURÍDICOS DEL QUEJOSO;

1. Antecedentes de ejecutorias de Amparo en casos sobre protección de derechos difusos

De 1868 a 1882 se promovieron demandas de amparo a nombre propio y de un número indeterminado de personas para proteger derechos de las comunidades indígenas o de una población, otorgándose el amparo con efectos generales. Sin embargo el carácter individualista del amparo a partir de 1883, fortaleció y consolidó el principio de la relatividad de las sentencias de amparo que ha prevalecido hasta ahora.

Ejecutorias de la Suprema Corte entre los años 1867 a 1876 que protegían intereses colectivos mediante la sustitución a la autoridad administrativa y la ampliación de la legitimación procesal de los quejosos.

Empero, en 1972, nuestro más alto Tribunal negó el amparo (R.A. 2747/69. Ministro: Abel Huitrón, y secretario: Genaro David Góngora Pimentel) solicitado por el club campestre, en el que los propietarios de varios terrenos en Monterrey reclamaron la licencia otorgada por el gobierno del estado para construir un cementerio en los linderos de sus predios, alegando que recibirían perjuicios económicos, en su salud y de toda índole. La Suprema Corte resolvió por unanimidad que este tipo de interés no tiene tutela jurídica y que los problemas urbanísticos, estéticos, sanitarios y de comodidad carecían de interés protegido

³⁰ *Ibíd.*

por la ley para impedir que sus propiedades fueran colindantes de un panteón. La parte medular de la ejecutoria sostuvo:

...La ley no faculta al Poder Judicial de la Federación para obligar a la autoridad a cumplir con reglas urbanísticas y sanitarias... [ni tampoco] para conocer de los problemas estéticos, las dificultades prácticas, las razones de conveniencia de las autoridades administrativas locales y pronunciar un fallo supremo que decida sobre los aspectos que no deben pasarse por alto al establecer un cementerio. Esto es mucho más que impartir justicia, porque es administrar...

En época más reciente, el Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, sobreyó por mayoría de votos, el juicio de amparo número 1081/80, en el que la quejosa era la asociación de la colonia Fuentes del Pedregal. El magistrado disidente Guillermo Guzmán Orozco emitió un voto importante, concedió la suspensión del acto reclamado, al sostener: que el quejoso tiene interés jurídico; que se consideran como actos reclamados, lo cometidos por autoridades gubernamentales de la Ciudad de México en materias relativas al ambiente urbano; que no se afecta el interés público al conceder la suspensión; y que un particular puede ser la persona adecuada para representar intereses colectivos y difusos. En la parte medular de la ejecutoria se dijo:

Los vecinos de una colonia o cualesquiera de ellos, tienen interés en el aspecto urbano, estético, de jardines de su colonia, pues no podría decirse —pues la Constitución no lo dice— que la capital de la República es propiedad de los gobernantes en turno para el efecto de alterar el aspecto urbano, o suprimir parques y zonas verdes, o modificar el aspecto estético y urbanístico a su gusto, sin voz ni voto de los habitantes de la misma... sería ilógico sostener que quien vive en la colonia carece de interés en el aspecto urbano de la misma, y en las áreas verdes y zonas públicas, siendo así que tales cosas afectan individualmente el valor económico y estético del lugar en que escogieron vivir. No podría decirse que los habitantes son incapaces que deban quedar sujetos a la urgencia pretendida o real en ejecutar obras en la ciudad...

2. La jurisprudencia tradicional

Del asunto resuelto en la Séptima Época (R.A. 2747/69, resuelto en 1972) se formaron los criterios que han seguido los tribunales federales hasta la fecha:

INTERÉS JURÍDICO, INTERÉS SIMPLE Y MERA FACULTAD, CUANDO EXISTEN.
El interés jurídico, reputado como derecho reconocido por la ley, no es sino lo que la

doctrina jurídica conoce con el nombre de derecho subjetivo, es decir, como facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma del derecho. En otras palabras, el derecho subjetivo supone la conjunción en su esencia de dos elementos inseparables, a saber: la facultad de exigir y una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia y cuyo sujeto, desde el punto de vista de su índole, sirve de criterio de clasificación de los derechos subjetivos en privados (cuando el obligado sea un particular) y en públicos (en caso de que la mencionada obligación se impute a cualquier órgano del Estado). Por tanto, no existe derecho subjetivo ni por lo mismo interés jurídico, cuando la persona tiene sólo una mera potestad o facultad que se da cuando el orden jurídico objetivo solamente concede o regula una mera actuación particular, sin que ésta tenga la capacidad, otorgada por dicho orden, para imponerse coercitivamente a otro sujeto, es decir, cuando no haya un poder de exigencia imperativa; tampoco existe un derecho subjetivo ni por consiguiente interés jurídico, cuando el gobernado cuenta con un interés simple, lo que sucede cuando la norma jurídica objetiva no establezca a favor de persona alguna ninguna facultad de exigir, sino que consigne solamente una situación cualquiera que pueda aprovechar algún sujeto, o ser benéfica para éste, pero cuya observancia no puede ser reclamada por el favorecido o beneficiado, en vista de que el ordenamiento jurídico que establezca dicha situación no le otorgue facultad para obtener coactivamente su respeto. Tal sucede, por ejemplo, con las leyes o reglamentos administrativos que prohíben o regulan una actividad genérica, o que consagran una determinada situación abstracta en beneficio de la colectividad. Si el estatuto legal o reglamentario es contravenido por algún sujeto, porque su situación particular discrepa o no se ajusta a sus disposiciones, ninguno de los particulares que obtenga de aquél un beneficio o derive una protección que pueda hacer valer tal discrepancia o dicho desajuste por modo activo, a no ser que el poder de exigencia de la situación legal o reglamentaria se le conceda por el ordenamiento de que se trate. Por tanto si cualquiera autoridad del estado determina el nacimiento de una situación concreta, que sea contraria a la primera, desempeñando un acto opuesto o no acorde con la ley o el reglamento de respectivo, es a esa misma autoridad o a su superior jerárquico a los que incumbe poner fin a dicha contrariedad o discordancia, revocando o nulificando, en su caso, el acto que les haya originado, pues el particular sólo puede obtener su revocación o invalidación cuando la ley o el reglamento de que se trate le concedan el poder o exigencia correspondiente.

INTERÉS JURÍDICO. CUANDO PUEDE CALIFICARSE COMO TAL. Si bien es cierto que de toda situación que se juzga favorable para las propiedades inmuebles resulta un interés, ese interés no siempre puede calificarse de jurídico, pues para que así sea, es menester que el derecho objetivo lo tutele a través de alguna o algunas normas, y ese interés jurídico es el que toma en cuenta la Ley de Amparo para protegerlo, cuando resulta afectado, por medio de la institución tutelar del juicio de garantías.

Conforme a la jurisprudencia tradicional la afectación a este interés jurídico debe probarse plenamente, lo que obstaculiza aún más el acceso a la justicia de los intereses o derechos supraindividuales. La regla general debería invertirse como bien lo sostiene un sector de la doctrina, es decir, privilegiar la procedencia del amparo mediante interpretaciones más favorables para los justiciables sin que llegue al extremo de colapsar el sistema ante la apertura desmedida del amparo.

3. Precedentes recientes de la Suprema Corte de Justicia

3.1. Legitimación activa de los portadores de los intereses supraindividuales

La segunda sala de la Suprema Corte de Justicia en el expediente varios 1/ 1996 resolvió el 13 de septiembre de 1996, por mayoría de cuatro votos, no ejercer su facultad de atracción para conocer de un amparo en grado de revisión promovido por un particular en nombre propio y en representación de una asociación civil constituida para la preservación del medio ambiente, tiene legitimación, ya que tal análisis atañe a lo que debe entenderse por interés jurídico para efectos del amparo.

Sin embargo el voto particular formulado por el ministro disidente Góngora Pimentel, estima la necesidad de atraer el asunto por ser un caso de trascendencia en el orden jurídico, por tratarse del análisis de la legitimación de la quejosa como organización no gubernamental para impugnar un acto administrativo de carácter general y obligatorio emitido por una Secretaría de Estado. Se justifica conocer el asunto para analizar si por el principio de relatividad de las sentencias de amparo es procedente o no el juicio de amparo, cuando existe un acuerdo trilateral escrito por el Estado mexicano con Canadá y los Estados Unidos de Norteamérica, donde diversos preceptos imponen la obligación a las partes contratantes de otorgar participación a la sociedad en general, en la aplicación de las normas ambientales. Al conocer el respectivo tribunal colegiado de circuito del recurso de revisión, reconoció el interés jurídico de la asociación civil debido a su objeto social, y al quejoso en particular al interpretar a la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente debido a que cualquier persona que se encuentra en la posibilidad de consultar las manifestaciones de impacto social, concediéndose el amparo solicitado.

3.2. Inconstitucionalidad de los derechos por descarga de aguas contaminadas

El tribunal pleno de la Suprema Corte resolvió por unanimidad de votos el 3 de marzo de 1998 (amparos en revisión 2240/96 y 2854/96), conceder el amparo a las empresas quejasas, al estimar que el Artículo 282, fracción I, de la Ley Federal de Derechos vigente en 1996, viola la garantía de legalidad tributaria al dejar a la Comisión Nacional del Agua la valoración de los elementos circunstancias y factores que han de concurrir para que determinados sujetos logren la exención en el pago del derecho correspondiente.

El ministro Genaro David Góngora Pimentel señala que el ambiente es un bien común y el deber de preservarlo corresponde a todos, como manifestación indispensable de solidaridad colectiva. El problema fundamental es determinar en qué medida es constitucionalmente admisible un tributo cuyo hecho impunible sea una actividad antiecológica.

3.3. El concepto de interés jurídico e interés legítimo en el proceso contencioso administrativo

En la contradicción de tesis 69/2002, resuelta por la segunda sala de la Suprema Corte el 15 de noviembre de 2002, la materia de contradicción de criterios consistió en determinar si el interés legítimo tiene o no, la misma connotación que el interés jurídico, y con base en ello determinar si la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, para la procedencia del juicio administrativo debe, o no, acreditar la titularidad de un derecho subjetivo afectado. Por unanimidad de votos, se estimó que ambos intereses tienen una connotación diferente.

En los procesos legislativos de 1995, uno de los principales objetivos pretendidos fue permitir el acceso a la justicia administrativa a aquellos particulares afectados en su esfera jurídica por actos administrativos (interés legítimo), no obstante carecieran de la titularidad del derecho subjetivo respectivo (interés jurídico), con la finalidad de ampliar el número de gobernados que pudieran acceder al procedimiento en defensa de sus intereses. El fallo de la segunda sala estimó que el interés jurídico tiene una connotación diversa al legítimo, pues mientras el primero requiere que se acredite la afectación a un derecho subjetivo, el segundo supone únicamente la existencia de un interés cualificado respecto de la legalidad de los actos impugnados, interés que proviene de la

afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico.

3.4. La titularidad de los derechos colectivos en materia ecológica

El tribunal pleno interpretó la Ley General del equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, estableciendo derechos a favor de las personas físicas y morales que la integran y residen en el lugar, en el sentido que podrían considerarse como un derecho colectivo que da un interés jurídico a la propia colectividad para que por sí misma o por medio de su representante legítimo pueda promover el juicio de amparo. Sin embargo en el fallo se sostuvo que cuando lo promueve una asociación cuya pretensión radica, no en salvaguardar algún derecho que le otorgue la ley, sino en que se proteja a la colectividad que no representa y se haga una declaración general respecto de la ley, se está en la hipótesis de la falta de interés jurídico a que se refiere la Ley de Amparo (Artículo 73, fracción V), pues de admitirse la procedencia del juicio y en el supuesto de otorgarse, se estaría ante el problema de determinar los efectos de la sentencia, los cuales no pueden ser otros que los de proteger al caso particular en términos de la disposición constitucional (Artículo 107, fracción II).

3.5. El interés legítimo en las controversias constitucionales

La Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional no se hace referencia al interés legítimo como supuesto de legitimación activa de la entidad, poder u órgano que promueva la controversia, el tribunal pleno de la Suprema Corte de terminó la actualización de un interés legítimo del Ayuntamiento actor en esa vía para deducir los derechos derivados de su integración.

Se estimó que si bien en la tesis jurisprudencial 71/2000 se establece la necesidad de que el promovente plantee la existencia de un agravio, éste debe entenderse como un interés legítimo para acudir a la vía de la controversia constitucional, el cual, se traduce en una afectación que resienten en su esfera jurídica de atribuciones las entidades, poderes u órganos a que se refiere la fracción I, del Artículo 105 constitucional, en razón de su especial situación frente al acto que consideren lesivo; dicho interés se estima actualizado cuando la conducta de la autoridad demandada sea susceptible de causar perjuicio o privar de un beneficio a la parte que promueve debido a la situación de hecho en la que ésta

se encuentre, la cual deberá estar legalmente tutelada para que pueda exigir su observancia.

3.6. Interés legítimo y acciones de grupo en materia electoral

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación al sostener que los partidos políticos tienen interés legítimo y pueden deducir acciones para proteger intereses difusos contra los actos de preparación de las elecciones.

Partiendo de una interpretación sistemática y muy flexible de preceptos de la Ley General de Sistemas de Medios de Impugnación en Materia Electoral y del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, y de los principios rectores en la materia electoral contenidos en el Artículo 41 constitucional, los fallos sostienen la posibilidad de que esos partidos se encuentren legitimados para deducir las acciones colectivas, de grupo o tuitivas de intereses difusos que sean necesarias para impugnar cualquier acto de la etapa de la preparación de los procesos electorales.

En la tesis jurisprudencial se dan las razones por las cuales se llega a esa conclusión:

...Para la consecución de los valores de la democracia representativa, se requiere la elección de los gobernantes mediante el ejercicio del sufragio universal, libre, secreto y directo de la ciudadanía. Para hacer posible el ejercicio derecho activo y pasivo del voto con esas calidades, se hace indispensable la organización de los procesos electorales, cuya primera etapa es, precisamente, la preparación de las condiciones necesarias para hacer realidad dicho objetivo. Si los actos preparatorios son de carácter instrumental respecto al ejercicio del derecho al sufragio que se lleva a cabo en la jornada electoral, es indudable que las deficiencias, irregularidades o desviaciones de tales actos preparatorios, afectan el interés de cada uno de los ciudadanos que pueden votar en los comicios que posteriormente se deben celebrar. Sin embargo, la ley no confiere a los ciudadanos ninguna acción jurisdiccional para la defensa de ese interés, ni en forma individual, ni en conjunto con otros ciudadanos, sino que sólo les otorga acción respecto de algunas violaciones directas al citado derecho político, y ni siquiera les permite invocar en estos casos como agravios las violaciones cometidas durante el proceso electoral, como causantes de la conculcación directa del derecho político, ya que tiene establecido que los actos preparatorios se convierten en definitivos e inimpugnables al término de esa etapa del proceso electoral. Las circunstancias apuntadas ubican a los intere-

ses de los ciudadanos en los actos de preparación del proceso electoral en condición igual a los que la doctrina contemporánea y algunas leyes denominan intereses colectivos, de grupo o difusos, que tienen como características definitorias corresponder a todos y cada uno de los integrantes de comunidades de personas indeterminadas, comunidades que crecen y disminuyen constantemente, carecen de organización, de representación común y de unidad en sus acciones, y respecto de cuyos intereses colectivos, de grupo o difusos se han venido diseñando acciones jurisdiccionales con el mismo nombre, pero dotadas de cualidades acordes con su finalidad y naturaleza, y por tanto, diferentes a las de las acciones tradicionales construidas para la tutela directa de derechos subjetivos claramente establecidos y acotados, acciones individuales que se conceden solamente a los sujetos que se pueden ver afectados directa e individualmente por determinados actos. En consecuencia, en procesos jurisdiccionales nuevos, como los de la jurisdicción electoral, se deben considerar acogidos esos tipos de acciones, cuando se produzcan actos que afecten los derechos de una comunidad que tenga las características apuntadas, y que sin embargo no se confiera acciones personales y directas a sus integrantes para combatir tales actos, siempre y cuando la ley de las bases generales indispensables para su ejercicio, y no contenga normas o principios que las obstaculicen. En la legislación electoral federal mexicana, no existen esos posibles obstáculos, porque sólo exige que los actores tengan un interés jurídico, como se advierte, por ejemplo, en el Artículo 40, apartado 1, inciso b) de la primera ley citada, pero no se requiere que este interés derive de un derecho subjetivo o que el promovente resienta un perjuicio personal y directo en su acervo puramente individual, para promover los medios de impugnación válidamente. Para este efecto, los partidos políticos son los entes jurídicos idóneos para deducir las acciones colectivas descritas, porque tal actividad perfectamente dentro de los fines constitucionales de éstos, en cuanto entidades de interés público creadas, entre otras cosas, para promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional, y como organizaciones de ciudadanos hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, en cuyos procesos se deben observar invariablemente los principios de constitucionalidad y legalidad, mismos a quien se confiere la legitimación preponderante para hacer valer los medios de impugnación en esta materia...

Esta interpretación jurisprudencial abre el cauce para la tutela de los intereses difusos, a pesar de que la legislación electoral no otorga acción alguna a los ciudadanos sea de manera individual o colectiva, ya que la acción que se prevé se refiere respecto de ciertas violaciones directas al voto público.

XI.-EL PROYECTO DE NUEVA LEY DE AMPARO: HACIA UNA LEGITIMACIÓN EXTRAORDINARIA³¹

El 17 de noviembre de 1999 se integró la Comisión de Análisis de Propuestas para una nueva Ley de Amparo, la Comisión entregó al pleno de la corte el anteproyecto de la nueva ley el 1 de marzo de 2001(junto con la propuesta de reforma constitucional). Una vez analizado por el propio Pleno, el 30 de abril siguiente se entregó el proyecto definitivo a las instancias competentes.

Así, el Artículo 4 del anteproyecto de la Nueva Ley de Amparo pretende ampliar la legitimación activa del quejoso. En la exposición de motivos se justifica la necesidad de introducir una concepción innovadora denominada interés legítimo —excepto en los actos provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo—, señalando que se trata de una institución que ha sido desarrollada en otros países, consistente en una legitimación intermedia entre el interés jurídico y el interés simple.

...el interés legítimo se ha desenvuelto de manera preferente en el derecho administrativo y parte de la base de que existen normas que imponen una conducta obligatoria de la administración, pero tal obligación no se corresponde con el derecho subjetivo de que sean titulares determinados particulares. Si se tratara de proteger un interés simple, cualquier persona podría exigir que se cumplan esas normas por conducto de la acción popular. Este tipo de interés no es el que se quiere proteger. Puede haber gobernados para los que la observancia de este tipo de normas de la administración pública resulte una ventaja o desventaja de modo particular respecto a los demás. Esto puede ocurrir por dos razones, en primer lugar puede ser el resultado de la particular posición de hecho en que alguna persona se encuentre, que la hace más sensible que otras frente a un determinado acto administrativo; en segundo lugar puede ser el resultado de que ciertos particulares sean los destinatarios del acto administrativo que se discute. Ésta es la noción del interés legítimo, es decir que ciertos gobernados puedan tener un interés cualificado respecto a la legalidad de determinados actos administrativos.

Este nuevo tipo de legitimación rompe con el principio del agravio personal y directo que rige la procedencia del amparo.

Uno de los redactores del anteproyecto de la nueva ley, describe con acierto los elementos del concepto en cuestión:

³¹ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, 2ª. Ed., México, Porrúa, 2004.

- No es un mero interés por la legalidad de la actuación de la autoridad; requiere la existencia de un interés personal, individual o colectivo que, de prosperar la acción, se traduce en un beneficio jurídico a favor del accionante.
- Está garantizado por el derecho objetivo, pero no da lugar a un derecho subjetivo, no hay potestad frente a otro.
- Debe haber una afectación a la esfera jurídica en sentido amplio, ya sea económica, profesional o de otra índole. Lo contrario es la acción popular, en la cual no se requiere afectación alguna a la esfera jurídica.
- Los titulares tienen un interés propio distinto del de cualquier otro gobernado, consistente en que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando por motivo de la persecución de fines de carácter general incidan en el ámbito de ese interés propio.
- Se trata de un interés cualificado, actual y real, no potencial ni hipotético; en suma es un interés jurídicamente relevante.
- La anulación produce efectos positivos o negativos en la esfera jurídica del gobernado.

La introducción del interés legítimo puede ocasionar una incertidumbre jurídica al no darse parámetro alguno para conceptualizar ese término. El Artículo 4, fracción I, del proyecto de ley sólo faculta al quejoso para acudir al amparo aduciendo la titularidad de un interés legítimo individual o colectivo, lo que en el plano práctico produciría una diversidad interpretativa de los juzgadores constitucionales debido a la ausencia de precisión conceptual de este tipo de interés.

El silencio del anteproyecto de ley también se hace notar en los efectos que pueden tener las sentencias estimatorias de amparo tratándose de estos intereses difusos y colectivos. Si bien se incorpora la declaratoria general de inconstitucionalidad en el sector que tradicionalmente se ha denominado de amparo contra leyes, sólo procederá por reiteración de criterios, cuando se establezca jurisprudencia por la Suprema Corte —que se reducen de 5 a 3 las ejecutorias—, lo que propicia que en casos aislados sólo se protegerá al promovente del amparo y no a todo el grupo o categoría afectada, lo que rompe con su esencia y finalidad. Tal vez no se previó debido a que en realidad con el fallo protector implícitamente se estará protegiendo a todo el grupo afectado, al dejar sin efectos el acto de autoridad, aunque debería pensarse si en todos los casos esto es así, sobre todo cuando se trate de derechos individuales homogéneos donde normalmente se relacionan con la reparación de los daños causados.³²

³² Cfr. *op. cit.*, nota 8.

XII. CONCLUSIONES GENERALES

En la doctrina y en la legislación españolas —en particular en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 7 de enero de 2000—, también se distingue entre intereses colectivos y difusos; un interés difuso, es aquél que afecta a una comunidad de sujetos, amplia e indeterminada, no existiendo de ordinario vínculo o nexo jurídico entre ellos; existe interés colectivo cuando un grupo se encuentra en una misma situación jurídica o cuando una pluralidad de sujetos se ven afectados por un mismo hecho y los integrantes del grupo están determinados o pueden ser determinados sin problemas. La definición del interés colectivo engloba los intereses colectivos y los individuales homogéneos.

En México, únicamente están reguladas las acciones de grupo para la tutela de los derechos de los consumidores. Por medio de estas acciones, la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) puede demandar ante los tribunales competentes que declaren, que uno o varios proveedores han realizado una conducta que ha ocasionado daños y perjuicios a los consumidores, y condenen a la reparación del daño pertinente. De igual modo, la PROFECO puede demandar, de los tribunales, un mandamiento para impedir, suspender o modificar las conductas de proveedores que ocasionen o puedan ocasionar daños o perjuicios a los consumidores. Este tipo de acción tiene carácter cautelar, pues previene daños probables y futuros.

Lamentablemente, la legitimación procesal que la legislación mexicana da a la PROFECO para ejercitar la acción de grupo, en los casos citados, es discrecional, de tal modo que un particular no puede ejercer defensa alguna cuando la Procuraduría decide no hacer valer la facultad que le concede el Artículo 26, fracción II, de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

XIII. REFERENCIAS DE CONSULTA

- BACHMAIER WINTER, Lorena. "La tutela de los intereses colectivos en la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, no. 2, Buenos Aires, Argentina, 2002, —273-316—
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "La protección jurisdiccional de los intereses difusos: evolución reciente en el derecho brasileño". *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, no. 4, Montevideo, Uruguay, 1985, —353-357—
- CABRERA ACEVEDO, Lucio. "La responsabilidad administrativa y civil por daños al ambiente en México". *Revista del Foro de la Barra Mexicana Colegio de Abogados AC*, no. 1, t. XVI, México, 2003, —1-21—

- _____. "Los sistemas de protección al interés colectivo de los consumidores y a otros intereses colectivos en México". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nos. 133-134-135, t. XXXIV, México DF, 1984, —489-502—
- CAMARGO MARCUSO, Rodolfo de. "A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais". *Revista da Faculdade de Direito*, v. 96, São Paulo, Brasil, 2001, —371-409—
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La dinamización de los mecanismos de garantías de los derechos y de los intereses difusos en el estado social". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 83, México DF, 1995, —563-627—
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, 2ª. Ed., México, Ed. Porrúa, 2004, 74 p.
- GELSI BIDART, Adolfo. "Intereses difusos y Derecho Procesal" *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nos. 142-143-144, México DF, 1985, —533-551—
- GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, traducción de Lucio Cabrera Acevedo, México DF, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004, 196 p.
- GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México DF, Ed. Porrúa, 2003, 756 p.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*. México DF, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1997, 221 p.
- LONDOÑO TORO, Beatriz. "Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación, *Revista de estudios socio-jurídicos*, v. 1, no. 2, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, —103-131—
- LÓPEZ CALERA, Nicolás. *¿Hay derechos colectivos?*, Barcelona, España, Ed. Ariel, 2000, 174 p.
- LUCAS SOSA, Gualberto. "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses difusos". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, no. 1, Buenos Aires, Argentina, 2002, —127-163—
- ORTIZ PORRAS, Carolina. "Derechos sociales e intereses difusos (una cita a ciegas)". *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México DF, 2000, —371-377—
- OVALLE FAVELA, José. "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 107, México DF, 2003, —587-615—
- _____. *Comentarios a la Ley Federal de Protección al Consumidor*. México DF, Ed. McGRAW-HILL, 1994, 316 p.
- _____. (coord.). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México DF, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004, 190 p.
- PARRA QUIJANO, Jairo. "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, no. 2, Buenos Aires, Argentina, 2002, —55-84—

- PARODI REMÓN, Carlos. "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, no. 2, Buenos Aires, Argentina, 2002, —261-271—
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "Azioni collettive a tutela dell'ambiente e dei consumatori". *Rivista di Diritto Processuale*, no. 1, Padova, Italia, 1996, -101-116—
- _____. "O Código de defesa do consumidor no sistema sócio-econômico brasileiro". *Revista da Faculdade de São Paulo*, v. 91, São Paulo, Brasil, 1996, —277-287—
- _____. "Significato sociale, politico e giuridico della tutela degli interessi diffusi". *Rivista di Diritto Processuale*, no. 1, Padova, Italia, 1999, —17-24—
- SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. "Las acciones colectivas de grupo". *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, no. 3, San Sebastián, España, 2003, —615-640—

**REVISTA DEL POSGRADO
EN DERECHO DE LA UNAM**

Se terminó de imprimir en diciembre de 2008
en los talleres de CREATIVA IMPRESORES, S.A. C.V.
Quetzalcoatl 69, Tlaxpana,
Miguel Hidalgo, 11320, México, D.F. Tel. 5703-2241

El tiraje de esta edición fue de 1000 ejemplares

