

EL CONSTITUYENTE

Revista de la Facultad de Derecho
de la Universidad Anáhuac Querétaro



Facultad de
Derecho

EL CONSTITUYENTE

Revista de la Facultad de Derecho
de la Universidad Anáhuac Querétaro



Facultad de
Derecho



Revista EL CONSTITUYENTE

EL CONSTITUYENTE, Año 2, número 2, noviembre 2019 - octubre 2020, es una publicación anual, editada por INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SUPERIORES DE QUERÉTARO SC, Álvaro Obregón 270 - 225, Colonia Hipódromo Condesa, Alcaldía Cuauhtémoc, C.P 06100. Correo electrónico: ricardo.delrio@anahuac.mx. Teléfono: 442 245642 ext. 403.

Editor Responsable: Dr. Ricardo del Río Trejo.

Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2019-061314401600-102; ISSN 2683-1805, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Certificado de Licitud de Título y Contenido No. 17291 que otorga la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

Impresa por Printor Technology, con domicilio en José Frontera 9, Colonia Mercurio, C.P 76040, Querétaro, Qro., este número se terminó de imprimir el 1 de noviembre del 2019, con un tiraje de 200 ejemplares.

Distribuida por la
UNIVERSIDAD ANÁHUAC QUERÉTARO

Circuito Universidades I, Kilómetro 7, Fracción 2,
El Marqués, Querétaro. C.P.76246

Contacto:

Dr. Jorge Vargas Morgado
jorge.vargasm@anahuac.mx

La opiniones, datos, fuentes y contenidos de los artículos publicados son entera y exclusiva responsabilidad de quien los ha escrito y se publican con entero respeto a la libertad de expresión y la libre investigación.

Prohibida la reproducción total o parcial de los artículos publicados o del diseño editorial. Se podrán hacer libremente citas académicas cubriendo la referencia correspondiente.



UNIVERSIDAD ANÁHUAC QUERÉTARO

Rector

Mtro. Luis Eduardo Alverde Montemayor

Vicerrector Académico

Mtro. Jaime Durán Lomelí

Vicerrector de Administración y Finanzas

Mtro. Pablo Galindo Vega

Vicerrector de Formación Integral

Dr. Ricardo Virués Macías

Director de Comunicación y Desarrollo Institucional

Mtro. Carlos E. Bárcena Ayala

Director de la Facultad de Derecho

Dr. Ricardo del Río Trejo



FACULTAD DE DERECHO

CONSEJO EDITORIAL

Consejero Presidente

Dr. Ricardo del Río Trejo

Consejero Coordinador

Dr. Jorge Vargas Morgado

Consejeros

Internos

Dr. Salvador Ignacio Escobar Villanueva

Dr. Bernardo García Camino

Dr. Carlos Ignacio Muñoz Rocha

Externos

Dra. Eréndira Salgado Ledesma

Universidad Anáhuac México - UNAM

Dr. Carlos Burgoa Toledo

UNAM Ciudad Universitaria

Dr. Francisco Javier Coquis Velasco

Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM

INTERNACIONALES

Dra. Gladys Camacho Cepeda

Universidad de Chile

Dr. Isaac Augusto Damsky

Universidad de Buenos Aires

Dr. Juan Francisco Pérez Gálvez

Universidad de Almería



ÍNDICE

Artículos de Fondo

Poder judicial de la federación. Corporación fundamental del estado mexicano	9
<i>Eréndira Salgado Ledesma</i>	
La discrecionalidad en la interpretación y aplicación de las normas legales	25
<i>Carlos Alberto Burgoa Toledo</i>	
Trinta anos da constituição da república federativa do brasil: perspectivas e Desafios do Estado Brasileiro.....	44
<i>Irene Patrícia Nohara</i>	
Transparencia, derecho de acceso a la información pública y publicidad: naciones relacionadas pero distintas.....	63
<i>Gladys Camacho Cepeda</i>	
El papel de los rankings de ciudades en el diseño de políticas públicas locales: competitividad urbana y prensa económica.....	
<i>Alberto Carrera Portugal</i>	
Interrogantes sobre el nuevo fondo de infraestructura s.a.	
<i>Claudio Moraga Klenner</i>	100
El principio del daño en john stuart mill aplicado a las relaciones bilaterales méxico-estados unidos	
<i>Javier Ramírez Escamilla</i>	122
El derecho a la supresión. ¿vía reparadora de violaciones extraprocesales a la presunción de inocencia?	
<i>Aloys Rütter Castro</i>	143
Niñas, niños y adolescentes y madres trabajadoras: vulnerabilidad y discriminación	
<i>Karen Guadalupe Torres Pérez</i>	157
Ponencia	
LA CORRUPCIÓN Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	
<i>Mariano Albor</i>	173



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CORPORACIÓN FUNDAMENTAL DEL ESTADO MEXICANO

Autora //

Eréndira Salgado Ledesma ¹

Resumen:

Se hace un recorrido por la evolución del Poder Judicial de la Federación en función de su legislación y del ejercicio atributivo observado en el tiempo.

Abstract:

It takes a tour of the evolution of the Judicial Power of the Federation according to its legislation and the attributive exercise observed over time.

Palabras clave:

Evolución del Poder Judicial Federal, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejo de la Judicatura Federal, poderes públicos, competencia jurisdiccional.

Sumario

I. Introducción. II. El poder que no era tal, según la Doctrina. III. Poder garante de la supremacía constitucional. IV. Evolución en las reformas constitucionales. V. Competencia jurisdiccional actual. VI. El Poder Judicial y sus relaciones con otros poderes. VII. La décima época y el nuevo sistema de control constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución) en los artículos 94 a 101 y 103 a 107 desarrolla la estructura, la competencia y las atribuciones del Poder Judicial de la Federación, numerales que han sufrido más de un centenar de reformas a lo largo de un siglo. La primera, en 1928, modifica la integración del poder e incrementa el número de ministros, lo que será la constante en cada gestión presidencial. ² De forma periódica se presentan iniciativas con la finalidad de transformar su estructura y aumentar

¹ Docente investigadora de tiempo completo de la Universidad Anáhuac México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, CONACYT.

² Se coincide con Salvador Cárdenas cuando afirma que “la historia mexicana del siglo XX está fuertemente condicionada por la figura del presidente de la República”, en Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1808-2006, 1986-2006, en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, IJJ-UNAM, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/16/rb/rb20.htm>

el número de órganos acorde con la demanda de justicia siempre en aumento. Pero será la reforma de 1994 la que transforma su organización de modo radical, al separar la atención de las actividades administrativas de las atribuciones de índole jurisdiccional a fin de delinear un Tribunal Constitucional y alcanzar mayor eficiencia en las tareas medulares.

A partir de su vigencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sigue a cargo de las controversias constitucionales y del juicio de amparo en los casos en que lo estime relevante para el orden jurídico nacional cuando ejercerá la facultad de atracción, y se le asigna el conocimiento de la acción abstracta de inconstitucionalidad. A los tribunales colegiados y unitarios de circuito y juzgados de distrito se les responsabiliza del conocimiento del juicio de amparo. Los procesos relacionados con delitos del orden federal, así como las controversias del orden civil o mercantil sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano son de competencia de los juzgados especializados en proceso federal en una primera instancia, y en segunda de los tribunales unitarios. Al Consejo de la Judicatura Federal se le encomienda la administración, vigilancia y disciplina del poder, con excepción de la Suprema Corte, además de la carrera judicial.

Bajo la misma gestión presidencial, en agosto de 1996 se adscribirá al poder, como uno de sus órganos, el Tribunal Federal Electoral³ a fin de “judicializar” la protección y defensa de los derechos de votar, ser votado y de asociación política. A partir de entonces, como máxima autoridad jurisdiccional en la materia se encarga de resolver en forma definitiva e inatacable las impugnaciones de actos y resoluciones de las autoridades electorales.

Con el ejercicio de las nuevas atribuciones y de los mecanismos de control incorporados en la Constitución para la protección de los respectivos ámbitos competenciales, atribuciones y facultades, a lo largo del último cuarto de siglo ha correspondido al máximo tribunal resolver numerosos conflictos a fin de preservar la supremacía constitucional, la vigencia del pacto federal, la división del poder y la defensa de los derechos humanos frente al abuso del poder (formal y fáctico). La trascendencia de sus criterios ha incidido en el restablecimiento de los equilibrios entre los poderes públicos y órdenes de gobierno, en ocasiones, violentados por actos autoritarios consustanciales al ejercicio de las funciones públicas o de excesos esporádicos, además de brindarle un sentido pleno a la carta constitucional con el desarrollo progresivo de los derechos de la persona humana. Puede advertirse la cardinal importancia de su cometido, que puede resumirse en una frase: el Poder Judicial de la Federación es la institución fundamental del Estado mexicano a cargo de mantener la vigencia del Estado de Derecho para que todos podamos realizar nuestro proyecto de vida (digna), sin menoscabo de los derechos de los demás.

³ Órgano jurisdiccional autónomo según la reforma constitucional del 6 de abril de 1990, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_118_06abr90_ima.pdf



II. El poder que no era tal, según la Doctrina

Emilio Rabasa afirmaba que el ejecutivo y el legislativo contaban con atributos esenciales de todo poder: iniciativa, unidad y autoridad general, pero el judicial carecía de éstos, pues sólo podía actuar a petición de parte, y no contaba con unidad ni autoridad general. Debido a encontrarse segmentado en diversos tribunales, las resoluciones no recurridas de los inferiores adquirirían eficacia definitiva, y la unidad que pudiera imprimirles la jurisprudencia resultaba precaria.⁴ Por ello, si bien en un sentido científico no era un poder, en la Constitución necesitaba atribuirse tal carácter para que en ejercicio de sus funciones pudiera ceñir a los otros poderes, estos si reales, dentro de los mandamientos de la ley suprema.⁵

Manuel Herrera y Lasso tiempo después advierte que la conclusión a la que llega Rabasa es inexacta, porque convierte en substancia lo accidental. Desde su óptica es erróneo definir a un poder sólo con base en los atributos señalados. La Constitución instituye un poder judicial sin unidad, pero con iniciativa y autoridad general.⁶ Sobre el tema precisa que, de los tres poderes federales que incorpora, el ejecutivo y el legislativo están investidos de poder de mando; el legislativo manda a través de la ley y el ejecutivo por medio de la fuerza material: la bolsa y la vara. Por su parte, el judicial no tiene voluntad autónoma, ya que sus actos no hacen sino esclarecer la voluntad ajena contenida en la ley. Incluso está despojado de fuerza material, pero “desempeña en el juicio de amparo funciones especiales, que fundan la conveniencia de darle la categoría de poder otorgada por la constitución. Con éste se coloca, no sólo con rango constitucional, sino incluso por encima de los otros poderes, a los cuales juzga y limita en nombre de la ley suprema”.⁷ De ahí que aunque se le suprimiera la denominación de poder en la Constitución con ello nada perdería, ni en su naturaleza ni en sus funciones: “Si la Constitución lo define como poder es suficiente para considerarlo igual a los otros”.⁸

Miguel de la Madrid sostuvo que los poderes propiamente políticos son el legislativo y el ejecutivo⁹, debido a que el judicial, “es neutro para estos efectos, ya que no le corresponde adoptar decisiones políticas, sino solo interpretar el derecho.”¹⁰

En sentido similar se expresan quienes critican las ideas clásicas de la división de poderes, que sostienen su igualdad y equilibrio, al señalar que tal igualdad no ha existido jamás, y aun cuando el judicial es un poder, no se encuentra al nivel de los otros, puesto que es inevitable que uno tenga preponderancia sobre los demás, y lo más común es que el desnivel de la balanza sea en detrimento del judicial. De la Madrid afirma que, “el gobierno de los jueces”, no

⁴ Herrera, Manuel, Estudios constitucionales, segunda serie, México, Jus, 1990, p. 292.

⁵ Cfr. Tena, Felipe, Derecho constitucional mexicano, XXX edición, México, Porrúa 1996, p. 477.

⁶ *Ibíd* p. 293

⁷ *Ibíd* p. 253

⁸ *Ibíd* pp. 477 y 478

⁹ *Ibíd*.

¹⁰ Madrid, Miguel de la, Estudios de Derecho Constitucional, México, UNAM 1977, p. 111.

es sino una hermosa metáfora para subrayar la importancia que debe adquirir para ajustar los actos de los otros poderes a las normas jurídicas; sobre todo a las constitucionales, pero los únicos poderes que actúan realmente sobre el juego político son el ejecutivo y el legislativo.¹¹ Lo anterior lo sostuvo como académico, sin que como titular del Poder Ejecutivo presentara iniciativa alguna que revirtiera tal condición.

Elizur Arteaga, en época más reciente niega al judicial su carácter de poder, pues coincide con la idea de que no tiene voluntad autónoma, además de que en sus resoluciones se limita a transcribir las normas existentes sin agregar absolutamente nada. Y sólo “porque es conveniente para los intereses gubernamentales aparece en los textos legales, doctrinal y teóricamente como independiente e imparcial”.¹² Si la Constitución organiza la rama judicial “como un poder. Si los tratadistas lo aceptan y agregan que es ecuaníme y serio. En declaraciones y discursos oficiales no se le niegan tales virtudes y características. Si el grupo gobernante predica su respeto a la independencia y neutralidad de la rama judicial. Si sus miembros se comportan, en apariencia, acorde con tales postulados en el desempeño de sus funciones. Todo lo convierte en una institución más idónea.”¹³

Sin embargo, veinticinco años después se advierte cómo ha cambiado la orientación en la doctrina y lo desactualizado que han quedado los juicios de algunos estudiosos del Derecho Constitucional que referían el papel reducido del Poder Judicial de la Federación en las relaciones del Estado, que no son compatibles con su fortaleza y desempeño actual.

III. PODER GARANTE DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

El artículo 133 de la Constitución enuncia el principio que la sitúa como ley suprema de la Unión, lo que reiteran los artículos 41, 128 y 135 de su texto. Se expresa cuando señala que las leyes del Congreso de la Unión que de ella emanen y todos los tratados celebrados por el presidente de la República con la aprobación del Senado, acordes con su texto, son ley suprema. Significa que ninguna norma que la contraríe tiene posibilidad de existencia dentro del orden jurídico. Representa la unidad de un sistema normativo y apuntala para las personas un margen de seguridad, porque ninguna ley o acto puede restringir los derechos que les reconoce, otorga y garantiza¹⁴, pues sólo serán constitucionales en la medida que exista correspondencia de fondo y de forma. Además, protege los respectivos ámbitos de competencia, las atribuciones y las facultades de los órganos y servidores públicos a fin de

¹¹ *Ibíd* p. 122.

¹² Arteaga, Elizur, *Derecho constitucional*, México, Harla 1998, p. 433.

¹³ *Ibíd*, p. 367. Nota: si bien todos los autores son contundentes en sus afirmaciones, Arteaga formula las suyas bajo una advertencia, que son coherentes con el texto constitucional anterior a la reforma de 1994 y con base en la antigua integración de la Corte, pese a que en la fecha en que las expresa ya estaba en vigor la reforma e integrados los miembros nuevos, pues aquéllas tenían escasa vigencia y los ministros poco tiempo en el cargo, lo que le impedía formular un juicio de valor más preciso.

¹⁴ Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, México, UNAM, 1980, p. 301 y Calzada, Feliciano. *Derecho constitucional*, México, Harla, 1990, p. 387.



preservar la división de funciones y la vigencia del sistema federal.

A los órganos del Poder Judicial de la Federación les corresponde declarar si los actos que realizan los demás poderes, órganos, entidades, autoridades, e incluso particulares están de acuerdo con la norma suprema. Les incumbe interpretar y sostener el régimen constitucional y asegurar que los miembros de la sociedad logren el goce pleno de sus libertades.¹⁵ A través de la Suprema Corte, máximo tribunal de la Nación, decreta lo que la ley fundamental “dice”, pues es el intérprete último de su texto, el que puede modificarla, anularla o vivificarla, en palabras de Jorge Carpizo.¹⁶

IV. EVOLUCIÓN EN LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

La Constitución de febrero de 1917¹⁷ delinea un Poder Judicial de la Federación integrado por la Suprema Corte y los tribunales de Circuito (unitarios) y de Distrito, según el número que determinaran las leyes. La primera integración de la Corte, fue electa por el Congreso de la Unión en el mes de mayo de siguiente, por un periodo de dos años como lo ordenó el artículo 5º Transitorio, transcurridos los cuales se harían las elecciones que establecía el artículo 96 mediante votación del Congreso general y por mayoría absoluta de votos, previa propuesta de los candidatos por las legislaturas de los estados (uno por cada entidad). Los electos permanecerían en su cargo dos años; al terminar dicho periodo podrían elegirse de nuevo por cuatro años más, y después de este periodo serían inamovibles en el cargo, salvo por responsabilidad por mala conducta.

Como requisitos de elegibilidad se fijaron: contar 35 años de edad cumplidos el día de la elección, poseer título profesional de abogado, gozar de buena reputación y acreditar residencia en el país durante los cinco años anteriores. Este es el primer texto constitucional que establece como requisito la posesión del título profesional para ejercer el cargo. Acorde con el artículo 95, les correspondía a los ministros nombrar a los magistrados y jueces con la observancia de los requisitos que fijaran las leyes respectivas, a quienes supervisarían en su desempeño mediante visitas periódicas, y éstos, a su vez, designarían a sus secretarios y empleados. Todavía hoy, algunos miembros del poder estiman como “su derecho” designar a los auxiliares de los juzgados y tribunales, pese a la vigencia de la carrera judicial que los sujeta a méritos.

El artículo 103 fijó la competencia de los tribunales federales para resolver toda controversia por leyes o actos de la autoridad que violaren garantías individuales, vulneraran o restringieren la soberanía de los estados o por actos de las autoridades locales que invadieran la esfera de la autoridad federal. El artículo 107 posibilitó que las sentencias dictadas en segunda

¹⁵ Aguinaco, Vicente, El nuevo poder judicial de la federación, México, PJF, 1997, p. 14.

¹⁶ Cfr. Carpizo, Jorge, “La interpretación constitucional en México”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm 12, 1971, p. 385, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/12/art/art1.pdf>

¹⁷ Diario Oficial, órgano del Gobierno Provisional de la República, 5 de febrero de 1917, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf

instancia pudieran revisarse por la Suprema Corte mediante el amparo que se interpondría ante ella de modo directo, con lo cual todos los juicios del país podrían llegar al conocimiento del máximo tribunal, un sistema de administración de justicia poco eficaz, como lo demostró la mora judicial que se detalla en cada informe anual de labores de la presidencia.

La reforma constitucional del 20 de agosto de 1928 incrementa el número de ministros de once a dieciséis e integra otra sala a su estructura. Se adujo, como justificación, el rezago de casi 16 mil juicios de amparo. Tal situación fue parte del legado del Constituyente de 1917, pues el reparto agrario propició que los antiguos poseedores de tierras presentaran miles de demandas para su protección. También se modifica el procedimiento para cubrir las vacantes del tribunal, en razón de que el antiguo sistema electoral se substituye para que la designación de los ministros le corresponda al presidente de la República con la aprobación del Senado. Los magistrados y jueces se nombrarían por la Suprema Corte, lo que da inicio al cuestionado sistema de “turnos” que creó clientelismos en el seno del poder y que estuvo vigente hasta la creación del Consejo de la Judicatura en 1994.

El 15 de diciembre de 1934 varía de nueva cuenta la composición y el funcionamiento de la Corte para integrarla con veintiún ministros, fijándose como límite máximo para acceder al cargo la edad de 65 años; requisito que permanecerá inmutable hasta la reforma de 1994. La medida había limitado la posibilidad de que candidatos de alto perfil fueran propuestos para integrar el alto tribunal al rebasar la edad. La reforma pretende justificarse de nuevo con el argumento de la mora judicial, lo que será la constante a lo largo del siglo XX. Se establece la imposibilidad de disminuir el salario a los altos integrantes del poder, circunstancia que había causado dificultades desde la presidencia de Benito Juárez, cuando sus servidores protestaron por ser el poder más mal pagado de la Unión. Y que de forma coincidente vuelve a ocurrir al inicio de la denominada: 4 T. Finalmente se suprime la posibilidad de su remoción, pues el cargo conferido por seis años sólo les sería privado por causa justificada mediante el procedimiento previsto en el texto constitucional.

El 19 de febrero de 1951 se reforman los artículos 94 y 107 del texto constitucional para integrar el tribunal con veintiún ministros de número, más otros cinco con carácter supernumerario, lo que no impidió que el rezago siguiera incrementándose y oscilara ya por el rubro de los 38 mil asuntos pendientes de trámite. Para la atención de las cargas excesivas en materia de amparo se crearon los tribunales colegiados a cargo de las cuestiones de legalidad, lo que permitiría liberar a la Corte de estas tareas, para la atención de asuntos de mayor envergadura. A partir de entonces, este juicio se interpondría de forma directa ante los colegiados —por conducto de la autoridad responsable—, no ante la Corte como había dispuesto el texto original del artículo 107.¹⁸ Sin embargo, la reforma de 1979 determina que el tribunal retome la competencia cuando en las sentencias definitivas o laudos se cometa la

¹⁸ Dichas reformas entraron en vigor 90 días después de su fecha de publicación, el 19 de febrero de 1951.



violación durante el procedimiento o en la sentencia.

La reforma constitucional del 10 de agosto de 1987 amplía la competencia del alto tribunal para conocer de las controversias suscitadas entre uno o más estados y el Distrito Federal; entre los poderes de un mismo estado, y entre órganos de gobierno del Distrito Federal referidas a la inconstitucionalidad de sus actos. A partir de entonces se decide que el tribunal cuente con mayor especialización en el desarrollo de su función; sólo conocerá de amparos en revisión cuando por sus características así lo determine, lo que finalmente se alcanza con las reformas de 1994, que le permite contar con un sistema de competencias de rango constitucional y lo dotan de la aptitud de emitir acuerdos generales a fin de lograr la adecuada distribución de los asuntos entre las salas.

El 31 de diciembre de 1994 se publica el decreto de reformas a la Constitución en materia de impartición y administración de justicia (en vigor el 1 de enero de 1995) que impacta los artículos 94 a 107 del texto constitucional. Con base en ellas fueron modificados la conformación y el ámbito de atribuciones de la Suprema Corte para conferirle mayor especialización y competencia en la resolución de conflictos entre la federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios, al reconocerse la complejidad de las relaciones en la integración de los distintos órganos de dichos ámbitos de gobierno. Las reformas constitucionales y las legales referidas a la ley orgánica del poder, en vigor el 26 de mayo de 1995, propiciaron un cambio de época en la actividad jurisdiccional: de octava a novena. A continuación, se detallan las de mayor relevancia.

a) Se modifica la integración de la Corte y se especializan sus atribuciones y competencia para convertirla en tribunal constitucional. De cinco salas y veintiséis ministros se reduce su estructura a dos salas, cada una con cinco ministros, más el presidente del alto tribunal que no integra sala, pues lleva la representación del poder y preside la Suprema Corte y el Consejo de la Judicatura (1917:11 ministros; 1928: 16; 1934: 21; 1951: 26, y 1994: 11 ministros).

b) Posibilita que el máximo tribunal emita acuerdos generales a fin de lograr mayor prontitud en el despacho de los asuntos de su competencia, mediante la distribución entre las dos salas. La Primera, especializada en las materias civil y penal. La Segunda en las materias administrativa y laboral. Con ello se buscó abatir la acumulación de expedientes en trámite y que la administración de justicia fuere más ágil (expedita), pues le permite remitir a los tribunales colegiados asuntos en los que no estime necesaria la intervención del tribunal pleno o de sus salas, por haberse sentado jurisprudencia sobre los temas a tratar.

c) Amplía la controversia constitucional, juicio de control cuya finalidad es la protección de los ámbitos de atribuciones que la Constitución prevé para los órganos originarios del Estado

¹⁹ Conoce de las controversias constitucionales, con excepción de la materia electoral, suscitadas entre: la federación y un estado o el Distrito Federal; la federación y un municipio; el poder ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las cámaras o la Comisión Permanente; un estado y otro; un estado y el Distrito Federal; éste y un municipio; dos municipios de diversos estados; dos poderes de un mismo estado; un estado y uno de sus municipios; un estado y un municipio de otro, y dos órganos de gobierno del Distrito Federal, así como de las acciones de

(cláusula federal y división del poder).¹⁹

d) Incorpora la acción de inconstitucionalidad para impugnar contradicciones entre la norma de carácter general (ley o tratado) y la Constitución, a fin de revertir decisiones tomadas por la mayoría parlamentaria, no siempre sustentadas en la razón. Ésta se ampliará un lustro después, por virtud de la reforma de agosto de 1996, que posibilita la impugnación de leyes en materia electoral, lo que se había vedado en 1994, al tiempo que se adscribe el Tribunal Federal Electoral como uno de los órganos especializados del Poder Judicial de la Federación y máxima autoridad en la materia.²⁰

e) Dota al alto tribunal de la aptitud de declarar la invalidez de normas con efectos generales. La declaración de que una norma es contraria a la Constitución conlleva a su anulación con la prevalencia de la norma fundamental y la consecuente afirmación del principio de supremacía. A diferencia de los efectos del fallo en el juicio de amparo, esta declaratoria tiene efectos *erga omnes* y puede decretarse tanto en la controversia como en la acción con el voto de la mayoría calificada.

f) Crea el Consejo de la Judicatura Federal como órgano responsable de la administración, vigilancia, disciplina y carrera del poder, lo que separa la función jurisdiccional de las tareas administrativas. Con ello se pretende desahogar la gestión de recursos humanos, financieros y materiales hacia el nuevo órgano para que todas las acciones de los órganos judiciales se enfoquen a las cuestiones propias de la impartición de justicia.

g) Incorpora la facultad de determinar el cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo, de oficio o a petición de parte, lo que permite cubrir daños y perjuicios al quejoso en los casos en que la ejecución de la sentencia protectora pueda afectar gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción a los beneficios económicos que pudiese obtener el quejoso. Éste le corresponde decretarlo a las salas, ante la solicitud del juzgado de distrito o tribunal correspondiente.

Las antedichas, son algunas de las reformas que incidieron en las atribuciones y la estructura del Poder Judicial de la Federación que dan inicio a la novena época, las que no se limitaron a la creación de más tribunales o juzgados con el fin de atender mayor número de juicios, pues la mora judicial no es cuestión sólo atribuible a mayor *litigiosidad* e incremento en el número de juicios, sino también de jerarquización y especialización de las cargas de trabajo.

inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, las que podrán ejercitarse por: el 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión y de los integrantes del Senado; el Procurador General de la República; el 33% de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales o de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal.

²⁰ DOF del 22 de agosto de 1996.



V. COMPETENCIA JURISDICCIONAL ACTUAL

A partir del texto constitucional vigente, la competencia de orden jurisdiccional del poder se distribuye en sus respectivos órganos, como a continuación se describe.

A. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Le corresponde conocer y resolver (artículo 105 fracciones I y II):

- Controversias constitucionales para preservar ámbitos de atribuciones y el sistema federal.
- Acciones de inconstitucionalidad con objeto plantear la contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución para la prevalencia de esta última.

Dentro de la competencia ordinaria, le corresponde conocer y resolver (artículos 104, 105 fracción III y 106):

- Procedimientos relativos a delitos del orden federal.
- Disputas de los órdenes civil o mercantil suscitados sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano.
- Contendias que versaren sobre derecho marítimo y de aquellas en que la Federación fuese parte u surjan entre una entidad federativa y uno o más vecinos de otra.
- Conflictos dados por razón de competencia suscitados entre los tribunales de la federación; entre éstos y los tribunales de las entidades federativas y entre tribunales de las entidades federativas.
- Recursos de revisión contra resoluciones definitivas de los tribunales de justicia administrativa.
- Recursos de apelación en contra de sentencias de jueces de distrito dictadas en los procesos en que la federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten.
- Casos concernientes a miembros del Cuerpo Diplomático y Consular.

B. Tribunal Electoral. Además de resolver los conflictos o diferencias laborales con sus servidores y los surgidos entre el Instituto Nacional Electoral y los suyos, al tribunal le corresponde resolver en forma definitiva e inatacable las impugnaciones surgidas (artículo 99):

- En las elecciones para elegir presidente de la República, diputados y senadores.
- De actos y resoluciones que violen normas constitucionales o legales o que puedan resultar determinantes para el desarrollo del proceso respectivo o el resultado final de las elecciones.
- De actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar

comicios o resolver las controversias que surjan en ellos.

- De actos y resoluciones que violen los derechos político-electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país.

C. Suprema Corte, Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y Juzgados de Distrito. La competencia en materia de amparo es del conocimiento de todos los órganos jurisdiccionales del poder judicial, con excepción del Tribunal Electoral, los que conocerán en primera o segunda instancia, según sea el caso, de toda controversia suscite por (artículos 103 y 107):

- Normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.
- Normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la autonomía de la Ciudad de México.
- Normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

D. Tribunales Colegiados de Circuito especializados en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones. El Consejo de la Judicatura integró estos tribunales especializados en la atención de las cuestiones derivadas de la reforma constitucional (*DOF, 11 de junio de 2013*) en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, los que tendrán residencia en el Distrito Federal (Ciudad de México) y contarán con jurisdicción en toda la República, acorde con lo dispuesto en el artículo Décimo Segundo Transitorio.²¹

E. Tribunales Unitarios de Circuito. Además de su competencia en amparo, a estos tribunales les corresponde conocer de la apelación de los asuntos conocidos en primera instancia por los juzgados de distrito (artículo 29 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

F. Juzgados de Distrito especializados en proceso federal. Además de su conocimiento en materia de amparo, a los jueces de proceso federal les compete conocer (artículo 50 de la Ley Orgánica):

- Delitos del orden federal, así como de los del fuero común respecto de los cuales el Ministerio Público de la Federación hubiere ejercido la facultad de atracción.
- Procedimientos de extradición.

²¹ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301941&fecha=11/06/2013



- Autorizaciones para intervenir cualquier comunicación privada.
- Causas instauradas en contra de las personas a quienes se impute la realización de una conducta tipificada como delito, cuando tengan entre 12 años cumplidos y menos de 18.
- Controversias del orden civil sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales, así como del orden mercantil cuando el actor no opte por iniciar la acción ante los jueces y tribunales del orden común, acorde con el artículo 104, fracción II, de la Constitución.

VI. EL PODER JUDICIAL Y SUS RELACIONES CON OTROS PODERES

Algunos académicos sostienen que es exagerada la intervención del presidente de la República en las atribuciones del Poder Judicial, lo que puede ser un factor susceptible de restarle autonomía e independencia en el ejercicio de su función constitucional, además de contradecir las *garantías judiciales* incorporadas en el artículo 17 constitucional²² y 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²³ Tanto así que, a lo largo del siglo XX, un sector importante de la doctrina lo estimó una dependencia del Ejecutivo, pues los órganos encargados de la función jurisdiccional y los mecanismos de control los diseñó o sugiere el presidente de la República. De ahí que se ha llegado a afirmar que posee independencia frente al Ejecutivo, siempre y cuando a éste no le interese políticamente la resolución que dicte. Si bien la percepción ha variado con el paso del tiempo, todavía se cuestiona el modo de designación de los ministros del alto tribunal, a partir de ternas que presenta al Senado, para que elija al candidato para ocupar la vacante; de no ser así lo designa él. Hace no mucho pudimos advertir, de nueva cuenta, lo perverso del mecanismo. Que quede claro, no cuestionamos los perfiles, sí el proceso.

Este sistema se debate por la dificultad del alto servidor público para desligarse del ente político al cual debe su investidura, además de que no garantiza que el cargo lo ostenten los individuos más idóneos, pues se puede favorecer una designación sólo por la cercanía del candidato con el Ejecutivo o el Legislativo y sólo la observancia de los requisitos mínimos fijados por el artículo 95 constitucional. Por ello seguirá latente el cuestionamiento: ¿cómo se garantiza que los integrantes de un poder controlen con imparcialidad la actuación de los órganos que los designaron?

²² Art. 17 CPEUM. “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial [...] Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones”.

²³ Art. 8º CADH. “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Viene a nuestra memoria la discusión en los debates del Constituyente de 1856-1857 sobre la falta de legitimidad de la designación de los ministros, pues se afirmó que el pueblo efectúa una delegación del poder en los encargados de las funciones legislativa y ejecutiva cuando los elige popularmente, pero, ¿y a los ministros?, ¿quién los designa?, ¿a quién representan?²⁴ El tema también recuerda las ideas de Alexander Hamilton, expresadas en *El Federalista*, cuando exponía la necesidad de garantizar la independencia judicial y brindar a los jueces estabilidad en el puesto²⁵, pues como refiere el aforismo: “*El que da obliga. El que puede volver a dar docilita por la esperanza. El que puede quitar o dejar de dar intimida por el temor*”.

Otro tema sujeto a la voluntad del Ejecutivo federal, bajo el diseño constitucional actual es la concesión de licencias (mayores a un mes) en favor de los ministros, como si el presidente fuera su superior, además de que le corresponde proponer al ministro interino que cubrirá la vacante. Si la falta es por muerte o separación definitiva, de igual modo somete al Senado la designación del candidato suplente. Igual ocurre con las renunciaciones por causas graves. Tal vez para explicarlo debamos recordar que la propuesta de reforma constitucional que lo regula de tal modo fue iniciativa del presidente Ernesto Zedillo, bajo un régimen de partido hegemónico y predominio ostensible del Ejecutivo. Nos parece que ya es hora de explorar alternativas de designación. En otros países están vigentes la elección popular por sufragio (ya tuvo vigencia en nuestro país y no se estima la más acertada); la elección indirecta por la Cámara de Diputados o del Congreso general, y la designación con la participación de otros órganos, públicos y privados: como universidades y colegios de abogados. Por ejemplo, en Bolivia, los designa la Cámara de Diputados a propuesta del Senado; en Costa Rica, lo hace la Asamblea Legislativa; en Guatemala, el Congreso elige cuatro y selecciona otros cinco de una lista propuesta por una comisión de postulación formada por colegios de abogados, notarios y universidades. El contexto también se advierte en el Consejo de la Judicatura y sus integrantes, pues un consejero lo designa el presidente; dos más el Senado y los restantes el pleno de la Corte, de entre jueces y magistrados federales.

Otro tema que genera debate es la facultad que tiene el ejecutivo para presentar iniciativas de leyes o decretos, incluso de reforma a la Constitución, pero no así el poder judicial. Se han presentado propuestas a tal fin, pero no han prosperado; justo hace dos meses una Senadora del Partido Acción Nacional lo vuelve a proponer, aunque el momento no parece el idóneo. Nos parece que esta facultad —que por cierto ya ha tenido en otros momentos históricos— se justifica por la necesidad de que opine sobre su manera de organizarse, como la tienen los demás poderes. El Ejecutivo cuando presenta su ley orgánica. El Legislativo cuando hace lo propio. También lo hacen las legislaturas locales. Hoy día, dicha facultad la tienen incluso los ciudadanos (0.13 de la lista nominal). ¿Por qué no puede tenerla la Suprema Corte? Ello permitiría dar mayor legitimidad al origen, formulación y vigencia de la ley que rige su

²⁴ Zarco, Francisco, *Crónica del Congreso Constituyente 1856/1857*, México, El Colegio de México 1957.

²⁵ Hamilton, Alexander, et al, *El Federalista*. Los 85 ensayos que escribieron Hamilton, Madison y Jay en apoyo de la Constitución de Norteamérica, México, FCE, 2ª ed, 2001, pp. 336 y ss.



organización (por lo menos) con la participación de los tres poderes: el Judicial mediante la iniciativa; el Legislativo mediante el análisis, discusión, modificación, y en su caso aprobación, y el Ejecutivo mediante su promulgación y publicación. Dado el conocimiento jurídico de la Corte se perfeccionarían y afinarían las instituciones ligadas a su competencia y atribuciones, lo que al final de cuentas hace mediante la interpretación o mediante acuerdos generales. ¿A qué fin tener una ley en el diario oficial y otra diversa en la interpretación judicial?

A la fecha, las constituciones de veintiocho entidades federativas han establecido la facultad de iniciativa en favor de los tribunales superiores de justicia. En otros países también cuentan con la facultad de iniciar leyes.²⁶

Otro argumento que provoca interrogantes es el relativo a la independencia (o falta de ella) económica del poder, pues para su financiamiento, la Suprema Corte para sí y el Consejo de la Judicatura para el resto del poder, elaboran su presupuesto, el que se remite al Ejecutivo federal para su inclusión en el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación. La facultad se consagra en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que dispone que se someta el presupuesto atendiendo a las previsiones del ingreso y del gasto público federal. El monto que se le asigna debe discutirse y aprobarse en cada ocasión, a diferencia de otros países donde se asigna un porcentaje fijo anual como ocurre en Colombia 4.62%, Guatemala 2%, Paraguay 3%, Bolivia, 3% Costa Rica 6%, Ecuador 2.5%, Argentina 1.67 %, Estados Unidos de América 1.48%, Francia 1.26, y Chile 0.83. Ello evitaría las negociaciones desgastantes ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y su “defensa” ante la Cámara de Diputados, cuyo tratamiento, en ocasiones, ha resultado ofensivo, tanto para la independencia del poder como para la dignidad del ministro presidente. Recordamos cuando el presidente de la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública en la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión durante la LVIII Legislatura (Luis Pazos) increpó al presidente de la Suprema Corte para recriminarle que el judicial ajustara su presupuesto como lo hacía la Cámara de Diputados, “pues ellos no se quejan tanto”. Antes de tener más juzgados y tribunales, la población necesita comer, tener educación y salud.

Este tratamiento humillante también lo han padecido presidentes de cortes de otros países de Latinoamérica. Lo ilustra la expresión de la presidenta del Poder Judicial de Perú cuando afirmó que dicho poder, no quiere ser más la cenicienta del Estado, pues está cansado del maltrato económico y la constante injerencia del ejecutivo. Debido a ello reclamó un presupuesto mejor y defendió su independencia y autonomía para recuperar el rol de poder del Estado que la Constitución le otorga, y que en ese país se le ha negado.

Otro rubro donde el Ejecutivo ha desplazado al Judicial, en términos del texto constitucional, es en la ejecución de sentencias, pues en textos previos le correspondía al judicial tal competencia, pues la función jurisdiccional consiste en juzgar y ejecutar lo juzgado. También la facultad de indultar incorporada en el artículo 89 de la Constitución interfiere con la función judicial, pues borra la pena o la conmuta o reduce (extingue la ejecución de la sanción) con independencia de lo resuelto por el Judicial.

²⁶ España, Noruega, Brasil, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Honduras.

Otro tema sin resolver es la ausencia de fuero constitucional de los magistrados y jueces federales, a diferencia de otros altos funcionarios de rango similar. Sólo disponen de “fuero legal”, en términos del artículo 81 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que dispone la autorización del Consejo de la Judicatura para someterlos a proceso. La suspensión de los magistrados de circuito y jueces de distrito por parte del Consejo constituye un requisito de procedibilidad para su aprehensión y enjuiciamiento. Más todavía, el Legislativo dispone de todos los medios legales para modificar la estructura y organización del poder mediante reformas y a través de la Cámara de Senadores se involucra en la determinación de los candidatos que ocuparán el encargo de ministro, además de los magistrados electorales que integrarán la sala superior y las regionales del Tribunal Electoral. Recordamos que justo la novena época del poder inicio con la reforma constitucional cuya iniciativa presentó el presidente Zedillo en 1994, la que desarticuló la Suprema Corte, jubiló a los ministros en funciones, y dejó a la Nación sin su más alto tribunal por poco más de un mes, sin que en apariencia nadie se percatara o le importara. Pese a ello, la reforma antedicha ha demostrado con creces su pertinencia. A ello contribuyeron los perfiles de los jueces constitucionales que integraron la primera Corte de la época que inicio funciones el 5 de febrero de 1995, debido a su solvencia moral e intelectual. Sin embargo, es probable que en este momento la coyuntura sea diferente; que debamos *repensar* al Poder Judicial.

VII. LA DÉCIMA ÉPOCA Y EL NUEVO SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Ningún análisis que muestre la evolución del poder judicial, a lo largo del siglo XX y lo que va del XXI, quedaría completo sin abordar las reformas, constitucionales de 2011 y la legal de 2013, por el impacto que ambas produjeron en la reconfiguración del sistema de justicia en México. Los días 6 y 10 de junio de 2011 se publican dos reformas de impacto en sus atribuciones. La primera en materia de amparo. La segunda sobre derechos humanos. Mientras ésta substituye a las otrora garantías individuales y eleva los tratados que los contengan a jerarquía constitucional para maximizar su protección favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia, aquélla amplía el ámbito protector del juicio para la tutela no solo de los derechos humanos, sino incluso de sus garantías normativas, pues el abuso del poder puede restarle eficacia a unos y otras. Las reformas fueron robustecidas por los criterios de la Suprema Corte que posibilitaron la vigencia de un nuevo sistema de control constitucional²⁷ y un cambio de época en la tarea interpretativa del Poder Judicial de la Federación.

Con motivo de las determinaciones del alto tribunal en la Consulta a trámite identificada con el expediente varios 911/2010²⁸ que sirvió de base para determinar el alcance de las obligaciones a cargo del judicial, en términos de la sentencia de la Corte Interamericana de

²⁷ En http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011

²⁸ El 7 de septiembre de 2010, el Pleno resolvió la Consulta a trámite mencionada y el 20 de septiembre de 2011 se aprobó el engrose del expediente por unanimidad de 11 votos, en <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/>



Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco versus los Estados Unidos Mexicanos y la forma de instrumentarlas.²⁹ Como primer paso, el tribunal pleno estableció la necesidad de interpretar las leyes con un sentido ajustado a prescripciones de superior jerarquía (constitución y tratados), y si ello no fuere factible dispuso que los juzgadores las inapliquen. Las demás autoridades quedaron obligadas a interpretarlas del modo más amplio posible sin desacatarlas. Este sistema de *interpretación conforme*³⁰ pretende lograr la armonía de los derechos y libertades de orden doméstico con los valores, principios y normas convencionales sobre derechos humanos de fuente internacional para asegurar su eficacia y ofrecer mayor garantía a los derechos de la persona dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, sabedores de que toda norma lleva implícito un sentido que en ocasiones no queda evidenciado de modo claro, lo que justifica que el intérprete lo desentrañe, no sólo en este caso, si no también en otros que posibiliten su desarrollo para conseguir la eficacia del derecho o libertad de que se trate. A partir de entonces, todas las autoridades quedaron obligadas a respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos acorde con los mandatos de la carta constitucional renovada y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de otros tratados vigentes en la región. De modo enunciativo: el Protocolo de San Salvador; la Convención Americana para prevenir y sancionar la tortura; la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, y la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará).

Poco tiempo después, en la resolución del tribunal pleno del 25 de octubre de 2011, motivada por la solicitud de modificación de la Jurisprudencia 22/2011 se dejaron sin efectos las tesis jurisprudenciales números P/J. 73/99 bajo el rubro: “Control judicial de la constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación” y P/J. 74/99: “Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución”.³¹ Lo anterior dio la pauta para abandonar el sistema de control del poder mixto, concentrado, de forma predominante en sede del judicial, por otro en mayor medida difuso, en el cual los jueces federales siguen teniendo el control directo de la Constitución,

²⁹ SCJN, Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia, Expediente Varios 912/2010. “Caso Rosendo Radilla Pacheco”, en <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225>

³⁰ Consiste en dar a los términos de una disposición jurídica un significado acorde con las normas de superior jerarquía [Constitución o tratado] que determinan su creación y contenido (Ferrer, Eduardo y Sánchez, Rubén, en Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Reforma DH. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, SCJN, Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, CDHDF, México 21013, p. 12.

³¹ SCJN, en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=23222&Clase=DetalleTesisEjecutorias>. Nota: El sistema de control difuso no había tenido vigencia en México, pese a la semejanza en la redacción de los artículos 133 de la carta mexicana y 6.2 de la constitución norteamericana que determinan que los jueces de la Unión sean sus custodios, justo, por las divergencias en la interpretación de sus respectivas cortes supremas.

pero el resto de los juzgadores tiene aptitud de controlarla de forma incidental durante los procesos ordinarios de su competencia y, llegado el caso, realizar control de convencionalidad con la finalidad de alcanzar un estándar homogéneo de protección de la persona humana.³²

Pero aún bajo la vigencia de este sistema de control, la Suprema Corte refrenda su carácter de Tribunal Constitucional al determinar que pese a la jerarquía superior de los tratados que contengan derechos humanos, la Constitución mexicana es la norma cúspide del sistema jurídico, la que brinda coherencia y sentido a las determinaciones de todos los operadores jurídicos, de ahí que cuando establezca una restricción, la misma debe atenderse por sobre cualquier otra. Su decisión ha sido cuestionada por sirios y troyanos. Sin embargo, nos parece que el tema merece mayor reflexión, antes de aventurar descalificaciones de cualquier índole; sobre todo si consideramos que vivimos (sufrimos) un ambiente atípico que justifica la preservación de algunas medidas de contención dentro de la carta magna.

³² Cfr. Ferrer Mc- Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Estudios Constitucionales, vol. 9, núm. 2, pp. 531-622, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200014&script=sci_arttext



LA DISCRECIONALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES

Autor //

Carlos Alberto Burgoa Toledo*

Resumen:

La comprensión, interpretación y aplicación de las normas revisten un aspecto discrecional que debe atender al significado de la norma no limitado a las palabras sino a las oraciones y a la semántica de ambas.

Abstract:

The understanding, interpretation and application of the norms have a discretionary aspect that must attend to the meaning of the norm not limited to words but to the sentences and semantics of both.

Palabras clave:

Interpretación, discrecionalidad, semántica normativa.

Sumario:

I. Introducción II. Discrecionalidad y facultades discrecionales. III. Tipos de discrecionalidad (fuentes formales). IV. Motivos de la discrecionalidad (fuentes sustanciales). V. La discrecionalidad en casos fáciles, intermedios y difíciles. VI. Comentarios finales VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las normas legales, entendidas como tales a las leyes, reglamentos, reglas de carácter general, etcétera; tanto en la tradición civil como en el *common law*, se escriben con la finalidad de ser aplicadas. De hecho, podría decirse que el Derecho se escribe para aplicarse, más no para contemplarse (pues no son un poema), lo que implica en su finalidad misma una tarea in concreto encaminada a generar cambios en la realidad.

De esta forma, al Derecho se le concibe en la idea tradicional y simplista, como el instrumento jurídico con el cual se regula la conducta de las personas en sociedad a fin de lograr un desarrollo común y armónico sin trastocar los derechos de una persona ni del grupo en el que ésta se encuentra inserta. Sólo de esta manera se hace presente el Derecho, a fin de evitar consecuencias indeseadas y, por tanto, pugna por un orden.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Camerino, Italia. Profesor de la Facultad de Contaduría y Administración y de la Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores CONACyT. Conductor del Programa de Radio y Televisión "Consultorio fiscal" de la FCA de la UNAM. Socio de Burgoa Toledo y Asociados, S.C. Miembro del Órgano de Gobierno de PRODECON.

En términos generales, ésta sería la concepción natural del Derecho. Cuando dicho orden escrito en el cual todas las personas convergen para un fin común en sociedad es cuando se hacen presentes las políticas públicas, las cuales buscan acrecentar o inhibir ciertas conductas que se consideran benéficas o adversas, respectivamente, para el desarrollo de una sociedad. Es en estos momentos cuando todas las aristas de la dinámica social se hacen presente, en donde las políticas públicas igualmente discurren por los diversos rubros en que se desarrollan, ya sea lo económico, social, político, salud, etc. Es por eso que existen políticas económicas, políticas sociales, política criminal, entre otras.

Entrar al estudio de éstas políticas conlleva a otras disciplinas, lo que no es motivo de estas líneas, sino centrarnos exclusivamente en el eje jurídico que en sí mismo constituye ya un cúmulo de complejidades conforme los temas se comienzan a entrar a fondo. Así, la necesidad de la interpretación se hace más importante para llevar a cabo una aplicación debida de la norma. De lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en diversos errores que a la larga pueden traer consecuencias adversas en lugar de aquéllas deseadas. Como bien lo comenta Horacio Jaramillo Loya, “cuando una solución para resolver un problema no lo logra en los primeros intentos, ya no es solución y se convierte en parte del problema”.¹

Sin embargo, así como no existe un solo significado para las palabras utilizadas por las normas legales, desafortunadamente tampoco existe una sola forma de interpretarlas previo a su aplicación (lo que resulta de alta importancia, pues dependiendo de la interpretación que se de a la norma, resultará la aplicación que se haga sobre la esfera jurídica de las personas, tratándose de actos de autoridad). Por lo que en estas líneas realizaré un breve estudio de la discrecionalidad que surge, ante las mutiplicidad de opciones en la interpretación de las normas legales para posteriormente, tomar la misma decisión en su aplicación.

II. DISCRECIONALIDAD Y FACULTADES DISCRECIONALES

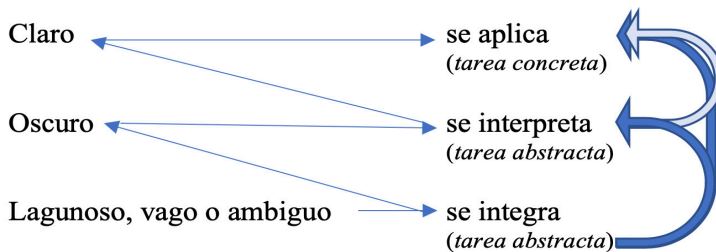
La discrecionalidad, se ha llegado a considerar y nombrar de muchas maneras. Una de ellas es la de Eduardo García de Enterría, quien al hablar del tema le considera como el “caballo de Troya” de las autoridades, sin embargo, esta referencia la realiza solo dentro del contexto de las facultades discrecionales, con lo que comienza a ser importante la diferencia entre discrecionalidad y facultades discrecionales amén que es un punto de vista es político, ámbito al cual no me abocaré.

Centrándonos en la temática jurídica, la discrecionalidad podríamos definirla como la posibilidad de actuar con un criterio propio cuando la norma no resulta exacta o precisa en su expresión literal. Desde esta perspectiva, tenemos que la discrecionalidad encierra la facultad de decidir sustancialmente un tema no acotado en su totalidad o en forma parcial por la norma jurídica, ya sea que no lo acote en forma intencional o de forma no-intencional. Sin embargo, como se ha dicho ya, es importante diferencia a la discrecionalidad de las facultades discrecionales.

¹ Jaramillo Loya, Horacio, Los consejos del búho, México, Ed. Diana, 1996. p. 113.

La *discrecionalidad* es, como ya se dijo, la posibilidad de actuar razonablemente para llenar o entender el vacío, ambigüedad o vaguedad de la norma y así lograr una debida interpretación para posteriormente realizar la aplicación de la norma, lo que implica pasar de una tarea in abstracto a una tarea *in concreto*. Y se dicen ambas características ya que son muchas las personas que pueden interpretar una norma (una autoridad, un profesor en el aula, un estudiante, un empresario, etc.), pero no todos ellos son capaces de aplicar la norma ya que ésta es exclusiva de autoridades o juzgadores (las personas físicas o morales simplemente la “cumplen” pero no la “interpretan”), pues la aplicación trae aparejada la coacción ante incumplimiento. Esto es, el camino para la aplicación de las normas es el siguiente:

TEXTO NORMATIVO



De tal suerte que, si la norma es clara, simplemente resta aplicarla (*in claris non fit interpretatio*), pero si la ley es oscura, entonces corresponde interpretarla para que una vez entendida con claridad se aplique. Finalmente, si la norma es lagunosa, ambigua o vaga, corresponde integrarla -en el entendido de que es incompleta-,² con otros ordenamientos no propios de la materia de que se trate, para así, una vez completa, si es clara ya, aplicarla en forma inmediata, o de no serlo, entonces interpretarla para aplicarla, pues en todo caso, la única tarea que importa es aquella en concreto de aplicación. Entendiendo que la aplicación de las normas surge ante el incumplimiento voluntario del destinatario de la norma, pues cuando el cumplimiento es voluntario no existe espacio para la aplicación por parte de autoridades y juzgadores, por lo que la aplicación es secundaria ante el incumplimiento primario de los destinatarios de la norma.

² “Unvereinbar mit der hier zugrunde gelegten Terminologie ist die Einteilung in Lücken „intra“ und „extra“ (bzw „praeter“) legen, in „materielle“ und „formelle“ Lücken u.ä. Damit soll der Gegensatz zwischen den Fällen, in denen trotz Vorliegens einer gesetzlichen Anordnung eine hinreichend konkretisierte Wertung fehlt, und denen, in auch oder nur eine Anordnung zu vermischen ist, gekennzeichnet werden; ähnliches bezeichnet Hecks Unterscheidung von „Gebot- und Wertungslücken“. Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, p. 130.

Las *facultades discrecionales*, por su parte, son aquellas establecidas por ley en donde existen varias opciones de acción, todas ellas igualmente justas, a elección de las autoridades.

En contraparte de las *facultades discrecionales*, se tienen las *facultades regladas* (amén que existen facultades de distintos tipos como sucede, verbigracia en el caso fiscal, en donde existen facultades de gestión y facultades de comprobación -ambas ajenas a la discrecionalidad en tanto la norma este completa, de no ser así, surge nuevamente la discrecionalidad como opción para interpretar y aplicar las normas). Así, las facultades discrecionales deónticamente se comprenden desde los modos deónticos “permiso a” y “permiso a no”, lo que en conjunto se acota como Facultativo (FCO), en tanto que las facultades regladas deónticamente se comprenden desde los modos deónticos “obligatorio” y “prohibido”, lo que en conjunto se acota como Vinculativo (VIN), de tal forma que en las primeras se tiene la opción de “hacer” o “no hacer”, mientras que en las segundas no es así. Por ejemplo, llevar a cabo una visita domiciliaria es algo que las autoridades pueden llevar a cabo no; sin embargo, emitir un acto de autoridad debidamente fundado y motivado no es algo optativo para las autoridades sino forzosamente debe llevarse a cabo así -lo que constituye una “obligación”-.

Lo anterior, deja claro que la discrecionalidad es una actividad que se lleva a cabo sobre lo no escrito o lo no escrito totalmente en ley (laguna, ambigüedad o vagedad del texto normativo), en donde la necesidad de una respuesta para actuar debe darse sin que el texto oscuro o incompleto de la norma sea impedimento para ello, por lo que el resultado de la decisión corre por cuenta de la autoridad o juzgador. En palabras de Aharon Barak, es tanto como decir al juzgador material: “yo llego hasta aquí, en adelante eres tu”:

“Up to now, I determined the content of the norm and its results in the circumstances of a particular case. From now on, you, the judge, must decide.”³

Mientras que las facultades discrecionales sólo implican una tarea de decisión de entre todas las opciones ya establecidas por ley, en donde no existe inventiva o *novum* por parte de las autoridades o juzgadores. Con lo cual tenemos que las facultades discrecionales son apriorísticas (*ex ante*) o téticas, en tanto que la discrecionalidad es una actividad -no facultad-posterior (*ex post*) hipotética.

Estas líneas sin duda se enfocan a la discrecionalidad, más no a las facultades discrecionales.

III. TIPOS DE DISCRECIONALIDAD (FUENTES FORMALES)

Visto lo anterior, es igualmente importante señalar que la *discrecionalidad*, vista como una actividad y no como una facultad cuyas opciones y consecuencias se encuentra predeterminadas por la norma, es *díadica* pues puede surgir de forma expresa o de forma

³ Barak, Aharon, *Purposive Interpretation in law*, New York, Princeton University Press, 2005, p. 208.



táctica o perlocutiva. La primera es jurídica y la segunda es fáctica, aunque al final arribe en temas jurídicos. Me refiero por tanto al origen de la discrecionalidad más allá de su utilidad y aplicación ulterior.

La *discrecionalidad expresa o jurídica*, es aquella en donde la norma expresamente alude a que las autoridades podrán obrar con la libertad de criterio que considere la propia autoridad, lo que esporádicamente se advierte en los textos normativos⁴ dada la evidente arbitrariedad que pudiera surgir, lo cual es algo que no es acorde al principio de legalidad ni al Estado de Derecho que ostenta cualquier país moderno.

La *discrecionalidad inexpressa, táctica, perlocutiva o fáctica*, es aquella que surge ante el silencio total o parcial de la norma, en cuyo caso, no es claro entender su verdadero significado y por tanto, el operador jurídico (autoridad o juzgador), debe hacer el esfuerzo por entender el significado de la norma, tomando en consideración todos los posibles significados que resulten del texto que tiene a la mano, y de esta manera, la decisión que toma y elige respecto de las opciones que tiene presente, es el ejercicio de discrecionalidad que lleva a cabo.

Así es, en ocasiones la norma legal expresamente señala que las autoridades podrán obrar de forma discrecional. Sin embargo, en muchas otras ocasiones no hablan de la posibilidad de las autoridades de actuar en forma discrecional y no obstante ello, se debe realizar así a fin de dar respuesta a las exigencias de la sociedad, lo que se advierte claramente, por ejemplo, con el artículo 18 del Código Civil Federal:

Artículo 18.- El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

De tal suerte que el pronunciamiento de una sentencia o resolución, en el ámbito materialmente jurisdiccional, no puede descansar exclusivamente en la norma, pues ésta no siempre es clara ni completa. Por lo que, ante la necesidad de respuesta por parte de un peticionario de justicia, y ante la obligación de respuesta por parte de los operadores jurídicos, surge la necesidad de hacer uso de facultades discrecionales -sustanciales, no procedimentales-, para emitir la sentencia o resolución.

En este sentido, al texto expreso de la ley en donde en forma explícita se habla de la posibilidad de realizar o decidir algo discrecionalmente, así como a la posibilidad políticas (ante ausencia de texto legal) para llevar discrecionalmente acciones atinentes a obtener

⁴ Tal es el caso del tercer párrafo del artículo 36 del Código Fiscal de la Federación:

Artículo 36.-...Las autoridades fiscales podrán, discrecionalmente, revisar las resoluciones administrativas de carácter individual no favorables a un particular emitidas por sus subordinados jerárquicamente y, en el supuesto de que se demuestre fehacientemente que las mismas se hubieran emitido en contravención a las disposiciones fiscales, podrán, por una sola vez, modificarlas o revocarlas en beneficio del contribuyente, siempre y cuando los contribuyentes no hubieren interpuesto medios de defensa y hubieren transcurrido los plazos para presentarlos, y sin que haya prescrito el crédito fiscal.

el significado de la norma para su ulterior aplicación es a lo que se denominan fuentes formales de la discrecionalidad. Dicha posibilidad de elegir de manera individual y propia opciones de significado para adjudicar a la norma es propiamente la tarea y contenido de la discrecionalidad, tanto en las autoridades administrativas como en el juzgador, pues en ambos puntos, cualquier de ellos aplicará la norma.

Aunque en apariencia la elección del significado que ha de darse a la norma se escucha relativamente sencillo, lo cierto es que ello no es así, comenzando porque la elección hecha deberá respetarse no sólo por el caso que se tiene presente sino por los casos que surjan a futuro,⁵ con lo cual, es evidente que no podrá ser para uso único, sino por el contrario, será para uso futuro, con lo cual, el peso de la decisión se eleva, y más aún considerando los tipos de casos que se presenten.

IV. MOTIVOS DE LA DISCRECIONALIDAD (FUENTES SUSTANCIALES)

La discrecionalidad, entendida ya como una acción de la autoridad o del juzgador, encargados de aplicar la norma, surge ante la falta de claridad o completitud de la norma, y por tanto surge la necesidad de explorar las diversas opciones de su teleología para aplicarla al caso concreto. Por tanto, se debe tener en cuenta el mejor significado no sólo para el caso presente sino aún para los futuros.

Para entender esto, tomaré un ejemplo cotidiano. Conforme a los deberes tributarios en nuestro país, en específico el de las personas físicas, se sabe que al ser empleadas de algún patrón, éste es quien lleva a cabo la presentación de las declaraciones del Impuesto sobre la Retna (ISR), lo cual realiza mediante la retención que se lleva a cabo respecto del salario percibido. Sin embargo, aunque ésta es la regla general, existen excepciones que establecen la obligación a cargo del propio trabajador, siendo una de ellas la prevista en el inciso b) de la fracción III del artículo 91 de la Ley del Impuesto sobre la Renta:

⁵ “Temporal effects usually occur if decisions have detrimental effects on future generations –that is, if they have immediate benefits, although the costs will be felt years or decades later. The most prominent examples stem from the financial or environmental policy. A government can use debt to finance projects in order to gain additional votes. When the debts have to be paid back, the responsible politicians have often retired so that they are not accountable for the negative effects of their decisions. The situation is similar in the field of environmental policy. Emissions usually have long-term negative effects. The effects of measures aimed at the mitigation of climate change will only be felt in several decades, whereas the costs are already felt today. Many of the voters who today decide about the composition of the government may then not be alive anymore. At the same time, citizens who will feel the effect of environmental measures that are taken (or not taken) in 20 or 30 years often do not yet have a vote of might even not yet be born. Consequently, judicial review can protect future generations if courts correct short-sighted political measures. However, decisions in the field of public finance or the environment often require complex prognoses and specific expertise. Thus, courts might not be the appropriate actors to take an active role in the process.” Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial activism, Fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa*, New York, Cambridge University Press, 2017, pp. 31-32.



Artículo 98. Los contribuyentes que obtengan ingresos de los señalados en este Capítulo, además de efectuar los pagos de este impuesto, tendrán las siguientes obligaciones:

- I. ...
- III. Presentar declaración anual en los siguientes casos:
 - a) ...
 - c) Cuando dejen de prestar servicios antes del 31 de diciembre del año de que se trate o cuando se hubiesen prestado servicios a dos o más empleadores en forma simultánea.

Dicho artículo es *anankástico-triádico-disyuntivo*⁶ y tiene la siguiente estructura:

Si (antecedente)	Entonces (consecuente)
Se dejaron de prestar servicios antes del 31 de diciembre del año de que se trate o Se hubiesen prestado servicios a dos o más empleadores en forma simultánea	Las personas físicas deberán presentar su declaración anual

Del cual llama la atención el segundo antecedente, pues señala que, si la persona física ha prestado servicios a dos o más empleadores en forma simultánea, deberá presentar su declaración anual por su propia cuenta. A lo cual, pareciera ser clara la norma.

Sin embargo, que sucede si una persona labora para un patrón y a la vez trabajó en otro lugar en donde, sin ser verdaderamente un trabajador, igualmente percibió ingresos (como sería, por ejemplo, ser ponente en una capacitadora, desarrollar algún proyecto en alguna empresa o simplemente dar clases en alguna escuela en donde solo acude una o dos veces por semana -o incluso los indebidos esquemas de *outsourcing* en donde a las personas les dividen su pago entre aquello que lo registra como trabajador y otra que lo considera sindicalizado, socio, etc.). En este caso ¿la escuela, la empresa, la capacitadora, etc., sería

⁶ “(i) Regole che sono una condizione di ciò che costituiscono:

(i.i) regole eidetico-costitutive, se la condizione è necessaria, ma non sufficiente;

(i.ii) regole thetico-costitutive, se la condizione è sufficiente, ma non necessaria;

(i.iii) regole noetico-costitutive, se la condizione è e necessaria e sufficiente.

(ii) Regole che pongono una condizione di ciò che costituiscono:

(ii.i) regole anankastico-costitutive, se la condizione è necessaria, ma non sufficiente;

(ii.ii) regole metathetico-costitutive, se la condizione è sufficiente ma non necessaria;

(ii.iii) regole nomico-costitutive, se la condizione è e necessaria e sufficiente.” Di Wojciech, Zelaniec, “Regola costitutiva”, in Passerini Glazel, Lorenzo (coomp.), Ricerche di filosofia del diritto, Torino, G. Giappichelli Editori, 2007, p. 38.

igualmente un empleador? ¿o acaso la palabra empleador se restringe sólo a los patrones?

La decisión no es fácil dada la vaga semántica con que está escrito el artículo, pues es claro que patrón tiene una definición propia por virtud del artículo 10 de la Ley Federal del Trabajo, de lo cual es de entender que “patrón” no es sinónimo de “empleador”, para lo cual se requiere total cuidado entre las dos opciones posibles: considerar que empleador se refiere sólo a patrones o considerar que empleador se refiere a cualquier persona que brinde ingresos a las personas físicas aunque no sea patrón. Si se considera la primera opción interpretativa, evidentemente cualquier ponente de una capacitadora, profesor sin base en una escuela y free lance en una empresa quedan exentos de presentar por su propia cuenta su declaración anual de ISR pues evidentemente a quienes él da servicios no son su “patrón”. Por el contrario, si se considera la segunda opción interpretativa, entonces la persona física queda inmediatamente obligada a presentar su declaración anual, porque se ha de entender entonces -según la decisión tomada- que empleador no se refiere sólo a patrón sino a cualquier fuente de ingresos.

En este contexto, la discrecionalidad tiene un motivo para nacer y es la imprecisión de la norma, lo que constituye tan sólo uno de los motivos por los cuales surge la discrecionalidad como posibilidad del aplicador de la norma. Así, tenemos entonces que los motivos por los cuales puede nacer la discrecionalidad interpretativa son:

a) Por *imprecisión o indeterminación de las normas* (lagunas, ambigüedad o vaguedad de las palabras usadas), como el ejemplo antes expuesto, en donde el significado de la norma no es unívoco y, por tanto, se debe atender a otros puntos de vista a fin de obtener los significados más allegados a la intención de la norma;

b) Porque las normas establezcan *estándares*, tales como la buena fe, la apariencia del buen derecho, etc., en donde no siempre se sabe con precisión que son dichos estándares y para quién son esos estándares, lo que nuevamente implica una tarea epistémica a fin de allegarse del mejor significado para la decisión a tomar.

Así tenemos, por ejemplo, que el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo señala:

Artículo 18.- En la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o. En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador.

Por lo que ante la duda de la norma, ha de aplicarse lo que más convenga al trabajador; sin embargo, esta afirmación no es del todo clara, pues considerando el caso de las propinas, que no forman parte del Salario Diario Integrado sino sólo hasta el momento de la liquidación al rescindirse la relación laboral (justificada o injustificadamente, poco importa para este ejem-



plo), evidentemente podría pensarse que va en perjuicio de las personas que mes a mes no se les considere como parte del salario. Sin embargo, de considerarse dicho salario implicaría un mayor pago para las cuotas de seguridad social, pues el artículo 27 de la Ley del Seguro Social tampoco la contempla. En tal sentido, es claro que el trabajador si bien cotizará más para su futura pensión, lo cierto es que mes a mes también sería mayor el importe de su aportación (así como la patronal también), ante lo cual, desde el punto de vista económico, no queda claro qué es lo que más beneficia al trabajador si económicamente tendrá un efecto favorable a largo plazo, aunque un efecto desfavorable a corto plazo. ¿Qué interpretación debe darse entonces a “la interpretación más favorable al trabajador”?

c) Porque las normas establezcan *principios* (legalidad, no retroactividad, non bin in idem, etc.), todos ellos referidos a los criterios de cada país, en donde no es claro el enfoque si no se tiene una plena referencia de los mismos; por ejemplo, ¿la no retroactividad es sólo respecto de las normas sustantivas o también implica las normas de procedimiento? ¿la no retroactividad es prohibida en perjuicio de las personas y permitida en beneficio de éstas, pero ¿qué sucede si su efecto es ecléctico? Lo mismo sucedería con el juicio de nulidad de juicio concluido en la materia civil de la CDMX, ¿ha de entenderse acorde al *non bin in idem*?

d) Porque las normas establezcan *políticas*, tales como el bienestar de la familia, el bien del menor, la austeridad del estado, etc., en donde todas ellas nuevamente pueden entenderse de forma diversa conforme al criterio de cada persona, en donde es necesario nuevamente remitirse al origen de ellos para tener una decisión cierta sobre el significado que ha de darse a la norma.

Todas estas, son fuentes sustanciales de la discrecionalidad, allende las fuentes formales, con las cuales surge la oportunidad de llevarla a cabo, sin que la discrecionalidad implique alejarse del brocardo de legalidad, ni ser ajeno a los motivos por los cuales surge la norma cuya incompletitud, vaguedad o ambigüedad provoca la necesidad de llevar a cabo dicho ejercicio, pues en todo momento deben respetarse los motivos a fin de no arribar a interpretaciones absurdas.⁷

⁷ “The statutory norm is expressed in the language of humans, which is composed of signs or symbols that have no independent internal meaning, but rather constitute descriptions that are accepted by people who speak the same language. These descriptions do not always conjure up a single, unitary image in the minds of all who use the same language, but rather they occasionally produce several images within the same user and occasionally different images within different users... Principles are rules of behavior that are based on ethical values such as fairness, justice and moral. Principles serve various functions in the law... Principles do not come equipped with a list of the situations to which they apply in the future. They constitute the starting point of the balancing and weighing... At times the legislated norm

Dicha “discrecionalidad” debe ser *objetiva* y no *subjetiva*⁸, que responda a la ponderación y valoración en conjunto y razonable del caso concreto (“*case by case*”) por cuanto a *hechos* respecta (motivación); y a la intención del creador de la norma y la intención del sistema legal, esto es, a la intención *subjetiva* y a la intención *objetiva*, por cuanto a Derecho respecta (fundamentación).⁹

contains within it expressions that reflect policies, such as “the existence of the state,” “the democratic character of the state,” “the security of the state,” “the public welfare,” “the benefit of the child,” and other “policy expressions” contained in the language of the statute. Yet these expression, like their twin brothers the principles, do not include a list of cats to which they apply and they, too, constitute only a starting point for balancing and weighing... Not infrequently, a legal norm contains expressions that reflect a standard of conduct, such as reasonable care, negligence, “in an acceptable manner and in good faith”, and other expressions that reflect standards for appropriate or inappropriate behavior. What is common to all these expressions, as it is to principles and policies, is that the legal norm does not itemize the set of factual situations to which it applies.” Barak, Aharon, *Judicial discretion*, Londres, Yale University Press, 1987, pp. 46, 50, 52 y 53.

⁸ Como lo señalan los siguientes criterios (que a simili a este caso, a continuación, se citan):

Época: Novena Época Registro: 177560 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXII, Agosto de 2005 Materia(s): Común Tesis: I.4o.A.63 K Página: 1956

ORDEN PÚBLICO. ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO QUE SE ACTUALIZA EN CADA CASO CONCRETO, ATENDIENDO A LAS REGLAS MÍNIMAS DE CONVIVENCIA SOCIAL. El orden público no constituye una noción que pueda configurarse a partir de la declaración formal contenida en una ley. Por el contrario, ha sido criterio constante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que corresponde al juzgador examinar su presencia en cada caso concreto, de tal suerte que se perfila como un concepto jurídico indeterminado de imposible definición cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar que prevalezcan en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, para darle significado, el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de la comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social; en la inteligencia de que la decisión que se tome en el caso específico no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas, sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de la sociedad, siempre buscando no obstaculizar la eficacia de los derechos de tercero. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 312/2004. Alberto Salmerón Pineda. 12 de enero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretario: Ernesto González González.

Amparo directo 453/2004. Hospital Ángeles del Pedregal, S.A. de C.V. 23 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretaria: Indira Martínez Fernández.

Época: Novena Época Registro: 177480 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXII, Agosto de 2005 Materia(s): Administrativa Tesis: I.4o.A.501 A Página: 2002

RENTA. “LA NOTORIA IMPOSIBILIDAD PRÁCTICA DE COBRO DE UN CRÉDITO” A QUE SE REFIERE EL REGLAMENTO DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO (VIGENTE EN 1997) ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO QUE, POR TANTO, REQUIERE DE UNA PONDERACIÓN Y VALORACIÓN SISTEMÁTICA PARA ACTUALIZARLO AL CASO CONCRETO Y NO DE PRUEBAS FUERA DE CONTEXTO. La “notoria imposibilidad práctica de cobro de un crédito” a que se refiere el



artículo 25 del Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente en 1997 es un concepto jurídico indeterminado porque describe un objetivo, un fin y un principio que sustenta la idea o concepto mercantil y contable que implica, a su vez, considerar en abstracto una serie de hechos, conductas o situaciones que pueden ser objeto de regulación en los casos concretos. Tal concepto, enunciativo, no limitativo, se da sobre el esquema de *clausus apertus* y exige que los hechos y su significación financiera, más que jurídica, se analicen y ponderen de manera sistemática y relacionada apreciando unos frente a otros, en una valuación contradictoria y en las relaciones de colaboración o correspondencia de pruebas, hechos de las partes y los que resulten públicos y notorios derivados de la experiencia en la materia, todo de manera conjunta, congruente y coherente conforme al principio contenido en el artículo 197 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicable al orden jurídico en general. No debe pasarse por alto que para la evaluación basta que se reúnan estándares de probabilidad y razonabilidad de la incobrabilidad por incosteable, por lo que no puede exigirse que se interprete de modo que se deba acreditar la necesaria, absoluta e indiscutible incobrabilidad; en la inteligencia que la incosteabilidad o posibilidad entendida como idoneidad práctica de cobro es el factor relevante al asumir posturas y exigencias que pudieran corresponder a ciertos adeudos, relacionados con otros, con la realidad, prácticas y costumbres sociales, mercantiles y jurídicas del país. Así las cosas, no es posible establecer el concepto de crédito irrecuperable o incobrable conforme a criterios artificiales y apreciaciones teóricas atribuidas a cada uno de los adeudos aislados y separados del concepto mercantil y social en que se dan, olvidando que no es tal la realidad comercial sino la concurrencia de múltiples operaciones, razones y circunstancias que deben evaluarse en conjunto, de manera razonable y congruente. Por consiguiente, enumerar cuáles serían las pruebas con las que el contribuyente probó tal o cual extremo de incobrabilidad jurídica e idealista respecto de cada uno de los adeudos, fuera del contexto de interrelación con la dinámica (por ejemplo, sentencias de juicios mercantiles, penales o declaratorias de ausencia) viene a ser una exigencia que se basa en una particular interpretación de la autoridad fiscal, lo que no responde a la ponderación y valoración en conjunto, razonable, que exige el concepto jurídico indeterminado que necesita ser definido y concretado en su correcta aplicación por la autoridad jurisdiccional, en el caso, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

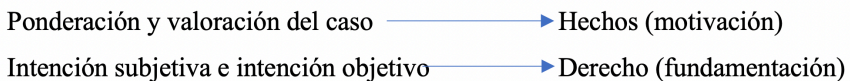
Revisión fiscal 49/2005. Administrador de lo Contencioso de Grandes Contribuyentes en representación del Secretario de Hacienda y Crédito Público, del Jefe del Servicio de Administración Tributaria y de la autoridad demandada. 13 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Claudia Patricia Peraza Espinoza.

⁹ “The fundamental problem in legal interpretation is the relationship between text and context, form and substance. Purposive interpretation views purpose as the context in whose light the text should be given meaning... First, purposive interpretation takes an integrative stance on the dichotomy between the intent of the author and the intent of the legal system... The second secondary question focuses on the intention of the text’s author. It asks whether to focus on the “true” intention or the “expressed” intention... The third secondary question focuses on objective purpose. This purpose reveals the “objective substance” of the text. It is the intention of the legal system, expressed in purposive presumptions that reflect the objective purpose of the system’s various features and elements. The interpreter resolves internal conflicts among these presumptions by balancing them according to their relative significance.” Barak, Aharon, *Purposive interpretation*, New York, Ed. Oxford, 2012, pp. 93-94.

¹⁰ “The judge must be capable of looking at himself from “the outside”. He must put up a net for himself that catches and sifts out the anomalous and unusual and that feeds into his discretion the accepted and the general. The judge must be capable of analyzing, criticizing, and restraining himself. A judge who thinks that he knows everything and that his own views are the best and most appropriate will not be able to fulfill his function properly. He will not be able to distinguishing

La *intención objetiva* es la del sistema legal (liberal, conservador, socialista, comunista, etc.), y la *intención subjetiva* es la del autor del texto legal (Congreso, Parlamento, Autoridad administrativa, etc.), sin que se busque al autor racional. Nada de eso. El autor de la norma es tal cual se le conozca -apto, inepto, controlador, laxo, etc.-, lo que es importante tener presente en todo momento a fin de no subsanar los errores cometidos por el autor de la norma en el ánimo de dar una *cábida* razonable a sus decisiones normativas. Todo ello, sin desdeñar que en algunos casos debe preferirse una u otra, lo que dicho sea de paso constituye la *proporcionalidad interpretativa* -ponderar ambas formas de interpretación-, en caso extremo de que ambas intenciones no coincidan o apunten a la misma dirección.

Así, en la *díada* fundamentación-motivación, la intención objetiva o subjetiva juega un papel importante pues determina en mejor calidad la interpretación que se obtenga, al no ser ajeno al propósito que se tuvo al crear la norma, lo que es indispensable en la tarea de aplicación. Esto es:



Discrecionalidad que sino es llevada a cabo racionalmente,¹⁰ deriva en arbitrariedad y consecuente ilegalidad pues aún esta tarea no establecida expresamente en ley, no puede ser libre ni abierta a cualquier idea sino en todo momento acorde a los motivos que dieron lugar al nacimiento de la norma (motivos políticos, económicos, sociales, salubres, etc.), de los cuales, se nutre al Derecho en un determinado tiempo y lugar, conscientes de que las necesidades de la sociedad no son las mismas siempre y en todo momento y lugar, sino que varían dependiendo de las circunstancias socioeconómicas, políticas, etc.

En efecto, cualquier interpretación es racionalmente válida o aceptable -aunque no definitiva- en tanto no caiga en el absurdo. De tal suerte que, pensando en el ejemplo antes brindado sobre la presentación de declaración anual, es suficiente saber que tanto la fracción IV del artículo 31 constitucional (intención objetiva), como el ánimo del legislador al crear la norma (intención subjetiva), pugnan porque las personas, físicas y morales, presenten su declaración de contribuciones, por lo que a la palabra “empleador” no deben anquilosarse con la de “patrón”, pues de hacerse así, no se daría la declaración anual en la hipótesis de contar con dos o más fuentes de ingreso.

between his private articles of faith of the nation. As a judge, he must take into consideration the articles of faith of the nation, not his personal articles of faith. He must be aware of this difference, if it exists, and the must avoid giving expression in his discretion to his own articles of faith. A judge who is aware of his function and the responsibility that is imposed on him will be able to meet these demands.” Barak, Aharon, *Judicial discretion*, Inglaterra, Yale University Press, 1987, p. 127.



Sin embargo, un punto de mayor importancia es que la discrecionalidad discurre sobre tres ámbitos de acción:

- Hechos
- Aplicación de la norma
- La norma misma

Aunque existe aquel brocardo que señala -principalmente para la promoción en juicio- “dame los hechos que yo te daré el Derecho”, algo así como dándole voz al juzgador, es de entender que la discrecionalidad de los hechos es cuando se compara a los hechos-vs.-la norma, en donde algunos de ellos se consideran aptos para apreciar discrecionalmente si son suficientes para probar lo que jurídicamente se pide (nulidad, indemnización, etc.), pues bien puede suceder -y sucede- que existan pruebas no idóneas o no relacionadas con la facticidad que se pretende acreditar. Es el caso de documentos que no coinciden en fechas respecto a lo sucedido, el caso de documentos que no tienen relación con lo sucedido o son ilegibles o no reúnen las características y requisitos de ley para considerarse fieles a su contenido, entre muchas otras variables, de donde surgen las palabras “apócrifo” y “simulación de actos”, todo lo cual, debe ser debidamente analizado y valorado, y para ello, aunque en ocasiones las normas establecen el valor que debe darse a las pruebas, en muchas otras ocasiones no lo señalan, más aún cuando se trata de elementos probatorios provenientes de los avances de la ciencia y tecnología, por lo que la apreciación y valoración de los mismos son los que determinan la necesidad de actuar discrecionalmente, dentro de los rangos de razonabilidad intencional objetiva y subjetiva, a fin de resolver lo correspondiente.

La discrecionalidad de la *norma* es cuando se tiene a la *norma-vs.-hechos*, esto es, como se planteó en el ejemplo inicial, en donde la norma establece un modo deóntico (“permiso a”, “permiso a no”, “obligación” o “prohibición”) y debe indagarse si dicho modo deóntico es acorde a los hechos que acaecen, de lo contrario, no puede pretenderse que la norma quepa de manera forzada a la facticidad que se expone. Esta duda sucede muy comúnmente cuando las normas emplean la palabra “podrá”, en donde se piensa que siempre se habla de un derecho subjetivo, pero ello no es así, en ocasiones se refieren a una “posibilidad” y en otras más a una “probabilidad”, todo ello totalmente distinto, para lo cual, se debe leer con precisión y entender a profundidad para saber si en verdad deónticamente hablamos de un “permiso a” o de una “obligación”. Si la norma, por ejemplo, dice que las multas se podrán pagar en el banco o mediante tarjeta de crédito, ello en ningún momento constituye un derecho, al contrario, es una obligación que debe cumplirse dadas las consecuencias que se avecinan ante incumplimiento espontáneo (procedimiento de ejecución que normalmente comienza con embargo), por lo que no es sencillo el entendimiento de la norma respecto de los hechos, pues las variables de éstos son muchas respecto del texto estático de aquella.

Un ejemplo de ello es el programa “hoy no circula” emitido por la *Comisión Ambiental de la Megalópolis*, en lo sucesivo CAME, conformada por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales del Gobierno del Distrito Federal y los estados de Hidalgo, México, Morelos,

Puebla y Tlaxcala. Cuando surge una contingencia ambiental se sabe que aún los automoviles con calcomanía O deben dejar de circular un día a la semana; sin embargo, ello deónticamente no implica una “prohibición”, sino un “permiso a” acotado por el tiempo que se señale, esto es, el ámbito temporal es el que se restringe sin dejar de ser “permiso”, lo que debe ser debidamente analizado en función de las mediciones que se realicen al medio ambiente dentro de las tres tomas por día que establece dicho programa. Lo mismo que sucede con la venta de alcohol, el cual tiene un horario restringido en días domingo (generalmente la venta cesa antes de los días restantes de la semana), en donde nuevamente no surge una “prohibición” sino un “permiso a” acotado.

Y qué decir de la confusión común entre derechos y garantías. En ocasiones la norma se escribe como derechos subjetivos (modo deóntico “permiso a” y “permiso a no”), y en otras más se escribe como garantías, ya sea sociales o individuales (modo deóntico “obligación” y modo deóntico “prohibición”. En donde no sólo se piensa erradamente que las garantías individuales son las que corresponden a una sola persona y las sociales a un grupo. Nada de eso. Las que corresponden a una persona se llaman garantías personales y las de un grupo garantías colectivas. De tal forma que tomando en cuenta la diferencia entre derechos y garantías no es lo mismo decir que se viola un derecho a que se viola una garantía. Por ejemplo, a una persona que le prohíben ingresar a servicios de salud a la entrada de un hospital se le viola un derecho, pero si en una población lejana no se ha construido siquiera un mobiliario que brinde servicios de salud se viola una garantía. Por lo que se debe tener total cuidado de aquello que ha sucedido en la práctica para determinar el reclamo adecuado y utilizar para ello las normas adecuadas.

La discrecionalidad de la *norma misma es la norma en sí-vs.-las demás normas del sistema legal*. Lo que comúnmente sirve para entender si en verdad se presentan antinomias o si por el contrario son meramente excepciones, ya sea por *contradicción* o por *especificidad*.¹¹ Lo que he explicado con mayor detalle en mi libro “Argumentación para los agravios de la defensa jurídica”. Esto es, confirmar si existe verdaderamente un conflicto de normas en donde sólo una de ellas puede pervivir, o si se trata de dos normas que pueden coexistir, ya sea que se trate de excepciones directas/expresas o excepciones indirectas/inexpresas.

Un ejemplo de ello es el artículo 19 de la Ley Federal del Trabajo que señala:

Artículo 19.- Todos los actos y actuaciones que se relacionen con la aplicación de las normas de trabajo no causarán impuesto alguno.

¹¹ “Una antinomia o excepción por contradicción se da cuando su contenido descriptivo o deóntico es contrario a otra norma (superior o de igual rango). Deónticamente es contraria cuando: i) una norma “permite” algo que otra “prohíbe”, ii) una “permite no hacer” algo que otra “obliga” a hacer; iii) una “obliga” a algo que otra “permite no hacer”; o iv) una “prohíbe” algo que otra “permite” hacer. Descriptivamente es contraria cuando una norma “deónticamente” incluye algo o a alguien que otra “anhairéticamente” excluye, o viceversa. Una antinomia o excepción por especificidad se da cuando su contenido descriptivo o deóntico se ensancha o amplía. Deónticamente es específica cuando una norma “permite”, “obli-



En donde parece surgir una admonición para el cobro de impuestos dentro del desarrollo de una relación laboral; sin embargo, es sabido por todos que a nivel de cada Estado de la República, existe el “impuesto sobre nóminas” que -aunque con diversos nombres en el Código Financiero o Fiscal de cada entidad-, grava su pago, lo que constituye una erogación y en inicio causa sorpresa pues se tienen dos elementos normativos encontrados (uno -el de la LFT- dice “no” a los impuestos y otro -el de cada entidad- dice “sí”). Cualquier controversia que se plante al respecto, debe ser resuelta por un juzgador quien, ante la falta de mayor contenido en el texto de la norma, debe llevar a elegir la mejor opción en forma discrecional, apegándose a los brocardos e intenciones del sistema normativa a fin de no arrojar conclusiones absurdas, negativas y contrarias a la sociedad.

V. LA DISCRECIONALIDAD EN CASOS FÁCILES, INTERMEDIOS Y DIFÍCILES

La discrecionalidad, entendida ya la forma en cómo opera, los motivos por los cuales nace (sus fuentes formales y sustanciales), y el objetivo que busca, es importante entenderla ahora en su aplicación práctica dependiendo de los tipos de casos en que se presenta la ambigüedad, estándares, principios o políticas dentro de las normas por aplicarse, pues es claro que no todos los casos son iguales y por tanto algunos presentan mayor complejidad que otros, lo cual conlleva a casos fáciles, casos intermedios o casos difíciles.

Los casos fáciles son aquellos que tienen una única forma de interpretación, y, por tanto, una sola forma de solución, un tanto lo que pudiera considerarse de significado unívoco -aunque no siempre exactamente así-. Por ejemplo, cuando la fracción II del artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo señala como una causal de despido justificado sin responsabilidad para el patrón, la falta de probidad del trabajador, es claro que la probidad no es algo que pueda medirse de forma igual para todo tipo de trabajo ni para todo tipo de circunstancias en las que actuó el trabajador.

Artículo 47.- Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón:

I. ...

II. Incurrir el trabajador, durante sus labores, en faltas de probidad u honradez, en actos de violencia, amagos, injurias o malos tratamientos en contra del patrón, sus familiares o del personal directivo o administrativo de la empresa o establecimiento, o en contra de clientes y proveedores del patrón, salvo que medie provocación o que obre en defensa propia;

ga” o “prohíbe” algo con un alcance menor o mayor que otra, en cuyo caso el permiso, la obligación o prohibición persiste pero con un alcance mayor o menor a la otra. Descriptivamente es específica cuando una norma “anankásticamente” pide algo que la otra “anankásticamente” pide de más o de menos.” Burgoa Toledo, Carlos Alberto, Argumentación para los agravios de defensa jurídica, México, Thomson Reuters, 2018, p. 38.

Sin embargo, más allá de la medida en que pueda darse la “probidad” (lo que constituye un tema de gradualidad), lo único cierto en todo momento es que el concepto es el mismo, y, por tanto, la “probidad” no debe ser un problema por cuanto a su significado. Quizá sólo por cuanto a su alcance en el sentido de gradualidad, lo que sería más un elemento para competencias en caso de querer avanzar el trabajador a una nueva posición o mejoras laborales; sin embargo, para el efecto de despido, es suficiente que no exista dicha falta de probidad para dar lugar a la rescisión de la relación que lo une con su patrón (amén el tema de pruebas y demás detalles que son ya materia de juicio y no de interpretación).

En ese sentido, no existen opciones de decisión pues el significado es claro y no existe posibilidad para elegir pues es sólo una opción y forma de solución la que está presente, lo que constituye el nombre de “fácil” que se asigna a estos casos.

Los casos *intermedios*, por su parte, son aquellos que cuentan con dos formas de interpretación, esto es, dos posibles significados que asignar a la norma para su ulterior aplicación, de tal suerte que se vuelve una decisión mediana de tomar en tanto que no implica un conflicto propiamente hablando, pues se resuelve con tan sólo dos opciones.

Es común que las palabras tengan dos significados (y en ocasiones hasta más). Incluso, el famoso tema musical inglés *Stairway to Heaven* así lo dice “*cause you know sometimes words have two meanings*”. Un ejemplo de esto es el artículo 98 fracción III inciso b) de la Ley del Impuesto sobre la Renta expuesto líneas atrás, cuyas soluciones posibles son dos: *i)* considerar que el término “empleador” se refiere también a “patrón” (*positive arrangement*); o *ii)* considerar que el término “empleador” no se refiere también a “patrón” (*negative arrangement*). Quien aplique esta norma, eventualmente deberá decidir entre la primera o la segunda, sin que ambas puedan coexistir, tomando en consideración los efectos que tenga dicha interpretación en lo presente y en lo futuro, por lo que se trata de un caso intermedio ya que no es unívoco en su significado (fácil), pero tampoco representan gran complejidad. En la elección de alguna de estas dos opciones es en donde surge la discrecionalidad de la autoridad (ya sea para fines administrativos o para fines jurisdiccionales).

Los casos *difíciles*, finalmente, son aquellos que aceptan más de dos formas de solución. Esto es, más de dos significados y, por ende, más de dos opciones de interpretación de entre las cuales el aplicador de la norma (ya sea autoridad administrativa o jurisdiccional), deberá elegir una de ellas, y para ello, es cuando se hace más presente la importancia de la intención objetiva y de la intención subjetiva, pues a través de ésta será más cercana la interpretación adecuada, correcta u óptima para aplicar a al caso que se tenga presente.

En este punto, es importante recordar que los hechos no se interpretan, sólo se aprecian, mientras que las normas son las que se interpretan por ser los textos escritos con significado propio, y la norma, a su vez tiene sentido si se le compagina con las políticas públicas presentes durante la Administración Pública en la cual nacen. Por ejemplo, tenemos un caso difícil si pensamos en la fracción IV del artículo 151 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, la cual señala que son motivo de deducción personal para dicho gravamen los intereses de créditos hipotecarios para la adquisición de casa habitación:



Artículo 151. Las personas físicas residentes en el país que obtengan ingresos de los señalados en este Título, para calcular su impuesto anual, podrán hacer, además de las deducciones autorizadas en cada Capítulo de esta Ley que les correspondan, las siguientes deducciones personales:

I. ...

IV. Los intereses reales efectivamente pagados en el ejercicio por créditos hipotecarios destinados a la adquisición de su casa habitación contratados con las instituciones integrantes del sistema financiero, siempre que el monto total de los créditos otorgados por dicho inmueble no exceda de setecientos cincuenta mil unidades de inversión...

Nótese que la fracción IV citada habla en plural de “créditos hipotecarios”; sin embargo, habla en singular de “casa habitación”. Por lo tanto, la duda surge en sí es posible realizar la deducción de intereses de créditos hipotecarios sólo para una casa o si lo es para la adquisición de varias casas.

Tomando en consideración de dicha fracción establece un límite de 700 UDI's, las posibles interpretaciones que surgen son:

- Dado el uso de singular “casa habitación”, es de concluir que la deducción es para la adquisición de una sola, independientemente del plural “créditos hipotecarios” pues en ocasiones existen créditos mixtos (v gr., institución bancaria e INFONAVIT);

- Dado el uso de plural “créditos hipotecarios”, es de concluir que la deducción es simultánea para la adquisición de varias casas habitación en tanto cada crédito en lo individual no rebase el límite de 700 UDI's;

- Dado el uso del singular y plural, es de entender que pueden ser deducibles simultáneamente los intereses de varios créditos hipotecarios encaminados a la adquisición de varias casas habitación en tanto la suma de ambos no rebase el límite de 700 UDI's;

- Dado el uso del singular y plural, es posible la deducción de varias casas habitación (lo que implica varios créditos hipotecarios) en tanto no sean simultáneos, esto es, debe concluir primeramente el pago de un crédito para posteriormente contar con la deducción del segundo, independientemente del valor que los intereses de ambos créditos hipotecarios impliquen;

- Dado el uso del singular y plural, es posible la deducción de varias casas habitación (lo que implica varios créditos hipotecarios) en tanto no sean simultáneas, esto es, debe concluir primeramente el pago de un crédito para posteriormente contar con la deducción del segundo, en tanto el valor conjunto de ambos se limite a las 700 UDI's.

En este caso, existen varias posibilidades interpretativas, algunas extremas otras no tanto,

de las cuales discurre la duda para su aplicación, pues aunque el texto de la norma es sencillo de entenderse a primera lectura (icto oculi), en la práctica puede complicarse su pleno entendimiento, más si surgen variables en la dinámica social no previstas dentro del texto de la norma, pues una persona -tomando como referencia el ejemplo brindado- puede contar con dos créditos hipotecarios por ofrecimiento de las instituciones bancarias quienes conceden al acreditado la posibilidad de un nuevo préstamo dado el negocio que les representa, a la par que puede ser algo buscado por el acreditado para acrecentar su patrimonio, e igualmente puede ser algo buscado por el acreditado si concluyó un juicio de divorcio, en donde el acuerdo es dejar la casa a favor de su esposa e hijos y ahora el debe satisfacer su propia necesidad habitacional.

Sin duda, al escribir estas palabras el lector podrá tener simpatía o no por los temas, lo que constituye un punto de vista ético-político más que jurídico, pues recordemos que los cuatro modos deónticos de que dispone el Derecho se desarrollan dependiendo de las políticas públicas y necesidades presentes en el momento.

VI. COMENTARIOS FINALES

Es importante entender que el significado de la norma (como elemento escrito), no se basa exclusivamente en las palabras, sino igualmente en las oraciones. Esto es, el significado de las normas no es solo sintáctica sino igualmente semántica. ¿Por qué existen varios significados posibles o más de un significado posible? La respuesta es sencilla, dependiendo del contexto es que se generan más posibilidades de aplicación, más aún cuando se contrasta con la realidad acaecida a la cual se pretende aplicar la norma, lo que constituye en la tradición romano-católica que adopta nuestro país en un punto de mayor relevancia, pues implica el enfrentamiento de la norma estática -tal cual está escrita-, con la realidad siempre dinámica que se vive en sociedad.

Esta forma de desfase que eventualmente surge, siempre es motivo de dudas y, por tanto, de indagar en conocer el verdadero contenido y alcance de las normas. En ocasiones por virtud de las palabras y en otras más por virtud de las oraciones que se usan en las normas. Por ello, el factor tiempo también es interesante de considerarse para evitar arribar a conclusiones absurdas y aplicaciones sin sentido e incluso extremas. Recordemos que años atrás existió en la Constitución mexicana la pena de muerte como motivo de sanción. Dentro del listado de delitos merecedores de dicha pena se encontraba la "piratería". Sin embargo, la piratería es algo muy distinto hoy en día respecto de lo que significaba en el momento que se escribió el texto constitucional que la contempló. Al día de hoy es un tema marcarío, mientras que años atrás se enfocó a la delincuencia en alta mar. Por tanto, no se podría haber concluido que la pena de muerte hoy en día fuera una pena para efectos de propiedad intelectual (amén que como se dijo, dicha pena fue desterrada de nuestro ordenamiento legal), pues evidentemente las consecuencias serían extremas por una interpretación absurda.



BIBLIOGRAFÍA

Barak, Aharon, *JUDICIAL DISCRETION*, Londres, Yale University Press, 1987.

_____, *PURPOSIVE INTERPRETATION IN LAW*, New York, Princeton University Press, 2005.

Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *ARGUMENTACIÓN PARA LOS AGRAVIOS DE DEFENSA JURÍDICA*, México, Thomson Reuters, 2018.

Canaris, Claus-Wilhelm, *DIE FESTSTELLUNG VON LÜCKEN IM GESETZ*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986.

Jaramillo Loya, Horacio, *LOS CONSEJOS DEL BÚHO*, México, Ed. Diana, 1996.

Passerini Glazel, Lorenzo (coomp.), *RICERCHE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO*, Turín, G. Giappichelli Editori, 2007.

Petersen, Niels, *PROPORTIONALITY AND JUDICIAL ACTIVISM, FUNDAMENTAL RIGHTS ADJUCITACION IN CANADA, GERMANY AND SOUTH AFRICA*, New York, Cambridge University Press, 2017.

TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: PERSPECTIVAS E DESAFIOS DO ESTADO BRASILEIRO

Autora //

Irene Patrícia Nohara ¹

Sumário:

I. Introdução. II. Antecedentes. III. Regime da Constituição de 1988. IV. Reforma do Estado e Desafios de Eficiência. V. Desafios do combate à corrupção no Brasil. VI. Conclusões.

I. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 completou em 2018 seus trinta anos de existência. O presente artigo, confeccionado a convite do ilustre jurista Jorge Vargas Morgado para a revista El Constituyente, objetiva fazer um panorama da Constituição nos seus trinta anos de existência, trazendo suas principais características, o modelo de Estado adotado, e seus novos desafios diante das transformações que se processam atualmente na política brasileira.

Em 2018 houve muitas comemorações dos trinta anos da Constituição de 1988. Esta foi apelidada de Constituição Cidadã, porque o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulisses Guimarães, ressaltou a característica de cidadania, não apenas por proporcionar meios de participação popular nos assuntos coletivos, mas, principalmente, por tentar promover uma democracia material com a inclusão de amplos setores da sociedade, antes marginalizado, nos benefícios nela previstos.

Ao enunciar uma proposta de Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 ressaltou um papel positivo da República Federativa do Brasil, sendo estabelecidos os seguintes objetivos em seu art. 3º: (1) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (2) garantir o desenvolvimento nacional; (3) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e (4) promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição brasileira de 1988 pôs fim a duas Constituições outorgadas, sendo elas a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969, e respirou e inspirou ares menos autoritários, permitindo a ampla participação nas suas comissões de setores dos movimentos sociais, que haviam sido oprimidos durante vinte e um anos de ditadura militar (1964-1985). Trata-se de Constituição promulgada, analítica, dirigente e que possui um amplo rol de direitos fundamentais, muitos dos quais positivados no art. 5º.

¹ Livre-Docente e Doutora em Direito do Estado pela USP. Professora-Pesquisadora do Programa de Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.



O objetivo do presente escrito é apresentar as características da Constituição brasileira, trazendo ao público dos demais países, sobretudo ao público qualificado do México, suas perspectivas no tocante ao papel do Estado, a configuração da Ordem Econômica e também os desafios no atual que a Constituição enfrenta no cenário político de seus trinta anos de existência.

É possível fazer um balanço dessas três décadas de existência da Constituição de 1988, que foi um momento que merece toda exaltação, por ter sido uma reação aos anos de governos autoritários no Brasil, mas na atualidade, não obstante em pleno vigor, cumpre analisar se o seu espírito ainda está forte ou se ele se enfraquece em virtude dos desafios políticos que enfrenta na atualidade.

II. ANTECEDENTES

A atual Constituição brasileira é considerada a oitava Constituição do país. Antes dela, houve: (1) a Constituição Imperial de 1824; (2) Constituição da República de 1891; (3) a Constituição de 1934, que foi a primeira brasileira a constitucionalizar direitos sociais e um papel mais positivo por parte do Estado; (4) a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas; (5) a Constituição promulgada em 1946; (6) a Constituição de 1967, que foi outorgada no regime militar; e (7) a Emenda Constituição nº 1/1969, que acabou veiculando uma nova Constituição, apesar da denominação de emenda.

O Brasil tornou-se um país independente de Portugal em 7 de setembro de 1822, sendo tal processo conduzido pelo descendente da família real portuguesa Dom Pedro I. México e Estados Unidos foram os primeiros países do mundo a reconhecerem a Independência do Brasil de Portugal, sendo que a ex-Metrópole imediatamente exigiu o pagamento de 2 milhões de libras esterlinas de indenização como condição para o reconhecimento da independência do País. D. Pedro I teve de obter empréstimo da Inglaterra e o Brasil já inicia sua história de vida com uma dívida externa.

A Inglaterra apoiava informalmente o processo de independência do Brasil, mas apenas demorou por reconhecê-la pois pressionava o país para conseguir a abolição do tráfico de escravos. Contudo, o Brasil foi o último país independente da América Latina a abolir a escravidão, o que somente ocorreu em 1888.

Note-se que o Brasil possui uma característica peculiar: trata-se de Estado no qual se fixou, em 1808, a Corte Portuguesa, que fugiu da Metrópole nas invasões de Napoleão e se fixou na Colônia, promovendo do Brasil a gestão de Portugal com a transferência de Portugal para o Brasil da sede da Monarquia Portuguesa.

Ademais, da Independência do País até a Proclamação da República, em 1889, houve a adoção da Monarquia, sob a égide da Constituição de 1824, que foi uma Constituição centralizadora, com inspiração francesa, que adotou quadripartição de Poderes (entre o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Poder Moderador), semi-rígida e liberal.²

² JUNQUEIRA, Michelle Asato; SOUZA PINTO, Felipe Chiarello de. TEORIA DA CONSTITUIÇÃO. São Paulo. Editora Mackenzie. 2018. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. CONSTITUIÇÕES DO BRASIL. Porto Alegre. Sagra Luzzatto. 2002. p. 32.

Durante quase todo o Império perdurou no Brasil o sistema escravocrata, tendo sido a abolição da escravidão, no dia 13 de maio de 1888, um dos fatores catalizadores da Proclamação da República. Há até uma expressão utilizada, que é dos “republicanos de 14 de maio”, que são aqueles integrantes da elite oligárquica, os quais apoiavam o Império até o momento da abolição, em 13 de maio, que foi engendrada pela Princesa Isabel, no entanto, devido à insatisfação, principalmente pela falta de indenização pela perda sofrida, viraram republicanos do dia para a noite, não por conta da adesão aos valores da República, mas por terem sido contrariados em seus interesses.

Até a década de 30 do século XX, o Brasil continuou, na prática, dependendo de exportação de produtos primários, atualmente denominados de commodities. Trata-se de uma extensão das raízes coloniais, pois esses produtos eram voltados para abastecer às necessidades externas, sendo a história econômica do País dividida em ciclos de exportações: de cana de açúcar, ouro, café etc. As circunstâncias exploratórias coloniais determinaram o tipo de exploração agrária do país, fundada na grande propriedade.³

Os ciclos de cana de açúcar e de minérios alimentaram o Capitalismo Mercantilista com troca de açúcar e ouro, por parte do Brasil, sendo a mão-de-obra escrava trazida da África. Havia um comércio triangulado entre Europa, África e América, pois os navios europeus trocavam produtos (muitos dos quais armas e rum das Américas) por escravos, que depois atravessavam o Atlântico para serem fornecidos às fazendas e às minas no Brasil.

Pode-se, portanto, considerar que houve no Brasil uma chamada Colônia de Exploração, em que o território foi visto pelos Europeus muito mais como uma oportunidade de empreendimento comercial, do que como um local pensado originariamente para a fixação ou o povoamento. Entretanto, apesar de ter sido enxergado como um território supostamente vazio e/ou primitivo, desde o início desse tipo de empreendimento ele já contava com a presença de inúmeros indígenas.

Ademais, não se pode dizer que houve, em 1500, um “descobrimento” propriamente dito, pois os indígenas já ocupavam as terras quando os portugueses aqui chegaram, sendo até questionável se a descoberta foi por acaso, conforme se relata na literatura. Ainda, também não se pode dizer que os índios sejam autóctones, dada versão de que eles possuem de fato uma origem asiática, não propriamente ameríndia, tendo alcançado a América em fluxos migratórios ocorridos nas últimas glaciações através do Estreito de Bering congelado.

Estima-se que na chegada dos portugueses ao Brasil havia cerca de três milhões de indígenas, sendo que dois milhões deles residiam próximo ao litoral e um milhão de indígenas estavam no interior. De 1500 até 1970 houve um decréscimo significativo da população indígena no Brasil, que chegou à década de oitenta do século XX a 210 mil indígenas.

A Constituição de 1988 procurou reconhecer aos índios, conforme o seu art. 231, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que ocupam. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são atualmente

³ PRADO JÚNIOR, Caio. HISTÓRIA ECONÔMICA DO BRASIL. São Paulo. 43 ed. Brasiliense. 1998. p. 33.

consideradas bens da União,⁴ de acordo com o inciso XI do art. 20 da Constituição, competindo a ela promover a demarcação, mas aos índios se asseguram a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são definidas no § 1º do art. 231 da Constituição de 1988, como as terras por ele habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Depois da Constituição de 1988, principalmente a partir da década de noventa, houve um crescimento significativo da população indígena, que, em 2010, praticamente quadruplicou, mas, nos dias atuais, ainda há muitos conflitos, sobretudo em suas terras, que concentram riquezas, e nem sempre contam com a devida demarcação, o que gera problemas para a sobrevivência de inúmeros agrupamentos indígenas. Também a composição do Congresso Nacional, mais recentemente, por inúmeros setores anti-indígenas, em bancadas ruralistas, apoiadores inclusive das armas, gera projetos que não beneficiam os direitos dos índios.

A população brasileira também é conformada pela presença dos negros. Atualmente, mais da metade da população brasileira se declara preta ou parda. O Brasil tem a maior população negra fora da África e a segunda maior população negra do planeta, perdendo apenas para a Nigéria. Eles foram, em sua maioria, trazidos da África ao Brasil no período da escravidão, que durou, conforme visto, não apenas quando o Brasil era colônia de Portugal, mas também ao longo do Império.

Estima-se que a escravidão tenha trazido entre 3,5 a 5 milhões de pessoas da África. Atualmente, calcula-se haver aproximadamente 86 milhões de afro-descendentes no Brasil, sendo que os Estados Unidos, por exemplo, possuem cerca de 38,5 milhões. Apesar do número elevado de negros, o que numericamente os categorizaria como maioria, do ponto de vista sociológico, entretanto, os negros podem ser considerados como minorias, uma vez que sofrem assujeitamento social, não tendo acesso, na prática, às mesmas oportunidades de vida e, ainda, assim como nos Estados Unidos, são vítimas frequentes de violência policial.

No caso dos negros, no Brasil, houve a abolição da escravatura sem que o governo se preocupasse minimamente em criar medidas compensatórias, tendo sido a mão de obra escrava substituída pelo fomento à imigração de mão de obra assalariada. Neste sentido, enfatiza Livio Sansone que:

depois da Abolição, e em consequência dela, foram lançadas políticas imigratórias que visavam, a princípio, estimular a imigração europeia, em particular de alemães de religião protestante, considerando-a como um dos remédios para a eugeniação 5 da nova “raça brasileira”. Nesse contexto, a

⁴ Cf. NOHARA, Irene Patrícia. DIREITO ADMINISTRATIVO. São Paulo. Atlas. 2019. p. 811-812.

⁵ Eugenia foi considerada uma ciência que se voltava da descobrir metodologias para supostamente melhorar a raça

imigração de negros foi, de fato, interdita. Italianos, espanhóis e portugueses foram os principais imigrantes atraídos por essas políticas.⁶

Por conseguinte, enfatiza Maria Rita Kehl ⁷ dois pontos característicos da abolição da escravidão no Brasil: (1) a demora na abolição, pois o Brasil é considerado o último país independente (1822) do continente americano a abolir a escravidão (1888); e (2) não houve uma política direcionada à reparação da injustiça, nem mesmo qualquer garantia dada pelo Estado aos negros para que (re)começassem sua vida, diferentemente, por exemplo, dos Estados Unidos, em que se destinou algum dinheiro e/ou um pedaço de terra para os recém-libertos.

Ubiratan Castro de Araújo, historiador, expõe que, após muitas festas de comemoração do 13 de maio de 1888, os escravos rurais, ao saírem dos engenhos e fazendas para buscarem liberdade, logo perceberam que o preço da liberdade era a miséria,⁸ dada impossibilidade de acesso à terra, pois, como nada receberam pelos anos de trabalhos forçados, muitos foram criar novos quilombos e outros se dedicaram às atividades de pesca e mariscagem; para os urbanos, por sua vez, alguns grupos voltaram para a África, sobretudo para Togo, Benin e Nigéria, mas a maioria que ficou não vivenciou de fato uma transformação nas relações de trabalho, pois, não houve, na sequência da abolição, regulamentação do trabalho livre, eis que se perpetuaram os favores, as clientelas e as obrigações; ainda, do ponto de vista político, o grande movimento abolicionista, que havia congregado pessoas de todas as classes pela libertação, mas não incluiu os que se libertaram pelo próprio esforço,⁹ dissolveu-se como que “por um encanto” após a abolição.¹⁰

humana, o que provocou o desejo de “limpeza racial” de grupos não brancos, considerados inferiores. Também o Brasil sofreu influência da eugenia em suas políticas de “branqueamento”.

⁶ SANSONE, Livio. Racismo sem etnicidade. Políticas públicas e discriminação racial em perspectiva comparada. Dados, 41(4), 751-783. Recuperado em 22 de janeiro de 2016, de <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581998000400003&lng=pt&tlng=pt>, p. 11.

⁷ Maria Rita Kehl: Identidades e ressentimento psicológico. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ffDb8KR1rCM>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

⁸ ARAÚJO, Ubiratan de Castro. Reparação moral, responsabilidade pública e direito à igualdade do cidadão negro no Brasil. Seminário “Racismo, Xenofobia e Intolerância”. Disponível em: <<http://200.144.182.150/neinb/files/Reparação%20moral,%20responsabilidade%20pública%20e%20direito%20à%20iguald.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁹ No texto de Hebe M. Mattos de Castro Laços de família e direitos no final da escravidão. In: ALENCASTRO, Luiz Felipe de (org.). HISTÓRIA DA VIDA PRIVADA NO BRASIL – Império: a corte e modernidade nacional. São Paulo. V. 2. Companhia das Letras. 1997, há diversas narrativas, amparadas em fatos verdadeiros, com base em documentos constantes de processos judiciais, que lançam o olhar sobre a dinâmica privada de conquista de inúmeras alforrias antes da abolição da escravidão no Brasil.

¹⁰ ARAÚJO, Ubiratan de Castro. Reparação moral, responsabilidade pública e direito à igualdade do cidadão negro no Brasil. Seminário “Racismo, Xenofobia e Intolerância”. Disponível em: <<http://200.144.182.150/neinb/files/Reparação%20moral,%20responsabilidade%20pública%20e%20direito%20à%20iguald.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.



Um relato de uma ex-escrava idosa da ilha de Itaparica, exposto por Felipe van Deusen, diz que após três dias e três noites de tambores e batuques que ecoaram na copa das mangueiras, na comemoração da abolição: “o senhor do engenho reuniu todos os seus escravos e os mandou embora, um a um. Os negros partiram dali: sem terra, sem comida, sem dinheiro, sem sapatos, vestidos com as roupas velhas de algodão grosso. Naquela dispersão miserável começava sua liberdade”.¹¹

Enquanto as terras indígenas, juridicamente, se enquadram como bens da União, assegurando-se o usufruto permanente, no caso das terras de comunidades quilombolas, provenientes da ocupação de escravos que fugiam e também dos descendentes de ex-escravos, são consideradas juridicamente, no Brasil, imóveis particulares de afetação coletiva, sendo que o titular do direito de propriedade especial é o grupo, que se constitui em associação civil, conforme demarcação realizada pelo Incra.

A abolição da escravidão ocorreu em 13 de maio de 1888, sendo a Proclamação da República de 15 de novembro de 1889. Após esse período, houve a edição da Constituição de 1891, tendo sido esta a primeira Constituição da República no Brasil, com inspiração dos Estados Unidos, Tripartição de Poderes e liberal, pois a anterior era uma Constituição Imperial.

A partir desse período houve também a adoção do federalismo no Brasil, sendo que as antigas Províncias foram transformadas em Estados-Membros da Federação, num modelo conhecido por “federalismo por segregação”, dado que partiu da divisão feita de cima para baixo, diferentemente dos Estados Unidos em que as ex-colônias soberanas engendrara a estrutura federal para organizar um “federalismo por agregação”.

A Constituição que primeiro atribuiu um papel positivo e prestador de serviços públicos ao Estado brasileiro foi a Constituição de 1934. A inspiração dessa Constituição foi a Constituição de Weimar, de 1919, mas a Constituição do mundo que primeiro positivou direitos sociais no bojo do seu texto foi a Constituição Mexicana de 1917.

A década de trinta do século XX foi um período de grande transformação no Brasil. Até a ascensão de Getúlio Vargas ao Poder, havia o predomínio do chamado coronelismo, que foi a dinâmica de poder que se estabeleceu entre as oligarquias e os candidatos ao governos dos Estados, sendo que os cargos da Presidência eram alternados entre candidatos dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, dentro da política do “café com leite”.

Como, a partir da Constituição da República de 1891, o voto foi universalizado (antes era censitário), os trabalhadores rurais passaram na República Velha a ser também eleitores. Então, o coronelismo foi um arranjo de poder estabelecido entre as elites das oligarquias regionais em que os coronéis que auxiliavam na eleição dos candidatos ao governo do Estado, pois os coronéis conduziam os eleitores rurais para as paróquias nos dias de votação.

Esta troca de influência gerava a seguinte dinâmica: (a) mandonismo, pois uma vez que o candidato ao governo era eleito, ele apoiava os mandos e desmandos dos coronéis em sua

¹¹ DEURSEN, Felipe van. Escravos: povo marcado. Aventuras na história. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/escravos-povo-marcado-491017.shtml>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

região de influência; (b) filhotismo, uma vez que os correligionários e parentes dos coronéis acabavam ocupando os cargos no governo; e (c) desorganização dos serviços públicos, pois não havia, ainda, no Brasil, um Estado prestador de serviços universalizados, e o poder local não possuía autonomia para impedir esse tipo de relacionamento entre público e privado.¹²

Assim, a República Velha (1889-1930) foi um período em que predominou o modelo de gestão patrimonialista, sendo que, a partir de Getúlio Vargas, o Brasil começa a se preocupar em diversificar sua produção, para atender às necessidades do mercado interno (substituição de importações) e preparar as estruturas estatais com maior profissionalismo para que houvesse uma transformação em relação às práticas anteriores.

O cenário conturbado da década de trinta no mundo, com a ascensão dos extremismos na Europa, os efeitos da Grande Depressão nos Estados Unidos, fizeram cair o preço do café, exigindo de Getúlio Vargas que comprasse a destruisse a produção de café, para que não houvesse um prejuízo excessivo ao mercado interno, que ainda era acentuadamente dependente da exportação de um único produto agrícola.

Essas ocorrências fizeram gestar a necessidade de se repensar as estruturas dos setores de produção do país. Em cerca de cinquenta anos, contados a partir da década de 30, o Brasil se transforma de um país agrário e exportador, portanto, de produtos primários, em que havia um fosso social entre a elite rural e a população dos trabalhadores rurais, para um país industrializado, o qual contou com a urbanização e também com a emergência de uma classe média.

Em 1937, em meio a notícias falsas de levantes comunistas no Brasil (arquitetadas pelo General Góes Monteiro, no Chamado Plano Cohen, e anunciadas na Hora do Brasil, como um pretexto para justificar a instauração da ditadura do Estado Novo), Getúlio Vargas outorga a Constituição, que foi apelidada de Polaca, devido à influência da Polônia. Com a instauração do Estado Novo, Getúlio Vargas governa de forma autoritária de 1937 até 1945. Naquele tempo, em meio à Segunda Guerra Mundial, ficava cada vez mais clara, então, a necessidade de substituição de importações e da urgência da formação de uma produção mais diversificada, o que foi feito por meio da industrialização.

Contudo, para que houvesse condições de industrialização no Brasil, foi determinante que o Estado criasse empresas estatais que foram responsáveis pelo fornecimento de insumos para a indústria, pois não havia ainda no Brasil estruturas de mercado aptas a promover tal papel com maior desenvoltura.

Vargas adota, portanto, um nacional-desenvolvimentismo, investindo na indústria de base. No Estado Novo houve a criação da Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, a Companhia Vale do Rio Doce, em 1942, a Fábrica Nacional de Motores no mesmo ano; a Companhia Nacional de Álcalis, em 1943, e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco, em 1945.

Após o Estado Novo, assume José Linhares, sendo depois eleito Eurico Gaspar Dutra. Trata-se de período em que se caracterizou como de redemocratização, sendo promulgada,

¹² LEAL, Victor Nunes. CORONELISMO, ENXADA E VOTO. São Paulo. Alfa-Ômega. 1975. Passim.

então, a Constituição de 1946, que restabeleceu as liberdades e as eleições diretas. Esta Constituição vigorou em tese até 1967, mas, na prática, foi interrompida em 1964, com o golpe militar.

O golpe ocorreu no dia 31 de março de 1964 e durou até o ano de 1985. A instabilidade do País e a rejeição de parcela da população às Reformas de Base propostas por João Goulart, que apontavam o intento de realizar uma profunda reforma agrária, fizeram com que houvesse o golpe civil-empresarial e militar de 1964, tendo sido tal movimento comprovadamente apoiado pelos Estados Unidos.

O regime militar foi caracterizado por mais de vinte anos de monitoramento, perseguição e supressão de liberdades públicas, com a outorga de duas Cartas Constitucionais, quais sejam: a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969. No entanto, deve-se lembrar que o auge da opressão do governo militar se deu com a edição do Ato Institucional nº 5/1968, que deu amplos poderes ao Executivo e suprimiu inúmeras garantias constitucionais.

A partir desse período, houve a intensificação da censura aos meios de comunicação, a perseguição de artistas, cantores e intelectuais, muitos dos quais se exilaram no exterior, cassações de agentes políticos e de servidores, bem como o monitoramento nas atividades das universidades. Tal política levou à prisão inúmeras pessoas, muitas das quais foram torturadas e mortas, sendo que algumas, até os dias atuais, não tiveram seus corpos encontrados, uma vez que foram submetidas a desaparecimentos forçados.

Como catalizador da redemocratização, que culminou com a elaboração da Constituição de 1988, houve, em 1984, o movimento pelas Diretas-Já. A Constituição de 1988 decorreu de discussões que se estenderam de 1987 até 1988, com a participação de amplos setores da sociedade civil, nas distintas comissões, sendo que alguns pontos ficaram abertos, para que a nova Constituição fosse concluída, pois se fosse esperar para fechar um consenso sobre esses pontos, poderia demorar ainda mais, sendo deixados, portanto, para o plebiscito, que ocorreria na revisão constitucional de 1993, cinco anos após a promulgação da Constituição, que o povo escolhesse, como escolheu, por manter o sistema Presidencialista e também a forma de governo Republicana, em detrimento da proposta de restauração de uma Monarquia ou mesmo a adoção do Parlamentarismo.¹³

¹³ O Brasil registra, antes da realização do Plebiscito, apenas duas experiências de Parlamentarismo, que se deram em condições muito peculiares. A primeira foi no governo de D. Pedro II, em 1847, no qual se criou um Conselho de Ministros que, para permanecer na composição, deveria ganhar a confiança da Câmara e do Imperador. Segundo Boris Fausto, este foi um sistema flexível para promover o rodízio dos principais partidos no governo, sem maiores conspirações, pois como a média era a duração de um ano e três meses de cada gabinete, então, sempre havia possibilidade de a oposição ser chamada rotativamente a compor o governo. FAUSTO, Boris. HISTÓRIA DO BRASIL. São Paulo. Edusp. 1994. p. 180. A segunda experiência de Parlamentarismo, por sua vez, se deu no governo de João Goulart, em que depois da renúncia de Jânio Quadros, o Legislativo, em 2 de setembro de 1961, aprova o Parlamentarismo como estratégia para diminuir os poderes de João Goulart, dado que seu discurso em favor dos trabalhadores e das reformas sociais não agradava aos militares nem a parcela da elite empresarial brasileira.

III. REGIME DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 funda um Estado Democrático de Direito, que absorve as funções sociais, tendo por fundamento: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. O parágrafo único do art. 1º da Constituição determina que todo poder emana do povo, que o exerce por representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

Conforme dito, a Constituição traz não apenas a perspectiva de participação maior dos cidadãos na discussão e deliberação de assuntos coletivos, com os instrumentos do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular de lei, mas ela procurou implementar uma democracia material, estabelecendo inúmeras tarefas ao Estado.

Vários institutos que foram inseridos na Constituição tiveram como objetivo coibir a emergência de autoritarismos, como reação ao período anterior, sendo proibida a censura, por exemplo. O repúdio à ditadura e a vontade de se aprofundar uma democracia material são elementos claros do inspirado discurso de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, quando da promulgação da Constituição de 1988, segundo o qual:

Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou. A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos Poderes. Mudou na restauração da federação. Mudou quando quer mudar o homem cidadão. E é só cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa. (...) A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito. Rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar patriotas para a cadeia, o exílio e o cemitério. Quanto após tantos anos de lutas e sacrifícios promulgamos o Estatuto do Homem da Liberdade e da Democracia bradamos por imposição de sua honra. Temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania aonde quer que ela desgrace homens e nações. Principalmente na América Latina.¹⁴

O art. 5º da Constituição trouxe um extenso rol de direitos e de garantias fundamentais, sendo de se ressaltar: o inciso VIII, de acordo com o qual ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política; o inciso IX, que enuncia a liberdade da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação,

¹⁴ Íntegra do discurso do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães. Disponível em: <[https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULYSSES-GUIMARAES-\(10-23\).html](https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULYSSES-GUIMARAES-(10-23).html)>. Acesso em 27 mar. 2019.



independentemente de censura ou licença; e o inciso X, que torna inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Além de direitos e garantias individuais, a Constituição, a partir de seu art. 6º, prevê também um rol de direitos sociais, preocupando-se com a melhoria das condições de vida dos trabalhadores urbanos e rurais.

Há, ainda, um sistema constitucionalmente válido para reger o funcionamento da economia brasileira, que abrange tanto o setor público como o setor privado. Trata-se do título da Ordem Econômica. O Brasil aderiu ao Capitalismo, mas não se trata de um Capitalismo dito selvagem, pois há determinações que imprimem à Ordem Econômica um consistente padrão social.

De acordo com o art. 170 da Constituição, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (1) soberania nacional; (2) propriedade privada; (3) função social da propriedade; (4) livre concorrência; (5) defesa do consumidor; (6) defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (7) redução das desigualdades regionais e sociais; e (8) busca do pleno emprego.

Considera-se que a coagulação dos comandos normativos que regem a soberania econômica pode ser associada com o art. 219 da Constituição, segundo o qual: “o mercado integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal”.

A Constituição legitima a intervenção estatal nas atividades econômicas, sendo que, de acordo com o art. 174 da Constituição, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Enquanto o Estado titulariza serviços públicos, conforme disciplina do art. 175 da Constituição, há atividades econômicas em sentido estrito que são próprias de uma esfera mais livre de atuação do mercado. Neste âmbito, o Estado participa apenas nos moldes do art. 173 da Constituição, isto é, quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Os serviços públicos estão disciplinados da seguinte forma no art. 175 da Constituição: “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão e permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Note-se que é o ordenamento jurídico que determina, conforme repartição constitucional de competências, quais são os serviços públicos que cumpre a cada ente, de forma direta ou indireta, prestar.

De acordo com a repartição constitucional de competências, são enumeradas atribuições exclusivas: (a) à União, como, por exemplo: serviço postal, telecomunicações, radiodifusão e infraestrutura aeroportuária; (b) aos Estados, que possuem competências residuais e também

atribuições específicas, como tratar de gás canalizado e de regiões metropolitanas; (c) aos Municípios, sobretudo no interesse local, como o transporte coletivo e o saneamento básico; sendo, ainda, que (d) ao Distrito Federal são atribuídas competências legislativas estaduais e municipais.

Além das específicas, há competências legislativas concorrentes e comuns a todos os entes federativos executar, num sistema de federalismo cooperativo, a exemplo da saúde, da educação, da cultura e das políticas de acesso à moradia.

Quanto ao mercado, o Estado pode participar nas hipóteses do art. 173 da Constituição, por meio de suas estatais, sendo feito tanto pelo regime de competição com a iniciativa privada, na qual suas empresas não podem gozar de privilégios também não extensivos também à iniciativa privada, ou mesmo pelo regime de monopólio.

O monopólio de atividades econômicas para serem exploradas pelo Estado foi previsto originariamente na Constituição pelo art. 177, tendo compreendido: pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; refinação de petróleo nacional ou estrangeiro; importação e exportação de produtos e derivados básicos resultantes das atividades anteriores; transporte de petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; e a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos.

A Emenda Constitucional nº 9/1995 flexibilizou o regime de monopólio das atividades do art. 177 da Constituição, à exceção de minérios e minerais nucleares e seus derivados, permitindo com que a União contrate com empresas estatais ou privadas a realização das demais atividades listadas, observadas as condições estabelecidas em lei.

No sentido de refletir o quanto as mudanças institucionais solapam o projeto constitucional, pelas entranhas, Paulo Bonavides reflete na obra do País Constitucional ao País Neocolonial, sobre o pontapé que a cooptação das instituições pode representar no projeto emancipatório da Constituição de 1988. Isso agora ocorre sem necessidade de um golpe que explicitamente remova governos, mas se trata de uma dominação feita no silêncio, na clandestinidade, até a perda da identidade nacional e da redução do País ao status anterior de Colônia, num chamado Neocolonialismo.¹⁵

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. DO PAÍS CONSTITUCIONAL AO PAÍS NEOCOLONIAL: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. São Paulo. Malheiros. 3ª edição. 2004.



IV. REFORMA DO ESTADO E DESAFIOS DE EFICIÊNCIA

Na década de noventa, dez anos após a promulgação da Constituição de 1988, houve a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998. Trata-se de emenda que positivou o princípio da eficiência no rol dos princípios do art. 37 da Administração Pública, que são: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda da Reforma do Estado adveio do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), que objetivou implementar no Brasil o modelo gerencial.

Tal modelo inspirou-se no gerencialismo da *Nova Gestão Pública*, que foi influenciado por práticas reformistas de países como Inglaterra, Nova Zelândia, Canadá e Estados Unidos. Ocorre que, o próprio modelo gerencial passou por distintas fases, sendo destacado por Fernando Abrucio¹⁶ três delas: (1) o Gerencialismo Puro; (2) o Consumerismo; e (3) a *Public Service Orientation*.

No Brasil, houve a influência das primeiras fases do gerencialismo. Primeiro, o gerencialismo puro com a preocupação com os cortes, dentro da noção do *work better, cost less*, para que houvesse economia e maior produtividade no serviço público. O modelo gerencial puro parte da definição clara de responsabilidades e do empoderamento dos funcionários, com maior flexibilização para a inovação e decisão. Também visa promover desconcentração, buscando uma eficiência operacional e adaptativa, a partir da análise do valor dos recursos públicos, com avaliação de desempenho e controle orçamentário.

A flexibilização da estabilidade e o fim do regime jurídico único, depois restaurado, caminhavam para esse sentido, de abrir o Poder Público aos cortes. Aliás, enquanto o Ministério da Administração Pública e Reforma do Estado (Mare) funcionou para viabilizar esses passos, no primeiro mandato do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, ele foi mantido, mas no segundo mandato do Presidente, quando seriam feitos os investimentos na capacitação dos servidores, o Mare foi desconstituído e sua pauta foi incorporada ao Ministério do Planejamento, que continuou com cortes, dentro da visão de uma equipe mais ortodoxa.

Já o consumerismo dá foco na flexibilidade da gestão, feita a partir da lógica da estratégia. Faz parte dessa vertente a preocupação com a análise de cenários. Também a análise de riscos é desenvolvida. Busca-se conhecer as necessidades dos consumidores dos serviços, associando, ainda, competitividade com incremento da qualidade nos serviços estimulados.

Pode-se identificar também no PDRAE uma influência do consumerismo, pois se falava em “cidadão-cliente”, com alguém que consumiria os serviços delegados e teria atendidas suas necessidades com base nas tarifas de serviços públicos que iriam ser progressivamente delegados para prestação indireta da iniciativa privada.

Ocorre que a cidadania é mais do que a relação de consumo. Quem consome geralmente paga por algo e recebe, no geral, na medida exata desse pagamento. É a mentalidade do tax

¹⁶ ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na administração pública. CADERNOS ENAP, Brasília, n. 10, p. 7, 1997.

payer. Em suma, cidadania é conceito que envolve mais do que simplesmente receber por algo que se paga. Cidadania é ser tratado com dignidade, significa ser alçado a sujeito das transformações sociais e não como objeto do planejamento de terceiros.

O cidadão tem igual peso de votos, pouco importa sua capacidade contributiva. Existe uma igualdade subjacente à ideia de cidadania, que empodera sujeitos a discutirem os assuntos que irão afligir a sociedade. Ainda, não é apropriado equiparar um consumidor de bens do mercado com um consumidor de serviços públicos.

A crítica que se fez no *Common Law* da ideia de consumerismo, tal qual desenvolvida, foi que a avaliação das infraestruturas e serviços que eram repassados à iniciativa privada, com base na concorrência, levavam o Poder Público a premiar aquele player que apresentava os melhores resultados, sendo que essa mentalidade levava ao raciocínio no sentido de que o vencedor levava tudo (*the winner takes all*).

Quando o melhor equipamento é tido como vencedor, isso eleva a injustiça, não permitindo maior equidade. As políticas públicas de serviços públicos não se voltam apenas a estimular concorrência e premiar os melhores, mas também a destinar recursos públicos, dentro de uma perspectiva distributiva e incluyente, para os serviços que precisariam de maior apoio do Estado, para garantir uma universalização e uma padronização nas condições de prestação.

Então, mesmo que no Brasil se fale em introjeção do modelo gerencial, ainda assim não houve um aprofundamento do que é o modelo gerencial, quais são as suas características e fases, e que tipo de modelo gerencial o Brasil ou as distintas gestões objetivam adotar, pois a Reforma Administrativa não considerou os aspectos levantados pela *public service orientation*, que acrescenta aspectos republicanos e democráticos no debate da governança pública, enfatizando um conceito de cidadão próprio da esfera pública.

O Plano Diretor buscou mapear os setores de atuação do Estado e alterar o regime jurídico de desenvolvimento de inúmeras atribuições. Seria preservado o regime do núcleo estratégico, que seria conformado pelos Poderes. Para o setor de atividades exclusivas do Estado, por sua vez, objetivava-se criar agências para regular os serviços concedidos, dando-se ênfase à função reguladora do Estado, com a tendência à diminuição de sua prestação direta de serviços públicos. Para atividades não exclusivas, como saúde, educação, cultura e pesquisa, haveria maior estímulo à terceirização, via organizações sociais, e, por fim, para os serviços e produtos fornecidos diretamente pelo Estado, houve o estímulo à privatização.

Esse período coincidiu com o primeiro mandato do então-Presidente Fernando Henrique Cardoso, que promoveu inúmeras privatizações no setor de telefonia, energia elétrica e de mineração. Havia influência da visão neoliberal do Consenso de Washington e do Fundo Monetário Internacional, que pressionava as economias periféricas às privatizações e a desregulação do mercado.

Ainda hoje é difícil mensurar se as medidas de desestatização efetivamente geraram o incremento da eficiência do Estado, pois, em muitos casos, serviram mais para o desmonte do Estado do que propriamente para a sua maior eficiência, o que demandaria não apenas cortes, mas sobretudo investimentos no setor. Ainda, a promessa de arcar com a diminuição

da dívida pública a partir da venda das estatais não foi cumprida, pois apesar de a receita extra arrecadada com as privatizações ter alcançado a cifra de 93 bilhões de reais entre 1995 e 2003, a dívida da época cresceu de 27 para 52% do PIB.

Por outro lado, dez anos depois dos atos de Reforma começa a haver algum questionamento sobre se os países centrais praticavam os mesmos receituários liberalizantes que sugeriam para as economias em desenvolvimento da África e da América Latina. Tal iniciativa partiu da obra de Stiglitz, ganhador do Prêmio Nobel de Economia, sobre os malefícios da globalização.¹⁷

Na atualidade, fazendo uma revisão, o próprio Ministro que foi responsável por engendrar a Reforma, Bresser Pereira, hoje apresenta uma visão que repensa se o Estado não deve mesmo assumir maior protagonismo na promoção do bem-estar da população e questiona, sobretudo após a crise de 2008, se as medidas neoliberais de então conduziram de fato os Estados periféricos ao desenvolvimento ou não geraram maior dependência, em detrimento da soberania econômica dos países.

Isto ocorreu, pois os países centrais começaram a praticar protecionismo e intervencionismo em suas economias depois da crise de 2008. Conforme enfatizou Bresser Pereira, houve a:

desmoralização da ideologia ‘globalista’ que caracterizou os 30 anos neoliberais do capitalismo (1979-2008) – uma ideologia que condenava o nacionalismo dos países em desenvolvimento enquanto os países ricos praticavam sem hesitação seu próprio nacionalismo (...). Só foi possível ao globalismo criticar o nacionalismo econômico porque o nacionalismo dos países ricos não estava sendo ameaçado: ninguém nesses países duvida que o papel do seu governo é defender o trabalho, o conhecimento e o capital nacionais.¹⁸

Assim, estamos numa encruzilhada aos 30 anos da Constituição: nossa Lei Maior abraça um modelo de Estado que se volta ao Bem-Estar Social, mas as alterações que se processaram na Constituição, na prática, nem sempre valorizaram o papel do Estado em relação à efetiva promoção dos objetivos constitucionais de garantir o desenvolvimento nacional e de promover o bem de todos, com a redução das desigualdades sociais.

V. DESAFIOS DO COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

Outro ponto relevante para trabalhar nessa reflexão sobre os 30 anos da Constituição de 1988 no Brasil é o referente aos desafios do combate à corrupção no Brasil. Se na década de oitenta o Brasil era, assim como diversos outros países da América Latina, procurado para

¹⁷ STIGLITZ, Joseph E. A GLOBALIZAÇÃO E SEUS MALEFÍCIOS. São Paulo. Futura. 2002. p. 31.

¹⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Nacionalismo, liberalismo e capitalismo. **Folha de S. Paulo**, caderno Mundo, A21, domingo, 1º de agosto de 2010.

discutir questões voltadas ao desenvolvimento, agora, infelizmente, quando se fala no País é muito provável que se tente analisar a questão do combate à corrupção.

No entanto, apesar de a Operação Lava Jato, deflagrada em 2014, ter trazido para o epicentro dos debates internacionais sobre combate à corrupção o Brasil, ainda assim se pode dizer que a corrupção não é fenômeno atual no País. Na época da ditadura militar houve muitos escândalos envolvendo corrupção, mesmo com a censura que havia à imprensa.

Ainda, quando Ulysses Guimarães fez seu discurso na promulgação da Constituição, ele já demonstrava essa preocupação, pois enfatizou que a Constituição permitiria a fiscalização da vida pública pelos cidadãos. Guimarães caracterizava a corrupção como “o cupim da República. República suja pela corrupção impune toma nas mãos de demagogos que a pretexto de salvá-la a tiranizam”.¹⁹

Ulysses Guimarães morreu de acidente de helicóptero no mesmo ano em que o primeiro Presidente eleito diretamente após a ditadura, Fernando Collor de Mello, foi afastado por processo de impeachment no Brasil, isto é, em 1992. Collor foi afastado em virtude das acusações sobre corrupção envolvendo supostos favorecimentos ocorridos em licitações e feitos com a ajuda do empresário Paulo César Farias (seu tesoureiro de campanha presidencial).

Mesmo renunciando, Fernando Collor sofreu os efeitos do impeachment, mas, vinte anos depois, foi inocentado, no Supremo Tribunal Federal, das acusações da época, por falta de provas, ao passo que PC Farias foi condenado por falsidade ideológica e sonegação fiscal, tendo sido encontrado morto em 1996, quando cumpria livramento condicional, sendo as razões da morte dele não totalmente esclarecidas até os dias atuais.

No período de discussão sobre casos envolvendo corrupção, houve, no Brasil, a criação da Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/92, e a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), que foi mais rigorosa, pormenorizada, e previu inúmeros crimes envolvendo condutas em licitações, numa tentativa de controlar melhor os negócios com o Poder Público.

O impeachment de Fernando Collor foi o primeiro processo ocorrido na América Latina. Geralmente se associa o fato do impeachment à fraca sustentação política do seu governo no Poder Legislativo, acrescida da crise econômica enfrentada pelo País, à época, com um cenário de elevada inflação. Collor jogou uma gasolina em sua dificuldade de governabilidade quando tomou medidas impopulares, a exemplo do confisco da poupança da população, o que gerou uma comoção geral, alimentada pela mídia, provocando sua queda.

Outro *impeachment* que ocorreu no Brasil foi o de Dilma Rousseff, em 2016, em que ela foi acusada de crime de responsabilidade por conta de ter praticado pedais fiscais. Havia uma comoção pública em relação à corrupção que era denunciada pela Operação Lava Jato, deflagrada pela Polícia Federal em 2014, mas Rousseff não estava envolvida diretamente com tais acusações.

¹⁹ Íntegra do discurso do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães. Disponível em: <[https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULYSSES-GUIMARAES-\(10-23\).html](https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULYSSES-GUIMARAES-(10-23).html)>. Acesso em 27 mar. 2019.



Contudo, ela teria sido eleita por 51% dos votos, numa votação apertada, e com o cenário dos impactos da crise econômica, com a queda do preço de commodities no Brasil, aliado aos escândalos da Lava Jato, associados também com o seu partido, o Partido dos Trabalhadores, houve um movimento de pressão para sua renúncia ou ao seu impedimento, também alimentado pela mídia.

Uma peculiaridade do processo de *impeachment* de Dilma Rousseff, é que ele foi deflagrado por Eduardo Cunha, que era Presidente da Câmara dos Deputados. Cunha sim era investigado mais diretamente pela Lava Jato por receber propinas da Petrobrás e supostamente manter contas secretas na Suíça. Antes de Cunha ter deflagrado o processo de *impeachment*, ele tentou negociar com Dilma Rousseff que ela articulasse com o seu partido para que com apoio de mais deputados, fosse afastado do Conselho de Ética um processo contra Cunha que resultaria na perda do seu mandato, mas Dilma não quis negociar. Cunha chegou a oferecer que conseguiria aprovar a votação da CPMF, pauta de interesse arrecadatário do governo, mas, mesmo assim, Dilma não aceitou, ao passo que Cunha ameaçou e fez iniciar o processo de *impeachment*. Atualmente, Eduardo Cunha está preso.

Percebe-se, pois, que o *impeachment* no Brasil é um instrumento utilizado muito mais por questões políticas, quando há um cenário de crise econômica e de insatisfação do Legislativo em relação às medidas do Executivo, diante de um Presidencialismo em que há necessidade de fazer acordo com muitos partidos e siglas para se conseguir aprovar projetos de lei no Congresso Nacional, do que propriamente algo que se origine da constatação clara de hipóteses da ocorrência de crime de responsabilidade.

Mas, por outro lado, a corrupção é sempre o pano de fundo a alimentar o incremento das insatisfações populares, tendo sido a Operação Lava Jato influenciadora da insatisfação com o governo que gerou todo apoio ao processo de *impeachment*.

Contudo, mesmo que tal Operação²⁰ tenha resultado em prisões de pessoas influentes, o que é um fenômeno raro na história do Brasil, ainda assim é importante discutir os impactos do combate à corrupção, para que ela não seja apenas um pretexto para troca de políticos de um grupo para outro que continue jogando o mesmo jogo sujo, como ocorreu nas Operações Mãos Limpas na Itália, na década de noventa, em que a troca política e a neutralização de determinado agrupamento acabou não resultando em efetiva melhoria na integridade dos relacionamentos entre público e privado.

²⁰ Ressalte-se que até o Diretor que elaborou a série Mecanismo, José Padilha, que exalta a Operação Lava Jato, a partir do momento que o seu astro principal aceitou, na vida real, ocupar cargo político no governo que competiu com o partido acostado pela Operação Lava Jato, começou, por outro lado, a repensar a complexidade da situação, e atualmente critica a parte do atual pacote anticrime, encaminhado ao Congresso Nacional, pelo atual Ministro da Justiça e da Segurança Pública, que gera excludente de ilicitude ao policial que executar pessoa em serviço, pois entende que isso facilita a atuação de milícias, isto é, de grupos de extermínio. O que nos remete à frase do músico Tom Jobim, no sentido de que o Brasil não é para principiantes..., isto é, sempre surpreende por suas complexidades e contradições.

No período da Lava Jato, houve a criação de muitas leis relevantes no âmbito do combate à corrupção no Brasil, como, Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/2013), que foi regulamentada em 2015 pelo Decreto nº 8.420, e a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), que procura gerar indicações mais técnicas nas empresas estatais e incentiva medidas de compliance para prevenir a ocorrência de fraudes nas estatais, conforme regulamentado no Decreto nº 8.945/2016.

A Operação Lava Jato representou uma das maiores investigações sobre corrupção realizadas no Brasil. Ela teve início em 2014, no Estado do Paraná, com investigações que recaíam sobre postos de combustíveis e lava-jatos de veículos em Brasília, que eram utilizados de fachada para movimentação de recursos públicos. Posteriormente, ela se concentrou em esquema de corrupção ocorrido na Petrobrás, envolvendo agentes políticos e empreiteiras. Foram descobertas fraudes e irregularidades em contratações de empreiteiras, sendo cobrado propina dos empreiteiros em contratos superfaturados. Parte dos recursos arrecadados eram destinados a doleiros e depois repassados a agentes políticos, para futuro financiamento de campanhas políticas.²¹

Conforme denunciado em esquemas de colaborações premiadas, tais articulações não ocorreram apenas no âmbito da Petrobrás, mas também nos setores elétrico, nuclear (em Angra 3), em Belo Monte, nas obras da Copa e nos transportes. No entanto, é importante fazer um balanço crítico em relação ao combate à corrupção e seus impactos. Conforme demonstra Walfrido Warde, a Operação Lava Jato estima ter recuperado 11,5 bilhões de desvios, mas seu impacto na destruição do PIB brasileiro é de 187 bilhões de reais.²²

Por conta dessa preocupação, Walfrido Warde procura discutir medidas que deveriam ser tomadas para aprimorar o sistema de combate à corrupção no Brasil, como: a regulamentação do lobby, pois o transplante da Lei Anticorrupção Empresarial, sem que houvesse uma medida antimáfia e a transparência dos relacionamentos entre público e privado (como ocorre nos Estados Unidos, que inspiram a Lei Anticorrupção), pode ser perigosa, ainda mais que há a proibição judicial de financiamento empresarial de campanha, mas isso não impede com que pessoas físicas integrantes de empresas financiem campanhas ou mesmo que o sistema de eleição não seja influenciado por grupos paraestatais ou das chamadas máfias, o que pode ser ainda mais perigoso.

Também falta, por outro lado, no Brasil, um sistema de coordenação interorgânica, para que as medidas de combate à corrupção sejam harmonizadas, sem a sobreposição de órgãos e Poderes, o que daria confiabilidade e segurança aos efeitos de delações ou acordos de leniência àqueles que colaboram com as investigações.

²¹ Apesar do escândalo envolver e gerar a punição de integrantes do Partido dos Trabalhadores, deve-se observar que esse esquema não foi exclusividade de um único agrupamento político, lamentavelmente, sendo ainda de se observar que desvios nas estatais não é um assunto exclusivo da atualidade.

²² WARDE, Walfrido. O ESPETÁCULO DA CORRUPÇÃO. Rio de Janeiro. Leya. 2018. p. 70-74.



Por fim, importante que o combate à corrupção não sirva de instrumento de destruição ou desgaste de importantes setores econômicos, exceto se determinada empresa for efetivamente criada para servir de fachada para prática de fraudes ou ilícitos, daí se recomenda mesmo a utilização da desconstituição de sua personalidade jurídica. Mas, a ideia é punir, exigir a justa reparação, determinando que a empresa pega em atos contra a Administração Pública assuma a responsabilidade (objetiva) pelos atos e que se esforce para promover práticas mais íntegras, mudando seu comportamento, mas não se trata de utilizar do combate à corrupção de forma desequilibrada e em detrimento de setores econômicos relevantes para o desenvolvimento do País.

VI. CONCLUSÕES

O Brasil é um país com dimensões continentais e de população diversa. É importante conhecer um pouco de seu histórico, para entender que a Constituição de 1988 representou um momento de viragem histórica, pondo fim a duas décadas de governos autoritários. O presente artigo procurou também fazer um breve panorama das Constituições anteriores, para que houvesse um comparativo.

A Constituição de 1988 é um documento que enuncia a presença de um Estado Democrático de Direito, sendo denominada de Constituição Cidadã não apenas por propiciar meios mais diretos de participação do povo na condução dos assuntos políticos, mas, sobretudo, por integrar na sua perspectiva a proteção dos direitos sociais, procurando assegurar a construção de uma sociedade justa e solidária, por meio da dimensão material da democracia.

A Ordem Econômica da Constituição de 1988 procura assegurar um Capitalismo com um padrão social, rechaçando a ideia de Capitalismo selvagem. Assim, há uma preocupação com a soberania econômica, para que o mercado interno seja incentivado ao desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, conforme o art. 219 da Constituição.

Para assegurar esses objetivos, estrutura-se a Administração Pública do Estado voltada aos desafios de realização dos inúmeros papéis desenvolvidos pelo Estado Democrático e Social de Direito. Ocorre que o Brasil foi sofrendo ao longo dos anos os influxos neoliberais de retração do papel e da importância do Estado, apesar de a Constituição permanecer intacta quanto aos seus objetivos e quanto à sua essência.

Estamos enfrentando, atualmente, problemas como a desindustrialização, uma “cruzada” contra a corrupção que nem sempre se revela equilibrada nos meios, apesar dos fins serem legítimos, um movimento de venda das estatais, sendo que muitas delas são relevantes para produzir tecnologia e incentivar inúmeras atividades econômicas significativas, e também a ascensão de visões extremistas que desprezam o mesmo substrato democrático do qual emerge a Constituição e a conformação plural da sociedade brasileira.

Percebe-se, portanto, que, em trinta anos de Constituição, tivemos dois impeachments de Presidentes, motivados muito mais por crises políticas entre Poderes do que por questões estritamente jurídicas, uma Reforma do Estado que serviu muito mais ao desmonte e à

flexibilização do regime jurídico público do que propriamente para transformar a estrutura pública num fator alavancador do progresso do País.

Assim, espera-se que o artigo tenha contribuído um pouco para a reflexão dos problemas que o País enfrenta na atualidade, após os trinta anos de sua Constituição, sendo um grande desafio que seus valores edificantes sejam efetivamente observados no cenário atual, em que são paulatinamente desferidos golpes institucionais que acabam comprometendo a viabilidade do grandioso projeto previsto, para que o Brasil possa resgatar a ideia contida no Preâmbulo de sua Lei Maior, isto é: assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

Essa é a esperança alimentada e compartilhada com nossos irmãos mexicanos, que integram um admirável país, tão rico como o Brasil, tendo sido o primeiro a constitucionalizar preocupações sociais no bojo de uma Lei Maior. Os dilemas que os países latino-americanos vivem são muito similares e certamente que juntos podemos pensar em saídas e em projetos de alcance de bem-estar geral da população e de desenvolvimento das nações.

BIBLIOGRAFÍA

ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na administração pública. CADERNOS ENAP, Brasília, n. 10, p. 7, 1997.

BONAVIDES, Paulo. DO PAÍS CONSTITUCIONAL AO PAÍS NEOCOLONIAL: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. São Paulo. Malheiros. 3ª edição. 2004.

CASTRO, Hebe M. Mattos. Laços de família e direitos no final da escravidão. In: ALENCASTRO, Luiz Felipe de (org.). HISTÓRIA DA VIDA PRIVADA NO BRASIL – Império: a corte e modernidade nacional. São Paulo. V. 2. Companhia das Letras. 1997.

FAUSTO, Boris. HISTÓRIA DO BRASIL. São Paulo. Edusp. 1994.

JUNQUEIRA, Michelle Asato; SOUZA PINTO, Felipe Chiarello de. TEORIA DA CONSTITUIÇÃO. São Paulo. Editora Mackenzie. 2018.

LEAL, Victor Nunes. CORONELISMO, ENXADA E VOTO. São Paulo. Alfa-Ômega. 1975.

NOHARA, Irene Patrícia. DIREITO ADMINISTRATIVO. São Paulo. Atlas. 2019.

PRADO JÚNIOR, Caio. HISTÓRIA ECONÔMICA DO BRASIL. São Paulo. 43 ed. Brasiliense. 1998.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. CONSTITUIÇÕES DO BRASIL. Porto Alegre. Sagra Luzzatto. 2002.

STIGLITZ, Joseph E. A GLOBALIZAÇÃO E SEUS MALEFÍCIOS. São Paulo. Futura. 2002.

WARDE, Walfrido. O ESPETÁCULO DA CORRUPÇÃO. Rio de Janeiro. Leya. 2018.



TRANSPARENCIA, DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y PUBLICIDAD: NOCIONES RELACIONADAS PERO DISTINTAS

Autora //

Gladys Camacho Cepeda*

Giges, rey de Lidia, tiene un anillo mágico que hace invisible a la persona que lo lleva con solo girarlo. Cuando lo rota de nuevo se hace otra vez visible. Esta persona podría matar, robar y violar las leyes con toda impunidad porque nadie la ve. [...] La sensación de impunidad es el anillo de Giges, que hoy en día toma formas muy diversas. Puede ser el intercambio de favores con los que tienen el poder de castigar para que miren hacia otro lado o deriven el asunto a complicados entramados, de los que los ciudadanos no entienden nada. Puede ser la economía financiera que, por opaca e incontrolable, impide descubrir a los responsables [...] El anillo también puede tomar otra forma muy curiosa, y es la de quienes calculan lo que les va a costar la multa por dañar a otros si les descubren o el tiempo de cárcel, y piensan que les tiene cuenta hacerlo, porque todavía salen ganando dinero para disfrutarlo una vez en libertad.

Adela Cortina, El anillo de Giges.

Resumen:

La transparencia pública se erige como un mecanismo de control social que cobra cada vez más relevancia. La cláusula de Estado democrático y participativo que reconoce nuestra Constitución da sustento al derecho de acceso a la información, derecho que se relaciona y se confunde con la noción de transparencia. No se distingue en forma sistemática la diferencia categorial, conceptual y práctica que hay entre publicidad, transparencia y acceso a la información. A fin de comprender el sistema de control social que se va afianzando como componente esencial de nuestro marco institucional y coadyuvar a su perfeccionamiento es necesario distinguir las distintas nociones que este sistema relaciona estrechamente.

Abstract:

Public transparency stands as a mechanism of social control that becomes increasingly important. The democratic and participatory State clause that recognizes our Constitution supports the right of access to information, a right that relates and is confused with the notion of transparency. The categorial, conceptual and practical difference between advertising,

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, Magíster en Administración Pública por el Instituto Nacional de Administración Pública de España y la Universidad de Alcalá y Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora Asociada de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho - Universidad de Chile

transparency and access to information is not systematically distinguished. In order to understand the social control system that is being consolidated as an essential component of our institutional framework and contribute to its improvement, it is necessary to distinguish the different notions that this system relates closely.

Palabras clave:

Transparencia, Derecho de acceso a la información pública, Publicidad.

Abreviaturas:

BCN: Biblioteca del Congreso Nacional

CPR: Constitución Política de la República

CGR: Contraloría General de la República

DAIP: derecho de acceso a la información pública

LT: Ley de Transparencia N° 20.285

LAIP: Ley de Acceso a la Información Pública N° 20.285

LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575

LBPA: Ley N° 19.880 Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

Sumario:

I. Introducción. II. El derecho de acceso a la información pública, la publicidad y la transparencia de la función pública, nociones diferentes pero complementarias e interdependientes. III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En el actual contexto político, social y económico de nuestro país es necesario reforzar la transparencia pública, el acceso a la información y la publicidad de los actos de los órganos del Estado que si bien no son la panacea sí son eficaces herramientas para defender el Estado de Derecho y Democrático contenido en nuestra Carta Política. En este trabajo analizaremos estas tres nociones a fin de encontrar qué es lo que las hace reconocible a cada una de ellas, así como en qué elementos reposa su diferenciación, todo ello con el fin de coadyuvar al buen funcionamiento del sistema dispuesto para asegurar la transparencia de la función pública.

Desde la reforma constitucional del 2005, que introdujo el nuevo artículo 8° de la Constitución Política (CPR), nuestro país ha venido teniendo un recorrido intenso relacionado con el principio de probidad en la función pública y los márgenes de transparencia, lo que ha sido consecuencia no de una política previsoras sino más bien de la necesidad de reaccionar frente a la severa crisis de confianza por la que atraviesa el país. Atendiendo a lo que estamos presenciando podemos concluir que los poderes públicos estuvieron mucho tiempo en posesión del mítico “anillo de Giges” y, aprovechando esa invisibilidad, ocurrieron una cantidad



de casos de corrupción, prevaricación e incumplimiento de las leyes que han dañado no sólo patrimonialmente al Estado sino moralmente a la ciudadanía que se ha visto conmocionada por escándalos que involucran a políticos de todos los sectores, ministros, altos cargos y diversos poderes públicos.²

No obstante, el balance desde la entrada en vigencia del nuevo régimen de acceso a la información pública que sancionó la Ley N° 20.285 ha sido positivo. Así, se ha producido la afirmación del derecho de acceso a la información y se han introducido innovaciones legales orientadas a cuidar el actuar ético de las más altas magistraturas y los directivos públicos de los órganos del Estado. Nuestro marco normativo se ha enriquecido con la introducción de una serie de disposiciones legales y reglamentarias que han elevado a mandato jurídico una serie de exigencias que buscan ordenar la función pública y el ejercicio del poder político y económico, con arreglo a ciertos mínimos éticos aceptados por todos. Entre las modificaciones del Ordenamiento jurídico destacan, la Ley de Acceso a la Información Pública N° 20.285 y, en especial, la Ley N° 20.880, que principalmente regula las declaraciones de intereses y de patrimonio integrándolas en un solo instrumento ocupando un rol central para la prevención de los conflictos de interés.³

Lo señalado si bien va en la línea de garantizar el principio de probidad se inscribe en un objetivo último que los guía y orienta, cual es, afianzar el Estado Democrático y el Estado de Derecho, finalidad que nos demanda un esfuerzo permanente para perfeccionar y profundizar los mecanismos de control del poder. En este marco, la eficacia de los controles será gravitante para la efectividad de la Constitución misma. Los controles que se instituyen no son aislados, sino que expresan el proyecto constitucional de la sociedad, de ahí su importancia. Sin embargo, por importantes que sean los controles éstos no son un remedio capaz de solventarlo todo y los problemas a los que ha de hacerse frente en el control del poder, requieren de soluciones complejas dada la multicausalidad de los mismos⁴. En este caso, se abordarán la transparencia, el acceso a la información pública y la publicidad como categorías conceptuales que apuntalan el sistema de control social que puede coadyuvar eficazmente a disminuir el distanciamiento entre los ciudadanos y sus gobernantes, a la par que permite construir ciudadanía.

² Desde hace buen tiempo, sin mediar pausas, vienen saliendo a la luz tal cantidad de casos que demuestran el ocultamiento eficaz que aquellos habían logrado. Los hechos indican que ni se han iniciado recientemente ni son tan raros como solíamos pensar. Para muestra sólo unos cuantos botones por sus nombres de fantasía: “Paco Gate”, “Milico Gate”, “Caso Penta o Pentagate”, “Caso SQM”, “Caso Caval”, “Caso Corpesca”, “Pensiones millonarias en gendarmería”, “Caso Basura”, “Fraude en tribunal de Puente Alto”, etc.

³ Otras normas que recientemente han sido dictadas en cumplimiento de la Agenda de Probidad y Transparencia del Gobierno son: Ley N° 20.900, para el fortalecimiento y transparencia de la democracia; la Ley N° 20.911, Crea el plan de formación ciudadana para los establecimientos educacionales; la Ley N° 20.915, Fortalece el carácter público y democrático de los partidos políticos y facilita su modernización; y la Ley N° 20.922, modifica disposiciones aplicables a los funcionarios municipales y entrega nuevas competencias a las Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo.

El legislador se ha visto impulsado a regular nuevos instrumentos de control del actuar ético en la función pública. A emprender esta tarea han empujado la severa crisis de confianza en la política y en las instituciones suscitada por casos de corrupción pública y privada de gran impacto público⁵. Esta situación llevó a la Presidenta de la República a constituir un Consejo que evalúe y proponga medidas anti-corrupción. El resultado fueron 260 medidas concretas para los 21 temas clasificados en cinco capítulos que contuvo el informe. Todo lo ocurrido ha hecho más notoria la evidente preocupación por evitar los excesos del poder, ejercer una mejor supervisión del mismo y restringirlo, cuidando la legitimidad que el poder debe guardar con celo. En definitiva, manteniendo el poder dentro de sus márgenes institucionales lo que se persigue es la supervivencia de la libertad, ello por cuanto, en un sistema democrático, según lo advierte VALADÉS: *“Tanto mayor sea la órbita de influencia del poder, tanto más restringida será la de las libertades individual y colectiva, y viceversa”*⁶.

Ahora bien, la construcción más sólida que tenemos para este objetivo es el Estado de Derecho que proviene de la dogmática alemana que básicamente se sustenta sobre los principios de legalidad, responsabilidad y el control judicial de la acción administrativa, institutos con los que se ha hecho frente a los excesos del poder público. Sin embargo, el auge de las TIC's, la globalización y las redes sociales han reforzado la participación de los ciudadanos, facilitando que ésta se torne más activa y más directa y, en consecuencia, también más incidente o con mayor capacidad de intervención e influencia en la toma de decisiones de carácter público, características de la *democracia participativa* en contraposición o más bien, buscando superar cualitativamente la *democracia representativa*. Vinculados al modelo de democracia participativa se puede reconocer la Ley 20.500 que introduce la participación ciudadana en la gestión pública⁷, pero también se encuentra el derecho de acceso a la información (DAIP) en torno al cual se viene afianzando un poderoso sistema de control. Sin embargo, el DAIP por sí solo no es un instrumento omnímodo que pueda neutralizar los riesgos de corrupción. En consecuencia, en aras de potenciar la eficacia del derecho de acceso a la información éste debe actuar en el marco de una mayor transparencia, junto a otros instrumentos de control como la rendición de cuentas y el instituto de la responsabilidad.

Las clasificaciones de los controles son muy diversas atendiendo a distintos criterios, así desde la perspectiva del ámbito de actuación, Loewenstein habla de controles verticales y horizontales, estos últimos que operan dentro del aparato estatal pueden ser intra o

⁴ Sobre las complejidades del control del poder: Vid. Valadés, D., *El control del poder*, México, UNAM, 2006.

⁵ Importantes casos de corrupción ocurridos en el sector privado, son los denominados como: “Caso Cascadas”, “Caso La Polar”, “Multiestafas” (Rafael Garay y Alberto Chang), entre otros. En el ámbito público a los ya señalados en nota al pie N° 2 se deben añadir los célebres casos conocidos como: “MOP GATE”; “Caso Coimas”; “Caso Inverlink-Banco Central”; “Caso Sobresueldos”; “Caso Inverlink-CORFO”, etc.

⁶ Valadés, D., *El control del poder*, México, UNAM, 2006, p. 2.

⁷ Por esta ley se obliga a los órganos de la Administración del Estado a establecer las modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas y organizaciones sociales en el ámbito de su competencia.



interorgánicos y pueden denominarse más simplifcadamente controles internos o externos. Los controles verticales “operan entre todos los detentadores constitucionales del poder y las fuerzas sociopolíticas de la sociedad estatal”⁸, por lo que el acceso a la información pública se debe observar como un control vertical del poder.

El acceso a la información pública se erige no solo como un derecho sino como un mecanismo de control social que cobra cada vez más relevancia pues permite canalizar esa preocupación ciudadana por conocer y observar con luminosidad los entresijos del ejercicio del poder. La cláusula de Estado democrático y participativo que reconoce nuestra Constitución Política hace necesario el derecho de acceso a la información, derecho que se relaciona y se confunde con la noción de transparencia y con el principio de publicidad. A fin de comprender el nuevo derecho en su dimensión de mecanismo de control que desde hace algunos años (menos de una década) se ha ido perfilando en nuestro sistema y coadyuvar a su perfeccionamiento, es necesario distinguir adentrarnos a diferenciar entre transparencia, derecho de acceso a la información pública y publicidad como categorías y conceptos diferentes, así como señalar cómo se proyecta esta distinción en la práctica.

II. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, LA PUBLICIDAD Y LA TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, NOCIONES DIFERENTES PERO COMPLEMENTARIAS E INTERDEPENDIENTES

En muy común en nuestro medio emplear las expresiones “derecho acceso a la información pública”, “transparencia” y “publicidad” como sinónimos, es decir, confiriéndoles el mismo significado. Esta confusión trae causa reciente de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (LAIP) que en su artículo primero sanciona la Ley de Transparencia (LT), un texto que asocia naturalmente los tres conceptos a los que se dedicará este apartado. De este modo, la Ley de Transparencia aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285, señala que su finalidad es regular: 1) el principio de *transparencia* de la función pública; 2) el *derecho de acceso* a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo; y 3) las excepciones a la *publicidad* de la información (art. 1° LT).

De estos enunciados podemos desprender que la transparencia y acceso a la información no son la misma cosa, aunque sí están muy relacionadas y una implica a la otra. Este dato lo tuvo muy claro el legislador de 1.999, en la Ley de Probidad Administrativa N° 19.653. La transparencia se predica en general de la función pública, refiriéndose más bien a una forma de ejercer esa función pública, vale decir, a “*un modo de hacer las cosas*” que “*deje ver*” o “*traslucir*” para poder ser observados por la ciudadanía⁹, de modo que esa forma de

⁸ Huerta, C., “Teoría del Control”, en Mecanismos Constitucionales para el Control del Poder Político, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 3ª edición, 2010, p. 108. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2749/7.pdf>, [Consulta: 30 de marzo de 2017].

⁹ DELPIAZZO, distingue entre la transparencia y la publicidad, no obstante reconocer su complementariedad en un

actuar permita conocer y comprender con diaphanidad el actuar material y formal de todo aquel que desempeña una función pública (autoridades, funcionarios, agentes públicos, etc.). A ello se refería el antiguo inciso 2º del artículo 11 bis introducido por la Ley N° 19.653, de Probidad Administrativa, en la Ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, cuando ordenaba que la *“función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella”*¹⁰. Por lo que respecta a la actuación formal de la Administración, la transparencia debe expresarse en la motivación del decreto o resolución, esto es, en la justificación adecuada de las decisiones administrativas que la ley (artículo 11 e inc. 4º del artículo 41 LBPA) ha convertido en un deber jurídico¹¹ surgiendo como contrapartida un derecho del ciudadano para reclamar la fundamentación de las decisiones administrativas amparado en los principios de juridicidad, probidad e imparcialidad. Por su parte, la transparencia de la actuación material que despliega la Administración para el cumplimiento del interés general se debe expresar en toda la actividad que desarrolla la organización administrativa, demandando de las magistraturas y funcionarios una forma de actuar que destile nitidez y evite los dobleces no solo en su actuación externa, sino también en la interna que es donde se forjan las decisiones.

En seguida, es fácil constatar que la transparencia es más amplia que el derecho de acceso a la información pública, la precede y la favorece de modo directamente proporcional por lo que a mayores niveles de transparencia habrá más acceso a la información pública. Esta forma de entender el principio de transparencia permite –como lo señala CARBONELL– reconocer que la transparencia al mismo tiempo es una política pública adoptada por el Estado en todos sus niveles de gobierno para que éste sea una casa de cristal de modo que todos, desde la sociedad civil, puedan observar exactamente qué es lo que está pasando dentro de esa casa de cristal ¹². De este modo, la transparencia se convierte en una aliada de la regeneración de la vida pública y la recuperación del prestigio de las instituciones.

sistema republicano y democrático, de este modo afirma que: “el principio de transparencia supone algo más... se quiere dar un paso más respecto a la publicidad... como que la publicidad implica mostrar, pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver; simplemente que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal.”. Delpiazzo, C., “Control social de la administración y transparencia”, en *Ius Publicum*, N° 11, año 2003, p. 46.

¹⁰ Transparente según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua evoca un adjetivo “dicho de un cuerpo: a través del cual pueden verse los objetos claramente”.

¹¹ Recientemente por el dictamen N° 14.000/2017, el Órgano Contralor hace hincapié que, aún en el ejercicio de potestades discrecionales, las decisiones administrativas deben adoptarse sustentadas en los antecedentes recabados con criterios de objetividad que las legitimen: “[...] pese a tratarse de una atribución discrecional del Director del SII, resulta indispensable que las decisiones que adopte en la materia tengan un fundamento racional, ya que, conforme al principio de juridicidad, es importante que estas no obedezcan al mero capricho de la autoridad, sino a criterios objetivos que le otorguen legitimidad, por lo que lo que resuelva sobre el particular requiere tener un sustento en los antecedentes recabados al efecto”.

¹² Carbonell, M., Conferencia en el marco de la Cuarta Semana de la Transparencia organizada por la Comisión para



Por su parte, la publicidad es otra noción que se complementa con el principio de transparencia y con el derecho de acceso a la información. Mientras que la publicidad se entiende referida a notificar o publicar¹³, es decir, dar a conocer o comunicar, la transparencia se refiere a que el actuar público se realice de tal modo que permita dejar pasar la luz para observar nítidamente lo que ocurre dentro. Así, lo explicó el profesor PANTOJA, en la tramitación de la Ley N° 20.050 de Reforma Constitucional, cuando se discutía el tenor del nuevo artículo 8° CPR, manifestando que respecto de la publicidad: *“a nivel constitucional se entiende que es una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto, tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos. Sólo excepcionalmente la Constitución establece el secreto. Ello ocurre tratándose de las discusiones o deliberaciones de tratados internacionales –cuando así lo exija el Primer Mandatario– y de la correspondencia privada”*¹⁴. Además, explicó que si bien la ley de probidad administrativa había ampliado el sentido de la publicidad comprendiendo dentro de ésta el dar a conocer y tener siempre a disposición de la ciudadanía los actos de la Administración se entiende que ésta está referida estrictamente a los actos formales de la Administración¹⁵, lo que nos permite distinguir los distintos niveles en que operan la publicidad y la transparencia, el primero en la actividad formal y la segunda en una esfera más amplia que incluye la actividad material.

Como las exigencias del principio de transparencia son más amplias que las que conlleva la noción de publicidad, la interpretación del artículo 5° de la Ley de Transparencia¹⁶ debe considerar esta particularidad sin hacerlos equivalentes, pues ello tendría un efecto de tornar inoperativa una de las nociones. El deber de publicidad que recae sobre los actos administrativos y los procedimientos que se empleen para su aprobación, incluyendo los fundamentos y los documentos que en ellos consten, sólo se refiere a una parcela de lo comprendido por el principio de transparencia de modo que hacerlo equivalente a ésta reduciría la transparencia al ámbito de la actuación formal (procedimental y decisional).

el Acceso a la Información Pública de Puebla (CAIP), 21 de octubre de 2009. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=ehFE3PBB8QU> [Consulta: 27 de mayo de 2017].

¹³ De ahí que el Capítulo III de la Ley N° 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, al regular la publicidad de los mismos se refiere a la notificación y publicación de los actos administrativos.

¹⁴ BCN, Historia fidedigna de la Ley N° 20.285, p. 143.

¹⁵ En el sentido mencionado el inciso 3° del artículo 11 bis que introdujo la Ley N° 19.653, de Probidad Administrativa en la Ley N° 18.575, preceptuaba: “Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”.

¹⁶ El citado precepto dispone: “en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece la ley...”.

La transparencia es una noción en permanente conquista de los espacios en donde la suerte del interés público está comprometida por lo que si bien su vis es amplia es siempre saludable que permanentemente continúe en crecimiento mientras los pasillos silenciosos del Estado vayan disminuyendo. La vastedad del campo conquistado por la transparencia ha sido reconocida en la práctica por el legislador al aprobar algunas de las medidas que integran la Agenda de Probidad y Transparencia impulsada por el Gobierno con el objetivo de “*mejorar de manera sustancial la calidad de la política y el ejercicio de la actividad pública*”¹⁷. En cumplimiento de esta Agenda se han sancionado leyes que apuntan a fijar normativas que se conectan con los principios de probidad y transparencia que garanticen un financiamiento de la política más transparente¹⁸, resguarden la transparencia de las elecciones¹⁹, revitalicen los partidos políticos²⁰ y coadyuven a recuperar la confianza ciudadana en sus representantes²¹ y en los servidores públicos²².

Respecto del derecho de acceso a la información pública éste ha sido configurado como un derecho. No obstante, a raíz de los pronunciamientos más recientes del Tribunal Constitucional en materia de inaplicabilidad, dado que no está expresamente aludido en el artículo 8CPR, lo que está en discusión es si se trata de un derecho de rango constitucional o legal²³ además del ámbito que comprende su ejercicio. La implicancia de esta definición no es menor por

¹⁷ www.lasnuevasreglas.gob.cl: Agenda de Probidad y Transparencia [Consulta: 03.05.2017].

¹⁸ Con este objetivo se aprobó la Ley N° 20.900, de Fortalecimiento y Transparencia de la Democracia que cambia las reglas más controvertidas en materia de financiamiento de las campañas electorales.

¹⁹ Con este fin se sancionó la Ley N° 20.860, de reforma constitucional que otorga autonomía constitucional del Servicio Electoral.

²⁰ Para este propósito se dictó la Ley N° 20.915, Nueva ley de Partidos Políticos.

²¹ Apuntando a esta finalidad se promulgó la Ley N° 20.870, establece la Cesación en los cargos de Parlamentario, Alcalde, Consejero Regional y Concejal, por infracción grave a las normas sobre Transparencia, Límites y Control del Gasto Electoral. A ello se suma la Ley N° 20.880 de Probidad en la función pública que principalmente aumenta las obligaciones de transparencia en las declaraciones de intereses y de patrimonio de las magistraturas y altos cargos públicos.

²² A este propósito sirven la Ley N° 20.922, Entrega nuevas Competencias para el fortalecimiento de los municipios a fin de que ello les permita avanzar en la profesionalización de sus funcionarios, y la Ley N° 20.955, de Fortalecimiento de la Alta Dirección Pública que, entre otras, le permite a la Dirección Nacional de Servicio Civil impulsar la aprobación de Códigos de Ética en los servicios públicos.

²³ Sobre la compleja situación que han originado las más recientes sentencias del Tribunal Constitucional: Vid. Camacho, G., “Constitución y Transparencia” en Revista de Derecho Público, Edición Especial, 2014, pp.149-157. Sobre los fundamentos del derecho de acceso a la información pública en los tratados internacionales: Vid. Zambrano, F., “El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental en el derecho internacional”, en Núñez Poblete M., (Editor) La Internacionalización del Derecho Público, ed. Thomson Reuters, año 2015. pp 871-922. Sobre el reconocimiento como derecho fundamental al derecho de acceso: Vid. Zambrano, F., El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Balance crítico, Memoria de prueba para optar el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2016.



cuanto, como ya sosteníamos antes, “*el reconocer el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental constituye un instrumento de protección del derecho mismo*”²⁴, ello por cuanto, siguiendo a FERRAJOLI²⁵, si es un derecho constitucional la Constitución misma se erige como garante de este derecho. En definitiva, el derecho de acceso a la información pública que es una subespecie del derecho general a recibir información, si bien no está aludido expresamente en nuestra Constitución Política está implícitamente reconocido no en declaraciones generales como la que define a Chile como una república democrática (art. 4 CPR) sino más específicamente en el reconocimiento constitucional a “*la libertad de emitir opinión y la de informar*” (artículo 19 n° 12 CPR). Esta disposición constitucional instituye la “*libertad de palabra*”, rasgo definidor de la democracia liberal sin la cual difícilmente se puede reconocer un sistema como democrático, pues envuelve la libertad de pensamiento base fundante de la ciudadanía. Lo afirmado está en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que en esta materia aceptó la doctrina de los derechos implícitos sosteniendo que: “*aun cuando en el texto definitivo de la Constitución no fue enunciado directamente el derecho a recibir información, éste forma parte natural y se encuentra implícito en las libertades de opinión e información, porque de nada sirven estas libertades si no tienen destinatarios reales*”²⁶. Ello permite comprender que para el Tribunal Constitucional el derecho de acceso a la información pública “*más bien, se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 N° 12 de la Constitución*” (STC 634/2007 Y 1990/2012)²⁷.

Más aún, el derecho de acceso a la información también se refuerza en lo ordenado por el inciso 2° del artículo 8° CPR. Hay elementos de contexto, por todos conocidos, que explican el interés de los parlamentarios de las bancadas oficialistas y de la oposición por introducir el citado precepto en nuestra Carta Política²⁸. Es claro que el constituyente al

²⁴ Camacho, G., “Constitución y Transparencia” en Revista de Derecho Público, Edición Especial, 2014, p. 152.

²⁵ Ferrajoli, L., “Derechos Fundamentales” en De Cabo, A., y Pisarello, G., (Editores) Los Fundamentos de los derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pp. 19-56.

²⁶ Control preventivo de constitucionalidad de proyecto de ley referente a la libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo

²⁷ STC N°2.153-11-INA, de 11 de septiembre de 2012, considerando décimo quinto. En el mismo sentido, se había pronunciado en la STC Rol N° 634-2006, de 9 de agosto de 2007, “Casas Cordero con el Director Nacional de Aduanas”, declarando que: “es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía” (considerando Noveno).

²⁸ Se ha de destacar la afectación de la imagen internacional a raíz de la condena de la Corte Interamericana en el caso Claude y otros vs. Chile por violación al derecho a la información contenido en el artículo 13 del Pacto San José de Costa Rica; y la reacción que produjo la reducción a mínimos caricaturescos del principio de publicidad, situación generada bajo el amparo del D.S. 026/MINSEGPRES/2001, Reglamento sobre Secreto y Reserva de actos y documentos de la Administración.

aprobar la reforma constitucional, en 2005, buscó corregir la situación crítica que se había configurado en relación con el derecho de acceso (caracterizada porque el secreto se tornó en la regla)²⁹ a través del reconocimiento de un vasto ámbito de transparencia y publicidad. A este objetivo se aplicó el segundo inciso del nuevo artículo 8º CPR que finalmente se aprobó. Cabe destacar que respecto de este artículo hubo dos mociones en el Senado de dos grupos de senadores pertenecientes a una de las dos coaliciones más importantes de aquella época (la Concertación³⁰ y Alianza por Chile³¹). Desde la perspectiva de la publicidad, la moción de ley de la Concertación era más limitada³² que aquella presentada por la Alianza por Chile³³, mereciendo destacarse que esta última se refiriese a que son públicos “*las actuaciones de los órganos del Estado*” y a “*los documentos que obren en su poder*”. Con esta fórmula se refería tanto a la actuación material como formal de los órganos del Estado y no lo vinculaba a la actuación formal decisional contenida en una resolución. Dada la coincidencia en el objetivo la Sala del Senado acordó refundir los boletines en el primer trámite constitucional.

Durante la tramitación en el Senado se presentaron indicaciones³⁴ entre las que destacan las presentadas por el Presidente de la República, en el sentido de sugerir la sustitución del

²⁹ Esto lo demuestran las dos mociones presentadas de las alianzas políticas más importantes de aquel entonces en el Congreso Nacional que apuntan a introducir un nuevo artículo 8 en la Constitución. De acuerdo a la Historia de la tramitación del proyecto de ley de reforma constitucional, el Senado por acuerdo en Sala decide refundir los boletines 2.534-07 y 2.526-07 para iniciar el primer trámite constitucional. Vid. BCN.CL, Historia de la Ley Nº 20.050. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6131/> [Consulta: 27 de mayo de 2017].

³⁰ La moción en este caso fue suscrita por los señores senadores: José Antonio Viera Gallo Quesney, Enrique Silva Cimma, Juan Patricio José Hamilton Depassier y Sergio Bitar Chacra. Boletín 2.534-07.

³¹ En este caso presentaron la moción los señores senadores: Hernán Larraín Fernández, Sergio Eduardo de Praga Diez Urzúa, Sergio Romero Pizarro y Andrés Pío Bernardino Chadwick Piñera. Boletín 2.526-07.

³² La moción de los senadores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo rezaba así: “Artículo 8º. - Toda función pública deberá desempeñarse de modo intachable, dando preeminencia al interés general sobre el particular, y de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

Le corresponderá a la ley señalar la forma en que se cautelará la probidad de quienes representen a órganos públicos en cualquier empresa del Estado u organismo que esté sometido, total o parcialmente, a la legislación común aplicable a los particulares, o tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” Boletín 2534-07.

³³ La moción de los senadores Larraín, Chadwick, Romero y Diez, proponía el siguiente texto: “Artículo 8º. Las personas que ejerzan una función pública de cualquier naturaleza o representen al Estado en cualquier empresa o institución deberán conservar estrictamente el principio de probidad que exige un desempeño honesto, con prescindencia de cualquier interés ajeno al interés público.

Las actuaciones de los órganos del Estado y los documentos que obren en su poder son públicos, sin perjuicio de la reserva o secreto que se establezca con arreglo a la ley en casos en que la publicidad afecte al debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

La ley determinará la forma de garantizar el cumplimiento de este artículo y regulará las responsabilidades por infracción a sus normas.”



inciso segundo del artículo 8 por el siguiente: “*Son públicos los actos administrativos de los órganos del Estado...*”, quedando claro que esa redacción indiscutiblemente circunscribiría la publicidad a la actuación formal expresada a través de actos administrativos, y sólo por excepción expresa la indicación proponía que se extendiese “también [a] los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización” siempre y cuando “sean de interés público”. Si bien el empleo de la categoría “acto administrativo” no quedó la redacción en este trámite acogió la idea de fondo sustituyéndola por “resolución”. Otras indicaciones se orientaron a ligar el ejercicio de la función pública con la transparencia (senador Espina), a referir que son “públicas las actuaciones o resoluciones” (senador Urenda), pero ninguna de ellas fue acogida.

La Comisión de Constitución en el Primer Trámite Constitucional, acordó recomendar la modificación de la Carta Política en términos bastante parecidos a los que finalmente se sancionó en la Ley 20.050³⁵, solo que en esa oportunidad el inciso segundo predicaba la publicidad exclusivamente de “las resoluciones de los órganos del Estado”³⁶, dato no menor. De haber quedado en esos términos el actual texto constitucional no se hubiera producido mucha diferencia con el régimen vigente en aquel entonces que se había demostrado totalmente insuficiente. La Ley de Probidad Administrativa N° 19.653 limitaba la publicidad a la expresión formal de potestades de los órganos administrativos que toman la forma de actos administrativos.

Sin embargo, el constituyente quiso -y así lo estatuyó- un régimen más extenso de publicidad con la fórmula “*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado*”. Al revisar la redacción actual del artículo 8 CPR se deduce que el constituyente entiende que la noción “actos” no es coincidente con la noción “resoluciones” de lo contrario hubiera empleado la disyunción “o” y no la conjunción “y”. Se puede criticar la fórmula empleada pero no se puede pasar por alto lo que señala el texto constitucional³⁷. Como es aceptado por los

³⁴ Ver Boletín de Indicaciones Primer Trámite constitucional /Senado (15.04.02). Primer Trámite Constitucional de la Ley N° 20.050 de reforma constitucional.

³⁵ Finalizado el debate, por unanimidad, la Comisión acordó recomendar la aprobación de la siguiente modificación a la Carta Fundamental:

Incorporar el siguiente artículo 8.º, nuevo:

“Artículo 8º El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al deber de probidad en las actuaciones en que les corresponda intervenir.

Son públicas las resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, la ley podrá establecer la reserva o secreto de aquéllas o de éstos, cuando se afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.”

³⁶ Otro añadido importante que en la tramitación también se realizó fue remitir a la ley de quórum calificado y no a la ley común para el establecimiento de la reserva o secreto.

³⁷ Camacho Cepeda, G., “Algunas Precisiones sobre el Concepto de Información Pública” en Letelier, R., y Rajevic, E., (Coordinadores) Transparencia en la Administración Pública, Santiago, 2010, pp. 59-60.

parlamentarios *“la Constitución Política utiliza las palabras en el sentido natural del lenguaje proporcionado por el diccionario de la lengua castellana”*³⁸, por lo que es razonable señalar que el término “acto” debe entenderse en el sentido que señala el Diccionario de la Real Academia Española que lo define como “acción” con dos acepciones: ejercicio de la posibilidad de hacer así como resultado de hacer. Ambos significados nos remiten a la actuación sustancial de los órganos del Estado. En el caso particular de la Administración esta fórmula permite abarcar las diversas formas de la actividad administrativa, tanto la actuación jurídica o formal (actos administrativos y contratos) como la actuación sustancial o material, “comprendiendo dentro de ésta aquellas actuaciones que se reconocen como hechos administrativos a través de los cuales se hace efectivo el comportamiento material o actividad física de los órganos administrativos”³⁹.

El enunciado del artículo 8 CPR, a su vez, permite un extenso ámbito para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Por cierto, mucho más amplio que el que se había reconocido por el artículo 11bis de la LOCBGAE fue introducido, en 1999, por la Ley de Probidad Administrativa N° 19.653⁴⁰. Ello fue la tónica de las intervenciones producidas durante los debates de la tramitación del proyecto⁴¹ y también de representantes del

³⁸ Intervención del H. Senador señor Díez en el debate de la Comisión de Constitución del Senado. Vid. Primer Informe de Comisión de Constitución del Senado de 6.11. 2001. Primer Trámite Constitucional de la Ley N° 20.050 de reforma constitucional.

³⁹ Camacho, G., “La Actividad Sustancial de la Administración”, en Pantoja, R., Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. AbeledoPerrot-Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 84.

⁴⁰ La Ley de Probidad Administrativa había circunscrito el deber de publicidad a los “actos administrativos y sus fundamentos y complementos directos y esenciales” por consiguiente, el derecho de acceso a la información pública se hacía posible exclusivamente respecto de la actividad formal de los órganos administrativos. Así fue interpretado por la Contraloría General de la República para la cual el derecho de acceso no surgía si no existía acto administrativo (decreto, resolución o dictamen). En esta línea de interpretación se expresó en el Dictamen N° 35.259/2000 que subrayaba: [...] resulta evidente que una petición de dictamen a este órgano de Control, o una solicitud de reconsideración de su jurisprudencia vigente, no constituyen actos administrativos decisoriales en los términos que lo previene la norma que se analiza, al no contener en sí mismas una resolución sobre alguna materia determinada, de modo tal que, conforme lo señala esa Subsecretaría, la regulación del artículo 11 bis de Ley N° 18.575 no ampara al recurrente para los efectos de obtener copia del documento que le interesa”. Criterio enfatizado por el Dictamen 4.228/2002, que en relación con el deber de publicidad de los actos administrativos contenido en el artículo 13 (ex artículo 11 bis) inciso 3° de la LOCBGAE, sanciona: “la jurisprudencia administrativa - mediante Dictamen N° 35.259, de 2000- ha manifestado que [...] la norma referida sólo regula los actos administrativos decisorios...”.

⁴¹ Durante la tramitación de la reforma constitucional sólo hubo una intervención que receló de la amplitud de la transparencia y publicidad, esta fue la alocución del senador Viera-Gallo, quien recordó el proyecto presentado por el ex Presidente Frei Ruiz-Tagle, que fracasó a su juicio “porque se consideró que extremaba el principio de transparencia y publicidad”. Según el parlamentario “acorde con nuestra idiosincracia, es menester preservar un equilibrio entre lo que las personas tienen derecho a saber y los documentos o debates internos de los órganos del Estado que no es conveniente



Gobierno en aquella época reconocieron que la referencia en el artículo 8 CPR a “los actos y resoluciones”, claramente suponía ampliar los márgenes de publicidad a la que estaban obligados los órganos del Estado⁴², afirmando que: *“La expresión “actos” utilizada por el texto constitucional no es equivalente a “acto administrativo” en los términos que define la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, sino que abarca todo tipo de actuaciones, sean o no de las que ponen término a un procedimiento, sean o no de aquellas que contienen una decisión final. De este modo, ya no resulta procedente denegar el acceso porque la información solicitada no corresponda a un acto administrativo terminal ni a documentos que le sirvan de complemento directo o esencial”*⁴³.

Con esta interpretación se comprende por qué no es necesaria la expresa alusión de que puede accederse a los documentos que la Administración reciba de los particulares (salvo, claro está, que concurra una causal de reserva) ni puede justificarse su reserva en que dicha información no constituye fundamento ni complemento de un acto administrativo. Es bastante común que la Administración reciba información suministrada por los particulares, pues éstos deben cumplir con deberes de informar a la autoridad⁴⁴. En estos casos, la Administración

que trasciendan a la opinión pública”. En consideración a lo cual presentó la alternativa de facultar que “cada organismo pudiera determinar en forma autónoma los casos en que la actuación o documento debe mantenerse en reserva” porque según continuó “llega[r]íamos a un grado de transparencia completa de los órganos del Estado, para lo cual, en su opinión, nuestro país no está preparado”, reiterando que “la transparencia absoluta podría traer consecuencias indeseables para el funcionamiento del Estado, de manera que insistió en buscar el necesario punto de equilibrio en esta materia”. Vid. Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado de 6 de noviembre de 2001. Primer Trámite Constitucional de la Ley N° 20.050 de reforma constitucional.

⁴² Cabe recordar las “Orientaciones en materia de transparencia y publicidad de los actos de la Administración” que, mediante Oficio N° 72, de 2006, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia envió, entre otros, a todos los Ministerios, Subsecretarios, Intendentes Regionales, así como a través de ellos a los servicios dependientes y relacionados con cada una de esas carteras o reparticiones. En estas orientaciones se señala: “El derecho de acceso a la información de la Administración puede ejercerse, en principio, respecto de todo acto o resolución de los organismos públicos, conceptos que por la reforma constitucional resultan más amplios que los consagrados en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”.

⁴³ Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Oficio N° 72, año 2006, “Orientaciones en materia de transparencia y publicidad de los actos de la Administración”.

⁴⁴ Así lo entendió el Tribunal Constitucional en la Sentencia Rol N° 2.505, de 10 de junio de 2014 bajo la presidencia de la Ministra Marisol Peña. En esta sentencia el voto de mayoría se fundó en lo expresado en la tramitación de la Ley N° 20.285, por el diputado Bustos en el sentido que “... ahora cualquier persona puede pedir a la Administración Pública la información que estime necesaria o que crea conveniente” y en lo expresado por el Ministro de la Secretaría General de la Presidencia, J.A. Viera-Gallo que “...la norma es la publicidad; la excepción, la reserva. Y así se busca un equilibrio entre transparencia del Estado frente a los ciudadanos y un ámbito de toma de decisiones que sea autónomo de la autoridad, que asume la decisión, pero una vez asumida ésta es pública” (Considerando Vigésimo). La frágil coherencia de la jurisprudencia constitucional debido a los cambios en la correlación de la composición de sus ministros, explican que

está ejerciendo una potestad (de ordenación) sobre los particulares, constituyendo una de las formas de actuación sustancial de este poder público. Si entendemos que bajo el sustantivo *acto* del artículo 8 CPR se están comprendiendo las diversas formas de actuación sustancial no se puede sostener que la actividad que desarrolla la Administración al recibir información por parte de los particulares fiscalizados no está comprendida por los deberes de publicidad⁴⁵. De esta forma si la actuación material de recibir información (en ejercicio de las funciones que el órgano debe cumplir) está comprendida en la alusión “son públicos los actos” no es necesario que el constituyente manifieste esta prevención expresamente⁴⁶.

Ciertamente, como señala el Tribunal Constitucional la expresión “*actos y resoluciones*” es “*suficientemente amplia como para comprender, de manera genérica, la forma en que los órganos del Estado expresan su voluntad... pues caben aquí las leyes*”⁴⁷, pero la reducción que hace del término en el caso de las dimensiones de la actuación de la Administración que son comprendidas en la publicidad limitando sólo a la actuación formal: acto administrativo (decreto, resolución o dictamen) y sus fundamentos, nos reconduce en la práctica al sistema superado de la Ley de Probidad Administrativa de 1999 e incluso lo configura más limitado pues

pocos meses después en la sentencia Rol N° 2.558, de 15 de enero de 2015, la que fuera voto en minoría en la citada sentencia Rol N° 2.505 pasara a ser voto en mayoría bajo la presidencia del ministro C. Carmona dando un vuelco a la definición de si la información proporcionada por las empresas privadas a los entes fiscalizadores era o no alcanzada por el derecho de acceso a la información pública.

⁴⁵ Incluso en el régimen que introdujo la Ley de Probidad, se comprendía que la publicidad también se extendía “a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en los incisos siguientes”.

⁴⁶ Lamentablemente el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 2.558, de 15 de enero de 2015, se aparta de este criterio (contenido en la Sentencia Rol N° 2.505), excluyendo del DAIP los informes que entregan las empresas privadas a sus fiscalizadores. De este modo, según el Tribunal Constitucional “nuestra primera ley de acceso a la información [...] establecía el acceso a la información de los informes y antecedentes de empresas privadas, si éstos debían ser proporcionados a las entidades encargadas de su fiscalización, en la medida que fueran de interés público. Esta norma desapareció de la Ley N° 20.285” (Considerando Noveno). Más aún, el Tribunal Constitucional abunda en que: “durante la tramitación de la reforma constitucional que dio origen al actual artículo 8° de la Constitución, se rechazó una indicación del Ejecutivo que hacía públicos “los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización y que sean de interés público”. Concluyendo que “la historia fidedigna de los preceptos apunta a restringir el acceso a la información que las empresas privadas sujetas a fiscalización entreguen a las entidades que las controlan” (Considerando Noveno). Como se advierte, el Tribunal Constitucional aplica el método de interpretación a contrario sin atender a la amplitud de la noción “acto” del artículo 8 CPR lo que lleva a que esta regla no sea susceptible de ser empleada en este caso.

⁴⁷ Considerando Vigésimo Primero de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.990, de 5 de junio de 2012.



rompe la relación natural entre “*publicidad*” e “*información*”. Así el Tribunal ha sentenciado que “el acceso a la información no recae sobre todo lo que hace o tienen los órganos del Estado, sino que sólo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La Constitución no habla de información”⁴⁸. Más aún, para el Tribunal Constitucional la información que obra en poder de los órganos de la Administración *no tiene que ver con lo que dice el artículo 8º CPR*⁴⁹. En consecuencia, lo dispuesto en el artículo 5 inciso segundo de la Ley de Transparencia, excede lo previsto en la Carta Constitucional y pugna con ella, pues “*va más allá de lo que el constituyente estimó debe publicarse*”⁵⁰.

Sin embargo, la Constitución Política cuando se refiere a “actos” de la Administración o del Gobierno no se está refiriendo exclusivamente a la actuación formal contenida en un decreto o resolución (y por ampliación al dictamen). Esto es lo que, sin duda, sucede con el artículo 52 CPR que confiere potestad fiscalizadora a la Cámara de Diputados sobre “*los actos del Gobierno*” comprendiendo dentro de esta expresión a toda la actuación que éste desarrolla, así como la que ejecuta la organización administrativa dispuesta para el cumplimiento de las funciones de gobierno y de administración del Presidente de la República. Más aún, una de las principales formas de fiscalización que la Cámara lleva a cabo es mediante las solicitudes de información al Gobierno. Recurso que la reforma constitucional de 2005 buscó garantizar, pues se consideró que la obtención de la necesaria información es indispensable para el ejercicio cabal de la función de control de la Cámara. De esta forma, si los deberes de publicidad que estatuye el artículo 8 CPR comprenden los “actos” –entendida como el conjunto de actuaciones sustanciales- no hay razón para excluir la información asociada a éstos, salvo que ellas estén incursas en una causal de secreto o reserva porque la regla es la publicidad. Este es el sentido de que en el segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados se haya modificado el proyecto que salió del Senado para sustituir la redacción “Son públicas las resoluciones...” por “Son públicos los actos y resoluciones...” fórmula que finalmente permaneció y se concretó en el actual artículo 8 CPR⁵¹.

⁴⁸ Considerando Décimo de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.153, de 11 de septiembre de 2012.

⁴⁹ El Tribunal considera: “Que el artículo 8 de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones. Y de lo que accede a éstas: “sus fundamentos” y “los procedimientos que utilicen” [...] En cambio, información elaborada con presupuesto público o información que obra en poder de los órganos de la Administración, no necesariamente tiene que ver con eso”. Considerando Sexagésimo Cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.153, de 11 de septiembre de 2012.

⁵⁰ Considerando Sexagésimo Sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.153, de 11 de septiembre de 2012.

⁵¹ En el segundo trámite constitucional de las reformas a la Constitución Política que se aprobaron por Ley N° 20.050, el segundo informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados de 18 de mayo de 2005, señaló: [...] Por las razones expuestas y por las que señalará oportunamente el señor Diputado Informante, esta Comisión recomienda aprobar el proyecto de conformidad al siguiente texto: [...] 4.- Incorporarse el siguiente artículo 8º, nuevo:

“Artículo 8º.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Como señala el Tribunal Constitucional, si bien el citado precepto “no consagra un derecho de acceso a la información”⁵² ni habla de transparencia sino que contiene un mandato de publicidad la formulación de este mandato fortalece el derecho de acceso a la información pública contenido en el artículo 19 N° 2. Ello es así, por cuanto al establecer deberes jurídicos de publicidad para los órganos del Estado tiene la virtud de crear una base mínima del derecho. En el inciso 2° del artículo 8 CPR, no solo debemos reconocer que incorpora el principio de publicidad en las Bases de la Institucionalidad, sino que el constituyente al sancionar mandatos expresos va más allá para asegurar una aplicación amplia del principio.

El acceso a la información pública es un derecho universal comprendido en la libertad de expresión. Libertad que está consagrada en los tratados internacionales y conlleva: el derecho a buscar (investigar), recibir y difundir información, opiniones e ideas por cualquier medio. En este sentido, tienen especial valor los Tratados de Derechos Humanos vigentes en Chile, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13, sobre Libertad de Pensamiento y de Expresión) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 18) que en virtud del artículo 5 CPR, limitan la soberanía nacional y obligan al Estado a respetarlos y promoverlos por considerarlos como derechos esenciales que emanan de la persona humana.

El constituyente tomó la precaución de fijar las únicas excepciones que podrían exceptuar de la publicidad, pues como resolvió el órgano custodio de la Constitución: *“acorde a la naturaleza del derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley y, específicamente, a una ley de quórum calificado, el establecimiento de las causales de secreto o de reserva que haciendo excepción a la vigencia irrestricta del principio de publicidad en la actuación de los órganos del Estado, permiten limitarlo vedando, consecuentemente, el acceso a la información requerida”*⁵³.

Por ello, no es errado que el legislador al regular el derecho de acceso a la información, específicamente al referido al acceso de la información de la Administración del Estado tome como punto de partida estos deberes jurídicos como contenido mínimo del derecho y amplíe su contenido preceptuando: “El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones” (inciso 2°, artículo 10 Ley de Transparencia) para enseguida añadir que también abarca las “actas, expedientes, contratos y

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”. Vid. Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050. Cámara de Diputados. Fecha 18 de mayo, 2005. Informe de Comisión de Constitución en Sesión 79. Legislatura 352.

⁵² STC N°2.153-11-INA, de 11 de septiembre de 2012, considerando décimo quinto.

⁵³ STC Rol N° 634-2006, de 9 de agosto de 2007, “Casas Cordero con el Director Nacional de Aduanas”, considerando Décimo.



acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales” (inciso 2º, artículo 10 Ley de Transparencia). Todo ello está en consonancia con la declaración de que “es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración” (inciso 2º, artículo 5 Ley de Transparencia). De este modo, no se contraponen los mandatos de publicidad del artículo 8 CPR con la extensión del derecho de acceso a la información pública fundado en el artículo 19 N° 12 CPR que el legislador regula en la Ley de Transparencia, respetando las excepciones fundadas en las causales constitucionales. Sin embargo, como se ha señalado preocupa que en algunas sentencias de inaplicabilidad que si bien tienen efectos exclusivamente particulares⁵⁴, el Tribunal opte por una interpretación restrictiva del derecho de acceso a la información pública confundiéndolo con los mandatos de publicidad, así sostiene que *“el acceso a la información no recae sobre todo lo que hacen o tienen los órganos del Estado, sino sólo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”*⁵⁵. Por un lado, no se comprende que el Tribunal Constitucional reconozca que el derecho de acceso a la información se encuentra reconocido (implícitamente) en el artículo 19 n° 12 CPR y no en el artículo 8 CPR (que ni habla de acceso ni de información) y luego, limita el ámbito del ejercicio del derecho a lo señalado en los mandatos de publicidad del artículo 8 CPR. Con ello, subordina el derecho constitucional de recibir información pública al principio de publicidad tornándolo dependiente de éste. Por ello, para no incurrir en esta confusión se hace necesario distinguir en forma sistemática la diferencia categorial, conceptual y práctica que hay entre publicidad, derecho de acceso a la información pública y transparencia, objetivo que ha guiado el presente apartado.

En suma, las nociones técnico jurídicas como transparencia, derecho de acceso a la información pública y publicidad tienen un sentido y alcance no coincidente pues tienen finalidades diferentes, pero al mismo tiempo son conceptos que sí son complementarios y sobre todo interdependientes. Si pudiéramos graficarlos en círculos concéntricos el núcleo lo constituiría la publicidad que expresa el deber de comunicar, dar a conocer y notificar los actos de la autoridad, sus procedimientos y fundamentos. El siguiente círculo sería el derecho de acceso a la información (dirigido a obtener aquella información que no se dispone públicamente y que no está sujeto a reserva). Finalmente, ambos -publicidad y derecho de acceso- se nos presentan circundados por la transparencia de la actuación de los órganos del Estado que alude a la expansión de la luminosidad a toda la actuación estatal a fin de propiciar que pueda ser observada con la nitidez de la “casa de cristal”, y también más allá de las estructuras públicas la transparencia tiende a extenderse a todo lo que afecte el interés general ⁵⁶.

⁵⁴ Sobre este tema vid. Rupano, M., “Valor Jurídico de las Sentencias sobre Inaplicabilidad de las Leyes”, en Revista de Derecho, Vol. VIII, diciembre de 1997, pp. 107-112.

⁵⁵ STC Rol N° 2.246-12-INA, de 31 de enero de 2013, considerando Vigésimo segundo. En el mismo sentido STC Rol N° 2.153-11-INA, de 11 de septiembre de 2012, considerando Décimo quinto.

⁵⁶ Por ejemplo, los partidos políticos que no son estructuras estatales, sin embargo, por ley tienen obligaciones de

En definitiva, de todo lo expuesto se puede concluir que la transparencia es la noción más amplia, si empleamos la analogía podría decirse que la transparencia es el ambiente adecuado en el que deben desarrollarse tanto la publicidad como el derecho de acceso a la información. Mientras más amplio y profundo sea el alcance de la transparencia mayor propensión habrá para la publicidad y para favorecer el acceso a la información pública.

III. CONCLUSIONES

La diferencia entre transparencia, derecho de acceso a la información y deber de publicidad nos permite avizorar un poderoso sistema de control social participativo fundado en la transparencia que mejora la calidad democrática y afianza el Estado de Derecho.

Las tres nociones que se han confrontado conllevan distintas modalidades de control del poder diferenciadas más bien por el grado o intensidad que cada una conlleva. De este modo, se potencia que los ciudadanos puedan ejercer un eficaz control sobre los gobernantes, funcionarios y los poderes públicos, todo lo cual coadyuva al mejoramiento del desempeño del gobierno y los resultados de los esfuerzos anti-corrupción que se vienen haciendo en el país.

La transparencia, el derecho de acceso a la información y los deberes de publicidad constituyen vehículos para hacer efectivo las limitaciones del poder, lograr que el conjunto de acciones que ejecutan los órganos del Estado se mantengan fieles a su finalidad servicial y el respeto de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

Biblioteca del Congreso Nacional, "Historia de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050". Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6131/> [Consulta: 27 de mayo de 2017].

Biblioteca del Congreso Nacional, "Historia fidedigna de la Ley N° 20.285", Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5215/> [Consulta: 27 de mayo de 2017].

Camacho, G., "Algunas Precisiones sobre el Concepto de Información Pública" en Letelier, R., y Rajevic, E., (Coordinadores) Transparencia en la Administración Pública, Santiago, 2010, pp. 59-60.

Camacho, G., "La Actividad Sustancial de la Administración", en Pantoja, R., Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. AbeledoPerrot-Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 84.

Camacho, G., "Constitución y Transparencia" en Revista de Derecho Público, Edición Especial, 2014, pp.149-157

Carbonell, M.: Conferencia en el marco de la Cuarta Semana de la Transparencia organizada por la Comisión para el Acceso a la Información Pública de Puebla (CAIP), 21 de octubre de 2009. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=ehFE3PBB8QU> [Consulta: 27 de mayo de 2017].

Delpiazzo, C., "Control social de la administración y transparencia", en *Ius Publicum*, N° 11, año 2003, p. 46.

Ferrajoli, L., "Derechos Fundamentales", en De Cabo, A., y Pisarello, G., (Editores) Los Fundamentos de los derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pp. 19-56.

transparencia pública por la importancia que tienen en el funcionamiento del sistema democrático. También, los agentes del mercado financiero, por la relevancia de este sistema, tienen intensas obligaciones de informar y de actuar con transparencia.



Huerta, C., "Teoría del Control", en *Mecanismos Constitucionales para el Control del Poder Político*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 3ª edición, 2010, p. 108. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2749/7.pdf> [Consulta: 30 de marzo de 2017].

Rupano, M., "Valor Jurídico de las Sentencias sobre Inaplicabilidad de las Leyes", en *Revista de Derecho*, Vol. VIII, diciembre de 1997, pp. 107-112.

Valadés, D. *El control del poder*, México, UNAM, 2006.

Zambrano, F., "El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental en el derecho internacional", en Núñez Poblete M., (Editor) *La Internacionalización del Derecho Público*, ed. Thomson Reuters, año 2015. pp 871-922.

Zambrano, F., *El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Balance crítico, Memoria de prueba para optar el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2016.

EL PAPEL DE LOS RANKINGS DE CIUDADES EN EL DISEÑO DE POLÍTICAS PÚBLICAS LOCALES: COMPETITIVIDAD URBANA Y PRENSA ECONÓMICA

Autor //

Alberto Carrera Portugal*

Resumen:

El artículo presenta los resultados de una investigación cuyo objetivo fue identificar el papel de los rankings de ciudades publicados en la prensa económica—particularmente en *The Economist Intelligence Unit* y *AméricaEconomía*—, para incidir en el debate público sobre el “modelo de ciudad competitiva” e influir en el diseño y la implementación de políticas públicas locales. La investigación incluyó entrevistas con funcionarios públicos locales de las ciudades de Monterrey, Puebla, Querétaro y la Ciudad de México, así como con el editor de la primera versión del ranking “*Las Mejores Ciudades para Hacer Negocios en América Latina*” de la revista *AméricaEconomía*.

Abstract:

The article presents the results of an investigation whose objective was to identify the role of city rankings published in the economic press.

Palabras clave:

Rankings de ciudades, prensa económica, diseño políticas públicas locales.

Sumario

I. Introducción. II. Prensa económica y rankings. III. La producción y difusión de rankings, índices y mediciones de ciudades. IV. La producción y difusión de rankings, índices y mediciones de ciudades. V. Perspectivas de actores sociales y expertos vinculados con las políticas públicas locales en materia de competitividad urbana. VI. Resumen de los resultados de las entrevistas: categoría principal y subcategorías. VII. El ranking Las mejores ciudades para hacer negocios en América Latina de la revista *Américaeconomía*. VIII. El espacio de los flujos y la escala global de la prensa económica. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

*Responsable de Cátedras de la Coordinación de Humanidades de la UNAM. Profesor de la materia de Comunicación Internacional en la Maestría en Asuntos Internacionales de la Facultad de Estudios Globales de la Universidad Anáhuac México Campus Norte [albercp@unam.mx].



I. INTRODUCCIÓN

Los listados, mediciones, índices y rankings como contenidos informativos se encuentran asociados con el origen y evolución de la prensa económica, la consolidación del mercantilismo y el desarrollo del capitalismo financiero en la Edad Moderna durante los siglos XVI-XVIII en Europa (Arrese, 2002).

Actualmente cada año diferentes tipos de organizaciones—medios de comunicación, organismos internacionales, fundaciones, empresas de consultoría, entidades gubernamentales y ONG's—elaboran rankings que se difunden a través de múltiples canales y plataformas de información que ofrece el ecosistema de medios a nivel mundial (Scolari, 2008).

Esta amplia oferta se compone por ejercicios que a partir de un 'concepto eje'—por ejemplo, la competitividad—proponen parámetros o atributos aplicables a las unidades—personas, países, ciudades, territorios, empresas, marcas, universidades u organizaciones—que enlistan, caracterizan, miden y comparan; los rankings tienen un alcance diferenciado que puede ser de carácter local, nacional, regional o global (Perló & Carrera, 2007).

Las ciudades se diferencian de otros tipos de unidades toda vez que representan construcciones sociales complejas, multiculturales y multidimensionales, su rol histórico civilizatorio resulta central para las sociedades contemporáneas lo mismo que su articulación económica global en redes a través del espacio de los flujos (Castells, 1999a).

En los entornos urbanos se sintetizan muchas de las mayores aspiraciones de la humanidad (desarrollo tecnológico, sustentabilidad, bienestar, innovación, prosperidad, conocimiento, equidad) y también muchos de sus grandes desafíos (violencia social, inseguridad, deterioro ambiental, pobreza, marginación y discriminación) (Glaeser, 2011).

De acuerdo con las Naciones Unidas en la actualidad el 55% de las personas en el mundo vive en ciudades, en el documento World Urbanization Prospects: The 2018 Revision se estima que este porcentaje aumentará hasta en un 13% de cara a 2050, es decir, cerca de 2500 millones de personas adicionales vivirán en las ciudades para esa fecha: “la urbanización va a continuar y lo va a hacer más rápido en los países de ingresos bajos y medios” (United Nations, 2018a).

Today, the most urbanized regions include Northern America (with 82% of its population living in urban areas in 2018), Latin America and the Caribbean (81%), Europe (74%) and Oceania (68%). The level of urbanization in Asia is now approximating 50%. In contrast, Africa remains mostly rural, with 43% of its population living in urban areas (United Nations, 2018b).

Los factores que inciden en las políticas públicas para la gestión de las ciudades revisten una especial importancia, aún más para los países que forman parte de las llamadas economías emergentes o aquellos de ingresos medios o bajos—como México—, ya que en estos territorios tienen lugar los procesos demográficos y de urbanización más intensos.

En la presente investigación se considera que uno de los aspectos centrales de la reflexión

en torno a los rankings es establecer su incidencia al momento de diseñar o determinar políticas y directrices para la gestión de las unidades enlistadas—particularmente cuando se trata de organizaciones, empresas, marcas, ciudades, países o territorios—, ya que se estaría en presencia de una suerte de ‘efecto implícito’ atribuible a los listados el cual iría más allá de su papel ‘evidente’ en la construcción de la opinión pública, la imagen o la valoración social que se genera en torno a las unidades.

Partiendo de esta idea, entre marzo y agosto de 2017 desde la Universidad Nacional Autónoma de México se condujo un estudio que buscaba establecer la incidencia o importancia de los rankings de ciudades publicados por revistas especializadas en economía y finanzas en el diseño e implementación de políticas públicas en materia de competitividad urbana en cuatro ciudades mexicanas: Monterrey, Puebla, Querétaro y la Ciudad de México, las cuales aparecen enlistadas en los rankings de *The Economist* y *América Economía*.

En este artículo se presentan los principales resultados de la investigación considerando tanto los elementos teórico-conceptuales como los relacionados con la información de campo recabada. A partir de esta investigación fue posible establecer que los rankings de ciudades además de activar un diálogo social alrededor de las calificaciones que alcanzan diferentes territorios, contribuyen con la deliberación pública en torno al ‘modelo de ciudad competitiva’, lo cual incide en el diseño e implementación de las políticas públicas locales en la materia.

II. PRENSA ECONÓMICA Y RANKINGS

Uno de los contenidos característicos de la prensa económica (Arrese, 2002) son los rankings, índices, listados, ratings y mediciones. El surgimiento tanto de la prensa económica como de los rankings se encuentra estrechamente vinculado con la consolidación del mercantilismo, el capitalismo comercial y financiero (que se desarrollan en la Edad Moderna, durante los siglos XVI-XVIII en Europa) (Comín, 2013). Es posible dividir la evolución de la prensa económica y los rankings en cuatro etapas o períodos.

En el primer período (1500-1769), fueron determinantes las tecnologías de navegación e imprenta. Las primeras organizaciones en las que se producía la información especializada eran básicamente iniciativas de personajes de la época quienes hacían acopio de los datos y utilizaban las facilidades que ofrecían los marcos regulatorios aplicables al servicio postal y la imprenta en la mayoría de los países del centro de Europa, para poner en circulación las hojas volantes, gacetillas y los primeros periódicos como *Lloyd's List*, proyecto generado a instancia de Edward Lloyd, propietario y administrador de uno de los cafés londinenses que entre 1680 y 1750 se convertiría en el punto de confluencia e información para el medio de la marina mercante y el naciente mercado de aseguranzas para embarcaciones.

El contenido generado por las organizaciones, precedente directo de los rankings e índices, eran las listas de precios y la relación de las mercancías con las que los barcos zarpaban o arribaban a los puertos. Se trata de un contenido orientado a atender las necesidades de información con un carácter comercial y mercantil, reforzado por la expansión de las rutas marítimas desde Europa y la colonización de los territorios en África, Asia y América.



Durante la segunda etapa (1770-1860) la principal tecnología continuó siendo la imprenta que se consolida como un medio masivo cubriendo una demanda creciente de lectores, aumentando los tirajes de los periódicos y dando cabida a un medio impreso con un formato distinto: la revista (*o review*) que atiende las necesidades de los mercados locales.

Además de las revistas—como iniciativas de editores y especialistas en economía adscritos a corrientes de pensamiento, principalmente de corte liberal, como *The Economist* en 1843—, los periódicos especializados en información tanto general como económica consolidan un modelo empresarial y periodístico conformando los primeros monopolios. Las organizaciones periodístico-informativas especializadas en economía tienen presencia ya no sólo en Europa, sino también a lo largo del continente americano y de manera incipiente en el lejano Oriente.

Se identifica como un tercer momento (1870-1970) en la evolución de la prensa económica, los años que comprenden a la segunda revolución industrial y la gradual expansión global del mercado de capitales (que paradójicamente inicia con el crack bursátil de 1929), como un periodo de internacionalización y convergencias multimedia.

Debido a la convergencia tecnológica suscitada por el telégrafo, en el ecosistema de medios aparece un nuevo tipo de organización periodístico-informativa: la agencia de noticias (1835), cuyos servicios (como en el caso de Reuters, fundada en 1851) abarcan la cobertura de los mercados bursátiles y financieros internacionales.

En las tres ciudades que fungirían como nodos globales para el mercado de capitales a partir de la segunda mitad del siglo XX (Londres, Tokio y Nueva York), surgen y se consolidan los tres grandes periódicos (calificados así debido a sus amplios tirajes y su presencia internacional y/o a través de la participación en proyectos editoriales locales o regionales) especializados en economía y finanzas: Financial Times (Londres, 1888), Wall Street Journal (Nueva York, 1889) y Nihon Keizai Shinbun (Tokio, 1945), que representarían un modelo para otras publicaciones alrededor del mundo.

Surgen en Norteamérica cuatro proyectos editoriales que marcarían una pauta en la popularización de los temas vinculados con los intercambios bursátiles y comerciales, así como con el ámbito empresarial: Forbes (1917), Businessweek (1929), Fortune (1930) y Money (1972), también destacan Time, Newsweek y otras publicaciones como espacios donde se podía leer a teóricos como Keynes, Galbraith, Samuelson y Friedman.

Sobresale en la oferta informativa la aparición de los índices bursátiles creados por los tres grandes diarios económicos globales: Dow Jones (Wall Street Journal, 1884), FTSE (Financial Times, 1935) y Nikkei (Nihon Keizai Shinbun, 1949); así como los primeros rankings generados por revistas financieras: *Fortune 500* el listado empresas más importantes de los Estados Unidos cuya primera edición apareció en 1955 y *The Fifty-Million Dollar Man* puesto en circulación en Noviembre de 1957, elaborados por la revista Fortune. También tienen lugar los primeros proyectos de información económica en radio y televisión hacia 1963.

En el cuarto y último periodo (1980-2015) los rankings tendrán el mayor impulso en toda la historia de la prensa económica, de acuerdo con Arrese (2002) en la década de los ochenta se suscita una suerte de 'guerra de rankings' durante la cual las principales revistas publican

una amplia variedad de listados, en ocasiones como una respuesta a sus competidores.

Surgen los primeros rankings de ciudades elaborados por The Economist en 1985, así como el primer índice de ciudades latinoamericanas publicado en el año 2000 por la revista *Américaeconomía*. Las plataformas digitales darían lugar a rankings que actualizan su información cada 24 horas (como el de los empresarios más acaudalados del planeta a cargo de Bloomberg y Forbes, o las suites de información sobre listados de costos y calidad de vida en ciudades del mundo, por suscripción, desarrollado por Economist Intelligence Unit), lo anterior aunado a la vigencia de los índices bursátiles.

En esta etapa resulta contundente la irrupción de plataformas digitales apoyadas en redes informacionales globales (Castells, 1999a), que permiten la convergencia con los medios preexistentes: telefonía, satélite, radio, televisión, medios impresos, agencias de noticias y servicios especializados de información económica-financiera.

Debido al escenario de convergencia, apertura-desregulación económica y crisis financiera mundial, las organizaciones inscritas en el ámbito de la prensa económica (y de los medios de comunicación-información en general) entran en una de las etapas de mayor dinamismo en términos de ventas, fusiones, alianzas, acuerdos y asociaciones para extender sus contenidos a otras plataformas, canales y formatos, o bien, para participar en los mercados locales y regionales de información.

Los rankings han llegado a fungir como uno de los contenidos que permiten monitorizar y visibilizar tanto el desempeño bursátil de las empresas, la reputación de consorcios, la percepción de la calidad de las universidades, un indicador de la capacidad de gestión y liderazgo de las personalidades que figuran en el entorno empresarial o una medida de las cualidades con que cuenta una ciudad para competir o cooperar en el entorno económico global. Los índices y listados—sumados a otras informaciones—al ser una evaluación-medición comparativa (bajo el método del benchmark o referencia comparativa) contribuyen en la toma de decisiones para diferentes organizaciones o en el proceso de integración de las políticas públicas en materia de competitividad urbana para una ciudad.

La prensa económica, sus contenidos y soportes tecnológicos se han desarrollado a la par del ecosistema de medios (Scolari, 2008, 2015) y del sistema económico mundial, lo anterior se ve reflejado en los cambios subsecuentes de las listas de embarque y hojas de precios (1500-1769) a los índices bursátiles (1870-1970) y finalmente, con la popularización de los rankings elaborados en torno a diferentes temas y unidades de medición, entre ellos la ciudad (1980-2015).

III. LA PRODUCCIÓN Y DIFUSIÓN DE RANKINGS, ÍNDICES Y MEDICIONES DE CIUDADES

En la revisión documental que hasta aquí se ha expuesto, es posible apreciar que los rankings forman parte de los contenidos que han acompañado a la evolución de la prensa económica, y las ciudades han fungido como nodos operativos para las organizaciones periódicas, a la vez que han sido incorporadas como unidades a medir en los rankings.

La vinculación entre prensa económica, rankings y ciudades implica considerar la



emergencia del concepto y ámbito de estudio enfocado la competitividad urbana, ya que de este se derivan las investigaciones, estudios, bibliografía y otro conjunto importante de índices de ciudades desarrollados no solamente por la prensa económica, sino también por organizaciones, académicos, especialistas e investigadores circunscritos a esta área temática y conceptual, la cual también se vincula con el diseño de políticas públicas locales.

En los últimos años la competitividad urbana se ha colocado como un tema relevante para la gestión de ciudades y metrópolis en el plano mundial. Es posible afirmar que acudimos a un escenario de competencia, cooperación e interacción entre diferentes tipos de centros urbanos, los cuales, a partir de su escala territorial, demográfica, económica o geográfica, buscan generar, atraer o retener inversiones, actividades comerciales, turismo, innovaciones tecnológicas, conocimiento y cultura, entre otros rubros en los que también se ha incluido el fomento a la tolerancia, la diversidad cultural y la integración comunitaria (Begg, 2002), así como la superación de la más reciente crisis económica global (Perló, 2011a).

La competitividad urbana remite a un amplio espectro de políticas públicas y acciones de gobierno—desde el nivel local hasta el nacional, incluyendo también el plano regional—, así como a esfuerzos académicos en torno a su conceptualización y medición, a partir de vertientes teóricas de estudio y herramientas metodológicas las cuales abarcan una serie de rubros, ámbitos de medición e indicadores (Sobrino, 2005).


La competitividad urbana representa la principal fuente de prosperidad económica en un sistema cada vez más orientado al intercambio comercial. El manejo del concepto ha ido avanzando, puesto que en un principio se orientó fundamentalmente hacia aspectos económicos, tales como productividad, desregulación y flexibilidad, para ir abarcando otras esferas de la sociedad, como la cohesión social, la gobernanza y el desarrollo sustentable (Sobrino, 2010, p. 18).

A la par de la presencia ascendente de la competitividad urbana tanto en el campo académico-conceptual como en el de la gestión, los rankings de ciudades han continuado ganando espacios dentro de la oferta de contenidos informativos ofrecidos por organizaciones periodísticas-editoriales, revistas y periódicos—de alcance global, nacional, regional o local—, quienes a través de versiones tanto impresas como digitales publican periódicamente sus mediciones.

IV. LA PRODUCCIÓN Y DIFUSIÓN DE RANKINGS, ÍNDICES Y MEDICIONES DE CIUDADES

Una revisión inmediata—aunque no exhaustiva— de la producción en materia de rankings de ciudades, permite visualizar a través de un mosaico las mediciones cuyas diferencias van desde el tipo de organización por el que son producidos, el tamaño de la muestra empleada (total de ciudades incluidas en la lista), el alcance territorial de la muestra (nacional, regional, internacional) y la periodicidad (anual o indefinida).

ALGUNOS EJEMPLOS DE ESTUDIOS Y MEDICIONES EN TORNO A LA COMPETITIVIDAD URBANA:

 <p>“The Global Urban Competitiveness Report”, Pengfei Ni, 2011 [http://www.gucp.org/en/]</p>	 <p>“Ranking Port Cities with High Exposure and Vulnerability to Climate Extremes: Exposure Estimates”, OECD, 2008 [http://dx.doi.org/10.1787/011766488208]</p>	 <p>“Index of Global Destination Cities”, Mastercard, 2011 [http://newsroom.mastercard.com/wp-content/uploads/2014/07/Mastercard_GD_CI_2014_Letter_Final_70814.pdf]</p>	 <p>“Office Space Across the World”, Cushman & Wakefield, 2011/2012 [http://www.cushmanwakefield.com/~media/global-reports/OSATW%202014%20Publication%20updated.pdf]</p>
--	---	---	---

En el caso de las ciudades, las variables para medir su competitividad pueden ser tan amplios y diversos como los sectores y las actividades económicas que albergan, por mencionar algunos se pueden tomar en cuenta los siguientes: Competitividad (sistémica o general); Producto Interno Bruto, población e Índice de Desarrollo Humano; Salarios; Costos de vida; Calidad de vida; Mejores ciudades o entorno para: negocios, comercio, localización de actividades, conectividad aeroportuaria, investigación e innovación; Medio ambiente; Ciudades inteligentes, globales, digitales y de la sociedad red.

Como se puede apreciar en el **Cuadro 1**, una parte significativa de la producción de rankings de ciudades lo concentran el tema de la competitividad, los indicadores o estadísticas generales (PIB, IDH, población por principales aglomeraciones urbanas), así como las mediciones que caracterizan los atributos de las localidades como entornos productivos, así como una tendencia reciente a medir el concepto de ‘ciudad inteligente’ o de la sociedad red, es decir, aquellas urbes que conjugan factores como el cuidado del medioambiente, con la tecnología, la calidad de vida y el desarrollo económico equitativo.

Destaca también el lugar que ocupan los organismos, agencias y fundaciones, las consultoras y áreas de estudios de empresas y consorcios como las instancias generadoras de más de la mitad de los *rankings* analizados; es importante considerar que los trabajos desarrollados por organizaciones periodísticas y editoriales cuentan con una mayor visibilidad mediática, mientras que los índices producidos por centros de estudios, universidades y grupos de investigación, son referidos frecuentemente en los debates académicos en el tema de la competitividad.

Medios de comunicación como la revista *Forbes* y *CNBC* publican periódicamente rankings de ciudades estadounidenses de elaboración propia y de otras fuentes en temas tan particulares como las mejores ciudades para *formar una familia* (Van Riper, 2012), para el retiro (Barret, 2012), las de mayor *diversidad cultural* (CNBC, 2011) o las mejores para *encontrar empleo* (Smith, 2012).

Los rankings de ciudades, como contenido periodístico y mediático, ofrecen evidencia sobre la importancia que adquieren ciertos parámetros e indicadores predominantes en el establecimiento del concepto de ciudad contemporánea competitiva, la valoración de distintas fuentes de información en el contexto del diseño de políticas públicas locales, así como la monitorización y asignación de relevancia a la que son sujetas las metrópolis como nodos integrados en redes globales.

En síntesis, posibilitan un análisis de los vínculos entre la medición de la competitividad urbana a través de contenidos periodísticos, el diseño de políticas públicas locales y las interacciones en red entre metrópolis a escala global.

Cuadro 1. Producción de 35 rankings, índices y mediciones de ciudades.

Tema/concepto: Competitividad						
Organización	Global Urban Competitiveness Project	Chicago Council on Global Affairs	Financial Times	IMCO	CIDE	Aregional
Tamaño de la muestra y alcance	500 Internacional	66 Internacional	10 Regional (Norteamérica)	77 Nacional (México)	60 Nacional (México)	56 Nacional (México)
Temporalidad	Anual	Bianual	No tiene	No tiene	No tiene	Bianual
Tema/concepto: Producto Interno Bruto, población e Índice de Desarrollo Humano						
Organización	ONU - Hábitat	City Mayors, Fundación	Pricewaterhouse Coopers	OCDE	ONU – PNUD	CONAPO
Tamaño de la muestra y alcance	509 Internacional	600 Internacional	151 Internacional	66 Internacional	56 Nacional (México)	56 Nacional (México)
Temporalidad	Anual	No tiene	No tiene	No tiene	Anual	No tiene

Tema/concepto: Costos de vida							
Organización	Employment Conditions Abroad	Mercer Human Resource	Economist Intelligence Unit	Union Bank of Switzerland			
Tamaño de la muestra y alcance	414 Internacional	144 Internacional	140 Internacional	71 Internacional			
Temporalidad	Anual	Anual	Anual	Anual			
Tema/concepto: Calidad de vida							
Organización	Mercer Human Resource	Economist Intelligence Unit	Monocle	Businessweek			
Tamaño de la muestra y alcance	215 Internacional	140 Internacional	25 Internacional	50 Nacional (EU)			
Temporalidad	Anual	Anual	Anual	Anual			
Tema/concepto: Mejores ciudades (como entorno) para negocios, atracción de inversiones, comercio, localización de actividades, conectividad aeroportuaria, investigación e innovación							
Organización	Economist Intelligence Unit	Cushman & Wakefield	Mastercard	University of Copenhagen	Airports Council International	Univ. del Rosario e Inteligencia de Negocios	América Economía
Tamaño de la muestra y alcance	132 Internacional	68 Internacional	50 Internacional	30 Internacional	25 Internacional	51 Regional (AL)	45 Regional (AL)
Temporalidad	No tiene	Anual	Anual	No tiene	Anual	Anual	Anual
Tema/concepto: Medio ambiente							
Organización	OCDE	Siemens	Banco Mundial	American Lung Association			
Tamaño de la muestra y alcance	136 Internacional	120 Internacional	96 Internacional	25 Nacional (EU)			
Temporalidad	No tiene	Anual	No tiene	No tiene			
Tema/concepto: Ciudades inteligentes, globales, digitales y de la sociedad red							
Organización	Universidad de Navarra, IESE Business School	Ericsson	AT&Kearney	Observatorio de la Sociedad de la Información y a una Fundación			
Tamaño de la muestra y alcance	135 Internacional	40 Internacional	84 Internacional	19 Regional (AL)			
Temporalidad	No tiene	Anual	Anual	No tiene			

Fuente: Elaboración propia con base en investigación documental (ver fuentes bibliográficas y de información).

TIPO DE ORGANIZACIÓN Y NÚMERO DE RANKINGS	PERIODÍSTICA/ EDITORIAL (7)	ORGANISMOS, AGENCIAS, ASOCIACIONES, FUNDACIONES (11)	CONSULTORÍAS, ÁREAS DE ESTUDIOS DE EMPRESAS (12)	CENTROS DE ESTUDIOS, GRUPOS DE INVESTIGACIÓN (5)



V. PERSPECTIVAS DE ACTORES SOCIALES Y EXPERTOS VINCULADOS CON LAS POLÍTICAS PÚBLICAS LOCALES EN MATERIA DE COMPETITIVIDAD URBANA

Esta sección presenta los datos de campo que se recabaron en la fase de entrevistas con los siguientes actores sociales expertos: el Secretario de Desarrollo Sustentable de la ciudad de Querétaro; el Secretario de Desarrollo Económico de la ciudad de Monterrey; el Secretario de Desarrollo Económico y Turismo de la ciudad de Puebla; el Director Ejecutivo de Planeación Económica de la Secretaría de Desarrollo Económico de la Ciudad de México; el Director General del Instituto de Promoción Turística, Ciudad de México; el responsable del proyecto y elaboración de la primera edición del ranking *Las Mejores Ciudades para Hacer Negocios en América Latina*; y un especialista en temas municipales y gestión de centros históricos con experiencia como funcionario público de la ciudad de Morelia.

Es importante subrayar que los funcionarios públicos locales entrevistados tenían esta responsabilidad durante el período en el que se realizaron las entrevistas: marzo-agosto de 2017, por lo que en la fecha de publicación de este artículo es muy probable que los titulares de las oficinas respectivas hayan cambiado.

Los testimonios contenidos en las siete entrevistas se enfocan directamente en la pregunta central de investigación: ¿qué papel juegan los rankings publicados por The Economist Intelligence Unit y AméricaEconomía en el proceso de diseño e implementación de políticas públicas locales en materia de competitividad urbana, en las ciudades mexicanas de Monterrey (Nuevo León), Puebla (Puebla), Querétaro (Querétaro) y Ciudad de México?

El instrumento diseñado para el trabajo cualitativo en campo consistió en una guía de preguntas aplicadas como entrevista semiestructurada con expertos, en la codificación-categorización de las respuestas aportadas por los sujetos sociales, fue posible identificar tres subcategorías. En función de lo anterior, los resultados se organizaron a partir de la categoría principal y las tres subcategorías que aportaron los entrevistados:

- Identificación del papel que tienen los rankings en el proceso de las políticas públicas locales en materia de competitividad urbana (categoría principal).
- Consideraciones, reservas y perspectiva crítica sobre los rankings (subcategoría 1).
- Evaluación de las variables a incorporar en los rankings, índices y mediciones de la competitividad urbana (subcategoría 2).
- Diferenciación del papel de los rankings de acuerdo con experiencias y procesos de cada ciudad (subcategoría 3).

Se realizaron entrevistas con los titulares de los organismos de gobierno local (secretarías e instancias públicas) en virtud de su relación directa con la implementación de las políticas públicas, la experiencia en el terreno de las demandas y percepciones de otros actores sociales en torno a la competitividad urbana y su interlocución con diferentes niveles y órdenes de gobierno, por lo que son *expertos*.

Los aportes de Luis Felipe Abarca Zárate en torno a la primera edición del ranking *Las mejores ciudades para hacer negocios en América Latina* de la revista *AméricaEconomía*, se presentan por separado, a partir de una síntesis que da cuenta de tres momentos: inicios del proyecto, dinámicas generadas por las primeras ediciones (2000-2005) y perspectiva actual de la información especializada, también se ofrece un segmento con ideas desarrolladas por el entrevistado para complementar la síntesis.

VI. RESUMEN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS: CATEGORÍA PRINCIPAL Y SUBCATEGORÍAS

Las analogías del ranking mencionadas fueron: indicador, datos, termómetro, ecuación, foto. Los rankings fueron referidos como: muy importantes, importantes, muy útiles, válidos, un sustento, tomados en cuenta, punto de referencia, insumo de diagnóstico, datos para tomar decisiones. De acuerdo con los expertos, los rankings implican o requieren: procesar y analizar; ser mediciones frecuentes y específicas; complementar con investigación propia aspectos que en ocasiones las revistas especializadas no tienen en sus indicadores y que son importantes.

Los rankings permiten a quienes los consultan: comparar-compararse, ordenar el mercado, agregar información, ver áreas de oportunidad, prever escenarios, identificar temas prioritarios para una agenda de gestión, mejorar resultados, analizar cómo van sorteando las metrópolis sus desafíos. En términos generales, los rankings: arrojan luz, mueven a tomar decisiones para el diseño de políticas públicas, aportan elementos para diseñar políticas públicas, se deben tomar en cuenta, dan ideas de hacia dónde van las políticas públicas y las mejores prácticas, dan líneas y áreas de actuación, aportan datos y sin datos no se pueden hacer políticas públicas, aportan un inside del comportamiento de las ciudades.

Los entrevistados mencionaron que entre los principales aspectos a considerar con respecto a los rankings está el que no presentan una medición integral (o al menos todo lo integral que se desea) de la competitividad urbana, sin embargo asumen que tampoco es necesariamente una función u objetivo del ranking; estiman que este tipo de ejercicios involucra una selección de la muestra así como una delimitación de indicadores y factores, por lo que 'siempre' faltará algún aspecto, además consideran que algunos indicadores son demasiado generales y en ocasiones parciales.

En su opinión, los rankings son elaborados desde la perspectiva (enfoque-visión) de la organización que los elabora, si bien no son decisivos (en la atracción de inversiones o la localización de empresas) sí suman en la percepción de diferentes actores sociales. Bien enfocados, los rankings permiten tomar mejores decisiones, por lo que es importante (en el proceso de las políticas públicas) no tomarlos de manera acrítica. No miden acciones de gobierno sino condiciones generales de la economía, son construcciones analíticas que van cambiando con el tiempo y requieren complementarse con un análisis situacional local integral.

Una de las preguntas estaba orientada a que los entrevistados mencionaran las variables



o indicadores más importantes que, en su opinión, deberían incluir los rankings y mediciones de competitividad urbana. Entre los indicadores mencionados en común sobresalen: seguridad, eficacia y transparencia en la gestión local (en los trámites y procedimientos para hacer negocios), generación de conocimiento, educación, capacitación y bienestar social, por mencionar tan sólo algunos. Los indicadores se citan en el orden en que los refirieron los entrevistados.

De acuerdo con los expertos, el papel de los rankings en el proceso de diseño e implementación de la política pública está diferenciado por casos o experiencias en ciudades específicas. De acuerdo con la experiencia de los entrevistados, en algunos casos han permitido advertir temas en materia regulatoria (facilidad para realizar actividades económico-empresariales), en otros casos han permitido valorar tendencias y reforzar los elementos diferenciadores de una ciudad.

VII. EL RANKING LAS MEJORES CIUDADES PARA HACER NEGOCIOS EN AMÉRICA LATINA DE LA REVISTA AMÉRICA ECONOMÍA

Luis Felipe Abarca Zárate fue director (del año 2000 al 2005) de la Unidad de Inteligencia y de Investigaciones Panregionales en AméricaEconomía Intelligence. Además del ranking *Las Mejores Ciudades para Hacer Negocios en América Latina*, coordinó proyectos de investigación y rankings sobre bancos, marcas y escuelas de negocios, entre otros.

De noviembre de 2005 a diciembre de 2006 fue editor de rankings para el Grupo Editorial Expansión, empresa a la que pertenece la revista mexicana especializada en economía y negocios Expansión, en esta organización también fue el encargado de crear la primera unidad de inteligencia e investigación: Inteligencia Expansión. Para este reporte, destacan dos núcleos de temas y aspectos que se abordaron durante la entrevista y que están relacionados con la experiencia de Abarca Zárate en AméricaEconomía: ¿Cómo se diseñó el ranking, qué indicadores fueron considerados para hacer la medición, cuál fue el tamaño de la muestra de ciudades y qué tipo de contexto permeaba en el momento en que se concibió el proyecto (año 2000)? ¿Qué efectos y/o dinámicas que se generaron a partir de la publicación del ranking y en sus primeros años (2000 a 2005)?

El concepto del ranking fue, desde un inicio, medir la competitividad de las ciudades latinoamericanas (como un entorno) para 'hacer negocios'. Los indicadores que inicialmente se consideraron para el ranking fueron: tamaño de las economías locales (una dificultad en este rubro fue la de integrar o separar ciudades y zonas metropolitanas), potencial económico en términos del PIB urbano (en función del tamaño de la población), PIB urbano per cápita, infraestructura en servicios para las empresas, eficiencia de los sistemas de la ciudad, seguridad y niveles de delincuencia (sobre todo en los costos de operación de las empresas), conectividad, costos de los servicios de telecomunicación, calidad de vida, imagen-posicionamiento (cómo percibían los ejecutivos distintas ciudades de la región) y vocación.

El tamaño de la muestra de ciudades fue ampliándose de manera gradual, comenzó con más de 15 ciudades, el segundo año fueron más de 20, el tercero 25 y para el quinto

año (2005) el ranking contaba ya con una muestra de 32 ciudades. La ciudad de Miami, Florida (Estados Unidos de América) se incorporó desde la primera edición debido a que—de acuerdo con Luis Felipe Abarca—muchas empresas multinacionales latinoamericanas tienen instalaciones o centros de operación en esa ciudad.

Entre los aspectos que derivaron de la publicación del ranking está el que se generó un benchmark o punto de comparación entre ciudades latinoamericanas (desde la perspectiva de la prensa económica). El ranking incide, de acuerdo con el entrevistado, en al menos en cinco ámbitos: 1) ordena el mercado; 2) genera una discusión en torno a la importancia de la gestión del territorio; 3) aporta datos para el diseño de políticas públicas con los sectores público y privado (con la perspectiva del posicionamiento y el city marketing); 4) incorpora en la región temas como el diferencial de la ciudad (Philip Kotler) y la atracción de talento (Richard Florida); por último, 5) contribuye con la visibilización en un entorno donde gobiernos de ciudades medias y pequeñas realizan acciones orientadas a participar en ámbitos o mercados regionales específicos, como la realización de convenciones o el denominado ‘turismo de salud’.

VIII. EL ESPACIO DE LOS FLUJOS Y LA ESCALA GLOBAL DE LA PRENSA ECONÓMICA

Los rankings aportan elementos a la discusión social que se genera en torno a la agenda económica, política, social y cultural de las ciudades (Perló & Carrera, 2007) desde el ámbito de los académicos y especialistas en el estudio de la competitividad urbana, los inversionistas y estrategias financieros, los organismos internacionales, hasta los tomadores de decisiones político-administrativas a nivel nacional, regional, estatal y local.

Los índices en particular han sido objeto de diferentes críticas, los aspectos que con mayor frecuencia se cuestionan son: la aplicación de métodos estandarizados a unidades complejas que se desenvuelven en contextos diferenciados; la generación de escalas de prestigio o reputación a partir de indicadores que terminan ‘favoreciendo’ a un mismo conjunto de unidades y variables con la subsecuente exclusión de otras; y la omisión de factores cualitativos que permitirían una valoración de carácter integral (Ordorika & Rodríguez, 2008).

En el caso de los rankings de ciudades es posible señalar estas y otras críticas, como el hecho de que algunas de las mediciones elaboradas por la prensa económica consideren prioritarias variables vinculadas con las condiciones propicias para la reproducción de los capitales financieros, que un mismo conjunto de urbes logren ubicarse de manera frecuente en las mejores posiciones, o el escaso margen que tienen ciudades medias y pequeñas para visibilizar aspectos cualitativos relacionados con la escala demográfica y territorial que, al menos en teoría, les permitiría ofrecer a sus habitantes ventajas comparativas en cuanto a calidad de vida, fortalecimiento del tejido social o generación de espacios para la participación ciudadana.

A la luz de una perspectiva crítica, con el desarrollo de un marco conceptual y el análisis de información de campo, la presente investigación expone la necesidad de impulsar a partir de esfuerzos anclados en diferentes instancias y organizaciones—provenientes de la sociedad



civil, las universidades, fundaciones o los medios de comunicación—, rankings, índices, listados y mediciones de ciudades que:

- Contribuyan con la *monitorización social* (Fombrun, 1998) de las políticas locales urbanas, no solamente en aspectos relacionados con la competitividad urbana, sino también en aquellos relacionados con la equidad, prosperidad, calidad de vida y equilibrio medioambiental.
- Favorezcan los consensos sociales locales en torno a un ‘modelo de ciudad’, centrado en las posibilidades que ofrecen las interacciones a nivel comunitario y el fortalecimiento del tejido social, cultural y económico local.
- Fortalezcan la democracia participativa a través de una planeación urbana incluyente, que atienda la diversidad y multiculturalidad propia del tejido social presente en las ciudades contemporáneas.
- Documenten a la incorporación de las ciudades en diferentes redes globales que se articulan a través del *espacio de los flujos* (Castells, 1999a).

Una parte importante de la gestión y las actividades de las ciudades tiene que ver con su articulación en los intercambios globales relacionados con los flujos financieros, comerciales, turísticos y de consumo cultural, muchos de los cuales se encuentran articulados a través del espacio de los flujos resultante del paradigma informacional emergente en la sociedad red (Castells, 1995, 2000, 2009).

Los rankings de ciudades además de contribuir con indicadores susceptibles de considerarse como parte de la *monitorización social*, también pueden documentar las interacciones de las metrópolis en el espacio de los flujos, visibilizando tanto la relevancia como los elementos que aportan en las diferentes redes a las que se articulan en el ámbito global; esta información igualmente puede sumarse a los criterios e indicadores para la toma de decisiones en la gestión local.

De la misma forma en que los rankings como contenidos han evolucionado a través de la historia de la prensa económica, en la perspectiva de un ecosistema de medios (Scolari, 2008) ampliado y con las posibilidades que ofrecen las redes digitales, es posible vislumbrar una nueva etapa en la elaboración y difusión de estos ejercicios comparativos.

IX. CONCLUSIONES

Como resultado del trabajo de investigación realizado, se considera necesario potenciar la capacidad de los rankings de ciudades para vehicular de manera transversal la información y los debates en torno a la idea o concepto de ciudad contemporánea, para fomentar la generación de mediciones que incorporen variables provenientes de la dimensión social, multicultural y participativa del tejido urbano.

En este sentido, es pertinente impulsar una nueva etapa de rankings, índices, listados y mediciones de ciudades que contribuyan, a partir de una estrategia de comunicación

que aproveche los recursos presentes en el ecosistema de medios, en la construcción de consensos sociales y se articulen con instancias ciudadanas de seguimiento y evaluación de políticas públicas locales, a través del aprovechamiento de los datos (datos masivos y metadatos) y la información generada por los sistemas públicos y privados que operan en la ciudad para alimentar indicadores sistematizados que coadyuven en el diseño de planes, programas y estrategias que promuevan la inclusión social, la productividad, la prosperidad, el desarrollo equitativo, los marcos regulatorios eficientes, la superación de la pobreza, la fragmentación y la marginación urbana. Las principales conclusiones a las que se arribó en esta investigación son las siguientes:

- Los orígenes tanto de la prensa económica como de los rankings se encuentran vinculados con la consolidación del mercantilismo, el capitalismo comercial y financiero, que se desarrolla en la Edad Moderna, durante los siglos XVI-XVIII en Europa.
- Las principales características de la evolución de los rankings de ciudades en los últimos 35 años son: expansión de la agenda temática y conceptual, así como diversificación de actores sociales involucrados en el desarrollo de indicadores.
- Los rankings, índices, listados y mediciones son susceptibles de considerarse como una parte de la agenda para la ciudadanización de la evaluación y seguimiento o monitorización del desempeño de los gobiernos locales, ya que pueden aportar contenidos y referentes a esta modalidad de acción desde la sociedad civil.
- Se debe considerar a las ciudades como sistemas generadores de información en todos los niveles: esfera pública y privada, por lo que preceptos asociados con big data, minería de datos o procesamiento de metadatos se deben relacionar con el de plataformas colaborativas, transparencia e inclusión ciudadana en la web 2.0 y más allá, a través de consejos que velen por la regulación y aprovechamiento de los datos que generan los habitantes en la ciudad.
- Los datos de carácter cualitativo recabados en la presente investigación entre una muestra de expertos, permiten establecer que, en el marco del diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas locales en materia de competitividad urbana, los rankings de ciudades juegan un papel como indicador, datos o termómetro.
- Resulta pertinente promover la elaboración de índices de ciudades que coadyuven en la construcción de los consensos sociales y las innovaciones conceptuales, siendo complementados por estrategias de comunicación que optimicen los recursos de información disponibles en el actual ecosistema de medios.



- Los rankings pueden contribuir o activar la deliberación pública de la agenda urbana; son una parte de los argumentos o diagnósticos que sustentan opiniones, discursos, percepciones, debates o consensos; son un contenido que vehiculiza de manera transversal información para la discusión social o para el proceso de las políticas públicas locales.
- Los consorcios multimediáticos son actores de gran relevancia para la gestión urbana, participan con inversiones y generan contenidos e información que constituyen una de diversas fuentes con las que los actores sociales llevan a cabo la toma de decisiones.

Las operaciones en el espacio-territorio de las ciudades contemporáneas digital y mediáticamente aumentado (McQuire, 2010) con la preminencia de las tecnologías de comunicación e información, cuyo desarrollo en los últimos 10 años ha sido sobresaliente en cuanto a sistemas georeferenciales y otras aplicaciones colaborativas, de monitorización social, servicios o entretenimiento que fusionan los bits con los ladrillos (Ratti & Nabian, 2010), apuntan a expresarse en dos dimensiones: una material con manifestaciones en el plano físico-funcional de la ciudad, y otra simbólica abarcando la cultura, los significados y la comunicación (Giménez, 2000).

Este sería el carácter del objeto de estudio abordado en la presente investigación, orientada a establecer y en su caso describir el papel de los rankings de ciudades publicados por la prensa económica, tanto en el diseño-implementación de políticas públicas locales como en la monitorización de la relevancia de las ciudades como nodos en el espacio de flujos.

Pero también existe una dimensión físico-territorial del fenómeno analizado: los cambios en la morfología de los territorios para hacerlos competitivos o aptos para hacer negocios, turismo o inversiones, que también se manifiesta en un plano simbólico, a partir de conceptos, indicadores y datos que conforman un 'modelo' de ciudad contemporánea competitiva, lo cual se traduce en un tipo de contenido específico: el ranking, que es elaborado por diferentes organizaciones—no sólo las pertenecientes a la prensa económica, aunque estas conservan gran parte de los índices con mayor visibilidad—y que se difunde a través de múltiples plataformas mediáticas y digitales.

Bibliografía

Airports Council International. (Abril de 2015). Aircraft Movements Monthly Ranking. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://www.aci.aero/Data-Centre/Monthly-Traffic-Data/Aircraft-Movements/Monthly>

Anholt, S. (2007). *Competitive identity. The new brand management for nations, cities and regions* (Primera ed.). USA: Palgrave Macmillan.

Arrese, Á. (2001). *Economic and Financial Press. From the Beginnings to the First Oil Crisis* (Primera ed.). Navarra, España: Ediciones Universidad de Navarra.

Arrese, Á. (2002). *Prensa económica. De la Lloyd's list al wsj.com* (Primera ed.). Navarra, España: Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA).

Arrese, Á., & Vara, A. (2011). *Fundamentos de periodismo económico. Temas y lecturas* (Primera ed.). Navarra, España: Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA).

ATKearney. (2014). *2014 Global Cities Index and Emerging Cities Outlook*. ATKearney. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <https://www.atkearney.com/documents/10192/4461492/Global+Cities+Present+and+Future-GCI+2014.pdf/3628fd7d-70be-41bf-99d6-4c8eaf984cd5>

Barret, W. P. (6 de junio de 2012). *The 25 Best Places To Retire In 2012*. Forbes. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://www.forbes.com/sites/williambarrett/2012/06/06/the-25-best-places-to-retire-in-2012/#abe9bc070d27>

Beaverstock, J., Smith, R., & Taylor, P. (Diciembre de 1999). A roster of world cities. *Cities. The International Journal of Urban Policy and Planning*, 16(6), 445-458.

Begg, I. (Ed.). (2002). *Urban competitiveness. Policies for dynamic cities*. UK: The Policy Press.

Bloomberg. (febrero de 2016). *Bloomberg Billionaires. Today's ranking of the world's richest people*. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://www.bloomberg.com/billionaires/>

Bloomberg, M. (2001). *Bloomberg by Bloomberg* (Primera ed.). (M. Winkler, Ed.) USA: Wiley.

Briggs, A., & Burke, P. (2006). *De Gutenberg a Internet. Una historia social de los medios de comunicación* (Primera ed.). (M. Galmarini, Trad.) Ciudad de México, México: Santillana.

Castells, M. (1995). *La ciudad informacional. Tecnologías de la información, reestructuración económica y el proceso urbano-regional* (Primera ed.). (R. Quintana, Trad.) Madrid, España: Alianza Editorial.

Castells, M. (1999a). El espacio de los flujos. En M. Castells, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. (Primera ed., Vol. 1. *La sociedad red*, págs. 453-506). Madrid, España: Alianza Editorial.

Castells, M. (2000). Grassrooting the space of flows. En J. O. Wheeler, Y. Aoyama, & B. Warf (Eds.), *Cities in the Telecommunications Age. The Fracturing of Geographies* (Prmera ed., págs. 18-27). Nueva York: Routledge.

Castells, M. (2009). Prólogo e Informacionalismo, redes y sociedad red: una propuesta teórica. En M. Castells (Ed.), *La sociedad red: una visión global* (F. Muñoz, Trad., págs. 21-75). Madrid, España: Alianza Editorial.

CNBC. (17 de mayo de 2011). *The Top 10 Most Diverse Cities in America*. Nueva York, N.Y., USA. Recuperado el <http://www.cnn.com/2011/05/17/The-Top-10-Most-Diverse-Cities-in-America.html?slide=1> de febrero de 2016

Comín, F. (2013). *Historia económica mundial. De los orígenes a la actualidad* (Primera ed.). Madrid, España: Alianza Editorial.

Cushman & Wakefield. (2014). *Office Space Across the World 2014*. Londres: Cushman & Wakefield. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de http://www.cushmanwakefield.com/~/_media/global-reports/OSATW%202014%20Publication%20updated.pdf

Davis, K. (1959). *The World's Metropolitan Areas*. Berkeley: University of California.

Edwards, R. (1993). *The pursuit of reason. The Economist 1843-1993* (Primera ed.). UK: Hamish Hamilton LTD.

Ericsson. (2014). *Networked Society City Index 2014*. Estocolmo: Ericsson. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://www.ericsson.com/res/docs/2014/networked-society-city-index-2014.pdf>

Fombrun, C. J. (1998). Indices of Corporate Reputation: An Analysis of Media Rankings and Social Monitors' Ratings. *Corporate Reputation Review*, 1(4), 327-340.

Forbes. (2015). *Forbes 400. The richest people in America*. Forbes. Recuperado el 15 de febrero de 2015, de <http://www.forbes.com/forbes-400/>

Forbes. (2015). *The World's Most Powerful People*. (K. Dill, Ed.) Forbes. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://www.forbes.com/powerful-people/>



- Fortune. (2005). Fortune 500. A database of 50 years of FORTUNE's list of America's largest corporations . Recuperado el 15 de febrero de 2016, de http://archive.fortune.com/magazines/fortune/fortune500_archive/full/1955/
- Giménez, G. (2000). Territorio cultura e identidades. La región socio-cultural. En R. Rosales, *Globalización y regiones en México* (págs. 19-52). México: UNAM-Miguel Ángel Porrúa.
- Glaeser, E. (2011). *El triunfo de las ciudades* (Primera ed.). (F. C. Basús, Trad.) Ciudad de México, México: Santillana.
- Guterbock, T. (1997). The Polls-Review. Why Money Magazine's "Best Places" Keep Changing. *Public Opinion Quarterly*, 339-355.
- Hall, P. (1966). *The World Cities* (Primera ed.). Nueva York: McGraw-Hill World University Library.
- Hedrick-Wong, Y., & Choong, D. (2015). 2015 Global Destination Cities Index. Tracking Global Growth: 2009-2015. MasterCard. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://newsroom.mastercard.com/wp-content/uploads/2015/06/MasterCard-GDCI-2015-Final-Report1.pdf>
- Lloyd's. (1960). Edward Lloyd's Coffee Shop - 1960s reconstruction. Lloyd's archive - Edward Lloyd's Coffee Shop. Londres, UK: Lloyd's. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <https://www.youtube.com/watch?v=u8ND1hcLaXk>
- Lloyd's. (15 de febrero de 2013). Lloyd's Celebrating 325 Years. The Story of Edward Lloyd. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <https://www.lloyds.com/news-and-insight/news-and-features/lloyds-news/lloyds-news-2013/lloyds-at-325-the-story-of-edward-lloyd>
- Maritime Intelligence. (2016). Lloyd's List. (Informa UK Limited) Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://www.lloydslist.com/ll/>
- MasterCard Worldwide. (2008). Worldwide Centers of Commerce Index. MasterCard Worldwide. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de https://www.mastercard.com/us/company/en/insights/pdfs/2008/MCWW_WCoC-Report_2008.pdf
- McCann, E. (Septiembre de 2004). 'Best Places': Interurban Competition, Quality of Life and Popular Media Discourse. *Urban Studies*, 41(10), 1909-1929.
- McQuire, S. (2010). *The Media City*. Media, Architecture and Urban Space. UK: SAGE.
- Mercado, A. (Octubre-Diciembre de 2009). El top ten de las ciudades, una crítica de la medición de la competitividad municipal y urbana. *Problemas del desarrollo. Revista latinoamericana de economía*, 40(159), 169-190.
- Mercer Human Resource. (2015a). 2015 Quality Of Living Rankings. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <https://www.imercer.com/content/quality-of-living.aspx>
- Mercer Human Resource. (2015b). Cost of Living City Rankings. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <https://www.imercer.com/content/cost-of-living.aspx>
- Monocle. (junio de 2015). The Monocle Quality of Life Survey 2015. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <https://monocle.com/film/affairs/the-monocle-quality-of-life-survey-2015/>
- Ordorika, I., & Rodríguez, R. (2008). *Comentarios al Academic Ranking of World Universities 2008*. Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Evaluación Institucional. Ciudad de México: UNAM. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://www.dgei.unam.mx/arwu.pdf>
- Organisation for Economic Co-operation and Development. (2004). *Territorial Reviews*. Mexico City. Francia: OECD.
- Parsons, W. (1990). *The power of the financial press* (Primera ed.). New Jersey, USA: Rutgers University Press.
- Pengfei, N., & Kresl, P. (2010). *The Global Urban Competitiveness Report - 2010* (Primera ed.). Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- Perló, M. (2011a). *Cities in Times of Crisis: The Response of Local Governments in Light of the Global Economic*

Crisis: the role of the formation of human capital, urban innovation and strategic planning. University of California Berkeley, Institute of Urban and Regional Development. Berkeley: IURD. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://escholarship.org/uc/item/3432p4rb>

Perló, M. (2011b). Las ciudades en tiempos de crisis. En J. L. Curbelo, M. Parrilli, & F. Albuquerque, Territorios innovadores y competitivos (págs. 471-492). Madrid: Orkestra - Instituto Vasco de Competitividad - Fundación Deusto - Marcial Pons. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://ru.iis.sociales.unam.mx/jspui/handle/IIS/3385>

Perló, M., & Carrera, A. (septiembre de 2007). En los rankings nacionales e internacionales ¿qué lugar ocupa la Ciudad de México? Íconos. Temas inmobiliarios, 1(9), 6-9.

Ratti, C., & Nabian, N. (2010). La ciudad venidera. En BBVA, Innovación. Perspectivas para el siglo XXI (págs. 383-397). España: BBVA.

Sassen, S. (1994). *Cities in a World Economy* (Primera ed.). USA: Pine Forge Press.

Sassen, S. (2001). *The global city*. New York, London, Tokyo (segunda ed.). Princeton: Princeton University Press.

Sassen, S. (Ed.). (2002). *Global Networks. Linked Cities*. Nueva York, USA: Routledge.

Sassen, S. (2009). La ciudad global: introducción a un concepto. En BBVA, Las múltiples caras de la globalización (págs. 50-62). Madrid: BBVA.

Scolari, C. (2008). *Hipermediaciones. Elementos para una Teoría de la Comunicación Digital Interactiva* (Primera ed.). Barcelona, España: Gedisa.

Scolari, C. (Ed.). (2015). *Ecología de los medios. Entornos, evoluciones e interpretaciones* (Primera ed.). Barcelona, España: Gedisa.

Siemens AG. (2010). *Latin American Green City Index*. Munich: Siemens AG. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://www.siemens.com/press/pool/de/events/corporate/2010-11-lam/Study-Latin-American-Green-City-Index.pdf>

Smith, J. (8 de mayo de 2012). The Best Cities For Finding Employment Right Now. *Forbes*. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://www.forbes.com/sites/jacquelynsmith/2012/05/08/the-best-cities-for-finding-employment-right-now/#4ebf71d86c8b>

Sobriño, J. (2005). Competitividad territorial: ámbitos e indicadores de análisis. *Economía, Sociedad y Territorio*, Dossier especial, 123-183.

Sobriño, J. (Ed.). (2010). *Competitividad urbana. Una perspectiva global y para México* (Primera ed.). Ciudad de México, México: El Colegio de México A.C.

The Economist. (18 de Agosto de 2015). The world's most 'liveable' cities. *The Economist*. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://www.economist.com/blogs/graphicdetail/2015/08/daily-chart-5>

The Economist. (2016). About us. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://www.economist.com/help/about-us>

The Economist Intelligence Unit. (2 de julio de 2009). Business travel ranking. *Business and pleasure*. *The Economist*. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://www.economist.com/node/13934558>

The Economist Intelligence Unit. (2015). *Worldwide Cost of Living Report 2015*. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de http://www.worldwidecostofliving.com/asp/wcol_WCOLHome.asp

UN-HABITAT. (2013). *STATE OF THE WORLD'S CITIES 2012/2013 Prosperity of Cities*. New York: UN-Habitat - Routledge. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://mirror.unhabitat.org/pmss/getElectronicVersion.aspx?nr=3387&alt=1>

United Nations. (2018a). *World urbanization prospects. The 2018 Revision*. Department of Economic and Social



Affairs. Population Division. New York: UN. Recuperado el 15 de enero de 2019, de <https://population.un.org/wup/Publications/Files/WUP2018-KeyFacts.pdf>

United Nations. (2018b). Las ciudades seguirán creciendo, sobre todo en los países en desarrollo. Noticias ONU. Recuperado el 15 de enero de 2019, de

<https://news.un.org/es/story/2018/05/1433842>

Van Riper, T. (4 de Abril de 2012). The Best Cities For Raising A Family. Forbes. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <http://www.forbes.com/sites/tomvanriper/2012/04/04/the-best-cities-for-raising-a-family/#625e17455cc5>

Zanuck, D., Macgowan, K. (Productores), Ferris, W., Kenyon, C., Pascal, E. (Escritores), & King, H. (Dirección). (1936). Lloyd's of London [Película]. USA: 20th Century Fox. Recuperado el 15 de febrero de 2016, de <https://www.youtube.com/watch?v=pPrTrVe6XIU>

Zook, M., & Brunn, S. (2006). From Podes to Antipodes: Positionalities and Global Airline Geographies. *Annals of the Association of American Geographers*, 471-490.

INTERROGANTES SOBRE EL NUEVO FONDO DE INFRAESTRUCTURA S.A.

Autor //

Claudio Moraga Klenner*

Resumen:

El Fondo de Infraestructura es una sociedad anónima chilena, participada en un 100% por el Fisco y la CORFO. Fue creada en el año 2018 con el objetivo de acelerar e incrementar las inversiones en infraestructura pública en Chile. El régimen jurídico que se le aplica deja entrever problemas de implementación y cumplimiento de su objeto social.

Abstract:

The Infrastructure Fund is a Chilean corporation, 100% owned by the Treasury and CORFO. It was created in 2018 with the objective of accelerating and increasing investments in public infrastructure in Chile. The legal regime applied to it suggests problems of implementation and fulfillment of its corporate purpose.

Palabras clave:

Inversiones en infraestructura pública, Fondo de Infraestructura, sociedad anónima, empresas públicas, concesiones de obras públicas.

Abreviaturas:

CGR	Contraloría General de la República
CORFO	Corporación de Fomento de la Producción
CPR	Constitución Política de la República de Chile de 1980
D.CGR	Dictamen de Contraloría General de la República
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DL	Decreto Ley
HdL	Historia legislativa de la Ley 21.082, que elabora la Biblioteca del Congreso Nacional
LOCBGAE	Ley 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
LCOP	Decreto Supremo MOP N° 900, de 1996, texto refundido de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, Ley de Concesiones de Obras Públicas
MOP	Ministerio de Obras Públicas

* Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho - Universidad de Chile



Sumario:

I. Introducción. II. Empresas y sociedades públicas. III. Naturaleza Jurídica, régimen, administración y fiscalización del Fondo de Infraestructura. IV. Interrogantes que plantea el Fondo de Infraestructura. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de crear un *fondo de infraestructura* proviene de la Cámara Chilena de la Construcción, el Consejo de Políticas Públicas de Infraestructura y el Consejo Asesor de Financiamiento de Infraestructura Pública. Se trataría de un instrumento gestionado por una institución pública, que permitiera garantizar inversiones en infraestructura pública y que sirviera para aumentar fuertemente la inversión de infraestructura, hasta alcanzar, dentro de lo posible, un 6% del PIB (hoy, aprox. 3.0%). El patrimonio del fondo tendría formarse con recursos disponibles de concesiones de obras públicas otorgadas por el Estado, esto es, por medio del traspaso de flujos financieros que generan ciertos activos del sistema de concesiones de obras públicas a otros proyectos de alta rentabilidad social y económica. Más precisamente, el fondo tendría que beneficiarse de lo que produjeran unos activos públicos que habían sido creados total o parcialmente por anteriores concesionarios de obras públicas (concesiones otorgadas por el Fisco, en su momento), cuando fueran re-licitadas y otorgadas a futuros nuevos concesionarios, seleccionados esta vez por el mismo fondo.

A poco andar, el Gobierno consideró que lo más conveniente sería que el fondo de infraestructura se arropare como una sociedad comercial, porque así se agilizarían los procesos de generación y desarrollo de proyectos, toda vez que la sociedad se desvincularía de las formas propias del Derecho Administrativo, para pasar a conducirse como un particular más; al mismo tiempo que el Fisco podría sustraer del presupuesto estatal los riesgos propios de las actividades que desplegaré el fondo.

De igual manera, desde un inicio, el proyecto de ley concibió al fondo como una entidad con un objeto social amplio, que fuera más allá del puro giro financiero y de servir como garante en proyectos que la banca no estuviere en condiciones de financiar.² Por ello, dentro del giro se atribuyó al fondo el derecho de construir, ampliar, conservar y operar obras, e invertir en sociedades que facilitaren el cumplimiento de su objeto. Estas cuestiones fueron expresamente planteadas en el proceso legislativo: al ser una empresa, su resultado se desacoplaría de los vaivenes presupuestarios de la Nación (“de la regla fiscal”³), al mismo tiempo que la planificación del fondo se desvincularía de los ciclos políticos y económicos.⁴ Está por verse, sin embargo, si se cumplirán dichas predicciones, considerando que una sociedad anónima, precisamente porque es un sujeto privado, aun cuando está participada en un 100% por el sector público, es significativamente débil de cara a intentar mantener su independencia frente al Gobierno.

² Ministro OO.PP, Alberto Undurraga, HdL p. 178.

³ Vid. Jefe División de Finanzas Públicas de la Dirección de Presupuestos, señor José Pablo Gómez, HdL p. 44.

⁴ Ministro OO.PP, Alberto Undurraga, HdL p. 44.

En definitiva, el fondo creado por la Ley 21.082, con el nombre de “Fondo de Infraestructura S.A.”, vino a constituirse en el cuarto elemento institucional del sistema de concesiones de obras públicas. Actualmente, ellos son:

(i) El Ministerio de Obras Públicas: autoridad a cargo de formular las políticas de desarrollo, aumento y mejoramiento de infraestructuras públicas (DFL MOP N° 850, de 1997).

(ii) La Dirección de Vialidad: que titulariza potestades públicas en lo que concierne a los caminos públicos (“Policía de Caminos”) y ejerce una autoridad técnica superior en materia vial, básicamente a través de su Manual de Carreteras (DFL MOP N° 850, de 1997).

(iii) La Dirección General de Concesiones de Obras Públicas: servicio dependiente del MOP, cuyo objeto es la ejecución, reparación, mantención, conservación y explotación de obras públicas fiscales y la fiscalización del cumplimiento de las normas legales y administrativas aplicables a los contratos de concesión (Ley 21.044, de 2017).

(iv) El Fondo de Infraestructura S.A.: sociedad anónima, participada por el Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción, para “que sea dueño, administre, relicite concesiones, que apalanque recursos, que los movilice a otras obras y que, incluso, ayude a financiar nuevos proyectos que requieran apoyo.”⁵ En lo medular, se espera que el Fondo cumpla un objetivo tan multipropósito como complejo: incentivar la realización de más concesiones, financiar de un modo más barato las nuevas concesiones y asumir riesgos donde el mercado financiero no esté dispuesto a concurrir⁶ (Ley 21.082, Diario Oficial de la República de Chile de 24 de marzo de 2018).

II. EMPRESAS PÚBLICAS

La definición de empresa pública es tarea compleja, de momento que, por no existir una ley general de actividad empresarial del Estado, no es posible encontrar en el Derecho Positivo chileno una descripción o explicación común aplicable a todas las formas en que ella se manifiesta. Principalmente, la jurisprudencia oficial de la CGR ha llenado los vacíos legales. Retrocediendo algunos años (1979), ese organismo de control definió las empresas públicas como “entidades creadas por ley que tienen personalidad jurídica de derecho público distinta y separada del Fisco; cuentan con un patrimonio propio que originalmente está constituido por fondos públicos y han sido dotadas de autonomía para gestionar el mismo. Son además organismos funcionalmente descentralizados que, con tal naturaleza, integran los cuadros orgánicos de la Administración.”⁷ Años más tarde, en el D.CGR N° 39.562, de 1997, la CGR

⁵ Presidenta Sra. Michelle Bachelet, 10.7.2015, HdL, p. 359.

⁶ Ministro de Hacienda Rodrigo Valdés, HdL, p. 23.

⁷ D.CGR N° 10.492, de 1979.



clasificó las empresas públicas o del Estado en empresas públicas creadas por ley o empresas del Estado, propiamente tales, y las sociedades del Estado, dando a estas últimas unas características totalmente opuestas a las primeras: no nacen directamente de la ley, se crean bajo fórmulas de sociedades privadas, su régimen jurídico es propio del Derecho Privado, no son parte de la Administración del Estado y les está vedado ejercer potestades públicas. Esta ha sido la doctrina clásica en materia de empresas públicas.⁸ El Fondo de Infraestructura S.A. se corresponde perfectamente con una de estas formas empresariales, a saber, las sociedades del Estado.

Las empresas públicas están a un mismo tiempo sujetas al Derecho Público general aplicable a los organismos administrativos, así como al derecho común,⁹ salvo que por motivos justificados una ley de quórum calificado las exima de regirse por este derecho común, en cuyo caso, la empresa se rige in integrum por el Derecho Público (artículo 19 N° 21 CPR). La regla general es que las empresas públicas se sujeten a un régimen dual, en el que imperan normas de derecho público y de derecho privado. En efecto, el estatuto jurídico de Derecho Público de las empresas públicas creadas por ley regula las funciones, potestades, organización, dirección y administración superior, personal y patrimonio de la empresa pública.¹¹ La LOCBGAE, en cuanto establece la organización básica de la administración del Estado¹², crea un régimen ius administrativo general, que evita estatutos especiales para los organismos administrativos. Por ello, Julio Pallavicini Magnére sostiene que los artículos 1 a 20 (que integran el Título I, denominado Normas Generales) se aplican a todos los órganos de la Administración, incluidas las empresas públicas creadas por ley.¹³

El estatuto de Derecho Común aplicables a todas las formas empresariales que utiliza el Estado se funda en el artículo 19 N° 21 CPR. Al Constituyente no le agrada que cuando

⁸ Luis Cordero Vega Casos destacados Derecho Administrativo (1908-2014), tomo II, Thomson Reuter, Santiago 2015, p. 832.

⁹ Cfr. Luis Cordero Vega Lecciones de Derecho Administrativo, Thomson Reuter, Santiago 2015, p. 491.

¹⁰ En sucesivos dictámenes, la CGR ha mantenido invariable su jurisprudencia respecto de la coexistencia de regímenes públicos y privados aplicables a las empresas públicas: D.CGR N° 5.763, de 2013, N° 21.763, de 2004, y N° 28.226, de 1994. Cfr. Beatriz von Loebenstein Weil Estado y Mercado en las Empresas Públicas, memoria para optar a grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 111.

¹¹ Cfr. Patricio Latorre Vivar Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y control de sus actividades, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso 2008, p. 224.

¹² Cfr. Alejandro Silva Bascuñán Tratado de Derecho Constitucional, 2da. edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000, p. 27 y s.

¹³ La LOCBGAE refiere principios y reglas del Derecho Público de valor general. Se trata, por ejemplo: de sujetarse a la legalidad (artículos 6° y 7° CPR, y artículo 2° LOCBGAE); observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulen (artículo 8° CPR, artículos 3° inciso 2°, y 11 LOCBGAE); asumir responsabilidad por daños que causen en ejercicio de sus funciones (artículo 4° LOCBGAE); velar por la eficiente e idónea

el Estado y sus organismos desarrollan actividades empresariales, puedan sujetarse a normas preferenciales¹⁴, distintas a las que se aplican a todos los demás actores económicos privados. Es que, como se sabe, el derecho común no establece privilegios o derechos de ninguna clase entre los distintos actores empresariales, incluyendo en éstos a las empresas públicas. Entonces, el artículo 19 N° 21 busca someter las relaciones comerciales de las empresas públicas y privadas del Estado a las mismas reglas que se aplican a los sujetos privados, de manera que la empresa del Estado compita con igualdad de condiciones con los demás agentes económicos que operan en el respectivo mercado.

En síntesis, a las empresas públicas creadas por ley se le aplican directamente las disposiciones generales del Derecho Público contenidos en la LOCBGAE. Por el contrario, a las sociedades del Estado no se les aplican. Esto hace que estas últimas siempre tengan una mayor libertad en lo que concierne a su dirección y administración, a la regulación de su personal y a las vinculaciones comerciales que pueden crear con terceros. Aquí yace probablemente la más grande diferencia entre las empresas públicas creada por ley y las sociedades del Estado, porque en lo que respecta a la aplicación del Derecho Común, este se aplica de igual manera a ambas formas empresariales públicas.

III. NATURALEZA JURÍDICA, RÉGIMEN, ADMINISTRACIÓN Y FISCALIZACIÓN DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA

Las materias que pasamos a revisar permitirán constatar si al Fondo se le aplica la teoría de las empresas públicas, esbozada someramente en el capítulo precedente, de forma clara y directa.

Al Fondo se le aplican La Ley 21.082 autorizó al Estado a desarrollar actividades empresariales de financiamiento e inversión de proyectos de infraestructura, así como el desarrollo, a través de terceros no relacionados, de servicios anexos, incluyendo su construcción, ampliación, reparación conservación y explotación. En el momento de la constitución del Fondo su capital se distribuye en un 99% en manos del Fisco y 1% en poder de la CORFO.¹⁵ Esta distribución del capital debe permanecer invariable, ya que no se permite el ingreso de otras instituciones públicas o entidades privadas como futuros accionistas.¹⁶

administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública, actuando coordinadamente y propendiendo a la unidad de acción (artículo 5° LOCBGAE); utilizar los procedimientos establecidos en la ley para la celebración de contratos administrativos (artículo 9° LOCBGAE); deber de las jefaturas de controlar permanentemente el funcionamiento del organismo y de la actuación de su personal, extendiéndose este control a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones (artículo 10 LOCBGAE). Cfr. Julio Pallavicini Magnére Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo, tomo III, Thomson Reuter, Santiago 2012, p. 5.

¹⁴ Cfr. Arturo Ferrandois Vöhringer, Derecho Constitucional Económico, Ediciones UC, Santiago 2011, p. 245.

¹⁵ La CORFO es una agencia del Gobierno de Chile, dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo a cargo de apoyar el emprendimiento, la innovación y la competitividad en el país junto con fortalecer el capital humano y las capacidades tecnológicas. Vid. <https://www.corfo.cl/sites/cpp/sobrecorfo> (accesado el 16.6.2019)

¹⁶ Se prohíbe que la suma de las acciones de esos dos accionistas sea inferior al 100% de las acciones en que



Al Fondo se le aplican las disposiciones de las sociedades anónimas abiertas y las estipulaciones de sus estatutos.¹⁷ Con todo, una singularidad se presenta en el régimen jurídico de momento que por expresa voluntad del legislador, al Fondo les son aplicables, además de la misma Ley 21.082, las disposiciones de otros cuerpos legales, a saber, la LCOF, el Decreto Ley 1.056 (1975), que determina Normas Complementarias relativas a la Reducción del Gasto Público, y el DL 1.263 (1975), Orgánica de Administración Financiera del Estado.

Los artículos 15 a 22 de la Ley 21.082 regulan la administración y organización del Fondo.

La administración está radicada en un directorio compuesto por 5 miembros, designados de la siguiente forma: (a) 2 directores nombrados por el Presidente de la República, elegidos de una nómina de 5 candidatos propuesta por el MOP. De entre estos directores, el Presidente de la República designa al Presidente del Directorio¹⁸. Estos directores duran 4 años en sus cargos, y pueden ser designados para nuevos períodos, y (b) 3 directores nombrados por el Presidente de la República de entre personas de reconocido prestigio profesional o académico por su experiencia y conocimiento en materias referidas al giro del Fondo, a partir de una terna propuesta para cada cargo por el Consejo de Alta Dirección Pública¹⁹, con el voto favorable de 4/5 de sus miembros.

se divide el capital del Fondo. Como refuerzo, el artículo décimo primero del pacto social prohíbe al gerente general del Fondo, o a quien haga sus veces, la inscripción en el Registro de Accionistas de acciones a título de cualquier cesionario, adquirente o comprador distintos del FISCO o de la CORFO.” De igual manera, el artículo décimo segundo de los estatutos dispone que “La opción preferente para suscribir acciones de aumento de capital de la Sociedad emisora, o de cualquier otro valor que confieran (sic) derechos futuros sobre estas acciones, en los términos establecidos en el artículo veinticinco de la ley número dieciocho mil cuarenta y seis, no podrá ser cedida o transferida a terceros distintos del FISCO o de la CORFO.” Por último, el artículo décimo tercero del pacto establece: “Cuando un accionista no pague oportunamente el todo o parte de las acciones por él suscritas, la Sociedad no podrá vender éstas a terceros distintos del FISCO o de la CORFO.”

¹⁷ El respectivo pacto social consta de escritura pública de 24 de septiembre de 2019, de la Notaría de Santiago de don Iván Torrealba Acevedo.

¹⁸ Al presidente le corresponde especialmente: a) Presidir las reuniones del Directorio, de las Juntas de Accionistas y de la Sociedad. En su ausencia o imposibilidad será reemplazado por el Vicepresidente y, en ausencia o imposibilidad de ambos, por la persona que designe el Directorio o la Junta de Accionistas, según el caso; b) Convocar a sesiones del Directorio cuando éste lo acuerde o lo solicite el competente número o porcentaje de accionistas, en conformidad a la ley número dieciocho mil cuarenta y seis y su reglamento o estos Estatutos; c) cumplir y hacer cumplir lo dispuesto en estos Estatutos y los acuerdos que adopte el Directorio y las Juntas de Accionistas; y, d) Adoptar en caso de urgencia, en que no sea posible reunir al Directorio, las medidas que sean necesarias para cautelar los intereses de la sociedad, debiendo reunir y dar cuenta al Directorio de lo actuado, en el más breve plazo posible.

¹⁹ Organismo carácter autónomo a cargo del buen funcionamiento de la Alta Dirección Pública. El Sistema de Alta Dirección Pública tiene como objetivo dotar a las instituciones de gobierno —a través de concursos públicos y transparentes— de directivos con probada capacidad de gestión y liderazgo (Ley 19.882, de 2003).

Los directores de la letra (b) tienen el carácter de independientes, y duran 5 años en sus cargos, pudiendo ser designados para nuevos períodos.²⁰

El Directorio, para el cumplimiento del objeto social, tiene la representación judicial y extrajudicial de la Sociedad, y estará investido de todas las facultades de administración y disposición que la ley o los estatutos no establezcan como privativas de las Juntas de Accionistas. Lo anterior es sin perjuicio de la representación que compete al gerente general. Además, el Directorio podrá delegar parte de sus facultades en el Presidente, Vicepresidente o en una Comisión de Directores, en el Gerente General, Gerentes, Subgerentes o abogados de la Sociedad y, para fines especialmente determinados, en otras personas.

Los accionistas, por su parte, se reunirán en juntas ordinarias o extraordinarias, a las que el Fisco concurrirá representado por los Ministros de Hacienda y de Obras Públicas, y la CORFO por quien designe el Consejo Directivo del Sistema de Empresas Públicas o quien lo sustituya en la administración y representación de sus derechos, acciones y cuotas en el Fondo. Las juntas serán convocadas por el Directorio, de oficio o a requerimiento del Ministro de Obras Públicas.

El objeto legal de la sociedad es desarrollar las actividades empresariales de financiamiento e inversión referidas a proyectos de infraestructura, así como el desarrollo, a través de terceros no relacionados, de los servicios anexos a los mismos, incluyendo su construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación (artículo 1º). Como su objeto es específico, el Fondo no tiene autorización legal para desplegar otras actividades económicas distintas a las mencionadas.

Para cumplir su objeto social, el Fondo puede: 1) Financiar o invertir en proyectos de infraestructura, directamente o a través de terceros, así como elaborar y realizar los estudios necesarios para tales proyectos. 2) Construir, ampliar, reparar, conservar, explotar y desarrollar, sólo a través de terceros no relacionados, dichos proyectos de infraestructura. 3) Realizar gastos o inversiones de carácter físico o financiero, para nuevos proyectos, fomentando su construcción y desarrollo, en la forma que determine el Directorio, velando por mantener la solvencia de la empresa. 4) Emitir instrumentos financieros de deuda, de garantías y otros autorizados expresamente por el Directorio. 5) Constituir sociedades anónimas filiales o coligadas para cumplir su objeto, previa autorización de la junta de accionistas. 6) En general,

²⁰ A los directores, por el hecho de cesar en sus funciones por cualquier causal, les afecta la inhabilidad para ejercer cualquier cargo en una empresa que haya sido beneficiada con el Fondo, por un período máximo de 6 meses. Adicionalmente, están obligados a informar al Directorio del Fondo sus participaciones societarias y todas las actividades laborales y de prestación de servicios que realicen en empresas previamente beneficiadas por el Fondo, sean o no remuneradas. Esta obligación comienza una vez terminada la prohibición de 6 meses antes referida, y se extenderá hasta los 6 meses posteriores al término de aquella prohibición. Estas reglas son similares a las que rigen para quienes se desempeñan en las empresas públicas creadas por ley que, a diferencia del Fondo, si integran la Administración del Estado.

²¹ HdL p. 28.

²² HdL p. 137.



ejecutar todos los actos y celebrar todos los contratos tendientes a cumplir con el objeto de la sociedad. 7) Realizar las demás actividades que expresamente se establezcan en la ley.

Algunas de las atribuciones transcritas merecen ser comentadas:

- En lo que concierne a “1) *Financiar o invertir en proyectos de infraestructura (...)*”, las formas concretas de actuación del Fondo pueden ser dar en préstamo de recursos a una empresa que se crea para asumir una concesión, comprar acciones de ella misma, u otorgar algún tipo de garantía, por la cual cobrará.²¹ Esta tarea puede ser realizada por el Fondo directamente o a través de sociedades en las que participe. Sin embargo, la decisión de participar en estas terceras sociedades no depende solo del Fondo, de momento que es también una cuestión de competencia del Ministerio de Hacienda (artículo 3° decreto ley N° 1.056). Esto afecta la libertad decisoria del directorio de la compañía (lo mismo se aplica para el caso que el Fondo decidiera “5) *Constituir sociedades anónimas filiales o coligadas (...)*”).

- Luego, sobre la atribución de “2) *Construir, ampliar, reparar, conservar, explotar y desarrollar, sólo a través de terceros no relacionados (...)*”, es dable mencionar que en el proceso legislativo, tanto el MOP²² como el Jefe de la División de Finanzas Públicas de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, dieron a entender que la actividad constructiva debía ser excepcional porque tendría por objetivo cubrir los casos en que las licitaciones no fueren exitosas (no se pudiese seleccionar un concesionario) o cuando se produjeran intervalos entre una concesión y otra.²³ Llama la atención, sin embargo, que la disposición que finalmente se aprobó por el Congreso no reflejó ninguna de estas ideas.

- Por último, el Fondo no tiene atribuciones para construir directamente, sino que siempre debe hacerlo por medio de terceros no relacionados, seleccionados a través de una licitación pública. El objetivo es que el Fondo no se constituya en un competidor de las empresas constructoras que operan en el sector privado. Por otro lado, la disposición hace entrever que, en principio, está vedado al Fondo celebrar contratos de construcción a través de licitaciones privadas o como producto de una negociación directa, lo que no se condice con su naturaleza jurídica privada y sujeta al derecho Común, como se ha visto al inicio de este trabajo.

La fiscalización de las actividades del Fondo es amplia y se lleva a cabo por diversas entidades públicas. En cuanto se trata de una sociedad anónima, está sujeta a la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero (artículo 29 inciso 1º)²⁴ y, como tal, no se diferencia de cualquier otra sociedad anónima abierta cuyo capital está distribuido entre sujetos privados.

²³ HdL p. 47.

²⁴ La Comisión para el Mercado Financiero es un servicio público descentralizado, de carácter técnico, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, creado por la Ley 21.000, de 2017, a cargo de velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero, facilitando la participación de los agentes de mercado y promoviendo el cuidado de la fe pública. Para ello deberá mantener una visión general y sistémica del mercado, considerando los intereses de los inversionistas y asegurados. Asimismo, le corresponde velar porque las personas o entidades fiscalizadas, desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan.

Pero, en el caso del Fondo, paralelamente la CGR detenta atribuciones de fiscalización del Fondo, que se traducen en verificar el cumplimiento de los fines de esa sociedad, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional (artículo 16 inciso 2º Ley 10.336, Orgánica Constitucional de CGR). Por último, en lo que concierne a los principales aportes y transferencias financieras, ellas deben ser informadas semestralmente a las Comisiones de Hacienda de la Cámara de Diputados y del Senado.

En resumen, tanto en materia del régimen jurídico aplicable, como en cuestiones relacionadas con la administración superior y la libertad para desarrollar nuevos emprendimientos, el Fondo no puede comportarse como una verdadera sociedad anónima. Esto hace concluir que el Fondo es una sociedad híbrida, que no se puede catalogar de manera pura y simple como una *sociedad del Estado*.

IV. INTERROGANTES QUE PLANTEA EL FONDO DE INFRAESTRUCTURA

Son varias las interrogantes de esta nueva empresa pública, no fáciles de aclarar a partir de la Ley 21.082. Para conocer exactamente al Fondo se requerirá, primero que todo, que el Gobierno dicte los reglamentos para colaborar en la aplicación de dicho cuerpo legal; luego, que los accionistas del Fondo enteren el capital de la sociedad, y, por último, que el Directorio de la compañía conduzca efectivamente al Fondo en procura del cumplimiento de su objeto social. Como un acercamiento inicial a estas cuestiones, desarrollaremos los siguientes tres aspectos: A. La manera como los accionistas (Fisco y CORFO) pagarán el capital de la sociedad; B. El deber legal del Fondo de operar orientado a la obtención de utilidades; y C. Los procedimientos y modalidades de contratación puestos a disposición del Fondo.

A. Entero del capital (art. 11 Ley 21.082, art. octavo pacto social y primero transitorio del pacto social y artículos primero y segundo transitorio de Ley 21.082).

El patrimonio del Fondo se constituye por el capital inicial que pagarán los accionistas, así como por las utilidades y toda clase de bienes que pueda adquirir la compañía, a cualquier título. El capital actual asciende a \$6.500.000.000.- (aprox. USD 10.000.000,00) dividido en 6.500 acciones nominativas, ordinarias, de una misma serie y sin valor nominal. En lo que concierne al entero del capital inicial, la ley dispone que el Fisco podrá suscribirlo y pagarlo, total o parcialmente, con el aporte de bienes fiscales y nacionales de uso público, valorados económicamente. Con más detalle, el artículo segundo de la Ley 21.082 se refiere al aporte de bienes fiscales y nacionales de uso público, indicando que mediante decretos del Ministerio de Hacienda, que se dicten dentro de los 5 años siguientes a la constitución

²⁵ El proyecto de ley original establecía un plazo bastante más acotado para realizar tales aportes: 1 año. A la fecha no se ha dictado ningún decreto de aporte al Fondo de bienes fiscales y bienes nacionales de uso público.



del Fondo ²⁶, dichos aportes “(...) incluirán todas aquellas rutas y carreteras cuya explotación se encuentre regulada por el decreto supremo N° 900, del Ministerio de Obras Públicas, de 1996 [Ley de Concesiones de Obras Públicas], facultándose a éste [al Fondo] para explotarlas una vez finalizado el período de la respectiva concesión.” Con todo, continúa la disposición legal que se comenta, los Ministros de Hacienda y de Obras Públicas, de forma conjunta y fundadamente, podrán decidir no aportar algunos de esos bienes.²⁶

La regulación del capital del Fondo y su forma de entero llama la atención por varias razones.

- Primero, es extraño que la sociedad se haya constituido con un capital inicial tan disminuido, considerando que durante la tramitación legislativa los poderes colegisladores refirieron como valor neto del Fondo la cantidad de USD. 9.000.000.000 (dólares de Estados Unidos de Norteamérica).²⁷ De allí que sea importante saber cómo y cuándo esta sociedad podrá llegar a tener esa valorización, siendo que su capital inicial es de solo diez millones de dólares y por el momento no se conoce de intenciones de aumentarlo.

- Segundo, respecto del aporte social que debe realizar el Fisco, es confusa la manera como la ley lo regula. Probablemente la facultad de aportar bienes fiscales no genera gran problema. Esos bienes fiscales son bienes que el Fisco y otros organismos públicos tienen bajo su dominio privado, y que están afectos a un fin de servicio público. Sin embargo, ellos pueden ser desafectados por medio de actos administrativos y luego transferidos o aportados en dominio a un sujeto jurídico distinto, previa autorización legal. Se advierte que el legislador solo autorizó el aporte de bienes fiscales bajo dominio del Fisco; no se autorizó el aporte de bienes fiscales de propiedad de otros organismos públicos, que tienen una personalidad jurídica distinta a la del Fisco (e.g. bienes de propiedad municipal o de los gobiernos regionales). Por otro lado, a partir de la HdL es posible inferir que el aporte de bienes fiscales puede ser hecho en dominio; pero sin que se excluya per se la posibilidad de que aquél se haga a otro título jurídico válido, por ejemplo, en concesión de uso público (DL 1.939, de 1977, sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado). En todo caso, se echa en menos que el legislador no haya precisado con exactitud los posibles títulos jurídicos que permitirían el aporte de los bienes fiscales.

- Más extraña es la situación de los bienes nacionales de uso público. Estos son bienes que pertenecen a la Nación toda y la ley lo declara así (artículo 19 N° 23 inciso 2° CPR), y cuyo uso, además, pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas (artículo 589 inciso 2° Código Civil). Por lo mismo, un eventual aporte en dominio al Fondo de tales bienes supondría una verdadera privatización del Dominio Público viario.

²⁶ De tomarse esa decisión, ella deberá informarse a las Comisiones de Obras Públicas y de Hacienda del Senado y a las Comisiones de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones y de Hacienda de la Cámara de Diputados.

²⁷ Ministro de OO.PP. Alberto Undurraga, HdL p. 25.

El mensaje presidencial con el que el proyecto de ley llegó en su momento al Congreso Nacional consignó de un modo bastante críptico que el aporte de esta clase de bienes tendría que hacerse “bajo fórmulas jurídicas que permitan radicar su administración en el Fondo”, es decir, sin hacer una expresa mención a una transferencia en dominio propiamente tal. Durante el proceso legislativo, el Ministro de Obras Públicas, Alberto Undurraga explicó: “(...) en el caso de los bienes fiscales se traspasa el dominio, y en el de los bienes nacionales de uso público, la administración, de la manera jurídica que corresponda (...)”.²⁸ Por su parte, el Jefe de la División de Finanzas Públicas de la Dirección de Presupuestos, dejó de manifiesto que „(...) la sociedad puede explotar los recursos que están bajo su administración, ya sean bienes nacional de uso público recibidos en comodato o bienes fiscales traspasados.”²⁹ Entonces, los bienes nacionales de uso público no se aportan en dominio, sino que sólo el derecho de administrarlos o, bien, el derecho de tomarlos en préstamos de uso gratuito.

También, es necesario analizar el artículo segundo de la Ley 21.082, ya que presenta serias deficiencias terminológicas. El expresa que los bienes nacionales de uso público que se aportan a la sociedad son las “rutas” y “carreteras”³⁰, es decir, bienes que en el Derecho Chileno no tienen una individualidad jurídica propia. En efecto, ambas clases de vías de tránsito terrestre son jurídicamente “camino públicos”; mismos que el DFL N° 850, de 1997, en su artículo 24, los define como bienes nacionales de uso público. A partir de la HdL es posible advertir que cuando el legislador trabajó sobre el artículo segundo transitorio estaba considerando que lo aportable sería la concesión de obra pública (el derecho de la entidad concedente) que, sobre esas rutas y carreteras, el Fisco-MOP había adjudicado con anterioridad a terceros. Por tanto, esto ratifica lo que antes se ha afirmado: no es intención del legislador aportar en dominio al Fondo bienes nacionales de uso público.³¹

Ahora bien, la disposición que se viene comentando establece que las “rutas” y “carreteras” entregados en concesión de obras públicas, que se aporten al Fondo, podrán ser explotadas por este, una vez finalizado el período de la respectiva concesión. Esto genera tres observaciones particulares. En primer lugar, el derecho de explotación del Fondo sobre las concesiones de “rutas” y “carreteras” no se podrá ejercer desde el mismo momento del aporte, sino que solamente una vez que ellas finalicen el período de vigencia que les reste.³² En segundo lugar, para poder explotar esos bienes, el Fondo deberá darlos en concesión a un tercero, pero solo una vez que termine la concesión que antes había otorgado el Fisco-

²⁸ HdL p. 318.

²⁹ HdL p. 47.

³⁰ En la HdL hay constancia de que no fue intención del legislador que se aportaren solamente concesiones cuyo objeto sean caminos públicos (“rutas” y “carreteras”), sino que se espera que en el futuro el Fisco aporte al Fondo créditos o derechos sobre concesiones de aeropuertos, hospitales, establecimientos penitenciarios, embalses, u otros. HdL p. 55, 113, 118, 123 y 184.

³¹ Cfr. Jefe División de Finanzas Públicas de la Dirección de Presupuestos, señor José Pablo Gómez, HdL p. 176.

³² Ibid., p. 218.



MOP Por último, como el derecho de explotación de las concesiones que otorgue el Fondo se materializará principalmente en flujos de peaje a los usuarios, es de suponer que en el futuro estas concesiones del Fondo exigirán al concesionario un reparto de ingresos y/o de utilidades, por lo que solamente cuando la concesión no pueda repartir aquéllos, probablemente entonces serán otorgadas por el Fisco-MOP, conforme a las regulaciones tradicionales de la LCOP, o por el Fondo mismo, pero previa Ley de Presupuestos que consulte transferencias a su favor para no afectar su patrimonio.

B. El deber legal del Fondo de Infraestructura de operar orientado a la obtención de utilidades.

La Ley 21.082 impone una directriz especial, a saber, “(...) el Fondo deberá orientarse a la sostenibilidad financiera de su cartera de proyectos y a producir utilidades anuales durante cada ejercicio”. En la HdL hay constancia de que dichas utilidades son financieras, es decir, ellas pueden provenir no solo de ingresos efectivos, sino que también de ingresos devengados o cuentas por cobrar, en aplicación de las normas IFRS.³³ Por otro lado, sin decirlo de forma expresa, la disposición está tácitamente prohibiendo que el Fondo financie obras que no son rentables, de momento que la empresa no ha sido creada para ejercer política fiscal.³⁴

No obstante la claridad de los términos que usa la ley, aquellos objetivos o metas plantean inquietudes que hacen dudar de su cumplimiento íntegro por parte del Fondo. Es que se trata de variables que no están bajo control de la empresa. Primero, porque la ley le obliga a considerar la conveniencia de financiar o invertir en proyectos de infraestructura desde la perspectiva del interés general (artículo 23)³⁵, y, luego, porque la decisión final sobre el destino de las eventuales utilidades del Fondo está siempre en manos del Ministro de Hacienda (artículo 29 DL 1.263) y de la Ley de Presupuestos (1.). Por otro lado, al mismo tiempo que el Fondo se acoge a las normas financieras, contables y tributarias que rigen para las sociedades anónimas abiertas, tiene una serie de condicionantes legales complementarias que se le aplican por el simple hecho de que sus accionistas son el Fisco y la CORFO (2.).

1. Reglas y procedimientos para la evaluación de proyectos que requieren aporte fiscal.

El Fondo está sujeto a unas reglas y procedimiento especiales cuando financia e invierte en proyectos de infraestructura (artículo 23). El procedimiento se utiliza particularmente cuando el Fondo intenta desarrollar proyectos de infraestructura deficitarios.

Un *comité de directores*, conformado sólo por aquellos que tengan el carácter de independientes (ut-supra Cap. III), debe pronunciarse respecto de las implicancias y condiciones financieras de los proyectos, así como evaluar si se está dando cumplimiento a los mecanismos

³³ Ibid., p. 182.

³⁴ Ministro de OO.PP Alberto Undurraga, HdL p. 27.

³⁵ La Ley 21.082 busca superar este inconveniente en el artículo 23, estableciendo un método de evaluación de actividades no comerciales del Fondo, para poder estimar los subsidios estatales que deben involucrarse. (HdL p. 5 y s).

de neutralidad competitiva que resulten aplicables de acuerdo con los principios generalmente aceptados. Este comité debe designar al menos un evaluador independiente para informar, tanto al Directorio como a los accionistas y al público en general, respecto de las condiciones de la operación, sus efectos, su potencial impacto para el Fondo, las condiciones financieras del proyecto y el cumplimiento con los mecanismos de neutralidad competitiva. Sin perjuicio de lo anterior, el Directorio podrá designar un evaluador independiente adicional. El comité de directores deberá pronunciarse respecto de la conveniencia de la operación para el interés social, dentro de los cinco días hábiles siguientes desde la fecha que se recibió el último de los informes de los evaluadores.³⁶ Cuando el Directorio del Fondo deba pronunciarse respecto de proyectos de infraestructura que requieran aporte fiscal³⁷, debe considerar *la conveniencia de dichos proyectos para el interés social, que contemplen criterios de equidad territorial y los intereses de cada región del país*, los reparos u objeciones que hubiese expresado el comité de directores, en su caso, y las conclusiones de los informes de los evaluadores independientes. Cada director deberá fundar su voto de manera individual, dejando constancia en acta del razonamiento y antecedentes que respaldan su decisión.

La circunstancia que el Directorio deba analizar los proyectos de infraestructura, según su conveniencia para el interés general, y asegurarse que contemplen criterios de equidad territorial y los intereses de las regiones del país, por muy loable que sea, desvía la atención del hecho que el Fondo es una sociedad anónima, que debe buscar el lucro y que, por expreso mandato legal, debe obtener utilidades en cada ejercicio. Por lo demás, la compañía, en cuanto sociedad anónima, no tiene realmente la facultad de definir el interés general o social, ni para resolver si un proyecto en particular cumple o no con esa cualidad. A decir verdad, los sujetos privados no son los llamados a determinar qué cuestión es o no de interés general; ello está reservado a las autoridades políticas y administrativas. Esto significa que la determinación de qué proyectos son o no de interés público seguirá siendo una cuestión de competencia del Estado (Fisco-MOP), cuyo pronunciamiento se impondrá muy posiblemente a menudo al Fondo.³⁸

³⁶ Los informes de los evaluadores independientes, así como el pronunciamiento del comité y los acuerdos de Directorio correspondientes, serán comunicados al mercado como hecho esencial. Junto con su comunicación, todos los antecedentes anteriores serán puestos a disposición del público en el sitio web del Fondo por un plazo mínimo de 15 días hábiles.

³⁷ Los aportes fiscales (transferencias) desde el sector público al Fondo pueden tomar la forma de aportes para aumento de capital, de subsidios u otra modalidad, y deben estar consultadas anualmente en la Ley de Presupuestos del Sector Público, por lo que es esperable que esas leyes no solo definan en cada oportunidad el monto de las respectivas transferencias, sino que establezcan condiciones o exigencias especiales para su uso, hoy imposible de conocer. De igual manera, la circunstancia que esas actividades requieran ser consultadas anualmente en la Ley de Presupuestos incorpora un factor de riesgo adicional en la continuidad de cada proyecto, en el caso que el legislador quite o disminuyere las transferencias de un año para el otro.

³⁸ Vid. Art. 1° bis LCOP. También, HdL p. 46.



Llama la atención que el artículo 23 inciso final autorice a la *Administración del Estado a solicitar o requerir* al Fondo la incorporación de obras o la realización de modificaciones a proyectos en ejecución que pueden provocar impacto negativo en su patrimonio. En estos casos, deberá observarse el procedimiento señalado en los numerales anteriores y, previo a su materialización, se debe contar con la autorización de la Ley de Presupuestos del Sector Público.

En Chile, la “Administración del Estado” es un concepto determinado, expresamente definido por la LOCBGAE.³⁹ La integra no solo el Estado o Fisco, sino que, también, todos los organismos públicos administrativos, personificados o no, así como los órganos autónomos constitucionales e, incluso, las empresas públicas creadas por ley. En otras palabras, requerimientos de incorporar obras o modificar proyectos podrían ser hechas, por ejemplo, por organismos muy diversos en el tipo de función administrativa o de gobierno que realizan, en las atribuciones que ejercen y en la forma como sus titulares han sido investidos en sus respectivos cargos (nombrados por el gobierno o elegidos por el pueblo): el MOP, el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Educación, el Banco Central, las Fuerzas Armadas, la Superintendencia del Medio Ambiente, el Servicio Agrícola y Ganadero, las municipalidades, los gobiernos regionales, etc. Lamentablemente, la HdL no da explicaciones que permitan delimitar exactamente “qué Administración del Estado” puede requerir del Fondo la incorporación de obras o la modificación de proyectos, lo que, como se advertirá, es una cuestión de trascendencia para viabilizar la compañía.

Considerando, además, que esos requerimientos, de acogerse o materializarse, pueden generar impacto negativo en el patrimonio del Fondo, se habría esperado que el legislador definiere que el Fondo tendría que quedar indemne y que tiene derecho a una utilidad por la realización de inversiones extraordinarias, exigidas por esos organismos administrativos. Nada de eso se aclara en la ley. Por último, también se echa en menos que la disposición que comentamos no hace referencia a los perjuicios que la incorporación de nuevas obras y la modificación de los proyectos exigidos por un organismo administrativo pueden generar en el concesionario o contratista del Fondo.

2. Administración financiera, contabilidad y personal del Fondo

Al Fondo le son aplicables las normas contenidas en el inciso 2° del artículo 3° DL 1.056, del Ministerio de Hacienda (1975); en el artículo 44 DL 1.263, de 1975, del Ministerio de Hacienda; en el artículo 11 de la Ley 18.196, que establece normas complementarias de administración financiera, personal y de incidencia presupuestaria, y en el artículo 24 de la ley N° 18.482. Esas reglas especiales disponen:

- Los aportes de capital a sociedades en que participe el Fondo, deben contar con una

³⁹ Artículo 1° inciso 2°.- “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.”

previa autorización del Ministerio de Hacienda.

- Los actos administrativos del Fondo que de algún modo puedan comprometer el crédito público, sólo podrán iniciarse previa autorización del Ministerio de Hacienda.

- El Fondo está sometido a estándares de transparencia: debe publicar sus balances generales y demás estados financieros anuales debidamente auditados. La forma, contenido y oportunidad de publicación de los estados financieros serán idénticos a los que se exijan a las sociedades anónimas abiertas.

- El Fondo debe operar sus actividades financieras ajustadas a un sistema presupuestario, que comprenderá: un presupuesto de operación, un presupuesto de inversiones y un presupuesto de contratación, desembolso y amortizaciones de créditos, los que deberán ser operados a través de un Presupuesto Anual de Caja, que coincidirá con el año calendario. El Presupuesto Anual de Caja se aprobará a más tardar el 31 de diciembre del año anterior al de su vigencia mediante decreto exento conjunto de los Ministerios de Hacienda, de Economía, Fomento y Reconstrucción y de OO.PP. Si a tal fecha el decreto respectivo no hubiere sido suscrito por alguno o ninguno de los dos últimos Ministros, registrará el presupuesto contenido en el decreto expedido por el Ministro de Hacienda, sin perjuicio de la firma posterior por parte de él o los Ministros antes señalados (e.g. Economía y OO.PP).

- Las normas sobre formulación y clasificación presupuestaria a las que debe ajustarse el Fondo para la elaboración de su presupuesto, como asimismo los plazos que deben observarse para dicha formulación, son dictados mediante decreto exento conjunto de los Ministerios de Hacienda y de Economía, Fomento y Reconstrucción. El mismo decreto señala la forma y oportunidad de las informaciones sobre ejecución presupuestaria, física y financiera, que debe proporcionar.

- El Fondo está obligado a evaluar sus proyectos conforme a las disposiciones del Ministerio de Desarrollo Social: todos los proyectos deben someterse al proceso de evaluación de inversión pública; si el proyecto no requiere aporte fiscal, entonces éste será evaluado con parámetros generalmente utilizados por el sector privado; pero, si los ingresos del proyecto no alcanzan a cubrir sus costos, la evaluación debe considerar su rentabilidad social, de momento que este permite dar certeza acerca del correcto uso de los recursos públicos involucrados.

Al Fondo se les aplican, igualmente, los artículos 29 y 44 DL 1.263, de 1975.

El artículo 29 prescribe que el Ministro de Hacienda, por decreto supremo, puede ordenar el traspaso a rentas generales de la Nación de las utilidades netas que arrojen los balances patrimoniales anuales de las instituciones o empresas del Estado (léase, del Fondo). A este efecto, los balances deben presentarse dentro del plazo de 3 meses, contados desde la fecha de cierre del ejercicio. Sin perjuicio de lo anterior, por decreto supremo del Ministerio de Hacienda, incluso puede ordenarse, durante el ejercicio correspondiente, el traspaso de anticipos de dichas utilidades a rentas generales de la Nación. Y si los anticipos resultan ser superiores al monto de las utilidades que corresponda traspasar de acuerdo al Balance General respectivo, el exceso constituirá un crédito contra el Fisco, que podrá destinarse al pago de futuros impuestos a la Renta de la Empresa.



El artículo 44, por su parte, establece que los actos administrativos de los servicios públicos, de las empresas del Estado, de las empresas, sociedades o instituciones en las que el Sector Público o sus empresas tengan un aporte de capital superior al 50% del capital social (léase el Fondo), que de cualquier modo puedan comprometer el crédito público, sólo podrán iniciarse previa autorización del Ministerio de Hacienda. Dicha autorización, en caso de otorgarse, no constituye garantía del Estado a los compromisos que se contraigan.

Las reglas y disposiciones recién transcritas evidencian la vinculación real que se mantiene entre el Fondo y el Sector Público. La dependencia que tiene respecto del Ministerio de Hacienda es clara y directa, a punto tal que hace concluir que las atribuciones legales del Directorio deberán ser ejercidas con especial consideración de las políticas que sostenga el Gobierno a través de dicho ministerio.

También se debe mencionar que el Fondo tiene limitadas las vías de financiamiento. Los artículos 27 y 28 le prohíben obtener créditos, fianzas o garantías del Estado o de cualquiera de sus organismos, entidades o empresas. Con todo, la Ley de Presupuestos del Sector Público podrá contemplar transferencias de capital destinadas a proyectos específicos a ser desarrollados por el Fondo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: (a) Que se haya dado cumplimiento al procedimiento señalado en el artículo 23; (b) Que el proyecto se encuentre incluido en el “Plan de Negocios Quinquenal” aprobado por la junta de accionistas; (c) Que el proyecto se encuentre evaluado y recomendado por el Ministerio de Desarrollo Social; (d) Que el proyecto se encuentre debidamente identificado, previo a su ejecución, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 26, y (e) Que el monto máximo de las transferencias al proyecto, en el período que dure la concesión respectiva, no exceda al monto necesario para que el Fondo registre variaciones patrimoniales por efecto de la ejecución del proyecto beneficiado.

Con lo hasta aquí visto, se podría anticipar que el Fisco no tendrá mucho interés en capitalizar el Fondo. Antes bien, se le entregarán recursos monetarios, contemplados de forma anual en la Ley de Presupuestos, amarrados a proyectos específicos de interés sectorial. Esto puede significar, además, que los parámetros de generación de utilidades (rentabilidad privada suficiente para conservar y cuidar el patrimonio del Fondo) deberán ser preteridos ante otros de corte social o colectivo. Otras limitaciones en sentido similar se contienen en el artículo quinto del pacto social del Fondo, al disponer que ella “no podrá efectuar operaciones de crédito de dinero (...) con sociedades que construyan, amplíen, reparen, conserven, exploten o desarrollen proyectos de infraestructura en virtud de concesiones otorgadas por la misma Sociedad, ni adquirir bonos u otros instrumentos representativos de deuda de tales sociedades, otorgar garantías reales o personales para caucionar sus obligaciones o adquirir participación accionaria alguna en las mismas. No obstante (...) la Sociedad podrá asumir obligaciones en el marco de mecanismos de cobertura o distribución de riesgos pactados en el contrato de concesión.”

El “Plan de Negocios Quinquenal” (artículo 25), antes mencionado, merece unas palabras. Este contempla los objetivos y metas de rentabilidad de la sociedad y los planes de inversión y desarrollo ⁴⁰; la política y necesidad de endeudamiento; el programa de disposición de activos y de unidades de negocios no esenciales; la política de traspasos o de capitalización de utilidades, si los hubiere; los planes de asociación y expansión de la sociedad; los requerimientos de transferencias fiscales, si fueren necesarias; los proyectos de infraestructura a desarrollar, señalando la modalidad y el procedimiento de licitación pública a utilizar, y el cronograma de los llamados a licitación para el otorgamiento de nuevas concesiones. El plan se elabora por el Directorio, luego de lo cual se pone en conocimiento del MOP (a más tardar el 31 de marzo del año que corresponda), para que emita un informe técnico, pronunciándose sobre su contenido. En dicha instancia, el MOP puede proponer al Directorio la realización de proyectos de infraestructura contemplados en su propio Programa de Concesiones. Una vez recibido el referido informe técnico del MOP, o transcurrido el plazo de 90 días antes señalado, y revisado el Plan, el Directorio debe presentarlo ante la junta de accionistas (Fisco y CORFO) para su aprobación o rechazo. En caso de que el plan contemple operaciones que impliquen, directa o indirectamente, requerimientos de aportes fiscales, cada una de las operaciones deberá, contar con la autorización del Ministerio de Hacienda.

En adición de lo anterior, el inciso 5º del artículo 25 dispone que el plan contendrá una visión territorial, para lo cual sus proyectos contemplarán infraestructura en diferentes zonas del país, procurando un desarrollo armónico entre ellas, sujeto a las restricciones operacionales y de rentabilidad del Fondo.

Bien se puede presumir que todo desarrollo armónico de las regiones supone una idea de solidaridad territorial, que busca una evolución equilibrada de todas ellas, de manera que las condiciones de vida en una región sean similares a las de otra. Esta cuestión, sin embargo, atiende a una definición propia de un Plan Nacional de Desarrollo, que debe elaborar el Gobierno nacional. Por ello, se reitera la evidente tensión que existe entre la obligación de llevar adelante eventuales proyectos de interés social y de desarrollar armónicamente las regiones y el deber del Fondo de obtener utilidades.

C. Procedimientos y modalidades de contratación.

El Fondo está obligado a usar, como procedimiento de contratación, la licitación pública (artículo 5º inciso 2º). Esos procedimientos deben realizarse en forma transparente y con estricta sujeción, de los participantes y del Fondo, a las bases administrativas y técnicas que los regulen.

La licitación pública es un procedimiento administrativo que lleva adelante una entidad pública, y que prepara su voluntad administrativa contractual con el objetivo de poder seleccionar una oferta y un futuro contratista o proveedor. Como se ha dicho, es un procedimiento propio de las entidades públicas (artículo 2º N° 20 Decreto Supremo M. Hacienda N° 250, de 2004). Es, también, un procedimiento densamente regulado por el Derecho Público. Por lo mismo, la

⁴⁰ La rentabilidad esperada deberá ser superior al costo del endeudamiento del Fisco, ajustado por riesgo.



licitación pública no es el procedimiento de contratación que usen los agentes económicos privados para contratar. Sin embargo, al Fondo, aun cuando es una sociedad anónima, se le obliga a sujetarse a unas reglas que objetivamente restringen sus capacidades negociadoras, tanto de cara a la selección de su contratista como del cierre óptimo de un acuerdo que le interese.

1. CONTRATACIÓN DE CONCESIONES

Tratándose del otorgamiento de concesiones, el Fondo debe utilizar el estatuto jurídico de las concesiones de obras públicas (artículo 5º inciso 3º), particularmente las normas establecidas en los Capítulos III al XI de la LCOP, con excepción de lo establecido en sus artículos 8; 9; 19, inciso final; 20; 20 bis; 21; 25, y 39.

Las disposiciones de la LCOP que se aplican a las concesiones que otorgue el Fondo dicen relación con las reglas de licitación pública y la formalización del contrato (Capítulo III), normas sobre adquisición, expropiación y limitaciones de la propiedad privada (Capítulo IV), facultades de la Administración (Capítulo V), disposiciones sobre derechos y obligaciones del concesionario (Capítulo VI), regulación sobre duración, suspensión y extinción de la concesión (Capítulo VII), normas sobre inspección y vigilancia de la Administración (Capítulo VIII), normas referidas a concesiones sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados al desarrollo de las áreas de servicio que se convengan (Capítulo IX), normas sobre indemnizaciones y resolución de controversias (Capítulo X), y otras disposiciones (Capítulo XI). En consecuencia, la libertad del Fondo para definir el contenido de las concesiones que pueda celebrar se encuentra fuertemente condicionado por la LCOP.⁴¹

⁴¹ El legislador no ha querido que se aplican al Fondo las siguientes disposiciones de la LCOP:

- Artículos 8º y 9º: El contrato de concesión no se adjudica por decreto supremo del MOP y del Ministerio de Hacienda (el contrato debe ser directamente suscrito por el Fondo y el concesionario).

- Artículo 19 inciso final: El Fondo tiene el derecho de ordenar unilateralmente modificaciones las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público debidamente fundadas. Con todo, estas modificaciones no se perfeccionan a través de decreto supremo del MOP y del Ministerio de Hacienda. Esto significa que el *ius variandi* de Fondo debe manifestarse a través de un acto jurídico, e.g. un acuerdo del Directorio, y fundarse en una cláusula específica del contrato de concesión que reconozca y regule la forma como se ejercerá el *ius variandi* durante la ejecución de aquél. Por último, el Fondo debe indemnizar los perjuicios que genere el cambio unilateral.

- Artículos 20 y 20 bis: el Fondo y el concesionario no pueden acordar modificar las características de las obras y servicios contratados, a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación. Se trata de una prohibición que no tiene un sentido claro, porque coarta la natural libertad de las partes de renegociar de común acuerdo el objeto de la obligación del concesionario.

- Artículo 21: El contrato de concesión no se sujeta a las normas del Derecho Público, ni en lo que respecta a su relación con el Fondo, ni a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, ni con respecto de su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fondo, que conforman el régimen económico del contrato.

Desde el momento que las concesiones de la Ley 21.082 son otorgadas por el Fondo, que no por el Fisco-MOP, se concluye que los vínculos jurídicos que generan esos contratos no están sujetos al Derecho Público. Si a lo anterior se agrega que, por aplicación del artículo 6° LOCBGAE, el Fondo no ejerce prerrogativas de poder público, se concluye que los contratos de concesión que celebre el Fondo son contratos de Derecho Privado (no son contratos administrativos o contratos públicos), si bien ellos pueden ser caracterizados como *contratos dirigidos*.

Un problema particular presenta el *ius variandi* contractual en manos del Fondo. Por un lado, la ley le autoriza de un modo algo disfrazado a convenir con el concesionario las adecuaciones a los contratos de concesión que resulten imprescindibles, a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, velando siempre por mantener o incrementar el valor económico del Fondo (artículo 7° inciso 1°). Adecuación, dice el DRAE, es la acción de adecuar; y esta última es proporcionar, acomodar, apropiar una cosa a otra. La importancia de entender claramente qué es una adecuación al contrato de concesión dice relación con las posibilidades reales que tendrá el Fondo y la concesionaria para modificar de común acuerdo el objeto de las obligaciones asumidas por aquélla. Por ejemplo, en el caso de la LCOP, el artículo 20 utiliza unas expresiones distintas: “El Ministerio de Obras Públicas y el concesionario podrán acordar la modificación de las características de las obras (...)” En consecuencia, por el momento no está claro si adecuar será entendido como sinónimo de modificar.⁴² Más extraña resulta leer en el artículo trigésimo del pacto social del Fondo lo que sigue: “En el evento que el Directorio acuerde modificar el régimen económico de un contrato de concesión o las características de las obras o servicios contratados, a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, deberá requerir un informe previo favorable del Ministerio de Obras Públicas (...)” Claramente contraviene la fuerza obligatoria de los contratos (artículo 1545 Código Civil), que el Fondo pueda modificar unilateralmente el régimen económico de la concesión. Considerar, aunque sea hipotéticamente, que el Fondo detenta esta atribución obstaculiza la aspiración de la propia empresa de desarrollar su objeto, de momento que no es esperable que privados quieran contratar con una compañía que puede modificar no tan sólo el objeto de la obligación del deudor, sino que incluso el régimen económico del contrato. Por lo demás, esta idea

- Artículo 25: El plazo de la concesión no se rige por la LCOP, sino que lo que establezca el respectivo contrato que suscriba el Fondo y el concesionario. Una vez que concluya la concesión, solamente el Fondo tiene el derecho de decidir si relicita la concesión y el modo de hacerlo. El artículo 7° inciso 1° Ley 21.082 dispone que el plazo de duración no puede ser superior a 50 años.

- Artículo 39: Las concesiones que otorgue el Fondo no son técnicamente “concesiones de obras públicas”, puesto que ellas se reservan a la competencia del MOP. Terceros organismos públicos no pueden celebrar convenios mandato con el Fondo; ni el mandato que puede celebrar el Fondo con el MOP para que este último licite las futuras concesiones, hacen suponer que el MOP se transforma en ente concedente.

⁴² Como es de esperar, la HdL no da luces al respecto.



también ahuyenta cualquier interés que pudiese tener el sector financiero de participar en proyectos de infraestructura que intente desarrollar el Fondo.

2. OTRAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

El Fondo, excepcionalmente y para proyectos determinados, puede utilizar otra modalidad de concesión o contratación aplicando los procedimientos de licitación pública que éste determine (artículo 5 inciso 3º). En este último caso, la modalidad de contratación y el procedimiento de licitación pública deben ser autorizados por sus accionistas, reunidos en junta (artículo 25).

Esta disposición amplía el abanico de formas convencionales que puede utilizar el Fondo para el desarrollo de su giro: mediante cualquier otra clase de contrato, sea o no nominado, y sea o no típico.

3. CONVENIO DE MANDATO

El Fondo puede convenir con el MOP, que este último actúe como representante del primero en el desarrollo del procedimiento de licitación para el otorgamiento de concesiones a terceros. En este caso, el convenio respectivo debe detallar los términos del mandato y señalar específicamente la aplicación total o parcial de la normativa arriba indicada (artículo 5º inciso 3º). Aquí se anuncia un contrato de mandato especial, no tipificado por la ley. Es de suponer que el contrato de mandato debe ser suscrito entre el Fondo y la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas.⁴³ Esas partes tendrán amplias atribuciones para definir su contenido y estipulaciones, con la excepción de que el mandato no puede incluir dentro de sus cometidos ni que el MOP actué a su propio nombre en la licitación, ni que en representación del Fondo, perfeccione el respectivo contrato de concesión (artículo 5º inciso 4º).

No debe asimilarse este mandato a los “convenios de mandato” del artículo 39 inciso 2º LCOP. Primero, los convenios de mandato se celebran entre el MOP y otras entidades públicas, que no personas jurídicas privadas; luego, porque este último establece que tanto la licitación como el propio contrato de concesión se sujetan al régimen jurídico del MOP, haciendo este último de entidad concedente y, como tal, parte directa del contrato de concesión.⁴⁴

4. INTANGIBILIDAD RESPONSABILIDAD FINANCIERA DEL ESTADO

Los contratos del Fondo no comprometen de manera directa ni indirecta el crédito y la responsabilidad financiera del Estado (artículo 5º inciso 4º). Es decir, el Fisco no asume compromisos financieros ni asume la posición de garante de los contratos que celebre el Fondo en el desarrollo de su giro. A modo de ejemplo, las concesiones del Fondo no pueden

⁴³ HdL p. 183.

⁴⁴ El convenio de mandato de la LCOP es un tipo particular de convenio mandato completo e irrevocable tipificados en el artículo 16 de la Ley Nº 18.091, de 1981, que “Establece normas complementarias de incidencia presupuestaria, de personal y de administración financiera”.

ofrecer garantía del Estado a un futuro adjudicatario. Este punto puede ser trascendente. Las concesiones de obras públicas del MOP han sido exitosas, en una medida importante, porque el Estado puede ofrecer garantías a los adjudicatarios. En el caso del Fondo, el valor que el mercado asigne a sus garantías dependerá en parte importante por el nivel de solvencia y capitalización que tenga y por los compromisos que haya asumido frente a terceros.

V. CONCLUSIONES

- El Fondo es una sociedad sui generis o híbrida del Estado. A lo largo del proceso legislativo, el Gobierno, los parlamentarios e invitados a las comisiones legislativas calificaron al Fondo como una “empresa pública”⁴⁵ o “empresa estatal”⁴⁶. Esto, sin embargo, no desvirtúa la circunstancia de que el Fondo es una persona jurídica privada, que no integra la Administración del Estado, aun cuando todas sus acciones estén en manos del Fisco y la CORFO.

- El Fondo mantiene una vinculación muy fuerte con el Fisco, particularmente con el MOP y el Ministerio de Hacienda. Formalmente, su propiedad y control está en manos del Fisco, por sí y a través de la CORFO; la designación de los directores queda radicada en última instancia en el Presidente de la República; una variedad de operaciones que están bajo el objeto social no pueden realizarse sin una previa aprobación de los Ministerios de Hacienda, de Obras Públicas y, en algunos casos, de Economía; y la última palabra en materia de destino de las eventuales utilidades que obtenga la sociedad pasan por el Ministerio de Hacienda. Por otra parte, el Fondo debe actuar en cercanía con el MOP y sus servicios dependientes, tanto en lo que concierne, por ejemplo, a la formulación del Plan de Negocios Quinquenal, a una probable colaboración en la estructuración de nuevos proyectos y a la necesidad de que sobre sus concesiones se ejerzan las atribuciones propias de la Policía de Caminos, hoy radicadas de modo exclusivo y excluyente en la Dirección de Vialidad. Esto significará poner a prueba las capacidades de coordinación entre ellas, de modo de disminuir interferencias o duplicados de actividades y tareas, porque el Fondo no puede transformarse en una estructura paralela a la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas (ambas entidades tienen la facultad de otorgar concesiones con objeto puesto en obras públicas). Al mismo tiempo, el Fondo tampoco puede ser visto como un simple apéndice del MOP, porque entonces mostrará que, siendo un instrumento nuevo, no sirve para realizar actividades distintas a las que históricamente han desplegado aquel Ministerio, con lo que puede generar la impresión de ser una entidad superflua.

- No obstante que el Fondo es una sociedad anónima, y que debiera registrarse por el Derecho Común, lo cierto es que la Ley 21.082 contiene regulaciones muy sensibles para ella, según se ha visto. Tales regulaciones gravarán las actuaciones del Fondo como si fuera una verdadera entidad pública, integrante de la Administración. Por lo mismo, queda la interrogante si el Legislador se equivocó al escoger el ropaje jurídico que debería haber dado al Fondo: ¿en vez

⁴⁵ Ministro de Hacienda Rodrigo Valdés, HdL, p. 22.

⁴⁶ Ibid., p. 27. También, Clemente Pérez, HDL, p. 35



de sociedad anónima, no habría sido mejor crearlo derechamente como un servicio público?

- El Fondo fue creado con un objetivo urgente y de importancia estratégica: incrementar el desarrollo de infraestructura pública en el país. Es extraño, por ello, que transcurridos casi dos años y medio desde su creación, todavía no ha desplegado ninguna actividad en procura del cumplimiento de su objeto social; que sus estatutos hayan sido acordados más de un año después de su creación y que su capital inicial sea objetivamente insuficiente de cara a los desafíos que le corresponde enfrentar. A ello se suma que el Gobierno no muestra mucho interés en que se superen estas demoras e imperfecciones del procedimiento de instalación de la empresa. Mal pronóstico: va quedando la impresión de que solo después de dictarse la Ley 21.082, las autoridades cayeron en cuenta que el Fondo no pasa de ser una mala solución para un problema que el Fisco-MOP sabe cómo enfrentar eficientemente, sin la necesidad de tener que disfrazarse de agente económico privado.

Bibliografía

- Alejandro Silva Bascuñán Tratado de Derecho Constitucional, 2da. edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000.
- Arturo Fermandois Vöhringer Derecho Constitucional Económico, Ediciones UC, Santiago 2011.
- Beatriz von Loebenstein Weil Estado y Mercado en las Empresas Públicas, memoria para optar a grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Julio Pallavicini Magnére Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo, Thomson Reuter, Santiago 2012.
- Luis Cordero Vega Casos destacados Derecho Administrativo (1908-2014), Thomson Reuter, Santiago 2015.
- Luis Cordero Vega Lecciones de Derecho Administrativo, Thomson Reuter, Santiago 2015.
- Patricio Latorre Vivar Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y control de sus actividades, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso 2008. Santiago de Chile, junio de 2019



EL PRINCIPIO DEL DAÑO EN JOHN STUART MILL APLICADO A LAS RELACIONES BILATERALES MÉXICO-ESTADOS UNIDOS

Autor //

Javier Ramírez Escamilla*

Resumen:

En este artículo se analiza el Principio del Daño en John Stuart Mill, así como una versión alternativa de Ben Saunder, con el propósito de aplicarlo para resolver algunos casos difíciles en las relaciones bilaterales entre México y los Estados Unidos.

Abstract:

This article discusses the Damage Principle in John Stuart Mill, as well as an alternative version of Ben Saunder, with the purpose of applying it to solve some difficult cases in bilateral relations between Mexico and the United States.

Palabras clave:

John Stuart Mill, Principio del Daño, Relaciones Bilaterales, México, Estados Unidos.

Sumario:

I. Introducción. II. El Principio del Daño en John Stuart Mill. III. Una interpretación alternativa del Principio del Daño de Mill. IV. El Principio del Daño y algunos casos difíciles de la relación bilateral entre México y los Estados Unidos de América. V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo de investigación se divide en cuatro partes. En la primera parte, expongo el Principio del Daño en John Stuart Mill del capítulo primero de su obra *On the Liberty*. En la segunda, analizo una versión alternativa de Ben Saunders y su respuesta a las principales objeciones hechas a Mill. En la tercera, aplico el Principio del Daño para resolver algunos casos difíciles de la relación bilateral entre México y los Estados Unidos de América; y finalmente, presento las conclusiones obtenidas como resultado de esta investigación.

II. EL PRINCIPIO DEL DAÑO EN JOHN STUART MILL

Uno de los baluartes más importantes para la democracia en Inglaterra y en general para todas las democracias occidentales, es sin duda la célebre obra de *On the liberty* de John

* Jefe de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle. Licenciado y Maestro en Docencia Jurídica por la Universidad La Salle (México) y actualmente cursando el 4to semestre del Doctorado en Derecho en la misma institución. Email: javier.ramirez@lasalle.mx



Stuart Mill, publicada originalmente en 1859 y en donde se trazan por primera vez y de manera clara, los principios y líneas sobre las cuales se habrán de construir y desarrollar los sistemas liberales en la mayor parte mundo.

En esta obra, Mill describe y nos explica cómo después de los sistemas tiránicos y despóticos de dominación que se practicaron en la antigüedad y el medioevo, surgen en los albores de la modernidad modelos de dominación democráticos, que si bien es cierto ya no son obra de un gobernante despótico y voluble, dichos sistemas de gobierno nunca han podido emanciparse del todo de la inclinación de querer someter al pueblo y a los individuos a su voluntad.

No obstante, lo anterior, Mill considera al poder de los gobernantes como algo necesario, pero peligroso (Mill, 2013, 19), y que, por lo tanto, debe ser limitado para proteger la libertad de los individuos:

Para evitar que los miembros más débiles fuesen devorados por buitres los patriotas tendían a señalar límites al poder de los gobernantes: a esto se reducía lo que ellos llamaban la libertad. Y lo conseguían de dos maneras: en primer lugar, por medio del reconocimiento de ciertas inmunidades llamadas libertades o derechos políticos o, una rebelión general. Otro recurso de fecha más reciente consistió en establecer frenos constitucionales (Mill, 2013, 19-20).

[...] la Revolución francesa, cuyas piras fueron la obra de una minoría usurpadora, y que en todo caso no tuvieron nada que ver con la acción permanente de las instituciones populares, sino que se debieron sobre todo a una explosión repentina y convulsiva contra el despotismo monárquico y aristocrático. Sin embargo, llegó un tiempo en que la República democrática vino a ocupar la mayor parte de la superficie terrestre [...] (Mill, 2013, 21).

Ello trajo como consecuencia 1) la independencia de las Colonias de las potencias europeas en ultramar; 2) el desarrollo del Constitucionalismo (contractualismo) en occidente y, 3) introdujo un culto casi religioso del legislador y al texto de la ley denominado en nuestros días como: voluntarismo jurídico o legalismo.

Mill señalará en clara alusión a Rousseau:

La voluntad del pueblo significa, en realidad, la voluntad de la porción más numerosa y activa del pueblo, de la mayoría, o de aquellos que consiguieron hacerse aceptar como tal mayoría. (Mill, 2013, 21).

Pero ¿cómo proteger la libertad del individuo de la tiranía esa mayoría que se inscribe como uno de esos males contra los que la sociedad debe mantenerse en guardia? Mill nos da una pista diciendo:

Existe un límite para la acción legal de la opinión colectiva sobre la independencia individual: encontrar este límite y defenderlo contra toda usurpación es tan indispensable para la buena marcha de las cosas humanas como para la protección contra el despotismo político. (Mill, 2013, 22).

El problema principal que se plantea en los asuntos humanos es saber cuáles han de ser esas reglas; pero, excepción hecha de algunos casos notables, la verdad es que se ha hecho muy poco por llegar a una solución. (Mill, 2013, 22).

Donde quiera que exista una clase dominante, la moral pública derivará de los intereses de esa clase, así como de sus sentimientos de superioridad. (Mill, 2013, 23-24).

Por lo tanto, encontrar ese límite para la acción legal de la opinión colectiva sobre la independencia individual, resulta la piedra de toque que habrá de constituir la regla aurea sobre los límites contra todo abuso y usurpación del poder político. Antes de desarrollar la idea anterior, resulta indispensable señalar que para Mill (en el primer capítulo de *On the Liberty*) son una parte de la libertad de los individuos y por tanto no son de la incumbencia de la ley y ni de los gobernantes:

- 1) Libertad de conciencia
- 2) La conducta privada
- 3) Buscar nuestro propio bien a nuestra propia manera

Respecto de la *libertad de conciencia* Mill señala:

Nunca se ha llegado más lejos por principio y nunca se han mantenido los hombres con más constancia que en materia de religión: caso instructivo en más de un aspecto y que ofrece un ejemplo vivo de la falibilidad de lo que se llama sentido moral; pues el “*odium theologicum*” representa, en un verdadero fanático, uno de los casos menos equívocos de sentimiento moral. Los primeros en sacudirse del yugo de la que a sí misma se llamaba iglesia universal estaban, en general, tan poco dispuestos a permitir las diferencias de opinión como la iglesia misma (Mill, 2013, 24-25).

Para lo anterior y a modo de ejemplo sirvan en México los casos de: 1) la guerra de reforma (1857-1861) que tuvo como propósito entre otros la separación entre la Iglesia y el Estado mexicano y, 2) la guerra cristera (1926-1929) producto de la limitación a la libertad religiosa que se dio desde la promulgación de la Constitución de 1917.

Y continúa diciendo Mill:

Grandes escritores, a los que el mundo debe cuanto posee de libertad religiosa, han reivindicado la libertad de conciencia como un derecho inalienable, y han negado de modo absoluto que un ser humano tenga que rendir cuentas a sus semejantes sobre sus creencias religiosas. (Mill, 2013, 25).



En Inglaterra [...] existe una gran aversión hacia toda intervención directa del poder, ya sea legislativo, ya ejecutivo, en la conducta privada, más por la vieja costumbre de considerar al gobierno como representante de un interés opuesto al del individuo, que por un justo respeto a sus derechos legítimos. (Mill, 2013, 25).

Por lo que respecta a la *conducta privada* de los individuos Mill señala:

En Inglaterra (por las especiales circunstancias de nuestra historia política), si bien el yugo de la opinión sea quizá más pesado, el de la ley es más ligero que en ningún otro país de Europa; y existe una gran aversión hacia toda intervención directa del poder, ya sea legislativo, ya ejecutivo, en la conducta privada, más por la vieja costumbre de considerar al gobierno como representante de un interés opuesto al del individuo, que por un justo respeto a sus derechos legítimos. La mayoría no ha aprendido todavía a considerar el poder del gobierno como el suyo propio, y las opiniones del mismo como sus opiniones. (Mill, 2013, 25-26).

Hay quienes, en cuanto ven un bien por hacer o un mal que remediar, desearían que el gobierno se hiciese cargo de la empresa, mientras que otros preferirían soportar toda clase de abusos sociales, antes de añadir cosa alguna a las atribuciones del gobierno. (Mill, 2013, 26).

Dicho lo anterior, llegamos al núcleo del discurso de Mill, en donde enuncia en su obra el límite para la acción legal de la opinión colectiva sobre la independencia individual mejor conocido como el *Principio del Daño* (o *Harm Principle*):

El objeto de este ensayo es el de proclamar un principio muy sencillo encaminado a regir de modo absoluto la conducta de la sociedad en relación con el individuo, en todo aquello que sea obligación o control, bien se aplique la fuerza física, en forma de penas legales, o la coacción moral de la opinión pública. Tal principio es el siguiente: el único objeto, que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente. (Mill, 2013, 26).

Y continúa diciendo:

Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de

hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Éstas son buenas razones para discutir con él, para convencerle, o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño alguno, si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano. (Mill, 2013, 26-27).

Como podemos deducir, Mill considera que:

- 1) el daño se puede realizar por acción u omisión;
- 2) que sólo puede ser castigado el daño no consensuado; y,
- 3) que el daño causado afecte intereses: a) significativos y b) directamente.

Por otro lado, cabe señalar que cuando Mill habla de hombres, se refiere a personas adultas, maduras, capaces de decidir por sí, lo mejor o lo que más conviene para alcanzar su felicidad:

Apenas si es necesario decir que esta doctrina no alcanza más que a los seres humanos que se hallen en la madurez de sus facultades. No hablamos de niños ni de jóvenes de ambos sexos que no hayan llegado al tope fijado por la ley para la mayoría de edad. Aquellos que están en edad de reclamar todavía los cuidados de otros, deben ser protegidos, tanto contra los demás, como contra ellos mismos. (Mill, 2013, 27).

De la misma manera, Mill considera que esta doctrina tampoco alcanza o aplica para las sociedades privativas, alejadas del progreso y la civilización:

Por la misma razón podemos excluir las sociedades nacientes y atrasadas, en que la raza debe ser considerada como menor de edad. (Mill, 2013, 27).

Y a conseja:

El despotismo es un modo legítimo de gobierno, cuando los gobernados están todavía por civilizar, siempre que el fin propuesto sea su progreso y que los medios se justifiquen al atender realmente este fin. (Mill, 2013, 27).



Por lo que respecta al *daño no consensuado* por acción u omisión, Mill propone:

Si un hombre ejecuta una acción que sea perjudicial a otros, evidentemente debe ser castigado por la ley, o bien, si las penalidades legales no son aplicables con seguridad, por la desaprobación general. Existen muchos actos positivos, para el bien de los demás, a cuya realización se puede obligar a un individuo; por ejemplo, el de aportar testimonio a la justicia, o el de tomar parte activa, sea en la defensa común, sea en toda otra obra común necesaria a la sociedad bajo cuya protección vive. Además, se puede, con justicia, hacerle responsable ante la sociedad, si no cumple ciertos actos benéficos individuales, deber evidente de todo hombre, tales como salvar la vida de un semejante o defender al débil contra malos tratos. Una persona puede perjudicar a sus semejantes no sólo a causa de sus acciones, sino también por sus omisiones, y en ambos casos, será responsable del daño que se siga. (Mill, 2013, 28).

La regla es hacer responsable a un individuo del mal que hace a los otros; la excepción, comparativamente se entiende, hacerle responsable del mal que no les evitó. Sin embargo, hay muchos casos lo suficientemente claros y graves para justificar esta excepción. En todo lo que se refiere a las relaciones exteriores del individuo, éste habrá de dar cuenta de sus actos cuando se refieren a individuos con los que mantiene relación, o a la sociedad, en cuanto que es su protectora; él es de jure responsable ante ellos. A menudo encontramos buenas razones para no exigirle tal responsabilidad; pero estas razones deben nacer de las circunstancias especiales de cada caso, ya sea porque se trate de un caso en que el individuo actúe mejor abandonado a su propia iniciativa, que sometido a cualquier clase de control que la sociedad pueda empicar sobre él, o bien porque una tentativa de control pueda producir males mayores que los que se intenta evitar. (Mill, 2013, 28).

Y concluye abordando la última libertad de los individuos declarada en este capítulo:

La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien a nuestra propia manera, en tanto que no intentemos privar de sus bienes a otros, o frenar sus esfuerzos para obtenerla. Cada cual es el mejor guardián de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La especie humana ganará más en dejar a cada uno que viva como le guste más, que en obligarle a vivir como guste al resto de sus semejantes. (Mill, 2013, 29).

Como podemos observar, a contrario sensu, Mill rechaza cualquier clase de responsabilidad (jurídica o moral), cuando el daño: 1) es consensuado (o acepta el riesgo de llegar a suceder);

2) no afecte intereses directamente, Mill en su principio no contempla el reclamo de “daños colaterales”; y, 3) en caso de que se genere un daño no consensuado y directamente, dicho daño no resulte significativo.

Cabe señalar que el Principio del Daño de John Stuart Mill, sigue siendo al día de hoy la norma rectora de las sociedades occidentales en defensa de la libertad individual y contra de toda intromisión por parte del Estado, y aunque ha sido sujeto a amplias críticas, ha salido relativamente bien librado desde su postulación en 1859.

Por su parte, H. L. A. Hart en *Law, Liberty and Morality* y Ben Saunders en *Reformulando el principio del daño*, nos ofrecen una interpretación alternativa del Principio del Daño, con la que buscan completar y refinar dicho principio. Para efectos de este artículo de investigación, me resulta más atractiva la interpretación de Ben Saunders a la cual me habré de ocupar a continuación.

III. UNA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA DEL PRINCIPIO DEL DAÑO DE MILL

Siguiendo con el hilo conductor de este artículo de investigación y como lo mencione anteriormente, Ben Saunder en su artículo de investigación *Reformulando el principio del daño*, publicado en la Revista Mind, se da a la tarea de contestar algunas de las objeciones más recurrentes al Principio del Daño de Mill.

3.1 LA DISTINCIÓN ENTRE ACCIONES PROPIAS Y AJENAS

La primera de las objeciones al Principio del Daño de Mill es sin duda que no existe una clara distinción entre los actos que se consideran a sí mismos y los actos que se refieren a otros.

Al efecto, Saunder coincide que efectivamente la distinción entre las acciones propias y ajenas resulta en apariencia falaz, porque en la práctica social no existe una acción u omisión que no repercuta en la sociedad, como lo podría ser manejar un automóvil, pero se resiste a esta conclusión, por lo que propone:

1) Centrarnos en acciones que afecten los intereses de otros.

(Saunders, 2016, 3).

2) Podríamos expandir aún más la esfera protegida de la libertad, por ejemplo, diciendo que una acción no es de otro tipo, a menos que afecte significativa o directamente los intereses de los demás (Saunders, 2016, 4).

Desde luego quedarían en el tintero acciones como bostezar (acciones-autorelacionadas) las que, por no afectar los intereses del otro, significativa o indirectamente se excluyen por sí solas. Y define como acciones de autoevaluación, las que afectan directamente al agente y a los demás. Por lo que el Estado sólo podría intervenir en principio con las acciones puramente relacionadas con otros (Saunders, 2016, 4).



3.2 LOS DAÑOS CONSENSUALES Y NO CONSENSUALES

La segunda de las objeciones al Principio del Daño de Mill, es que se funda en la noción de una conducta egoísta.

En defensa de Mill y respecto de los *daños consensuales*, cabe subrayar que el *Principio del Daño sólo opera en acciones de autoevaluación*, es decir, en aquellas acciones u omisiones que afectan directamente al agente y a los demás, pero que además no han sido previamente consensuadas, por lo que, en el caso de los daños consensuales, no ha lugar a la intervención del Estado. (Saunders, 2016, 6). Ejemplos claros resultan: las autolesiones, el uso y consumo del alcohol y las drogas, el practicar un deporte o desarrollar un trabajo de alto riesgo, etc.

Recordemos que para Mill el Principio del Daño sólo se refiere a personas adultas, maduras, capaces de decidir por sí, lo mejor o lo que más conviene para alcanzar su felicidad.

Respecto de la posibilidad de incluir daños no consensuales, es importante resaltar que pocas personas adultas, maduras, capaces de decidir por sí, lo mejor o lo que más conviene para alcanzar su felicidad, consentirían voluntariamente hacerse un daño a su integridad personal. Por lo que Mill rechaza a rajatabla cualquier intervención del Estado porque la considera: *paternalismo*.

Al efecto Saunders considera que:

Tal vez deberíamos proteger a las personas de algún tipo de daño, incluso si no les gusta que se les interfiera. [...] Más plausiblemente, la interferencia con la acción de autolesionamiento de un agente es permisible solo cuando esa conducta se debe materialmente a algún factor que anula la voluntariedad, como la coerción o la ignorancia.

[...]

El principio de daño supuestamente nos dice que nunca podemos interferir con la conducta de un individuo, excepto para evitar daños a otros. Sin embargo, Mill a veces permite intervenciones para proteger al individuo de su propia acción. Por lo tanto, la distinción entre uno mismo y uno que no lo hace no se ajusta a las propias aplicaciones de Mill de su principio de daño. En ambos casos, la interferencia en las acciones auto-relacionadas es permisible porque, en opinión de Mill, el agente realmente no puede consentir lo que está haciendo (Saunders, 2016, 10).

Al respecto H.L.A. Hart en *Law, Liberty and Morality*, considera que el paternalismo entendido como la protección de la gente contra sí mismo [en algunos casos bien justificados] es una política perfectamente coherente (Hart, 1960, 31-32).

Finalmente, Saunder considera que el Principio del Daño de Mill debería reformularse de la siguiente manera:

Sugiero que reformulemos el principio de daño de Mill de la siguiente manera. Lo que Mill debería haber dicho es que la única justificación para interferir en la libertad de alguien es *evitar un daño no consensual* (Saunders, 2016, 10).

3.3 DEL CONSENTIMIENTO LIBRE, VOLUNTARIO Y VÁLIDO

Desde luego que el *Principio del Daño de Mill* y la reformulación de Saunder dejan aún varias preguntas importantes sin responder, pero particularmente dos muy importantes: 1) ¿Qué debemos entender por “un consentimiento válido”? y, 2) ¿Qué debemos entender por “madurez de sus facultades”? Al efecto reproduzco algunas afirmaciones vertidas en líneas anteriores:

Para los individuos:

Apenas si es necesario decir que esta doctrina no alcanza más que a los seres humanos que se hallen en la madurez de sus facultades. No hablamos de niños ni de jóvenes de ambos sexos que no hayan llegado al tope fijado por la ley para la mayoría de edad. Aquellos que están en edad de reclamar todavía los cuidados de otros, deben ser protegidos, tanto contra los demás, como contra ellos mismos. (Mill, 2013, 27).

Para las naciones:

Por la misma razón podemos excluir las sociedades nacientes y atrasadas, en que la raza debe ser considerada como menor de edad. (Mill, 2013, 27).

En ambos casos, tanto como para los niños como las sociedades nacientes y atrasadas, el daño siempre se comprenderá como: no consensuados.

IV. EL PRINCIPIO DEL DAÑO Y ALGUNOS CASOS DIFÍCILES DE LA RELACIÓN BILATERAL ENTRE MÉXICO Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Una vez expuesto el *Principio del Daño de Mill* y una interpretación alternativa del mismo en Saunders y Hart, me propongo analizar algunos casos *difíciles* de la relación bilateral entre México y los Estados Unidos, a fin de verificar si en alguno de ellos, los Estados Unidos de América con su política exterior provocó a México *un daño, por acción u omisión, no consensuado, que haya afectado intereses directamente y además hayan sido significativos*; y por lo tanto, ameriten una reparación en términos jurídicos y morales.



4.1. JOEL R. POINSETT

Para comprender la nefasta influencia de Joel R. Poinsett es importante reproducir el estupendo artículo de Ortiz Tejeda, publicado en la sección de *Opinión* del periódico *La Jornada* intitulado *La maldita vecindad*:

Dentro de las pequeñas libertades que se tomó don Joel Poinsett con los iniciales gobiernos mexicanos podemos anotar, primero: un permanente amago para que éstos le vendieran al gobierno estadounidense la mitad del territorio nacional, a cambio de su reconocimiento como país soberano. Segundo, el amplio apoyo que le proporcionó a Santa Anna que para conseguir la abdicación de Iturbide. Tercero, nulificar la elección del sucesor del presidente Victoria, ganada por Gómez Pedraza e imponer, como cualquier consejo empresarial de ese tiempo, al general Vicente Guerrero. [Cuarto], patrocinar al vicepresidente Anastasio Bustamante para derrocar al presidente Guerrero.

Una de cal por mil de arena: que frustración de Mr. Poinsett, cuando el emperador, al tiempo que se negaba a toda negociación con él, ratificaba, 2 meses antes de su abdicación, la concesión (4,605 acres), otorgada por la corona española a Mosses Austin para colonizar Texas.

Informado Iturbide que llegaba a México un agente confidencial de Estados Unidos que había sido expulsado de Chile, por intrigante y entrometido, ordenó a Santa Anna le impidiera desembarcar. Éste no sólo desobedeció, sino que hizo a Mr. Poinsett, consejero áulico del Plan de Casa Mata, que culminó con la abdicación del emperador.

Ciertamente en el fondo del corazoncito del general Santa Anna había un profundo rencor, producto de un mal de amores que, como sabemos, son los piores. En la espléndida biografía: Santa Anna el dictador resplandeciente, de don Rafael F. Muñoz, se describe cómo Santa Anna pretendió darle un baje de hermana, (doña María Nicolasa), a su Alteza, que no tuvo que ser muy perspicaz para entender que se trataba, como vulgarmente se dice ahora, de un braguetazo imperial pues, aclara don Rafael: doña María Nicolasa tiene sesenta años y es soltera. Santa Anna es soltero también, pero tiene veintiocho. Es bastante fea y los años se le notan. El emperador usó rudeza innecesaria contra Santa Anna, pero Mr. Poinsett hizo una exitosa entrada por línea.

Sabemos que nuestro primer presidente fue don Miguel Ramón José Audactó y Félix. Sí, el de la ocurrencia de usar primer seudónimo en la historia. Cuando cambió su nombre, uno de sus compañeros lo embromó y dijo: ay, si tú, ¿Eres Guadalupe Victoria?, pues entonces desde ahora yo soy Américo Triunfo.

[...]

[...]

La influencia y el activismo de Poinsett no tenían límites, por una parte, promovía la invasión a Cuba y, por la otra, hacía todos los intentos posibles por dar al traste con el Congreso Hispanoamericano convocado por Simón Bolívar en 1826 y al que el presidente Victoria había entusiastamente contribuido.

Su última y vengativa maniobra fue la abierta intervención en la sucesión presidencial: la elección la ganó Manuel Gómez Pedraza, pero Poinsett, por medio de las logías masónicas yorquinas, alentó una rebelión a favor de don Vicente Guerrero, quien se quedó con la presidencia, aunque por muy poco tiempo. Polvos de aquellos lodos, originados cuando Victoria expulsó a los españoles, propiciaron el fallido intento de reconquista del general español Barradas. El vicepresidente Anastasio Bustamante lo derrotó sin problemas, pero se siguió de frente y derrocó al propio presidente Guerrero.

Joel R. Poinsett fue factor determinante para la caída del presidente Guerrero, pero como dicen las abuelas: en su mal lo hallaría. El golpista Anastasio Bustamante, [...], ordenó su salida del país en las primeras 48 horas de su gobierno.

Para nuestro infortunio la maldición ya estaba en el aire: las semillas de la división, la sedición, la intriga fructificaron en unos cuantos años: la separación de Texas, la intervención y pérdida de la mitad de nuestro territorio tienen un acendrado tufillo poinsettiano.

PD. Don Vicente Guerrero estaba lejos de ser un hombre ilustrado como Hidalgo, Morelos y muchos insurgentes más. Él era claro ejemplo de la educación discriminatoria de la Colonia: llegó a la Presidencia sin saber leer (Ortiz Tejeda, 2011).

4.2 LA AUTORIZACIÓN A MOSES AUSTIN PARA COLONIZAR 4,605 ACRES DE TEXAS, LA INDEPENDENCIA DE TEXAS Y SU ANEXIÓN A LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Doralicia Carmona en *Memoria Política de México* nos narra sobre este episodio de la historia de México:

El gobierno de la Nueva España expide permiso al ciudadano norteamericano Moisés Austin, para colonizar con trescientas familias procedentes de la Luisiana al territorio de Texas. Como requisito se le señala que sean católicos romanos, o hacerse tales antes de entrar en el territorio de Texas; que traigan consigo constancias fidedignas de su buena vida y costumbres; y que presten todos el debido juramento de obedecer y defender al gobierno del rey de España, y de observar la constitución política de la monarquía española, sancionada en 1812. Se les otorgarán 259 hectáreas por jefe de familia, 129.5 para la esposa y 40.469 para cada hijo, así como una exención de impuestos por siete años. Se acepta la importación de esclavos, pero con libertad de vientre para los mismos y la prohibición de su venta.

Al consumarse la independencia de México, se logró que Estados Unidos reconociera los límites que tenía la Nueva España, pero su primer embajador Poinsett, planteó la compra de los territorios del norte. Al no obtener una respuesta favorable del gobierno mexicano, Poinsett optó por apoyar la colonización de Texas por sus nacionales, para en su momento, una vez tomado el territorio texano proceder a negociar su cesión. Esto obligó al gobierno mexicano a una urgente busca de colonos extranjeros para tratar de detener el agresivo nacionalismo norteamericano que amenazaba el territorio norte.

Esteban F. Austin continuará la empresa colonizadora con inmigrantes esclavistas de Tennesi, Misisipi y Luisiana. La colonia angloamericana, se llamará Fredonia y tendrá como centro San Felipe de Austin. El 11 de marzo de 1823, recibirá por parte del gobierno imperial de Agustín de Iturbide un permiso de colonizar. Como teniente coronel nombrado por el comandante de las Provincias Internas de Oriente, Esteban ejercerá una amplia autoridad en la zona y gracias a la confianza de que gozará en los círculos gubernamentales obtendrá nuevas concesiones para colonizar, especialmente a través de José Antonio Navarro, futuro firmante de la Declaración de Independencia de Texas, terrateniente, comerciante y diputado local en el Estado de Coahuila y Texas y también en el congreso federal mexicano.

Al poco tiempo, las provincias de Texas, Coahuila, Nuevo León y Tamaulipas, formarán una Junta en Monterrey para tratar de separarse y hacerse independientes y en prevención de mayores problemas, el gobierno mexicano tomará algunas medidas, la principal será la prohibición de colonizar a los extranjeros limítrofes en aquellos Estados y territorios mexicanos que colindaran con sus naciones.

Al ser promulgada la constitución de 1824, Texas pasará a formar parte de la provincia de Coahuila, más para mantener el control territorial frente al acoso norteamericano, que por no tener suficiente población para integrar un solo estado, pese al flujo de inmigrantes; de modo que se formará el Estado de Coahuila y Texas. El 18 de agosto de 1824, se expedirá un decreto de colonización para poblar el territorio del norte que dejará la administración de los terrenos baldíos en manos de los estados, por lo que el 24 de marzo de 1825, la legislatura local expedirá una ley de colonización abriendo por completo las puertas a la colonización de extranjeros y otorgándoles privilegios de tierras y exención de impuestos por diez años. Esta oportunidad será aprovechada por los especuladores de tierras que relajarán más las restricciones a la inmigración e incluso venderán la tierra que se otorgaba gratuitamente, a los colonos extranjeros.

La inmigración de estadounidenses será abundante y se irán formando comunidades que conservarán su lengua, religión y costumbres, por lo que

tendrán un vínculo muy débil con el resto del país, no obedecerán sus leyes y mantendrán la esclavitud en territorio mexicano. Es por esto que desde 1826, se manifestará el separatismo cuando Haden Edwards proclama la República de Fredonia, aunque será sometido por la propia milicia de San Felipe de Austin.

En 1829 el presidente Vicente Guerrero decretará el 15 de septiembre la abolición de la esclavitud, pero ante la presión de Austin y del gobernador del estado de Coahuila y Texas, que advertirán que la medida creará graves consecuencias, aceptará que no tenga vigencia en Texas, con la condición de que no se importe un esclavo más.

El gobierno mexicano enviará una comisión encabezada por Manuel Mier y Terán, para investigar la situación de Texas. El informe señalará que prácticamente no existe control sobre esta región, que los colonos de habla inglesa superan diez a uno a los hispanoparlantes, que estos colonos ignoran las leyes mexicanas y practican su propia religión, así como que el comercio de esclavos sigue en auge.

Dada la incapacidad del gobierno mexicano para hacer cumplir la ley, los colonos extranjeros, con el apoyo del gobierno de los Estados Unidos, continuarán con su labor de resistencia separatista. Así, en 1832, los texanos organizarán una convención para plantear que desaparezcan los controles establecidos en la ley de 1830 y el 4 de julio de ese mismo año, atacarán el cuartel Anáhuac por la instalación de una primera aduana y por la negativa del comandante de la misma, coronel David Bradburn, a devolver dos esclavos prófugos.

Al año siguiente, después de celebrar una segunda convención, Esteban Austin viajará a México a presentar sus peticiones, entre ellas, principalmente, que Texas forme un estado separado de Coahuila, se derogue la ley de 1830 y se amplíe el periodo de exención de impuestos. Al no ser atendido, Austin ordenará al ayuntamiento de San Antonio que se erija el gobierno autónomo de Texas y será aprehendido en la ciudad de México. Después será liberado y los texanos continuarán con sus intentos separatistas. Sin embargo, el Congreso mexicano quitará la prohibición de recibir colonos norteamericanos y les concederá algunas mejoras.

El 22 de junio de 1835, con el pretexto de no estar de acuerdo con la adopción de un sistema centralista de gobierno, será proclamada el acta de pronunciamiento de independencia de Texas y finalmente, Texas se declarará plenamente independiente el 2 de marzo siguiente y quince días después adoptará una Constitución estableciendo la esclavitud perpetua.

Santa Anna perderá la guerra con la llamada República de Texas, apoyada por el gobierno norteamericano con armas, gente y suministros, pero Estados Unidos formalmente declarará su neutralidad en el conflicto y expresará que “sólo defenderá su frontera”. Al mismo tiempo, el presidente Jackson enviará



cuatro cónsules a Texas, presionará al gobierno mexicano para que atienda sus reclamaciones y posicionará un ejército frente a Nacogdoches.

Los años siguientes, Texas será una nación independiente de facto. Los distintos gobiernos mexicanos, enfrascados en luchas internas y ocupados en defenderse de agresiones externas, como la “guerra de los pasteles”, no se abocará a solucionar, cuando aún será tiempo, el problema de Texas y así salvar el resto del territorio norte del expansionismo norteamericano.

En el campo internacional, los texanos lograrán avances: en marzo de 1837, el presidente Jackson reconocerá su independencia y en 1840, Inglaterra procederá en el mismo sentido.

El 18 de febrero de 1844, se firmará finalmente un armisticio entre México y Texas.

El 12 de abril de 1844, el presidente de Estados Unidos John Tyler celebrará un tratado de anexión con Texas, que no será ratificado por el Senado norteamericano por no contar con el consentimiento previo de México. [Siendo Polk el nuevo Presidente] el 1º de marzo de 1845, se aprobará el proyecto de anexión inmediata de Texas como un nuevo estado de la unión. Las relaciones entre México y Estados Unidos quedarán suspendidas (Carmona, 2018).

4.3 JAMES K. POLK, LA GUERRA DE 1847 Y EL TRATADO GUADALUPE-HIDALGO

Raúl Anthony Olmedo Neri y Sonia Abigail Alcibar Ruiz respecto del inicio de la guerra con los Estados Unidos y la figura de James K. Polk señalan:

Quizás el conflicto más importante que ha tenido México en el continente americano ha sido la guerra con su país vecino, Estados Unidos, de la cual este último se vio beneficiado con poco más de 2.4 millones de km² mientras que México sólo quedó con la herida abierta, que aún en la actualidad no ha podido cicatrizar.

En el siglo XIX, en el contexto político-social que se vive en todo el mundo hace nacer la idea expansionista de los Estados Unidos que en un principio tenía como objetivo extenderse hasta controlar el canal de Panamá; con esta meta se comentó con una serie de hostilidades encabezadas por el presidente norteamericano James Knox Polk.

James Knox Polk nació en 1795, en Carolina del Norte; se educó en la Universidad de su estado y “se dedicó a la práctica de las leyes”. En 1823 fue electo para la legislatura de Tennessee, en donde lo ligó con el general Jackson una amistad que conservó durante toda su carrera. En 1825 fue electo para representar a su distrito en el Congreso; aún no cumplía treinta años y era uno de los miembros más jóvenes. Fue reelecto continuamente hasta 1839, hasta que renunció para lanzar su candidatura por la gubernatura de dicho

estado, la cual perdió esa ocasión y dos años después. Tras sus derrotas fue nominado por el Partido Demócrata para la contienda presidencial en 1844, de la cual resultó ganador en 1844.

Polk se fijó metas precisas para su periodo presidencial en las que destaca: el restablecimiento del sistema de tesoro independiente para los fondos públicos completó la expansión del país hacia el occidente e inició una guerra contra Gran Bretaña para la obtención de los estados de Oregón y Washington, estas acciones las logró durante el único periodo que ocupó la presidencia de 1845 a 1849.

La política expansionista que pregonó Polk tuvo muchas injusticias y traiciones (en el orden jurídico) hacia México, el primer hecho fue el apoyo incondicional que se le dio a Texas cuando ésta proclama su independencia de México. Más tarde se transgredió el pacto entre México y Estados Unidos de no incluir a Texas en su nación, Polk hizo caso omiso.

Intentó la compra de la Alta California por 25 millones y de Nuevo México por 5 millones de pesos, es más, después de que la población norteamericana pobló Texas bajo una ley mexicana, hubo intentos de comprarla. Su verdadero interés era la obtención poco a poco del territorio.

Polk hombre fríamente práctico y metódico, ocupó Matamoros, México, en donde estableció una tropa militar con el fin de mantener la seguridad nacional, ante el Congreso de los Estados Unidos justificó esta acción diciendo: "... y en estas circunstancias era evidente nuestro derecho para extender nuestra protección a sus ciudadanos y a su territorio", de allí que justifique el inicio de la guerra declarando: "se ha derramado sangre de nuestros ciudadanos en nuestro propio suelo". Aunque nunca mencionó que, al establecer el ejército de los Estados en Matamoros como medida precautoria, violaba la soberanía de México y mucho menos mencionó que Texas fue colonizado por norteamericanos bajo una ley mexicana. (Olmedo Neri y Alcibar Ruiz, 2013).

Melvin Nava, en *L'histoire, Compendio sobre la historia de la civilización señala*:

Después de la declaración de guerra del 13 de mayo de 1846, las fuerzas estadounidenses invadieron el territorio mexicano en dos frentes. En primer lugar, el departamento de guerra de los Estados Unidos envió una fuerza de caballería al mando del general Stephen W. Kearny para invadir el occidente de México desde las barracas Jefferson y el fuerte Leavenworth, reforzado por una flota en el océano Pacífico bajo el mando de John D. Sloat. Esto se hizo por preocupaciones que Gran Bretaña podría también ocupar el área. En segundo lugar, dos fuerzas bajo el mando de los generales John E. Weel y Zachary Taylor recibieron órdenes de ocupar México tan lejos al sur hasta la ciudad de



Monterrey. Paralelamente un grupo de colonos estadounidenses en California se revelaron en 1846 contra las autoridades mexicanas y proclamaron la República de California, que solo existió unos meses ya que fue rápidamente anexada por Estados Unidos.

La guerra de Estados Unidos-México concluyó el 2 de febrero de 1848 con la firma del Tratado de Guadalupe Hidalgo que para entonces fue titulado «Tratado de Paz, Amistad, Límites y Arreglo Definitivo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América». A través del tratado se declaraba la paz entre ambas naciones, se levantó el bloqueo de los puertos mexicanos, se acordó la repatriación de los prisioneros de guerra y se delimitó la frontera entre ambas naciones entre el Golfo de México hasta el océano Pacífico, pasando a través del río Gila, el río Bravo, el río Colorado, y los linderos de Nuevo México y la Alta California. El Tratado de Guadalupe Hidalgo significó la pérdida de más de la mitad del territorio que México poseía antes de la guerra (que comenzó solo dos años antes). A través del tratado los mexicanos renunciaron a sus reclamos sobre Texas y cedieron a Estados Unidos territorios de los actuales estados de Arizona, California, Nevada, Utah, Nuevo México y partes de Colorado, Wyoming, Kansas y Oklahoma.

Cuando estalló la guerra en 1846 Estados Unidos tenía una población estimada de 17 millones y tenía las puertas abiertas a la inmigración europea, mientras que México tenía unos 7 millones y la mayor parte de los territorios del norte eran desérticos y poblados por nativos hostiles. Al mismo tiempo, mientras que Estados Unidos gozó de un prolongado período de paz y estabilidad desde que logró su emancipación con la conclusión de la Guerra de independencia en 1783, México se encontraba golpeado por constantes conflictos políticos internos por la pugna del poder.

Estados Unidos también contaba con una indiscutible superioridad militar. Mucho del armamento mexicano ya era obsoleto, y la fabricación artesanal de las balas de plomo en México por civiles (muchas veces inservible) no podían competir con las maquinas estadounidenses que fabricaban unas 40.000 balas por día/por trabajador. La artillería estadounidense era superior (disparaban hasta cinco veces más rápido que los pesados cañones Griveaubal mexicanos) y contaban con una mayor variedad de municiones (bolas de plomo, proyectiles explosivos y botes de metralla). Estados Unidos se encontraba en medio de una Revolución industrial, mientras que México todavía era un país básicamente agrícola. Mientras que Estados Unidos fabricaba sus propios productos internos y su armamento, México dependía de sus reservas de armamento usado comprado a los europeos (Nava, 2016).

Sin duda alguna existen dos temas muy delicados a raíz de la firma del Tratado Guadalupe-Hidalgo como son la Ciudadanía y la Propiedad, al efecto, José Luis Soberanes y Juan Manuel Vega en su obra *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica 28. El Tratado de Guadalupe Hidalgo en su sesquicentenario*, afirman:

Las disposiciones del Tratado que abordaban estas dos cuestiones fueron motivo de arduas discusiones y es por ello que debemos detenernos en ellas.

Respecto a la ciudadanía, en el Tratado se estipulaba que los mexicanos establecidos en territorios pertenecientes antes a México podrían permanecer en los mismos o trasladarse a la República mexicana. Los que decidieran quedarse en el territorio (desde ese momento) estadounidense podían conservar la ciudadanía mexicana o adquirir la estadounidense. La elección tenía que realizarse dentro del plazo de un año a partir del canje de las ratificaciones. Si no se declaraba la intención dentro de un año, se entendía que se elegía la ciudadanía estadounidense. Cómo (sic) vemos, aquí se recogía otra institución dada a nuestros comisionados, es decir, la relativa a que se les dejara a esos habitantes la libertad de conservar o cambiar su nacionalidad. En el ánimo de negociar ventajas favorables para los mexicanos que se encontraban ya en territorio estadounidense, en el artículo IX del Tratado originalmente establecía que los mexicanos que no conservaran la ciudadanía mexicana debían admitirse lo más pronto posible al goce de derechos de ciudadanos de los Estados Unidos. Sin embargo, debemos señalar que dicho artículo IX fue derogado por el gobierno estadounidense y que finalmente se aprobó señalaba que dichos ciudadanos se admitirían en el tiempo que el Congreso de los Estados Unidos considerara oportuno. Dicho Congreso no estimó oportuno decidir el asunto inmediatamente después de que se firmara el Tratado y estos mexicanos se confrontaron con una serie de leyes y decisiones judiciales que hacían más indeterminada su situación en los Estados Unidos.

En cuanto a los mexicanos que decidieran regresar a nuestro país, el gobierno emprendió importantes campañas al respecto, tratando de persuadir a los nuestros para que regresaran a territorio mexicano.

En cuanto a la propiedad, también el tema se vio afectado en la interpretación y aplicación de las disposiciones del Tratado. Los artículos VIII y IX reiteraban la protección de la propiedad de los mexicanos situados en los territorios cedidos, ya fuera conservando sus bienes en caso de que no habitaran en ellos o con mayor razón si dichos mexicanos continuaban en estos territorios. El Tratado les aseguraba la protección de sus propiedades, incluso durante el lapso que tardaría la adquisición de la ciudadanía estadounidense (si era el caso).

Pero la historia fue otra, sobre todo en California. En este territorio, el descubrimiento del oro fue uno de los motivos por los cuales los mexicanos



y sus propiedades fueron causa de múltiples hostilidades. La inmigración angloamericana a California se encontró con el hecho de que la tierra era propiedad de los mexicanos. Lógicamente, esto iba en contra de sus intereses, por lo cual iniciaron campañas tendientes al despojo de los mencionados territorios a los mexicanos. [...] Una de las medidas gubernamentales fue la de exigir en California que todos los propietarios de tierras se dirigieran a una Comisión de Tierras (1851) encargada de verificar la validez de sus títulos de propiedad. [...]

Otras injusticias se manifestaron en actos violentos, como el que señala Moyano Pahissa, ocurrido en el pueblo de Sonora al sur de California, donde mineros angloamericanos dispararon contra mexicanos y quemaron sus campos mineros (Soberanes Fernández y Vega Gómez, 1998).

Finalmente, resulta angular lo que señala la historiadora Fabiola García Rubio, especialista en historia de Estados Unidos y de México, y profesora del Colegio de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras, en el *Semanario Proceso*:

Se ha extendido la idea de que México “vendió” esos territorios y que recibiría por ello 1.5 millones de pesos o dólares (las monedas estaban a la par). Aclara García Rubio que nunca fue así. Se convino el pago de una indemnización por parte de Estados Unidos a nuestro país por la pérdida, los daños y las bajas que hubo durante la guerra: “No es una compra, hay que distinguir”, afirma García Rubio.

Cuando sí hay una venta, agrega, es en 1853, que es el territorio de La Mesilla, adquirido por E.U. en 10 millones para construir el ferrocarril transcontinental. Ese pacto sí fue negociado y signado por Santa Anna.

La indemnización por la guerra de invasión se saldaría mediante pagarés. Al día siguiente de la firma del TGH, Trist le pide a uno de los corresponsales de guerra (pues ésta fue la primera guerra que tuvo cobertura periodística) llevar el documento al secretario de Estado James Buchanan, para que lo entregara al presidente Polk, quien lo recibe en marzo.

Y es ahí donde se pierde el pago. Cuenta la académica que Polk se enojó muchísimo porque Trist no logra el paso por el Istmo de Tehuantepec, así como por el compromiso de cubrir en pagarés 15 millones de pesos. Envía al Senado de su país el documento con algunas enmiendas y se elimina esa parte para poner “sin anotar ninguna fecha, como si ocurría con los pagarés, que se pagará ‘cuando se considere oportuno’”. Se hace un primer pago de tres millones y a los posteriores, siempre hay algo que restar: cargos por destrozos de incursiones indígenas, por ejemplo, y finalmente no se paga el resto (Amador Tello, 2018).

4.4 EL EMBAJADOR HENRI LANE WILSON Y EL PACTO DE LA EMBAJADA

Héctor Cervantes en *Historia México Contemporáneo* escribe sobre este episodio de la historia:

La decena trágica fue un evento en la historia mexicana que influyó en gran medida en el destino de nuestro país ya que el desenlace de este suceso histórico cobró la vida del entonces presidente Francisco I. Madero, así como la muerte de su hermano Gustavo Madero.

El 9 de febrero de 1913 inició esta rebelión armada que duró poco más de diez días en contra del gobierno de Madero, para el 18 de febrero Victoriano Huerta estaba traicionando al presidente influenciado por el embajador estadounidense H. L. Wilson. Francisco I. Madero y José María Pino Suárez fueron hechos prisioneros por Huerta.

Esta sublevación en contra del gobierno maderista llevada a cabo por los generales Manuel Mondragón, Bernardo Reyes, Félix Díaz, Victoriano Huerta y Aureliano Blanquet.

Huerta firmó un acuerdo con Félix Díaz sobrino de Don Porfirio Díaz, en su calidad de jefe del ejército federal, el acuerdo tuvo lugar en la sede de la embajada de Estados Unidos en México, con el apoyo del embajador Henry Lane Wilson, a este acuerdo se le bautizó como el Pacto de la Embajada.

Hay que recordar que tras la caída del general Lauro Villar quien fue herido al encontrarse defendiendo al presidente en Palacio Nacional en los inicios de la Decena Trágica, Madero nombro a Victoriano Huerta como jefe del ejército.

Es importante analizar el papel que jugó el embajador de Estados Unidos en México ya que fue una pieza clave que permitió y facilitó el levantamiento, marcando el fin del gobierno de Madero.

Henry Lane Wilson fue designado embajador de Estados Unidos en México por orden del presidente William Taft, en marzo de 1910 se presentó en la Ciudad de México ante el presidente mexicano el Gral. Porfirio Díaz para comenzar con sus deberes diplomáticos, durante su cargo se involucró en los asuntos internos del país mexicano con la intención de defender y velar los intereses de los inversionistas y empresarios de su país, a quienes el gobierno de Díaz había otorgado concesiones y privilegios para explotar los recursos petroleros, entre muchos otros. Todo esto comenzó a complicarse con el estallido de la Revolución mexicana.

Tras el triunfo de Madero y el exilio del General Díaz rumbo a Francia comenzó a gestarse en el embajador un gran malestar ya que no veía con buenos ojos el gobierno de Madero, las intrigas por parte de Sr. Wilson, se iniciaron veinticuatro días después de que Francisco I. Madero tomó posesión de su cargo como presidente. Por su parte la Casa Blanca lo que pretendía



era que no se alterase el orden en México para que no sufriesen los intereses norteamericanos invertidos en nuestro país.

Para desprestigiar más al gobierno de Madero en la Casa Blanca, el embajador Wilson se valía de las sublevaciones instigadas por los hermanos Vázquez Gómez, periodistas canallas como Jesús M. Rábago y el Dr. Enrique González Martínez quienes lanzaban encabezados abominables y amarillistas.

La difamación se centraba en mostrar un gobierno mexicano de increíble ineficacia, un pueblo descontento con las ideas del nuevo gobierno y un ejército que solo demostraba una gran incapacidad y falta de disciplina.

Wilson era una persona racista y clasista, más de una vez lo expreso en sus notas y correspondencias.

“La verdad es que en estos momentos México está hirviendo de descontento, -principalmente entre las clases más elevadas y educadas, que son las que, en análisis final, deben mandar en este país...” (Nota confidencial no. 1224, al secretario de Estado Knox. 23 de enero de 1912)

“En algunos otros Estados, como Sinaloa, Michoacán, Sonora, Guanajuato y San Luis Potosí, en donde los gobiernos locales han pasado a manos de ignorantes e ineducados peones de la raza india...” (Nota confidencial no. 1224, al secretario de Estado Knox. 23 de enero de 1912)

Lane Wilson no tuvo empacho en convertir la embajada americana en foco de conspiraciones, tenso las relaciones entre Estados Unidos y México, optando por otros medios más eficaces amenazando al Secretario de Relaciones y a los senadores con la condición de que si no se resolvía la situación en México entre las fuerzas revolucionarias y federales, desembarcarían tropas norteamericanas en Veracruz, pensando así que Madero renunciaría para evitar la intervención extranjera.

Wilson sufría de un problema con la bebida y en varias ocasiones personas fueron testigos de la influencia del alcohol en el diplomático, Sarita Pérez Romero de Madero relató en una entrevista en 1916 a Robert Hammond Murray que cuando se enteró de la detención de su esposo Madero y del vicepresidente Pino Suárez solicitó personalmente la ayuda del embajador Wilson.

“Reportero: *¿Cuándo tuvo usted su entrevista con el embajador y cuál fue su actitud y continente?*

Sara Pérez Romero: *La misma tarde del 20 de febrero de 1913. El embajador mostraba que estaba bajo la influencia del licor. Varias veces la señora Wilson tuvo que tirarle del saco para hacerlo que cambiara de lenguaje al dirigirse a nosotros. Fue una dolorosa entrevista. Dije al embajador que íbamos a buscar*

protección para las vidas del Presidente y Vicepresidente. ‘Muy bien, señora -me dijo- ¿y qué es lo que quiere que yo haga?’ -Quiero que usted emplee su influencia para salvar la vida de mi esposo y demás prisioneros. -Ésa es una responsabilidad -contestó el embajador- que no puedo echarme encima ni en mi nombre ni en el de mi Gobierno. Seré franco con usted, señora. La caída de su esposo se debe a que nunca quiso consultarme. Usted sabe, señora, que su esposo tenía ideas muy peculiares. Yo le contesté: ‘Señor embajador, mi esposo no tiene ideas peculiares, sino altos ideales’. Me dijo que el general Huerta le había consultado qué debía hacerse con los prisioneros. ‘¿Y qué le contestó usted?’, le pregunté. ‘Le dije que hiciera lo que fuera mejor para los intereses del país’, me dijo el embajador. Mi cuñada, que me acompañaba, no pudo menos que interrumpirlo diciendo: ‘¿Cómo le dijo usted eso? Usted sabe bien qué clase de hombre es Huerta y su gente, y va a matarlos a todos.’

La versión completa de esta entrevista puede consultarse en Isidro Fabela, *Historia diplomática de la Revolución Mexicana, I. (1912-1917)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1958, pp. 175-183; o bien en Jesús Silva Herzog, *Breve historia de la Revolución Mexicana. Los antecedentes y la etapa maderista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, (Colección Popular, 17), pp. 364-375.

Debido a sus acciones y participación dentro de la política mexicana, el presidente estadounidense Woodrow Wilson lo destituyó de su cargo como embajador en marzo de 1913.

El ex embajador se retiró a Nuevo México, escribió y publicó sus memorias en 1927, falleció tiempo años en Indianápolis en 1932 (Cervantes, 2015).

Como es de dominio público, estos acontecimientos cobrarían la vida de los hermanos Madero y de José María Pino Suárez, nunca se convocó a nuevas elecciones por lo que Félix Díaz tampoco asumió la presidencia de la República; y en cambio, se inició la dictadura militar de Victoriano Huerta que desembocaría en la secuela más sangrienta de la Revolución Mexicana.



4.5 SOBRE LA REPARACIÓN DAÑO NO CONSENSUADO

Este artículo de investigación no podría llegar a buen puerto si no se aplican las reglas que rigen el *Principio del Daño* de Mill a los cuatro casos *difíciles* expuestos de la relación bilateral entre México y los Estados Unidos. Solamente para tenerlos frescos diré que para Mill hay un daño cuando:

- 1) se lleva a cabo por acción u omisión;
- 2) que el daño sufrido no es consensuado; y,
- 3) que el daño causado afecte intereses: a) significativos y b) directamente.

Sin duda resultaría ocioso bajo cualquier óptica, llevar a cabo un análisis sobre el daño, sin explorar, aunque sea *intuitivamente* algunas posibilidades para la reparación del daño causado.

Las reglas para la reparación del daño desde el punto de vista jurídico se recogen desde el derecho romano y se plasman prácticamente en todas las legislaciones estatales y todos los tratados internacionales en el mundo occidental, y residen en: **La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando sea posible, o el pago de daños y perjuicios.**

Junto con dicha obligación jurídica, desde mi punto de vista, surge también una *obligación moral*, que en nuestros días se salda con una disculpa pública.

a) Por lo que respecta al caso de Joel R. Poinsett, resulta evidente que el embajador de los Estados Unidos con sus intrigas y participación en golpes de Estado en contra de los primeros gobernantes de México, obrando a nombre y cuenta de los Estados Unidos, llevó a cabo acciones y omisiones que provocaron un daño no consensuado y que afectó a los intereses de México los mexicanos, de manera directa y significativa.

Respecto de la posible reparación del daño, no ha lugar al restablecimiento de la situación anterior, pero daría lugar al pago de daños y perjuicios y a una disculpa del gobierno de los Estados Unidos de América al pueblo de México.

b) Por lo que respecta a la autorización otorgada a Mosses Austin para colonizar 4,605 acres de Texas, se podría pensar que el daño *fue consensuado*, pues fue la corona española quien le otorgó dicho permiso y el gobierno de Iturbide el que lo ratificó, sobre el particular Mill dice que para que el consentimiento en un acuerdo sea válido debe ser: *libre, voluntario y válido (no engañado)*.¹ Resulta evidente que Mosses Austin, Estaban Austin y los presidentes Jackson y Tyler ocultaron en todo momento las intenciones expansionistas de los Estados Unidos de América en perjuicio de la herencia española de todos los mexicanos, cuando el gobierno de México reaccionó fue demasiado tarde.

¹ Nota: la versión en inglés dicea su letra: *delirious, or in some such state of excitement or absorption incompatible with the full use of the reflecting faculty.*

Respecto de la posible reparación del daño, no ha lugar al restablecimiento de la situación anterior, pero de la misma manera que en el caso anterior, daría lugar al pago de daños y perjuicios y a una disculpa del gobierno de los Estados Unidos de América al pueblo de México.

c) Por lo que respecta al presidente James K. Polk, la Guerra de 1847 y el Tratado Guadalupe-Hidalgo, como lo señalé en el párrafo anterior, Polk realizó un sinnúmero de injusticias y traiciones en el orden jurídico y militar en contra de México y los mexicanos que provocaron un daño no consensuado y que afectaron los intereses de México y los mexicanos (particularmente en contra de los que vivían en Texas y California), de manera directa y significativa, ya que:

1) Transgredió el pacto entre México y Estados Unidos de no incluir a Texas en su nación;

2) Ocupó Matamoros diciendo: "... y en estas circunstancias era evidente nuestro derecho para extender nuestra protección a sus ciudadanos y a su territorio";

3) Mintió al Congreso de los Estados Unidos, declarando: "se ha derramado sangre de nuestros ciudadanos en nuestro propio suelo";

4) Violó la soberanía del Estado mexicano ocupándolo en su totalidad;

5) Negó la ciudadanía norteamericana a los texanos (ex mexicanos) discriminándolos de los texanos angloamericanos;

6) Orquestó una campaña tendiente de despojo en contra de los propietarios texanos (ex mexicanos) a través de la Comisión de Tierras;

7) No castigó hechos violentos en contra de los californianos (ex mexicanos) mineros; y,

8) Al no conseguir Trist el paso por el Istmo de Tehuantepec en beneficio de los Estados Unidos, incumple con la obligación del pago de la supuesta "indemnización económica" de 15 millones de pesos prevista en el Tratado Guadalupe-Hidalgo, cubriendo únicamente 3 millones.

Respecto de la posible reparación del daño, podría exigirse a los Estados Unidos:

1) La nulidad del Tratado Guadalupe-Hidalgo porque como ya dijimos para Mill para que el consentimiento en un acuerdo sea válido debe ser: Mill dice que para que el consentimiento en un acuerdo sea válido debe ser: libre, voluntario y válido (que no haya mediado violencia). Como todos sabemos la firma del Tratado Guadalupe-Hidalgo se llevó a cabo a punta de pistola una vez ocupada la capital del país por el ejército de los Estados Unidos.

2) La devolución de los ahora Estados de California, Nuevo México, Arizona, Nevada, Utah, partes de Colorado, Wyoming, Kansas y Oklahoma. Y la restitución de las tierras de las que fueron despojados los mexicanos por la Comisión de



Tierras. Y de no ser materialmente posible, pagar una indemnización económica razonable en pesos oro a valor actual.

3) El pago de una indemnización por el usufructo de todas esas tierras por todos esos años de ocupación ilegal.

4) El pago de daños y perjuicios por el costo de una guerra injusta, orquestada e iniciada por los Estados Unidos.

5) El reconocimiento del español como lengua oficial en los Estados de California, Nuevo México, Arizona, Nevada, Utah, partes de Colorado, Wyoming, Kansas y Oklahoma.

6) El inmediato otorgamiento de la ciudadanía estadounidense a todos los mexicanos (en México o en Estados Unidos) que prueben ser descendientes de los antiguos pobladores mexicanos en los Estados de California, Nuevo México, Arizona, Nevada, Utah, partes de Colorado, Wyoming, Kansas y Oklahoma.

7) El desmantelamiento del muro fronterizo en aquellos Estados que separe a los mexicanos de sus familiares estadounidenses.

8) Y finalmente, una disculpa del gobierno de los Estados Unidos de América al pueblo de México.²

d) Por lo que respecta al embajador Henri Lane Wilson y el Pacto de la Embajada, aunque se pudiera argumentar que Wilson actuó por cuenta propia, el gobierno de los Estados Unidos falló en su responsabilidad in vigilando. En términos de Mill, provocó un daño no consensuado por una omisión (in vigilando de su embajador plenipotenciario) afectando intereses directos y significativos en contra del pueblo mexicano. Ya que: 1) terminaría con la incipiente democracia en México tras una larga dictadura; 2) sumiría a México en otra dictadura; 3) provocaría el levantamiento de Venustiano Carranza al mando del Ejército Constitucionalista de México; y, 4) todo lo anterior tendría un costo demográfico altísimo que Javier Garciadiego y Robert McCaa, de la Universidad de Minnesota costaría aproximadamente un millón 400 mil muertos.

Respecto de la posible reparación del daño, no ha lugar al restablecimiento de la situación anterior, pero de la misma manera que en el caso anterior, daría lugar al pago por daños y perjuicios y a una disculpa pública del gobierno de los Estados Unidos de América al pueblo de México.

² Nota: cabe señalar que en marzo de 2017 y en medio de la confrontación verbal entre Trump y Peña Nieto, el abogado Guillermo Hamdan Castro y el ingeniero Cuauhtémoc Cárdenas Solórzano elaborador un proyecto de demanda para ser presentada al presidente Enrique Peña Nieto con el fin de que fuera perfeccionada y llevada ante la Corte de Justicia Internacional, sobre el particular, el presidente Enrique Peña Nieto nunca dijo nada.

V. CONCLUSIONES

Como podemos observar, el Principio del Daño de John Stuart Mill resulta muy útil para resolver algunos de los casos difíciles de la relación bilateral entre México y los Estados Unidos de América.

Si bien es cierto, hay quienes podrían argumentar cínicamente que el simple paso del tiempo es una razón suficiente para considerar que este derecho ya prescribió, resulta un argumento ramplón e insuficiente.

En esta investigación se aportaron elementos históricos contundentes, que no sólo prueban las acciones y omisiones del gobierno de los Estados Unidos que dañaron directa y significativamente al pueblo mexicano, evidenciando su absoluta falta de respeto por nuestra nación.

Se trata como ya lo señalé, de una herida abierta que al día de hoy no ha podido cicatrizar, y con la presidencia de Donald Trump ha vuelto a supurar. Más allá del reclamo jurídico que se podría llevar ante la Corte de Justicia Internacional, queda pendiente una disculpa pública del gobierno de los Estados Unidos de América al pueblo de México que al día de hoy sigue sin saldarse.

Bibliografía

Mill, John Stuart. (2013) Sobre la Libertad, Aguilar. Libera los libros.

<https://Ideuba.files.wordpress.com/2013/02/libro-stuart-mill-john-sobre-la-libertad.pdf>

Prince, G. W. (1974). Los orígenes de la guerra con México, FCE, México, D.F.

Soberanes Fernández, José Luis y Vega Gómez, Juan. (1998). Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica

28. El Tratado de Guadalupe Hidalgo en su sesquicentenario. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, D.F.

Artículos de investigación

Vidaurri Aréchiga, José Eduardo. (2010). La independencia de México y la participación de Iturbide. 23 de noviembre de 2018, de Universidad Virtual del Estado de Guanajuato Sitio web:

<http://roa.uveg.edu.mx/repositorio/educio/9/1LaIndependenciadeMxicoylaparticipacindelturbide.pdf>

Saunders, Ben. (2016). Reformulando el principio de daño de Mill. 23 de noviembre de 2018, de MIND Oxford University Press Sitio web: <https://academic.oup.com/mind/article/125/500/1005/2277465>

Páginas web

Amador Tello Judith. (2018). Del Tratado de Guadalupe Hidalgo al TLCAN. 22 de noviembre de 2018, de Proceso Sitio web: <https://www.proceso.com.mx/522890/del-tratado-de-guadalupe-hidalgo-al-tican>

Brito, Jaime Luis. (2017). Cárdenas y abogado presentan predemanda para recuperar territorio mexicano perdido ante EU. 23 de noviembre de 2018, de Proceso Sitio web: <https://www.proceso.com.mx/477516/cardenas-abogado-presentan-predemanda-recuperar-territorio-mexicano-perdido-ante-eu>

Cervantes, Héctor. (2015). MR. HENRY LANE WILSON; EL CONSPIRADOR DE MADERO. 23 de noviembre de 2018, de Historia México Contemporáneo Sitio web: <https://bloghistoriademexicocontemporanea.wordpress.com/2015/05/18/>



mr-henry-lane-wilson-el-conspirador-de-madero/

Doralicia Carmona. (2018). Moisés Austin obtiene permiso para colonizar Texas. Será el origen de muchos problemas de consecuencias drásticas para el país. 22 de noviembre de 2018, de Memoria Política de México Sitio web: <http://www.memoriapoliticademexico.org/Efemerides/1/17011821.html>

Ortiz Tejeda. (2011). La maldita vecindad. 23 de noviembre de 2018, de La Jornada Sitio web: <http://www.jornada.com.mx/2011/04/24/opinion/015a2pol#>

Raúl Anthony Olmedo Neri y Sonia Abigail Alcibar Ruiz. (2013). El discurso de James K. Polk y la guerra de México en 1847. 22 de noviembre de 2018, de Academia Sitio web:

https://www.academia.edu/13726857/El_discurso_de_James_K_Polk_y_la_guerra_de_M%C3%A9xico_en_1847

Melvin Nava. (2016). Guerra de Estados Unidos-México (1846-1848) -Fuente: <http://www.lhistoria.com/america/guerra-mexico-estadounidense>. 22 de noviembre de 2018, de l' historia, Compendio sobre la historia de la civilización Sitio web:

EL DERECHO A LA SUPRESIÓN. ¿VÍA REPARADORA DE VIOLACIONES EXTRAPROCESALES A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA?

Autor //

Aloys Rütter Castro ¹

Resumen:

En los últimos años, en Europa ha surgido el derecho a la supresión, derivado del derecho de protección de datos personales. Este derecho permite a los individuos la posibilidad de oponerse a que se conserve en los motores de búsqueda información personal que les aluda y que, por el simple paso del tiempo, ya no se justifique su accesibilidad al público. En el presente artículo se analiza si este derecho puede servir como una vía reparadora de violaciones extraprocesales cometidas por periodistas y/o medios de comunicación en contra del derecho a la presunción de inocencia.

Palabras clave:

Derecho a la supresión, derecho al olvido, protección de datos personales, presunción de inocencia.

Abstract:

In the recent years, in Europe has emerged the right to suppression, derived from the right to the protection of personal data. This right allows individuals the possibility of opposing the preservation in the search engines of personal information that alludes to them and that, due to the simple passage of time, their accessibility to the public is no longer justified. In this paper, it is analyzed if this right can serve as a restorative way of extraprocesal violations committed by journalists and/or media against the right to the presumption of innocence.

Sumario:

I. Introducción. II. Orígenes. 1. Sentencia dictada el 13 de mayo de 2014 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-131/12, Google España S.L. y Google Inc., contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González. 2. Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, Relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que Respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos. 3. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. III. El derecho a la supresión en México. IV. El derecho a la supresión como vía reparadora de la violación al derecho a la presunción de inocencia. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

¹ Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra y Profesor en la Universidad Anáhuac Querétaro.



I. INTRODUCCIÓN

Los derechos de la personalidad se encuentran en constante transformación y se van adaptando a las necesidades sociales que imperan en un tiempo y lugar determinados. El Derecho es, pues, un instrumento vivo y dinámico cuya puesta en práctica exige un permanente esfuerzo de perfeccionamiento y profundización². Así, encontramos dentro del ámbito de los derechos de la personalidad al relativamente nuevo derecho a la supresión, inicialmente conocido como derecho al olvido.

Cabe iniciar aclarando que el derecho a la supresión no fue concebido expresamente para tutelar el derecho a la presunción de inocencia, sino que evidentemente tiene un objetivo muy distinto. Sin embargo, como veremos, indirectamente puede ayudar a la persona que haya visto afectado su derecho a la presunción de inocencia con motivo de la emisión o difusión de información que la señalara como responsable de la comisión de algún delito y que, posteriormente, se hubiere dictado sentencia ejecutoria a su favor, para solicitar a los motores de búsqueda que dicha información sea suprimida o “*desindexada*” de los servidores *online*, a efecto de evitar que siga difundiéndose información pasada que le perjudica en la actualidad.

Un ámbito especialmente relevante para el derecho a la supresión es el de los medios de comunicación tanto en la divulgación actual de hechos o informaciones del pasado como en el mantenimiento de archivos digitales de noticias. También los servicios de la sociedad de la información integrados por los motores de búsqueda y las redes sociales constituyen otro ámbito en el que este derecho tiene una incidencia significativa.

En la actualidad no existe una definición legal o doctrinal común del derecho a la supresión. En principio denominado derecho al olvido, algunos autores se orientan a la idea de que se trata de un derecho subjetivo para borrar del universo online cualquier tipo de rastro que afecte o haya podido afectar a algún aspecto relevante de la intimidad, honor o imagen de un sujeto³. Otros autores lo definen como el derecho de las personas físicas a hacer que se borre la información sobre ellas después de un periodo de tiempo determinado⁴. Mientras que otros consideran que el derecho al olvido es la última manifestación de la necesidad de preservar la privacidad de las personas frente a las amenazas que entraña el progreso tecnológico⁵.

² En los términos prescritos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia Airey de 9 de octubre de 1979, que reconoce al Convenio Europeo en la materia como un “instrumento vivo”.

³ Abril S. Patricia; Pizarro Moreno, Eugenio. La intimidad europea frente a la privacidad americana. Una visión comparativa del derecho al olvido. INDRET. REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO. Número 1/2014. Enero de 2014. Barcelona.

⁴ De Terwangne, Cécile. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. IDP; REVISTA DE INTERNET, DERECHO Y POLÍTICA. Número 13. Febrero de 2012. Barcelona.

⁵ Mieres Mieres, Luis Javier. El derecho al olvido digital. Documento de trabajo 186/2014. Laboratorio de alternativas. Consultable en http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e-985163d78a27d6d7c23366767a.pdf.

Entonces, el derecho a la supresión -como veremos- ha sido considerado como atípico, puesto que solía carecer de formulación legal, es decir, no aparecía explícitamente reconocido en legislaciones nacionales, sino que fue apareciendo de manera implícita en temas relacionados con la protección de datos personales. No obstante, como se analiza a continuación, a nivel europeo, este derecho se ha ido paulatinamente desarrollando en los últimos años y, en la actualidad, ya se encuentra expresamente reconocido en algunas legislaciones europeas como derecho a la supresión.

II. ORÍGENES

El derecho a la supresión surge en el ámbito europeo, en donde el debate sobre el reconocimiento y alcance de ese derecho está decisivamente condicionado por dos hechos. En primer lugar, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo el 13 de mayo de 2014, en el asunto C-131/12; y, en segundo lugar, debido a la expedición del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, Relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que Respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos. Asimismo, y, como consecuencia de la expedición de este Reglamento, los países miembros de la Unión Europea, en la actualidad, se encuentran modificando sus legislaciones internas a fin de adaptarse a la nueva reglamentación europea en la materia. Ejemplo de esto último es la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, expedida en España, en donde, en la actualidad, existen más de 80,000 solicitudes para retirar contenido de más de 250,000 URLs (Uniform Resource Locator)⁶.

1) Sentencia dictada el 13 de mayo de 2014 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-131/12, Google España S.L. y Google Inc., contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González

En el ámbito europeo, el derecho a la protección de datos personales se encuentra reconocido en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Asimismo, dicho derecho se recogía en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (hoy abrogada). Por su parte, en España, el derecho a la protección de datos personales se reconoce constitucionalmente en el artículo 18.4. Adicionalmente, este derecho también se encontraba reconocido por la Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales (hoy abrogada).

El presente asunto deriva del caso de un ciudadano español -Mario Costeja González- quien en 2010 solicitó a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), que Google

⁶ Consultable en <https://ayudaleyprotecciondatos.es/2019/05/14/espana-solicitudes-derecho-olvido>.



España y Google Inc., eliminarán cierta información personal⁷ que le afectaba por el simple transcurso del tiempo y por ser irrelevante en la actualidad. En primer lugar, requirió que el diario que había publicado esa información la removiera o alterara las páginas en cuestión para que la información personal referente a él no apareciera más y, en segundo lugar, requirió que *Google España* o *Google Inc.*, removieran los datos personales que hacían referencia a su persona para que ya no aparecieran más en los resultados de búsqueda de esos motores⁸.

En consecuencia, la Audiencia Nacional elevó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea solicitando que resolviera las siguientes dudas interpretativas:

(a) si la Directiva 95/46/CE, de Protección de Datos aplicaba a los motores de búsqueda como *Google*;

(b) si la Directiva 95/46/CE, aplicaba a *Google España*, debido a que su servidor de procesamiento de datos se encontraba fuera de la Unión Europea (en Estados Unidos de América);

(c) si un individuo tiene el derecho a solicitar que el acceso a su información personal por medio de un motor de búsqueda sea removido (derecho a la supresión o al olvido).

En la sentencia de 13 de mayo de 2014, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto del caso *Google España S.L. y Google Inc., contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, resolvió lo siguiente:

En primer lugar, respecto a la cuestión sobre la territorialidad del derecho de la Unión Europea, determinó que, aun cuando el servidor físico de una compañía de procesamiento de datos se localice fuera de la Unión Europea, las reglas del derecho de ésta, aplican a los operadores de motores de búsqueda si tienen una sucursal o una subsidiaria en un Estado Miembro, la cual promueva la venta de espacios publicitarios ofrecidos por el motor de búsqueda.

⁷ Respecto de dos anuncios de enero de 1998 del periódico *La Vanguardia* en que se le señalaba como deudor y que una propiedad a su nombre y de su esposa sería subastada por el Ministerio del Trabajo.

⁸ En España se ha querido identificar el derecho al olvido dentro de los artículos 4, 5, 6, 7, 16 y 17 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre (se refieren, esencialmente, a la calidad de datos personales que pueden ser materia de tratamiento, al derecho a ser informado respecto de los datos que sean recogidos para tratamiento, al consentimiento del afectado, a la protección especial de algunos datos personales, a la existencia de los derechos de rectificación y cancelación a favor del afectado y el procedimiento para la oposición, acceso, rectificación o cancelación del tratamiento de datos personales) que, a su vez, está basada en los lineamientos generales adoptados por la Unión Europea en la Directiva 95/46/CE, sobre la Protección de los Individuos respecto al Procesamiento de Datos Personales, la cual está dirigida a regular y a supervisar a los controladores de datos y a asegurar que los sistemas de procesamiento de datos protejan los derechos fundamentales y libertades de las personas privadas y, en particular, su derecho a la privacidad.

En segundo lugar, sobre la aplicación de las reglas de protección de datos de la Unión Europea a un motor de búsqueda, estimó que los motores de búsqueda son controladores de datos personales y que, en consecuencia, Google no puede escapar a sus responsabilidades ante el derecho europeo en el manejo de información personal argumentando que es un motor de búsqueda. Por tanto, el derecho de la Unión Europea sobre protección de datos personales aplica, así como el derecho a la supresión o al olvido.

En tercer lugar, y por lo que hace en específico al derecho a la supresión o al olvido, se determinó que los individuos tienen el derecho -bajo ciertas condiciones- a solicitar a los motores de búsqueda de información que remuevan enlaces que contengan información personal sobre ellos. Lo anterior aplica cuando dicha información sea inexacta, inadecuada, irrelevante o excesiva para los propósitos del procesamiento de datos. Por tanto, el derecho a la supresión o al olvido no es absoluto, sino que siempre será necesario ponderarlo contra otros derechos también fundamentales como la libertad de expresión e información, siendo necesaria una valoración caso por caso, considerando el tipo de información en cuestión, la sensibilidad para la vida privada del individuo y el interés del público en tener acceso a dicha información. Además, en dicha ponderación, el carácter público de la persona que solicita el borrado de la información será relevante.

Como se aprecia, la sentencia del 13 de mayo de 2014, emitida por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, en el caso de *Google España S.L. y Google Inc.*, contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González, ha reconocido expresamente la obligación de sujeción de los motores de búsqueda al cumplimiento de la normativa europea de protección de datos y, en particular, la obligación de éstos de suprimir de la lista de resultados los vínculos a páginas web que contengan datos personales inadecuados, no pertinentes o excesivos, especialmente, como consecuencia del paso del tiempo. En otras palabras, ha reconocido en el ámbito europeo, el derecho a la supresión de datos o al olvido de las personas frente a los motores de búsqueda, constituyendo un decidido avance en el logro de una protección plena y eficaz de los derechos en el entorno digital cuya implementación efectiva requerirá la colaboración de los gestores de los motores de búsqueda y de las autoridades de protección de datos con el fin de establecer un marco relativamente claro y seguro para dar solución a los conflictos entre intereses privados e interés público subyacentes en la determinación del alcance del derecho a la supresión o al olvido⁹.

⁹ Mieres Mieres, Luis Javier. Op. cit.



2) Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, Relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que Respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos.

La Comisión Europea ha considerado necesario el establecimiento de un marco más sólido y coherente de protección de datos, que armonice las diferencias existentes entre las distintas legislaciones nacionales. Con ese fin, en enero de 2012 se presentó un Proyecto de Reglamento que, finalmente, fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 27 de abril de 2016, bajo la denominación de Reglamento (UE) 2016-679, del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, Relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que Respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos que, entre otras, prevé el reconocimiento expreso del derecho a la supresión. Asimismo, este Reglamento derogó la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), así como la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

De esta forma, la Unión Europea, consciente de la importancia que tienen los derechos de la personalidad frente a los avances tecnológicos, desarrolló el referido Reglamento (UE) 2016/679, que tiene por objeto: establecer las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos; proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales; y, que la libre circulación de los datos personales en la Unión no pueda ser restringida ni prohibida por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en los que respecta al tratamiento de datos personales.

De los aspectos más destacados del referido Reglamento se encuentra el hecho de que reconoce el derecho de los interesados a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y el derecho a la supresión (antes conocido como derecho al olvido), si la retención de tales datos infringe el referido Reglamento o el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento. Asimismo, reconoce, en particular, el derecho de los interesados a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen, o si el tratamiento de sus datos personales incumple de otro modo dicho Reglamento.

Sin embargo, también se reconoce que la retención ulterior de los datos personales será lícita cuando sea necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión e información, para el

cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

Asimismo, se señala que, a fin de reforzar el derecho a la supresión en el entorno en línea, debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos.

En este sentido, el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679, dispone expresamente el derecho a la supresión o al olvido, reconociendo que el interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;
- b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico;
- c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2;
- d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;
- e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;
- f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

Además, como excepciones al ejercicio del derecho a la supresión, el mismo artículo 17, apartado 3, del Reglamento, señala las siguientes:

- a) Para ejercer el derecho a la libertad de expresión y de información;
- b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuestas por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable;



c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3;

d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o

e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

3) Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

En España, la Ley Orgánica 3/2018, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 6 de diciembre de 2018, en vigor a partir del día siguiente al de su publicación, constituye un decidido avance en el reconocimiento y protección del derecho a la supresión, así como de los derechos digitales.

En su Preambulo reconoce expresamente la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales como un derecho fundamental protegido por el artículo 18.4 de la Constitución española, pionera en el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales al disponer que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. En el mismo sentido, por el reconocimiento realizado por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 94/1998, que señala que el derecho a la protección de datos es un derecho fundamental por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos, cualesquiera datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados; configurándose así, como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquél que justificó su obtención. Posteriormente, en la Sentencia 292/2000, el mismo Tribunal, consideró al derecho a la protección de datos como un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede éste tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

La expedición de la presente Ley Orgánica -se lee- atiende a nuevas circunstancias, principalmente el aumento de los flujos transfronterizos de datos personales como consecuencia del funcionamiento del mercado interior, los retos planteados por la rápida evolución tecnológica y la globalización, que ha hecho que los datos personales sean el

recurso fundamental de la sociedad de la información. El carácter central de la información personal tiene aspectos positivos, al permitir nuevos y mejores servicios, productos o hallazgos científicos. Pero también implica nuevos riesgos, pues la información sobre los individuos se multiplica exponencialmente, son más accesibles, por más actores, y cada vez son más fáciles de procesar mientras que es más difícil el control de su destino y uso.

Es interesante cómo en el Preámbulo de la referida Ley Orgánica, reconoce expresamente que Internet se ha convertido en una realidad omnipresente tanto en la vida personal como colectiva. Una gran parte de la actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y adquiere una importancia fundamental tanto para la comunicación humana como para el desarrollo de la vida en sociedad. Identificados los riesgos y oportunidades que el mundo de las redes ofrece, corresponde ahora a los poderes públicos impulsar políticas que hagan efectivos los derechos de los individuos en Internet, promoviendo la igualdad entre ellos y de los grupos en los que se integran para hacer posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en la realidad digital.

Ahora, si bien en el Título III, Derechos de las personas, en su artículo 15, la Ley Orgánica en análisis se reconoce la existencia del derecho a la supresión, no nos ofrece ninguna definición de este derecho, sino que se limita a dirigirnos a los artículos 17 y 21.2 del Reglamento europeo, en los términos siguientes:

“Artículo 15. Derecho de supresión.

1. El derecho de supresión se ejercerá de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679.

2. Cuando la supresión derive del ejercicio del derecho de oposición con arreglo al artículo 21.2 del Reglamento (UE) 2016/679, el responsable podrá conservar los datos identificativos del afectado necesarios con el fin de impedir tratamientos futuros para fines de mercadotecnia directa.”

Como se aprecia, si bien, debe reconocerse como un avance en el reconocimiento en España del ejercicio del derecho a la supresión, no establece una definición de qué entender por este derecho.

III. EL DERECHO A LA SUPRESIÓN EN MÉXICO

El primer caso en que se trató el derecho a la supresión o al olvido en México, proviene de la resolución de 26 enero de 2015, dictada en el procedimiento de protección de datos PPD 0094/14, por el entonces Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (IFAI)¹⁰.

¹⁰ Cambió su denominación por la de Instituto de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), mediante Decreto por el que se expide la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de mayo de 2015.



En este asunto se resolvió la solicitud de protección de derechos interpuesta por Carlos Sánchez de la Peña en contra de la falta de respuesta de Google México, S. de R.L. de C.V., en relación a su petición, en ejercicio de los derechos de cancelación y de oposición, para que el motor de búsqueda suprimiera de sus resultados determinados vínculos relacionados con un reportaje publicado en febrero de 1997 por la revista *Fortuna*, en que se señalaba un supuesto fraude en la compañía de autotransportes Grupo Estrella Blanca.

En dicha resolución se determinó sancionar a Google México por no atender la solicitud del empresario que se inconformó por el tratamiento de sus datos personales en el servicio de motor de búsqueda. El argumento principal de Google México para no atender la petición de borrado de datos consistió en que Google Inc., ubicada en Estados Unidos, es la encargada del motor de búsqueda, en consecuencia, que escapaba de los lineamientos de la ley mexicana de protección de datos personales y de la competencia de ese Instituto, por lo que aquélla no era responsable de dar seguimiento a la petición.

Sin embargo, el entonces Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (IFAI) determinó que Google México, S. de R.L. de C.V., es una empresa legalmente constituida en México y, en términos de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, es responsable del tratamiento de estos datos personales.

Ahora bien, en la referida resolución no se hace expresión directa respecto del derecho a la supresión o al olvido, sin embargo, éste, de manera implícita, se deriva del contenido de los derechos a la cancelación y a la oposición de datos personales, previstos en los artículos 25 y 27, concatenados con el 28, de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, vigente en la época, en relación con los artículos 106 y 109 del Reglamento de dicha Ley.

Además, se destaca que el Pleno del Instituto determinó que toda vez que el derecho de protección de datos personales es un derecho humano y atendiendo al principio pro persona, previsto por el artículo 1º., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, era procedente adoptar como criterio orientador la determinación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contenida en el expediente C-131/12, correspondiente al procedimiento seguido en contra de Google Spain, S.L. y Google Inc., a que ya hemos hecho alusión, mismo que sienta las bases del derecho a la supresión o al olvido en Europa y que también ha sido la base para considerar la existencia de este derecho en México.

Cabe destacar que la referida resolución aún se encuentra sub júdice, puesto que, en su contra, la revista *Fortuna*, por conducto de la organización Red en Defensa de los Derechos Digitales (R3D), promovió juicio de amparo indirecto por violación a los derechos a la libertad de expresión y de audiencia. El referido juicio de amparo, con número de expediente 574/2015, fue negado en marzo de 2016 por el Juzgado Decimoquinto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal. En contra de esa sentencia, se interpuso el recurso de revisión número 96/2016, correspondiendo el conocimiento al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, quien, a su vez, lo turnó al Séptimo Tribunal

Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región, para que dictara la resolución correspondiente. En esta, el órgano revisor no realizó un análisis de fondo del asunto y tampoco se pronunció respecto del derecho a la supresión o al olvido, sino que únicamente determinó conceder el amparo y protección de la Justicia Federal por vicios de forma en el procedimiento, para dejar sin efectos la resolución impugnada emitida por el Instituto y que se repusiera el procedimiento de protección de datos para dar garantía de audiencia a la revista *Fortuna* y se dicte una nueva sentencia.

Tenemos, pues, que el derecho a la supresión, si bien deriva de los derechos de protección de datos personales, es autónomo e independiente, ejercitable por cualquier persona que considere que el tratamiento de sus datos de carácter personal, le ocasiona un perjuicio en la actualidad, al ya no ser necesarios para los fines para los que se obtuvieron o fueron tratados de otro modo. Además, el derecho a la supresión, al no ser un derecho absoluto, admite excepciones¹¹. El ejercicio de este derecho es directamente ante los motores de búsqueda en Internet, mediante un formulario a disposición de cualquier persona en su página de Internet¹². El motor de búsqueda realiza un análisis y ponderación, caso por caso, y suele ser un procedimiento lento. Una vez que se haya tomado una decisión, se informa por vía electrónica al solicitante el resultado alcanzado. Si el ejercitante del derecho a la supresión no está conforme con el resultado dado por el motor de búsqueda, tendrá ahora la oportunidad de ejercer el derecho ante la autoridad nacional de protección de datos personales de su país, por ejemplo, en México, el trámite será ante el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), mediante el ejercicio de los derechos ARCO, es decir, derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de datos personales.

IV. EL DERECHO A LA SUPRESIÓN COMO VÍA REPARADORA DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Si bien el derecho a la supresión no fue concebido con el objetivo de garantizar la protección del derecho a la presunción de inocencia, sino que surgió en el ámbito del derecho a la protección de datos, con su reconocimiento se puede asegurar a las personas el acceso a mecanismos de protección de sus datos personales que hayan sido vulnerados por información emitida por periodistas y medios de comunicación en relación con la participación en la comisión de hechos delictivos que no hayan respetado la vertiente extraprocesal de la presunción de inocencia de imputados o acusados y, que por el paso del tiempo, ya no correspondan con la actualidad. Incluso, el derecho a la supresión alcanza, igualmente, a sujetos que, a pesar de haber sido sentenciados por la comisión de algún delito, es decir,

¹¹ Ejemplificativamente, podemos mencionar las referidas en el apartado 3 del artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679.

¹² Por ejemplo, Google, pone a disposición su formato en la dirección web: <https://policies.google.com/faq?hl=es&gl=mx>.



aunque se haya vencido la presunción de inocencia y se les haya condenado penalmente, pero que por el simple transcurso del tiempo la información sea irrelevante.

Así, mediante este procedimiento, la persona que no sea personaje público o con proyección pública que haya visto afectado su derecho fundamental a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal por medio de información periodística que aún sea accesible mediante los motores de búsqueda como Google, y que en la actualidad cuente con una resolución ejecutoria que haya acreditado su no responsabilidad o inocencia en el proceso penal, podrá acudir a solicitar a los gestores de esos motores de búsqueda, que la información referente a su persona pueda ser suprimida o “desindexada” de los mismos, puesto que en la actualidad ya no se justifica que esa información continúe siendo accesible a cualquier persona y puede constituir una forma de vulneración de los derechos de la personalidad como la dignidad, el honor o la reputación.

Ahora bien, el derecho a la supresión en relación con la presunción de inocencia ante casos en los que se haya informado periódicamente sobre hechos de naturaleza penal, es operable en dos escenarios distintos.

El primero, está relacionado directamente con la vertiente extraprocesal de la presunción de inocencia, cuando haya sido presentada por periodistas y medios de comunicación información sobre alguna persona relacionada con hechos que lo incriminen como culpable de algún ilícito, cuando no haya existido investigación oficial o proceso penal seguido en su contra que, por el paso del tiempo, en la actualidad dicha información carezca de interés público y que pueda afectar la situación actual de la persona sobre la que se informó al afectar su proyecto de vida. Bajo esta hipótesis, es inconcuso que la persona que haya visto lesionado su derecho a presumirse inocente como consecuencia de información periodística que lo haya señalado como responsable de hechos ilícitos tiene el derecho a ejercer su derecho a la supresión a fin de que dicha información no continúe afectando sus derechos a la personalidad como son el honor, la reputación y la imagen.

El segundo escenario corresponde a los casos en los que, propiamente se vería involucrada la vertiente procesal de la presunción de inocencia. Por una parte, cuando después de haberse seguido un proceso penal en contra de la persona sobre la que se informó periódicamente, se hubiera emitido una sentencia firme en la que no se haya emitido condena alguna, es decir, que no se haya vencido el derecho a la presunción de inocencia en un juicio seguido con todas las formalidades esenciales del procedimiento. Sobre este aspecto, es indudable la importancia que cobra el derecho a la supresión para quien vio vulnerado su derecho a presumirse inocente derivado de información periodística sobre hechos delictivos al contar con una ejecutoria firme que haya reconocido judicialmente su inocencia para solicitar que dicha información sea suprimida o “desindexada” de los motores de búsqueda a fin de que no siga siendo de fácil acceso por no tener sustento en la actualidad. Por otra parte, si bien no se considera violatoria del derecho a la presunción de inocencia, nos encontramos con las situaciones en las cuales, después de haberse seguido un juicio en el que se hayan seguido todas las formalidades legales, se haya emitido sentencia condenatoria firme en la

que haya sido vencida la presunción de inocencia del acusado, quien además haya cumplido en sus términos la condena impuesta. En estos supuestos, si bien se venció la presunción de inocencia en su contra, también el sentenciado tiene el derecho a ejercer el derecho a la supresión a su favor, cuando después de un tiempo considerable, la información emitida sobre su persona, su participación en los hechos delictivos y su condena, ya no tenga sustento en la actualidad y que, de seguir siendo accesible mediante los motores de búsqueda, pueda afectar su desarrollo personal en la actualidad, además de ir en contra de los fines de readaptación y reinserción social propios de las penas en materia penal.

Por otra parte, una posible objeción a la aplicación del derecho a la supresión lo constituye el caso de su operatividad ante situaciones en las cuales el promovente de este derecho sea alguna persona sobre quien se haya informado por estar relacionado con hechos delictivos relacionados con actos de corrupción.

Sobre este aspecto, se ha considerado que el punto controversial del derecho a la supresión es si en países con bajos niveles de desempeño en transparencia y elevados niveles de corrupción, éste derecho acabaría protegiendo a políticos, empresarios o ciudadanos envueltos en actos de corrupción y conflictos de intereses. En consecuencia, que resolver la supresión de información sin antes ponderar las implicaciones en la vida pública puede afectar el derecho a la información y convertirse en un acto de censura.

Al respecto, recientemente la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dispuesto que, en su doctrina constitucional, ha hecho suyo el denominado “sistema dual de protección” desarrollado en la doctrina interamericana, conforme al cual, los límites de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna. El acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan sus actividades o actuaciones. Por tanto, si bien es cierto que estas personas no estarán sometidas a un mayor escrutinio de la sociedad en su honor o privacidad durante toda su vida, sino sólo mientras realicen funciones públicas o estén involucradas en temas de relevancia pública. La información sobre el comportamiento de funcionarios públicos durante su gestión no pierde relevancia por el mero transcurso del tiempo y, por tanto, no pierde su carácter de hecho de interés público; por el contrario, es justamente el seguimiento ciudadano sobre la función pública a lo largo de los años lo que fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la rendición de cuentas por aquellos que tienen este tipo de responsabilidades¹³.

¹³ LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA INFORMACIÓN SOBRE EL COMPORTAMIENTO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS DURANTE SU GESTIÓN NO PIERDE SU CARÁCTER DE HECHO DE INTERÉS PÚBLICO POR EL MERO TRANSCURSO DEL TIEMPO. Tesis 1a. CCCXXIV/2018 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, Décima Época, página 344.



En ese sentido, el derecho a la supresión no debe ser considerado como un acto de censura ni atentatorio de las libertades de expresión y de información, en virtud de que se trata de un derecho que se ejerce por su titular directamente frente al responsable del tratamiento de datos personales (Google, por ejemplo), a quien se le solicita que suprima o “desindexe” de su motor de búsqueda los resultados a vínculos que contengan información personal sobre hechos pasados que su titular considere que en la actualidad le afectan por ya no ser necesario su conocimiento o porque ha dejado de ser relevante esa información. Ante dicha petición, el responsable del tratamiento de datos deberá analizar, caso por caso, la procedencia de la misma, para lo cual deberá analizar y, en su caso, ponderar si la información tiene relevancia pública, bien por los hechos informados o por los sujetos involucrados, quienes, en ningún caso, podrán ser personajes públicos o personas con proyección pública, por existir un interés público mayor de la sociedad en conocer y estar informados. En caso de estimar procedente la petición, el responsable del tratamiento deberá suprimir o “desindexar” de su motor de búsqueda los referidos vínculos, debiendo notificar su resolución al responsable de la difusión de dicha información. En caso de no considerar procedente la solicitud, deberá informar al titular del derecho dicha negativa y éste tendrá la oportunidad de acudir ante la autoridad nacional de protección de datos personales a iniciar un procedimiento de protección de datos, en el que, nuevamente, se deberá llevar a cabo un análisis caso por caso para resolver la procedencia o no de su petición de protección de datos.

Además, debe destacarse que el derecho a la supresión, tratándose de personajes públicos o personas con proyección pública, categoría en la que sin duda se encuentran los políticos, empresarios o ciudadanos envueltos en casos de corrupción, éstos deben soportar un mayor nivel de tolerancia a la información emitida pues existe un interés general de la población por recibir información respecto de su actuación y de la forma en que se comportan, así pues, no se trataría de un acto de censura pues esa información tendría valor preferente sobre su derecho al olvido, precisamente, por la calidad del personaje y por existir interés general en la información que constituyen las únicas limitaciones al derecho a la información.

V. CONCLUSIÓN

El recientemente reconocido derecho a la supresión (inicialmente nombrado derecho al olvido), permite a los individuos la posibilidad de oponerse a que se conserve en los motores de búsqueda información personal que les aluda y que, por el simple paso del tiempo, ya no se justifique su accesibilidad al público.

Mediante la supresión de la información albergada en los motores de búsqueda de Internet, como por ejemplo *Google*, se puede dar respuesta a un reclamo y a una situación más común de lo que pueda pensarse, esto es, la posibilidad de que los individuos puedan solicitar la supresión o desindexación de información periodística en la que se les hubiera señalado como responsables de la comisión de un delito y que pudiera haber afectado la vertiente extraprocesal de su derecho a la presunción de inocencia. Siempre que ya no se justifique que dicha información pueda tener relevancia en la actualidad y que pueda afectar la situación

actual o planes de vida a futuro de una persona. Incluso, la protección brindada por el derecho a la supresión podría alcanzar a quién, a pesar de haber sido condenado penalmente, es decir, habiéndose vencido la presunción de inocencia, ya ha cumplido la pena impuesta y el simple hecho de que información periodística emitida sobre su participación en los hechos ilícitos por los cuales se le condenó, ya no encuentre justificación alguna en la actualidad. Entonces, el derecho a la supresión puede ser una vía importante de reparación a las violaciones a la presunción de inocencia cometidas en ejercicio del periodismo.

Si bien, en el ámbito europeo es donde surgió y se ha desarrollado más el derecho a la supresión, lo cierto es que aún tiene un muy largo camino por recorrer y que cada vez escucharemos más sobre este nuevo derecho.

Bibliografía

ABRIL S., PATRICIA; PIZARRO MORENO, EUGENIO. La intimidad europea frente a la privacidad americana. Una visión comparativa del derecho al olvido. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. Número 1/2014. Enero de 2014. Barcelona.

DE TERWANGNE, CÉCILE. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. IDP Revista de Internet, Derecho y Política. Número 13. febrero de 2012. Barcelona.

MIERES MIERES, LUIS JAVIER. El derecho al olvido digital. Documento de trabajo 186/2014. Laboratorio de alternativas. Consultable en http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/e0d97e-985163d78a27d6d7c23366767a.pdf.



NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Y MADRES TRABAJADORAS: VULNERABILIDAD Y DISCRIMINACIÓN

Autor //

Karen Guadalupe Torres Pérez*

Resumen:

El trabajo aborda cuáles han sido los mecanismos normativos de protección a la maternidad en el ámbito laboral y cuáles son las perspectivas de éxito frente a la actual regulación. En el marco de la vulnerabilidad laboral, las mujeres trabajadoras condicionan, a su vez, la vulnerabilidad social de sus hijos. La importancia de la actividad de fomento entre la clase patronal para evitar prácticas discriminatorias hacia las mujeres responsables de los hijos, es indispensable, para garantizar los derechos de los menores.

Abstract:

The work addresses what have been the normative mechanisms of maternity protection in the workplace and what are the prospects for success against the current regulation. Within the framework of labour vulnerability, working women condition, in turn, the social vulnerability of their children. The importance of the activity of promotion between the employer class to avoid discriminatory practices towards the women responsible for the children, is indispensable, to guarantee the rights of the minors.

Palabras clave:

Vulnerabilidad, infancia, género, derechos sociales, derechos laborales.

Sumario:

I. Introducción II. La vulnerabilidad social III. La niñez y la adolescencia como grupo en situación de vulnerabilidad IV. Condiciones laborales de la mujer en México V. La conciliación entre el ámbito laboral y familiar de las mujeres responsables en solitario del entorno familiar VI. Conclusiones VII. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad observar la regulación laboral en materia de género, en particular los derechos de las madres trabajadoras, desde la perspectiva de vulnerabilidad

*Autor principal y egresada de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. El artículo se llevó a cabo con la colaboración de la Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera y la Dra. Nohemí Bello Gallardo, Doctoras en Derecho e integrantes del Cuerpo Académico Consolidado "Derechos Humanos y Globalización", miembros del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I, docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

de las niñas, niños y adolescentes. La pertinencia de la investigación se encuentra en la importancia que se brinda, al día de hoy, a los grupos en situación de vulnerabilidad, pues el contexto actual, parece exigir elevar los estándares de protección, sin embargo, no siempre se puede acreditar que la condición laboral de este grupo mejore. Tal tema surge de la observación de la vida cotidiana, así como de la experiencia en prácticas en instituciones de gobierno, académicas, así como en órganos jurisdiccionales. La pregunta principal de investigación consiste en cuestionar qué convierte a un sector de la población en grupo en situación de vulnerabilidad y si es posible que una persona puede ocupar un lugar en diversos grupos, pero más allá de ello, si una misma vulneración puede afectar a dos personas pertenecientes a grupos vulnerables diversos.

El uso de las diversas acciones afirmativas que buscan generar espacios de igualdad o de acceso paritario al disfrute de diversos derechos para distintos grupos de la población ha sido ampliamente utilizado en el ordenamiento de los países de occidente en los últimos años y han ganado terreno desde una óptica de derechos humanos. En observancia de las acciones afirmativas no sólo en busca del contenido y atracción de simpatizantes políticos sino volverlas prácticas en el mundo fáctico.

En ese sentido, se busca analizar cuál es la situación que viven dos grupos en situación de vulnerabilidad en México, los cuales son, por un lado, la niñez y adolescencia y, por el otro, las madres trabajadoras. Hoy en día es necesario constatar la información que se brinda en medios informáticos, en busca de que los órganos públicos cumplan con las funciones que se les otorga constitucionalmente de manera objetiva y rigurosa pues la manipulación de la información en el marco de las necesidades de los grupos vulnerables es importante.

Por otra parte, la mejor comprensión del fenómeno y la actualización de mecanismos normativos generan un beneficio social para que las madres trabajadoras conozcan sus derechos, los defiendan y hagan valer ante las autoridades competentes. La vulneración de los derechos laborales de una madre impactan directamente en el entorno familiar, en especial, en los hijos, por lo que se pueden identificar dos ambientes de vulnerabilidad con impacto en diversos derechos como la alimentación, vivienda, educación o salud, por mencionar algunos.

II. LA VULNERABILIDAD SOCIAL

La convivencia y el ejercicio de derechos son actividades que realizan los individuos que conforman una sociedad. Naturalmente, en el marco de distintos sustratos socio-económicos, existen individuos que no cuentan con las mismas condiciones de respuesta ante las situaciones de peligro, lo que genera dificultades para su desarrollo individual y social, de tal manera que el progreso de esa sociedad puede continuar, pero dejando atrás a esos individuos con condiciones especiales.



“En esencia la vulnerabilidad puede definirse como un estado de elevada exposición a determinados riesgos e incertidumbres, combinado con una capacidad disminuida para protegerse o defenderse de ellos y hacer frente a sus consecuencias negativas.”¹

Particularmente, en el ámbito del trabajo y el género, cobra importancia que toda madre de familia pueda hacer frente al gasto económico familiar o a la inflación de los mercados sin comprometer la alimentación o la vivienda. En el marco de un estado de derecho que se asuma como garante del individuo, todas las personas habrían de seguir un avance de desarrollo social similar facilitando, a su vez, que el crecimiento económico sea sostenido y la brecha social no sobrepase los criterios aceptables².

La situación de vulnerabilidad, dependerá de la estructura social en donde se ubique el individuo para el desarrollo de las actividades de su vida cotidiana. Es importante observar que coexisten distintos conceptos en la problemática, por ejemplo, pobreza y vulnerabilidad. La pobreza implica vulnerabilidad, pero no todos los grupos vulnerables se identifican con la pobreza. Ambos conceptos forman parte del fenómeno, pero no son idénticos. La diferencia radica esencialmente en que la vulnerabilidad o un “grupo en situación de vulnerabilidad” implica que puedan ser dañados o afectados en su persona o bienes con independencia a cuál es su condición económica previa. La pobreza, es la condición pre-existente de ausencia de las condiciones mínimas de subsistencia. De ahí que el término vulnerabilidad se asocia a la posición pasiva frente a la discriminación que implica un menoscabo, que le causa un perjuicio ante la desventaja y “pobreza” hace referencia a la falta de recursos que permitan por sí mismo acceder a los satisfactores esenciales de la vida. Por otro lado, la situación de vulnerabilidad es una condición multifactorial, compuesta por diversas categorías que afectan la dignidad humana, lo que origina que ciertos grupos sociales sean categorizados como en situación de vulnerabilidad. La pobreza es un factor, entre los muchos que pueden condicionar a una situación de vulnerabilidad³ pero no es un requisito indispensable. Se puede entender

¹ Organización de las Naciones Unidas. (2003). La vulnerabilidad: una perspectiva general. En Informe sobre la situación social en el mundo, 2003. (8). Nueva York: Reproducción de las Naciones Unidas, Nueva York.

² Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, Esenciales OCDE, Desigualdad de ingresos, la brecha entre ricos y pobres, OCDE-UNAM, París, 2018.

³ P./J. 85/2009 sostenida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Fuente: Agosto de 2009, Tomo XXX, Pág. 1072, Novena Época, registro 166607. POBREZA Y VULNERABILIDAD. SUS DIFERENCIAS Y RELACIONES EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL. Conceptualmente la pobreza es de menor extensión que la vulnerabilidad. De acuerdo a la citada Ley la pobreza no es el único factor que puede posicionar a una persona o grupo en una situación de vulnerabilidad. Desde la misma definición legal de grupos vulnerables se hace referencia a la discriminación la cual, desde el concepto de discriminación contenido en el artículo 1o. de la Constitución Federal comprende una multitud de categorías que pueden provocarla: origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado

a ambos conceptos como género y especie, por lo que la situación de vulnerabilidad será el género y la pobreza la especie.

III. LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA COMO GRUPO EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

La niñez y la adolescencia son etapas de la vida de un individuo con características específicas, la principal, es el margen de edad en la que se encuentra este grupo social, de la mano del estado de madurez e independencia que pudiera tener de su núcleo familiar o de la sociedad misma, sin excluir que podrán surgir condiciones externas o internas que determine que la vulnerabilidad se fortalezca. Asimismo, se establece que este grupo social por el paso de la historia, presenta tres grandes peligros como lo son: la pobreza, los conflictos armados y el sida⁴.

Actualmente México cuenta con más de 129 millones de habitantes⁵, cantidad que lo ubica en el décimo país más poblado del mundo, asimismo del número de habitantes precisado más de 39 millones se encuentran en la niñez o adolescencia, cubriendo el 30% de los habitantes totales. Este grupo social es importante por el número de habitantes que representa en nuestro país, pero, además, por las condiciones sociales en las que se encuentran, como las siguientes:

- El 51.1% de las niñez y adolescencia está en situación de pobreza.
- México ocupa el primer lugar en obesidad infantil.
- El 60% de los niños de 1 a 14 años ha experimentado algún método violento de disciplina.
 - El 82% de la niñez entre 3 y 5 años se desarrollan a un ritmo adecuado para su edad, pero la pobreza, la desnutrición, la falta de acceso a libros o la ausencia de asistencia al preescolar pueden llegar a afectar su desarrollo.
 - El 80% de los niños no alcanzan los conocimientos requeridos en su nivel educativos, además cuatro millones de niñas, niños y adolescentes están fuera de la escuela y más de 600 mil se encuentran en riesgo de deserción⁶.

Si se observa de manera global, el rezago en alimentación, salud y educación implicará que los menores condicionen la calidad de vida de su futuro desde diversas perspectivas lo que dificultará cambiar la dinámica social en el país. Los menores en situación de vulnerabilidad se encuentran en un contexto de peligro frente a la desigualdad de oportunidades.

civil; además la lista no es limitativa sino enunciativa, dejando abierta la posibilidad de nuevas categorías al incluir “cualquier otra que atente contra la dignidad humana”.

⁴ Gutiérrez Rivas, D. (2001). Derechos Humanos (1st ed., p. 104). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

⁵ Banco Mundial. Población, total, (En url:<https://datos.bancomundial.org/indicador> 2018). /sp.pop.totl

⁶ UNICEF, Informe anual 2017, (2018). en Url: <https://www.unicef.org.mx/Informe2017/Informe-Anual-2017.pdf>



Modificar las condiciones socio-económicas de vulnerabilidad en la infancia implica la actividad positiva del Estado a través de las autoridades competentes para su tutela. Se trata, en definitiva, de acciones que medien entre las condiciones de vulnerabilidad y el acceso o disfrute a los diversos derechos humanos contenidos en convenciones internacionales que México ha suscrito. La Convención de los Derechos del Niño y los protocolos facultativos sobre la protección de la infancia frente a conflictos armados o contra la explotación sexual infantil, prevén mecanismos de control, pero también de fomento o de servicios públicos que intervienen en el supuesto de hecho. Por su parte, el marco constitucional (principalmente los artículos primero y cuarto), buscan que se erradique cualquiera barrera o límite para el pleno desarrollo de la infancia.

“Artículo 4....

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez....”⁷

Asimismo, como se estableció en el párrafo anterior, es necesario que las autoridades, tal como lo establece el artículo primero de la Constitución Política en relación con el artículo cuatro, realicen todo aquello que encamine, en el ámbito de sus competencias, a generar el pleno desarrollo de niñas y niños, así como adolescentes de nuestro país, anteponiendo el interés superior de la niñez.

IV. LAS CONDICIONES LABORALES DE LA MUJER EN MÉXICO

Las mujeres son un sector de la sociedad tradicionalmente vulnerable o susceptible de padecer discriminación ante las costumbres y usos de una sociedad regida por hombres. Sin embargo, todo individuo debe disfrutar de un plano de igualdad en el ejercicio de sus derechos, sin importar su género, conforme a lo establecido por la Constitución en su artículo cuarto, párrafo primero. Si bien se han logrado avances importantes tales como la paridad entre hombres y mujeres para la postulación de candidatos de elección popular, estipulado por jurisprudencia (la cual obligó a la igualdad en la composición de los órganos internos de los partidos políticos para facilitar la presencia de la mujer en cámaras legislativas), lo cierto es que aún quedan muchos espacios en donde el derecho no ha conseguido alcanzar mecanismos eficientes para alcanzar la igualdad material entre hombres y mujeres.

Es importante analizar cómo la mujer ha alcanzado grandes logros respecto del reconocimiento de derechos igualitarios que el hombre pues no siempre ha sido por obra

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2019). México.

del legislador. La sociedad ha empujado el cambio normativo reconociendo los espacios de oportunidad. En materia laboral, sin embargo, debe observarse más allá de la actividad que desempeña en su empleo la mujer, por ejemplo, la igualdad de salarios, pues la labor que desempeñan las mujeres que tienen a su cargo a los hijos implica la capacidad de atención de los hijos lo que no siempre empata con el horario laboral.

Lo anterior se respalda con que actualmente la población que tiene edad para trabajar es de 93,067,740 habitantes, de los cuales, 48,853,774 son mujeres. De los 55,643,417 habitantes que se encuentran económicamente activos 34,270,817 son hombres y 21,372,600 son mujeres, cantidades que en porcentaje reflejan que el **61.6%** de los habitantes con edad para trabajar y que están activos **son hombres** a diferencia del **38.4% de mujeres**.⁸ Los datos reflejan que es mayor la población de mujeres que se encuentran en edad para trabajar, sin embargo, es menor el número que tienen una actividad económica en comparación con los hombres.

Entre las actividades laborables que realiza una mujer se encuentra, enumeradas de mayor a menor participación:

- Comercio
- Industria manufacturera
- Gobierno y organismos internacionales
- Actividades Agropecuarias⁹

La única actividad de las antes enunciadas donde la mujer tiene una mayor participación respecto del hombre es en el comercio, dado que 5,176,624 mujeres se dedican a éste, en comparación de 4'933,174 hombres que realizan dicha actividad. Hasta el momento se precisaron actividades sin importar el nivel de preparación exigida, pero cuando se observan los datos en relación a la ocupación de empleos de acuerdo con el nivel de estudios, en la mayoría de los casos, los hombres ocupan un mayor número de empleos tal y como se representa a continuación:¹⁰

Nivel de estudios	Porcentaje Hombres	Porcentaje Mujeres
Sin instrucción	63.5	36.5
Primaria	66.5	33.5
Secundaria y media superior	61.8	38.2
Superior	55.0	45.0
No especificado	63.6	36.4

⁸ UNICEF, Subsecretaría de Empleo y Productividad laboral, (2018). Recuperado de: <https://www.unicef.org.mx/Informe2017/Informe-Anual-2017.pdf>

⁹ Ídem.

¹⁰ Ídem.



Aunado a lo anterior, cabe destacar que la mujer no tiende a ocupar, en ningún caso, el mayor número de empleos en relación a la preparación académica, es más, ni siquiera la mitad de empleos, lo que conlleva a situar a la mujer en un nivel bajo de empleo en México.

Una de las prestaciones que se recibe por un trabajo es el salario, en el que también se presenta una la diferencia ya que el 16.7%¹¹ de los salarios es menor de los recibidos por la mujer respecto de los hombres, además en 2017 México en el estudio que realiza el Fondo Económico Mundial disminuyó 15 lugares en la brecha de género, a lo anterior es necesario precisar que tardará 100 años en cerrarse dichas brechas de género.¹²

El análisis de las condiciones de vulnerabilidad laboral de la mujer implica, principalmente, las implicaciones de la maternidad. En primer lugar, la potencial discriminación que sufre la mujer embarazada que busca empleo, es fruto de la necesidad material y jurídica de ofrecer condiciones de atención al hijo que nacerá. En el embarazo, se busca la protección frente a actos discriminatorios no sólo en una posible segregación en el momento de la contratación sino hasta el potencial despido. La exposición de la mujer a procesos discriminatorios en una etapa en la que requiere estabilidad y cuidados es parte de un mecanismo laboral depredador en el cual el trabajador es una mercancía que las fuerzas económicas consideran una carga.

La discriminación laboral en la etapa reproductiva de la mujer ha sido identificada como una causal de discriminación por razón de sexo por parte de los tribunales. En efecto, la naturaleza reproductiva se proyecta esencialmente sobre la madre, precisamente por la gestación y agravada por una concepción restrictiva del papel del padre sobre la crianza de los hijos. Al día de hoy, los criterios jurisprudenciales se encuentran en una etapa incipiente en el que se analiza la discriminación femenina de manera segmentada, asociada a los procesos naturales al género, pero no de una manera integral, asociada a la concepción progresista de cohesión social en donde el patrón y los empleados fortalecen el entorno familiar y social. En este sentido, se ha considerado como discriminación por razón de sexo, la extinción de una relación laboral relacionada con el embarazo siendo que ésta sólo puede afectar a la mujer¹³.

Por otra parte, en el despido de una mujer embarazada, el patrón tiene la obligación de otorgarle su licencia, así como de contratar a una persona durante el tiempo de ausencia para el cuidado del menor. Se trata de supuestos de hecho en donde se ha dejado patente la necesidad de que el juzgador analice el caso con perspectiva de género en busca de eliminar cualquier acto que tienda a afectar a la mujer embarazada. El patrón deberá de acercar todos

¹¹ UNICEF, La lucha por la igualdad de género, (2018). Recuperado de: <https://www.unicef.org/mx/Informe2017/Informe-Anual-2017.pdf>

¹² Saldaña, I. (2017). México cae 15 sitios en brecha de género: Foro Económico Mundial. El Universal. Recuperado en: <http://www.eluniversal.com.mx/cartera/mexico-cae-15-sitios-en-brecha-de-genero-advier-te-foro-economico-mundial>.

¹³ Tesis XI.1o. A.T.4CS sostenida por el Tribunal Colegiado de Circuito, encontrada en Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Fuente: Libro 26, Enero de 2016, Tomo IV, Pág.33111, Novena Época, registro 2010843 y de rubro **“DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. LA CONSTITUYEN LAS DECISIONES EXTINTIVAS DE UNA RELACIÓN LABORAL BASADAS EN EL EMBARAZO, AL AFECTAR EXCLUSIVAMENTE A LA MUJER.”**

aquellos mecanismos que prueben el despido, sin ser suficiente sólo el embarazo ¹⁴.

La información anterior, precisa las condiciones que enfrentan las mujeres hoy en día en México, que van desde la imposibilidad de encontrar un empleo, que las prestaciones del trabajo sean inferiores por cuestiones de sexo hasta que la terminación de la relación laboral sea con la justificación del embarazo de la mujer.

V.- LA CONCILIACIÓN ENTRE EL ÁMBITO LABORAL Y FAMILIAR DE LAS MUJERES RESPONSABLES EN SOLITARIO DEL ENTORNO FAMILIAR

La posición de las mujeres en el ámbito laboral ha sido secundaria a partir del rol que juegan en la sociedad contemporánea¹⁵ a pasar que la norma procure fortalecer su posición y sentar las bases de acceso paritario al desenvolvimiento económico y social. “...los datos arrojados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi), los cuales indican que 96.3% de las mujeres económicamente activas participa en la producción de bienes y servicios, aún se enfrentan a grandes desventajas laborales respecto a los hombres...”¹⁶. La movilización femenina en el ámbito laboral depende en buena medida de la concepción que se tenga de sí misma y de su capacidad de desenvolvimiento, incluso, respecto de los hijos que tiene a su cuidado¹⁷. Dentro del conjunto de información que se ha podido recuperar para la elaboración de este trabajo es posible identificar que el grupo de mayor vulnerabilidad se constituye de mujeres, madres y de menor escolaridad, las cuales tradicionalmente encuentran trabajo remunerado, pero sin prestaciones sociales que solventa la estabilidad de su familia.

Es importante señalar que, por una parte, la norma tiene la encomienda de generar condiciones laborales para el desenvolvimiento de la vida en sociedad de manera igualitaria entre hombres y mujeres y, por otro, proteger los aspectos fisiológicos propios de la mujer. Estos criterios de regulación normativa no siempre se identifican con claridad, precisamente por la estructura social en la que se desenvuelven los países latinoamericanos. En general, por lo que respecta al primer rubro, entre los derechos que tiene toda persona como trabajador son: salario igual por trabajo igual, aguinaldo anual, jornadas de 8 horas, días de descanso, vacaciones y capacitación. Por otra parte, la Ley federal del Trabajo tiene en su título quinto

¹⁴ Jurisprudencia 2ª./J. 66/2017 sostenida por la Segunda Sala, encontrada en Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Fuente: Libro 43, junio de 2017, Tomo II, Pág. 1159, Décima Época, registro 2014508 y de rubro “OFRECIMIENTO DE TRABAJO. AUN CUANDO SE CONSIDERE DE BUENA FE, NO DEBE TOMARSE EN CUENTA PARA LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS CUANDO EL DESPIDO SE DA DURANTE EL PERIODO DE EMBARAZO DE LA TRABAJADORA, AL CONSTITUIR UN TEMA QUE OBLIGA A JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

¹⁵ Fernández Hasan, Alma. (2007). Desigualdad de género. La segregación de las mujeres en la estructura ocupacional. La ventana. Revista de estudios de género, 3(25), 140-167.

¹⁶ El Economista. (2017). Conozca sus derechos laborales como madre, p. única. Recuperado de: <https://www.economista.com.mx/finanzaspersonales/Conozca-sus-derechos-laborales-como-madre-20170510-0014.html>

¹⁷ Rodríguez Garcés, Carlos René, & Muñoz Soto, Johana Andrea. (2018). Capital humano y factores culturales: determinantes de la inserción laboral femenina en Chile. Perfiles latinoamericanos, 26(52)



por denominación: el trabajo de las mujeres, bajo el propósito fundamental el proteger la maternidad.

En este sentido el legislador señala que durante la gestación y lactancia la mujer tendrá que estar en condiciones óptimas tanto para ella como para el bebé, por lo que no podrá laborar en situaciones insalubres o peligrosas, en trabajo nocturno industrial, en establecimientos comerciales o de servicio después de las diez de la noche, así como en horas extraordinarias.

El título quinto de la Ley Federal del Trabajo recoge disposiciones para proteger la maternidad, si bien inicia con un artículo (164) que establece la igualdad laboral entre hombres y mujeres “en lo general” continúa “específicamente” en relación a la protección de las responsabilidades familiares respecto de ambos géneros en relación a la igualdad de trato y de oportunidades. La intención del legislador es sentar las bases de conciliación familiar y laboral bajo parámetros de equidad o igualdad sustantiva. Las bases de este artículo deben traducirse en mecanismos de fomento patronal para que los hombres se incorporen a las responsabilidades familiares pues de lo contrario, el texto de la ley, permanecerá sin materializarse. Más adelante, el artículo 170 pone énfasis en la protección de la maternidad en el medio laboral y estipula los derechos que tendrá la mujer en la gestación y después de ella¹⁸. En ese orden, se prevén limitaciones acerca del esfuerzo físico, al alzar algún objeto o instrumento de trabajo ya que esto podría ocasionar diversas complicaciones físicas que dañan a la mujer y al feto. Incluso se aprecia la protección del estado emocional de la madre. En términos generales, la salud materno infantil no sólo es un tema ético, sino también económico. De hecho tiene implicaciones en la evaluación de un país¹⁹.

El periodo anterior y posterior al nacimiento son etapas críticas en los que la madre no puede desempeñarse laboralmente pues la atención del menor observe tiempo y energía. La posibilidad de contar con un salario estable en este periodo es indispensable. De ahí que la Ley Federal del Trabajo prevé un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto, lo que coloquialmente se le denomina la cuarenta. Este periodo de preparación y convalecencia tiene por objetivo que no se ponga en peligro la vida de ambos, es un periodo mínimo de protección que puede verse ampliado en caso de que las circunstancias no hayan sido las normales. Una vez producido el nacimiento la maternidad tienen otros efectos sobre el ejercicio laboral de las mujeres, en especial, la lactancia cubre un periodo estratégico para la salud del bebé que debe ser protegido.

“...IV. En el período de lactancia tendrán dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos, en lugar adecuado e higiénico que designe la empresa; V. Durante los períodos de descanso a que se refiere la fracción II, percibirán su salario íntegro. En los casos de prórroga mencionados

¹⁸ Ley Federal del Trabajo (2018). México.

¹⁹ Banco Mundial, Income generation and social protection for the poor, an overview for social protection, WB, 32929, Health Sector Review, 2005.

en la fracción III, tendrán derecho al cincuenta por ciento de su salario por un período no mayor de sesenta días; VI. A regresar al puesto que desempeñaban, siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha del parto; y VII. A que se computen en su antigüedad los períodos pre y postnatales.”²⁰

En general, el artículo 170 dibuja un panorama de protección mínima para la madre trabajadora siempre que esté en condiciones de trabajo formalizado y es en este punto donde la vulnerabilidad de la madre trabajadora se materializa pues, en el caso menos grave, el patrón rehúye al costo de suplencia del personal femenino en incapacidad maternal, en los más graves, la mujer no cuenta con ofertas formalizadas de trabajo. En los dos últimos artículos del título quinto de la Ley Federal del Trabajo, se establece la prestación de guardería, con el objetivo que la niña o niño se encuentre en un lugar seguro para él donde se le brinde lo necesario para su desarrollo, además de estipular que en el lugar del trabajo debe haber asientos suficientes para las madres trabajadoras.

La Organización Mundial de la Salud, estipula al embarazo como un periodo temporal en el que durante nueve meses el feto se desarrolla en el útero de la mujer²¹, entendido este como un proceso biológico como en el párrafo arriba se estableció. Justamente en la etapa laboral, la mujer presenta un proceso biológico reproductivo óptimo el cual tiene como finalidad la procreación de la especie humana, a este periodo en términos médicos se le denomina gestación²² y requiere cuidados especiales para garantizar la salud materno-infantil. Además, el mero hecho de la procreación no agota la problemática pues la responsabilidad sobre la manutención y cuidado de los hijos, se prolonga por los siguientes años hasta la emancipación del menor. De ahí que las condiciones de vulnerabilidad laboral de la mujer, si bien se comparten con el hombre que se responsabiliza de una familia, tradicionalmente se han proyectado con efectos negativos sobre las relaciones laborales de las mujeres.

De las más de cuarenta y ocho mil mujeres que viven en México²³, se proyectan los siguientes datos representativos para el análisis de la maternidad de la siguiente manera:

El 73.3% de las mujeres han sido madres alguna vez, es decir 35.2 millones de mujeres.

El 52.4% de ellas están casadas, el 18.8% viven en concubinato, 10.2% son viudas, 6.6% están separadas, 2.5% son divorciadas y el 9.6% son madres solteras.

²⁰ Ley Federal del Trabajo (2018). México.

²¹ Organización Mundial de la Salud, Embarazo, OMS, Recuperado en: <https://www.who.int/topics/pregnancy/es/>

²² De Miguel Sesmero, J. (2018). Principios de medicina materno fetal (p. 23). Santander, España: Universidad de Cantabria.

²³ Subsecretaría de Empleo y Productividad laboral, (2018). Recuperado de: <https://www.unicef.org.mx/Informe2017/Informe-Anual-2017.pdf>



De la población total de mujeres que son madres en México el 41.1% no terminaron la educación básica.

Sólo el 23.9% de madres cuentan con educación media superior o superior.

Las mujeres de 30 años de edad el 90.2% han tenido un hijo por lo menos.

Del inciso anterior 38% tienen de 1 a 2 hijos, 47.1% entre tres y cinco hijos y el 14.9% entre seis o más.²⁴

Se puede advertir que la mayoría de mujeres en el país son madres y es mayor el número que tiene pareja (sin distinguir las casadas o concubinas, ya que por ley tienen los mismos derechos y obligaciones) y que una minoría son responsables en exclusiva de la atención de los hijos. Las fuentes estadísticas enumeran los rasgos más generales, pero no nos permite percibir el estado de discriminación que guardan una buena cantidad de mujeres que incluso teniendo pareja tienen la necesidad de trabajar para la mantención de la familia.

Ante la información anterior, se procede a establecer datos respecto de las madres que son participes en el campo laboral de México.

La participación de las madres en el campo laboral es 49.6% de mujeres con 1 a 2 hijos, 41.4% con de 3 a 5 hijos y del 22.7% con más de 6 hijos.

El 49.6% de mujeres entre 25 a 49 años con hijos menores de 3 años laboran, respecto de los hombres en contraste con el 97.9%.

El 80.6% de las madres carece de acceso a servicios de guardería.

Las madres respecto de su situación conyugal la estadística es de 69% cuando son solteras, el 45.6% quienes alguna vez tuvieron pareja (separadas, divorciadas o viudas) y respecto de las madres con pareja es de 38.6%.

De las madres trabajadoras el 64% son trabajadoras subordinadas y remuneradas, 26.6% trabajan por cuenta propia, 6.6% no tiene remuneración y sólo 2.8% se desempeña como empleadora.

El 37.8% labora menos de 35 horas semanales (jornada parcial), a diferencia de las mujeres sin hijos, en que 30.5% cubre una jornada laboral parcial.

El 24.5 % gana hasta un salario mínimo, 53.3% percibe entre uno y tres salarios mínimos y solamente 14.4% gana más de tres salarios mínimos mensuales.

El 63.8% carece de acceso a instituciones de salud como prestación laboral.

Del total de madres trabajadoras 2.2 millones no recibe prestaciones por su trabajo y las que tienen patrón el 29.8% no cuenta con prestaciones laborales.²⁵

²⁴ Instituto Nacional de la Mujer, La Madres en Cifras. (2018). Recuperado de: <https://www.gob.mx/inmujeres/articulos/las-madres-en-cifras?idiom=es>

²⁵ Instituto Nacional de la Mujer, La Madres en Cifras. (2018). Recuperado de: <https://www.gob.mx/inmujeres/articulos/las-madres-en-cifras?idiom=es>

Las madres mujeres que laboran presentan diversas situaciones que requieren enfrentar para cumplir con la atención de los hijos y de sus propias necesidades familiares. La carga social de responsabilidad femenina sobre la familia agrava la situación de vulnerabilidad. Si bien este aspecto es un campo de oportunidades para el legislador, en el sentido de fortalecer la participación masculina en el ejercicio de las responsabilidades familiares, lo cierto es que al día de hoy la posibilidad de que el salario de la mujer sea inferior o que el ausentismo laboral afecte a las mujeres para atender a los menores recae esencialmente en las mujeres. De los datos brindados, se desprende que entre mayor es el número de hijos es menor la participación de la mujer en el campo laboral.

De manera proporcional, es un hecho evidente que la participación del padre en el campo laboral es mayor, sin embargo, se debe hacer notar que las cifras de contratación de mujeres son menores, esto representa el fenómeno social ya abordado en relación a la carga familiar de la mujer. La obligación de asistencia familiar formalmente es compartida por los padres y en este sentido la ley ha establecido una serie de mecanismos para evitar la discriminación femenina, aunque no parece causar un mensaje eficiente en las relaciones obrero-patronales.

Es necesario atender a una diferencia esencial entre el padre y la madre trabajadora, siendo esta que la mujer es quien vive la gestación y en este punto se añade una temática más que es el divorcio o disolución del vínculo matrimonial, el cual tiene implicaciones importantes en la asunción de responsabilidades para las mujeres trabajadoras. Los datos permiten observar cómo la custodia tiene un significado en el análisis de este artículo cuando, en solitario, la mujer se hará cargo del cuidado de los hijos y las limitaciones que eso representa para el desarrollo de la vida laboral de las mujeres.

Tabla 1.- Consulta de: Divorcios. Por: Persona custodia hijos.

	2014	2015	2016	2017
Total	113,478	123,883	139,807	147,581
No se otorga	34,456	38,175	50,174	54,408
Segundo divorciante	50,788	44,764	47,270	40,731
Primer divorciante	7,885	17,657	20,601	28,984
Ambos	4,087	4,636	5,667	6,820
Otro	43	50	77	115
No especificado	2,658	5,583	2,379	3,108
No aplica	13,561	13,018	13,639	13,415 ²⁶

²⁶ Consulta interactiva de datos. (2018). Recuperado de: https://www.inegi.org.mx/sistemas/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?#Regreso&c=



Tabla II.- Consulta de: Divorcios. Por: Sexo segundo divorciante.

	2014	2015	2016	2017
Total	113,478	123,883	139,807	147,581
Hombre	16	25,753	32,489	47,710
Mujer	113,462	98,130	107,318	99,871²⁷

Se puede advertir en la segunda tabla que, en los últimos años, al resolverse un juicio de divorcio, la elección de la custodia entre dos divorciantes, en la mayoría de los casos, es el segundo divorciante – mujer- quien la obtiene, por lo que estadísticamente la madre trabajadora se enfrenta a la conciliación del mundo laboral y familiar en solitario, a diferencia el padre divorciado.

Las estadísticas también permiten observar que, en mayor cantidad, las madres trabajadoras son las que no tienen pareja. La separación conduce normalmente a buscar un medio de subsistencia alternativo a la que compartía con el cónyuge, en su momento. También se puede observar que el trabajo regular o formalizado en el cual se cuentan con las prestaciones sociales como guardería representa un porcentaje muy bajo y más de dos millones de madres trabajadores no cuentan con ningún mecanismo de protección social²⁸. Esta cifra de vulnerabilidad se duplica si consideramos que en promedio las madres trabajadoras tienen más de dos hijos. Los esfuerzos por regularizar el trabajo y las prestaciones sociales de las trabajadoras del hogar son importantes, pero no suficientes pues éste sólo es un sector del total de la población de trabajo femenino. En este sentido, la reforma a la Ley Federal del Trabajo en 2019, facilitó al empleador la formalización de la relación laboral, pero esto sólo implica a las mujeres que tienen un solo empleador. En el ámbito de la limpieza, cada vez es mayor la cantidad de mujeres que se emplean por horas para distintos patrones lo que dificulta que alguno de ellos se haga cargo de la formalización. Debemos señalar que el Instituto Mexicano del Seguro Social ingresa solicitudes de afiliación cuando menos, por el salario mínimo mensual²⁹, es decir, el equivalente a una jornada. Reconoce que existe

²⁷ Ídem.

²⁸ Esta cifra puede actualizarse y contrastarse con la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (INEGI) 2018 en el que se señala que 2.3 millones de personas se desempeñan en el trabajo doméstico y 9 de cada 10 son mujeres. La Comisión Nacional para Prevenir la Discriminación, en 2017, señaló que el trabajo doméstico es un oficio que tradicionalmente se asocia a la discriminación pues se considera un trabajo “natural” de acuerdo al género y esto se asocia a que los patrones no lo asuman como una relación laboral normal, de ahí que se considere una carga extra o –no necesaria- la elaboración de un contrato de trabajo o el pago de las prestaciones sociales. De hecho, esto permeó durante décadas en la Ley Federal del Trabajo al considerársele un régimen especial y no obligatorio.

²⁹ <http://www.imss.gob.mx/personas-trabajadoras-hogar> Sitio electrónico visitado el 1 de julio de 2019.

el trabajo multipatrón, pero no existe mecanismo de control si alguno de los patrones no quiere aportar su parte del salario mensual o si ninguno de los patrones quiere registrar a la trabajadora precisamente por no ser empleada exclusiva. La puerta de discusión para mejorar la solvencia de la situación laboral de la madre trabajadora queda abierta pero no resuelta. La “deuda histórica” de la que se ha hablado en el proceso de reforma no puede darse por satisfecha.

VI. CONCLUSIONES

La protección del derecho al trabajo, en el caso de una mujer que tiene a su cargo menores, implica que el Estado tome acciones de fomento entre el sector público y el privado para conseguir el objetivo. El apoyo fiscal a la contratación de madres trabajadoras o el control de rol de madres para establecer turnos de trabajo, son algunas opciones. La vulnerabilidad queda acreditada desde dos perspectivas, el material, ante las estadísticas de rezago en la incorporación de la mujer al empleo y ante la situación de descubierto de las prestaciones de seguridad social relacionadas a la formalización del empleo. La segunda perspectiva tiene que ver con la incorporación del hombre al régimen de responsabilidad familiar para complementar el esquema de fortalecimiento de la mujer en el empleo digno. El tema del presente trabajo es de gran utilidad, por la realidad que vive la población de México frente a los estándares que internacionalmente se estipulan en Tratados Internacionales, buscando la tutela de la dignidad humana y los derechos que ésta lleva.

El concepto de grupos en situación de vulnerabilidad, parece ser un enunciado de estética jurídica para generar un posicionamiento social y con ello tener un reconocimiento político pero no parece que sea utilizado en realidad para alcanzar una igualdad material de la mujer en el empleo y reducir los índices de discriminación, mientras no se instrumente la formalización del empleo femenino en condiciones de protección familiar los derechos previstos por la Constitución y las leyes secundarias son letra muerta. En ese orden, diversos sectores de la población cuentan con características similares que los vuelven un grupo en situación de vulnerabilidad, tales características como la discapacidad, la edad, el sexo o pertenecer algún grupo étnico. Para el caso que nos ocupó fueron el género para las madres trabajadoras y la edad para el caso del grupo conformado por la niñez y adolescencia, como consecuencia de la vulnerabilidad y discriminación del primer grupo.

La etapa de desarrollo temprano requiere de condiciones especiales para alcanzar las oportunidades propias del desenvolvimiento de la personalidad en la vida adulta, pero éstas dependen, a su vez, de los progenitores o tutores. La Convención de los Derechos del Niño, cuando hace referencia a la protección infantil, requiere la protección laboral de los progenitores, en especial, el de la madre en el periodo de gestación, lactancia y, en general siempre que enfrente la atención y cuidado familiar buscando la conciliación entre ambas responsabilidades.

Desde el ámbito constitucional e internacional, es decir, desde el artículo primero constitucional hasta la Convención de los Derechos del Niño, la obligación de las autoridades



mexicanas de promover, proteger, fomentar y garantizar los derechos humanos, en relación con el artículo cuarto del mismo texto (por el cual se estipula el interés superior de la niñez y adolescencia) implican una efectiva actuación de fomento a la formalización del trabajo femenino (no sólo en el ámbito doméstico) lo que mejorará las expectativas de desarrollo de los menores.

A partir del análisis estadístico, las mujeres trabajadoras no cuentan con las mismas condiciones laborales que los hombres y no se dice desde una perspectiva histórica sino de las condiciones laborales actuales. La ausencia de contratación hasta, la baja tasa de preparación académica, su falta de participación en diversas actividades laborales, las condiciones en que son contratadas y la exposición en la etapa de reproducción son aspectos que se involucran en vulnerabilidad y discriminación. Particularmente se señala como una etapa de alta vulnerabilidad la edad productiva de la madre que coincide con la etapa reproductiva y la niñez de los hijos. Lo cual puede coincidir con el agravante de una separación de la pareja, situación en la que la madre con custodia (o en su caso el padre) habrá de enfrentar el prejuicio laboral de bajo rendimiento y las auténticas y legítimas limitaciones que representa hacer frente y en solitario a la responsabilidad de la familia.

Para finalizar, las niñas, niños y adolescentes son afectados por las violaciones de derechos laborales de sus madres, en primer término, durante el embarazo y lactancia y más tarde, frente a la falta de formalización del trabajo lo que conlleva a la falta de mecanismos de asistencia social como la guardería, incapacidad, pensión, etcétera. En caso de lograr obtener un empleo formal, potencialmente, éste tendrá un salario menor al del hombre a pesar de que la ley lo prohíba, esto responde a los mecanismos administrativos de empleo que no hacen una ponderación cuantitativa de salario entre mujeres y hombres frente a las horas de trabajo efectivo a partir de la responsabilidad laboral.

Bibliografía

Banco Mundial. Población, total, (En url:<https://datos.bancomundial.org/indicador> 2018). /sp.pop.totl

Banco Mundial, Income generation and social protection for the poor, an overview for social protection, WB, 32929, Health Sector Review, 2005.

Banco Mundial. Población, total, (2018). En url:<https://datos.bancomundial.org/indicador/sp.pop.totl>

De Miguel Sesmero, J. (2018). Principios de medicina materno fetal (p. 23). Santander, España: Universidad de Cantabria.

El Economista. (2017). Conozca sus derechos laborales como madre, p. única. Recuperado de: <https://www.economista.com.mx/finanzaspersonales/Conozca-sus-derechos-laborales-como-madre-20170510-0014.html>

Espinoza, D. (2015). Grupos en situación de vulnerabilidad (pp. 30-33). México: CNDH.

Fernández Hasan, Alma. (2007). Desigualdad de género. La segregación de las mujeres en la estructura ocupacional. La ventana. Revista de estudios de género, 3(25)

González, J. (2014). Los grupos en situación de vulnerabilidad. Hechos y Derechos, 21.

Gutiérrez Rivas, D. (2001). Derechos Humanos (1st ed., p. 104). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Informe anual 2017 Unicef, (2018). en Url: <https://www.unicef.org.mx/Informe2017/Informe-Anual-2017.pdf>



Instituto Nacional de la Mujer, La Madres en Cifras. (2018). Recuperado de: <https://www.gob.mx/inmujeres/articulos/las-madres-en-cifras?idiom=es>

INEGI. Consulta interactiva de datos. (2018). Recuperado de: https://www.inegi.org.mx/sistemas/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?#Regreso&c

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, 2018.

Instituto Nacional de la Mujer, La Madres en Cifras. (2018). Recuperado de: <https://www.gob.mx/inmujeres/articulos/las-madres-en-cifras?idiom=es>

Organización de las Naciones Unidas. (2003). La vulnerabilidad: una perspectiva general. En Informe sobre la situación social en el mundo, 2003. Nueva York: Reproducción de las Naciones Unidas, Nueva York.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, Esenciales OCDE, Desigualdad de ingresos, la brecha entre ricos y pobres, OCDE-UNAM, París, 2018.

→ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Embarazo, OMS, Recuperado en: <https://www.who.int/topics/pregnancy/es/>

UNICEF, Informe anual 2017, (2018). en Url: <https://www.unicef.org.mx/Informe2017/Informe-Anual-2017.pdf>

UNICEF, Subsecretaría de Empleo y Productividad laboral, (2018). Recuperado de: <https://www.unicef.org.mx/Informe2017/Informe-Anual-2017.pdf>

UNICEF, La lucha por la igualdad de género, (2018). Recuperado de: <https://www.unicef.org.mx/Informe2017/Informe-Anual-2017.pdf>

Palacios, M., & Arlettz, F. (2015). Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables (pp. 5-10). Colombia: Universidad del Rosario

Rodríguez Garcés, Carlos René, & Muñoz Soto, Johana Andrea. (2018). Capital humano y factores culturales: determinantes de la inserción laboral femenina en Chile. Perfiles latinoamericanos, 26(52)

Saldaña, I. (2017). México cae 15 sitios en brecha de género: Foro Económico Mundial. El Universal.

Normas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2019). México.

Ley Federal del Trabajo (2018). México.

Jurisprudencia.

Tesis XI.1o.A.T.4CS sostenida por el Tribunal Colegiado de Circuito, encontrada en Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Fuente: Libro 26, Enero de 2016, Tomo IV, Pág.33111, Novena Época, registro 2010843 y de rubro: **“DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. LA CONSTITUYEN LAS DECISIONES EXTINTIVAS DE UNA RELACIÓN LABORAL BASADAS EN EL EMBARAZO, AL AFECTAR EXCLUSIVAMENTE A LA MUJER.”**

Jurisprudencia P/J. 85/2009 sostenida por el Pleno, encontrada en Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Fuente: Agosto de 2009, Tomo XXX, Pág. 1072, Novena Época, registro 166607 y de rubro: **“POBREZA Y VULNERABILIDAD. SUS DIFERENCIAS Y RELACIONES EN LA LEY GENERAL DE DESARROLLO SOCIAL.**



LA CORRUPCIÓN Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*

Autor //

Mariano Albor **

1. LOS LECTORES

La escena tiene lugar en el Paraíso. Serafín, el ángel más inteligente, se dirigió inquieto a Dios:

‘Pero, ¿es posible Señor, lo que nos habéis dicho hoy: es posible, el hombre? ¿Puede vuestra Omnipotencia formar una tal mezcla de materia y espíritu, de barro y luz?... Yo diría, Señor, que eso del hombre fuera a la verdad una tontería.’ ‘Eh, eh, eh –sonrió plácidamente Jehová-, ¿así que yo cometo tonterías?’. ‘No quería decir eso, Señor, sino únicamente que hemos hablado entre nosotros, los ángeles, y hemos visto que la cosa no puede andar. El hombre sería un monstruo, un monstruo metafísico, si se me permite la palabra; y hasta nos parecía que al hecho mismo de formarlo vuestra Omnipotencia cometería poco menos que una crueldad...’ ‘El hombre –más que responder al ángel, pensó el Señor para sí- es cosa que hay que pensarla mucho. Y no faltarán congresos de filosofía acerca de él, que no se pondrán nunca de acuerdo, ni pondrán la cosa en claro. El hombre es un problema de fe para el hombre...’ El Serafín inclinó entonces la cabeza, no sin mascullar: ‘Por lo demás, es duro de comprender cómo se pueda arrancar un pedazo de eternidad para pegarlo al tiempo... La mezcla, la mezcla: ángel y bruto a la vez, bruto y ángel al mismo tiempo, es un contrasentido, desde cualquier punto que se lo quiera considerar’.²

Con esta historia de Hernán Benítez, el escritor argentino, Francesco Carnelutti se ha planteado el problema de la naturaleza del hombre para comprender el estudio de Enrico Altavilla sobre la psicología criminal del delincuente. Al hacerlo pretendió ilustrar la explicación del delito como “un producto del hombre mezcla o combinación de cuerpo y espíritu...;”³

La lección de Carnelutti parece sencilla y poética; pero no es así. En este caso, la estampa literaria orienta la mirada del jurista hacia las regiones más profundas de la vida humana. Tal

* Ponencia pronunciada en el XX Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho de América Latina (AFEIDAL) en la Universidad Anáhuac Querétaro en marzo de 2019.

** Licenciado en Derecho, profesor en la Universidad Nacional Autónoma de México y abogado postulante.

² Francesco Carnelutti, “El problema de la naturaleza del hombre” en Cuestiones sobre el proceso penal, Buenos Aires, EJE, 1961, p. 189.

³ Carnelutti. Ibidem p. 190.

vez el hombre se asemeja a la imagen que Serafín ha plasmado ante el Señor y que moldea plásticamente la interrogante del profesor italiano:

Entre el cuerpo y el alma, entre el barro y la luz, entre la bestia y el ángel
¿Dónde está la unión?⁴

Por su parte, antes de los días oscuros del Rectorado, Martín Heidegger explicó que la historicidad es un atributo del hombre. Para ilustrar lo que denomina el periodo preontológico del ser refiere ésta fábula de Higinio:

Una vez llegó Cura a un río y vio terrones de arcilla. Cavilando, cogió un trozo y empezó a modelarlo. Mientras piensa para sí qué había hecho, se acerca Júpiter. Cura le pide que infunda espíritu al modelado trozo de arcilla. Júpiter se lo concede con gusto. Pero al querer Cura poner su nombre a su obra, Júpiter se lo prohibió, diciendo que debía dársele el suyo. Mientras Cura y Júpiter litigaban sobre el nombre, se levantó la Tierra (Tellus) y pidió que se le pusiera a la obra su nombre, puesto que ella era quien había dado para la misma un trozo de su cuerpo. Los litigantes escogieron por juez a Saturno. Y Saturno les dio la siguiente sentencia evidentemente justa: ‘Tú, Júpiter, por haber puesto el espíritu, lo recibirás a su muerte; tú, Tierra, por haber ofrecido el cuerpo, recibirás el cuerpo. Pero por haber sido Cura quien primero dio forma a este ser, que mientras viva lo posea Cura. Y en cuanto al litigio sobre el nombre, que se llame ‘homo’, puesto que está hecho del humus (tierra).’⁵

Así, de lectura en lectura es posible intentar resolver los enigmas que propone el hombre.

Ronald Dworkin apreciaba las semejanzas interpretativas del derecho y la literatura. En este sentido, la literatura no es una biblioteca de la que se pueda extraer historias que enriquecen por sus valores estéticos un texto crítico o doctrinario. En realidad, Dworkin consideraba que la literatura “puede mejorar la comprensión jurídica y en consecuencia convertirse en un instrumento al servicio del Derecho”⁶

El profesor Dworkin era un experto lector de Tolstoi. Por ello, no asombra que al desarrollar su discurso sobre la inviolabilidad de cada ser humano y planteada la posible angustia por la supervivencia del hombre, al hablar “de dos fundamentos de lo sagrado que

⁴ Carnelutti, *Ibid.* p. 190.

⁵ Martín Heidegger. *El ser y el tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, pp. 218 y 219.

⁶ Véase H.L. Hart y Ronald Dworkin, *La decisión judicial*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/ Facultad de Derecho, 1997, pp. 143 y 144.



se combinan e interceptan: la creación natural y la creación humana”⁷ abra las páginas de Ana Karenina para encontrar la perplejidad de Lyovin ante el nacimiento de su hijo:

*Mientras, al pie de la cama, en las hábiles manos de Lizaveta Petrovna, temblaba la vida de un ser humano, como la pequeña e incierta llama de una luz nocturna - un ser humano que no existía hacía un momento pero que, con los mismos derechos e importancia para sí mismo que el resto de la humanidad, viviría y crearía a otros a su imagen...-. ¿De dónde y por qué había venido, y quién era? Él no podía entender nada, ni hacerse a la idea. Le parecía demasiado, una sobreadundancia, a la que no pudo habituarse durante mucho tiempo.*⁸

Para Dworkin, el hombre es un ser que viene a la existencia para la dignidad:

*Así, la vida de un organismo humano sea cual sea su forma o figura exige respeto y protección debido a la compleja inversión creativa que esa vida representa y debido a nuestro asombro ante los procesos divinos o evolutivos.*⁹

Pero en el pasado podemos encontrar otras huellas del hombre. Nicolás Maquiavelo (*), uno de los mejores lectores de la historia, ha confiado en la Carta de Diciembre que cuando se instalaba con sus mejores ropajes, los más elegantes, en la mesa de trabajo del estudio de San Casiano partía a las Cortes de reyes y príncipes donde corría el riesgo de conversar con ellos.

Mientras tanto el hombre, los hombres, extienden su figura como sombras profundas que sellan el alba del papel en el que escribe Maquiavelo. En su trabajo son numerosas las páginas en las que expresa su preocupación por la corrupción y el hombre. La teoría política que se inaugura en *El príncipe*, tiene como punto de partida la descripción del hombre como un ser concreto de carne y hueso al que animan todas las pasiones. En los Discursos sobre la primera década de Tito Livio, el hombre no tiene escapatoria: es envidioso, malvado, egoísta, cruel, violento, corrupto:

Como demuestran todos los que han meditado sobre la vida política y los ejemplos de que está llena la historia, es necesario que quien dispone una

⁷ Ronald Dworkin, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Editorial Ariel, 1998. p. 112.

⁸ Citado por Dworkin, *Ibidem*. p. 112.

⁹ Dworkin, *Ibidem*. p. 113.

(*) En la bibliografía hispanoamericana del pensador florentino se emplea, por lo general, su nombre castellanizado y no la grafía italiana. Uso que seguiremos en estas líneas.

*república y ordena sus leyes presuponga que todos los hombres son malos, y que pondrán en prácticas sus perversas ideas siempre que se les preste la ocasión de hacerlo libremente...;*¹⁰

En ambos textos se localiza con facilidad referencias sobre la relación perversa entre el súbdito, la ciudad y el príncipe: la advertencia maquiavélica desalienta y ejemplifica: “Qué fácilmente se pueden corromper los hombres”¹¹. A Maquiavelo siempre se le atribuye su pertenencia a la modernidad. Permanece y avanza por los caminos futuros de la historia. No hay duda, el florentino nunca pertenecerá al pasado. Su pensamiento es siempre actual:

Quinto Fabio, uno de los decenviros nombrado en la segunda elección siendo un hombre óptimo acicateado por algo de ambición y persuadido por la malignidad de Apio cambió de buenas costumbres por pésimas y se volvió semejante a él.

Lo que, bien pensado hará más diligentes a los legisladores de las repúblicas o los reinos a la hora de poner freno a los apetitos humanos y quitarles toda esperanza de obrar mal con impunidad.¹²

Los hombres del Renacimiento fueron en muchas ocasiones socialmente desalentadores. Pero no todo estaba perdido. El Siglo XVIII planteó la interrogante simple: “¿El hombre nació malo?” La sonrisa enigmática de las Luces subraya la respuesta de Voltaire:

*Paréceme que el hombre no nació perverso, porque esa fuera su naturaleza, cometería maldades y actos bárbaros en cuanto aprendiera a andar, y tomaría el primer cuchillo que encontrara a mano para herir al primero que le desagradara, sería como los lobeznos y como los hijuelos de las zorras que muerden en cuanto pueden morder. El hombre por el contrario cuando es niño tiene en todo el mundo la pasibilidad del cordero ¿Por qué y cómo se convierte con frecuencia en lobo y en zorra? ¿No consistirá esto en que no naciendo ni bueno ni malo, la educación, el ejemplo, las circunstancias lo inducen a la virtud o al vicio?*¹³

El sabio de Ferney permite pensar que tal vez la unión que no logró encontrar Carnelutti sea la libertad. Y se puede desear que el derecho pueda transformarse en la Cura de Heidegger.

Hay que volver a leer Hamlet con Ronald Dworkin: “Qué obra es el hombre”.¹⁴

¹⁰ Nicolás Maquiavelo, Discursos sobre la primera década, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 37.

¹¹ Nicolás Maquiavelo, *Ibidem*. p. 135.

¹² Maquiavelo, *Ibid.* 136.

¹³ Voltaire, Diccionario filosófico, T. II, Madrid, Ediciones Temas de hoy, Madrid, 1993. p. 175.

¹⁴ Dworkin, El dominio...p. 111.



2.- Las malas acciones.

Los juristas deben tener claro que ningún sistema teórico tiene como propósito eliminar la corrupción de manera definitiva.¹⁵ La preocupación consiste en identificar la realidad y modernizar teorías, conceptos y normas sin perder de vista en ningún momento el horizonte amplio de los Derechos Humanos.

Ninguna sociedad debe aspirar a la pureza. Al fin y al cabo, la corrupción es tan antigua como el hombre. Y a lo largo de la historia, los profetas de la probidad han levantado hogueras y patíbulos. El hombre, pese a todo no es un ángel. Carlo Alberto Brioschi lo ha recordado de manera muy plástica. Para ello, recuerda una escena teatral de Danton del dramaturgo alemán Georg Büchner. Robespierre y Danton se enfrentan con la crudeza más humana que puede presentarse en una escena:

Tú no te has llevado dinero –dice Danton-, tú no has dejado deudas, tú no te llevas mujeres a la cama, siempre llevas un vestido decente, no te has emborrachado nunca... Robespierre eres de una rectitud repugnante, yo me avergonzaría de haber pasado treinta años entre cielo y tierra siempre con la misma fisonomía moral, sólo por el gusto de encontrar a los demás, como peores que yo, eres tan virtuoso que para tí la vida misma es un vicio. ¡Quédate con tu virtud, Robespierre!.¹⁶

Los estudios jurídicos sobre la corrupción deben considerar que es un asunto humano; de la misma manera el Estado es una obra del hombre. La inmoralidad pública es un fenómeno que reúne causalmente muchas actividades nocivas, es cierto, pero no se debe dar paso a la arbitrariedad o a la crueldad penal porque entonces se estaría construyendo una corrupción diferente y difícil de vencer.

La corrupción es el quinto jinete del Apocalipsis en las sociedades posmodernas. La alteración de las conductas individuales, el adulteramiento de las instituciones privadas y la descomposición de las públicas, han acarreado toda clase de males sociales, políticos, jurídicos y económicos. Ante la opulencia, ostentación y astucia, incluso tecnológica y cibernética, de la inmoralidad pública, se ha procurado implantar y desarrollar sistemas de control para *normalizar* el servicio público: la transparencia, los cuerpos normativos éticos y los órdenes jurídicos que hoy en día se fundamentan en los textos constitucionales, tratados internacionales y legislaciones ordinarias de cada país. En este sentido se han presentado dos fenómenos, la sociedad y los medios de comunicación practican y confirman que el escándalo

¹⁵ Susan Rose-Akerman. La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma. Madrid, Siglo XXI, España Editores, 2001, p. 5. “La meta no consiste en eliminar la corrupción sino en aumentar la eficacia, honestidad y legitimidad general del Estado.

¹⁶ Carlo Alberto Brioschi, Breve historia de la corrupción. De la antigüedad a nuestros días. Madrid, Taurus, 2010. Hay traducción directa del alemán al español de la obra de teatro “La Muerte de Danton” en Georg Büchner, Obras completas, Madrid, Editorial Trotta, 1992. En estas líneas se decidió por la primera porque el tono es dramáticamente más teatral.

es un medio de control eficaz de la corrupción. Y como esto indigna, se despierta el viejo impulso de presionar al Estado para que se ejerza con rigor el derecho a castigar.

Toda actividad humana es corruptible. No hay, en verdad, ninguna que no lo sea. Sobre esta aseveración básica, resulta fácil entender que los medios de realización de las conductas corruptas son incontables, aunque el fin sea siempre el mismo: obtener un lucro o hacerse de una cosa. La idea es muy sencilla, pero en la elección de los medios más complejos la corrupción en su realidad rebasa la fantasía.

Prevenir, investigar, enjuiciar y sentenciar los hechos de corrupción que son relevantes para las leyes penales, ha despertado con la misma intensidad ideas y pasiones. En este sentido, proliferan los *corruptistas* que husmean e indagan en las zonas superficiales de la corrupción y luego vociferan para escandalizar y exigir más rudeza en la aplicación del derecho penal. Por otra parte, los *corruptólogos* han llenado bibliotecas enteras con toda clase de estudios, ensayos y tratados sobre el tema. Como suele suceder, las doctrinas jurídicas se desarrollaron con lentitud en función de las teorías económicas, sociológicas, políticas o de la comunicación.

Este retraso genera en muchas ocasiones que una vez que se promulgan las leyes inspiradas en los trabajos metódicos de los profesionales del derecho, las normas ya no atiendan los fenómenos de su tiempo. Se puede parafrasear a Julius Von Kirchmann: Cuánta preocupación por la corrupción; qué de organismos públicos y privados; cuántos estudios antropológicos, filosóficos, económicos, políticos... jurídicos; qué numerosos son los funcionarios municipales, estatales, federales; cuántos tratados internacionales, leyes, reglamentos y códigos de ética; cuánto dinero público gastado para prevenir, investigar, enjuiciar y condenar a los corruptos; qué ejércitos de funcionarios para investigar a otros funcionarios. Todo esto es un espectáculo y el ciudadano solamente puede decir: ¡cuánta corrupción!

Todas las acciones del hombre son corruptibles. Por esta razón, su tratamiento teórico o científico es inagotable. Hubo un tiempo en el que la bibliografía científica era escasa. No obstante que la inmoralidad pública es ancestral. Sin embargo, en las últimas décadas del siglo pasado la alteración de las funciones públicas encomendadas por el Estado a sus administradores gubernamentales se tornó en nociva y escandalosa. Todos los ámbitos de la vida social resintieron las consecuencias: la educación, la salud pública, el trabajo, el régimen impositivo, las comunicaciones, en fin, no quedó ningún renglón presupuestal que no corriera el riesgo de la corrupción.

La gravedad del problema permitió ver los daños políticos. La afectación a la democracia y sus instituciones políticas y económicas. Por otra parte, el Estado no contaba con mecanismos de control ni un sistema claro de responsabilidades. Tampoco el orden jurídico era consistente, ni su aplicación era eficaz. A la par del enriquecimiento y la desigualdad, el fantasma de la impunidad recorría todas las oficinas burocráticas.

Si los signos de los tiempos cambiaban también lo hacía la corrupción o cabe decir sus agentes. Al pasar de un Estado proteccionista y paternal a un Estado liberal y democrático los operadores de la corrupción pasaron sin problema alguno de un régimen al otro y seguir



detentando los beneficios indebidos de su situación posicional en la administración pública.

La corrección del rumbo gubernamental era inevitable. La transición a la sociedad de mercado, la mundialización y globalización plantearon el reto al Estado Mexicano que respondió con el programa denominado La renovación moral. El discurso fue claro:

*La corrupción en el sector gubernamental es la forma más intolerable de inmoralidad social lo hemos expuesto ante la nación en esta forma: la renovación moral debe ser un compromiso de todos y cada uno de los mexicanos, de todos y cada uno de los sectores y de los gremios. Pero hemos de saber tomar en el Gobierno de la República nuestros propios compromisos y nuestras propias obligaciones.*¹⁷

Al principio, después de la retórica, las medidas parecían superficiales o intrascendentes: la limitación de prestaciones en especie, reducción de servicio personal o de gastos familiares y sociales. A cambio, se ofrecía transparencia y equilibrio entre la capacidad del servidor público y sus ingresos.

Cuando el programa de la Renovación Moral se abrió paso para incorporarse al orden jurídico general aportó cuatro ejes fundamentales para sistematizar el ataque a la corrupción y pretender la normalidad de la administración pública. Por su orden, se establecieron las responsabilidades políticas; la administrativa, civil y penal.

De esta manera se dio lugar al juicio político,¹⁸ al de procedencia, contenidos en la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos que también establecía las hipótesis típicas de las conductas sancionables con inhabilitación temporal o definitiva y la restitución de los dineros obtenidos ilícitamente y el pago de los perjuicios económicos que hubiera ocasionado un ejercicio incompetente de la función o de aquello que hubiera obtenido ilícitamente el servidor y sus parientes cercanos.

En el curso de los años, la corrupción presentó manifestaciones de consolidación y expansión. Su fortaleza dañaba las instituciones democráticas y en consecuencia la integridad del Estado. Las preocupaciones dieron causa y cause a la deliberación internacional sobre estos hechos. Los debates, las investigaciones, los impactos sobre la paz y el desarrollo de la región y la aspiración al decoro y a la salud pública de las administraciones gubernamentales originó la Convención Interamericana Contra la Corrupción en la cual los países parte pactaron, básicamente, relaciones de cooperación internacional para ubicar bienes obtenidos por los funcionarios de cada país con la realización de actos corruptos y que pudieran ser inmovilizados,

¹⁷ Nota: Discurso de Miguel de la Madrid Hurtado, candidato del Partido Revolucionario Institucional a la Presidencia de la República, pronunciado el 7 de marzo de 1982 ante el IEPES.

¹⁸ El 31 de diciembre de 1982 se publicó la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos que regulaba los procedimientos de juicio político, declaración de procedencia (desafuero) y las responsabilidades de carácter administrativo.

confiscados o decomisados. (La Convención se suscribió en la Ciudad de Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1966). Esta convención fue reconocida por la Organización de Estados Americanos (OEA) el 29 de marzo de 1996. En el ámbito internacional, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción aceleró y cambió con amplitud y profundidad los medios institucionales para enfrentar la corrupción.

El preámbulo es muy expresivo. En cuanto a los señalamientos que preocupaban y preocupan a la comunidad internacional:

Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley,

Preocupados también por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero,

Preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados,

De acuerdo con su estructura, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece en el capítulo tercero un sistema penal que comprende una constelación de tipos penales. Su estructura es muy importante porque de acuerdo con su técnica establece un criterio valorativo respecto de los bienes jurídicos tutelados penalísticamente (artículo 30, fracción I).

Ahora bien, en relación con la teoría el derecho penal del enemigo es conveniente tener en cuenta las disposiciones contenidas en los Artículos 27 y 28 de la Convención:

Artículo 27. Participación y tentativa

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, cualquier forma de participación, ya sea como cómplice, colaborador o instigador, en un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, toda tentativa de cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

3. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho



interno, la preparación con miras a cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Artículo 28. Conocimiento, intención y propósito como elementos de un delito
El conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

En esta virtud, de acuerdo con estas normas, desde ahora, es prudente tener en cuenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos y sus siguientes dispositivos:

Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4. Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 5. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 6. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Que son coincidentes con el contenido de los documentos internacionales de carácter regional. Así como la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

Artículo 5.- Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Tal vez sea prudente en este punto de la exposición recordar que el Principio de Supremacía de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece actualmente lo siguiente:

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

Este imperativo constitucional ha sido interpretado jurisprudencialmente 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.

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.

Ahora bien, la Convención de las Naciones Unidas estimuló la creación de organismos internacionales, nacionales y no gubernamentales que se abocaron al estudio de la corrupción para aportar elementos, criterios y doctrinas que fortalecieran los sistemas jurídicos de los países miembros del documento internacional.

Proliferaron los estudios científicos interdisciplinarios para analizar desde su ámbito de conocimiento, sobre todo, la corrupción política. De esta suerte, las instituciones de los sistemas bancarios y financieros, los de transparencia –que es considerada hasta este momento la institución más eficaz de control de la corrupción– favorecieron y enriquecieron los tratados regionales hasta lograr un sistema como el de la Unión Europea.

En relación con lo expuesto, es claro que el sistema penal mexicano –en su doble manifestación: sustantivo y procesal– está regulado, en consecuencia, controlado, por las disposiciones contenidas en los tratados internacionales: el régimen convencional es una garantía para las libertades personales y la dignidad de las personas.

En este orden de ideas, es común considerar que las características del Estado de Derecho moderno se refieren a la existencia de una Constitución escrita, la vigencia de la División de Poderes que en nuestro medio ha evolucionado con los Organismos constitucionales autónomos, autoridades constituidas legítimamente, la existencia de un régimen de garantías, a lo que habrá de añadirse como atributo de su modernidad su adhesión y respeto a las convenciones de carácter internacional.

Como se tratará de mencionar más adelante, el derecho penal del enemigo es un régimen de anticipación. Como dicen algunos comentaristas: es un dispositivo de adelantamiento de las defensas. Este argumento cabe aquí porque una de las manifestaciones más graves de la corrupción se presenta cuando sus operadores se relacionan y vinculan con el crimen organizado.

Antiguamente se pensaba que los sujetos incorporados a la delincuencia grupal, asociada u organizada practicaban la corrupción sobornando a policías, fiscales y jueces. Pero, esta es una función de la corrupción que la realidad ha superado. En la actualidad, se considera que la delincuencia organizada se estructura empresarialmente. Sus comportamientos son idénticos a las empresas legales. Por esta razón, una de las mayores preocupaciones del Estado es que el crimen aproveche los vasos comunicantes que le proporciona la corrupción para pasar del ámbito delictuoso al campo de los negocios lícitos.

En cierto sentido, la empresa criminal produce bienes (males) y servicios actúa de tal manera que sin la participación de agentes de gobierno corruptos no pudiera llevar a cabo sus actividades ni lograr sus fines. A poco que se piense, se puede ver que necesita carreteras,

aeropuertos, puertos, medios de comunicación y transporte, circulación por aduanas; equipamiento, incluido el armamento. Necesita servicios de seguridad profesionales, insumos, sistemas bancarios y financieros disponibles. En fin, un cúmulo de actividades que pueden desarrollarse solamente con conductas corruptas de la administración pública. Incluso su sensibilidad empresarial permitió considerarlos en el pasado reciente como precursores de la transformación porque antes que el Estado ya actuaban en el mercado sujetos a las leyes de la oferta y la demanda y con la libre circulación de la moneda.

Evidentemente, todas estas actividades se desarrollan como actos previos a la realización de la conducta que realmente es constitutiva del delito principal.

3.- EL DESPRESTIGIO DE LOS TÉRMINOS Y LOS CONCEPTOS

Cuando se abrieron las puertas de la filial del infierno en la Tierra, de la que habló Joseph Roth¹⁹, Carl Schmitt ya estaba allí.

Es cierto que la expresión “derecho penal del enemigo” acuñada por Günther Jakobs se ha arraigado en los medios académicos y en los escritos que estudian y critican la propuesta teórica del profesor alemán. Sin embargo, es obvio que fue una decisión infortunada porque muchos de sus lectores iniciales la asociaron con la tesis de Carl Schmitt expuesta en el ensayo *El concepto de lo político*. En consecuencia, los estudiosos reaccionaron ante una teoría que de principio recordaba los días más oscuros del derecho durante el nacionalsocialismo alemán.

Obviamente, Jakobs resintió el reproche y el rechazo. De inmediato emprendió la defensa del texto, basado, sobre todo, en las ideas sobre coacción y libertad de Kant, Hegel y Feuerbach y al mismo tiempo poner distancia ente él y Schmitt. Lo que no ha sucedido finalmente. Los discípulos de Jakobs se han dado a realizar la misión de tratar de fijar la denominación. Miguel Polaino-Orts ha sido ejemplarmente empeñoso en este esfuerzo. Sin embargo, admite que la denominación derecho penal del enemigo es alarmante y sugiere que su maestro pudo haber recurrido a otras expresiones que pudieran significar lo mismo sin el riesgo de la pesada confusión.²⁰ Günther Jakobs, no obstante, se mantiene firmemente en la convicción de que el derecho penal del enemigo recoge con claridad gráfica la teoría de la anticipación penal. Así que al discípulo no le queda otra alternativa que buscar en la literatura y la historia de las teorías políticas el empleo del término “enemigo”.

Obviamente, los ejemplos son abundantes y la lista es larga: Cervantes, Rousseau, Fichte, Hobbes, Locke, Beccaria, al que llega a calificar de santón. Como toda antología de textos la de Polaino-Orts está incompleta y se pudiera añadir a algunos autores cuya idea del enemigo

¹⁹ Joseph Roth, *La filial del infierno en la Tierra*. Escritos desde la emigración, Barcelona, Acantilado, 2003, pp. 39, 40 y ss.

²⁰ Miguel Polaino-Orts, *El derecho penal del enemigo ante el Estado de Derecho*, México, Editorial Flores, 2013. El profesor español propone los siguientes títulos: “Derecho de defensa de peligros” Derecho de peligrosidad criminal”, “Derecho de neutralización de riesgos”, página XXIV; “Derecho penal de peligrosidad criminal”, “Derecho penal de prevención” o “Derecho penal de protección o defensa ante Peligros”, pp. 410 y 444.



han tenido repercusiones en la realidad histórica y en la teoría del derecho penal. En efecto, el buen Abate Sieyès expuso una espléndida teoría del enemigo en *¿Qué es el Tercer Estado?* y *El ensayo de los privilegios* que permitieron ajusticiar al Rey y a la aristocracia sobre el principio de la enemistad. Si Polaíno-Orts invocó a Francesco Carrara en esta línea del derecho penal clásico, habría encontrado que rechazaba el castigo a la fase conspirativa del delito.

El trabajo justificativo extenso y serio confirma que Polaíno-Orts no ha entendido la causa del rechazo al término “enemigo”. En primer lugar, todas sus lecturas son anteriores a Carl Schmitt. Por otra parte, solamente cita la edición de 1932 de *El concepto de lo político* y no recurre a las ediciones de 1929 y 1931. La diferencia sustancial de la que se puede hablar en este momento es que en la última edición Schmitt actúa con la prudencia que le aconseja el final de los días de Weimar y el advenimiento del nacionalsocialismo, diría más tarde el profesor alemán, que nadie puede escribir contra quien te puede proscribir. Polaíno-Orts no leyó a los autores contemporáneos que leyeron el ensayo schmittiano: Leo Strauss, Karl Löwith o Ernst Jünger que le dijo al autor: “ha instalado usted una mina que estallará silenciosamente”.

Lo que no alcanza a captar Polaíno-Orts es que Schmitt corrompió el concepto enemigo de manera definitiva, lo que lo hace inaceptable para su empleo en estudios sociales en los que está implicada la vida del hombre y su libertad. Es cierto que pueden encontrarse connotaciones distintas en la tesis politológica de Carl Schmitt en la relación amigo-enemigo y en la jurídica de Günther Jakobs respecto del derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo. Lo grave no es el empleo del término y la construcción del concepto que logró Schmitt sino lo que vino después.

4.- EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Bajo la sombra confusa de Benito Cereno, Carl Schmitt murió en Plettenberg, Wesfalia el 7 de abril de 1985.

Días después, en el mes de mayo, en la Ciudad de Frankfurt, en el Congreso de penalistas alemanes, Günther Jakobs presentó un ensayo: “Criminalización en el estadio previo de la lesión de un bien jurídico”²¹. En este trabajo quedaron establecidos con firmeza los conceptos que integran la estructura del derecho penal del enemigo. Evidentemente, algunos fueron desarrollados posteriormente, ya en orden a la Parte General, la Parte Especial del delito y además de la Teoría del proceso penal.

Sin perder de vista que Jakobs, en principio, desarrolla una crítica tanto del código penal alemán como de la doctrina de su país, va presentando las categorías que corresponden a una teoría general de carácter funcionalista. Desde luego, la conducta, su consumación en orden al tipo, la existencia del bien jurídico y sobre su tesis normativa se encontrará la descripción del enemigo como el autor que está en contra del bien jurídico y al que se puede combatir ante la

²¹ Günther Jakobs, “Criminalización en el estadio previo de la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid/Editorial Civitas, 1997, p.

presencia de los signos más tempranos del peligro que representa y que se aleja del control que es propio del derecho del ciudadano que queda descrito como un sistema que dispone de dos esferas una interna y otra externa. En la primera, está su vida cotidiana y en la segunda los derechos de intervención en los asuntos públicos y la utilización de bienes de uso común.

En este sentido, el enemigo es peligroso y habrá que anticipar la punibilidad que puede extraerse del ámbito interno del sujeto delincuente que importa a su pensamiento y hay que conocer, incluso, cuál es la fuente de ese pensamiento que es donde se origina el peligro.

Expresado en términos de Jakobs el ciudadano explica las libertades y el enemigo el bien jurídico.

Ahora bien, la punibilidad se refiere a la anticipación: el derecho no puede esperar a que se consume el hecho delictuoso. Puede actuar antes si se considera que la conducta es peligrosa por sí porque se trata de evitar daños futuros. Por esta razón, es de considerarse la planificación.

La antelación, la planeación o la organización de comportamientos para lesiones graves no solamente puede ser objeto de la coacción penal; una de las características más señaladas del derecho penal del enemigo es su policialización, tema en el que Jakobs es insistente y que también acarrea una actitud de sospecha hacia la teoría porque cuando menciona que las medidas de aseguramiento como tarea atribuida tradicionalmente a la policía, cita la experiencia alemana de 1933 en la cual la custodia preventiva dio lugar a un desbordamiento a la represión de aquellos a quienes se consideraba como posibles realizadores de actos delictuosos.

En otro sentido, penalizar los actos previos a la lesión jurídica conlleva la crítica a la tentativa, tanto a la acabada como a la inacabada, incluido el arrepentimiento del autor de los hechos preparatorios del ataque. En nuestro caso, y en relación con las inquietudes que tienen ciertos sectores sociales y académicos en relación con los hechos de corrupción que se realizan para hacer posible la ejecución de los actos descritos por la Ley del Crimen Organizado (DOF 16/06/2016), debe considerarse la existencia del concurso de delitos.

Jakobs encuentra que el legislador no ha previsto ni localiza el bien jurídico en los actos previos. Por esta razón considera que los signos de peligro pueden y deben atacarse sobre el principio de la evitación del daño mayor. Por esta razón, cuando localiza las disposiciones mexicanas en esta ley del crimen organizado ve en ello una manifestación positiva del derecho penal del enemigo. En efecto, este texto legal establece lo siguiente:

Artículo 2o.- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.



Si la ley ordinaria, en orden a los Derechos Humanos es llamativa, no lo es menos la disposición del Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece:

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas para cometer delitos en forma permanente y reiterada en los términos de la materia.

Al margen de la técnica legislativa constitucional que ha mantenido la costumbre, inaugurada en el Constituyente de 1917 de incorporar normas ordinarias a la Constitución –por el justificado sentimiento de inviolabilidad que otorga la norma fundamental-, lo cierto es que, positivada la tesis del derecho penal del enemigo, por los peligros que entraña es discutible.

Se sabe, pues, que la conducta que no daña ni lesiona bienes jurídicos considerados típicamente por el legislador no es ni puede ser constitutiva de delito. Ser estaría cumpliendo el propósito del castigo anticipado: desproporcionar las penas y extender esta práctica precisamente al derecho penal del ciudadano.

El derecho penal del enemigo no tiene futuro. Como régimen excepcional que pretende el castigo para los comportamientos humanos que no son delictuosos afecta directamente la tutela de los Derechos Fundamentales de las personas. No se tiene otra alternativa. La corrupción y los delitos del crimen organizado deben prevenirse, investigarse, juzgarse y sentenciarse de acuerdo con las categorías institucionales de este tiempo para que el Estado de Derecho se legitime jurídica y políticamente de acuerdo con sus valores democráticos.

En el fondo de las cosas la corrupción tiene remedios muy sencillos. Con la paciencia que fueron recibidas las primeras palabras de esta intervención, es posible contar una última historia:

El hombre vigoroso y firme se levantó del lecho mucho antes del alba. Buscó la lámpara de aceite para iluminar la habitación y acicalarse cuidadosamente; si se tiene por veraz el retrato de David, tomó una toga roja pesada y cálida. Las noticias del día anterior no habían sido buenas. Algunos de Sunio habían avistado la nave de Delos con rumbo al puerto. Bajó las escaleras al patio de la casa en el que le esperaban dos esclavos para iluminar el camino hasta la Cárcel de los Once. Llegó a su destino y se introdujo en la celda de su amigo. Su paciencia fue delicada hasta que el condenado despertó:

Sócrates - ¿Por qué vienes a esta hora, Critón? ¿No es pronto todavía? 43a

Critón - En efecto, es muy pronto.

Sóc. - ¿Qué hora es exactamente?

Crit. - Comienza a amanecer.

Sóc. - Me extraña que el guardián de la prisión haya querido atenderte.

Crit. - Es ya amigo mío, Sócrates, de tanto venir aquí, además, ha recibido

de mí alguna gratificación.

Sóc.- ¿Has venido ahora o hace tiempo?

Crit. - Hace ya bastante tiempo.

...Sóc. - Me preocupa eso, Critón, y otras muchas cosas.

Crit. - Pues bien, no temas por ésta. Ciertamente, tampoco es mucho el dinero que quieren recibir algunos para salvarte y sacarte de aquí. Además, ¿no ves qué baratos están estos sicofantes y que no sería necesario gastar en ellos mucho dinero? Está a tu disposición mi fortuna, que será suficiente, según creo. Además, si te preocupas por mí y crees que no debes gastar lo mío, están aquí algunos extranjeros dispuestos a gastar su dinero.

Sóc.- Querido Critón, tu buena voluntad sería muy de estimar, si le acompañara algo de rectitud; si no, cuanto más intensa, tanto más penosa...²² 46b

²² “Critón” en Platón Diálogos 1, Madrid, Editorial Gredos, 1996.



EL CONSTITUYENTE

Revista jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Querétaro.
Año I, Número 1, Noviembre 2018. Se terminó de imprimir en Printor Technology.

Dirección: José Frontera No. 9 Col. Mercurio. C.P. 76040 Querétaro, Qro.



ANÁHUAC

UNIVERSIDAD ANÁHUAC QUERÉTARO
Calle Circuito Universidades I,
Kilómetro 7 Fracción 2 El Marqués, Querétaro.
C.P. 76246 / TEL. (442) 245 6742

   / [anahuacqro](https://www.anahuac.mx/queretaro)
www.anahuac.mx/queretaro