

JURÍDICA IBERO

REVISTA SEMESTRAL DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA.

Año 1, núm. 1

julio-diciembre 2016

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA, A.C.

DEPARTAMENTO DE DERECHO

Director
José Luis Caballero Ochoa

JURÍDICA

Director
Juan Federico Arriola Cantero

Coordinador Editorial
Erik Alejandro Hernández Zúñiga

CONSEJO EDITORIAL

Olga Sánchez Cordero
Denise González Núñez
Arturo Cossío Zazueta
Gilberto Santa Rita Tamés
José Luis Caballero Ochoa

Mónica González Contró
Héctor Fix Fierro
Carlos de Buen Unna
Juan Federico Arriola Cantero
Geraldina González de la Vega

Rodolfo Gómez Alcalá
Rogelio Flores
Erik Alejandro Hernández Zúñiga
Alonso Lujambio

COMITÉ EDITORIAL

José Luis Caballero Ochoa
Gilberto Santa Rita Tamés

Juan Federico Arriola Cantero
Erik Alejandro Hernández Zúñiga

Rosalinda Martínez Jaimes

JURÍDICA IBERO, año I, núm. 1 es una publicación semestral editada por el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, A.C. Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Teléfonos: 5950-5000 ext. 4124. Editor responsable: Juan Federico Arriola Cantero. Número de Certificado de Reserva otorgado por el Instituto Nacional de Derechos de Autor: 04-2016-072816404700-102. Número de Certificado de Licitud de Contenido y de Título otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación en trámite. Domicilio de la publicación: Dirección de Publicaciones de la Universidad Iberoamericana. Prol. Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Impresión: Alfonso Sandoval Mazariego, Tizapán 172, colonia Metropolitana Tercera Sección, Nezahualcóyotl, Estado de México. C.P. 57750. Distribución: Universidad Iberoamericana, A.C. Prolongación Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Teléfonos: 5950-5000 ext. 7600.

Todo artículo firmado es responsabilidad de su autor. Prohibida la reproducción parcial o total, por cualquier medio o procedimiento, del contenido de la revista, sin autorización previa y expresa, por escrito, de la Universidad Iberoamericana: publica@ibero.mx.

Este número se terminó de imprimir en noviembre de 2016, con un tiraje de 300 ejemplares.

ÍNDICE

	Página
<i>Editorial</i>	11
JURÍDICA IBERO INTERNACIONAL	
<i>La nueva constitucionalidad</i>	15
HÉCTOR LÓPEZ BOFILL	
<i>Viejos y nuevos derechos en la sociedad del malestar</i>	23
CRISTINA HERMIDA DEL LLANO	
<i>La contribución de la Teoría del derecho natural cristiana a la primacía del Derecho internacional público</i>	35
ALFRED VERDROSS	
JURÍDICA IBERO NACIONAL	
<i>Estado, criminalidad y paz</i>	45
JUAN FEDERICO ARRIOLA	
<i>La familia y la educación como instituciones sociales coadyuvantes en la prevención del delito de trata de personas</i>	57
ELENA MOLINA CAÑIZO	
<i>Análisis de la Teoría General del contrato de Carlos de Cores Helguera</i>	71
VÍCTOR PÉREZ VALERA, S.J.	

<i>Homenaje de la Universidad Iberoamericana a la ministra de la Suprema Corte de Justicia, Olga Sánchez Cordero, por su trayectoria en el máximo tribunal (febrero 1995-noviembre 2015)</i>	79
OLGA SÁNCHEZ CORDERO	

RESEÑAS

Filosofía del Derecho <i>de José Antonio Dacal Alonso</i>	87
JUAN FEDERICO ARRIOLA	
La contratación de bienes, arrendamientos y servicios en la Administración Pública Federal <i>de Fernando Gómez de Lara y Sergio E. Huacuja Betancourt</i>	91
NORA REBECA MUNGUÍA ALDARACA	

EDITORIAL



El Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana celebra el nacimiento de su nueva publicación: *Jurídica Ibero*; que inicia la segunda época de su revista ya clásica en el ámbito universitario y la comunidad de juristas: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*.

La revista *Jurídica* estuvo presente durante nueve lustros y hoy *Jurídica Ibero* nace como la continuación de *Jurídica* pero, como es necesario ya en el siglo XXI, dándose a conocer no sólo en papel sino de forma electrónica; y si bien la generosidad del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México ha permitido desde hace varios años que nuestra publicación se dé a conocer en nuestro país, hoy tenemos el desafío de que *Jurídica Ibero* traspase las fronteras, se internacionalice y sea un referente en otras instituciones académicas.

En este número, contamos con dos artículos de profesores extranjeros en una nueva sección que se llama Jurídica Ibero Internacional: Héctor López Bofill, de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y Cristina Hermida del Llano de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Ellos escriben sobre temas actuales y de suma importancia. En la sección de Jurídica Ibero Nacional, están los artículos de los profesores de la Universidad Iberoamericana: Elena Molina Cañizo, Víctor Pérez Valera, S. J. y Juan Federico Arriola. Además, damos a conocer un trabajo muy poco conocido del jurista austriaco Alfred Verdross, *La Contribución de la Teoría del Derecho Natural Cristiana a la Primacía del Derecho Internacional Público*, cuya traducción es autoría del profesor de la Universidad Iberoamericana, Víctor Rojas Amandi.

Como un apartado de privilegio, este número luce el discurso que pronunció la entonces ministra de la Suprema Corte de Justicia, la doctora Olga Sánchez Cordero al recibir un merecido homenaje por su trayectoria de casi 21 años en el ámbito judicial. Este homenaje se celebró en octubre de 2015 en la Universidad Iberoamericana y, en el siguiente número, contaremos con el discurso del ministro, Juan Silva Meza, homenajeado el mismo día y en el mismo lugar.

Para concluir este número, incluimos dos reseñas de libros recientes: la primera sobre el libro *Filosofía del Derecho* de José Antonio Dacal Alonso, escrita por Juan Federico Arriola y la segunda sobre *Contratación de bienes, arrendamientos y servicios de la Administración Pública Federal* de Fernando Gómez de Lara y Sergio E. Huacuja Betancourt, elaborada por Nora Rebeca Munguía.

LA VERDAD NOS HARÁ LIBRES

Prof. Dr. Juan Federico Arriola
Director de *Jurídica Ibero*

JURÍDICA IBERO INTERNACIONAL



LA NUEVA CONSTITUCIONALIDAD



Héctor López Bofill¹

Contexto de la expresión “nueva constitucionalidad”

El término “nueva constitucionalidad” ha emergido en el específico contexto mexicano al socaire del proceso de elaboración de la Constitución de la entidad federativa de la Ciudad de México y de la reflexión sobre el futuro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos auspiciada en ocasión del centenario de la misma y por la que algunos sectores de la doctrina se preguntan si sería o no pertinente una revisión total del citado texto.²

Más allá de los avatares experimentados por dichos procesos constituyentes, lo cierto es que el replanteamiento de las estructuras constitucionales en una comunidad política representa un escenario idóneo para meditar en torno a un aspecto clásico de la teoría constitucional como es el de la justificación de la supremacía constitucional y, en este sentido, resultaría adecuado retornar a la pregunta recurrente acerca de por qué la norma constitucional cuenta con la capacidad de limitar al legislador democrático a través del juicio de constitucionalidad de las leyes. En definitiva, la circunstancia de un proceso constituyente permite ahondar en la cuestión de la naturaleza del poder constituyente y en las razones que justifican el carácter superior del producto que del mismo emana. Así, pese a la existencia de narrativas sobre las normas constitucionales vigentes que resaltan el marco de especial movilización ciudadana en el cual se fraguó la norma fundacional del sistema (y, de este modo, parece asociarse la Constitución a la existencia de un pacto social por el que una gran parte de los miembros de la comunidad consienten en dotarse de las reglas básicas que les gobernarán en el futuro)³, resulta históricamente

¹ Profesor de Derecho constitucional en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Profesor invitado en la Universidad Iberoamericana Ciudad de México en abril del 2016.

² Sobre este debate *vid.* las respuestas que ofrecen los distintos juristas en la encuesta sobre las posibles reformas que a juicio de los entrevistados requeriría la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y que aparecieron en la revista *El Mundo del Abogado*, número 202, febrero de 2016, pp. 36-41.

³ Sobre la idea de movilización popular como principal factor de legitimidad para justificar el carácter superior de las normas constitucionales y su capacidad de limitar al legislador ordinario *vid.* B. ACKERMAN, *We the People I: Foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge/London, 1993. Sobre la fundamentación de la supremacía

difícil detectar algún proceso constituyente presidido por una amplia deliberación pública que implique a la mayoría de la sociedad. Lo más frecuente, incluso en los orígenes de los sistemas constitucionales liberales democráticos, ha sido que la aparición de un régimen constitucional fuese el resultado de un gesto revolucionario, muchas veces acompañado de un conflicto violento, y otras tantas controlado por determinadas élites políticas y económicas capaces de lograr una apariencia de consentimiento popular mediante coacciones de baja o de alta intensidad.⁴

En esta línea se perfilan las experiencias de Estados Constitucionales centrales en la tradición liberal democrática y en la configuración de la cultura constitucional occidental como es el caso de la creación de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787 o de la más reciente Ley Fundamental de Bonn de la República Federal de Alemania de 1949.

No puede olvidarse, en una rápida ojeada a la historia de los orígenes de los Estados Unidos por ejemplo, que la independencia de la Corona Británica se produjo a través de una guerra y que el tránsito de la Confederación a la Constitución Federal se explica ante la necesidad de las élites mercantiles y de que grandes terratenientes acabaran con la inestabilidad propiciada por el acceso de las clases populares a algunas instituciones legislativas de los recientemente independizados Estados Americanos; lo que exigió la constitución de un poder central fuerte y articulado, pese a algunas interpretaciones idealizadas, en un contexto de participación ciudadana muy limitada.⁵ Ello sin contar que la creación del sistema constitucional de los Estados Unidos estuvo teñido de sombras con la permanente exclusión de amplios sectores de la población sumidos en la esclavitud o sometidos a lo que hoy en día sería calificado como limpieza étnica, tal fue el caso de los pueblos indígenas que sufrieron genocidio por parte de los colonos americanos, desplazamientos forzados y usurpación de tierras.⁶

El precedente violento también puede invocarse en la fundación de la República Federal Alemana cuya Ley Fundamental no fue sino una imposición de las potencias aliadas que habían derrotado al nazismo en la Segunda Guerra Mundial.⁷ Con certeza, no deja de ser paradójico que el modelo en el que se han visto reflejados buena parte de los Estados Constitucionales europeos tuviese sus orígenes en un proceso radicalmente contrario a lo que podríamos identificar como ejemplo de participación democrática y deliberación pública. En el caso alemán, más que la irrupción del *We the People* (Nosotros el

constitucional en un momento de especial sensibilidad democrática en el que la ciudadanía participa con especial intensidad *vid.*, asimismo, CH. HAHM y S. H. KIM, "To make 'We the people': Constitutional founding in postwar Japan and South Korea", 4 *International Journal of Comparative Constitutional Law* 8, 2010, p. 800.

⁴ *Id.*, R. Hirschl, "The Strategic Foundations of Constitutions" en D. G. GALLIGAN y M. VERSTEEG (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 157-181.

⁵ Sin duda la obra todavía canónica que precisa dicha interpretación del proceso constituyente de la Federación de los Estados Unidos de América es la de CH. A. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, The Macmillan Company, New York, 1964 (primera edición de 1913).

⁶ Sobre la actitud de los fundadores de los EUA hacia los pueblos indígenas *vid.*, R. DUNBAR-ORTIZ, *An Indigenous Peoples' History of the United States*, Beacon Press, Boston, 2014, especialmente capítulos 4 y 5.

⁷ Sobre el contexto de formación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 *vid.* W. RÖHRICH, "Die 'Stunde Null'" en E. CONZE y G. METZLER (eds.) *Deutschland nach 1945. Ein Lesebuch zur deutschen Geschichte von 1945 bis zur Gegenwart*, C. H. Beck, München, 1997, pp. 30-32.

Pueblo) en el momento constituyente, lo que apareció fue una estructura de organización de la Federación fundada, como diría el profesor Möllers, en el *We (are afraid of) the People* (Nosotros [tenemos miedo] del Pueblo)⁸ en un marco de total devastación física y moral de la nación alemana enterrada bajo las cenizas del nazismo.

Este trasfondo de experiencias constitucionales centrales en el desarrollo del constitucionalismo nos incita a preguntarnos si en el siglo XXI sería posible fundar un orden constitucional sin violencia, sin ningún tipo de coacción, y mediante un procedimiento que, en efecto, implicase una gran movilización popular canalizada a través de una serena deliberación y que concerniese a la mayoría de la ciudadanía de modo que pudiese sostenerse que la norma fundamental fuese, tal como predica la teoría constitucional, una expresión del “Nosotros el Pueblo”. Este es el concepto de “nueva constitucionalidad” que presentamos aquí: el de la aparición de un poder constituyente históricamente articulado mediante un escrupuloso procedimiento pacífico, participativo, deliberativo y, en suma, justo. Por decirlo en otros términos: el consentimiento de la amplia mayoría de la comunidad política en las normas fundamentales que regirán el sistema y que legitima la supremacía constitucional y el límite al legislador.

Dificultades de las experiencias basadas en la “nueva constitucionalidad”

De momento, aquellas organizaciones políticas que han optado por impulsar un proceso deliberativo fundado en la movilización ciudadana para elaborar una constitución y legitimar la supremacía de la misma (tal vez con la única excepción de la revisión total de la Constitución de la Confederación Helvética de 2000) han fracasado o experimentan una fase de estancamiento. Podemos citar algunos casos relativamente recientes.

La Unión Europea. A comienzos de la primera década del siglo XXI se intentó reconfigurar la estructura política de la Unión Europea mediante un tratado que ya a tenor de su denominación, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, se podía percibir que pretendía profundizar en la integración y en la consolidación de un espacio público europeo fundado en una regulación constitucional. El proceso de reformulación de los fundamentos de la Unión se abrió mediante una Convención, presidida por el ex presidente de la República Francesa, Valéry Giscard d’Estaing, y formada por parlamentarios de las cámaras legislativas de los Estados miembros, por parlamentarios europeos, por miembros de la comisión, por parlamentarios de los países candidatos a la ampliación y por observadores, en un proceso de debate que también parecía abierto a la sociedad, aunque en la práctica la participación ciudadana fue escasa en la fase convencional y siempre filtrada por los miembros de la Convención. En algunos Estados la ratificación del Tratado Constitucional exigía referéndum, lo cual hubiese sido una

⁸ CH. MÖLLERS, “‘We are (afraid of) the people’: Constituent Power in German Constitutionalism” en M. LOUGHLIN y N. WALKER (eds.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 87-105.

buena oportunidad para conferir legitimidad al proyecto mediante el debate público. Sin embargo, si hubo alguna movilización popular fue, justamente, para enterrar el Tratado Constitucional ya que en dos Estados, Francia y Holanda, las respectivas ciudadanía votaron en contra del mismo y nunca llegó a aprobarse.

Islandia. Como consecuencia de la grave crisis financiera que afectó a la sociedad islandesa, y después de un cambio de gobierno en 2009 formado por partidos de izquierda, se emprendió un complejo proceso participativo para promover una revisión parcial o incluso total de la Constitución Islandesa de 1944. La propuesta de reforma constitucional fue sometida a un referéndum consultivo el 20 de Octubre de 2012 y contó con una mayoría de apoyo ciudadano. No obstante, la reforma, para ser aprobada, necesitaba el voto favorable de la asamblea legislativa islandesa. Tal reforma nunca se produjo puesto que en las elecciones parlamentarias del 27 de abril de 2013 los partidos conservadores contrarios al cambio constitucional obtuvieron la mayoría de escaños y paralizaron el proceso.⁹

República de Irlanda. Desde 2009 se inició un proceso de reforma constitucional en un inicio vinculado a la modificación del sistema electoral. En el curso de dicho proceso, sin embargo, acabaron planteándose propuestas que afectaban a otros aspectos del sistema constitucional. En 2012 el Parlamento Irlandés estableció una Convención para que examinase las distintas iniciativas de reforma, un foro en el que la ciudadanía y los distintos grupos sociales podían ofrecer sus consideraciones.¹⁰ Con todo, de lo que parecía una iniciativa de revisión total de la Constitución Irlandesa, sólo dos aspectos de la reforma fueron sometidos a referéndum en 2015: el reconocimiento al derecho al matrimonio de personas del mismo sexo y la reducción de la edad mínima de 35 años a 21 años para acceder a la Presidencia de la República. Sólo el primer aspecto contó con el apoyo mayoritario de la ciudadanía y al final fue la única modificación constitucional aprobada (la reducción del umbral de edad para ser Presidente de la República fue rechazada en el referéndum). El resto de cuestiones que había tratado la Convención y sobre las que se había abierto un debate público quedaron congeladas. En otro sentido, en las elecciones al Parlamento de 2016 la composición de la Cámara reflejó tal fragmentación política que dificultó la formación de gobierno, hecho que con probabilidad contribuya al abandono definitivo del proyecto de reforma en profundidad de la Constitución.

Chile. En otoño de 2015 la Presidenta de Chile Michelle Bachelet anunció la apertura de un proceso de adopción de una nueva Constitución para Chile con la intención de derogar la vigente que había sido aprobada durante la época de la dictadura de Augusto Pinochet. Para ello se impulsó un complejo proceso de participación cívica que incluía una serie de instancias de formación ciudadana en temas cívico-constitucionales, la apertura de diálogos ciudadanos a nivel comunal, provincial y regional, así como un consejo

⁹ Sobre el proceso constituyente en Islandia entre 2009 y 2013 *vid.* TH. GYLFASSON, "Democracy on ice: a post-mortem of Icelandic Constitution" disponible en <https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/thorvaldur-gylfason/democracy-on-ice-post-mortem-of-icelandic-constitution>

¹⁰ Sobre la iniciativa de revisión de la Constitución de Irlanda *vid.* <http://www.mreza-mira.net/wp-content/uploads/Constitutional-Reform-in-Ireland-Feb-2014.pdf>

ciudadano de observadores representantes de la sociedad civil y nombrados por la Presidenta cuya misión consistía en velar por la transparencia en el desarrollo de los diálogos ciudadanos y que estos se realizasen de forma libre y sin presiones.¹¹ Sin duda el ejemplo de Chile es el que plantea con mayor intensidad la necesidad de la movilización ciudadana para legitimar el proceso constituyente pero cabe cuestionarse si es posible incitar semejante movilización pública desde el poder. También resulta dudoso que el proceso constituyente logre culminar teniendo en cuenta la oposición frontal de sectores conservadores de la sociedad que con probabilidad no participarán en el proceso y que más bien tenderán a boicotarlo.

Cataluña/España. Aproximadamente desde 2010 y con mucha intensidad a partir de 2012 en Cataluña se plantea un proceso de secesión del Reino de España. La victoria de las fuerzas independentistas por mayoría absoluta en las elecciones al Parlamento catalán de otoño de 2015 no sólo impulsó el proyecto secesionista sino que supuso la incorporación a la hoja de ruta del proceso hacia la independencia de un proceso constituyente que debería culminar, según el programa político de las opciones que lograron la victoria electoral y que formaron gobierno en enero de 2016, en un referéndum sobre una propuesta de Constitución Catalana.¹² Sin embargo, es poco factible desarrollar un proceso constituyente mientras no se haya producido la secesión a través de una declaración de independencia ya que mientras la Constitución Española de 1978 se encuentre vigente en Cataluña, cualquier paso hacia la Constitución Catalana es ilegal y es posible que resulte sancionado por las instituciones españolas, entre ellas por el Tribunal Constitucional, lo que puede suponer una coacción al debate público. En otro sentido, el desarrollo de un proceso constituyente sin haber consumado la secesión puede mermar la legitimidad del producto constitucional si sólo motiva la participación de los partidarios de la independencia mientras que los contrarios a la misma permanecen pasivos. Una vez constituido el nuevo Estado Catalán podría abrirse la oportunidad de incluir en el proceso constituyente a aquellos sectores sociales que en su momento fueron contrarios a la secesión si constatan que, al ser esta irreversible por haberse expresado una amplia mayoría a favor de la misma, al menos pueden incidir en la discusión sobre las normas constitucionales de la comunidad política en la que se integran. Asimismo, el reto planteado por la mayoría independentista catalana, al margen de que el movimiento independentista acabe logrando sus objetivos, podría motivar una reforma de la Constitución Española de 1978 (de hecho, la reforma constitucional española podría ser un factor que conllevara una atenuación de la reivindicación por el Estado Catalán). Sin embargo, si el proceso constituyente catalán no se encuentra maduro, todavía lo está menos un proceso de revisión constitucional en España en un contexto político como el de diciembre de 2015 en el que han sido grandes incluso las dificultades para formar el gobierno.

¹¹ Sobre el proceso constituyente en Chile puede consultarse la información facilitada por el gobierno chileno en su página web. En octubre de 2015 se presentaron las fases en las que se desarrollaría dicho proceso tal como había sido anunciado por la Presidenta Bachelet *vid.* <http://www.gob.cl/2015/10/13/8-conceptos-del-proceso-para-la-nueva-constitucion/>

¹² Sobre el caso catalán, también en relación a una hipotética reforma de la Constitución Española de 1978, *vid.* H. LÓPEZ BOFILL, "Cataluña y la posibilidad de la secesión" en prensa.

¿Es la “nueva constitucionalidad” de imposible realización? ¿Es necesaria?

Las experiencias señaladas, ninguna culminada a la fecha con éxito, nos pueden llevar a sostener una posición escéptica sobre la opción de adoptar una constitución sin coacciones y a través de un nítido procedimiento democrático, pacífico, deliberativo y basado en una amplia participación popular. A esta conclusión puede contribuir el hecho de constatar que algunas democracias de larga tradición en las que el debate público se desarrolla de manera constante ni siquiera cuentan con un modelo de constitución rígida, como es el caso del Reino Unido. Ciertamente, si tanto confiamos en la democracia como instrumento de resolución de los conflictos sociales, ¿para qué dotarnos de unas normas que, supuestamente aprobadas en un momento de mayor movilización popular, limiten al legislador? En otro sentido, ¿pueden crearse las condiciones de dicha movilización popular desde el poder constituido (como parece entreverse en el caso chileno) o no debería asociarse esta efervescencia ciudadana a un gesto espontáneo que contribuyese a legitimar el nuevo orden en parte al mostrar la caducidad del antiguo? Y, en fin, ¿no dependería la mencionada movilización popular de la existencia de un previo conflicto? Lo que llevaría a que el resultado del proceso constitucional continuase expresando la voluntad de consolidar el triunfo de una parte de la sociedad sobre la otra, como hemos visto que ha sucedido en muchos de los ejemplos de expresión del poder constituyente en el pasado.

El escepticismo que arrojan las experiencias de procesos constituyentes descritos con anterioridad responde a determinados déficits sugeridos por las cuestiones que acabamos de formular. Así parece difícil suscitar el interés de la ciudadanía por un proceso constituyente de la nada y sin ninguna turbulencia política que les motive a participar de forma masiva en la construcción del nuevo orden. Lo anterior se refleja en especial en escenarios en los que el cambio constitucional se impulsa desde el poder (en este sentido podrían encuadrarse el proceso del Tratado Constitucional europeo o la todavía en curso reforma del sistema constitucional chileno). En otras ocasiones es justo la llamada a un proceso constituyente fomentada desde las élites políticas lo que genera un conflicto que impide la conclusión del proyecto (el ejemplo del Tratado Constitucional europeo también podría citarse al respecto en la medida en que la población se moviliza pero lo hace en contra de la iniciativa constitucional). Y, para finalizar, tampoco el contexto de una gran movilización ciudadana, pero debida a un conflicto arraigado (como tal vez sucede en el caso de Cataluña/España), contribuye a llevar al proceso constituyente a buen puerto, ya que las posiciones pueden encontrarse demasiado enfrentadas como para que se den las condiciones de participación inclusiva y de serena deliberación pública que deberían definir la “nueva constitucionalidad”. ¿Hay espacio, pues, para ella?

La “nueva constitucionalidad” y su justificación

A nuestro juicio, es debido a la necesidad de resolver conflictos encontrados que atraviesan nuestras sociedades mediante procesos inequívocamente democráticos y pacíficos que es necesario dotarse de normas constitucionales superiores que limiten al legislador y que a la vez garanticen la preservación de los valores que se acordaron en el debate constituyente. A diferencia de lo que pueda suceder en Reino Unido o en otros sistemas de larga tradición democrática que se desarrollan en un marco de constituciones flexibles (o casi flexibles), en la mayoría de las comunidades políticas que aspiran a la consolidación de un estado liberal democrático avanzado hay valores históricamente puestos en cuestión que deberían ser blindados al legislador ordinario mediante una movilización ciudadana y una deliberación pública, ambas desplegadas durante el ejercicio del poder constituyente.

Por ejemplo, en una comunidad política que a lo largo de su historia ha sufrido violaciones a los derechos humanos (en parte como manifestación de las coacciones que las elites de dicha comunidad ejercieron para consolidar el sistema constitucional por ellas promovido) se advierte como determinante la irrupción de una gran conversación ciudadana sobre dichos derechos que cristalice en una norma superior capaz de limitar a los poderes constituidos.

Puesto que la sensibilidad democrática en muchas sociedades contemporáneas se encuentra más desarrollada que en el contexto en el que se aprobaron muchas de las constituciones del pasado es que la exigencia de la movilización popular y de la amplia participación debe estimarse con mayor intensidad en los procesos constituyentes que se planteen en la actualidad. La expresión del poder constituyente en el siglo XXI no debe ser de la misma naturaleza que la del siglo XX, ni que la del siglo XIX, ni que la de finales del siglo XVIII. En el fondo no se trataría de otra cosa más allá que satisfacer en plenitud las condiciones de legitimidad insinuadas desde siempre por la teoría de la Constitución, a saber, que las normas constitucionales son supremas al resto, incluidas las normas con rango de ley, porque fue el pueblo mismo quien se dotó de ellas.



VIEJOS Y NUEVOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD DEL MALESTAR



Cristina Hermida del Llano¹

Introducción

Los derechos humanos nos colocan frente a una ética que es común a todas las personas en su calidad de agentes morales. Somos titulares de los derechos humanos en nuestra condición de hombres y no de ciudadanos adscritos a un determinado ordenamiento jurídico, puesto que esto último equivaldría a decir que es el legislador quien los crea, decide sobre su contenido y los reconoce al plasmarlos en un texto legal. Además, en tal caso sería imposible predicar de ellos su universalidad, pues quedarían reducidos a pura “fuerza convencionalmente organizada”.² Esto es justo lo que, a mi modo de ver, permite distinguir entre la categoría de derechos humanos y la de derechos fundamentales.

Los derechos humanos o *derechos morales* son “el título”, “el justificante”, “la razón” de que se pongan en funcionamiento y se activen mecanismos de protección normativa, en aras de que un determinado derecho humano se convierta en derecho fundamental. En este sentido, los derechos humanos serían previos a las normas, “las cuales sólo operarían como vehículos de protección de aquéllos”.³ Las normas jurídicas quedan así como condición necesaria, aunque no suficiente, para favorecer la universalidad de los derechos en sentido espacial, precisamente porque constituyen un medio para alcanzar el fin deseado.

Si considero importante la diferenciación entre derechos humanos y derechos fundamentales es porque desde ella se hace posible valorar si un determinado sistema jurídico

¹ Profesora titular de Filosofía del derecho, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España.

² OLLERO, TASSARA, ANDRÉS: *¿Tiene razón el derecho?*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 390.

³ LAPORTA, FRANCISCO, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Revista Doxa*, núm. 4, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1987, pp. 26-28.

está traicionando esas exigencias morales básicas a las que denominamos derechos humanos y, en tal caso, está justificada una posible represalia en forma de castigo o sanción. De este modo, los derechos humanos constituirían “el marco dentro del cual es posible la crítica de las leyes o instituciones del Derecho positivo”.⁴ Verdross⁵ dedicó uno de sus últimos trabajos monográficos al tema del derecho natural, titulándolo *El derecho natural estático y dinámico*.⁶ Cabría pensar que los derechos humanos se encuadran dentro de ese derecho natural estático nutrido de principios “que preceden al derecho positivo y que pueden deducirse a partir de la luz natural de la razón”.⁷ Estos principios fundamentales son constantes⁸ y por eso funcionan como la “conciencia del derecho positivo”,⁹ al destacar la dignidad del ser humano como fundamento de los fines humanos.¹⁰ Esta “moralidad crítica”, como la denominó Hart, funciona no sólo desde pautas positivas, sino como un principio crítico que controla moralmente al derecho¹¹ y contribuye a que este tenga razón.¹² Y es que la moralidad crítica tiene el deber de determinar los límites de lo que la propia soberanía democrática legitimada puede hacer.¹³

Desde Mill hasta Dworkin,¹⁴ cuando proclama que los derechos son triunfos frente a la mayoría, pasando por Hart, encontramos la idea de que existen límites morales que las leyes no pueden rebasar, aun cuando estas vengan respaldadas por la mayoría de la sociedad. Y es que el mero hecho de que una norma jurídica sea aprobada por la mayoría no justifica en términos morales su contenido y alcance: “El poder jurídico no sólo se legitima por su origen ‘consentido’ sino por no violar los límites de un ámbito dibujado por líneas o criterios morales”.¹⁵ Como ha resaltado Schambeck, la violación de los derechos humanos se produce no sólo por el entendimiento equivocado de los derechos básicos sino por decisiones políticas mal tomadas en la vida social y económica.¹⁶

⁴ BULYGIN, EUGENIO, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, p.79.

⁵ Vid. VERDROSS, ALFRED, *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers*, *Juristische Blätter*, 45 Jg., 1916, pp. 471 y ss. y pp. 483 y ss., nueva impresión en: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Volumen 2, pp. 1545 y ss.; también *Primäres Naturrecht, sekundäres Naturrecht und positives Recht in der christlichen Rechtsphilosophie*, en: *Ius et lex, Festschrift für Max Gutzwiller*, Basel, 1959, pp. 447 y ss., nueva impresión, Volumen 1, pp. 787 y ss. Y también *Dynamisches Naturrecht, Forum XII/137*, mayo 1965, pp. 223 y ss., nueva impresión, Volumen 1, pp. 933 y ss.

⁶ VERDROSS, ALFRED: *Statisches und dynamisches Naturrecht*, Friburgo, Verlag Rombach, 1971.

⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁸ *Ibidem*, p. 116.

⁹ *Ibidem*, p. 114.

¹⁰ *Ibidem*, p. 117.

¹¹ LAPORTA, FRANCISCO, *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México, 2a. ed. 1995, pp. 52-53.

¹² OLLERO TASSARA, ANDRÉS, ¿Tiene razón el derecho?, *op. cit.*

¹³ BANASZAK B., JABLONSKI M., “Das Naturrecht in der Polnischen Verfassung vom 2. April 1997”, en *Die Wiederkehr des Naturrechts und die Neuevangelisierung Europas*, Rudolf Weiler, Viena, 2005, p. 220.

¹⁴ Vid. CALSAMIGLIA, ALBERT, “Ensayo sobre Dworkin”, introducción a R. DWORKIN, *Los Derechos en serio*, trad. de Guastavino, Barcelona, Ariel, 1985, p. 17.

¹⁵ *Ibidem*, p. 51.

¹⁶ SCHAMBECK, HERBERT, “Derecho Natural en la era de la responsabilidad”, Cristina Hermida del Llano (trad.), en *Revista Persona y Derecho* núm. 62, Navarra, 2010, pp. 153-179.

¿Redefinición de derechos o creación de derechos nuevos?

La generación de derechos fundamentales no siempre implica la sustitución global de un catálogo de derechos por otro, sino que, en ocasiones, se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas; mientras que otras veces supone la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados.¹⁷ Un buen ejemplo de esto sería el derecho a la intimidad que surgió como un derecho de primera generación, derecho-valla o límite que protege una esfera de la vida de injerencias externas. Mientras que en sus inicios, la intimidad garantizaba una idea negativa de la libertad (*estar libre de*), posteriormente, comenzó a extenderse hasta abrazar un poder jurídico positivo: el de decidir sobre la publicación de la información relativa a nuestra vida privada. Esto configuraría de forma paulatina un nuevo derecho: el de la autodeterminación legislativa bajo el manto protector de la intimidad que garantiza ahora una idea positiva de la libertad (*ser libre para*).¹⁸

La interpretación evolutiva ha ganado fuerza en España en los últimos años, no sólo a la hora de redimensionar viejos derechos, sino al momento de generar derechos nuevos, es decir, se ha convertido en la mejor aliada para gestar derechos hasta la fecha inexistentes. Buena prueba de ello es la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional que ha transformado “viejos derechos” en otros verdaderamente nuevos y bien distintos, sirviéndose de esta herramienta interpretativa.¹⁹

La cuestión que aquí me gustaría plantear es si este criterio interpretativo, con claro fundamento en nuestro ordenamiento jurídico positivo,²⁰ en realidad pone los derechos fundamentales al servicio de la opinión de la mayoría social al desnaturalizar de algún modo la función para la que aquellos fueron creados e incrementar la dosis de malestar

¹⁷ PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, “Concepto y concepción de los derechos humanos. (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, Alicante, 1987, p.56. Como explica más adelante Pérez-Luño, la dimensión generacional de los derechos ha producido consecuencias en lo que a técnicas jurídicas de positivación y tutela se refiere: “Así, en el ámbito de la doctrina iuspublicista se ha considerado apremiante la necesidad de completar la célebre teoría de los *status* público-subjetivos elaborada por Georg Jellinek, ampliándola mediante el reconocimiento de un *status positivus socialis*, que se haría cargo de las exigencias de los derechos de la segunda generación, es decir, de los derechos sociales; un *status activus processualis*, para hacerse eco de la trascendencia actual de las jurisdicciones constitucionales de la libertad, así como de las modalidades de tutela innovadas por las instancias jurisdiccionales internacionales; y un *status de habeas data*, que se hallaría encarnado por cuanto han supuesto para la teoría de los derechos humanos el reconocimiento de la libertad informática y el derecho a la autodeterminación”, p. 59.

¹⁸ Estas dos nociones de libertad, primero en Constant y luego en Berlin, pueden consultarse en: “La libertad de los antiguos y la libertad de los modernos”. *Vid.* CONSTANT, BENJAMIN, *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*. Conferencia pronunciada en el Ateneo de París. Febrero de 1819. BERLIN, ISAIAH: *Cuatro Ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1a. ed. 1988.

¹⁹ Frente a la idea de una “interpretación evolutiva” de la norma, Ollero admite que la interpretación literal puede ser a veces insuficiente a la hora de precisar su sentido; “pero que el sentido propio de las palabras no sea siempre suficiente como único criterio interpretativo no quita que sea siempre obligadamente el primero de ellos; sobre todo en una norma como la constitucional cuya relevancia se apoya en su postulada rigidez”. *Vid.* ANDRÉS OLLERO, p. 212. Y, por mucha interpretación que se quiera hacer del precepto constitucional, “no es lo mismo decir ‘hombre y mujer’ que decir ‘dos personas’”. De lo contrario, la norma constitucional sobre el matrimonio “aparece como un receptáculo vacío, abierto a contener las opiniones coyunturales del legislador; lo que no tiene nada que ver con historicidad alguna”. *Ibidem*, p. 213.

²⁰ El artículo 3.1 del Código Civil regula de forma taxativa esta cuestión, al precisar: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

dentro de la sociedad. Para analizar esta problemática me serviré de la sentencia del TC 198/2012, del 6 de noviembre de 2012.²¹

Convendría recordar que en este fallo la mayoría de los magistrados suscribieron que el reconocimiento del matrimonio homosexual no modificaba la institución del matrimonio. Justificaban dicha posición desde una interpretación evolutiva que convertía al juez en sociólogo y reafirmaba con ello la postura característica del realismo jurídico²² como concepción del Derecho: “La institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución”.²³

Si como precisó González Rivas, el matrimonio es una institución “preexistente al texto de nuestra Constitución”,²⁴ esta preexistencia “permite considerar que la unión de un hombre y de una mujer es la nota esencial que reconoce el precepto constitucional y vincula al legislador ordinario (Art. 53.1 CE)”.²⁵ Da la impresión de que el Tribunal Constitucional va más allá de garantizar el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, al atreverse a configurar instituciones milenarias. Desde esta perspectiva, quizás se entienda que los magistrados discrepantes coincidieran en que para admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo había que realizar una reforma constitucional, puesto que la redacción del artículo 32 se refiere exclusivamente al matrimonio entre hombre y mujer.²⁶ Por otra parte, Ollero subrayó que el TC “tampoco puede conceder a determinado legislador un salvoconducto que lo libere de su responsabilidad de suscitar una reforma de la Constitución por la vía del artículo 167, cuando sus proyectos legislativos así lo exijan”.²⁷ En todo caso, resulta llamativo y digno de reflexión que se provoque con ello una disociación entre matrimonio y familia.

La sentencia considera que la Constitución “a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia

²¹ Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005. Interpuesto por más cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso en relación con la Ley 13/2005, del 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Garantía institucional del matrimonio y protección de la familia: constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo.

El matrimonio entre personas del mismo sexo no altera la institución del matrimonio tal y como la configura la Constitución española, no afecta al derecho de los heterosexuales a casarse y responde a una realidad ampliamente aceptada. Este es el eje en el que se mueve la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) español que rechaza el recurso presentado en 2005 por el Partido Popular contra las bodas gay. Comunidad de afecto entre dos personas. El recurso se fundamentaba especialmente en que la modificación introducida en el Código Civil suponía una vulneración del art. 32 de la Constitución que establece: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

²² La mayoría de los magistrados aseguraron que se mantenían los aspectos fundamentales recogidos en la anterior redacción del Código Civil, como la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de casarse con la persona elegida y la manifestación pública de esa voluntad.

²³ Vid. STC 198/2012, BOE, 28 de noviembre de 2012, p. 202.

²⁴ *Ibidem*, p. 215.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Como sabemos, la reforma constitucional se ha llevado a cabo en dos casos: para aceptar la participación de extranjeros de la Unión Europea en las elecciones municipales y para inscribir en la Constitución el compromiso de estabilidad presupuestaria.

²⁷ Vid. STC 198/2012, BOE, 28 de noviembre de 2012, p. 209.

relevancia y legitimidad”²⁸ lo que da a entender que es la Constitución la que debe adaptarse a los vaivenes de la sociedad y no al revés.²⁹ Es más, la opción escogida por el legislador se proclama en el fallo “es una opción no excluida por el constituyente y que puede tener cabida en el artículo 32 interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada”.³⁰

Como se desprende de estos párrafos de la sentencia, lo que determinaría el contenido del derecho al matrimonio sería más bien la opinión que respecto al mismo albergara la mayoría de la sociedad. Con otras palabras: los derechos fundamentales, a la luz de este fallo, parecen dejar de ser criterios de legitimidad y justicia (o la plataforma de la moral crítica, en palabras de Hart), para convertirse en herramientas que modela a su antojo la moral mayoritaria, interpretada por una serie de magistrados del Tribunal Constitucional. Dicho de otro modo: no se trata tanto de interpretar la Constitución, sino de cómo colmar su contenido a partir de las opiniones de la moral mayoritaria.³¹ ¿Se pueden cambiar instituciones por el mero hecho de que la moral dominante considere que ello es lo correcto? La respuesta obvia es que sí, como aquí ya se demostró con el ejemplo del matrimonio homosexual, pero queda aún por contestar si ello es legítimo o no.

Aragón Reyes no puede responder mejor a esta cuestión sino al resaltar que “el núcleo, la imagen maestra, de una garantía institucional no puede someterse a los avatares de la cultura jurídica a lo largo del tiempo. Precisamente para evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, pueda vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales. De otro lado resulta muy peligroso sentar el principio de que las normas pueden no decir lo que dicen, sino lo que se quiere que digan”.³²

Apoyándose sin disimulos en estudios de opinión, el tribunal concluye que en España el matrimonio gay goza de “una amplia aceptación social”, y recuerda que desde

²⁸ A propósito de ello, en el fallo se precisa: “La importancia de la interpretación evolutiva de las instituciones es reforzada con el repaso de algunas sentencias de Tribunales de otros países. Así, se citan la Sentencia *Hillary Goodridge* del Tribunal Supremo de Massachusetts, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá del 9 de diciembre de 2004, en la que se recuerda que la Constitución es un árbol vivo que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad. Especialmente importante, continúa el representante del Gobierno de la Nación, es la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América *Lawrence vs. Texas*, del 26 de junio de 2003, en la que se recuerda que la historia y la tradición son dos puntos de partida, pero no siempre el punto final de la valoración. Finalmente, se señala que la visión evolutiva también está implícita en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981; *Rees vs. Reino Unido*, del 17 de octubre de 1986; y *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, del 1 de julio de 2002)”, *ibidem*, p. 180.

²⁹ *Ibidem*, p. 213.

³⁰ *Ibidem*, p. 196. Me parece muy oportuna y acertada la observación de Manuel Aragón en su voto particular concurrente cuando señala en el fallo: “Es más, los argumentos sociológicos, estadísticos, de conveniencia práctica, de derecho comparado e internacional y hasta de justicia efectiva, suelen eludir el verdadero problema jurídico-constitucional, sobre el que hay que operar con conceptos y argumentos de derecho, sin que los que pueden llamarse ‘meta-jurídicos’ tengan otra función que la de reforzar, en su caso, la solución a que se llegue, pero no para fundarla o condicionarla”, p. 204.

³¹ Como advierte el magistrado discrepante Ramón Rodríguez Arribas, la sentencia “realiza una verdadera filigrana para eludir hablar de sexo al definir el matrimonio, con lo que, a primera vista, este podría constituirse entre un tío y un sobrino”. De algún modo se pasa por alto que el matrimonio “es también una unión sexual que la Naturaleza destina a la perpetuación de la especie humana y que [...] no puede desconocerse sin incurrir en un salto ilógico imposible de admitir”. *Ibidem*, p. 203.

³² *Ibidem*, p. 204.

2005 se ha venido aprobando en otros países.³³ Si resulta interesante esta afirmación, desde el punto de vista filosófico-jurídico, es porque parece apoyar la idea de que la legitimación puede llegar a crear criterios de legitimidad, lo que resulta a todas luces peligroso si pensamos en los riesgos a los que puede conducir la tiranía de la mayoría en términos morales. Es más, da la impresión de que el Tribunal Constitucional tendría como misión no tanto velar por el respeto a la Constitución, sino por el respeto a lo que la mayoría opinara en términos morales. Como precisó Rodríguez Arribas, no sólo se está desnaturalizando el matrimonio, sino también el órgano mismo del Tribunal Constitucional al perder la función que le es inherente al mismo.³⁴ En esta misma línea, otro de los magistrados discrepantes, Ollero, advertiría que aceptar esta interpretación “equivale a admitir que no es la Constitución la que certifica y garantiza la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sino que sería su texto el que cobraría legitimidad acomodándose a ellas”.³⁵

De particular interés me parece una de las observaciones sobre el trasfondo antropológico de la sentencia, el cual pone de relieve el “radicalismo individualista” que instrumentaliza el matrimonio para otorgar reconocimiento social a conductas antes discriminadas. Afirma Ollero: “No me parece acertado tratar a determinadas instituciones jurídicas como si fueran mero corolario de los derechos y no más bien razón de su fundamento, abocando a una contraposición simplista entre limitación o ampliación de derechos individuales”.³⁶ Además añade:

Comparto íntegramente la legítima aspiración a erradicar la injusta discriminación de las personas que suscriben una orientación homosexual. Lo que nunca suscribiré es que el fin justifique los medios, imperativo obligado de cualquier versión de uso alternativo del derecho. El respeto a una determinada orientación sexual, que lleva a mantener unas relaciones ajenas al matrimonio, no obliga a reconocer la posibilidad de contraerlo.³⁷

Ollero recuerda anteriores sentencias del TC que, en 1990, aclaró: “La unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer, que es un derecho constitucional”.³⁸ No fue menos clara otra sentencia

³³ Para justificar que el matrimonio entre personas del mismo sexo es “una opción ajustada a la Constitución”, aunque en realidad no se ajuste a su texto, la sentencia asegura que se habría producido “una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva ‘imagen’ del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme”. “Más bien parece —apostilla Ollero— que lo que la ley ha pretendido es contribuir a un cambio de ‘imagen’ de las relaciones homosexuales, modificando para ello la milenaria estructura de la institución matrimonial. Resulta poco razonable afirmar respecto al matrimonio que ‘la imagen jurídica que la sociedad se va forjando de él, no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo’”. *Ibidem*, p. 214.

³⁴ Con ironía proclama el magistrado: “precisamente para evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, pueda vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales”. *Ibidem*, p. 204.

³⁵ *Ibidem*, p. 213.

³⁶ *Ibidem*, p. 209.

³⁷ *Ibidem*, p. 210.

³⁸ *Ibidem*, p. 210.

de 2003 cuando se estableció que la convivencia *more uxorio* “ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”,³⁹ en consecuencia estará “legitimado el legislador para establecer diferencias en las consecuencias que se derivan de la opción por uno u otro régimen”.⁴⁰

La sentencia afirma que lo que ha hecho el legislador es “modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio”,⁴¹ y lo ha ampliado a las parejas homosexuales, mientras que los discrepantes piensan que lo que se ha hecho en realidad es cambiar al matrimonio mismo. Afirma Ollero:

Se presenta, pues, equivocadamente el problema como si se incrementaran los titulares del derecho [al matrimonio], más que como la obvia vulneración de un contenido protegido por garantía institucional [...] El precio de esta operación de ingeniería social es la desnaturalización de la institución misma y la desprotección de los bienes jurídicos de dimensión social que amparaba. El derecho al matrimonio da opción a insertarse en una institución, pero no a redefinirla.⁴²

A mi modo de ver, esta sentencia encierra una inconsistencia de tipo teleológico. Recordemos que dicha incongruencia deriva de que los objetivos que se pretenden conseguir no están en consonancia con los medios de los que se sirve. Es más, el fin no justificaría en ningún caso cualquiera de las vías posibles porque la cuestión central no es tanto el fin, que es importante, como los medios de los que nos servimos para no caer en un puro maquiavelismo antiético.

Parece poco convincente la observación que aduce, en defensa de la ley, el abogado del Estado, y así parece aceptarlo la sentencia de que la Constitución no contiene un concepto determinado de matrimonio.⁴³ A mi modo de ver, aunque el concepto de matrimonio no fuera cerrado y blindado, lo que parece obvio es que la interpretación evolutiva no puede generar antinomias valorativas y teleológicas dentro de nuestro ordenamiento.

Además, no creo que sea positiva la confusión creada entre la lucha contra la discriminación por cuestiones de género y la defensa de la institución matrimonial. Desde mi punto de vista, lo peligroso del planteamiento de la sentencia es que pone conceptos más o menos abiertos o redefinibles, incluso valores como el de la igualdad, al servicio de objetivos que terminan por relativizar a los primeros, cuando en realidad deberían servir de fundamento a la posible redefinición de los derechos.

³⁹ *Ibidem*, p. 210.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 197.

⁴¹ *Ibidem*, p. 199.

⁴² *Ibidem*, pp. 210-211.

⁴³ A lo que Ollero responde que “la idea de una Constitución sin *conceptos* me parece tan contradictoria como la de un texto legal sin letra”. *Ibidem*, p. 212. En este sentido, argumenta que en el debate a la hora de redactar la Constitución se “resaltó de modo inequívoco dos características del matrimonio: monogamia y heterosexualidad”, mientras que la discrepancia sobre el divorcio descartó incluir la indisolubilidad. *Ibidem*, p. 211.

Principio de no discriminación, igualdad de oportunidades y sociedad del malestar

Me gustaría referirme ahora a la igualdad (uno de los valores esenciales de nuestro ordenamiento jurídico español y un derecho transversal donde lo hay), para tratar de reflexionar sobre cómo un entendimiento equivocado del principio de no discriminación (y en suma de los artículos 1, 9 y 14 de nuestra Constitución) ha contribuido a que se acreciente la denominada “sociedad del malestar” en nuestros días. Y es que, a mi modo de ver, muchas de las causas del malestar social actual (recortes en educación y sanidad, desahucios, corrupción política, politización de la justicia, precariedad laboral, entre otras) obedecen a cómo se han configurado la igualdad como valor y el principio de no discriminación, y cómo se ha producido la traslación de estos a diversos derechos fundamentales.

La evolución histórica de las igualdades puede sistematizarse en cuatro expresiones: *a)* igualdad jurídico-política,⁴⁴ *b)* igualdad social,⁴⁵ *c)* igualdad de oportunidad y *d)* igualdad económica.

⁴⁴ La primera, la igualdad jurídico-política, es aquella planteada por leyes iguales para todos (la generalidad de la ley), por iguales derechos y, en definitiva, por una libertad igual, que se corresponde con el principio: “A cada cual los mismos derechos legales y políticos, y por ello el poder legalizado de resistir al poder político”.

⁴⁵ La segunda es la igualdad social, la igualdad de “estima” y del *status* subrayada por Tocqueville y por Bryce, que se corresponde con el principio: “a cada uno el mismo *status*, y por ello el poder de resistir a la discriminación racial”. Desde este segundo aspecto de la igualdad, todos tienen derecho a una igual consideración, a ser tratados como iguales en las relaciones sociales. Sirva de ejemplo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Muñoz Díaz contra España”, de 9 de diciembre de 2009, por haber entendido esta que se había producido una violación de la prohibición de discriminación racial (artículo 14 CEDH) en combinación con el derecho al respeto de los bienes del art. 1 del Protocolo Adicional Primero. La demandante era una mujer española, de etnia gitana, viuda con seis hijos, a la que las autoridades nacionales habían denegado una pensión de viudedad por no haber contraído matrimonio según la forma legal válida en España en el año 1971 (rito católico), sino de acuerdo con las tradiciones de la comunidad gitana. Se entendió no sólo que el matrimonio celebrado con arreglo al rito gitano no tenía efectos civiles como lo pudiera tener el matrimonio canónico, lo cual es cierto, sino que tampoco era equiparable a una unión de pareja estable, al menos por analogía, lo cual resultaba más dudoso a la vista de las circunstancias del caso. Concretamente, había sido la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, del 16 de abril, la que había desestimado el amparo de la recurrente negándose a considerar tanto las verdaderamente particulares circunstancias del asunto, cuanto los aspectos étnicos, por otro lado, obviamente concurrentes. El Tribunal Constitucional consideró que el artículo 14 CE, esto es, el principio de igualdad, no admitía la llamada discriminación por indiferenciación, es decir, que no consagraba un derecho a la desigualdad, lo que en este caso provocaba que si el matrimonio por rito gitano no tiene efectos civiles y tampoco cabe un derecho a la desigualdad derivada de su reconocimiento: la florista María Luisa, no tenía en ningún caso derecho a la pensión de viudedad, pese a enviudar de su marido caló con el que había convivido casi treinta años (1971-2000) y con una prole de seis hijos. El Tribunal de Estrasburgo daría la razón a la demandante añadiendo el argumento étnico. La sentencia subraya, en primer lugar, que la creencia de la demandante de que su matrimonio era válido se demostraba también por su pertenencia a la comunidad gitana, “que tiene sus propios valores dentro de la sociedad española”. El Tribunal trae la idea del nuevo “consenso internacional” en el seno del Consejo de Europa “por reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, identidad y modos de vida, no sólo para proteger los intereses de los miembros de dichas minorías, sino también para preservar la diversidad cultural que beneficia a toda la sociedad en su conjunto”. Sostiene la sentencia que si bien la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las leyes relativas al matrimonio, puede, sin embargo, influir sobre la manera de aplicar las leyes. El Tribunal recuerda la afirmación anterior de que “la vulnerabilidad de los gitanos implica prestar una atención especial a sus necesidades y modo de vida propio, tanto con carácter general como en los casos particulares”. Las (sensibles) frases de la sentencia en relación con la minoría gitana no sirven, sin embargo, en la lógica de la argumentación, más que para apuntalar la buena fe de la demandante, ya probada por otras vías. Parece claro que no se trata de aplicar de modo más favorable las leyes a los gitanos, lo que, además, resulta hartamente discutible, sino, más bien, de que no se les trate peor que a otras personas en situaciones comparables. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos terminó declarando la existencia de una violación del derecho reconocido en el artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1, ya que entiende que la percepción o no de una pensión sí está dentro de los bienes futuribles que entran dentro del derecho de propiedad según su propia jurisprudencia (párrafo 44).

En particular, la igualdad de oportunidades conecta con el principio de no discriminación al gozar de una doble acepción. En la primera, la igualdad de oportunidad significa *igual acceso*, es decir, igual reconocimiento e igual mérito, lo que en la mayoría de las ocasiones se traduce en la fórmula de la “carrera abierta al talento”, en función de las capacidades y los méritos. A cada uno le corresponden las mismas oportunidades de acceso y, por lo tanto, el poder de hacer que el mérito cuente. Una segunda acepción de igualdad de oportunidades remite, por el contrario, a la *igualdad de partida*, igualdad de condiciones iniciales (para lograr la igualdad de acceso). En realidad, igualar las condiciones de partida implica iguales posiciones de inicio; posiciones que también incluirían las económicas, esto es, a cada uno le correspondería un poder material inicial adecuado para conseguir los mismos talentos y posiciones que cualquier otro. Esto quiere decir que dentro de la igualdad de oportunidades se incluye a la igualdad económica que se corresponde con este principio: *a ninguno ningún poder, económico o de otro tipo*.

La línea divisoria entre las distintas formas de igualdad radicará en si logran o no una *igualdad de circunstancias*. Por otra parte, esta franja necesariamente queda atravesada por la noción de igualdad de oportunidad. Tengamos en cuenta que el bienestar de una persona, la denominada “libertad de bienestar”,⁴⁶ se encuentra estrechamente unida a su capacidad de “realizaciones”,⁴⁷ si tomamos este término en sentido amplio. Esto se pone en entredicho cuando la educación, la sanidad o el trabajo se convierten en un mero privilegio al que no tienen acceso todos los ciudadanos, lo que aumenta el descontento y el desánimo social, en suma, es el caldo de cultivo para la sociedad del malestar.

La inclusión mediante la igualdad de oportunidades y de las políticas contra la discriminación implica luchar por una equiparación real entre los ciudadanos, a sabiendas de que algunos sujetos aun “teniendo los mismos derechos, encuentran dificultades para ponerlos en práctica por razones de sexo, color de la piel, cultura, religión, y en general, por factores que no dependen de la voluntad de la persona, sino que son propiedades de nacimiento”.⁴⁸

En mi opinión, lo que ocurre es que en ocasiones para paliar las desigualdades el principio de no discriminación se lleva hasta sus últimas consecuencias generando un efecto *boomerang* y creando nuevas, e incluso más graves, formas de desigualdad. Aquí

⁴⁶ Según explica K. SEN, AMARTYA en su obra *Bienestar, justicia y mercado*, Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1997: “La libertad de bienestar es una libertad de un tipo particular. Se centra en la capacidad de una persona para disponer de varios vectores de realización y gozar de las correspondientes consecuciones de bienestar. Este concepto de libertad basado en la faceta de bienestar de la persona tiene que ser distinguido con claridad de un concepto más amplio de libertad que tiene que ver con la faceta de agente de la persona. La “libertad de ser agente” de una persona se refiere a lo que la persona es libre de hacer y conseguir en la búsqueda de cualesquiera metas o valores que considere importantes. La faceta de agente no se puede comprender sin tener en cuenta sus objetivos, propósitos, fidelidades, obligaciones —y en un sentido amplio— su concepción del bien. Mientras que la libertad de bienestar es la libertad para conseguir algo en particular —a saber, el bienestar—, la idea de libertad de ser agente es más general, puesto que no está vinculada a ningún tipo de objetivo. La libertad de ser agente es la libertad para conseguir cualquier cosa que la persona, como agente responsable, decida que habría que conseguir. Esa condicionalidad abierta hace que la naturaleza de la libertad de ser agente sea bastante diferente de la libertad de bienestar, la cual se centra en un tipo particular de propósito y juzga las oportunidades en consecuencia”, pp. 85-86.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁸ ZAPATA-BARRERO, RICARD, “Los tres discursos de la inclusión de la inmigración en la UE: pobreza, discriminación y desigualdad de derechos”, *Ekonomi Gerizan XIII*, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, p. 207.

entraría de lleno, por ejemplo, la interesante discusión sobre si el hecho de pertenecer a una minoría puede influir sobre el modo de aplicar las leyes. Considerando que también es peligroso hacer mal uso de la tolerancia y quedarnos con la defensa de un concepto de tolerancia débil que en lo fundamental apoya posiciones “multiculturalistas”; pues estas estiman imprescindible el reconocimiento de las diferencias para la construcción de una “política de la identidad”.⁴⁹ Esta tolerancia apoyada en la idea negativa de no interferencia y preservación de las minorías es a lo que denomino tolerancia en sentido débil, puesto que en realidad no requiere ningún tipo de esfuerzo por incluir a los grupos minoritarios sino que, por el contrario, considera que cualquier intento de inclusión o de mero diálogo aperturista puede representar una amenaza asimilacionista e intolerante. Las derivaciones lógicas de esta versión débil de tolerancia son las de una raquílica interferencia estatal en materia religiosa, cultural, étnica, etcétera. Dicho de otra manera: no basta con no discriminar, hay que integrar.

A mi juicio, otro de los errores radica en la comprensión del principio de no discriminación como “indiferencia a las diferencias”, lo que deriva —se quiera o no— en la exaltación de la uniformidad,⁵⁰ algo a lo que de forma explícita se ha negado con contundencia el TCF alemán. Por otra parte, el problema anterior tampoco ayuda, la confusión reinante que termina por asimilar la autonomía individual a la neutralidad, y esta, a su vez, al principio de no discriminación. Como ha precisado Weiler: “En nombre de la lucha contra la discriminación, se pueden acabar cometiendo graves discriminaciones”.⁵¹

⁴⁹ En esta línea, entre otras, Taylor ha sostenido que los grupos minoritarios deben ser protegidos del peligro asimilacionista por parte de la cultura o grupo mayoritario o dominante. Dicho de otro modo: los grupos tienen un derecho a preservar sus culturas y creencias, así como las tradiciones y prácticas derivadas de ellas.

⁵⁰ CARTABIA, MARTA, “The Challenges of ‘New Rights’ and Militant Secularism”, en *Universal Rights in a World of Diversity: The Case of Religion Freedom*, The Pontifical Academy of Social Science. Acta 17, 2012, pp. 7-9.

⁵¹ Vid. BENJUMEA, RICARDO: “Salid a la calle”, *Alfa y Omega*, núm. 708, ABC, Madrid, 21 de octubre de 2010, p. 7. Una buena muestra de cómo la neutralidad parece haberse puesto al servicio de las ideologías en el contexto europeo general es el hecho de que unos atribuyan al crucifijo un significado neutro y laico en referencia a la historia y la tradición europea, íntimamente vinculadas al cristianismo; a la par que, por el contrario, otros entiendan que su significado es un intento de adoctrinamiento religioso. A mi modo de ver, la diferente comprensión del concepto de secularidad es lo que ha contribuido a complicar el panorama todavía más. Desde esta última perspectiva, la noción de secularidad implicaría que el Estado debe ser neutro y mostrarse equidistante respecto a las religiones, puesto que no debería percibirse que aquel está más cerca de unos ciudadanos que de otros. De hecho, como sabemos, este fue el argumento utilizado por la demandante en el famoso caso *Lautsi contra Italia*. *Stedh* del 3 de noviembre de 2009, *Lautsi/Italia*, demanda núm. 30814/06. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008, p. 8.

El caso fue presentado por Soile Lautsi, una mujer italiana residente en Abano Terme, madre de dos hijos de 11 y 13 años, respectivamente, que en el curso 2001-2002 asistieron a clase en el instituto público Vittorino da Feltré, de esa localidad (noreste de Italia). Lautsi se percató de que las aulas tenían un crucifijo y estimó que eso era contrario al principio de secularidad en el que pretendía que se educara a sus hijos. Por tanto presentó la reclamación antes referida a las autoridades de la escuela, pero la dirección decidió dejar los símbolos religiosos en su lugar. Posteriormente, reclamó ante las autoridades regionales, que llevaron el asunto al Tribunal Constitucional italiano, ante el cual el Gobierno defendió que la exhibición del crucifijo era “natural” porque no sólo es un símbolo religioso, sino la “enseña” de la única iglesia citada en la Constitución italiana (la Iglesia Católica). La Corte Constitucional italiana se pronunció posteriormente, el 15 de diciembre de 2004, y consideró que no tenía jurisdicción sobre el asunto al estar relacionado con normas reglamentarias y no legislativas, por lo que no podía entrar al análisis del caso, es decir, un reglamento como tal no podía ser objeto de control constitucional por su carácter infralegal. Un tribunal administrativo se pronunció en marzo de 2005 y falló en contra de la demandante al considerar que el crucifijo es tanto un símbolo de la “historia y la cultura” italianas, “y, consecuentemente, de la identidad italiana”, así como de los principios de “igualdad, libertad y tolerancia”. Posteriormente, el 13 de febrero de 2006, el Consejo de Estado rechazó la demanda porque consideró que el crucifijo se había convertido “en

La exaltación de un individualismo radical mal entendido salpica a la misma comprensión de los nuevos derechos que, fundamentados en la idea de privacidad, pierden de vista que no pueden ser entendidos de forma abstracta ni en términos individuales. Por el contrario, los derechos interactúan unos con otros hasta el punto de que no se puede hablar de derechos ilimitados.

Cuando el principio de la autonomía de la voluntad se lleva al extremo, los sujetos quedan remitidos a la soledad y al egoísmo individualista en sus decisiones (derecho al aborto, derecho a morir, derecho a recibir y derecho a rehusar un tratamiento médico, derecho a negarse a ver un crucifijo en una escuela pública, entre otras), con lo que se olvida que estas se toman dentro de un contexto personal, social o cultural. Desde estos nuevos derechos, apoyados en una concepción voluntarista de la persona humana, se intenta conseguir la emancipación del individuo de cualquier forma de paternalismo o alienación. De ahí que Cartabia haya señalado que esta tendencia viene apoyada en una concepción voluntarista de la persona humana: *“I will, therefore I am, could be the motto of the new rights”*,⁵² lo que termina cayendo en un reduccionismo inadmisibile.

No podemos ignorar que existe una ineludible interconexión entre libertad e igualdad, y entre libertad e igualdad real. Los obstáculos a la igualdad son también obstáculos a la libertad y viceversa. Sin libertad no es posible alcanzar la igualdad, la cual, a su vez, llevada hasta sus últimas consecuencias, termina desembocando en el igualitarismo, negador de las diferencias, sean del tipo que sean.

Es por ello que resulta imprescindible luchar dentro de la Europa democrática del siglo XXI para que se toleren, respeten y reconozcan plenamente todas las particularidades sociales, sexuales, culturales, nacionales, religiosas, políticas, etcétera. Con lo cual se expresa la diversidad de los seres humanos libres, siempre que no atenten contra los valores y las normas que constituyen la base de su identidad y de una concepción de la justicia común, lo que creo que nos puede ayudar a salir de esta “sociedad del malestar”.



uno de los valores seculares de la Constitución italiana y representaba los valores de la vida civil”. Al haber agotado todas las instancias en su país, Soile Lautsi actuó en su propio nombre y en el de sus dos hijos, Dataico y Sami Albertin, al acudir al TEDH y manifestar en su demanda que la exposición de la cruz en las aulas del instituto público al que asistían sus hijos constituía una injerencia incompatible con la libertad de convicción y de religión, así como con el derecho a una educación y enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

⁵² CARTABIA, MARTA: “The Challenges of ‘New Rights’ and Militant Secularism”, *op. cit.*, p. 7.

LA CONTRIBUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO NATURAL CRISTIANO A LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO¹



Alfred Verdross

La expresión “primacía del Derecho internacional público” fue una aportación de Hans Kelsen que apareció en su artículo de 1920 titulado: “El problema de la soberanía y la Teoría del Derecho internacional público”. Otra de sus aportaciones es la de haber reconocido el gran significado de la teoría, por mucho tiempo cuestionada, acerca del Derecho internacional público de Christian Wolff, además de la idea vinculada de que la comunidad de Estados constituye una comunidad internacional, en la que estos se encuentran integrados,² mientras que la teoría dominante del Derecho internacional público hasta la Primera Guerra Mundial se concebía como un derecho común internacional de los Estados o como un derecho exterior de estos.

Christian Wolff no es de ninguna manera el primer autor que defendió la primacía del Derecho internacional público. Él fue más bien la última luz clara y resplandeciente de un sol antes de su puesta pasajera.

Este artículo se propone la tarea de dar seguimiento a la sospechosa galería de Wolff, así como a la posterior conformación de esta teoría desde la Filosofía del derecho cristiana, para ofrecerlo como un pequeño regalo a Hans Kelsen en la celebración de su 90 aniversario.

Para este propósito necesitamos comenzar de muy lejos, puesto que las raíces de aquella Teoría del derecho natural de la que proviene la primacía del Derecho internacional

¹ Traducción del alemán al español por Victor Manuel Rojas Amandi del artículo que con el título “*Der Beitrag der christlichen Naturrechtslehre zum Primat des Völkerrechts*” apareció en la obra conmemorativa del 90 aniversario de Hans Kelsen. MERKL, ADOLF, ALFRED VERDROSS, RENÉ MARCIC y ROBERT WATER (coords.), *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1971, pp. 276-283.

² P. 249 y ss.

público se remontan hasta Aristóteles; de quien proviene la famosa frase —a menudo citada, pero rara vez de manera completa—: el hombre según su naturaleza (*phusei*) es un ente político.³ Él entiende que al hombre, de acuerdo con su esencia, se le exija que pueda desarrollar sus proyectos en una comunidad completa que comprenda todas las relaciones de vida. Debido a que en aquel entonces una comunidad de este tipo era la *polis* griega, Aristóteles caracterizó al ser humano a partir de su esencia política. Asimismo, hizo énfasis en que la *polis* no era ningún fin en sí misma, sino que remitía al ser humano en razón de que la tarea de la *polis* es ayudar a sus miembros a *eu zen*, esto es, a un bien, a una vida totalmente humana que no carezca de los medios exteriores para poder llevar a cabo tales conductas.⁴ Aristóteles no ignoró que el ser humano es, en primer lugar, una esencia familiar, por lo que la familia y la comunidad del pueblo preceden temporalmente a la *polis*.⁵ Debido a que aquéllas sólo sirven a los objetivos propios de la humanidad, el hombre sólo tiende a la *polis* para poder madurar en ella su íntegra humanidad.

Aristóteles escribió en un tiempo en el que era el mayordomo de Alejandro Magno y la cultura griega había sido puesta en contacto con la cultura asiática, con eso se había hecho estallar la estrechez de la *polis*. Se requería sólo de un paso para superar la *polis* y dar inicio a la comunidad humana.⁶ Esta extralimitación constituye sólo un desarrollo posterior de las ideas aristotélicas, puesto que la *polis* había terminado por ser, poco después de la muerte del gran filósofo, la comunidad humana universal. Cuando la *stoa* evolucionó sobre sí misma para llegar a ser una cosmópolis se encontró con el mensaje cristiano, el que a su vez superó la estrechez de la comunidad judía para ampliarse a la *civitas humana*.

Este desarrollo no cambia nada la esencia del ser humano. Él permaneció al igual que antes como una esencia social e independiente, a cuyo bien se tiene que dirigir cualquier orden social.⁷

La afirmación de algunos representantes del existencialismo acerca de que el ser humano no tiene una esencia duradera, puesto que él mismo diseña su respectiva imagen en el transcurso de la historia,⁸ es insostenible. Lo que cambia son las relaciones económicas, sociales y culturales que se hacen necesarias para que el hombre no permanezca fijo en una determinada conducta —como los animales—, sino que pueda modificar su medio ambiente según sus propios planes. Esta autodeterminación del ser humano sólo es posible en el marco de su estructura fundamental que le está dada previamente y la que mantiene a través de las diferentes situaciones históricas. Sin una naturaleza humana continua no podría existir historia humana alguna.

³ *Politik*, I, 1253 a.

⁴ *Ibidem*, I 1252 b y VII, 1324 a.

⁵ *Ibidem*, I 1252 a y b.

⁶ VERDROSS, ALFRED. *Abendländische Rechtsphilosophie*, Segunda Edición (1963), p. 64.

⁷ *Mater et magistra*, Herder-Ausgabe, No. 218.

⁸ PAUL SARTE, *L'etre et le néant* (1943) y *L'existentialisme est un humanisme* (1946); W. MAIHOFER, *Naturrecht als Existenzrecht* (1963); VERDROSS, *Statisches und dynamisches Naturrecht* (1971).

La *civitas humana* no es ni una simple suma de ciudadanos del mundo, tal y como lo pensó la *stoa* griega, ni un imperio mundial, tal y como lo aceptó la *stoa* romana, sino una comunidad integrada por pueblos y estados. Por primera vez, san Agustín ha llamado la atención sobre esta idea en el cuarto libro de sus obras principales al referirse a la caída del Imperio Romano.⁹

Una expresión de esta idea fue retomada mucho tiempo después por Carlo Magno, quien pensaba en un Imperio mundial, idea que desde hace tiempo los espíritus habían mandado al destierro, si bien es cierto que en la praxis jamás se pudo realizar. El último intento por llevarlo a cabo fue de Carlos V, quien incorporó en su imperio no sólo a los europeos, sino también a los pueblos del nuevo mundo descubierto.

Aún bajo su gobierno, la escuela de la Teología Moral de Salamanca había rechazado la idea de un imperio mundial, bajo el fundamento de que todo poder mundial descansaba en el consenso de los dominados.¹⁰ Aunque toda la autoridad proviene de Dios, la elección de la concreta forma de gobierno se deja a cada comunidad del mundo, al contrario de lo que sucede en el caso de la Iglesia, cuya constitución fue establecida por Cristo.

En tanto que los pueblos jamás se ponen de acuerdo en someterse a un señor del mundo,¹¹ la *civitas humana* no es una monarquía mundial, sino una república del mundo compuesta de diferentes estados, cuyos miembros tienen los mismos derechos y se encuentran vinculados por el Derecho internacional público. Esta idea se encuentra fundamentada en el Derecho natural, puesto que no sólo los hombres, sino también los pueblos organizados como estados tienen una naturaleza social.¹² Esto nos muestra claramente que esta doctrina se fundamenta en la Teoría del Derecho natural de Aristóteles, aunque ésta, sin embargo, la desarrolla sobre el fundamento de que la naturaleza social de los estados se deriva de la naturaleza social de los seres humanos que la forman.

Estas ideas fueron hechas valer por primera vez por Vitoria¹³ y a principios del siglo XVII fueron resumidas por Francisco Suárez, último representante de esta escuela en la siguiente formulación clásica que se encuentra escrita en una placa de bronce y ha sido colocada en el recinto del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas:

Humanum genus quantumvis in varios populus et regna divisum semper habet aliquam unitatem non solum specificam sed etiam politicam et moralem... Quapropter licet unaquaque civitas perfecta... sit in se comunitas perfecta... nihilominus quaelibet illarum est etiam membrum... huius universo prout genushumanum spectat¹⁴

⁹ *De civitate Dei*, IV.

¹⁰ FRANCISCO DE VITORIA, *De potestate civil*, 5; sowie *Relectio de Indis II*, 1.

¹¹ *Relectio de Indis II*, 1 y ss.

¹² *Ibidem*, III, 1 y ss.

¹³ En su cátedra *De Indis*.

¹⁴ *De legibus ac Deo legislatore*, II, c. 19, Nr. 9.

La raza humana ha estado siempre, sin embargo dividida en diversos pueblos y reinos, pero tienen, también, una unidad no sólo específica sino también de la vida política y moral... por lo tanto, aunque cada comunidad es perfecta... constituyen una comunidad perfecta... sin embargo, cada una de ellas es también miembro... toda la raza humana como parece.

A partir de esta concepción universalista del Derecho internacional público que se deriva de la comunidad de Estados, se puede deducir la importante consecuencia de que a los Estados particulares no sólo les está permitido cuidar sus intereses, sino que siempre deben tener presente el bienestar de toda la humanidad. Francisco Vitoria la denomina como el *bonum commune omnium* —el bien común de todos—¹⁵ y Suárez como *bonum generis humani*¹⁶ —el bien de la raza humana— al que se debe extender todo el Derecho internacional público.

Esta concepción universalista fue también defendida por Hugo Grocio en su obra fundamental *De jure belli ac pacis*, en la que señala que los dirigentes de los Estados “junto al cuidado de sus Estados les corresponde el cuidado del género humano”.¹⁷

Esta teoría del Derecho internacional público, dirigida hacia el bienestar de la humanidad, lucha naturalmente en contra de la mediatización total de los hombres por los Estados. Eso sería —como dice Vitoria— una falta en contra de la común naturaleza humana.¹⁸ El escritor Fernando Vázquez de Menchaca, quien provenía de la escuela de Salamanca, dio todavía un paso más cuando sostuvo que cada ser humano posee derechos naturales que no le pueden ser retirados por Estado alguno: *jura naturalia quasi immutabilia* —leyes naturales inmutables—. Por esta razón rechazó de forma terminante la esclavitud como una violación de los derechos naturales.¹⁹ Aquí se establece por primera vez la protección internacional de los derechos humanos.

Finalmente, esta concepción nos lleva a exigir la sustitución de las anarquías, que existen entre los Estados, por una organización internacional, para así dirimir los conflictos entre ellos por medios pacíficos. En esta dirección leemos en Suárez: “Uno no puede aceptar que el creador de la naturaleza haya querido dejar atrás de sí las relaciones humanas en tal miseria en que los conflictos internacionales sólo puedan ser resueltos mediante la guerra, porque eso atentaría en contra de la inteligencia y en contra del bienestar general de la humanidad”.²⁰ Y en otro lado enfatiza: “que los Estados conforme al Derecho natural son libres para renunciar a la guerra y para someterse a un tribunal arbitral con poder coactivo”.²¹

¹⁵ *De indis*, III, 4.

¹⁶ *De bello*, sect. VI, No. 5.

¹⁷ *De jure belli ac pacis*, II, cap. XX, 44.

¹⁸ *De Indis, titulus legitimus*, I, 9; II, 4.

¹⁹ REIBSTEIN, *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts* (1949), p. 136 y ss. MARCIC, *Sklaverei als “Beweis” gegen Nturrecht...*, en: *österr. Zeitschrift f. Öffentliches Recht*, XIV (1964), p. 181 y ss.

²⁰ *De bello*, sect. VI, 5.

²¹ *De legibus ac Deo legislatore*, II, c. 19, No. 8.

Después, él utilizará la misma afirmación para objetar el argumento de que un Estado puede tener buenas razones para rechazar a un tribunal arbitral y para proceder a la guerra.²² Esto, sin embargo, se encuentra permitido sólo en contra de un Estado que ha incurrido en una grave injusticia.²³ Suárez reconoce así la teoría del *bellum justum* —guerra justa— la cual se remonta hasta Cicerón y fue bien recibida por san Agustín y por santo Tomás de Aquino. Esta teoría sostiene que la guerra está permitida entre Estados soberanos a falta de una autoridad situada sobre ellos y resulta exitosa para combatir una injusticia del contrario. Vitoria resume esta teoría en la frase: *una et sola causa justa belli inferendi est injuria accepta* —sólo hay una causa aceptable de la guerra justa y es infligir un daño—.²⁴

La concepción universal del Derecho no se pudo realizar en la praxis estatal, no obstante la gran autoridad de Grocio. Sin embargo esta fue defendida aún a mediados del siglo XVIII por Christian Wolff, quién denominó a la comunidad de Estados como *civitas maxima* —la ciudad más grande— en la que estos tienen la obligación de consumarse con la unión de sus poderes. Esta teoría pronto entró en conflicto con aquella otra que se origina no del interés de la comunidad de Estados, sino de los intereses particulares de los Estados aislados, y para su efecto sólo reconoce un Derecho internacional público positivo creado mediante los consensos interestatales. Hegel denominó a este último como el Derecho exterior del Estado, puesto que los Estados concluyen tratados entre sí y quedan obligados por sus estipulaciones, de esta forma sus conflictos, a falta de un acuerdo de voluntades, sólo pueden ser decididos mediante la guerra, la cual se erige como tribunal mundial.

Para finales del siglo XIX se llevaron a cabo nuevas iniciativas para superar la guerra. Sin embargo, los estados en un arbitraje obligatorio no se pudieron poner de acuerdo, ni en la primera ni en la segunda Conferencia de Paz, a la que el Papa León XIII se había adherido aun antes de la primera Conferencia de Paz de la Haya. La propuesta alternativa que este hiciera para crear, por lo menos, una instancia de mediación fue establecida después de la Primera Guerra Mundial como un Consejo de la Liga de las Naciones. Sin embargo, hasta hoy no cuaja la creación de una instancia arbitral obligatoria. El Papa Benedicto XV en sus propuestas de paz del primero de agosto de 1917, las cuales fueran dirigidas a los líderes de la guerra, sugirió una vez más que también el Tribunal Internacional fundado después de la Guerra Mundial sólo fuera competente para la decisión de aquellos casos a los que hubieran sido sometidas las partes en conflicto.

El desarrollo posterior de la Teoría del Derecho internacional público cristiano se la debemos al Papa Pío XII. En su mensaje de Navidad de 1944 se encuentra la aclaración en donde debido a los modernos medios de destrucción, la guerra se tendría que dejar atrás como medio para solucionar los conflictos interestatales. Por el contrario, la guerra de defensa en contra de un ataque armado se declaró permitida. Con esto, la antigua teoría del *bellum justum* no fue simplemente abolida, sino que sólo fue declarada no

²² *De bello*, sect. VI, 5.

²³ *De bello*, sect. IV, No. 1.

²⁴ *De jure belli*, 13.

aplicable a la guerra de agresión para la ejecución de derechos, porque la guerra moderna no puede conducir ni a la forma correcta, ni a un plan justificado.

A partir de las mismas reflexiones se establecieron también ciertos límites a la guerra defensiva, puesto que con ella se rechazan aquellos medios que les retiran por completo los controles al ser humano y de esa forma destruyen toda la vida humana dentro del ámbito de acción. A esta declaración se une la constitución pastoral: “La iglesia en el mundo de hoy”, *gaudium et spes* —alegría y esperanza—, puesto que ella también hace énfasis en que cada conducta de guerra que se lleva a cabo para la destrucción de ciudades enteras y sus poblaciones es —en todo caso— un delito contra Dios y contra los hombres, y esto se rechaza con firmeza.

En vista de que sólo puede evitarse la guerra cuando se han creado suficientes medios para asegurar la paz, Pío XII saludó, en el mencionado mensaje de Navidad, la creación de un órgano con amplios poderes para sofocar el germen de cualquier agresión.

En el mensaje de Navidad de 1951 fue explicada esta idea con más detalle, puesto que ahí se expresó la necesidad de una organización de la comunidad de Estados permanente. Pío XII agregó que la indisoluble unión de Estados es un hecho que se les impone y al que ellos se someten como al voto de la naturaleza, aunque en ocasiones de manera titubeante.

El Papa Juan XXIII desarrolla este pensamiento de manera circular en su *pacem in terris* —paz en la tierra— cuando precisa que hoy el bienestar general de los pueblos plantea preguntas que atañen a todas las naciones y que sólo pueden ser resueltas por una amplia organización. De esto se sigue que, “a partir del orden ético forzosamente tiene que ser establecido un poder universal”. Asimismo, el Papa Paulo VI señaló en su discurso ante las Naciones Unidas, así como en su circular *populorum progressio* —desarrollo de los pueblos— la necesidad de una autoridad mundial reconocida públicamente: *quadam publica auctoritas universalis* —autoridad pública universal—. También en el *gaudium et spes* —alegría y esperanza— se sostiene una autoridad indispensable para el mantenimiento de la paz mundial así como para la promoción de las tareas e intereses generales de la humanidad.

La organización internacional no es sólo necesaria para el mantenimiento de la paz, sino para la realización de todos los objetivos ineludibles que sirvan al bien general de la humanidad.

De esta forma, vuelve a cobrar relevancia la exigencia, hecha vale por primera vez por los escritores de la Escuela de Salamanca, de la protección *des bonum commune humanitatis* —bien común de la humanidad—, la que desde mucho tiempo atrás había desaparecido de la consciencia general. Pío XII habla de una unión de pueblos en una gran comunidad que corresponde a una ley del desarrollo que vive en la historia y que corresponde al plan de Dios, el cual nosotros tenemos que promover y activar. Por eso, —como él lo señala— no puede existir el bienestar de los Estados particulares ni este puede ser pensado sin una relación interna con la unidad de los sexos del ser humano.

La obligación de reflexionar sobre el *des bonum commune humanitatis* —bien común de la humanidad—, fue transferida por Juan XXIII a la economía mundial. En su misiva

mater et magistra —madre y maestra— hace énfasis en el hecho de que el desarrollo económico y técnico exige considerar el bien de todos los pueblos como un trabajo común de los Estados, al cual él nombra el bien común de la humanidad general o el bien de la comunidad de pueblos. De este principio también resulta la obligación de los pueblos más desarrollados para ayudar a los pueblos en vías de desarrollo y con esto facilitarles alcanzar y disfrutar de los derechos humanos esenciales. Pues sólo así ellos pueden colocarse en la disposición de alcanzar su desarrollo económico y social de una manera independiente. Cada pueblo es responsable, en primer lugar, de su propio desarrollo, sin embargo, ningún pueblo puede alcanzar sus objetivos en el aislamiento, tal y como lo puso nuevamente de relieve Paulo VI en su misiva *populorum progressio* —el desarrollo de los pueblos—.

Este desarrollo del pensamiento fue retomado por el *gaudium et spes* —alegría y esperanza— en donde se le inculca al ser humano sentir un profundo respeto por toda la humanidad, la cual se irá moviendo laboriosamente hacia una gran unidad. Para promover la realización de esta tarea, la Iglesia tiene que estar presente en la comunidad de pueblos —tal y como el *gaudium et spes* lo manda—. En la medida en que la verdad del Evangelio se anuncia e ilumina todos los campos de la conducta humana mediante su teoría y el testimonio de Cristo, también respeta y promueve la libertad política de sus ciudadanos y su responsabilidad.

La idea de la organización internacional al servicio del bien general de la humanidad se vincula con otra idea entrañable: la dignidad del hombre. Esta en verdad constituye la idea guía de todo el constructo social, aunque si bien es cierto fue conformada más tarde. Ya el Génesis hizo alusión a la dignidad, puesto que menciona al hombre a imagen y semejanza de Dios. Apoyado en esta idea Gregor von Nyssa habla de “la dignidad real del hombre” y de la más antigua oración de Navidad *dignitas humanae substantiae* —la dignidad de la sustancia humana—.

En el ámbito internacional esta idea fue expresada en la Carta de las Naciones Unidas y en la más desarrollada Declaración de los Derechos del Hombre del 10 de diciembre de 1948; así también en los pactos aceptados por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Estos documentos indicaron expresamente que todos los derechos humanos se derivan de la dignidad innata de la persona humana. Si bien es cierto que este consentimiento de todos los Estados sólo es una simple confesión de labios, puesto que ella misma contradice su praxis, el reconocimiento fundamental no debe ser subestimado en razón de que por lo menos ha sido creada una base jurídica común a la que se puede recurrir.

En este sentido el *gaudium et spes* —alegría y esperanza— sería hoy “casi unánimemente la concepción de los creyentes y no creyentes de que todo en el mundo se encuentra ordenado tomando como base al hombre como su punto medio y más elevado”.

A partir de estas explicaciones se infiere que a lo largo de la historia, a partir de la Teoría del derecho natural, de la doble naturaleza del ser humano como ser social, y a la vez como ser independiente, se ha desarrollado un constructo poderoso. En primer lugar, se derivó de la naturaleza social del hombre la naturaleza social del Estado. Este

requiere también —como entre los hombres— de un orden jurídico obligatorio. Si los Estados son sólo miembros de una comunidad jurídica completa, entonces no pueden seguir sus propios intereses y no deben perder de vista el bien común. Para la ejecución de esta tarea resulta necesario organizar una comunidad estatal.

El fin principal de esta organización es el mantenimiento y garantía de la paz. Para poder alcanzar este objetivo también tienen que ser promovidos por el trabajo común los intereses económicos y culturales de todos los seres humanos, puesto que no alcanza la simple prohibición de la violencia para producir un estado de paz duradero. Esto sólo puede ser esperado cuando se satisfagan las necesidades esenciales del ser humano y se posibilite la realización de una vida digna. Finalmente, la comunidad de Estados está al servicio de la humanidad para garantizar su dignidad. Si se piensa en la primacía del Derecho internacional público, este deja de ser un simple derecho interestatal y, en cambio crece para llegar a ser un Derecho de la humanidad.



JURÍDICA IBERO NACIONAL



ESTADO, CRIMINALIDAD Y PAZ



Juan Federico Arriola¹

“El derecho penal por sí mismo no puede resolver los problemas sociales, económicos y políticos.”

ANTONIO BERISTAIN
(Fundador del Instituto Vasco de Criminología)

“Para conseguir la paz es necesario primero obtener la justicia”

PAPA PAULO VI

“...nos queman el futuro[...] si esta vez no aprendemos será que merecemos la derrota.”

MARIO BENEDETTI (*La casa y el ladrillo*)

El Estado como institución tiene importantes obligaciones jurídicas, políticas y éticas: educación, desarrollo económico sostenido con reparto de riqueza equitativo, gobernabilidad democrática, cumplimiento de los derechos humanos con garantías constitucionales efectivas, generación de empleos, consolidación como Estado de Derecho, respeto irrestricto de la voluntad popular —o dicho de otra manera, el sufragio efectivo—, y finalmente estabilidad con paz y justicia social.

Los Estados contemporáneos han fallado frente a sus gobernados en varios de los aspectos aludidos. Sin duda, todos los países tienen criminalidad. La diferencia entre ellos es el modo de enfrentarla. Si no hay eficacia en el combate a la criminalidad surge la impunidad y esta es violatoria de los derechos humanos al negar en la práctica el acceso a la justicia a las víctimas, con lo cual cobra realidad la revictimización.

En los últimos años, podemos constatar que varios Estados le han fallado particularmente a las víctimas: no se les ha escuchado ni protegido, más aún, algunas autoridades

¹ Conferencia pronunciada en el Congreso Mundial “Violencia, guerra y postconflicto”, celebrado del 12 al 14 de noviembre de 2015, Bogotá, Colombia.

de diferentes regiones del mundo están vinculadas con narcotraficantes, terroristas y secuestradores. En vez de ser acusados, procesados y sentenciados, han gozado de indebida libertad. En México hay víctimas de desaparición forzada que no son reconocidas como tales, lo cual constituye un doble agravio: desaparecidos físicamente y desaparecidos de los registros oficiales. El caso del campesino Rosendo Radilla, desaparecido en 1974, es un caso trágico. El gobierno de Felipe Calderón entregó a la familia un cheque a nombre de Rosendo Radilla, o sea, del desaparecido que por obvias razones no podía cobrar ni endosar el documento mercantil.

En mi país, México, he conocido —y por eso reconozco— a algunos policías, ministerios públicos, jueces, legisladores y gobernantes respetables, pero también es cierto que ha habido otros sin reputación ética, profesional, intelectual, académica ni política, que han mancillado el honor de una sociedad compuesta por más de 120 millones de personas. Individuos mediocres que se han enriquecido ilícitamente a través de actos de corrupción. Hombres y mujeres cínicos que se esconden en discursos falaces y estadísticas manipuladas.

La corrupción es un factor criminógeno evidente, costoso e indiscutible que amenaza el futuro de los Estados como entes soberanos y como sociedades que pretenden ser abiertas. No es menos cierto que la violencia criminal está asociada al negocio ilícito de la compra-venta de armas convencionales y de largo alcance como misiles tierra-aire.

Hace cien años, los armeros de Estados Unidos se enriquecieron con la venta a los diferentes grupos revolucionarios y contrarrevolucionarios mexicanos. El costo humano fue muy alto, murieron un millón de personas cuando México tenía una población aproximada de 15 millones. Hoy, los armeros hacen lo mismo, pero con narcotraficantes que tienen un verdadero arsenal superior en algunos aspectos al armamento del Ejército y la Marina mexicanos.

Estados Unidos es parte del problema. El narcotráfico es un tema en el que este país también tiene corresponsabilidad. Muchos mexicanos y colombianos no estábamos de acuerdo en que el gobierno de Estados Unidos certificara a nuestros países en la lucha contra el narcotráfico. ¿Qué han hecho en Washington para disminuir el consumo de drogas? Estados Unidos es una democracia que está reprobada en materia de derechos humanos: aplica la pena de muerte, tiene un campo de concentración en Guantánamo donde los rehenes no gozan de garantías constitucionales ni como personas ni como sujetos del Derecho Internacional. El terrorismo que padeció Estados Unidos en septiembre de 2001 fue respondido por George Walker Bush con terrorismo de Estado y los periodistas estadounidenses que dudaron de la versión oficial de los acontecimientos de El Pentágono, donde supuestamente hubo un ataque terrorista jamás comprobado, fueron regañados y criminalizados por la extrema derecha. Estados Unidos ha violado sin duda los derechos de los migrantes mexicanos y centroamericanos. El hecho de que una persona entre a Estados Unidos sin pasaporte ni visa no le hace perder sus derechos humanos.

Por otra parte, la izquierda mexicana, ebria de sí misma, dividida como siempre, sigue adicta a la Revolución cubana y a sus dictadores, los hermanos Castro, no obstante que Fidel traicionó a la izquierda democrática encarnada en el Frente Democrático

Nacional que sufrió un descomunal fraude electoral por parte de Carlos Salinas de Gortari en 1988. Eso fue el principio del gran desastre que vive México. En el sexenio del gobierno ilegítimo de Salinas, el narcotráfico tuvo un auge terrible que generó víctimas de todo tipo.

El gobierno revolucionario cubano criminaliza cualquier oposición, niega la libertad de expresión, de asociación política y de circulación. El triunfo educativo es en realidad adoctrinamiento. Considero que no puede haber educación sin libertad y sin crítica. El derecho penal cubano es tan rígido que diversos autores en Derecho, Filosofía, Política y Literatura son considerados contrarrevolucionarios, peor aún, introducir un texto crítico de la Revolución cubana o de sus líderes es considerado delito como si se introdujera un kilo de cocaína. Lo que pasa en Iberoamérica nos interesa a todos, porque todos nosotros somos bolivarianos, en otras palabras, *El Libertador* no es patrimonio exclusivo del gobierno de Venezuela. El genial Miguel de Unamuno incluso llegó a escribir que Bolívar fue también el libertador de los españoles, porque sacudió las estructuras de poder del absolutismo del rey Fernando VII.

Los mexicanos hemos estado muy atentos a los graves problemas que ha padecido Colombia en los últimos treinta años. No sólo eso, también observamos los diálogos y propuestas de solución que han pretendido. Hemos aprendido mucho de los colombianos, de sus desafíos y realidad. Nos une la lengua de Cervantes, que es también la de Octavio Paz y la de Gabriel García Márquez, pero nos unen igualmente los problemas derivados de la criminalidad. Si Colombia sufrió la pérdida de los candidatos presidenciales Galán en 1989 y Jaramillo en 1990, México se convulsionó con el asesinato de Luis Donaldo Colosio, candidato presidencial del Partido Revolucionario Institucional en marzo de 1994 y meses después, con el homicidio en contra de Francisco Ruiz Massieu, secretario general del mismo partido.

Desde mi punto de vista, el Estado mexicano hace tiempo que ha enfrentado la criminalidad de la peor manera: con reformas inadecuadas a la Constitución Política y con leyes penales arbitrarias, contradictorias y violatorias de derechos humanos. Se han multiplicado los cuerpos policíacos —algunos mal entrenados y equipados—, han aumentado las penas, se han creado nuevos tipos penales y construido cárceles de “máxima seguridad” que han resultado ser auténticos fracasos: no hay reinserción social, y se cometen delitos dentro de ellas y peor aún, se ha fugado dos veces, la primera en enero de 2001 y la segunda en julio pasado, uno de los narcotraficantes más perniciosos, Joaquín Guzmán Loera.

El marqués de Beccaria, desde mediados del siglo XVIII, en su obra *De los delitos y de las penas*, concretamente en el capítulo 41, había escrito sobre la importancia de que el Estado previniese los delitos. Es mejor prevenir que castigar. Desde la vertiente económica, la falta de prevención de los delitos ha generado gastos enormes que no se han traducido siquiera en algunos casos, como el mexicano, en la disminución sensible de los delitos más graves.

El Estado mexicano ha sufrido un incremento paulatino y sostenido de la violencia criminal y también de la que han generado los gobiernos tanto en el ámbito federal como

en el ámbito local: los asesinatos contra el cardenal Posadas en mayo de 1993, contra el candidato presidencial Luis Donaldo Colosio y el secretario general del Partido Revolucionario Institucional, Francisco Ruiz Massieu, más decenas de periodistas, un gobernador electo, un ex gobernador, jueces y magistrados, un vicealmirante, empresarios, estudiantes y cientos de mujeres en diversas regiones de México.

El actual secretario de Gobernación mexicano, Miguel Osorio, se incomoda con las críticas vertidas por académicos, intelectuales, periodistas y políticos de oposición. Él lo resume en un término: no se vale hablar mal de México. Hay algo mucho peor, callar ante la situación crítica que vive el país y tratar de dar la espalda a la realidad. Criticar a las autoridades ineficientes no es hablar mal de México, es un deber ciudadano; también lo es señalar los errores de los poderosos y los crímenes de los delincuentes y, por supuesto, proponer soluciones y alternativas diversas.

México formalmente no tiene una guerra interna, no hay guerrillas que puedan ser consideradas fuerzas beligerantes, pero no es menos cierto que no hay propiamente paz cuando hay en el ambiente mucha tensión y violencia entre bandas de narcotraficantes, entre delincuentes y autoridades y entre diversos grupos que tratan de controlar negocios ilícitos, en particular la extorsión a comerciantes y el cáncer del secuestro donde todos somos víctimas potenciales.

La convivencia ilegal entre algunas autoridades, narcotraficantes y secuestradores explica no sólo que la corrupción sea en parte la causa eficiente del problema de la criminalidad, también incide en la falta de voluntad política de aplicar la ley penal a los infractores.

El Estado de Derecho no puede consolidarse mientras haya autoridades protegidas ilegalmente por otras, que las convierte en cómplices de delitos, y haya también delincuentes libres, ya porque no ha habido ejercicio de la acción penal contra ellos de manera infundada, ya porque son prófugos de la justicia y no han sido nuevamente detenidos, ya por imprecisiones de la ley que ha permitido que a través de tecnicismos legales los responsables de delitos se escurran por las grietas del sistema jurídico mexicano.

La segunda fuga del narcotraficante Joaquín Guzmán Loera de una cárcel supuestamente de máxima seguridad en julio pasado puso contra la pared al gobierno de Enrique Peña Nieto. Fue evidente que hubo corrupción y descuido. Los discursos de los responsables de la gobernabilidad y seguridad pública dieron excusas, pero el fracaso es indiscutible. Joaquín Guzmán Loera es a la fecha —noviembre de 2016— todavía un prófugo y la justicia penal parece una utopía.

En el ámbito internacional, es sabido que la paz es mucho más que la negación de la guerra. La paz es un proceso largo en el que se requiere del respeto de todas las personas hacia sus conciudadanos y extranjeros; y además es importante que la criminalidad sea estudiada, prevenida y atacada a través de leyes, políticas públicas, autoridades capacitadas y presupuesto acorde a las necesidades públicas. La paz es un anhelo que tiene todo ser humano. Si es una obligación jurídica de todos los Estados garantizar la paz hacia dentro de sus fronteras, también en el ámbito internacional es un deber de Estado intentar que haya paz en el concierto de las naciones.

Todo lo anterior puede ser inútil si no hay generación de empleos, calidad educativa y desarrollo, prosperidad económica y un combate coordinado de todos los países en el control y venta de todo tipo de armamento, trata de personas y tráfico de órganos humanos.

Los Estados reactivos como el mexicano suelen fracasar en los ámbitos penal, penitenciario y criminológico; en cambio, los Estados volcados en la prevención tienen mejores resultados, aunque no es menos cierto que no todos los delitos y crímenes pueden ser prevenibles, por ejemplo, los pasionales.

En cuanto a México, estipulo que ha habido un triple fracaso criminológico y que la victimología, nacida en 1937 por Benjamin Mendelsohn, es esperanza de los derechos humanos. Lo que describiré ahora es aplicable al Estado mexicano pero también puede involucrar a otros países.

Primer fracaso: no hay prevención contra la criminalidad

El primer fracaso criminológico del Estado mexicano desde hace mucho tiempo es la no prevención contra la criminalidad. Esta lamentable realidad es multifactorial. Por una parte ha faltado en el Estado en su conjunto una cultura de la legalidad, por otra, ha faltado una debida coordinación de todos los niveles de gobierno y tampoco ha habido un trabajo en conjunto de las distintas áreas federales que deberían actuar más allá de comisiones intersecretariales propias de intereses presupuestales y económicos. La carencia de políticas públicas de prevención de conductas antisociales y de políticas de protección a las víctimas confirma el primer fracaso ya histórico del Estado mexicano.

Para Pedro José Peñaloza, esta realidad también se debe a la ausencia de iniciativas legislativas en el Congreso de la Unión en materia preventiva. Este autor, que es probablemente la persona que más ha enfocado sus esfuerzos profesionales y académicos al tema de la prevención, nos dice que hubo un intento de hacer de la prevención una política de Estado, pero los frutos no fueron los esperados:

En el caso de México, en el año de 1984, el Dr. Sergio García Ramírez —entonces Procurador General de la República en el gobierno de Miguel de la Madrid— introduce en el ámbito de la Procuración de Justicia Federal, la Coordinación de Participación Social, para promover actividades tendientes a modificar los factores sociales que propician la delincuencia y como un mecanismo de participación ciudadana, antecedente de la actual Dirección General de Prevención del Delito en la Procuraduría General de la República.² Digamos que más allá del nivel de gobierno en el que se insertó por vez primera en México a la instancia encargada de la prevención del delito, lo destacable

² El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de junio de 2003, establece las funciones de la Dirección General de Prevención del Delito y Servicios de la Comunidad en su artículo 43.

del hecho es la voluntad política que se tuvo para que la dependencia gubernamental encargada del combate a la criminalidad haya asumido el planteamiento del Sexto Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de las Naciones Unidas y se iniciara el camino para vincular el fenómeno criminal con la problemática social, ése es su acierto. Derivado del Segundo Congreso Nacional de Criminología celebrado en 1985, cuya temática central fue precisamente la prevención del delito, Jorge López Vergara propone la creación de un Consejo Nacional para la Prevención de la Criminalidad. Sin embargo, no obstante haber dado un paso cualitativo en materia criminal, su propuesta orgánica no lo es, ya que plantea que el Consejo quede a cargo de un director general, cuando el espíritu de las Naciones Unidas fue llevarlo al más alto nivel de gobierno, tal y como ha sido concebida en otras latitudes. La prevención dejó de ser un tema de importancia para las políticas públicas y durante años persistió un vacío sobre el particular.³

Ese vacío abarca en principio todo el sexenio del gobierno ilegítimo de Carlos Salinas de Gortari, pero se ha extendido a sus sucesores Ernesto Zedillo Ponce de León, Vicente Fox, Felipe Calderón y Enrique Peña Nieto, quien juega con las cifras oficiales que son contrastadas por la realidad.

El problema de la criminalidad ya organizada o no organizada y el de la inseguridad pública no puede reducirse a un tema policiaco. Si hay corrupción en los cuerpos policiacos incrementar el número de agentes, en vez de aminorar el problema, lo agrava. Desde luego, hay que contar con elementos policiacos bien entrenados y pagados. Tan no hay confianza en los cuerpos policiacos, municipales, estatales y federales, que el gobierno de Felipe Calderón confió la tarea de vigilar carreteras y muchas ciudades —es decir, patrullar— a elementos del Ejército y la Marina, violando así el artículo 129 constitucional que dispone que las fuerzas armadas sólo se concentrarán en las tareas de su competencia.

Al no existir una suspensión formal de garantías individuales, en realidad lo que se vive en México desde el año 2004 es una suspensión de garantías y derechos *de facto* en parte del país como resultado de la descomposición social donde delincuentes se han apoderado de lugares públicos para extorsionar, secuestrar o matar, y la respuesta oficial es reactiva: las fuerzas armadas desplazan a los policías para hacer su labor cuando estos no impiden el ejercicio militar, ya que hay casos documentados donde se comprueba la cooperación de policías con delincuentes y esa convivencia implica no sólo bloquear calles a los militares para que los delincuentes puedan huir, sino también el flujo de información oficial confidencial que permite a los criminales escapar de la justicia. El llamado tejido social está roto, esto es reconocido por las propias autoridades que no pueden negar la exclusión social, educativa y laboral que padecen cientos de miles de jóvenes sin oportunidades para vivir dignamente.

³ PEDRO JOSÉ PEÑALOZA, *¿Castigo sin prevención? La crisis del modelo de seguridad pública en México*, Porrúa, México, 2007, pp. 351 y 352.

Está claro también que la prevención no es labor sólo de las autoridades. La prevención comienza en casa. En realidad todos los agentes de la educación están obligados éticamente a prevenir la delincuencia: padres de familia, profesores y escuelas, empresas, sindicatos, partidos políticos, gobiernos, órganos legislativos, jueces, medios de comunicación y asociaciones religiosas.

El discurso oficial de prevención planteado por el ex presidente de la república, Felipe Calderón, en su segundo informe de gobierno en 2008, está distante de la realidad. Calderón decía:

El gobierno federal se ha propuesto restablecer el sentido original de la función de seguridad pública del Estado, cuya premisa es proteger y servir a la sociedad bajo los principios constitucionales de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos. En este sentido, la implementación de la estrategia nacional de prevención del delito y combatir la delincuencia ha permitido dirigir las acciones gubernamentales a cambiar viejos esquemas como el modelo policial reactivo y punitivo al de aproximación integral con la sociedad.

A más de siete años de aquel discurso, la realidad contradice las palabras de Felipe Calderón, que terminó su gobierno con más pena que gloria. El optimismo con el que empezó el gobierno de Enrique Peña Nieto se ha esfumado. Pidió un año a la población para dar resultados concretos, ya pasaron casi cuatro desde la asunción al poder y la realidad que no miente demuestra que la violencia criminal no cesa.

Los gobiernos federales mexicanos han sido desde siempre reactivos. Así aconteció con el dictador Porfirio Díaz, con los revolucionarios empeñados en resolver los problemas por medio de la pólvora y con los gobiernos emanados de la Revolución mexicana y también con los dos gobiernos de extracción panista, es decir, del Partido Acción Nacional y con la vuelta del PRI. Peor aún, varios elementos policiacos y militares han sido señalados por violación a los derechos humanos desde 1968 y ha habido muy pocos castigos penales a los responsables de diversas masacres.

En términos generales, no hay prevención, lo que hay es reacción, en ocasiones tardía frente a la criminalidad que se ha expandido favorecida por la impunidad y por la corrupción. ¿Es posible resolver estos dos problemas con violencia de Estado? No, definitivamente no.

Segundo fracaso: no hay reinserción social, sino fugas masivas de las cárceles

La falta de incentivos profesionales y de mayor número de criminólogos en centros penitenciarios en México, así como de personal calificado, más la corrupción carcelaria y la violación constitucional de reunir a procesados con condenados no ayuda al esquema de prevención y mucho menos al de reinserción social.

No obstante que México cuenta con la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados que han sido condenados a un determinado número de años de cárcel, donde se determinan los aspectos de una readaptación social, los resultados no son alentadores. Según esta ley, la Secretaría de Gobernación es la responsable de aplicar las normas de organización del sistema penitenciario. El fracaso reiterado no se ha traducido en la remoción del titular de la Secretaría responsable.

Los condenados que han cumplido con su sentencia deben ser liberados sin ningún pretexto. No hay, en realidad, ningún mecanismo verificador de si se ha logrado o no la preparación psicológica para la reinserción de la persona a la sociedad. El Estado no acompaña a las personas que han cumplido sus sentencias, los deja al garete, completamente solos.

Lo que hay es más punitividad, por ejemplo, la reincidencia es castigada por la Ley Federal contra la delincuencia organizada con tal dureza que no importa el delito que se haya cometido en la reincidencia: no hay caución y el reingreso es seguro.

Por otra parte, tanto en los centros penitenciarios federales como locales ha habido fuga de reos; en algunos casos, fugas masivas como han acontecido en los últimos años en los penales ubicados en los estados de Zacatecas, Tamaulipas, Nuevo León, Estado de México, Oaxaca y Michoacán. Peor aún, se constató que en la cárcel de Torreón la directora dejaba salir a algunos internos en la noche para que cometieran ilícitos y después pudiesen volver a sus celdas. ¡Qué mejor coartada!

El Estado mexicano debe tomar en serio el tema de la reinserción social de los delincuentes. No hacerlo atenta incluso contra su supervivencia política, contra el sistema democrático y también contra el Derecho. La delincuencia organizada no es anárquica ni anarquista, es un fenómeno de fuerza antijurídica que conlleva el riesgo de liquidar los principios fundantes de todo Estado moderno.

Si el Estado mexicano en su conjunto no se da a la tarea de establecer un programa de reinserción social efectivo dentro de las prisiones, la criminalidad se incrementará para nuestro infortunio. Peor aún, si el Estado mexicano hiciese un esfuerzo criminológico por lograr algunos resultados importantes en materia de reinserción social, pero no tuviera avances en educación y en la generación de empleos, la reinserción social no pasaría de ser un derecho constitucional formal.

La paradoja y la ironía nos persiguen: hay sin duda una sobrepoblación carcelaria —donde probablemente hay inocentes a quienes les fabricaron pruebas para inculparlos— y hay un número importante de prófugos de la justicia y otros que son intocables, como son los responsables de ilícitos contra Mexicana de Aviación, Oceanografía, Ficrea y otras compañías que afectaron a miles de personas por medio de actos fraudulentos. Los delincuentes de cuello blanco están escondidos y quizá protegidos en Estados Unidos.

Tercer fracaso: no hay seguridad ni dentro ni fuera de las cárceles en perjuicio de la sociedad

Dice el penalista René González de la Vega: “Es necesario combatir la criminalidad con criterios y acciones interdisciplinarias, que permitan visiones amplias y de largo alcance y fundamentalmente, comprometidas con el ataque frontal a las causas del delito y no sólo a sus efectos.”

El tercer fracaso es la constancia de los fracasos primero y segundo en materia criminológica. Al no existir un programa integral y coherente de prevención general contra la criminalidad y al no haber un sistema eficiente de reinserción social, lo que permea en los centros penitenciarios son el tráfico de estupefacientes y actividades delictivas, *v. gr.* la extorsión de unos reos contra otros, o bien, de reos en contra de personas que viven fuera de las cárceles.

La inseguridad pública es un tema que no pueden negar el gobierno federal y los gobiernos locales, el congreso federal y legislaturas locales, todos los partidos políticos y por supuesto la sociedad que la padece. Los medios de comunicación de diversas ideologías dan cuenta del problema, algunos lo exageran y otros lo minimizan, pero jamás lo niegan.

Ante este grave problema de la inseguridad pública que se da dentro y fuera de las cárceles —lo que propicia el temor de todos los gobernados de ser extorsionados, asaltados, secuestrados o matados—, el gobierno federal pasado y el presente durante el sexenio 2012-2018 optaron por el llamado “Derecho penal del enemigo”, que al decir de Miguel Polaino Orts, no fue inventado por Günther Jakobs, peor, ha sido su impulsor y defensor. El Derecho penal del enemigo es propio de un régimen totalitario como el nazi. Paradójicamente esta doctrina violatoria de los derechos humanos no se aplica en Alemania ni en el resto de la Unión Europea con el vigor que luce en Estados Unidos, concretamente en la base militar de Guantánamo y en el territorio mexicano, más a partir de las reformas constitucionales erráticas por las que fueron incorporadas las figuras del arraigo (artículo 16 constitucional) y la extinción de dominio (artículo 22 constitucional).

El investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales, Martín Barrón, ha escrito de manera crítica sobre el tema:

Dentro de la nueva concepción y aplicación de la ‘política criminal’ globalizada se encuentra el denominado por Günther Jakobs, Derecho penal del enemigo. Éste se caracteriza por tres elementos básicos de acuerdo a este autor: el primero, de ellos se fundamenta en la prospección y anticipación de la punibilidad, es decir, en la factibilidad de un hecho futuro a diferencia de lo que tradicionalmente se manejaba que era un suceso retrospectivo (la comisión de un delito). El segundo es la alta punibilidad, que se traduce en penas desproporcionadas, es decir, en sentencias de larga duración donde los derechos de los delincuentes se vulneran bajo el principal argumento que los

considera de ‘alta peligrosidad’ y se recluye en una prisión de máxima seguridad. El tercero es que diversas garantías procesales se relativizan o simplemente se suprimen.⁴

El discurso oficial es contra los enemigos de México y en principio se entiende que es el conjunto de individuos delincuentes que genera inseguridad. Pero el gobierno federal no quiere percatarse de que los enemigos también están dentro del sistema político, infiltrados que reciben doble ingreso: el que les paga el pueblo de México y el que les pagan los agentes de la criminalidad. La inseguridad pública la han vuelto un tema militar y el problema de origen no está en la violencia, esta es un síntoma de la corrupción política.

Insisto, la violencia no es causa, sino que es un síntoma de la podredumbre moral que nos lastima. La inseguridad pública es difícil de medir. Hay gente que durante años no ha sufrido ningún delito, a costa de llevar una mínima vida social y de tener miedo de salir a la calle. ¿De qué sirve que se hayan construido miles de kilómetros de carreteras en los últimos años si varias de ellas son inseguras para los transportistas y pasajeros? Así entonces, la infraestructura carretera que beneficia al comercio, se ve opacada por la inseguridad que genera la criminalidad, ya en su vertiente de organizada ya en la tradicional.

La inseguridad pública confirma los dos primeros fracasos del Estado mexicano: no hay prevención a la criminalidad eficaz y tampoco un sistema de reinserción social confiable. Si se delinque desde las cárceles, el problema de la inseguridad se vuelve un tema político de primer orden.

¿Cómo conseguir la paz? Con justicia; y para obtenerla es necesaria la repartición de riqueza equitativa, combatir los monopolios económicos que concentran la riqueza en algunas cuantas manos. La educación es un factor de desarrollo, por supuesto en libertad, sin credos ideológicos obligatorios. Si queremos paz en la región, Estados Unidos tiene que vigilar a fondo el comercio de armas de allá hacia el sur.

Aprendamos de Europa: España, Italia y Alemania superaron el terrorismo y luchan contra la delincuencia con mejores parámetros. La ETA mató en 43 años a 829 personas y dejó un número impresionante de víctimas directas sobrevivientes y más todavía de las indirectas. En Italia, las brigadas rojas mataron en 1978 al primer ministro Aldo Moro, pero la mafia se encargó en un mismo año de asesinar a dos destacados funcionarios sicilianos, Giovanni Falcone y Paolo Borsellino. Alemania sufrió los embates de la banda Baader-Meinhof, y si bien las víctimas mortales fueron 34, aquellos delincuentes sembraron el terror y lograron matar al fiscal general Siegfried Bubeck en 1977 en Karlsruhe, entre otros objetivos políticos.

La generación de empleos es fundamental como mecanismo de prevención contra la criminalidad. En México, desde 1994, se requiere generar por lo menos un millón de empleos. Ningún gobierno desde entonces ha logrado esta meta. Muchos jóvenes se convierten en víctimas de los carteles del narcotráfico y se transforman en victimarios sicarios. El gobierno de Enrique Peña Nieto presume que en casi cuatro años ha logrado

⁴ MARTÍN BARRÓN. “El rostro de la violencia en México” en *Narcotráfico, crisis social, derechos humanos y gobernabilidad. Una agenda para el futuro*, Pedro José Peñaloza (coord.), Porrúa, México, 2010, p. 171.

generar un millón y medio de empleos, insuficiente, porque es menos de la mitad del mínimo, aún si somos conservadores en cifras.

Necesitamos más políticas públicas de prevención antricriminal y menos leyes, más escuelas y fábricas y menos cárceles, más democracia y nada de oligarquía, más memoria histórica y cero amnesia, más escuelas y menos cantinas.

¿Queremos lograr la paz? Necesitamos más civismo y más respeto a los derechos humanos. No es menos cierto que los antiguos criminales no se reforman de la noche a la mañana, que los Estados sean educadores y por tanto están obligados a invertir por lo menos el 10% de su producto interno bruto en educación y tecnología, como lo sugiere la UNESCO.

¿Queremos justicia? ¿Cómo si no somos justos? La justicia no proviene de tribunales y fiscalías, sino de la generosidad humana que busca el equilibrio. No se trata de borrar las páginas de la historia, sino de mejorar el futuro con nuestras acciones.

Educación, trabajo, economía competitiva, democracia austera y eficiente, respeto a los derechos humanos, Estado de Derecho. Aquí está el progreso y no en discursos supuestamente revolucionarios que empobrecen a los pueblos. La demagogia es veneno para nuestras sociedades. Para que haya paz y justicia es necesario conocer la verdad, la histórica y la actual.

Las propuestas de solución más interesantes han provenido de la sociedad civil. Algunas han prosperado, otras no. No podemos claudicar.

Aquí hay una verdad irrefutable: la realidad no miente, aunque los políticos en sus discursos suelen hacerlo. Aprendemos más de la realidad, por dura que sea. Hay dos tipos de idealistas, decía el ensayista Emerson: los que idealizan la realidad y los que realizan los ideales. Estoy seguro que todos los presentes formamos parte del segundo grupo, punto de partida, sentido de nuestra existencia y afán de nuestros países, pueblos nobles que han soportado injusticias desde diversos flancos. Tengamos fe y convicción, como la que han tenido tantos hombres y mujeres que nacieron en nuestras tierras.



LA FAMILIA Y LA EDUCACIÓN COMO INSTITUCIONES SOCIALES COADYUVANTES EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS



Elena Molina Cañizo¹

I. Planteamiento del problema

Lastimosamente se ha tenido que legislar sobre la trata de personas, denominémoslos esclavos modernos². A pesar de la labor que se ha realizado a nivel global³, seguimos baltallando con esta aberrante conducta que hace que una parte de la humanidad abuse de los menos favorecidos, o podríamos decir de grupos vulnerables, como mujeres, niños, personas con diferentes preferencias sexuales, migrantes y todas aquellas que por querer mejorar su situación personal y económica son explotadas en las diversas modalidades como lo son, de acuerdo al artículo 10 de Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos, la esclavitud, la condición de siervo, la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, la explotación laboral, el trabajo o servicios forzados, la mendicidad forzosa, la utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas, la adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, el matrimonio

¹ Profesora de tiempo completo en el Departamento de Derecho en la Universidad Iberoamericana.

² Nota de la autora, se recomienda leer DUSTER DAVID, *Esclavos modernos*, Urano.S.A., España, 2006.

³ Respecto al sometimiento y comercio de personas, de “trata de blancas”, el concepto evolucionó al de “trata de personas”. Presente en el artículo 5o. del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, mejor conocido como “Protocolo de Palermo”, firmado en diciembre de 2000, ratificados por nuestro país en 2003, Exposición de motivos presentada el lunes 8 de agosto del 2011. CÁMARA DE ORIGEN: DIPUTADOS INICIATIVA DE DIVERSOS GRUPOS PARLAMENTARIOS Gaceta Parlamentaria No. 3321, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2011/ago/20110808.html#Iniciativas>, recuperado 20 de noviembre 2015.

forzoso o servil, el tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos, experimentación biomédica ilícita en seres humanos.⁴

La problemática es que tengamos víctimas de este crimen, pero lo más alarmante y triste es que existan victimarios, sujetos activos del delito, personas sin escrúpulos para explotarlas en cualquiera de sus modalidades. ¿Qué es lo que provoca que no sientan el mínimo cargo de conciencia por explotar a alguien? ¿Es esto normal, es parte de la naturaleza animal del hombre, de su irracionalidad depredadora?, ¿es producto de la cultura y de las fuerzas de poder predominantes? Analicemos el Tercer Informe de Gobierno Federal 2014-2015 para tratar de dilucidar las respuestas a nuestros planteamientos.

II. Tercer Informe de Gobierno 2014-2015

El Gobierno Federal en su tercer informe reporta la gestión del 1 de septiembre 2014 al 31 de agosto 2015. En este evidencia la labor que ha desplegado para combatir y prevenir la trata de personas como podemos constatar desde las estrategias transversales, específicamente, tácticas y líneas de acción de perspectiva de género hasta los propuestos en las metas nacionales México en Paz y México Incluyente, que, por motivo de espacio, simplemente señalaremos las páginas de este informe donde se pueden consultar.⁵ Podemos observar que el Gobierno Federal, ha desplegado una serie de medidas para combatir la trata como veremos a continuación:

Resultados del Programa Integral de Prevención de la Trata de Personas en el Sector de Viajes y el Turismo

En el ámbito de la actividad turística, entre enero y junio de 2015 se realizó lo siguiente:

En el Programa Integral de Prevención de la Trata de Personas en el sector de los viajes y el turismo, se estructuraron las bases metodológicas, operativas y de gestión administrativa para la implementación de las acciones de sensibilización, capacitación, formación de servidores públicos y difusión del Código de Conducta para la Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes para el ejercicio presupuestario 2015 en 13 destinos.⁶

⁴ Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos. ÚLTIMA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN: 19 DE MARZO DE 2014. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5337503&fecha=19/03/2014, recuperado 27 de noviembre 2015.

⁵ 3_IG_2015_PDF_270815.pdf, <http://aristeguinoticias.com/0309/mexico/este-es-el-tercer-informe-de-gobierno-de-epn-documento/recuperado> 24 de noviembre 2015, pp. 39, 106, 121, 122, 136-139, 143, 144, 146, 170).

⁶ *Idem*, p. 39.

Acciones para prevenir y combatir delitos de alto impacto social:

En la página 106 del Informe se señala:

Asimismo, la PF realizó diversas acciones para prevenir y combatir delitos de alto impacto social (secuestro, extorsión y trata de personas) con los siguientes resultados de septiembre de 2014 a julio de 2015: [...] Se atendieron 17 casos de trata de personas, lográndose la liberación de 58 víctimas; se desarticularon cinco organizaciones delictivas y se detuvieron 58 personas presuntamente dedicadas a este ilícito.⁷

Apoyo a víctimas a través de la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia Contra las Mujeres y Trata de Personas.

En la página 119 del multicitado Informe aborda lo relativo a:

Apoyo a víctimas a través de la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas. Se brindó atención integral emergente, con enfoque de género, de derechos humanos, diferenciada y especializada a 410 víctimas, a quienes se les otorgaron 3 415 servicios*. Además, en el Refugio Especializado de Atención Integral y Protección a Víctimas de Trata y Violencia Extrema de Género, se atendieron a 70 víctimas, a las cuales se les brindaron 11 715 servicios integrales y multidisciplinarios de atención y protección. Cabe señalar que del total de víctimas, 50 fueron personas menores de 18 años de edad.

Se proporcionó atención telefónica especializada a la población relacionada con la violencia contra las mujeres, presunta trata de personas y orientación ciudadana, en donde se atendieron 2 611 llamadas telefónicas, las cuales en su mayoría se canalizaron al CEDAC de la PGR, y se contestaron 739 correos electrónicos recibidos en la cuenta fevimtra@pgr.gob.mx.

Estadística de la Procuraduría General de la República:

En la propia página electrónica de la Procuraduría General de la República se señalan cuáles son los factores de vulnerabilidad también, medidas preventivas para niños, niñas, jóvenes padres y madres de familia, incluso material de difusión sobre la trata.

¿Cuáles son los factores de vulnerabilidad?

- Complicidad: Es la tolerancia social de los delitos de trata de personas: el consentimiento de estas prácticas fortalece la cadena de impunidad.

⁷ *Ibidem.*

* Nota de la autora: CEDAC DE LA PGR: Centro de Denuncia y Atención Ciudadana de la Procuraduría General de Justicia.

3_IG_2015_PDF_270815.pdf, <http://aristeguinoticias.com/0309/mexico/este-es-el-tercer-informe-de-gobierno-de-e-pn-documento/recuperado> 24 de noviembre 2015.

LUGAR DE LOS HECHOS EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS DE TRATA DE PERSONAS*
Entidades federativas

Entidad federativa	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total 2008-2014
Aguascalientes				1			0	1
Baja California			2	2	1	3	5	13
Baja California Sur						1	1	2
Campeche			1				1	2
Coahuila		1		1		2	0	4
Colima		1		1			0	2
Chiapas	7	8	17	14	3	8	8	65
Chihuahua			7		9	2	2	20
Distrito Federal	5	9	16	12	14	23	33	112
Durango			1		1		0	2
Estado de México		2	3	8	7	7	12	39
Guanajuato	1	4	8	4	1	3	3	24
Guerrero		2			3		3	8
Hidalgo	1		2			3	1	7
Jalisco	1		3	3	1	1	6	15
Michoacán				1	1	2	2	6
Morelos		1	1	1	1	2	4	10
Nayarit			2	1	2		1	6
Nuevo León				1	1	1	3	6
Oaxaca	1	1	1	3	4	6	3	19
Puebla	1	6	8	10	8	20	16	69
Querrétaro			1			1	3	5
Quintana Roo		1	2	3	1	2	4	13
San Luis Potosí			1			1	0	2
Sinaloa							0	0
Sonora	2		4	1			0	7
Tabasco		1	3	3		1	7	15
Tamaulipas		1	4		4	4	3	16
Tlaxcala	3	4	5	5	18	10	8	53
Veracruz		3	2	3	7	2	8	25
Yucatán				1			4	5
Zacatecas							1	1
Extranjero	3	6	3	6	8	12	10	48
Indeterminado**				1	1	1	26	29

Fuente: Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas.

* Debido a la naturaleza del delito, el lugar de los hechos puede ocurrir en más de una entidad federativa, toda vez que las víctimas son trasladadas a diferentes Entidades federativas.

** En donde el lugar de los hechos no es propiamente un lugar sino un medio de comunicación impreso, electrónico, sitio de internet, entre otros; o en su caso, el lugar no es proporcionado de forma específica.

- Mensajes en los medios de comunicación masiva que presentan a las mujeres como objetos sexuales y reproducen patrones de discriminación e inferioridad de un género con relación a otro.
- Las desigualdades sociales y de procuración de justicia que surgen de la discriminación de género es un caldo de cultivo para los tratantes.
- La deserción escolar.
- Falta de oportunidades de inserción laboral bien remuneradas.
- La situación socioeconómica de las víctimas (la promesa de un mayor nivel de vida o de tener la oportunidad de continuar con los estudios es muy tentadora).⁸

De lo reportado en el Tercer Informe de Gobierno de alguna manera podemos aseverar que la detección y los instrumentos para el combate están a la mano de la sociedad, entonces, ¿por qué continúa siendo un flagelo la trata de personas como podemos observar en las estadísticas?

III. Algunas reflexión sobre las causas del delito de trata

Aunque parezca un planteamiento quizás sencillo o de poca imaginación, creemos que la primera célula de la sociedad, la familia, en cualquiera de sus modalidades, dicho lo anterior por la diversidad de familias que han surgido, es desde donde debe combatirse este delito y nos atreveríamos a decir muchos otros como la violencia contra la mujer, los delitos sexuales, la pornografía, el turismo sexual, en fin, el cúmulo de delitos y conductas antisociales que han surgido con motivo de nuestra “evolución” como sociedad.

Por ello creemos necesario, primero, plantear la solución del problema de trata de personas desde los parámetros de la Seguridad Humana, en lugar de los de la Seguridad Ciudadana y, por ende, de la Seguridad Pública. No es con policías únicamente como se combate la criminalidad y la delincuencia: a nuestro punto de vista el planteamiento del Estado para el combate a la criminalidad, es decir su política criminológica, debe de realizarse desde de la perspectiva de la Seguridad humana, pues estamos convencidos que antes de acudir a la política criminológica el Estado se debe hacer una efectiva política social que logre un verdadero y realista desarrollo humano, entendido este como el desarrollo de las potencialidades del hombre⁹, cuerpo y alma. Estamos de acuerdo en lo

⁸ <http://www.pgr.gob.mx/Fiscalias/fevimtra/Paginas/default.aspx>, recuperado 24 de noviembre 2016.

⁹ Una idea más completa sobre los constitutivos del hombre es la expresada por don Isacc Guzmán Valdivia, en su libro: *Doctrinas y Problemas Sociales*. Editorial Jus, México, 1980, pp. 31, 32 y 33.

En el hombre se encuentran los cinco constitutivos siguientes:

- a) Su constitución física, es decir su cuerpo.
- b) Su temperamento, o sea el conjunto de impulsos instintivos que están como base subyacentes de la personalidad. Lo podemos considerar como el centro emocional del hombre.
- c) El carácter que es el conjunto de hábitos positivos y negativos, virtudes o vicios, que se adquirirán en el transcurso de la vida y que imprimen un sello personal.
- d) La voluntad, cuyas expresiones se hacen evidentes en la capacidad para decidir, en la facultad de amar, en la posibilidad de auto determinarse para el bien.
- e) La inteligencia, facultad espiritual que es fuente del conocimiento y del saber.

que plantea Peña Razo acerca de que la Seguridad Pública está vinculada al concepto de desarrollo humano al señalar que:

La libertad que gozan los individuos para elegir entre distintas opciones y formas de vida. Los factores fundamentales que permiten a las personas ser libres en ese sentido son la posibilidad de alcanzar una vida larga y saludable, poder adquirir conocimientos individual y socialmente valiosos, y tener la oportunidad de obtener los recursos necesarios para disfrutar un nivel de vida decoroso.¹⁰

Con base en lo vertido con anterioridad estamos ciertos de que existe algo previo en el desenvolvimiento personal y social y que es precisamente lo que en sentido general aborda la Seguridad humana al señalar que “es concebida como seguridad en general desde la perspectiva de los derechos humanos y está conformada por siete dimensiones que son: económica, alimentaria, de salud, ambiental, personal, comunitaria y política.”¹¹

Las siete dimensiones señaladas permitirán el desarrollo armónico de las familias al acceder a mayores y mejores oportunidades, precisamente en su desarrollo humano.

Pensemos que tenemos lo óptimo para un buen desenvolvimiento social, desde un punto de vista formal lo tenemos, bástenos reproducir algunas líneas del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, pero si analizamos con algunas cifras y cruzamos información, además de incorporar algunas ideas obtenidas del libro *Vida Líquida* de Bauman,¹² podríamos llevarnos una desagradable sorpresa la cual nos debe llevar a pensar y reflexionar sobre la importancia de la familia para la prevención del delito.

IV. Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018

El Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 en su eje México Incluyente señala que :

[...] tenemos un país fragmentado y desigual, la distribución del ingreso del país representa un reto para el desarrollo nacional y la equidad social, en este eje se habla de integrar una sociedad con equidad, cohesión social e igualdad de oportunidades, se plantea una política social de nueva generación. Es decir, una política enfocada en alcanzar una sociedad de derechos ciudadanos y humanos plenos [...] En este sentido, se plantea guiar la acción del gobierno en torno a cinco objetivos que se describen a continuación:

En primer lugar, se busca garantizar el ejercicio efectivo de los derechos sociales para toda la población [...] implica fortalecer el desarrollo de capacidades en

¹⁰ PEÑA RAZO, FRANCISCO JAVIER, *La seguridad humana para la reconstrucción del concepto de seguridad pública en México*, Universidad de Guadalajara y Miguel Ángel Porrúa, México, 2011, pp. 139-140.

¹¹ *Idem*, p. 138.

¹² BAUMAN, ZYGMUNT, *Vida Líquida*, Editorial Paidós, España, 2006.

los hogares con carencias para contribuir a mejorar su calidad de vida e incrementar su capacidad productiva.

En segundo término, se propone **transitar hacia una sociedad equitativa e incluyente**. Para lograrlo, se plantea generar esquemas de desarrollo comunitario con un mayor grado de participación social [...] Se buscará garantizar los derechos de la infancia a través de un mejor diseño institucional y programático, además del incremento de la inversión en el bienestar de los más pequeños de acuerdo con el principio del interés superior del niño establecido en la legislación nacional e internacional [...] Se fomentará el bienestar de los pueblos y comunidades indígenas a través de una revisión a fondo del diseño e instrumentación de los programas enfocados a su beneficio, y de la operación de los fondos destinados a su desarrollo económico y social...

Asimismo, se buscará asegurar la vigencia efectiva de los derechos de las personas con discapacidad y contribuir a su desarrollo integral, lo que transita por su inclusión al mercado de trabajo y la dinámica social, además de impulsar, con el apoyo de los medios de comunicación y la sociedad civil, estrategias que coadyuven a transformar la actual cultura excluyente y discriminatoria en una abierta a la tolerancia y la diversidad.

En materia de salubridad, el objetivo es **asegurar el acceso a los servicios de salud**. Adicionalmente, se plantea **ampliar el acceso a la seguridad** [...] Una seguridad social incluyente permitirá que la ciudadanía viva tranquila y enfoque sus esfuerzos al desarrollo personal y a la construcción de un México más productivo [...] Por tanto, las políticas públicas en este rubro están enfocadas a promover la portabilidad de derechos, ofrecer un soporte universal a las personas adultas mayores y proveer respaldo ante pérdidas importantes de fuentes del ingreso, así como a ampliar esquemas de protección de manera temporal para evitar que los hogares caigan en la pobreza, fomentando la corresponsabilidad y la incorporación a los procesos productivos formales de la economía.

Por otro lado, un México Incluyente tendrá como **objetivo proveer un entorno adecuado para el desarrollo de una vida digna**. Para ello, se plantea dar impulso a soluciones de vivienda dignas, así como al mejoramiento de espacios públicos [...] Hoy, México debe poner en el centro de todos los esfuerzos el objetivo de **lograr una sociedad más igualitaria**, no sólo por motivos éticos y de congruencia con su proyecto nacional, sino también por la necesidad de contar con mejores condiciones para una convivencia pacífica y civilizada ...¹³

V. Neoliberalismo, relaciones familiares y trata de personas

Podemos observar, después de reproducir algunos puntos del Plan Nacional de Desarrollo, que tenemos problemas muy severos de desigualdad de oportunidades educativas y por ende laborales, que la intención del Estado es conseguir zanjarlas a través de la articulación de diversas políticas públicas que plantea, pero insistimos, lo anterior es el

¹³ Cfr. <http://pnd.gob.mx/>, recuperado el 14 noviembre, 2015.

plano formal, pues en el plano de la realidad nos encontramos con cifras como las siguientes:

Nuestras condiciones de pobreza de acuerdo al Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) en 2014, reportan 55.3 millones de personas en pobreza y 11.4 millones en pobreza extrema.¹⁴ El INEGI (Instituto Nacional de Estadística y Geografía) nos señala que en el 2010 éramos 112, 336 538 millones de mexicanos¹⁵, lo anterior nos lleva a reflexionar sobre el sistema neoliberal que nos aqueja en el plano económico y que afecta la vida diaria de la población, pues al ser partidario de la reducción del gasto social, como de la mínima intervención del Estado en aspectos económicos dando paso a la privatización de sectores, desprotege a los menos favorecidos, además, no debemos perder de vista que los sistemas neoliberales propician la globalización y abren fronteras no solamente a capitales, sino también a bienes y servicios ajenos a nuestros aspectos educativos y culturales, creando con ello un caos que podemos ver reflejado, por un lado, en el tipo de sociedad en que nos hemos convertido, transculturada, vamos incorporando pautas de comportamiento que no son propias y que, incluso, pueden llevar a sustituir las que tenemos, con lo cual se propicia un cambio en nuestra idiosincrasia que se verá reflejado en el comportamiento, valores, principios y metas.

Sumado al cambio de idiosincrasia, los aspectos económicos nos llevarán a querer desear cosas materiales a nuestro alcance o quizás más allá de nuestro alcance, enfrenándonos con pautas consumistas, y en el peor de los casos, con conductas antisociales hasta el punto de llevarnos a delinquir.

Aunque no lo creamos todo va de la mano, basta ver cómo se desarrolla nuestra sociedad, cómo han cambiado los paradigmas personales, nos hemos convertido en seres egoístas, individualistas que queremos vivir y gozar la vida, lo que vale es el aquí y ahora, mañana no sabemos qué pasará, todo inicia y termina tan rápido, las cosas son efímeras, al decir de Bauman, en los siguientes fragmentos de su libro:

La vida líquida es una vida precaria y vivida en condiciones de incertidumbre constante
la vida líquida es una sucesión de nuevos comienzos

La liviandad y la revocabilidad son los preceptos por los que se guían en sus apegos
y en sus compromisos

Acomodados en el plano material pero empobrecidos y famélicos en el espiritual”.

Los afectados por el lumpen proletariado¹⁶ espiritual viven en el presente y por el presente

El mundo que habitan los “lumpen proletarios espirituales” no dejan margen para preocuparse por ninguna otra cosa que por lo que pueda ser consumido y disfrutado en el acto: aquí y ahora

¹⁴ http://www.coneval.gob.mx/SalaPrensa/Documents/Comunicado005_Medicion_pobreza_2014.pdf, recuperado el 14 de noviembre 2015.

¹⁵ <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=17484>, recuperado el 14 de noviembre 2015.

¹⁶ Nota de la autora: la Real Academia Española (RAE) por su parte define *lumpen proletariado* como “la capa social más baja y sin conciencia de clase”: <http://lema.rae.es/drae/?val=lupem>, recuperado el 15 de noviembre de 2015.

La vida líquida es una vida devoradora. Asigna al mundo y a todos sus fragmentos animados e inanimados el papel de objetos de consumo: es decir, de objetos que pierden su utilidad (y, por consiguiente, su lustre, su atracción, su poder seductivo y su valor) en el transcurso mismo del acto de ser usados.¹⁷

Las líneas vertidas por Bauman las podemos ver claramente en la enorme cantidad de separaciones de parejas, después de un corto tiempo, aduciendo infinidad de pretextos que analizados con detenimiento no llevan otro mensaje que la falta de compromiso; ya no me gustó, lo deshecho y lo mismo se hace con las cosas materiales ya que cumplen un ciclo y a cambiarlas. En la misma situación estarían las personas que cambian constantemente de trabajo. No se comprometen; **consumir y desear**, lo realizamos en todas las áreas de la convivencia humana.

Pongamos otros ejemplos:

La falta de valores, principios y compromisos lo vemos reflejado desde el que llega tarde a su “chamba” hasta aquel que delinque para poseer, aunque sea efímeramente, lo que otros poseen.

Los códigos sustantivos han tenido que incorporar desde el delito de trata de personas hasta la falta de cumplimiento de obligación alimentaria, dos situaciones que no tendrían por qué estar contempladas como delito si nos supiéramos comportar debidamente, por un lado, no utilizando a la gente para **consumo** y, por el otro, la falta de compromiso con la propia familia.

Se han tenido que hacer normas para la protección de las personas de la tercera edad. Para una vida libre de violencia se ha tenido que incorporar en el código sustantivo la violencia familiar y hasta leyes contra el maltrato animal.

Esta vida líquida nos está llevando a una enorme crisis con nuestros niños y jóvenes, restándole valor a la persona humana implicándola en delitos y conductas antisociales, ya sea como sujetos activos, victimarios o como sujetos pasivos, víctimas de delitos, desde un simple robo hasta la explotación de las personas contemplada en el Delito de Trata de Personas.

VI. La familia y la educación como instituciones sociales

Desde un punto de vista criminológico a la familia se le puede considerar como un factor¹⁸ social de la criminalidad por ello a *contrariu sensu* sostenemos, entonces, que también es un factor de prevención del delito.

¹⁷ Cfr. BAUMAN, ZYGMUNT, *op.cit.*, pp. 10, 13, 16, 18 y 19.

¹⁸ Es necesario establecer la diferencia entre factores y causas, pues esto se presta a confusión y no son utilizados adecuadamente en las investigaciones criminológicas, dando como resultado confusión en los niveles de estudio, por ejemplo, en el nivel general referido a la criminalidad se debe hablar de factores mientras que en el nivel conductual se debe hablar de causa, citemos a RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS. *Criminología*, Editorial Porrúa, México, 1998 *cfr.* pp. 459 a 466, para aclarar estos conceptos: “los conceptos operacionales de orden explicativo tienen una importancia fundamental, porque son un punto de partida en la utilización del lenguaje criminológico, sobre todo es importante poder distinguir factor y causa criminógena.

Las instituciones sociales son “agrupaciones, que poseen objetivos concretos, estructuras definidas y funciones específicas, determinan en último caso el funcionamiento total de la sociedad. Estas tienen como fin la satisfacción de las necesidades fundamentales de la comunidad.”¹⁹

Las principales instituciones sociales son: la familia, la educación, la política, el trabajo, la religión, el derecho y, hay que señalar:

la familia es el principal agente o factor de la Educación; incluso podemos decir que es el factor fundamental del ser humano. Su función educadora y socializadora está en base a que como institución, supone un conjunto de personas que aceptan, defienden y transmiten una serie de valores y normas interrelacionados a fin de satisfacer diversos objetivos y propósitos.

La meta de la familia es socializar al individuo. **En los primeros años de vida el niño está todo el tiempo en contacto con la familia, y se van poniendo los cimientos de su personalidad antes de recibir cualquier otra influencia.**²⁰

Quienes están cerca de los niños en su primera etapa de vida actúan como modelo a imitar, por ello la trascendencia de esta institución social puesto que es la responsable de la transmisión de la cultura, entendida esta como: “las formas compartidas de pensar, creer, percibir y evaluar. La cultura es el reino de las ideas, ideales, valores y simbolismos”²¹. Dicha transmisión se realiza a través de la socialización o sociabilización a decir de Joseph H. Fichter la primera se refiere a: “un proceso de influjo mutuo entre una persona y sus semejantes, un proceso que resulta de aceptar las pautas de comportamiento social y de adaptarse a ellas. esto no implica que la persona deje de ser un individuo”²²

Y, si se entiende la sociabilización como:

la capacidad de los individuos para integrarse en la vida de grupo, señalamos que la hay objetiva y subjetiva, diremos que la primera se refiere a todo ese proceso de absorción del medio ambiente en los primeros años de vida, aprendemos por imitación²³, interactuamos y vamos adquiriendo buenos o malos hábitos, identidad, disciplina, se

Causa criminógena: Es la condición necesaria sin la cual un cierto comportamiento no se habría jamás manifestado. La causa criminógena tiene forzosamente un efecto, el efecto de la causa criminógena es la conducta antisocial... A la Criminología Clínica le importa desentrañar las causas más remotas para tener un mayor éxito en el tratamiento.

Factor criminógeno es todo aquello que favorece a la comisión de conductas antisociales... es todo elemento que contribuye o concurre a un determinado resultado [...] así el alcoholismo, la promiscuidad, la miseria, la impunidad, son factores criminógenos, pues favorecen la aparición del crimen, aunque por sí solos sean capaces de producirlo.

Se habla del factor causal en criminología entendiéndolo como los factores que causaron la antisocialidad del sujeto”.

¹⁹ <http://vniiversitas.over-blog.es/article-las-instituciones-sociales-y-su-funcion-105548278.html>, recuperado 25 de noviembre 2015

²⁰ <http://cbtlando.blogspot.mx/2012/06/la-familia-como-principal-agente.html>, recuperado el 27 de noviembre 2015.

²¹ BROOM LEONARD y PHILIP ZELSNICK, *Sociología*, CECSA, México, 1980, p. 91.

²² FICHTER, JOSEPH. *Sociología*, Herder, Madrid España, 1974, p. 40.

²³ Nota de la autora. Para darnos una idea de lo que marca Fichter sobre imitación, escuchar la canción de grupo Calibre 50. *El buen ejemplo*, www.youtube.com/watch?v=cKMBd36FSIo, recuperado el 27 de noviembre 2015.

desarrolla nuestra personalidad, después viene la etapa de sociabilización subjetiva que es cuando nos empezamos a preguntar quiénes somos, hacia donde vamos, qué es lo que queremos, ésta es la etapa de maduración y comenzamos a cuestionarnos sobre determinadas pautas de comportamiento impresas durante nuestra niñez e iniciamos a tener nuestra propia opinión sobre las cosas que suceden.²⁴

De lo señalado con antelación podríamos puntualizar que la cultura le permite a la sociedad, es decir a las familias que la conforman, formarse un referente de vida social. “La impresión de valores, principios, ideas, simbolismos, normas morales, religiosas, sociales, jurídicas, creencias, costumbres forma las premisas inconscientes del pensamiento y la acción. La cultura tiende a ser penetrante tocando todos los aspectos de la vida”²⁵, su aprendizaje se realiza por imitación de las pautas de actuación de sus miembros, por ello es tan importante abordar la prevención del delito desde la familia, fortaleciéndola en todas las dimensiones marcadas por la “Seguridad Humana, económica, alimentaria, de salud, ambiental, personal, comunitaria y política.”²⁶ Además debemos considerar que siendo la familia una de las instancias del control social informal, entendiendo este como el “grupo de normas y regulaciones de diferente tipo que son establecidas explícita o implícitamente por una sociedad para mantener el orden de los individuos y permitir el desarrollo de un nivel de vida organizado y controlado”²⁷.

Si se logra una buena introyección de valores, principios y límites de actuación social será más factible que los individuos se inhiban de cometer conductas antisociales o delitos, con lo cual se evita entrar al campo del control social formal expresado a través de leyes e instituciones encargadas de mantener el orden social, que en nuestro caso sería todo el Sistema de Justicia Penal²⁸. Hay que decir que de las instancias de control social formal es la más severa en su reacción, pues es capaz de restringir uno de los bienes más preciados por el ser humano y la colectividad: la libertad personal.

VII. Programa de Prevención del Delito de Trata de Personas

Ya sea a través de la Secretaría de Educación Pública o del Instituto Nacional de las Mujeres²⁹, por ser esta última la instancia encargada de la transversalidad de la perspectiva

²⁴ CORREA CAPETILLO, ENRIQUE. Apuntes de clase de Criminología, Universidad Iberoamericana, México. 1983.

²⁵ BROOM LEONARD y PHILIP ZELSNICK, *op.cit.*, p. 96.

²⁶ *Vid Supra*, p. 6.

²⁷ www.definicionabc.com/social/control-social.php, recuperado el 27 de noviembre 2015.

²⁸ Consultar VIDAURRI ARÉCHIGA, MANUEL, coordinador. *Hacia un Código Penal Único Sustantivo Nacional*, Porrúa, México, 2014, p. 86 “sistema el conjunto de medidas de control social de carácter penal. Éstas a su vez, son parte del conjunto de medidas de carácter político-criminal que el estado adopta para el logro de sus objetivos en materia criminal” y digo sistema porque se supone que se encuentran articulados los diversos subsistemas como lo son el legislativo, procuración de justicia, administración de justicia y ejecución de sanciones y que existen vasos comunicantes en las actuaciones de uno y otro afectando la buena marcha de nuestra sociedad en lo relativo a las dos vertientes de la política criminológica o política de combate a la criminalidad, como lo son la represiva, que se traduce en la penalización de aquello que se considera antisocial y que debe tener el rango de norma jurídico penal o en su caso el endurecimiento de las punibilidades y, la otra vertiente, por cierto la más congruente con nuestra política de Estado Democrático, la prevención del delito.”

²⁹ http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5312418&fecha=30/08/2013.

de género de acuerdo al Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, aclarando que género no solamente es hablar de mujeres sino de toda la diversidad de roles sociales que pueden tener hombre y mujer, ya que esto sería lo ideal, o asociaciones civiles u organizaciones no gubernamentales, universidades, centros de investigación, o todos, y tomando en cuenta que existen lineamientos emanados de la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes³⁰, se pueden otorgar cursos, publicaciones, orientaciones a quienes conviven con los pequeños y los jóvenes adolescentes en torno a una educación integral, no solamente en el sentido de instrucción, es decir, no solamente para enseñarlos a leer, escribir, sino en realidad educarlos, en el sentido más puro del artículo tercero constitucional en el inciso c:

Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos.³¹

Nos parece que tenemos todas las herramientas, jurídicas, educativas, sociales, presupuestarias para poder llevar a cabo un programa de prevención del delito de trata, basado en todos los instrumentos que el Estado Mexicano ya tiene.

Los cursos, publicaciones y videos que sugeriríamos para niños, jóvenes y familias en general deberán contener los siguientes tópicos y, como mínimo, también dirigirse a todos los actores sociales en todos los niveles:

- La comunidad y sus valores
- La violencia familiar y su prevención
- Enfermedades de transmisión sexual
- Desarrollo humano y relaciones humanas
- Adicciones y su prevención
- Efectos nocivos del alcoholismo y la farmacodependencia
- El niño, la familia, la educación especial
- Manejo de la agresividad
- Autoestima y asertividad
- Equidad, género y paternidad-maternidad
- Pornografía y erotismo
- Manejo de agresividad y autoconocimiento
- Historia personal y proyecto de vida

³⁰ <http://www.inmujeres.gob.mx/inmujeres/images/stories/normateca/legislacion2014/lpdnna.pdf>, recuperado el 27 de noviembre de 2015.

³¹ www.scjn.gob.mx/normativa/analisis_reformas/Analisis%20Reformas/00130224.pdf, recuperado el 29 de noviembre de 2015.

Nos parece que podríamos seguir enumerando infinidad de temas psicológicos y de desarrollo humano, sin embargo lo importante es implementarlos y hacerlo de una manera coherente y secuencial, sobretodo dar seguimiento y realizar investigaciones, supervisión y evaluaciones para que los esfuerzos realizados rindan sus frutos en los cambios de actitudes sociales y, por ende, en el impacto de la reducción de cifras de conductas antisociales y delitos.

Bibliografía consultada

- Bauman, Zygmunt, *Vida Líquida*, Editorial Paidós, España, 2006 copias fotostáticas
- Broom Leonard y Philip Zelsnick, *Sociología*, CECSA, cuarta impresión, México, 1980.
- Correa Capetillo Enrique. *Apuntes de clase de Criminología*, Universidad Iberoamericana, México, 1983.
- Dusster David, *Esclavos Modernos*, Urano, S.A., España, 2006.
- Guzmán Valdivia, Isaac. *Doctrinas y Problemas Sociales*. Jus, México, 1980
- Peña Razo, Francisco Javier, *La seguridad humana para la reconstrucción del concepto de seguridad pública en México*, Universidad de Guadalajara y Miguel Ángel Porrúa, librero-editor, México, 2011.
- Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminología*, Porrúa, México, 1998.
- Vidaurri Arechiga, Manuel, Coordinador, *Hacia un Código Penal Único Sustantivo Nacional*, Porrúa, México, 2014.

Cibergrafía

- <http://aristeguinoticias.com/0309/mexico/este-es-el-tercer-informe-de-gobierno-de-epn-documento/>
- <http://cbtlando.blogspot.mx/2012/06/la-familia-como-principal-agente.html>
- http://www.coneval.gob.mx/SalaPrensa/Documents/Comunicado005_Medicion_pobreza_2014.pdf
- <http://www.definicionabc.com/social/control-social.php>
- http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5337503&fecha=19/03/2014
- http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5312418&fecha=30/08/2013
- <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2011/ago/20110808.html#Iniciativas>
- <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=17484>
- <http://www.inmujeres.gob.mx/inmujeres/images/stories/normateca/legislacion2014/lpdnna.pdf>
- <http://lema.rae.es/drae/?val=lupem>
- <http://www.pgr.gob.mx/Fiscalias/fevimtra/Paginas/default.aspx>
- <http://pnd.gob.mx/>

http://www.scjn.gob.mx/normativa/analisis_reformas/Analisis%20Reformas/00130224.pdf

<http://vniuniversitas.over-blog.es/article-las-instituciones-sociales-y-su-funcion-105548278.html>

<http://www.youtube.com/watch?v=cKMBd36FSIo>



ANÁLISIS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO DE CARLOS DE CORES HELGUERA



Víctor Pérez Valera, S.J. ¹

La tradición jesuítica de la Segunda Escolástica

Se afirma con razón que el origen de la Teoría del contrato se debe en principio a Hugo Grocio y a Pufendorf. En cambio, la aportación de la segunda escolástica permanece por lo general en la penumbra. Dichos autores se inspiraron en la tradición escolástica anterior (Escuela de Salamanca) y de otros jesuitas que los precedieron: Luis de Molina y Leonardo Lessio. La cosmovisión aristotélico-tomista sigue siendo la fuente.

En la actualidad comienza a reconocerse la importancia de la aportación jesuítica, quizá sobre todo en Alemania. Así Joseph Kohler (1917), Han Thieme (1950), Malte Diesserlhorst y Franz Wieacker (1957). En 1972 Feenstraz también reconoció la aportación de la Segunda Escolástica en el caso de enriquecimiento ilícito. Thieme y Michel Villey observaron, así mismo, la deuda que en esta temática se tiene con la Segunda Escolástica. En esta línea Paolo Capellini (1979) ha escrito recientemente sobre la importancia de los trabajos de los jesuitas en la formación de la Teoría general del contrato.

El descubrimiento de América abrió nuevos horizontes en muchos aspectos y desde luego en lo económico y lo jurídico al imponer un espacio de mayor libertad contractual que favoreciera la circulación de bienes y servicios. La reflexión de los jesuitas sobre la libertad fue clave. Esta escuela de pensamiento comenzó en España y maduró en la actividad académica del Nuevo Mundo, de modo especial, en la obra de Pedro de Oñate.

¹ Profesor emérito de la Universidad Iberoamericana.

Generalidades sobre la Segunda Escolástica y la Escuela de Salamanca

Se denomina Segunda Escolástica al movimiento de renovación cultural de los siglos XVI y XVII. La Escuela de Salamanca, por lo general, se reduce a la aportación de Francisco de Vitoria (1492-1546) y sus colegas y discípulos, tanto en economía como en otras disciplinas. Pertenecieron a esta escuela Domingo de Soto y Domingo Báñez, entre otros. Entre Báñez y Luis de Molina se suscitó la famosa polémica de *auxiliis*, no del todo ajena a la temática del contrato. También habría que considerar a autores que escribieron desde las incipientes cátedras americanas: Bartolomé de las Casas, Tomás de Mercado, Bartolomé de Albornoz (padre de los jurisconsultos mexicanos), Luis López, Pedro de Oñate, y entre los comentadores romanistas, Gregorio López y Antonio Gómez.

Según los estudiosos de la historia de la economía, a la escuela de Salamanca se le puede atribuir la Teoría cuantitativa del dinero y la Teoría de la paridad del poder adquisitivo de la moneda, que después se adoptó en la ciencia económica clásica. Por su parte, una cuestión filosófica de fondo yacía en el problema de los universales. Sin embargo, se supera la antinomia entre el realismo a ultranza y el nominalismo por un realismo moderado. Además, el ingente incremento del comercio entre España y el Nuevo Mundo puso la cuestión de cómo la abundancia o escasez del dinero y mercancías influía en los precios.

Mas la Escuela de Salamanca no sólo atendió el aspecto económico, sino a la temática de la justicia y el Derecho, sobre todo en los contratos. Los trabajos comenzados en dicha escuela culminaron con los estudios de Luis de Molina, S. J. (1535-1600) y de Leronardo Lessio, S. J. (1554-1560) que bajo la óptica de la justicia reorganizaron de manera cuidadosa el Derecho romano.

La tesis de Goodley es que el liberalismo y el utilitarismo de los siglos XVIII y XIX ignoraron, por “moralizante”, estas visiones y las dejaron ajenas a la ciencia económica. Sin embargo, el estudio de instituciones básicas como la propiedad, el contrato y la responsabilidad excontractual tuvo su origen en los siglos XVI y XVII, en especial en la obra de los jesuitas, cuyo complejo y excelente trabajo puede considerarse clásico.

Los llamados juristas del Derecho Natural, Grocio, Pufendorf, Domat y Pothier asumieron su doctrina de la Escuela de Salamanca. Pothier influyó de manera directa en el Código de Napoleón que después influiría en la *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán).

A finales del siglo XIX la Teoría de la autonomía de la voluntad entró en crisis, y al parecer no se logró una nueva síntesis válida. Fue así que se impuso el regreso a la justicia contractual, no de forma autoritaria, sino por medio de la apertura a los valores trascendentes, ya que se debe pugnar por un equilibrio entre la libertad y la justicia.

Ahora bien, los jesuitas de la Segunda Escolástica, en particular Oñate, recuperaron la tradición escolástica, pero a la luz del humanismo renacentista que colocaba a la subjetividad humana en el centro del ambiente antropológico y jurídico, además de que se

consideraba el libre consentimiento como elemento esencial del contrato; cuestión que apunta a una verdadera Teoría general del contrato.

En suma, se ha considerado el papel de la Segunda Escolástica como la cuna y el futuro de la Teoría del contrato, tanto del Derecho civil como de la *Common Law*. Las obras de Molina se citaban en Alemania y Grocio reconoce que se inspira en Fernando Vázquez. Birocchi destaca que las elaboraciones de la Segunda Escolástica parten del hombre, de sus necesidades y de la obsesión de buscar lo justo y lo equitativo.

Antecedentes inmediatos de la Segunda Escolástica

Como antecedentes se mencionan autores como Juan Gerson, Summenhart y Mazzolini. Birocchi considera también como antecedente de la Segunda Escolástica el *Tractatus de contractibus licitis atque illicitis* de Conrado de Summenhart. Puesto que se hace allí un planteo teológico plenamente dotado de argumentación jurídica. El contrato deriva del acto humano, pero más que por el consentimiento, el contrato se perfecciona por los modos que utiliza el Derecho romano.

Para finalizar, la *Summa Silvestrina* de Silvestro Mazzolini de Prierio es un diccionario teológico que dedica dos páginas al contrato, que en esencia radica en el acuerdo de voluntades que en la relación obligatoria.

La Segunda Escolástica hispanoamericana. Ruptura epistemológica jurídica: casuismo y sistema

El nuevo contexto del comercio mundial fue algo novedoso e impactante debido a la afluencia de oro y plata a la península y el gran envío de mercancías a las Indias. Esto lo captó con perfección Tomas de Mercado como algo episódico y coyuntural, pero que repercute en lo estructural del Derecho.

Lo Salmantino pasa a América

El Derecho se comenzó a enseñar en América apenas se fundaron en 1551 las Universidades de San Marcos en Lima y la de México, con las cátedras de Cánones y Leyes. Como método se seguían la *lectio* y la *disputatio*, y en el casuismo se seguía el probabillismo desarrollado por los jesuitas.

En el siglo XVII se estableció la Universidad de Córdoba, en la que tuvo un papel relevante el provincial de los jesuitas Pedro de Oñate, autor del Tratado de *Contractibus*.

Sumas y manuales de confesores en la primera generación de la Segunda Escolástica

Como se enfatiza el enfoque moral, se sigue el *De Officiis* de Cicerón. La finalidad era pastoral, guía de confesores y de fieles que se dedicaban al comercio. La compraventa y la usura son temas constantes.

De iustitia et iure de Domingo de Soto

Después de analizar brevemente el libro de *Iustitia et iure* de Domingo de Soto y...

Se va centrar en el análisis de la *Suma de Tratos y Contratos* de Tomás de Mercado. (1523/30-1575), editado en Sevilla en 1571. Tomás de Mercado antes de ser religioso había sido comerciante. Más que estudiar la materia contractual de modo completo, va a profundizar los conceptos generales. El tratado, raro para la época, está redactado en español y pretende clarificar casos de conciencia sobre negocios mercantiles para la administración de la confesión sacramental. La obra de este profesor de la Universidad de México es muy didáctica y revela un profundo conocimiento en materia financiera, comercial y bancaria de la época. Su enfoque es el propio de la escuela de Salamanca y enfatiza su preocupación por la justicia.

“No saber en un negocio, que es lo justo y que es su contrario, es no entender nada de él”. Por lo tanto, es clave analizar la equivalencia de las prestaciones comprometidas más que el problema del consentimiento, ya que un contrato desequilibrado genera injusticia. Este manual práctico obliga a hacer una buena síntesis de los conceptos generales.

La finalidad moral y práctica de la obra se desarrolla de forma principal en el capítulo III que trata del grado que tiene el arte del mercader en las cosas morales. La función de éste no se sataniza ya que si se guía por las normas éticas, su función es un bien para la sociedad.

Aspecto objetivo del contrato, equilibrio de prestaciones

La obligación que surge de los contratos tiene su fuente en causas trascendentes, en la naturaleza de las cosas y en el Estado (República) (se trata de fuentes heterónomas). La justicia contractual se basa en la justicia conmutativa: equivalencia entre el valor de la cosa y el precio que se paga.

Oñate analiza tres contratos nominados: la compra-venta, los contratos de sociedad y los contratos financieros. En los primeros el justo precio puede ser legal (tasado por la autoridad) o según usos o costumbres. El engaño puede radicar en la mercadería si está viciada (por vicios ocultos) o por contubernio con otros mercaderes.²

² Dato curioso, se habla de que existían duendes en las casas. Cfr: DOMINGO, MURIEL S. J., *Tratado de Derecho notarial y de gentes*, Venecia, 1791.

Mercado habla de la compra-venta en el capítulo XI de su obra. En este analiza también el fenómeno de la oferta y la demanda y el tiempo de la operación. En todo caso se debe evitar el afán de lucro (que no exceda más de la mitad del justo precio). No se ignoran los aspectos jurídicos, y se amonesta a no multiplicar los pleitos por pequeños detalles.

En el capítulo IX, Mercado habla de los contratos de sociedad. En ellos todos los socios deben asumir los riesgos, no sólo algunos. Además se debe tener en cuenta el trabajo de los socios. Aquí no se esboza, la condena de los contratos leoninos y de abuso de Derecho. Al mencionar los contratos financieros se alude y se condenan los préstamos con elevados intereses. Se analizan también los fundamentos prudenciales de la regulación de la banca. Las aportaciones para perfeccionar el perfil de los contratos los encontramos en la segunda generación de la Segunda Escolástica.

Bartolomé de Albornoz (1571) y *El arte de los contratos*

Este personaje se formó en Salamanca y enseñó en la Universidad de México desde su fundación en 1553 la cátedra de Derecho Civil. Se le ha llamado “el Padre de los juriscónsultos mexicanos”.

El arte de los contratos fue editado en Valencia en 1573, en lengua castellana, y trata sobre todo el tema de la usura y los contratos de comercio. Arte: *recta ratio* en el hacer. Hay que atender en los contratos a los contrayentes, la materia del contrato y las modalidades. La función práctica es pastoral y sacramental. En el consentimiento contractual debe haber plena libertad.

Es curioso cómo se encuentra el origen de los contratos en los mitos de los grandes músicos Amphion de Tebas y Orfeo de Tracia: el poder de la música atrae a todos los seres, crea armonía y funda ciudades.

Albornoz hace un intento de sistematizar la lógica en los contratos, parecido al que elaborará Francisco García. Albornoz redujo los contratos a los nominados y desconfía de los inominados que podrían encubrir avaricia e injusticia.

A diferencia de los tratados anteriores, Francisco García (1583) elaboró ya una Teoría general del contrato, pero sin llegar al nivel de estructuración de Oñate. Se editó en Valencia en 1583, y según Rodríguez Penelos es de gran valor intelectual. Este estudioso señala que el método de Francisco García es fenomenológico: estudia cada tipo de contrato e intenta determinar su esencia para establecer luego la justicia o injusticia, según sus formas y aplicaciones concretas. García criticó a los que no admiten la donación como contrato y elaboró un cuadro esquemático de los contratos nominados según sus relaciones lógicas. También dedicó dos capítulos a reflexionar sobre el incumplimiento del contrato.

Teoría general del contrato en la tradición jesuítica

Encontramos en los jesuitas un humanismo radical como fundamento de toda la Teoría del contrato, así Antonio Gómez, S. J. *in quolibet actu vel negatio, in primis quaerendum est de personae*. La tradición jesuítica de la Segunda Escolástica, de alguna manera, comienza con San Ignacio de Loyola, ya que dos discípulos de Francisco de Vitoria fueron profesores de Iñigo y sus compañeros en París. Todavía más, Francisco Suárez, S. J. estudió en París y además fue discípulo directo de Vitoria, y a su vez profesor de Pedro de Oñate.

Con todo, de más renombre en la perspectiva civilista fueron Luis de Molina, Juan de Lugo y Leonardo Lessio que escribieron a fines del siglo XVI y a principios del siglo XVII. Molina enseñó en Coimbra y en Évora. El diccionario histórico de la Compañía de Jesús afirma que su *De iustitia et iure* fue “quizás de lo mejor que se ha escrito sobre los contratos y los delitos”. Lessio en su *De iustitia et iure* hace “un análisis agudísimo del sistema” y allí se manifiesta “la especificidad de la filosofía S. J.”. Molina y Lessio están siendo revalorados por sus aportaciones jurídicas y económicas; se dice que influyeron incluso en Adam Smith y en David Ricardo. Por su parte, Juan de Lugo, S. J. no les va a la zaga, su doctrina sobre los contratos se considera magistral debido a la profundidad de su concepción de la justicia como valor jurídico.

Varios jesuitas insignes emigraron a América y entre ellos destaca Pedro de Oñate, provincial de Paraguay, quién escribió un tratado de *contractibus*, editado en Roma en 1646 en tres tomos de 3 586 páginas a dos columnas. Sus concepciones se aplicaron a las Reducciones del Paraguay, modelo de organización justa y solidaria. Además fundó diversos colegios y la Universidad de Córdoba.

Siglo y medio después apareció la obra de Domingo Muriel, S. J. *Rudimenta iuris naturae et gentium*, en donde analiza los principales contratos nominados. Muriel fue el último provincial de Paraguay antes de la expulsión y extinción de la Compañía. Su obra está preñada de compromiso concreto en defensa de las misiones jesuíticas y algunas de sus intuiciones son válidas para enfrentar los desafíos de la Teoría del contrato en el siglo XXI.

Contexto sociopolítico

Los tratados jurídicos mencionados son obras gigantescas, difíciles de captar por estar escritas en latín y con una concepción muy compleja y completa del Derecho, tanto el positivo como el natural. El contexto en el que se desarrollaron es la Reforma y la Contrarreforma Tridentina en la que los tribunales se encuentran a medio camino entre el Derecho y la Moral. Ya que se considera que la lesión en el ámbito patrimonial exige la obligación de restitución en conciencia.

En esa época los jesuitas utilizaron el método de los casos, pero algunos lo trascendieron como Lessio y sobre todo Oñate. Si bien este trata cientos de temas a base

de preguntas y respuestas, en su análisis “macroscópico” ordena de modo coherente las cuestiones y los discursos explicativos y aclaratorios.

Contexto filosófico y teológico: tradición y renovación de la Segunda Escolástica jesuítica

El tema de la libertad humana en la escuela jesuítica tiene enorme importancia y servirá de núcleo central de la Teoría general del contrato.

Los Ejercicios Espirituales de San Ignacio y la *Ratio Studiorum*

En los Ejercicios la promoción del hombre se da por medio del respeto a su libertad y responsabilidad. Esa es la línea que sigue también la *Ratio Studiorum*. Según la *Ratio*, la clase jesuítica tiene tres tiempos: prelección, reflexión y repetición. El principio es *non multa sed multum*. No exponer la lección de modo exhaustivo, sino lo esencial, a fin de que el estudiante pueda reflexionar y encontrar las fuentes por sí mismo.

Luis de Molina, S. J. en su *Concordia liberi arbitrii cum gratia donis* sostiene que el universo una vez que ha sido creado por Dios se rige por sus propias leyes, ya que Dios no interviene de modo arbitrario como lo enseña la mitología griega, por lo que las causas segundas se desarrollan sin la intervención directa. Así, de este modo la gracia no puede ser efectiva sin la aceptación libre por parte del hombre. Esto se refleja en la política y en lo social. De ahí la gran importancia de la libertad en los contratos.

Francisco Suárez, S. J. (1548-1617) en su *De Legibus* aplica a la política el enfoque de Molina. Dios confiere la potestad al soberano, que es el pueblo, y este lo delega en el gobierno que dicta leyes inspiradas en el Derecho Natural y en el Divino. Es por ello que la actuación libre del ser humano estimula la autoresponsabilidad. En Suárez aparece un nuevo modelo de relaciones Iglesia-Estado que responde a la situación política y religiosa de Europa. Estas concepciones se encuentran de modo sutil en la visión que Grocio tiene del Derecho Natural.

También podemos afirmar que la doctrina filosófico-teológica de los jesuitas sobre el probabilismo repercute en la Teoría del contrato: en efecto en algunos casos se pueden presentar ante un problema varias soluciones, y el hombre, al promover su libertad y su responsabilidad, podrá elegir de entre ellas. De esto deriva el adagio *in pari causa, melior est conditio possidentis*, de igual manera inspira la libertad como cualidad esencial del contrato.

En el fondo esta filosofía es contraria al paternalismo. El consentimiento en el contrato ya se encuentra en otras fuentes no jesuíticas, pero estos lo enfatizan y desarrollan

con mayor profundidad. Los jesuitas admiten que la libertad del contrato puede ser limitada por condiciones formales del Derecho positivo, secular o eclesiástico.

El tránsito entre la Primera Escolástica y la Segunda puede apreciarse en la portada de los libros de Tomas de Mercado y de Lessio. El primero habla de una moral represiva; un árbol con un hacha puesta en su raíz, el de Lessio, dibujado por Rubens, manifiesta el humanismo renacentista de mayor libertad: dos hombres encadenados en la base del cuadro contrastado por tres mujeres en las que sin ningún morbo prevalecen las curvas.

En las siguientes páginas de Cores expone la doctrina de los contratos de tres jesuitas: Luis de Molina, Lessio y Oñate para comparar sus sistematizaciones en torno al contrato. Molina dedica 88 páginas a la reflexión sobre los contratos en general, Oñate, en cambio, le dedica 687 páginas. Mientras que Molina plantea su estudio más bien desde la Filosofía del Derecho, Oñate le da un enfoque más jurídico.

Para Molina el contrato es el medio por excelencia para adquirir la propiedad. Los jesuitas han contribuido al cambio de la concepción objetiva del Derecho a la visión subjetiva: el Derecho subjetivo como facultad. Por su parte, Oñate enfatiza la importancia del contrato en la vida social como medio para obtener cualquier bien o derecho. Molina explica las distintas acepciones de la palabra contrato, e incorpora a estos la promesa y la donación, son contratos *in fieri*, ya que no hay obligación recíproca. En esto coincide con Oñate. En el aspecto de la obligación en justicia el tratado de Oñate es más claro y profundo. De Cores se detiene a explicar con cierta amplitud algunas *disputatio* de Molina, pero dedica decenas de páginas a explicar y traducir la obra de Oñate.



**HOMENAJE DE LA UNIVERSIDAD
IBEROAMERICANA A LA MINISTRA
DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA,
OLGA SÁNCHEZ CORDERO,
POR SU TRAYECTORIA EN
EL MÁXIMO TRIBUNAL
(FEBRERO 1995-NOVIEMBRE 2015)**



Olga Sánchez Cordero¹

Sólo hay una fuerza motriz: el deseo
ARISTÓTELES

Normalmente, la alta investidura que es otorgada en un evento como este hace que las ceremonias sean rituales encaminados a revestirse de solemnidad. Sin restarle dicho merito quisiera sólo manifestarles unas palabras que vienen de muy adentro y que desde hace muchos años están esperando una oportunidad como esta para poder salir. No quiero omitir, de ninguna manera, los agradecimientos a quienes, con su presencia, no sólo revisten de la solemnidad requerida, sino que hacen de esta una ocasión muy grata.

Normalmente, los discursos de quien es revestido de este honor buscan tratar en profundidad un tema, generalmente de su especialidad, para compartirlo con quienes les escuchan en ocasión tan memorable. No será mi caso. Como dije, sólo trataré de corresponder a la generosidad de esta universidad compartiendo algunas ideas muy personales sobre la profesión jurídica, la realidad social y una idea que tiene cautivada mi atención

¹ Palabras pronunciadas por la Ministra de la Suprema Corte de Justicia, Olga Sánchez Cordero, con motivo del homenaje que recibió en la Universidad Iberoamericana en octubre de 2015.

desde hace años: los derechos. Habré de expresar, si me lo permiten, algunos deseos. Pero esa liberalidad, espero, se verá compensada con sentimientos compartidos, ideas al vuelo y experiencias vitales que quiero compartirles:

Así pues ¿qué me gustaría?

Me gustaría que los derechos fueran instrumentos para facilitar la convivencia, para generar menos desigualdad, para limitar a los fuertes y empoderar a los débiles.

Me gustaría que cada uno de los derechos que expresa la Constitución se tomara en serio. Que las autoridades velaran por presupuestar su cumplimiento, que vigilaran su ejercicio cabal y no sólo su expresión en el papel.

Me gustaría que la garantía de esos derechos no fuera sólo jurisdiccional, sino que en cada ámbito de determinación de sentido que el derecho ofrece se previera y concretara esa justiciabilidad.

Me gustaría que, en el legislativo, esa justiciabilidad se plasmara en las leyes y, sobre todo, en algo que parece haber quedado en el olvido: las discusiones parlamentarias.

Me gustaría que en las políticas públicas que diseña e implementa el ejecutivo se concretara esa efectividad de los derechos en el diseño de programas y en su ejecución.

Me gustaría, tal vez por eso, porque la educación es la semilla, que los planes de estudio de las facultades evolucionaran para incorporar nuevas herramientas. Que plantearan los problemas viejos de nuevas maneras y los nuevos con planteamientos de solución acordes a los tiempos que corren. Que empataran los problemas jurídicos con la realidad social y les dieran una perspectiva empática.

Me gustaría que incorporaran el conocimiento proveniente de todas las ciencias, desde las matemáticas o la economía, hasta la ciencia política y la sociología.

Me gustaría un estudio del derecho con mayor interdisciplinarietà, con mayores posibilidades de dialogar con las demás ciencias. Con menos autoreferencialidad hacia lo externo y mayor apertura en lo interno hacia ideas nuevas.

Me gustaría que ese acercamiento no tornara al derecho hacia su aplicación mecánica; sino, por el contrario, que en esa búsqueda de eficiencia y eficacia los estudiantes de derecho pudieran recuperar una cualidad que yo observo cada vez más perdida: la capacidad para cuestionar.

Me gustaría que, ante la complejidad que caracteriza al derecho moderno, retomáramos la capacidad de cuestionar, y la impulsáramos, para convertirla en el eje rector del pensamiento jurídico.

Me gustaría que, al cuestionar, provocáramos certeza, generáramos confianza y, con ello, redujéramos complejidad. Porque es la manera más propicia para decidir.

Me gustaría que, quienes nos dedicamos al estudio del derecho, pudiéramos controvertir, pensar y proponer. Que llenáramos de sentido semánticas vacías que nos ufana-mos de proclamar: Estado de Derecho, Democracia, Derechos Sociales, Justicia.

Me gustaría que el derecho llenara de sentido la vida que vivimos, la realidad que creamos. Que pudiéramos con ello generar confianza institucional ante la complejidad.

Me gustaría que privilegiáramos lo dialógico, sobre lo ideológico. Porque la premisa básica de la convivencia en democracia, me parece, es que existan al menos dos partes dispuestas a dialogar.

Me gustaría que pudiéramos satisfacer plenamente nuestra necesidad de llevar a cabo una acción social dialógica: al dialogar en un juicio, al dialogar en un órgano que toma decisiones colegiadas, al dialogar en la familia, al dialogar en la escuela, al dialogar en la justicia.

Me gustaría que privilegiáramos lo dialógico sobre lo ideológico.

¿Por qué me gustaría que esto sucediera?

Porque observo que hoy los problemas son entendidos como ecuaciones en las que al modificar ciertas variables se obtiene un resultado determinado, sin preguntarse cuál es el alcance de esa decisión ni los múltiples porqués que le dieron origen. Porque pareciera que el acercamiento a otras disciplinas hubiera hecho perder de vista que el derecho no es aplicación mecánica, sino en el fondo, axiología.

Porque, es cierto, el derecho tiene que abreviar de todas las ciencias, pero, en el fondo, es el propio derecho, a través de su operar, quien construye la realidad que ocupa como derecho.

Porque, en el fondo, el derecho es *ethos* (costumbre), pero más aún, ética, entendida como disposición a hacer el bien. El derecho es *frónesis* (sabiduría práctica, experiencia); pero más aún, prudencia, experiencia heredada. Pero, ante todo, no hay que perder de vista que el derecho es *arethé* (virtud, bondad).

En los veinte años que he tenido el honor de ejercer el cargo de Ministra en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de ser jueza constitucional, he intentado llevar esa reflexión a los problemas jurídicos que se presentan día a día. A lo largo de este tiempo he podido llegar a una conclusión simple pero contundente: este país necesita dialogar. Necesita dejar atrás los atavismos provenientes de visiones desgastadas de los derechos, del Estado, de la democracia. Necesita re-crearse, re-pensarse.

Las instituciones y, por ende, los seres humanos que las conformamos, tenemos el deber de proponer mejores formas de resolución de controversias, más ágiles, más cercanas a la ciudadanía. Para mejorarlas.

La Corte que encontré al llegar hace veinte años, por ejemplo, tenía una idea de los derechos muy limitada. Se llevaba a cabo la interpretación constitucional con herramientas teóricas que no correspondían con sus nuevas atribuciones ni con la realidad. La concepción de los derechos era sumamente limitada. Había derechos que ni siquiera eran reconocidos. La Corte a la que llegué, concebía al orden constitucional en una esfera limitada de poderes y funciones, sin considerar organismos constitucionales autónomos, sin considerar la nueva realidad jurídica.

Sólo cuestionando y dialogando en democracia, hemos podido transformar esa dinámica. Hoy la Corte es una institución plural, neutral, independiente y abierta a todos los mexicanos; una institución que defiende, respeta y garantiza los derechos de todas las personas y con ello potencializa la participación de ellas en el orden democrático.

Por eso sigo deseando en voz alta:

Me gustaría que instituciones protectoras de derechos se replicaran a lo largo del país. Que cada instancia que tuviera contacto con los ciudadanos buscara por todos los medios a su alcance llevar a cabo su labor con la idea de que las instituciones del estado estamos para tutelar los derechos de la ciudadanía.

Me gustaría que desde el oficial de una ventanilla de servicios administrativos, hasta los más altos funcionarios de los tres niveles de gobierno entendiéramos que nuestra labor es esa: proteger los derechos.

Me gustaría que la libertad de expresión se ejerciera a cabalidad. Que cada persona que levante la voz fuera respetada en su opinión, que no peligrara por ese hecho. Que la libertad de escribir y publicar fuera no sólo respetada, sino promovida por la autoridad.

Me gustaría que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres se protegieran sin costes vitales, sin muertes innecesarias, sin violencia. Que cada mujer de este país pudiera autodeterminarse en el libre ejercicio de su sexualidad, sin intromisiones arbitrarias, sin ser castigada por ello.

Me gustaría que el piso mínimo de los derechos sociales se garantizara presupuestalmente para cada individuo, para cada persona.

Me gustaría que ese fuera el cimiento de la igualdad en nuestra sociedad. Que el derecho a la educación no figurara como una forma de corporativismo político, sino como un derecho básico. Que los niños y las niñas no sólo fueran a la escuela, sino que se promoviera su aprendizaje.

Me gustaría que el interés superior de la infancia fuera no solamente invocado, sino protegido y promovido, en cada acto de gobierno, en cada política pública, en toda decisión del Estado.

Me gustaría que se garantizara su seguridad, la posibilidad de ejercer su derecho a jugar, a vivir en libertad, en un ambiente propicio para su desarrollo.

En la sociedad moderna sólo existe una certeza: el riesgo. Estamos ante el riesgo constante del empobrecimiento paupérrimo, ante el estrangulamiento de la economía por las decisiones que se toman en los grandes centros de poder, ante el desgaste de los sistemas financieros globales, de pensiones y jubilaciones, ante las transiciones fallidas, las terapias de choque.

Sólo decidir reduce el riesgo. Solamente la confianza contribuye a la toma de decisiones.

Necesitamos decisores.

Juristas, políticos, servidores públicos que cuestionen, que se enfurezcan por entender la realidad y cambiarla, no para beneficio personal, sino para el beneficio colectivo, para el bien común, razón de ser del Estado. Necesitamos que no se conformen con conocer el marco jurídico; sino que interioricen e integren el sentido y la trascendencia de nuestras normas, y sobre todo, de qué manera afectan a las personas en lo cotidiano.

Necesitamos que esos decisores sean seres dialogantes, pensantes, actuantes. Pero sobre todo, anhelantes.

Aristóteles decía que sólo hay una fuerza motriz: el deseo. Yo no sé si compartiría a plenitud ese pensamiento, pero sí estoy de acuerdo en que es una de las que mueve el mundo. Si se tiene presente el anhelo de servir, de buscar construir una realidad mejor de la que se vive, me parece que expresar deseos y compartirlos puede contribuir a ello.

Si de algo sirvieran estos pensamientos en voz alta, estos deseos de quien hoy se siente privilegiada ante este homenaje, los dejo como agradecimiento. Por el infinito honor que representa para mí este reconocimiento otorgado por la Universidad Iberoamericana.



RESEÑAS



FILOSOFÍA DEL DERECHO DE JOSÉ ANTONIO DACAL ALONSO



Juan Federico Arriola¹

La Filosofía del Derecho es una disciplina necesaria en la formación de juristas. Durante algunos años –hace más de tres cuartos de siglo– esta asignatura estuvo ausente en los programas de estudio y, si bien la rectificación no tardó, llama la atención que para algunos directores de Facultad y de Escuela de Derecho no tenía cabida.

Como bien ha señalado, el jurista, filósofo y ex director de la Facultad de Filosofía de la Universidad La Salle, José Antonio Dacal Alonso, han sido muy pocos los libros de Filosofía del Derecho escritos por autores mexicanos o por extranjeros de origen que radicaron en nuestro país, *verbi gratia*: Luis Recaséns Siches. Son menos de veinte, señaló el profesor emérito de la institución lasallista, en la presentación del libro que se efectuó el pasado 6 de septiembre en el auditorio San Ignacio de Loyola en la Universidad Iberoamericana.

Surge entonces la pregunta, ¿por qué es escasa la literatura de Filosofía del Derecho en México? Si bien hay tratados de Filosofía del Derecho de gran importancia de autores, en particular europeos: Friedrich Hegel, Giorgio del Vecchio, Rudolf Stammler, entre otros; y también hay otros de la misma región geográfica que han abordado temas de justicia: Immanuel Kant, Hans Kelsen y Werner Goldschmit, por ejemplo, no es menos cierto que hay una pléyade de escritores mexicanos, juristas todos, que han escrito libros fundamentales: Eduardo García Máynez, Miguel Villoro Toranzo, Rafael Preciado Hernández, Agustín Basave Fernández del Valle, Víctor Rojas Amandi, Virgilio Ruiz Rodríguez, así como el diplomático con estudios formales de Derecho y de Filosofía, don Antonio Gómez Robledo, autor de un ensayo preciso y brillante: *Meditación sobre la justicia*, publicado por Fondo de Cultura Económica, así como otros ensayos: *Sócrates y el socratismo*, *Platón: los seis grandes temas de su filosofía*; además de un interesante análisis de *La República* del mismo Platón en un libro dado a conocer por la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Profesor Investigador de tiempo completo en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

José Antonio Dacal tiene una escritura elegante y un pensamiento erudito. Sigue la instrucción de José Ortega y Gasset: “la cortesía del filósofo es la claridad”. En su libro, publicado por editorial Porrúa en 2016, hace desfilar importantes exponentes de diversas disciplinas que confluyen de manera natural en la Filosofía del Derecho: el antropólogo Jacinto Choza, el filósofo italiano y por cierto gran conocedor de la filosofía del siglo xx, Michele Federico Sciaccia, el pensador holandés Bernard Delfgaauw, así como otros exponentes europeos y americanos —me refiero naturalmente al continente—, tanto juristas como filósofos: el jesuita Baltasar Gracián, Norberto Bobbio, John Rawls, Ronald Dworkin, Javier Hervada, Julián Marías, Karl Jaspers, Jacques Maritain, Eduardo Couture, Emmanuel Mounier, Mauricio Beuchot, O.P. etcétera. Por supuesto, no podían faltar los clásicos antiguos: los estoicos, Platón, Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás de Aquino, etcétera.

El libro es enciclopédico: están las disciplinas filosóficas inmersas en el Derecho: lógica, ética, axiología, teoría del conocimiento, ontología, filosofía del lenguaje. Trece capítulos completan el libro; el último es por demás interesante: “Los derechos y deberes humanos”, sólo en un texto filosófico-jurídico había encontrado una alusión así ordenada, en libro del filósofo belga Jacques Leclercq, *Derechos y deberes del hombre*, publicado por Herder en Barcelona en 1965.

Es necesario equilibrar el discurso de los derechos humanos con los deberes de los gobernados. No se puede construir un Estado de Derecho sin deberes. Dacal es continuador coherente de la tradición platónica de su último diálogo *Las leyes* y de su extensión latina, con Marco Tulio Cicerón en su obra *De legibus*. Preguntarse por el origen del hombre y las leyes es tan penetrante como preguntarse por los fines del hombre y del Estado.

Como tema capital, a mi juicio, es la justicia que Dacal la llama con propiedad la *Dikelogía*, o sea la ciencia de la justicia. ¿Qué es la justicia?, ¿una diosa griega, una virtud cardinal, parte del positivismo jurídico, una aspiración?, ¿o es como la nada, sólo existe como concepto y no como realidad?

Dacal con su libro contribuye a que la Filosofía del Derecho prospere, obliga a los juristas a reflexionar concienzudamente y nos conduce a que reafirmemos que una disciplina como ésta, nunca más sea suprimida del plan de estudios de la licenciatura en Derecho. No está por demás decir que a los estudiantes de la licenciatura en Filosofía se les forma para estudiar el Derecho desde la perspectiva filosófica. Después de todo, los seres humanos somos seres normativos por naturaleza y por tanto no podemos prescindir de las leyes (justas), porque de las normas injustas que padecemos tenemos que pensar en suprimirlas a través de las autoridades judiciales, administrativas y legislativas competentes.

José Antonio Dacal, desde hace mucho tiempo ha sido filósofo del Derecho y con su nueva obra sella su destino doble: jurista y filósofo formado en la Universidad Nacional Autónoma de México y cuya carrera académica desarrolló en la Universidad La Salle, donde formó a varias generaciones.

“Por sus frutos los conoceréis” sentencia el Evangelio, San Mateo (7,16). Yo conozco varios de los frutos académicos (alumnos y libros) del profesor Dacal y, efectivamente, deja una herencia intelectual para los futuros estudiantes universitarios inmersos en el quehacer filosófico y también en el torbellino jurídico-político mexicano.



LA CONTRATACIÓN DE BIENES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL DE FERNANDO GÓMEZ DE LARA Y SERGIO E. HUACUJA BETANCOURT



Nora Rebeca Munguía Aldaraca¹

Fue en el municipio de Naucalpan de Juárez, Estado de México, que durante febrero de 2016 se terminó de imprimir *La contratación de bienes, arrendamientos y servicios en la Administración Pública Federal*. Un análisis sobre los contratos administrativos y sus implicaciones jurídicas de conformidad con la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASP)¹. Esta obra, de Editorial Novus, constituye la cristalización de una de las aspiraciones que sus autores, Fernando Gómez de Lara y Sergio Eduardo Huacuja Betancourt habían tenido en mente durante mucho tiempo.

El maestro Fernando Gómez de Lara es un abogado que fundamentalmente se ha desempeñado en la Administración Pública, tanto local (municipal y del antes Distrito Federal) como federal. De sus innumerables encargos cabe destacar su gestión en Petróleos Mexicanos y en la Secretaría de la Función Pública, puesto que llevó a cabo en las áreas de procesos de suministro, contratación y normatividad de contratación y adquisiciones. También ha sido consultor privado en estas materias y es autor de otros dos libros: *Comentarios a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público* editado por Novum y *La libertad de Prensa en México* editado por la UNAM. El maestro Sergio Huacuja Betancourt también es abogado, titulado con mención honorífica

¹ Nora Rebeca Munguía Aldaraca es maestra en Políticas Públicas, Hacienda Pública y Tributación por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a distancia de Madrid, España, así como licenciada y maestra en Derecho por la Facultad de Derecho de Universidad Nacional Autónoma de México. Académica de tiempo completo del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

en la licenciatura y maestría. Su carrera se ha desarrollado como abogado postulante, asesor de la Administración Pública (Petróleos Mexicanos) y como profesor de asignaturas jurídicas administrativas en la Universidad Panamericana y en el Instituto Nacional de Administración Pública. Es autor de: *La desaparición de la prisión preventiva* editado por Trillas.

El libro que ahora se reseña recoge la experiencia jurídica y administrativa de ambos autores que han participado de manera constante y directa en este tipo de procedimientos. La obra consta de once capítulos: los cinco primeros se abocan al estudio del contrato desde una perspectiva dogmática, sin dejar de lado la correlación con las disposiciones pertinentes de la LAASP, brindando informaciones prácticas para su aplicación; los seis capítulos restantes se relacionan más con la operatividad de los contratos.

El prólogo, elaborado por el doctor Luis José Bejar Rivera², resalta la importancia que en la actualidad caracteriza a esta figura jurídica, recogida por la Constitución. Aunque tradicionalmente el tema de las compras públicas ha involucrado un procedimiento que tiende al aseguramiento de las mejores condiciones de adquisición para el Estado, en la realidad ha sido frecuente detectar el desvío de recursos públicos y una serie de inconsistencias que impiden garantizar el mejor cumplimiento de los fines del Estado.

Desde los puntos de vista administrativo, presupuestal y jurídico, la relevancia de este tema es indiscutible. Sin embargo, suele ser escasa la literatura que lo abarca y de ahí que la publicación de este texto constituya una excelente noticia, no sólo para los estudiosos del derecho sino para todos los juristas interesados en el tema y para las propias autoridades que se encuentran en contacto con este tipo de contrataciones.

En el primer capítulo “Marco conceptual. El contrato administrativo”, los autores detallan los fines del Estado y las razones por las que, desde hace mucho tiempo, el cumplimiento de dichas tareas ha admitido la participación de los particulares. Describen las formas que para la realización de tales actividades se establecen en las leyes mexicanas, con especial énfasis en el contrato administrativo, su surgimiento, las teorías que lo explican, su clasificación y caracterización, los principios que lo rigen, así como los elementos y requisitos que lo componen. Posteriormente se centran en los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios públicos explicando sus ámbitos de validez (material, espacial, temporal, etcétera). Resulta por demás oportuno y práctico que en cada apartado del capítulo se encuentren correlaciones con los artículos constitucionales o de la LAASP que atañen al tema en cuestión. Adicionalmente, una de las aportaciones más importantes del mismo consiste en explicar, con el fundamento debido, cuáles son las instituciones gubernamentales a las que no les resulta aplicable la LAASP. Puede ser porque cuentan con sistemas y normatividades especiales, porque no se encuentran obligadas a aplicarla o porque se presentan diferentes circunstancias que hacen que no resulte necesario observar lo dispuesto por el citado ordenamiento.

² El doctor Béjar Rivera es un reconocido jurista en Derecho Administrativo. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, Secretario Editorial del Instituto Panamericano de Jurisprudencia de la Universidad Panamericana y autor de diversas obras de Derecho Administrativo: *Curso de Derecho Administrativo*, *El Acto Administrativo y su finalidad*, *Aproximación a la teoría de los Servicios Públicos*, entre muchos otros.

Dentro del segundo capítulo “Régimen federal de los procedimientos de adquisiciones, arrendamientos y servicios” se encuentra, con mayor detalle, la regulación federal en la materia. Se hace alusión a los tres tipos de procedimiento por medio de los cuales se puede formalizar un contrato administrativo de adquisición, arrendamiento o servicios públicos. Aún siendo un capítulo pequeño (20 páginas), cumple cabalmente con el análisis de la licitación, la invitación a cuando menos tres personas y la adjudicación directa. Asimismo, se detallan los principios que rigen a estos procedimientos, se propone una clasificación de los mismos y cada uno de los pasos es analizado y relacionado con las disposiciones aplicables de la LAASP. Cabe resaltar que la información que proporciona respecto de la adjudicación directa abarca ciertas cuestiones relacionadas con la discrecionalidad de los funcionarios y sus posibles repercusiones en materia de responsabilidades administrativas de servidores públicos.

A primera vista, en el contenido del tercer capítulo “Conceptos generales sobre los contratos administrativos regulados en la LAASP y su reglamento” ningún detalle extraordinario se advierte de los subtítulos de las partes que lo componen. Sin embargo, describe con precisión meridiana los montos contractuales que se sujetan a concurso, los cuerpos normativos (distintos de los mencionados en el título) que son aplicables para el ejercicio de los presupuestos, las diferencias entre los contratos y los pedidos y las disposiciones en que ésta se fundamenta. También aborda un tema muy relevante: las prohibiciones en materia fiscal para la contratación pública, involucrando el Código Fiscal de la Federación, la Miscelánea Fiscal e incluso, sus implicaciones en materia de aportaciones de seguridad social.

El capítulo cuarto “Contenido de los contratos y pedidos” no sólo aborda detalladamente el contrato desde el punto de vista jurídico, sino que constituye un instructivo de aplicación para el lector. Inicia analizando los elementos de estos instrumentos, existencia y validez, con fundamento en la teoría general de los contratos. Posteriormente se analiza la estructura del documento, abarcándolo desde el proemio hasta los anexos. En cada uno de los apartados del capítulo se incluyen los requisitos establecidos en la LAASP, puesto que se trata de guiar al lector en la adecuada celebración del contrato. Se dedica especial tiempo a la explicación de los anticipos, las amortizaciones y las garantías, puesto que los contratos administrativos, por su propia naturaleza, suelen involucrar un fuerte contenido financiero y presupuestario, que debe manejarse de manera específica y cuidadosa. Otro rubro muy importante dentro de esta sección está constituido por la aplicación de las penas convencionales. Prácticamente contiene un detallado instructivo para su aplicación y procedencia.

Marcando el inicio de la segunda mitad de la obra (por número de páginas) se encuentra el capítulo quinto “Los diversos tipos de contratos en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios”. Los autores proponen una clasificación de estos instrumentos, con base en diez criterios diferentes: por su onerosidad, por el riesgo generado, por su regulación, por el momento de su perfeccionamiento, etcétera. Posteriormente, abundan en la clasificación de los contratos de acuerdo con su objeto, que resulta bastante apegada a la clasificación realizada por la LAASP, aunque la Ley no es tan ordenada como el libro

que comento. Esta clasificación da pie a una muy interesante reflexión sobre los contratos de adquisición de muebles que pueden celebrarse conforme a la LAASP, derivado de las reformas legislativas de 2009, 2012 y la expedición de un Manual de aplicación en 2014. Esta reflexión es necesaria y útil, debido a que aclara los criterios de decisión cuando existen dudas entre la aplicación de la LAASP y la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas. El capítulo deviene, también, en una guía respecto de los contratos de arrendamiento que pueden celebrarse bajo el amparo de la LAASP y los que deben sujetarse a las disposiciones del derecho común federal y realiza una espléndida explicación de los contratos de servicios profesionales, así como de los contratos internacionales y aquellos amparados bajo diversos tratados de libre comercio.

El más breve de todos los capítulos es el sexto “Exigibilidad de las obligaciones”. Se divide en dos apartados: las obligaciones a cargo de la dependencia o entidad, así como la manera de reclamarlas, y las obligaciones a cargo de los proveedores, junto con la manera reivindicarlas. Pese a su extensión resulta bastante ilustrativo porque, contrario a lo que se piensa, revela cómo las dependencias también tienen obligación de reembolsar a los particulares en determinados casos, o cómo es que la firma del contrato constituye una obligación para el proveedor.

En el séptimo capítulo “Modificaciones a los contratos” se desmiente el imaginario popular sobre la imposibilidad de modificar los contratos administrativos, especialmente en cuanto al clausulado. Aclara que estas modificaciones, como muchas otras cuestiones administrativas, se encuentran totalmente normadas, pero establecer condiciones y formalidades para hacerlo es muy distinto de no poder llevarlo a cabo. Aborda cada uno de los siete casos en que es posible la modificación, los requisitos que se debe cumplir, así como el procedimiento aplicable. Cada uno de los rubros está debidamente fundamentado en la LAASP y su reglamento.

Dentro del octavo capítulo “Supuestos de impedimentos para que las personas puedan contratar” se elabora un catálogo de las limitantes establecidas en la LAASP y reguladas por su reglamento, con el desarrollo de la explicación correspondiente a cada una de ellas. Para las personas interesadas en la materia, resulta fundamental su lectura y análisis, puesto que es uno de los capítulos en los que puede hacerse patente la ética de la dependencia y de los proveedores y cómo, su inobservancia, puede acarrear consecuencias negativas para ambas partes.

El contenido del noveno capítulo “Administración del contrato” puede resultar sorprendente para algunos lectores debido a la creencia generalizada de que, una vez firmado el contrato, las partes sencillamente deben sujetarse a las disposiciones de la legislación aplicable para todo lo relacionado con su desarrollo y terminación. Este capítulo explica que las dependencias deben contar con un funcionario que sea el responsable de la gestión de cada contrato. Esta determinación obedece al interés público que caracteriza a los fines del Estado y a la necesidad de supervisar, de manera continua, que las actividades que se involucren en cada contrato se vayan desarrollando debidamente. Este vigilante del Estado tiene un cúmulo de obligaciones que van, desde la gestión de ciertos requisitos (anticipos), hasta la aplicación de las penas convencionales, pasando por la

supervisión de entregas y/o avances de conformidad con los calendarios establecidos en el contrato.

El décimo capítulo “Garantías” constituye uno de los más importantes en cuanto a los costos, en tiempo y dinero, que implica la contratación con el Estado. Son un factor que debe tomarse en cuenta antes de participar en los procedimientos de contratación pública. Siempre se impone al proveedor la obligación de respaldar el cumplimiento de las obligaciones que contrae y en este capítulo se explica que no existe un solo tipo de garantía: fianza, carta de crédito, depósito, etcétera; y que no se garantiza el cumplimiento de un solo tipo de obligación: cumplimiento, calidad, anticipo, etcétera. Por tanto, se detalla y fundamenta el tipo de garantía y el tipo de obligación, de conformidad con la LAASP.

Se terminan los apartados de la obra, no así el contenido de la misma, con el decimoprimer capítulo “Penas convencionales y deducciones”. En la primera parte, la de las penas, se explica que la inclusión de penas convencionales no es una potestad sino una obligación de las dependencias contratantes, que siempre deben ser pecuniarias. Se aborda el determinante rol que juegan los tiempos del contrato para desarrollar ese rubro o la proporcionalidad que el monto de dichas penas debe guardar en relación con las garantías del contrato. Por lo que toca a las deducciones, para muchos resultará novedoso enterarse de que en algunos casos, cuando se da el cumplimiento deficiente o parcial por parte del proveedor, las dependencias pueden (deben) disminuir o reducir (deducir) el pago de bienes o servicios. Se explica que estas deducciones también son proporcionales, se realizan en las facturas y deben determinarse cumpliendo con determinados criterios. Por supuesto que toda esta información se fundamenta y relaciona con la LAASP.

Por último, pero no menos importante, debe hacerse mención respecto de dos aspectos relevantes de la obra: el primero de ellos es un apéndice de Legislación estatal en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios y que está integrado por un índice de leyes estatales en la materia. Su estructura se basa en el nombre de las entidades federativas del país guardando un riguroso orden alfabético. Se detalla el nombre completo del cuerpo normativo, su fecha de publicación, así como la fecha de la última reforma.

El segundo aspecto es el catálogo de fuentes de información integrado por más de 50 libros, de distinguidos juristas (nacionales y extranjeros), diversas fuentes hemerográficas, más de cien fuentes normativas (iniciando por la Constitución Federal, pasando por diversas leyes federales, tratados internacionales, códigos, reglamentos, acuerdos, lineamientos, decretos, circulares, reglas, normas oficiales mexicanas, guías, disposiciones, instructivos y programas), así como diversos recursos cibernéticos. Lo variado y abundante de las fuentes de consulta revela la titánica labor realizada por los autores, así como lo exhaustivo y profundo de su investigación y análisis.

Cabe mencionar que en cada uno de sus capítulos se advierten lazos de reflexión y referencia con temas de inversión, corrupción, rendición de cuentas, fiscalización, gasto, presupuestos y mejores prácticas internacionales, entre otros. Por todo lo anteriormente descrito, el libro *La contratación de bienes, arrendamientos y servicios en la Administración Pública Federal* deviene en una amena, interesante e indispensable lectura para

los estudiantes de derecho, para los abogados postulantes en materia administrativa, para las autoridades que forman parte de las dependencias contratantes, así como para cualquier persona interesada en el tema de la contratación pública. Es una obra que informa, aclara dudas y ayuda a entender la aplicación de las LAASP y su reglamento, que clarifica y desmitifica los requisitos y procedimientos de la contratación y que proporciona un panorama de la realidad operativa de la figura jurídica que analiza.





UNIVERSIDAD
IBEROAMERICANA
CIUDAD DE MÉXICO ®



9771405093010