

Facultad de Derecho de la
Universidad Autónoma de San Luis Potosí

REVISTA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



Número 1 Segunda época
Julio-Diciembre 2010
San Luis Potosí, México



La responsabilidad de lo expresado en los artículos contenidos en este número es de sus autores.

La reproducción del material de esta revista sea fotostática o en cualquier otra forma, no requiere autorización. Agradeceremos se nos envíe copia del trabajo donde se haya reproducido. La revista es una publicación semestral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México. Edición a cargo del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

ISSN 1405-0609

Revista de circulación internacional, con arbitraje.

Domicilio: Cuauhtémoc No. 170 Esq. Tomasa Estévez, C.P. 78270.

San Luis Potosí, S.L.P., México.

Teléfono y fax: +52 444 8349924 al 28

Correo electrónico: alejandro.rosillo@uaslp.mx

NÚMERO 1, segunda época, julio-diciembre 2010.



Instituto de Investigaciones Jurídicas
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE SAN LUIS POTOSÍ

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Lic. Mario García Valdez
Rector

Arq. Manuel F. Villar Rubio
Secretario General

Mtra. Luz Ma. Nieto Caraveo
Sria. Académica

Dr. Fernando Toro Vázquez
Srio. de Investigación y Posgrado

Lic. Fernando Sánchez Lárraga
Director de la Facultad de Derecho

Lic. Martín Gaytán Romero
Srio. General de la Facultad de Derecho

CONSEJO EDITORIAL

Director

Fernando Sánchez Lárraga

Editor de la Revista

Alejandro Rosillo Martínez

Consejo Editorial

Baltazar Reyna Reynoso

Vicente Torre Delgadillo

María Elizabeth López Ledesma

Violeta Méndezcarlo Silva

María Guadalupe Rodríguez Zamora

Paola de la Rosa Rodríguez

Sergio Azúa Reyes

Cuerpo Académico “Pensamiento Jurídico y Derechos Humanos”

Cuerpo Académico “Justicia Alternativa”

ÍNDICE

Presentación	7
Desafíos contemporáneos del derecho: Diversidad, complejidad y derechos humanos David Sánchez Rubio	9
Trascendencia axiológica de la demanda de amparo Contra la privación de la libertad promovida en 1869 Por el lic. Juan b. Barragán, gobernador de san luis potosí. Baltazar Reyna Reynoso	32
La patentabilidad de la materia viva: el caso europeo Carlos Ernesto Arcudia Hernández	42
Derechos humanos y derechos fundamentales: Aplicación y jerarquía en México José Luis Eloy Morales Brand	59
Los refugiados y el derecho de asilo En el contexto internacional Martha Guadalupe Guerrero Verano	72
Factores que limitan la aplicación de la ley de referéndum y plebiscito del estado de San Luis Potosí Olga Liliana Palacios	92
El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos. Breve estudio sobre sus antecedentes y su regulación en México Paola I. de la Rosa Rodríguez	118
Las Leyes de Burgos de 1512 y el fundamento de la libertad política Rafael Sánchez Domingo	132
Paradigma antropocéntrico vigente y su relación con la pobreza, la crisis ecológica y la violación a los derechos de los animales María Suhey Tristán Rodríguez	155

Controversias y disputas fiscales derivadas del establecimiento de precios de transferencia. Otros mecanismos contemplados en la normativa para buscar soluciones 180
Vicente Torre Delgadillo

PRESENTACIÓN

Con el presente número de la Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, iniciamos una nueva época de su publicación. La primera se desarrolló de 1993 a 2009, con un total de 16 números. Ahora, como parte de los procesos de mejoramiento de la capacidad y competitividad académicas de la Facultad, se inicia una segunda época siguiendo los criterios que establece el Consejo Nacional para la Ciencia y la Tecnología (CONACYT) para las revistas científicas. El proceso de arbitraje está bajo el encargo, principalmente, de los Cuerpos Académicos “Pensamiento Jurídico y Derechos Humanos” y “Justicia Alternativa”.

El presente número contiene diez artículos. El primero es del profesor de la Universidad de Sevilla, David Sánchez Rubio, titulado “Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos”, donde ofrece una concepción intercultural y pluriversal de derechos humanos como ejemplo de un paradigma complejo del fenómeno jurídico que debe confrontar un paradigma simplista. A continuación, el maestro Baltazar Reyna Reynoso presenta un análisis sobre la trascendencia axiológica de la demanda de amparo contra la privación de la libertad promovida en 1869 por el Lic. Juan B. Barragán, quien fungía como gobernador del Estado de San Luis Potosí. Como tercer artículo, el doctor Carlos Ernesto Arcudia Hernández nos presenta el caso europeo sobre la patentabilidad de la materia viva.

El profesor de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, José Luis Eloy Morales Brand, nos expone la diferencia entre derechos humanos, fundamentales y garantías, como demandas de actuación y abstención basadas en la dignidad humana, frente a derechos establecidos en Constituciones y mecanismos específicos de protección, pues un derecho sin garantía no es un verdadero derecho. A continuación, Martha Guadalupe Guerrero Verno presenta el artículo “Los refugiados y el derecho de asilo en el contexto internacional”, donde afirma que es en la violación de los derechos humanos de los individuos donde está la causa fundamental del refugio y del desplazamiento.

Olga Liliana Palacios realiza un análisis de los factores que limitan la aplicación de la ley de referéndum y plebiscito del estado de San Luis Potosí, entendiendo estos instrumentos como una manera de fortalecer la democracia y la participación ciudadana. Por su parte, la maestra Paola I. de la Rosa Rodríguez estudia el arbitraje como método alternativo de solución de conflictos, sus antecedentes internacionales y nacionales, las ventajas que observan las partes al someter su conflicto ante este mecanismo; analiza el acuerdo arbitral como condición para llevar a cabo este método, el procedimiento ante los árbitros y el laudo arbitral, y el procedimiento de homologación y ejecución del laudo arbitral en nuestro país. El doctor Rafael Sánchez Domingo aborda las Leyes de Burgos de 1512 como el primer cuerpo legislativo de carácter universal que se otorgó para los pobladores del continente americano, siendo consideradas como la primera declaración de derechos humanos.

En el artículo titulado “paradigma antropocéntrico vigente y su relación con la pobreza, la crisis ecológica y la violación a los derechos de los animales”, María Suhey Tristán Rodríguez se pregunta si la ética occidental es capaz de afrontar y remediar esta crisis o si es necesaria la construcción de un nuevo paradigma que amplíe nuestro círculo moral y nos permita acoger a la totalidad de los seres. Por último, el doctor Vicente Torre Delgadillo aborda la cuestión de las controversias y disputas fiscales derivadas del establecimiento de precios de transferencia, y sobre otros mecanismos contemplados en la normativa para buscar soluciones.

El Consejo Editorial

DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS DEL DERECHO: DIVERSIDAD, COMPLEJIDAD Y DERECHOS HUMANOS

David Sánchez Rubio¹

RESUMEN: El imaginario jurídico moderno posee una serie de obstáculos o límites que no suelen reflexionarse. En este trabajo se destacan tres: epistemológicos, axiológicos y culturales. Como posibles soluciones, se ofrecen cuatro retos: 1) asumir un pensamiento complejo, relacional e interdisciplinario; 2) adoptar una racionalidad y una ética de la vida y de lo vivo (entendida como una ética reproductiva y de resistencia que sea sensible al sufrimiento humano y con conciencia ambiental); 3) utilizar un paradigma pluralista del Derecho; y 4) incorporar la pluriversalidad y la interculturalidad del mundo a los estudios jurídicos. Finalmente, se ofrece una concepción intercultural y pluriversal de derechos humanos como ejemplo de un paradigma complejo del fenómeno jurídico que debe confrontar un paradigma excesivamente simplista.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, interculturalidad, complejidad, liberación, emancipación.

ABSTRACT: The modern legal discourse offers a number of obstacles or boundaries that are rarely considered. This paper highlights three of them: epistemological, axiological and cultural. As possible solutions, four challenges are proposed: 1) assume a complex, relational, and interdisciplinary thought process; 2) adopt a rational and ethical view of life and of the living (defined as reproductive and resistance ethics that is sensitive to human suffering and with environmental awareness); 3) use a pluralist paradigm of law, and 4) incorporate pluriversality and multiculturalism in the area of legal studies. Finally, this article offers an intercultural and pluriversal view of human rights as example of complex paradigm of the legal phenomenon to oppose an oversimplified paradigm.

KEY WORDS: human rights, multiculturalism, complexity, liberation, emancipation.

1.- Introducción

A lo largo del presente escrito se pretende abordar los desafíos del Derecho frente a los diversos problemas que hoy en día presenta el mundo globalizado y, en ocasiones, digitalizado. Decía Oscar Wilde que él solía hablar de nada porque era de lo único que podía hablar un poco. En este caso, no se pretende con tanta irónica humildad, hablar de nada, sino de decir algo, un poco más sobre el Derecho moderno y sobre derechos humanos, partiendo y comenzando desde una concreta intuición, que a modo de premisa, puede funcionar como punto de partida. Es la siguiente: **el imaginario jurídico y el paradigma jurídico generalizado y oficial que predomina en nuestro contexto cultural, se asienta y se basa en unos mitos, en unas ideas y conceptos que se presentan como grandes**

¹ Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Sevilla. E-mail: dsanche@us.es

obstáculos y límites para poder solucionar los retos de la sociedad global y que algunos les gusta llamar sociedad de la información. En principio se señalarán, al menos, tres obstáculos, impedimentos o límites que se manifiestan en forma de malestares que hay que interpretar interactiva e interrelacionalmente: a) epistemológicos; b) axiológicos; y c) culturales.²

Asimismo, antes de explicar los límites, paralelamente y para confrontarlos, a modo de anticipo, se ofrecerán, como desafíos, una serie de responsabilidades que el imaginario jurídico deberá asumir e incorporar para superar esos malestares. Son cuatro y están vinculados con la necesidad de la recuperación de lo político, lo sociohistórico y lo “impuro”, tal como le gustaba señalar al ilustre iusfilósofo sevillano Joaquín Herrera Flores:

- Asumir un pensamiento complejo, relacional e interdisciplinario.
- Adoptar una racionalidad y una ética de la vida y de lo vivo (entendida como una ética reproductiva y de resistencia que sea sensible al sufrimiento humano y con conciencia ambiental).
- Utilizar un paradigma pluralista del Derecho.
- Incorporar la pluriversalidad y la interculturalidad del mundo a los estudios jurídicos.

En este cuarto desafío nos detendremos en el concepto de derechos humanos. Tanto la humanidad como la naturaleza se encuentran en una situación de enfermedad terminal. Ambas gozan de mala salud y corren peligros ontológicos que amenazan con su desaparición. Como una posible reacción entre otras, se hace necesario generar una sensibilidad y una cultura que realmente apueste por derechos humanos, ya que a nivel global, todo el mundo, incluido los operadores jurídicos y los profesionales del Derecho, somos unos analfabetos en su respeto y reconocimiento. Para ello se propondrá una perspectiva compleja e intercultural de derechos humanos.

2.- Límites y obstáculos del imaginario jurídico

2.1.- Límites epistemológicos

Para señalar algunos de los obstáculos epistemológicos del pensamiento jurídico moderno se acudirá a un cuento oriental. A partir de él, se mostrará de qué manera nuestro imaginario jurídico se orienta, constantemente, a través del denominado por Edgar Morin paradigma de la simplicidad que dualiza, jerarquiza, amputa y reduce la realidad en general, no solo la del Derecho, a pesar de que la globalidad del mundo y de que los distintos procesos de globalización que le dan contenido a esa globalidad, reclaman otras orientaciones, otras responsabilidades y otros retos al fenómeno jurídico. Como desafíos, en esta situación de asimetría, simplicidad, desigualdad, peligro y colapso mundial, lo político, lo relacional, lo

² Obstáculos señalados por Norman Solórzano Alfaro en su libro *Crítica de la imaginación jurídica*, EUNED, San José, Costa Rica, 2010. Ver también su trabajo “¿Aprendizajes significativos en derecho! Primero cambiemos el paradigma”, *REDHES*, n° 4, 2010.

complejo, lo corporal y lo socio-histórico deben tener un mayor protagonismo al interior de la realidad jurídica.

El cuento dice así:

En un pueblo de la India, cinco viejos sabios y ciegos, discutían sobre lo que era un elefante. Nunca pudieron tocar uno y en sus vidas jamás se encontraron con tan ejemplar animal. Solicitaron a la gente del pueblo que les trajeran uno de verdad. Cuando lo colocaron frente a ellos, cada sabio tocó una parte del cuerpo. Uno tocó el rabo y dijo que el elefante era como una cuerda; otro palpó una oreja y comentó que era como una manta; el tercero tocó las costillas y comentó que se parecía a un muro; el cuarto sabio acarició las piernas y creía que eran como una columna; finalmente, el último sabio al tocar la trompa consideró que era como una serpiente.

A continuación, imaginemos que el Derecho es el elefante. La manera como lo interpretamos es desde el paradigma de la simplicidad: tendemos a separar las diversas partes que componen el mundo jurídico y lo segmentamos dividiendo su compleja y plural realidad. Con ello provocamos una incomunicación entre sus distintos elementos. Como ejemplo, sólo tenemos que observar, con algunas excepciones, el diálogo, los vínculos y las relaciones que se desarrollan entre las distintas materias o disciplinas al interior de las Facultades de Derecho, y, también las que se dan entre los diversos saberes jurídicos y otras ciencias, así como entre las ciencias humanísticas y el resto. Por un lado, es curioso observar de qué manera brilla por su ausencia el intercambio entre los especialistas en derechos humanos y los civilistas o mercantilistas; y por otro, como se cierra la comunicación y la retroalimentación entre los penalistas y constitucionalistas con respecto a los iusfilósofos o historiadores del Derecho. No entremos ya en la ausente conexión que existe entre el derecho universitario y el mundo social en el que se enmarca. En definitiva, nos encontramos con un fraccionamiento de los saberes, establecidos entre ciegos sabios que creen tener la verdad y la solución de todo.

Entre otras razones, esta situación se debe al predominio de una cultura lógico-formal cartesiana que reduce, separa y abstrae el mundo jurídico en distintos planos:

- Reduce el Derecho al derecho estatal, ignorando otras expresiones jurídicas no estatales (pluralismo jurídico) y creyendo que el Derecho solo es norma o institución, siendo una pesada herencia del positivismo decimonónico. Fruto de ello se termina absolutizando la ley del Estado y se burocratiza su estructura; reduce también el saber jurídico a pura lógica-analítica y normativa ignorando las conexiones entre lo jurídico, lo ético y lo político, no solo desde un punto de vista externo al Derecho, sino también en su interior.

- Separa sin capacidad de autocritica el ámbito de lo público y de lo privado, con las consecuencias negativas que, en el lugar de las garantías, poseen los derechos humanos bajo el predominio combinado de las racionalidades instrumental y mercantil, por un lado, y la patriarcal o machista, por otro. Separa también lo jurídico de lo político, de las relaciones de poder y de lo ético, silenciando las estructuras relacionales asimétricas y desiguales entre los seres humanos. Separa la práctica y la teoría en materia de derechos humanos y la

dimensión pre-violatoria de la post-violatoria de los mismos, solo preocupándose y dándole la única importancia a esta última.

- Finalmente, abstrae el mundo jurídico del contexto socio-cultural en el que se encuentra y que lo condiciona. En esta dinámica hay un vaciamiento y un desplazamiento de lo humano, en tanto corporal, compuesto por sujetos con nombres y apellidos, con necesidades y en tanto productores de realidades, hacia seres sin atributos, fuera de la contingencia y subordinados a sus propias producciones socio-históricas, como son el mercado, el Estado, el capital y el propio Derecho. Abstrae a tales niveles que los juristas creemos que nuestras propias ideas, categorías, conceptos y teorías son las que generan los hechos. Como una especie de endiosamiento platónico confundimos las ideas con la realidad. Tal como le sucede a los sabios ciegos indios, no nos damos cuenta que el elefante no vive ni mora aisladamente en un laboratorio, sino que actúa y se relaciona con otros elefantes y otros animales en un hábitat y un contexto del que forma parte.

2.2.- Límites axiológicos

Desde el punto de vista de los obstáculos axiológicos, tres son las reflexiones que se quieren resaltar y que guardan una conexión muy fuerte con lo dicho en el punto anterior:

a) Por un lado, nos encontramos con el daño causado por las concepciones iuspositivistas y iusnaturalistas del Derecho. A través del positivismo, se ha establecido una cultura formalista que entiende el Derecho como una simple técnica de regulación desarrollada por una concreta autoridad. La institución del Estado termina centralizando la capacidad de producción del Derecho, siendo el poder judicial su principal órgano interpretativo. De esta manera, los valores y principios éticos solo pueden manifestarse, en tanto verdaderos, por los aparatos estatales y/o judiciales. Con el iusnaturalismo, defensor de la inmutabilidad de los valores o de su establecimiento predeterminado, se termina por descontextualizarlos y de separarlos del conjunto de relaciones y acciones humanas que son las que realmente los construyen y significan, no siendo de competencia exclusiva de una casta de especialistas encargados de decirnos lo que es la libertad, la igualdad y la dignidad humana. El iusnaturalismo considera los valores humanos como un dato, cuando son socio-históricamente producidos. El resultado es claro: derechos humanos, la libertad, la solidaridad, la igualdad, la vida y la dignidad se interpretan desde instancias abstractizantes y formales ajenas a los tiempos, a los espacios y a los ritmos humanos plurales.³

b) Otro problema axiológico aparece por la separación que se hace entre el saber científico, de los valores éticos y morales, así como del espacio político. Aparte de eximir a la ciencia (jurídica) de responsabilidad social, se reduce el campo político a determinado tipo de relaciones (mundo de la ciudadanía y de la gobernanza), silenciando el hecho de que en toda actuación e intervención humana aparece siempre un componente político y determinadas expresiones de ejercicio del poder. Al final, estos reduccionismos terminan por eli-

3 Sobre una crítica al iusnaturalismo y a al iuspositivismo, ver Helio Gallardo, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Gráficas, Francisco Gómez, Murcia, 2007.

minar y por quitarnos la capacidad que todo ser humano tiene de construir y recrear mundos axiológicos diversos en lo sexual, en lo libidinal, en lo económico, en lo jurídico, en lo étnico y en lo cultural.

c) En tercer lugar, frutos del contexto y el imaginario socioeconómico del capitalismo, como consecuencia de la mercantilización y monetarización de todas las parcelas de la vida, se fragmentan, se destruyen y se reducen las relaciones humanas solidarias y fraternales. La cultura consumista y de obtención del máximo beneficio fomenta el egoísmo, el recelo y la insolidaridad con respecto al otro. Se pierden las horizontalidades y la sensibilidad social y ambiental. Incluso desde el punto de vista jurídico, se incrementa la dimensión punitiva y sancionadora. Se produce una especie de militarización de lo cotidiano. Todos terminamos por ser potencialmente sospechosos y/o delincuentes, pero aún más quienes son diferentes a nosotros y no pertenecen a nuestro horizonte de vida.

2.3.- Límites culturales

Finalmente, nos encontramos con un doble proceso de reducción occidentalocéntrica: junto con la hegemonía liberal individualista se impone una homogenización en todos los órdenes de la vida bajo el patrón del capital, la cultura monista-estatalista y el saber o la racionalidad técnico-científica.

La medida cultural con la que interpretar y actuar en el mundo ha sido establecida por un hombre varón, masculino, blanco, propietario, mayor de edad, europeo, cristiano y con éxito de ganador. En este sentido, se puede decir que los propios derechos humanos pasan a ser una especie de traje con corbata construido para un cuerpo concreto sin que permita o lo permita selectiva y azarosamente, el reconocimiento o la existencia de otras corporalidades (indígenas, femeninas, negras, homosexuales, campesinas, trabajadoras, no propietarios, etc.). Occidente pasa a ser el referente de la humanidad desde el punto de vista tanto epistemológico (la ciencia) como cultural (liberalismo). Su propio imaginario y horizonte de sentido sobre lo político, sobre la idea de democracia, sobre el modo de producir y distribuir los bienes con los que satisfacer las necesidades humanas, la manera de relacionarse con los otros y con la naturaleza se convierten en los únicos referentes válidos y verdaderos. Se consolida un único sistema de valores prioritarios para un colectivo financiero, bancario y gubernamental dominante (los dueños del capital) y una concreta manera de entender a división social, étnica, económica, sexual y cultural del trabajo, excluyendo, ignorando y destruyendo otras formas o expresiones.

Sobre esta estructura simbólica, constituyente y significativa, se normalizan y naturalizan las asimetrías y las desigualdades socio-culturales, sobre las cuales el Derecho no puede entrar al quedar confinado a un mero instrumento técnico de control y de regulación. Asimismo, se oculta, se invisibiliza y se ignora el rostro colonizador e imperial de la cultura moderna y sus expresiones racionales, epistemológicas y normativas.⁴

4 En este sentido ver Edgar Lander (org.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*, CLACSO, Buenos Aires, 2000.

3.- Algunas propuestas y desafíos

3.1.- Asumir un pensamiento complejo, relacional e interdisciplinario

Frente a un pensamiento simple y estrecho, que reduce y abstrae la diversidad de lo real, hay que cultivar un pensamiento que sepa distinguir relacionalmente pero no separar los elementos que conforman la realidad jurídica. La interdisciplinareidad, lo interrelacional e interactivo, dialógicamente, deben ser incorporados a la cultura del Derecho. El elefante del cuento es la suma de sus partes y mucho más (la suma de relaciones con su entorno y con otros actores del mundo animal y natural).

Actualmente estamos experimentando procesos sociopolíticos y socio-económicos de transformación y de reestructuración del capitalismo dentro de un contexto de globalidad del mundo estructurado por sus diferentes expresiones que le dan distintos contenidos (procesos de globalización cultural, militar, económica, política, etc.). Esta realidad afecta radicalmente al papel, a la funcionalidad y al alcance del derecho positivo tanto en su ámbito interno como en su relación externa con otras manifestaciones de ejercer el poder, de construir realidad y de crear normatividades (fenómenos de pluralidad normativa). Nuevos actores y nuevos acontecimientos tanto a nivel internacional como nacional y local reconfiguran las mismas fuentes del Derecho, complejizándolas. El paradigma epistemológico y racional-científico de la simplicidad y técnico-formal estatista se muestra carente e insuficiente.

Incluso en el ámbito de las nuevas ciencias, desde mediados del siglo XX se está produciendo una revolución científica equiparable a la que sucedió en tiempos de Newton. A la complejidad de la globalidad del mundo se suma la complejidad de lo real a través de múltiples descubrimientos en el ámbito de la cibernética, de la epistemología genética, la computación, los sistemas autorregulados, adaptativos y autopoietico, las ciencias de la comunicación, las ciencias de la organización y las del caos determinista, la nanotecnología y las ciencias de la biodiversidad.⁵ El progreso de todas estas ciencias de lo complejo altera profundamente la división y la articulación del trabajo intelectual, de las humanidades (incluida las jurídicas), de las ciencias, las técnicas y las artes. Desde ellas se quiebra el sentido de la disciplina entendida como autoritarismo y dogmatismo, supliéndose por ideas como la contingencia, el indeterminismo, el caos, lo entrópico y lo nenguentrópico. Se imponen tanto las concretudes y las particularidades de los fenómenos, entendidos, ahora, multidimensionalmente, así como la afectación subjetiva de lo observable. Conceptos como los atractores, los fractales, las estructuras disipativas y la resiliencia, inciden e insisten en la importancia de aprender a aprender sabiendo coordinar el mundo de lo macro con el mundo de lo micro; lo general y las totalidades con las particularidades. La estructura de lo real se

5 En este sentido ver la maravillosa obra del filósofo mexicano Pablo González Casanova, *Las nuevas ciencias y las humanidades. De la academia a la política*, Anthropos, Madrid, 2004.

interpreta a partir de lo multiescalar, la interactividad, la incertidumbre, el azar y la coimpliación entre el orden, el desorden y la organización inestable de todos sus elementos.⁶

Autores y científicos pertenecientes a las más diversas ramas de los saberes, que sin ser parte expresa del pensamiento complejo poseen muchas afinidades, deben ser conocidos y adaptados al mundo del Derecho para que, junto a él, la ciencia jurídica pueda evolucionar y pueda adaptarse a los nuevos tiempos: Edgar Morin, Humberto Maturana, Francisco Valera, Murray Gell-Mann, Pablo González Casanova, Norbert Wiener, Ludwig von Bertalanffy, Igor Prigogine, Immanuel Wallerstein, Samir Amín, Michel Foucault, Pierre Bourdieu, Marcelo Neves, Rolando García, Boaventura de Sousa Santos, Oscar Correas, Lyra Filho, José Eduardo Faria, Niklas Luhmann, Franz Hinkelammert, Carlos Restrepo, Milton Santos, Paula Meneses, Joaquín Herrera Flores, Helio Gallardo, Marielena Chauí, Enrique Marí, Luis Alberto Warat, Jesús Antonio de la Torre Rangel, Alejandro Médici, Leonardo Wandelli, Alejandro Rosillo, Óscar Arnulfo de la Torre y de Lara, Norman Solórzano Alfaro, Antonio Carlos Wolkmer, Chatherine Walsh, Donna J. Haraway, Rosi Braidotti, Ignacio Ellacuría, Raúl Fornet Betancourt, Raimundo Panikkar, Edgar Lander, Armando Bartra, Anibal Quijano, Walter Mignolo, Enrique Dussel, Vandana Shiva, Eduardo Gudynas, Judith Butler, Andrés Aubry, Enrique Leff, Gustavo Esteva, Ana Esther Ceceña, Marcos Roitman, Eduardo Saxe-Fernández, Juan Antonio Senent de Frutos y un largo etcétera, sin que esa lista desmerezca el trabajo y las ideas de otros autores no tan afines al pensamiento complejo.⁷

El imaginario positivista, formal y estatista del Derecho se derrumba con este nuevo paradigma de la complejidad. Si la simplicidad fragmenta, divide e incomunica a los saberes, como los sabios hindúes del cuento, ahora hay que apostar por la interacción y la interdisciplinariedad de las racionalidades. No solo se trata de abrirse a otras disciplinas y lu-

6 Sobre distintas líneas del pensamiento complejo ; Pablo González Casanova, Op. Cit.; Raúl Torres Martínez, *Los nuevos paradigmas en la actual revolución científica y tecnológica*, EUNED, San José, 2003. y Edgar Morin, *Introducción al pensamiento complejo*, Gedisa, Barcelona, 2001; del mismo autor, *Introducción a una política del hombre*, Gedisa, Barcelona, 2002; *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, Paidós, Barcelona, 2001; *La mente bien ordenada*, Seix Barral, Barcelona, 2001; y *El método. La humanidad de la humanidad*, Cátedra, Madrid, 2003.

7 Sin la intención de ser exhaustivos ni con intención enciclopédica, algunas obras para poder profundizar en el tema: Pablo González Casanova y Marcos Roitman Rosemann (coords.), *La formación de conceptos en ciencias y humanidades*, Sequitur, Madrid, 1999; Marcos Roitman Rosemann, *El pensamiento sistémico*. Siglo XXI, México D.F., 2003; Boaventura de Sousa Santos, *Introdução a uma ciência pós-moderna*, Edições Afrontamento, Porto, 5ª edición, 1998; del mismo autor, *Una epistemología del sur*, CALCSO/Siglo XXI, México D.F., 2009; Humberto Maturana y Francisco Varela, *El árbol del conocimiento*, Debate, Barcelona, 1999; Humberto Maturana, *La realidad: ¿objetiva o construida? I y II*, Anthropos/ITESO, Barcelona-México D.F., 1995 y 1996; Vandana Shiva, *Manifiesto para una democracia de la Tierra*, Paidós, Barcelona, 2006; Eduardo Gudynas, *Ecología, economía y ética*, DEI, San José, 2002; Rosi Braidotti, *Sujetos nómades*, Paidós, 2000, Barcelona; Donna J. Haraway, *Ciencia, cyborgs y mujeres*, Cátedra, Madrid, 1995; sobre el pensamiento de Ignacio Ellacuría, ver Juan Antonio Senent y José Mora (directores), *Ignacio Ellacuría 20 años después*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Consejería de Hacienda y Administración Pública, Sevilla, 2010.

char contra la resistencia gremial y los celos corporativos. Los horizontes de las disciplinas deben abrirse desde su interior. Se amplía la comunicabilidad de todas las partes de lo real. No es que únicamente el Derecho se relacione con la Economía, la Ética y/o la Política, sino que al interior de lo jurídico hay elementos económicos, políticos, culturales, éticos y de género. Lo mismo sucede con el resto de ámbitos en los que se desarrollan las relaciones humanas.

Asimismo, todo objeto de investigación recupera los contextos en los que está inserto. En ellos son cruciales los tiempos, los ritmos, los espacios, las corporalidades y los sujetos que (re)significan constantemente la realidad en diferentes niveles o escalas en entornos que nunca logrará controlar en su totalidad.

Por último, las nuevas ciencias hablan del paso de una epistemología de lo creado a una heurística de la creación. En el campo jurídico, nos encontramos con una ciencia del Derecho en creación constante, un Derecho dinámico, mutable, resignificado, como proceso permanente y no estático conformado por instituciones, normas, actores y/o sujetos, acciones, procedimientos, valores socio-históricamente construidos.

3.2.- Adoptar una racionalidad y una ética de la vida y de lo vivo

Por otro lado, se hace urgente y necesario explicitar el lugar desde donde se valora y desde donde los científicos, sabios, investigadores y especialistas en Derecho se comprometen. Se ha comentado la situación de enfermedad casi terminal del planeta. Tal como señala el filósofo costarricense Eduardo Saxe-Fernández, la humanidad y la Tierra experimentan una serie de peligros ontológicos e incluso de colapsos mundiales. El incremento de las desigualdades; la expansión de una cultura imperialista y de guerra; la degradación del medioambiente y la destrucción de la biodiversidad; el terrorismo internacional; el tráfico de armas, de drogas y de personas; la homofobia; el odio al diferente; la cultura sacrificial cristiana y toda clase de fundamentalismos; la maltrato de las personas migrantes; el incremento de la cultura individualista egoísta y consumista; etc., son algunos de los síntomas y, también, algunas de las pruebas manifiestas.⁸ Se quiera o no se quiera, reclaman cierta responsabilidad de todos los seres humanos. Nadie se salva de ella.

Por estas razones, el compromiso con lo humano, con sus condiciones de existencia y con la naturaleza se presenta como ineludible e inexcusable. De ahí la pertinencia de construir un pensamiento crítico y una ética de la vida y de lo vivo, en la línea trabajada por el pensamiento de liberación de Franz Hinkelammert y Enrique Dussel, a través del criterio y del principio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana.⁹ No obstan-

8 Ver Eduardo Saxe-Fernández, *Colapso mundial*, Amo al Sur Editorial, San José, 2005.

9 Véase Enrique Dussel, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión*, Trotta, Madrid, 1998; y Franz Hinkelammert, *Sacrificios humanos y sociedad occidental: Lucifer y la bestia*, DEI, San José, 1998; *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*, DEI, San José, 1995; *El grito del sujeto*, DEI, San José, 1998; y *El mapa del emperador*, DEI, San José, 1996.

te, junto a ello, varios son los referentes axiológicos que, a modo de imperativos o criterios previos orientadores, deberían ser tenidos en cuenta en los análisis sociales y jurídicos:

- En primer lugar, **el principio de agencia humana** defendido por el comentarista político chileno Helio Gallardo. Retomando el logro de la modernidad sobre la capacidad de individuación del *homo sapiens*, el compromiso y la sensibilidad con lo humano se traduce en una disposición y un impulso a luchar por crear las condiciones que permitan a todo ser humano de dotar de carácter (libidinal, sexual, cultural, social, política, económica, étnicamente) a sus propias producciones en entornos que no controla en su totalidad. Parecida idea expresa Joaquín Herrera con **el criterio de riqueza humana**, que defiende la posibilidad de reacción que toda persona posee frente al entorno de relaciones en que se encuentra, a partir del propio criterio de dignidad humana que se significa y se desarrolla en cada contexto cultural, ético, social y político.¹⁰

A partir de esta apuesta por lo humano, el Derecho y su forma de conocimiento debe tornarse más afectivo y solidario, atento a las necesidades y a las corporalidades humanas, sin excepciones. Todo ser humano, con nombres y apellidos debe tener la posibilidad de construir y reconstruir mundos en todos los órdenes de la vida.

- Junto con ese compromiso con lo humano, se añade un paso adelante y de mayor profundidad que se abre a la capacidad de saber compartir y sensibilizarse por el sufrimiento del *homo sapiens-demens*. Esto puede traducirse a través del denominado **imperativo categórico contra las victimizaciones**, propio del pensamiento crítico y de liberación, retomado por Franz Hinkelammert a partir de los planteamientos marxianos.¹¹ El hecho de echar por tierra y denunciar cualquier situación en la que cualquier ser humano sea denigrado, humillado, vejado y vilipendiado, implica una opción por quienes son producidos como víctimas (victimizados) por medio de lógicas y dinámicas de dominación, discriminación, exclusión y marginación, dando cuenta tanto analíticamente de las causas y condicionantes que las producen como contribuyendo, colaborando y participando en la generación de dinámicas, prácticas y procesos que las enfrenten. El ámbito de la reflexión acompañará las propias luchas liberadoras con sus sujetos populares que intentan desvictimizarse y ganar autoestima.

En este sentido, solemos olvidar que las relaciones humanas con nuestros semejantes, con la naturaleza y con nosotros mismos pueden desarrollarse por medio de dos dinámicas o lógicas: de emancipación y liberación; y de dominación e imperio.¹²

10 Ver Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales*, Catarata, Madrid, 2005.

11 El imperativo contra las victimizaciones es una traducción que hacemos de la idea expuesta por Franz Hinkelammert a partir de Marx que consiste, por medio de un imperativo categórico crítico, en echar por tierra todas las relaciones en que el hombre sea un ser humillado, sojuzgado, abandonado y despreciado a partir de la autoconciencia que adquirimos cuando el ser humano se convierte en el ser supremo para el ser humano. Franz Hinkelammert, *Hacia una crítica de la razón mítica. El laberinto de la modernidad. Materiales para la discusión*, Editorial Arlekin, San José, 2007.

12 Distinción en la que Helio Gallardo profundiza. Ver su trabajo *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, cit.

Las dinámicas de emancipación se establecen a través de relaciones en las que los seres humanos se tratan unos a otros como sujetos, recíprocamente y en un clima horizontal, solidario, de acompañamiento y de respeto. Estas lógicas permiten al ser humano vivir y le posibilitan la capacidad de dotar de sentido a la realidad y de hacer y deshacer mundos. Posibilita la agencia y la riqueza humanas.

En cambio, las dinámicas o lógicas de dominación e imperio son aquellas que estructuran relaciones en las que los seres humanos son discriminados, interiorizados, marginados y/o eliminados, siendo considerados objetos. En ellas, se pierde la solidaridad, el acompañamiento y la horizontalidad, y se establecen procesos hegemónicos y jerárquicos colonizadores en los que todo es manipulable y prescindible a partir de la superioridad de unos sobre otros.

Por otra parte, las relaciones humanas se ordenan, canalizan y reconducen por medio de una serie de mediaciones e instituciones humanas socio-históricamente generadas. En Occidente, el Estado, el Derecho, la ciencia, la idea de contrato social, la iglesia, las religiones, derechos humanos, los procesos de democratización, etc. son algunas de las producciones institucionales utilizadas, entre otras cosas, para proteger, garantizar orden y certidumbre, resolver los conflictos sociales, prevenir las amenazas, satisfacer las necesidades humanas, etcétera.

Las instituciones se encargan de regular el conjunto de procesos relacionales que se desarrollan en un grupo social, en una comunidad o en una sociedad. La regulación puede estar imbuida de dinámicas de emancipación, cuando mantiene y abre espacios de reconocimientos como sujetos diferenciados a quienes participan de determinadas redes de relaciones, o puede estructurarse bajo lógicas de dominación e imperio cuando permite que algunos seres humanos se comportan con otros tratándolos como objetos, apareciendo en estos casos distintas formas de humillación, abandono, desprecio y so-juzgamiento.

La cultura jurídica y el mundo del Derecho en general, deben incorporar este imperativo categórico contra las victimizaciones para saber distinguir los distintos procesos que ocasionan las condiciones para que seamos reconocidos como sujetos o para ser reconocidos como objetos en todos los ámbitos de la significación humana (de género, sexual, étnico, político, cultural, étnico, racial...). Analizar y hablar sobre propiedad intelectual, derecho económico, *lex mercatoria*, mediación, conciliación, arbitraje, sociedad de la información, derecho laboral, derecho urbanístico, derecho biogenético, derecho tributario, enseñanza jurídica, administración y políticas públicas, derecho internacional, derecho penal, criminalidad y práctica judicial, derecho ambiental, derechos del consumidor, derechos de los menores, derechos de personas de la tercera edad, etc., a partir de lógicas de inclusión y de rechazo contra la exclusión potenciaría el avance hacia un mundo atento a las diversas situaciones de injusticias y barbarie.

Dentro de la articulación entre seres humanos, acciones, medios y mediaciones, hay que estar atentos cuándo se reifican las producciones humanas por encima de los propios seres humanos o cuándo son realmente los seres humanos el referente de cualquier tipo de emancipación y liberación. Desde el Derecho se puede y se debe luchar contra cualquier ex-

presión de subintegración o subvaloración de las personas (p.e., en materia de subciudadanía o de migración en situaciones precarias). Como juristas, debemos saber para qué y para quién se producen, se interpretan y se utilizan los sistemas jurídicos y de qué forma protege o enfrenta las desigualdades.

Allí donde se producen relaciones de dominio y jerárquicas excluyentes, se ha de visibilizar las estructuras de desigualdad y asimétricas en las que determinados colectivos quedan a merced de grupos de poder y sistemas que son transformadas en ídolos y fetiches endiosados que están por encima de la condición humana. Particularmente, dentro del capitalismo, gran parte de culpa la tiene la racionalidad instrumental medio-fin y la obtención del máximo beneficio que, entre otras cosas, produce y extiende una sociedad global de ganadores y perdedores.

- En tercer lugar, tal como se anticipó, para que el ser humano pueda producir y reproducir mundos, tiene que vivir. De ahí la importancia que tiene asumir e incorporar una racionalidad y una ética de la vida y de lo vivo, una ética reproductiva que sepa resistir sensible y comprometida con el sufrimiento humano. Todo ser humano debe vivir y no ser sacrificado ni ser matado por un valor, un ideal, una institución, en definitiva, una producción o creación humana. La vida humana no sobrevive sin naturaleza. Mucho pueden enseñarnos los pueblos indígenas y otras culturas ancestrales para que aprendamos una ecoternura epistemológica¹³ y un **biocentrismo** antropológico en el que todos tengamos la posibilidad de vivir.

La producción, reproducción y desarrollo de la vida es un criterio de realidad: para que el ser humano pueda sentir, respirar, hablar, comunicar, crear, recrear, significar y resignificar mundos, debe vivir. Por esta razón, partimos de la consideración de que la vida humana es el fundamento interno de la realidad. La vida humana (no abstractamente considerada) funciona como criterio que juzga sobre toda acción, tanto sobre aquello que la produce, reproduce y desarrolla como sobre aquello que la aniquila o degrada. No nos referimos a ella como fin, ni como programa que se puede cumplir o en el que se fracasa. Se trata más bien de la condición para cualquier cosa, acción o evento que esté dentro de los marcos de la realidad histórica del ser humano. Sin vida de los sujetos, no hay discusión, ni razonamiento, ni valoración, ni sentimiento.¹⁴ Los ordenamientos jurídicos y derechos hu-

13 Ver Norman Solórzano Alfaro, “¡Aprendizajes significativos en derecho! Primero cambiemos el paradigma”, cit.

14 En este sentido, ver Franz Hinkelammert y Henry Mora, *Hacia una economía para la vida*, DEI, San José, 2006. Sin intención de incurrir en un unidimensional economicismo, para enfrentar la manera como el capitalismo y la modernidad que lo apoya coordinan la división social del trabajo y produce y distribuye los bienes sociales (con todo su aparato jurídico), estos autores defienden que no sólo se debe politizar y explicitar la política en toda actividad económica para evitar que se esconda bajo una falsa actividad técnica, sino que también se debe reconducir el mundo de la economía (así como toda acción de cualquier poder socio-político y jurídico) hacia el reconocimiento de las condiciones de existencia de todos los seres humanos (corporales en todas sus dimensiones) y la naturaleza que conforman tanto la humanidad y como el planeta Tierra, teniendo en cuenta el criterio y el principio de la vida humana. Cualquier acción o política

manos guardan relación con la administración de la vida y de la muerte de las todas las personas del planeta, con nombre y apellidos. De ahí el reto de construir una ciencia y una cultura jurídica responsable y con conciencia de las condiciones de existencia humana y de la naturaleza.

3.3.- El paradigma pluralista del Derecho

Otro reto para la cultura jurídica está en la incorporación de un paradigma de pluralismo jurídico frente al paradigma del monismo jurídico. Ya hemos comentado que la creciente complejidad del mundo contemporáneo está colocando en una situación de crisis del Estado que afecta a su principal instrumento de control, el derecho estatal. Su soberanía político jurídica está siendo amenazada y coartada, porque va perdiendo progresivamente el control de la coherencia sistémica de sus leyes. El sociólogo y iusfilósofo brasileño José Eduardo Faria señala que el Estado no tiene más remedio que sustituir las normas abstractas, genéricas e impersonales por normas particulares, específicas y “finalistas”, teniendo que someter su ordenamiento jurídico a la competencia de otros ordenamientos. Nos encontramos con una situación de policentrismo o polisistemia normativa en donde el derecho estatal pierde su centralidad y concurre con justicias y normatividades paralelas, muchas de ellas, pero no las únicas, dominadas bajo la lógica financiera y mercantilista del capitalismo.¹⁵

En este sentido, las normas tradicionales asentadas bajo las pretensiones de homogeneidad, promulgadas en base a los principios de impersonalidad, generalidad y abstracción y de rigor semántico, y organizadas bajo formas de un sistema unitario, lógico, cerrado, jerarquizado, coherente, exento de lagunas y antinomias, son excesivamente simples para dar cuenta de la pluralidad de situaciones sociales, económicas, políticas y culturales cada vez más diferenciadas. La complejidad socioeconómica y la creciente desigualdad de los conflictos tanto a nivel supranacional y a nivel infraestatal como al interior del propio derecho jurídico positivo estatal muestran la pérdida de su capacidad de regular y disciplinar nuestras sociedades y la aparición de otras expresiones de pluralidad jurídica que rompe el monopolio estatal.

Nuevas fuentes del Derecho, nuevos sujetos y actores en todas las escalas espaciales (locales, regionales, nacionales, globales) y nuevos derechos replantean la unicidad y la hegemonía del derecho estatal que lo hace insuficiente y deficiente. El resurgimientos dentro de los procesos de globalización de modelos hetajerárquicos del Derecho, sacan a la luz la existencia de formas diversas de pluralismo que todo análisis jurídico tiene que saber percibir y analizar. De ahí que la mejor manera de visualizar el hecho manifiesto de policentrismo normativo sea el paradigma pluralista del Derecho. Defendido por autores como Antonio Carlos Wolkmer, Jesus Antonio de la Torre Rangel. Boaventura de Sousa Santos, Oscar Correas, Edgardo Ardila, Germán Palacios, Alejandro Médiçi, Alfonso de Julios Campuza-

pública y privada, como mínimo, debe tener en cuenta y apostar por las condiciones de existencia de todos los sujetos que conforman la humanidad, porque la vida de cada persona es el soporte de todo lo demás.

15 Ver Jose Eduardo Faria, *El derecho en la economía globalizada*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

no y el propio José Eduardo Faria, el contexto global manifiesta sus especificidades regionales, como es el caso de América Latina en tanto territorio de capitalismo periférico. Por esta razón, especial mención merecen, no solo los dispositivos normativos de la *lex mercatoria*, sino también las naciones y pueblos indígenas, quienes desde tiempos ancestrales han desarrollado sus propios sistemas jurídicos regulación social y, tras 1492, vienen enfrentando el imaginario político, económico, y cultural procedente de Europa y EE.UU.¹⁶

El caso es que la estructura normativa del moderno Derecho positivo formal a comienzos del siglo XXI, es poco eficaz, sobre todo para solucionar y atender los problemas relacionados con las necesidades de las sociedades periféricas. En América Latina, la nueva fase de desarrollo del capitalismo y su proceso de expansión por medio de las estrategias de dominación de las naciones más poderosas, intensifica la sangría de los mercados de los países más débiles y pobres e incrementa los niveles de desigualdad y contradicción social. Entre otras cosas, provoca una crisis de legitimidad y de funcionamiento de la justicia basada en la primacía y la exclusividad del modelo estatista del Derecho y en los valores del individualismo liberal, crisis que apareció en los inicios en lo que afecta a las naciones indígenas.

De la misma manera que existen relaciones sociales de emancipación y de dominación, aparecen expresiones de derecho estatal y de derecho no estatal empapadas por estas mismas lógicas. Podemos encontrarnos con normas jurídicas estatales autoritarias y discriminadoras y con normas jurídicas comunitarias o de colectivos no estatales con una fuerte carga de violencia despótica, pero también se desarrollan en ambos casos, normas reconocedoras y garantizadoras de derechos humanos o de espacios de dignidad. Aparte de saber analizar cualquier expresión de pluralidad del Derecho, también hay que decantarse por recuperar y consolidar toda manifestación jurídica, sea o no estatal, que se mueve bajo dinámicas emancipadoras. Esta línea es la que defiende y potencia, por ejemplo, Antonio Carlos Wolkmer al proponer la búsqueda de una visión jurídica, más pluralista, democrática y antidogmática que refleje mejor y de cuenta del nuevo contexto en el que se encuentran los países latinoamericanos y que atienda a aquellos colectivos cuya experiencia de vida es más desigual (son los dominados, los victimizados, “los de abajo”). A partir de una postura militante y comprometida, nuestro autor apuesta por un proyecto de un “nuevo” Derecho

16 Sobre el tema del pluralismo jurídico, Antonio Carlos Wolkmer *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, MAD, Sevilla, 2006 (traducción a cargo de David Sánchez Rubio); Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (orgs), *Pluralismo jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade*, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2010; Alfonso de Julios Campuzano, *Constitucionalismo em tempos de globalização*, Livraria do advogado editora, Porto Alegre, 2009; Oscar Correas (coord.), *Pluralismo jurídico, otros horizontes*, Ediciones Coyoacán/UNAM, México D.F., 2007; Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en Derecho*, Trotta/ILSA, Madrid, 2009; Alejandro Médici, “Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismo de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador, trabajo presentado en III Jornadas de Filosofía Política, UNMdP (mimeo); y Jesús Antonio de la Torre Rangel, *El Derecho como arma de liberación en América Latina*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma San Luis Potosí, 2006; y del mismo autor, *Sociología jurídica y uso alternativo del Derecho*, Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997.

transformándolo en una instancia al servicio de la justicia, la emancipación y la dignificación de los seres humanos¹⁷. Su propuesta parte de una noción de pluralismo jurídico, *capaz de reconocer y legitimar normas extra e infraestatales, engendradas por carencias y necesidades provenientes de nuevos actores sociales, y capaz de captar las representaciones legales de sociedades emergentes marcadas por estructuras con igualdades precarias y pulverizadas por espacios de conflicto permanente*.¹⁸

En la misma línea de este pluralismo emancipador, Jesús Antonio de la Torre Rangel señala dentro de la disputa por el poder de enunciación jurídica entre el Estado y otros actores sociales, la razón de los pueblos indígenas en su lucha por la recuperación de su memoria, por el saber histórico de sus reivindicaciones y por la puesta en marcha de procesos sociales que crean conceptos y realidades para la construcción de condiciones de dignidad humana significadas desde lo indígena y lo campesino. El pueblo desarrolla en su disputa y lucha, la capacidad de decisión en tanto contrapoder capaz de producir realidad. Autoafirmación, autoconciencia y reivindicación de la identidad campesina e indígena sintetizan tanto las prácticas jurídico-liberadoras que desarrollan solidaridad como un concepto distinto de lo político como servicio y apertura al otro.¹⁹

En función de lo dicho, la cultura jurídica tiene que asimilar e incorporar el paradigma pluralista del Derecho por dos razones fundamentales: a) porque permite una mejor interpretación de la complejidad de los actuales acontecimientos que el contexto de la globalización está provocando sobre el mundo jurídico; y b) porque en su versión emancipadora, el Derecho tanto estatal como no estatal puede ser un instrumento al servicio de los colectivos más desprotegidos y más vulnerables. Eso sí, hay que tener muy claro que no existen instancias salvadoras que se mantengan al margen de la afectación permanente de las relaciones de poder. Las normas jurídicas y el fenómeno jurídico se encuentran en un continuo proceso de significación y resignificación. La lucha por nominarlo y construirlo de modo emancipador o dominador no desaparece nunca.

Asimismo, haciendo una proyección de la visión pluralista normativa y del Derecho al campo de las garantías de derechos humanos liberadora y emancipadoramente, podemos encontrarnos a escala local, nacional, regional e internacional y/o global con mecanismos de protección jurídicas estatales, mecanismos de protección jurídicos no estatales (p.e., a través de sistemas de resolución y reconocimiento de carácter indígena) y, además con instrumentos de garantía de derechos humanos no jurídicos, es decir, de corte social, económico, cultural, étnico, sexual-libidinal, etc., activados por medio de instancias que no son

17 Ver Antonio Carlos Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, ILSA, Bogotá, 2003; *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, cit..

18 Ver Antonio Carlos Wolkmer, “Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina”, en Mauricio García Villegas y César Rodríguez (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá: ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 2003.

19 Ver Jesús Antonio de la Torre Rangel, “Liberación y Derecho. Pluralismo jurídico y resistencia”, ponencia presentada en el 7° *Coloquio Académico “Ni una vida más para la toda”, Homenaje a Franz Fanon*, Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Mayaguez, Puerto Rico, 16 de abril de 2009 (referencia tomada de Oscar Arnulfo de la Torre de Lara, “Tierra y Derecho: la disputa inmemorial” (mimeo).

exclusivamente judiciales ni estatales (conformadas por luchas, tramas o conjunto de acciones y relaciones humanas colectivas -movimientos sociales- y cotidianas -individuales y diarias- de reciprocidad y horizontalidades desenvueltas en todos los espacios sociales). Es decir, lo que afirmamos es que existen mecanismos multiescalares de garantías de derechos humanos de carácter jurídico estatal, jurídico no estatal y no jurídico (socio-económico, cultural, sexual, político...) en la línea trazada por Helio Gallardo de que derechos humanos son a tiempo completo y en todo lugar.

3.4.- La pluriversalidad y la multiculturalidad del mundo

En lo referente a una escala mundial, nos encontramos con un hecho multicultural muy claro en el contexto de la llamada globalización. Es notorio y evidente que existen sociedades multiculturales de distinto tipo. Es una facticidad o hecho cotidiano la existencia de una pluralidad de culturas en el mundo y en nuestro mismo espacio geográfico. Esto tiene sus consecuencias negativas (problemas y conflictos identitarios y convivenciales a partir de la distinción nosotros/ellos o los otros), pero también sus consecuencias positivas. Y será desde este ámbito desde donde la cultura jurídica ha de saber moverse. El hecho multirracial hay que tomárselo como un reto intercultural, es decir, como una tarea o programa, como una exigencia normativa que brota de la realidad misma de nuestra situación histórica y que apuesta por una humanidad que debe caminar junta para poder conquistar y reconocer derechos humanos de manera plena y para todo el mundo sin excepciones.

Este es el último reto que se propone para el imaginario jurídico: la incorporación consciente y expresa de la pluriculturalidad del mundo, sin incurrir en situaciones idílicas ni en idealismos. Los procesos globalizadores acompañados por las nuevas tecnologías, (Internet, medios de transporte como los aviones, trenes coches y barcos, telefonía, etc.), la internacionalización del capital, las posibilidades de un mayor movimiento de las ideas y de las personas a nivel interfronterizo, algunas en condiciones más precarias que otras..., dan cuenta de las distintas expresiones que de lo humano existen en lo cotidiano, no solo en la distancia. Asimismo, sociedades como las latinoamericanas son sociedades poscoloniales donde coexisten cosmovisiones diferentes y derechos consuetudinarios y ancestrales, marcados por colectivos indígenas, quilombas, campesinos, además de distintas culturas urbanas.

Interesante resulta, en este mismo contexto latinoamericano, lo que está ocurriendo en algunos de los países de capitalismo tardío, como Bolivia, Ecuador y Venezuela, que pese a que adoptan la estructura jurídico-política constitucionalista y garantista de tradición europea y usamericana, le dan un nuevo sesgo más abierto y producido no solo desde el pluralismo jurídico sino también desde la interculturalidad. Por medio del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano y autodenominándose como estados plurinacionales -con cierta afinidad pero con diferente perspectiva política Brasil también constitucionaliza derechos étnicos y colectivos-, se están reconociendo una serie de nuevos derechos vinculados con la dimensión multiétnica y plurinacional de sus sociedades. Se trata de un proceso

de mestizaje cultural en el que el paradigma moderno no es el único que establece las condiciones de garantía jurídico-política. A él se suman otras racionalidades y otras epistemologías tradicionalmente silenciadas y marginadas que reclaman su reconocimiento. Esos derechos suelen ser de carácter colectivo relacionados con los pueblos indígenas y/o grupos afrodescendientes (p.e. el derecho a la tierra, el derecho a la autodeterminación y la autonomía, derechos culturales -educación, idioma, usos y costumbres...-, etc.) y sistemáticamente negados a lo largo de una trágica historia de resistencia, expolio, genocidio y barbarie. Asimismo, este nuevo constitucionalismo incorpora en sus cartas magnas derechos ambientales que protegen la biodiversidad y el medioambiente, también muy vinculados con las culturas milenarias. Por ejemplo, en este sentido, la Constitución ecuatoriana parte de que la Naturaleza es sujeto de derechos y como tal debe ser garantizada, protegida y cuidada.²⁰

Por otra parte, los procesos de globalización afectan a muchos conceptos, instituciones tradicionalmente asociadas al patrón del estado nacional propio de la tradición de la modernidad: democracia, derechos humanos y el mismo concepto de ciudadanía. La explicitación del elemento multicultural provoca un cuestionamiento, una crítica y una resignificación de esas instituciones o conceptos.

Uno de los factores más destacados del reto de la pluralidad es el de la inmigración. Se trata de uno de esos procesos propios de la globalidad del mundo que pone a prueba también a todas las sociedades, principalmente a las que se dicen de Derecho y democráticas. El movimiento inter-fronterizo de personas, como hecho de multiculturalidad, pone a prueba nuestro sentido ético de la convivencia y nuestra idea de reconocimiento de la dignidad humana. Provoca la búsqueda de una idea más coherente de ciudadanía y de lo que se entiende por derechos humanos. La inmigración nos muestra tanto las carencias y los límites de nuestra propia cultura jurídica occidental de derechos humanos y nuestra propia noción de ciudadanía como ofrece un campo de posibilidades y opciones para obtener y lograr un mundo más justo. Porque de lo que se trata es de crear humanidad y abrir espacios de humanización para todos, respetando en igualdad de condiciones sus diferencias y siempre defendiendo una vida digna de ser vivida en cada entorno social y cultura. Para ello, el Derecho puede ser un instrumento más de reconocimiento y garantía.

El imaginario jurídico debe fomentar propuestas de interculturalidad desde el reconocimiento de los criterios de riqueza y agencia humana mencionados anteriormente. Todos deben tener la capacidad de dotar de carácter y significar sus propias producciones, de poseer la capacidad de reaccionar en sus entornos de relaciones a partir de la variable cultural, sexual, étnica, política, jurídica, económica, etc. No hay mejor manera que respetando y garantizando las diferencias y reconociendo las igualdades desde la diversidad cultural. Hay un dicho popular en Chiapas que expresa esto muy bien: “cada uno a su propio modo”. El zapatismo lo aclara con la expresión “un mundo en el que quepan muchos mundos”.

20 Ver Alejandro Médi, “Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismo de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador, trabajo presentado en III Jornadas de Filosofía Política, UNMDP (mimeo)

Para todo esto resulta interesante potenciar los estudios jurídicos desde un paradigma pluritópico e intercultural que sepa abrirse al otro, al diferente, más aún en aquellos estados que se dicen plurinacionales (como es el caso de Bolivia, Ecuador o Brasil). Pese a que existen múltiples propuestas multi e interculturales, anticipamos la defendida en este trabajo y que podemos denominar **pluriversalismo de confluencia o interculturalismo socio-histórico**, en la línea establecida por Peter McLaren, Catherine Walsh y Joaquín Herrera Flores, en tanto **interculturalismo crítico y de resistencia**.²¹ Se trata de una apuesta por la fecundación mutua entre las culturas y las diversas modalidades de saber y conocer, considerando que todas las culturas, que son incompletas, se construyen a través de procesos de lucha de signos, saberes y significaciones, donde permanentemente se transforman las relaciones sociales, culturales e institucionales, y en esas relaciones es donde se edifican los significados. Para este tipo de interculturalismo toda cultura está contaminada por muchas culturas y racionalidades, y lo que debe defender es una igualdad en la diferencia, que sepa combinar ambos principios frente a toda situación que produce desigualdad. Los dos imperativos categóricos que sintetizan muy bien lo señalado son los ofrecidos por Boaventura de Sousa Santos: a) tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza; y b) tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descentraliza.

Estos imperativos cuestionan la oposición igualdad-diferencia y pasan a defender a la complementariedad entre ambas frente a la desigualdad de la dominación o de la asimetría discriminatoria en el modo de ser, en el hacer, en el saber y en el estar. La pluriversidad de controversia se resuelve buscando criterios de emancipación que nos permitan, en un proceso continuo abierto, itinerante y en tránsito, desde la experiencia y los contextos de la gente (**particularismos tensionados de universalidad**), principalmente de quienes están en condiciones subalternas, vulnerables y victimizadas, distinguir y diferenciar, por un lado, aquellas políticas de apertura de humanización y, por otro lado, políticas de cierre (teniendo en cuenta las dinámicas de inclusión desde la diferencia y dinámicas de exclusión y deshumanización). Una interculturalidad que no ignora las relaciones de poder y las pretensiones de hegemonía de unas culturas o grupos sobre otras/os en todos los niveles (epistemológicos, axiológicos, ideológicos). En definitiva, espacios de capacitación a los seres humanos en tanto que sujetos plurales pero sin caer en una funcionalidad que consolida imaginarios hegemónicos predefinidos y pre-establecidos (como pueden ser los establecidos por el Estado-nación, la lógica del capital y la cultura patriarcal).

4.- Una propuesta intercultural y compleja de derechos humanos

Finalmente, como colofón de lo expuesto, se establecerá una propuesta de pensamiento complejo e intercultural pero proyectado al campo más específico de derechos humanos,

21 En este sentido ver Joaquín Herrera Flores (edit.), *El vuelo de Anteo*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000; y Catherine Walsh, "Hacia una comprensión de la interculturalidad", *Estado de Direito*, n° 28; 2010; Peter McLaren, *Multiculturalismo crítico*, Cortez Editora, Sao Paulo, 2000.

en tanto elemento transversal y recurrente en el mundo de las ciencias, los saberes y la actividad humana en general:

- En primer lugar, existe un imaginario simplista y reducido sobre derechos humanos. Nuestra cultura sobre derechos humanos, hemos afirmado, se basa en un alto grado de analfabetismo. Además, se centra en su dimensión post-violada y está basada en un paradigma estatalista, ignorando la dimensión preventiva y pre-violatoria, es decir, aquella que existe antes de ser vulnerados. Sin que ahora lo desarrollemos en profundidad, lo que hay que hacer es ampliar la mirada y la manera de concebir derechos humanos. Hay que confrontar la clásica separación entre la teoría y la práctica, lo que se dice y lo que se hace sobre los mismos y también hay que enfrentar el control que desde el paradigma de la simplicidad se hace al reducir derechos humanos a teorías filosóficas, normas e instituciones jurídicas y eficacia jurídica estatal.²²

Entre otras cosas, puede ayudar bastante apostar por una noción de derechos humanos entendidos como **procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por diversas formas de entender la dignidad humana** y como formas de acceder a los bienes con los que se satisfacen las necesidades humanas y que, por lo general, están condicionados por contextos materiales hegemónicos (es decir, por sistemas de valores y sistemas de posiciones con respecto a esos bienes).²³ Será muy útil ampliar y extender la mirada, desde un paradigma de la complejidad y relacional, a las luchas de los movimientos sociales que los originan y significan y a las luchas cotidianas individuales, así como a las distintas eficacias y garantías dichas anteriormente de carácter jurídico no estatal y a las garantías no jurídicas políticas y sociales; asimismo también se debe subrayar la convocatoria y la concientización de una cultura y una sensibilidad socio-popular de derechos humanos que no esté basada en una única expresión o forma de vida humana. Por ello, los sujetos sociales, su capacidad de relacionalidad, los entornos y los contextos espaciotemporales en los que se sitúan, sus espiritualidades desde lógicas de dominación e imperio o de emancipación y liberación tiene que ser incorporados a los análisis jurídicos (par exclusión/inclusión).

- En segundo lugar, también se dijo, que los derechos humanos son como una especie de traje, con chaqueta y corbata que se tiene que poner o colocar todo *homo sapiens*, inclusive aquellos hombres y mujeres que no precisan usarlo porque tienen otra forma de concebir la ropa o porque sus cuerpos, figuras o espiritualidades no encajan en ese molde

22 Para mayor detalle ver David Sánchez Rubio, *Repensar derechos humanos. De la anestesia a la sinestesia*, Mad, Sevilla, 2008; y del mismo autor, *Contra una cultura anestesiada de derechos humanos*, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí y Facultad de Derecho del la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2008. Sobre la interculturalidad en perspectiva crítica, ver Raúl Fonet Betancourt, *Transformación intercultural de la filosofía*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001; y *La interculturalidad a prueba*, Concordia, Aachen, 2006. Sobre un ejemplo de comprensión intercultural, Carlos Lenkersdorf, *Filosofar en clave tojolabal*, Miguel Angel Porrúa, México D.F., 2002.

23 Joaquín Herrera, *A (re)invenção dos direitos humanos*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2009.

o forma.²⁴ Predomina un imaginario excesivamente eurocéntrico y lineal que, aunque posea sus virtualidades y elementos positivos, acaba por implantar una cultura excesivamente anestesiada y circunscrita a una única forma hegemónica de ser humano: la propia desarrollada por Occidente en su trayectoria y versión de la modernidad burguesa y liberal.

No solo se trata de denunciar el problema que existe concebir derechos humanos desde una concepción de demasiado simplista, estrecha y reducida, sino también de incorporar el elemento cultural y vinculado con la universalidad de los mismos. Referirse a los derechos humanos, enseñar, analizar e investigar sobre derechos humanos puede tener un condicionante muy negativo por su dimensión y carga eurocéntrica. Desde nuestro punto de vista, la idea de derechos humanos oficialmente aceptada y que está más generalizada en la cultura tanto de las personas de la calle, como en el ámbito de los operadores jurídicos y de los teóricos de la academia, no solo provoca cierta indolencia, docilidad y pasividad, además de que consolida la separación, tradicionalmente reconocida, entre la teoría y la práctica, sino que también parte de un imaginario circunscrito a la cultura occidental.

Por estas razones cuando se habla de estudios y saberes sobre derechos humanos, hay que incorporar el elemento intercultural para evitar seguir participando en la consolidación de discriminaciones y silenciamientos históricos de culturas y grupos humanos cuyos imaginarios, formas de pensar, modos de vida, ritmos y tiempos son muy diferentes al ethos sociocultural de occidente. Con mayor motivo cuando el actual contexto marcado por la globalización ha ampliado los espacios de intercambio, contacto y sociabilidad pluricultural.

Además, sabido es que, históricamente, dentro de nuestro contexto cultural, la mayoría de los estados se han construido bajo la pretensión y el dominio de un grupo nacional dominante. Los estados-nación han surgido fruto de luchas de poder cuyas tendencias se han dirigido hacia la creación de un estado unitario y homogéneo. El colectivo dominante, que podía ser mayoritario o minoritario, según los casos, ha ido utilizando las instituciones estatales para promover su identidad, su lengua, su historia, su cultura, sus mitos, sus símbolos. Para ello se utilizaban políticas de “construcción nacional” tanto de asimilación como de exclusión a expensas de los otros grupos étnicos o indígenas. La historia de Occidente está llena de procesos internos y procesos externos de colonización e imperialismo donde los colectivos o grupos que se resistieron han sufrido represalias políticas, discriminaciones económicas de todo tipo e incluso técnicas de eliminación y destrucción genocida. Esta historia ha ido de la mano del surgimiento y de la posterior universalización del ideal de los derechos humanos. Pese a su componente emancipador, su contexto de desarrollo por el mundo ha tenido también una cara de dominación. Por esta razón son muchas las culturas y los grupos étnicos e indígenas que son recelosos a la hora de utilizar una figura que ha estado asociada a procesos de conquista, robos, pillaje, expolios y guerras. Cues-

24 Ver David Sánchez Rubio, *Repensar derechos humanos...*; y también ver *Faziendo e desfazendo direitos humanos*, EDIUNISC, Santa Cruz do Sul, 2010. Otra perspectiva crítica sobre derechos humanos afín, ver en Juan Antonio Senent de Frutos, *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

tionan a los derechos humanos como posible instancia universal que permita dar cuenta de todas las expresiones culturales relacionadas con ideales de emancipación, liberación y dignidad humana.

En este sentido, y con intención aclaratoria sobre el posible origen de derechos humanos y la relación que puede tener con su dimensión de universalidad, vamos a destacar tres posiciones concretas y que, según la que se adopte, dependerá el tipo de concepción que en clave intercultural se desarrolle a nivel de cultura jurídica.²⁵

a) En primer lugar, están aquellas posiciones que defienden que todas las culturas tienen procesos de lucha y versiones sobre la dignidad relacionadas con derechos humanos. Por tanto, todas participan en su proceso de construcción y en cada contexto cultural se debe dar cuenta y hacerse eco de esas distintas luchas y expresiones que, en la mayoría de las ocasiones, se han silenciado, invisibilizado y ocultado.

b) En segundo lugar, hay quienes consideran que solo la lucha por la dignidad humana en Occidente ha sido traducida en forma de derechos humanos. Todas las culturas poseen diversas concepciones sobre la dignidad humana, pero no todas ellas las conciben en forma de derechos humanos. Lo que hay que hacer es buscar los denominadores comunes y las diferencias existentes entre los derechos humanos generados en Occidente y aquellos equivalentes isomórficos que tienen un parecido estadio o nivel de importancia en las culturas que los defienden.

c) En tercer lugar, nos encontramos con posturas que afirman que Occidente no creo ni la idea ni el concepto de derechos humanos, sino solo una manera discursiva, filosófica e institucional de sistematizarlos y desarrollarlos, que sin ser exclusiva, se ha hecho hegemónica.

En uno y otro caso, tal como señala Boaventura de Sousa Santos, hay que partir de la premisa de que todas las culturas son incompletas y problemáticas en sus concepciones de dignidad y, además, poseen versiones intraculturales diferentes, algunas más amplias que otras, algunas con círculos de reciprocidad más amplios que otros, más abiertos en el reconocimiento como sujeto a todos los seres humanos.²⁶ Son estas versiones las que deben incorporarse en cualquier programa o plan de investigación que pretenda fomentar un espíritu y una actitud realmente intercultural en el reconocimiento de las diferencias.

Como un ejemplo, y para terminar, una alternativa metodológica y educativa para el imaginario jurídico que explique y salga del callejón sin salida sobre la universalidad o particularidad de los derechos humanos, debe hacerse cargo e incorporar en sus programas de investigación tanto de la presencia de múltiples culturas, con sus respectivos grupos humanos, como de las distintas visiones y pretensiones de unidad hacia la que aspiran, construidas por medio de las propias relaciones sociales, que pueden ser diferentes y equidistantes unas de otras. Cada contexto marcará el grado de atención de la diversidad. Pero hay que hacerlo evitando posturas esencialistas que aparecen tanto en discursos y culturas de ca-

25 Para una mayor profundización véase Jack Donnelly, *Derechos Humanos universales: en teoría y en la práctica*, Edic. Gernika, México, 1994.

26 Boaventura de Sousa Santo, *A gramática do tempo*, Cortez Editora, Sao Paulo, 2006.

rácter tanto localista como globalista y hegemónico, en la línea del pluriversalismo de confluencia y crítico apuntado.

En este sentido, un conocido proverbio complementado señala que *cuando el dedo señala el sol, el tonto mira el dedo... Pero más tonto sería si mirara al sol, pues se quedaría ciego*.²⁷ Ser tontos o ciegos en políticas educativas sobre derechos humanos vendría a ser el marco dentro del que se mueven quienes defienden tanto una idea de universalidad expansionista y excluyente de los mismos, como una idea de particularidad cerrada e incomunicada que los rechaza a partir de un esencialismo estrecho y blindado. Es por ello que incluso el punto de partida en el que hemos situado al tonto, el marco en el que se encuentra, igualmente está equivocado porque no sólo hay un sol, no sólo hay un dedo y una forma de apuntar al cielo. En materia de lucha por la dignidad humana, hay múltiples soles y estrellas, muchos son los dedos que las señalan e, incluso, hay otras maneras para indicar distintos lugares y sitios. Siempre es muy enriquecedor lo que pueden ofrecernos quienes imaginan y crean diversos mundos, por muy diferentes que sean al nuestro.

La aceptación de esta pluralidad de opciones no tiene por qué implicar indefectiblemente la total incomunicación y separación entre las culturas. Es cierto que podremos encontrarnos con esferas en las que será imposible establecer vasos comunicantes, pero habrá otras en donde sí serán posible algunos puntos de encuentro. A pesar de todo, sí es cierto que el conocimiento y la valoración de otras formas de vida a partir del condicionamiento provocado por nuestra misma cultura es una empresa complicada, por los obstáculos ideológicos y por los prejuicios limitantes, pero existe toda una amplia gama de tonalidades de sentido sobre la emancipación humana. Nos encontramos con zonas completamente oscuras y ciegas para nuestros ojos, de evidente inconmensurabilidad porque sus cimientos descansan sobre *paradigmas originales, absolutamente propios, e imposibles de reducir a una unidad básica*.²⁸ Asimismo aparecen esferas de penumbra y de poca claridad, pero que pueden ser traducidas y apropiadas en virtud de nuestros propios paradigmas. Y, finalmente, hay espacio de intensa luz, conmensurable y de pleno entendimiento intercultural.

En este sentido, Raimon Pannikar apuesta por la urgencia y la necesidad de un horizonte abierto que vea y comprenda la tendencia del ser humano *hacia la unidad y la universalidad*, pero que sea consciente de que hay otros pueblos con otros horizontes. Pese a que aspiramos a abrazarlos, nos percatamos tanto de su carácter siempre escurridizo, como de su apertura constitutiva. Lo transcultural nunca está sólo, pues siempre estamos en una cultura. Y una cultura no lo abarca todo. Siempre se encontrará con elementos y facetas de la realidad impenetrables para ella, incluso para la misma razón humana,²⁹ sin embargo también habrán *equivalentes homeomórficos*, elementos de juntura y concurrencia intercultural, que expresan los frutos de inseminaciones mutuas, pero en contextos itinerantes y en tránsito.

27 En Subcomandante Marcos, "Encuentro intergaláctico", *Ajoblanco*, nº 4, 1997.

28 Véase Salvador Giner y Ricardo Scartezini (eds.), *Universalidad y diferencia*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

29 Ver R. Panikkar, *La intuición cosmoteándrica. Las tres dimensiones de la realidad*, Trotta, Madrid, 1999; también ver su libro *Sobre el diálogo intercultural*, Edit. San Esteban, Salamanca, 1990.

Por otra parte, los procesos de elección y cambio relacionados con derechos humanos siempre son situacionales, se desarrollan por prácticas sociales y tramas a través de las cuales se construye en cada momento y en cada lugar, experiencias con proyección de universalidad. El cierre o la apertura del otro, de quien es diferente se realiza por medio de acciones humanas que se pueden plasmar simbólicamente y discursivamente. El saber valorar las particularidades siendo conscientes de nuestras raíces no impide la búsqueda de referentes transculturales y transhistóricos que en cada momento y en cada lugar se generan y se regeneran en función de las prácticas humanas. Xabier Etxeberria nos habla de *una universalidad tensionada de particularidad*, en donde se interrelacionan y acceden los imaginarios, las distintas cosmovisiones y diversas concepciones del mundo.³⁰ Pero estas nacen y se desarrollan a partir de situaciones y testimonios sociales y culturales. Por ello, quizá sea mejor hablar de **particularidades concretas tensionadas de universalidad**, con proyección de generalidad y que se expresan según las tramas sociales desplegadas por cada cultura. Se trataría no de un *universalismo* sino de un **pluriversalismo de confluencia**, abierto desde sus distintas procedencias a un permanente diálogo y a un continuo proceso de construcción sin imposiciones etnocéntricas y homogeneizadas. Este espíritu debería bañar el diseño de cualquier política de investigación en derechos humanos.

Por este y otros motivos, todo conflicto intercultural no tiene que ser abordado como un problema incómodo y rechazable, sino enteramente lo contrario, como un reto enriquecedor de intercambios con el que hay que convivir para que la vida no pierda su dinamicidad. Evidentemente, cuando se está hablando de áreas de concurrencia, de preocupaciones isomórficas mutuamente, de puntos o parámetros transculturales y de equivalentes homeomórficos recíprocamente inteligibles, los riesgos de imposiciones hegemónicas y de dobles discursos excluyentes aparecerán a cada instante. De ahí que esta pluriversalidad dialógica y de confluencia sea tan difícil de construir y deba hacer referencia a aquella dimensión de la realidad a partir de la cual se puede conocer si los procesos de desarrollo, encuentros y conflictos interculturales provocan situaciones de marginación, discriminación y exclusión social en todas sus esferas y dimensiones. Ese lugar lleno de riesgos, incertidumbres, avances y retrocesos podemos encontrarlos en distintas versiones sobre la dignidad y en la figura de derechos humanos que hay que articular y enseñar sin la intención de homogenizar con una idea de unidad, sino respetando las diferencias y su base relacional e histórica.

Finalmente, pese a que podamos pecar de reiterativos, cuando hablamos de universalidades lo hacemos no en un sentido abstracto sino como expresiones situacionales que nacen y se desarrollan desde el comportamiento humano y el testimonio de la gente, no desde los discursos y las teorías, que son una parte mínima de la experiencia. Un imaginario pluriversal y de confluencia debe cultivar el respeto de la diferencia en espacios en los que desde ella permita en igualdad de condiciones a todos los sujetos humanos poder crear, sig-

30 Xabier Etxeberria, "Los derechos humanos: universalidad tensionada de particularidad", en *Los derechos humanos, camino hacia la paz*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1997.

nificar, recrear y hacer mundos plurales en lo étnico, lo cultural, lo sexual, lo libidinal, lo social, lo económico, lo político, lo espiritual, lo epistémico y lo espiritual.

Esta alternativa intercultural de confluencia debe hacerse cargo y debe incorporar tanto la presencia de múltiples culturas con sus luchas y reclamaciones, como las distintas visiones y pretensiones de unidad hacia la que aspiran, construidas por medio de las propias relaciones sociales, que pueden ser diferentes y equidistantes unas de otras. Por esta razón, la idea de derechos humanos y de dignidad humana variará, mudará en cada caso. Cada contexto marcará el grado de atención de la diversidad. Pero todo ello hay que hacerlo evitando posturas esencialistas que aparecen tanto en discursos y culturas de carácter localista como globalista y hegemónico. La aceptación de esta pluralidad de opciones no tiene por qué implicar indefectiblemente la total incomunicación y separación entre las culturas. Es cierto que podremos encontrarnos con esferas en las que será imposible establecer vasos comunicantes, pero habrá otras en donde sí serán posibles algunos puntos de encuentro, siendo los derechos humanos uno -no el único- de esos lugares de confluencia.

5.- Conclusión

Para terminar y concluyendo brevemente, a lo largo de estas páginas, con la explicitación que hemos hecho de los tres límites u obstáculos del imaginario jurídico moderno y con los cuatro retos expuestos junto a la propuesta intercultural de derechos humanos, se ha querido expresar la necesidad de que el Derecho y la cultura jurídica vaya a la realidad y deje de ser exclusivamente una técnica de regulación ausente de valores contaminantes y socio-históricamente producidos. A nivel epistemológico, axiológico y cultura, un Derecho interdisciplinar, comprometido y basado en un pensamiento complejo y relacional, que enfrente esa cultura analfabeta en derechos humanos que predomina en nuestras conciencias y que reconozca a todos los seres humanos desde la pluralidad la capacidad de vivir y de construir, recrear y resignificar mundos diversos y plurales en clave étnica, sexual, política, cultural, económica y social, principalmente desde los niveles de exigencia y responsabilidad que reclaman y nos reclaman aquellos colectivos situados en condiciones de victimización y vulnerabilidad. Pero esto es otra historia que desarrollaremos en otro lugar.

TRASCENDENCIA AXIOLÓGICA DE LA DEMANDA DE AMPARO CONTRA LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD PROMOVIDA EN 1869 POR EL LIC. JUAN B. BARRAGÁN, GOBERNADOR DE SAN LUIS POTOSÍ.

Baltazar Reyna Reynoso¹

Resumen: En 1869 el Gobernador del Estado de San Luis Potosí, junto con el jefe político y los diputados, fueron aprehendidos por un grupo armado que tomó el poder, ante estas circunstancias el gobernador ya estando en prisión solicitó el amparo de la justicia federal al juez de distrito, quien con gran valor le dio trámite a la respectiva demanda arriesgando su seguridad personal en cumplimiento de su deber, posteriormente se nombró nuevo gobernador y el aprehendido fue puesto en libertad.

Palabras clave: Amparo, historia, derecho, aprehensión, justicia.

Abstract: The governor of San Luis Potosi, the political authority and Congressmen were apprehended by an armed group that took over the power in 1869. In these circumstances, the imprisoned governor asked for the protection of the federal justice. The District Court received the lawsuit and bravely started this process risking his personal security but honoring his duties. Subsequently, a new governor was appointed and the prisoner was released.

Key words: Habeas corpus protection, history, law, detention, justice.

1.- Introducción

El presente trabajo está compuesto de varias partes extractadas de la investigación realizada sobre la demanda de amparo que promovió en 1869 el entonces gobernador del Estado de San Luis Potosí.

1.- La aprehensión

El 15 de diciembre de 1869 aproximadamente a las dos de la tarde fue aprehendido el gobernador del Estado Juan B. Barragán y el jefe Político² Ignacio Gama, por el general Toledo quien apoyaba al grupo revolucionario dirigido por el General Francisco Aguirre.

¹ Profesor de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la UASLP. Correo-e: baltarr@prodigy.net.mx

² De acuerdo a los artículos 1°, 49 fracción VIII y 59 de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, de 1861, el territorio del Estado se dividía en Partidos, uno de esos Partidos era el de la capital y en cada cabecera de Partido había un Jefe que ejercía el gobierno político del mismo y eran nombrados por el gobernador.

Simultáneamente el coronel Granados se presentó en el salón del Congreso del Estado y aprehendió a los diputados cuando estaban sesionando. Dichos funcionarios no pudieron hacer ninguna resistencia, quedaron desde luego como tales presos en el mismo departamento del Congreso.³ Se tiene referencia que en esa época se encontraba en funciones la tercera legislatura constitucional para el período de septiembre de 1869 a septiembre de 1871, integrada por los diputados Ateneo Barragán, Leocadio Gutiérrez, Eulalio Degollado (Padre), Miguel María Esparza, Benigno Arriaga, Cayetano Legorreta, Antonio Quezada, Francisco Bustamante, Manuel Pereyra, Justo Flores y Eleazar Martínez.⁴

El general Francisco Antonio Aguirre en sus propósitos de ocupar la gubernatura de San Luis por medios violentos, también estaba apoyado por el general Pedro Martínez, comandante militar del Estado.⁵

2.- El juicio de Amparo 177/1869

2.1.- La demanda de amparo

El gobernador del Estado Juan B. Barragán, al ser aprehendido el día 15 de diciembre de 1869 y recluso a prisión, dirigió desde su lugar de cautiverio, que era en la prisión de Palacio del Estado, un escrito al Juez de Distrito Lic. Cipriano G. Martínez, haciéndole del conocimiento que había sido aprehendido, iniciando en los siguientes términos: “Son las seis de la tarde hace dos horas que me pusieron preso: también lo están todos los diputados aprehendidos a la hora de la sesión.”...Al parecer este ocurso lo escribió de su puño y letra el mismo gobernador.

El escrito se encuentra en una hoja de papel de 17.1 cm por 22.2 cm, escrita a mano por ambas caras y en la primera página se encuentra una referencia también escrita a mano, en el margen superior izquierdo que dice: Gobierno de Estado de San Luis Potosí.

2.2.- Elementos de la demanda de Amparo

Tomando como base los datos del escrito que el gobernador del Estado dirige al Juez de Distrito y tratando de seguir los elementos de una demanda de amparo, tenemos lo siguiente.

a) Competencia del Juez de Distrito de San Luis Potosí: De conformidad con el artículo 3 de la Ley de 1869 en comento, el Juez de Distrito de la demarcación en que se ejecute o trate de ejecutar la ley o acto que motive el recurso de amparo, es Juez de primera instancia, y por lo tanto él es ante quien debe presentarse el ocurso por el que se solicite amparo. En el caso del amparo 177/1869, el Juez competente para conocer de este asunto

3 Muro Manuel, op. cit., nota 23, p. 592.

4 Moctezuma Barragán Javier y Manuel González Oropeza, *Digesto Constitucional Mexicano, Las Constituciones de San Luis Potosí*, México, Laguna, 2000, p. 377.

5 Guerrero Carlos, op. cit., nota 11, p. 62.

to es el Juez de Distrito del Estado de San Luis Potosí, ya que el acto reclamado se ejecutó en la Ciudad de San Luis Potosí como se puede desprender al leer el final del escrito que dirige el gobernador al Juez de Distrito, en el que se aprecia que la prisión en el Palacio del Estado de San Luis Potosí, es el lugar donde se encuentra recluso el gobernador y desde donde se escribió el ocurso.

b) Nombre y domicilio del quejoso: Juan B. Barragán, gobernador del Estado, el jefe Político Ignacio Gama, reclusos en la prisión ubicada en Palacio del Estado y los diputados reclusos en el recinto legislativo. El Palacio de Gobierno se encuentra ubicado en la parte oriente del Jardín Hidalgo también llamada Plaza de Armas y en su interior se encontraba la cárcel donde hoy es la Secretaría de Finanzas y tenía entrada por la actual Avenida Carranza.⁶ También se encontraban ubicados en Palacio la legislatura y el Ayuntamiento, los cuales estaban en ese lugar desde que San Luis Potosí pasó a ser Estado Libre y Soberano en 1824.⁷ En el tiempo de la fundación de la Ciudad de San Luis el lugar que hoy ocupa el Palacio de Gobierno era un lodazal de donde las aguas de sus manantiales corrían cuesta abajo hacia el oriente y formaban unos charcos enormes en lo que hoy es el Jardín Hidalgo.⁸

c) Autoridad responsable: En el escrito que dirige el gobernador al Juez de Distrito le refiere que no sabe con certidumbre quién es el jefe del movimiento revolucionario que lo aprehendió, pero menciona que se dice que es el general Francisco Aguirre apoyado por elementos que pertenecían a la Guardia Nacional de la cual se habían separado.

d) Acto reclamado: Como ya se apunta al inicio de este capítulo el acto reclamado es la privación de la libertad consistente en la aprehensión y encarcelamiento de que fue objeto Juan. B. Barragán siendo él en esa época gobernador del Estado, mismo que quedó recluso en la cárcel ubicada en el Palacio de Gobierno.

e) Hechos: De la lectura del ocurso de demanda de amparo se desprende que aproximadamente a las dieciséis horas del día 15 de diciembre de 1869 fue aprehendido Juan B. Barragán quien a la sazón era el gobernador del Estado y fue recluso en la prisión de Palacio del Estado, además, en el escrito, el gobernador refiere que también estaban en prisión todos los diputados quienes habían sido aprehendidos a la hora de sesión. En el mismo ocurso el gobernador refiere al Juez de Distrito que era de notarse que el pueblo había permanecido tranquilo sin tomar parte en el atentado del que fue objeto al ser aprehendido él y los diputados. Al parecer la aprehensión no fue inesperada ya que el mismo gobernador es su escrito refiere que consecuente con lo que le ofreció al Juez, le daba parte del suceso que ya se temía, expresándole que lo ponía en conocimiento de cuanto había pasado, esperando protegiera a las autoridades del Estado como el Juez se lo había ofrecido. En las últimas líneas del párrafo anterior se aprecia con claridad que el motivo del ocurso era

6 Montejano y Aguinaga Rafael, *El Palacio de Gobierno de San Luis Potosí*, Academia de Historia Potosina, Biblioteca de Historia Potosina, México, San Luis Potosí, S.L.P., 1973, p. 70.

7 Rodríguez Barragán Nereo, *El Palacio de Gobierno de San Luis Potosí, Apuntes para su Historia*, Talleres Gráficos de la Editorial Universitaria, San Luis Potosí, S.L.P., México, 1950, Serie Estudios 10, p. 20.

8 Montejano y Aguinaga Rafael, op. cit., nota 91, p. 7.

poner en conocimiento de los acontecimientos al Juez de Distrito solicitándole protegiera a las autoridades del Estado.

En el ocurso el gobernador sigue diciendo que en todo caso él (el gobernador) cumpliría con un deber para deslindar responsabilidades ante el Estado y el Gobierno General, y además, menciona que estando vigilado pudiera serle difícil volver a escribir, pero que si los ponían en libertad (a él y a los diputados) se lo avisaría (al Juez de Distrito). Luego aparece como el lugar y fecha del escrito, el de Prisión en el Palacio del Estado: San Luis Potosí. Diciembre 15 de 1869, así mismo se encuentra enseguida el nombre y firma del quejoso. Al calce aparece que se dirige copia de este escrito al Comandante Militar Larrañaga.

2.3.- Copias certificadas

En el expediente de este juicio de amparo 177/1869 se encuentra dos copia cerificada, una que refiere a los hechos iniciales descritos en la demanda, en los que el gobernador del Estado manifiesta que acababa de ser reducido a prisión y que también lo habían sido todos los diputados encontrándose reunidos en sesión. Y menciona que parece que el movimiento revolucionario lo dirige el C. Francisco Aguirre apoyado en la Guardia Nacional que ha defecionado. En seguida se encuentra el acuerdo del Juez de Distrito en el sentido de que se sirviera poner del conocimiento del presidente de la República⁹, fechándose en San Luis Potosí, diciembre 15 de 1869, Juan B. Barragán, una rúbrica y con copia al C. Ministro de Gobernación. En párrafo siguiente se hace la referencia que es copia que se certifica en San Luis Potosí, diciembre 17 de 1869 por el Lic. Cipriano G. Martínez rúbrica y también aparecen las rúbricas de los testigos de asistencia Carlos Meléndez y Rafael Guzmán. Esta copia se encuentra en papel con un sello en la parte superior izquierda que dice: “SEGUNDA CLASE. PARA EL BIENIO DE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO Y SESENTA Y NUEVE. 5 Cents.” y otro sello debajo del anterior que dice “ADMÓN. REAL DE LA VENTA DE PAPEL SELLADO DE SAN LUIS POTOSÍ”, y en el margen inferior izquierdo se encuentra otro sello que dice “JUZGADO DE DISTRITO DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ”.

La otra copia certificada es una transcripción total de la demanda, la cual a semejanza de la copia certificada anterior, tiene en el margen superior izquierdo un sello que dice “SEGUNDA CLASE. PARA EL BIENIO DE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO Y SESENTA Y NUEVE. 5 Cents.” y otro sello debajo del anterior que dice “ADMÓN. REAL DE LA VENTA DE PAPEL SELLADO DE SAN LUIS POTOSÍ”, y en el margen inferior izquierdo se encuentra otro sello que dice “JUZGADO DE DISTRITO DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ”, al final del escrito se encuentra la referencia de que Es copia que certifica fechándose en San Luis Potosí, diciembre 17 de 1869, firmada por el Lic. Cipriano G. Martínez con dos firmas de los testigos de asistencia correspondientes una a Carlos Meléndez y otra a Rafael Guzmán.

⁹ Hay que recordar que en el año de 1869 don Benito Juárez era el Presidente de la República.

En relación a las copias certificadas que se mencionan, hay que recordar que en la época en que se realizó este amparo, todavía no había medios de reproducción eléctricos de los escritos, por lo tanto las copias eran transcripciones a mano, como se aprecia en las dos ilustraciones anteriores.

2.4.- Acuerdos

En el expediente de este juicio se encuentra con fecha 17 de diciembre de 1869 el acuerdo por el que se ordena remitir con comunicación oficial al C. Ministro de Gobernación y al General en Jefe de las fuerzas de la 3ª División residentes en la plaza de San Luis Potosí, los oficios que con sobre para el Juez de Distrito, fueron mandados en la noche del día 16 a su casa habitación, ordenándose también en este acuerdo que se certificara el modo con que fueron recibidas y se dejara copia certificada de las referidas comunicaciones, todo con citación del C. Promotor Fiscal. Este acuerdo proveído y firmado por el Lic. Cipriano G. Martínez, Juez de Distrito del Estado, con los siguientes testigos de asistencia por falta de secretario, Carlos Meléndez, rúbrica y Rafael Guzmán, rúbrica.

En seguida en la misma hoja se encuentra una actuación por la que el C. Promotor Fiscal se da por enterado del auto anterior diciendo que lo oye, se da por enterado y firma. Y aparece el nombre de Lic. Martínez, rúbrica, una firma ilegible, Carlos Meléndez, rúbrica y Rafael Guzmán, rúbrica.

En la parte final de esta hoja y en el inicio de la siguiente se encuentra un acuerdo del día 17 del mismo mes y año por el que se ordena agregar la comunicación que dirigió el C. General en Jefe de las armas, y la que devuelve, y se da conocimiento de todo al C. Promotor Fiscal para que en su visita promoviera lo que creyera conveniente. Y aparecen las firmas del Juez de Distrito y de los testigos de asistencia por falta de secretario Carlos Meléndez y Rafael Guzmán.

2.5.- Contestación del general Manuel Larrañaga

El General Larrañaga al recibir la comunicación que le envió el Juez de Distrito le contesta en la misma fecha 17 de diciembre, que recibió la comunicación que le remitió y conviene en la importancia de este comunicado por referirse a un procedimiento que él califica de arbitrario.

Después de escribir estas palabras el general se excusa diciendo que no creyéndose Juez de los autores, devuelve el escrito al Juez diciéndole que le devuelve el escrito por haberle sido dirigido y por no tener él uso que hacer de su contenido.

En un segundo párrafo el general manifiesta que una vez que se apercibió de lo ocurrido dictó las providencias conducentes al mantenimiento del orden público, el cual menciona, que no había sido alterado.

En este mismo párrafo señala que ha dado cuenta al Supremo Gobierno para que resuelva esta cuestión que por su gravedad él no puede resolver ni de derecho juzgar.

Como puede apreciarse el General Larrañaga se mantiene al margen de este asunto y solamente se limita a mencionar que dictó las providencias conducentes para mantener el orden público y que dio cuenta al Supremo Gobierno de lo ocurrido, sin que refiera que haya acompañado constancias escritas al respecto.

2.6.- Opinión del promotor fiscal Gregorio Vázquez

Gregorio Vázquez en aquélla época promotor fiscal y a quien el Juez de Distrito ordena por acuerdo darle conocimiento de todo lo actuado en este asunto para que en su vista promoviera lo que creyera conveniente, contesta con fecha 20 de diciembre, que las constancias que forman el expediente así como la notoriedad de los hechos que pasaron, comprueban de una manera evidente el movimiento que tuvo lugar en la ciudad la tarde del quince de diciembre, contra las autoridades constitucionales.

En seguida el Promotor agrega que el jefe del movimiento lo es el General Francisco Aguirre que a la vez se titula gobernador, y menciona que también se demuestra la prisión de los diputados del H. Congreso y del gobernador Juan Barragán.

De una manera concreta señala que también es un hecho flagrante la acefalía en que se encuentra el Estado de sus principales y superiores autoridades a causa del movimiento mencionado.

Finalmente señala que como de tal acontecimiento el Juzgado de Distrito como la 3ª División dieron el oportuno aviso al Supremo Gobierno de la Nación, opina que “es lo único que providencialmente debió hacerse en el caso” y que deben reservarse las constancias, y en tanto que se reciba la resolución de la Superioridad se proceda a lo que hubiera lugar, y finaliza diciendo “Tal es mi parecer, que sujeto al más acertado de ese Juzgado”.

Y estas son todas las constancias que obran en el expediente del juicio de amparo 177/1869, en el cual al parecer se reservaron las constancias como así lo opinó el Promotor Fiscal y no hay más constancias que indiquen que el juicio se reanudó, máxime que como se anotará más adelante, a los pocos días de que el Congreso nombró otro gobernador, el ya exgobernador Lic. Juan Barragán y los diputados fueron puestos en libertad.

3.- Reflexión sobre lo que se puede denominar caso de excepción

Podemos llegar a considerar que en el caso de este juicio de amparo 177/1869, se estaba ante una situación de excepción en el que, como lo menciona el promotor fiscal en el sentido de que, por las constancias y la notoriedad de los hechos se comprobó el movimiento contra las autoridades constitucionales, así como la aprehensión del gobernador y de los diputados, ante lo cual lo más acertado era proceder como se hizo, que fue el de dar cuenta de lo acontecido al supremo gobierno y esperar la respuesta.

No hay que dejar de advertir que al parecer la mayoría de los militares estaban de acuerdo con el golpe y se habían apoderado del gobierno y desconocieron a los poderes del Estado. Así las circunstancias, el Juez de Distrito estaba actuando rodeado de militares golpistas, situación que se le agravó cuando los alzados también desconocieron al Poder Ejecutivo.

tivo Federal y condicionaron su reconocimiento a los poderes legislativo y judicial de la federación si se sumaban al llamado Plan de San Luis, como se verá en el siguiente capítulo.

4.- Reflexión sobre el proceder jurídico del gobernador

Un aspecto que puede parecer interesante es el proceder del gobernador en virtud de que, como se puede apreciar en el ocursus de demanda de amparo, ya prevenía el peligro en que se encontraba su gobierno y lo comentó con el Juez de Distrito y una vez consumado el golpe y encarcelado promovió por escrito su demanda de amparo, lo que pareciera que esta actitud solamente podría ser de un conocedor del derecho, como así lo era, ya que Juan B. Barragán se recibió de abogado en la Ciudad de México el 15 de marzo de 1852.¹⁰

5.- Trascendencia axiológica

El que el gobernador del Estado solicitara la protección del Juez de Distrito, muestra la solidez y respeto que ya se tenía del Poder Judicial de la Federación. Esta solicitud de protección ante la adversidad fue la única esperanza para preservar el estado de derecho en la Entidad, fue el de luchar por el imperio de la ley ante la arbitrariedad.

El actuar del Juez de Distrito posiblemente le salvó la vida al gobernador y a los diputados, esto no lo podemos asegurar, pero de no haber iniciado el proceso los alzados no hubieran encontrado la oposición de la ley a las arbitrariedades cometidas y sus excesos pudieron haber sido mayores, pero afortunadamente ahí estaba la ley personificada por el Juez de Distrito.

Además, el inicio de este proceso refleja la valentía del Juez de Distrito, quien no obstante las acciones cometidas por las fuerzas armadas que usurparon el poder violentamente, cumplió con su deber, lo que le hubiera costado ser también privado de su libertad e incluso de la vida. Alguien opinará que al escribir que pudiera haber sido privado de su vida, es una exageración, pero baste decir que solamente hay que tratar de ubicarse en aquél 15 de diciembre de 1869 y enterarse de que el gobernador del Estado había sido aprehendido por fuerzas armadas y que además también habían sido aprehendidos los diputados y además, que alguien se debía oponer a estos actos y que ese alguien éramos nosotros, para de inmediato sentir que nuestra integridad podía estar en peligro e incluso nuestra vida, pudiéramos haber dudado en actuar o no; el Lic. Cipriano G. Martínez ¡actuó!

Y este actuar tiene mayor valor al recordar que incluso la Suprema Corte en situaciones difíciles se ha mantenido al lado del poder de facto, como en el caso de todos conocido en que el Poder Judicial Federal se colocó al lado del usurpador de la Presidencia de la República, cuando Victoriano Huerta toma el poder.

Recordemos: Huerta traicionó al presidente Francisco I. Madero y lo aprehendió junto con el vicepresidente Don José Ma. Pino Suárez y les hizo presentar su renuncia al cargo.

¹⁰ Kaiser Schlittler Arnoldo, *op. cit.*, nota 6, segunda parte, número 3 Juan Bautista Barragán.

Huerta ocupó la presidencia de la República y fue reconocido por el Congreso, la Suprema Corte de Justicia, los gobernadores de los Estados, menos los de Sonora y Coahuila, y el cuerpo diplomático. Posteriormente fueron asesinados Gustavo A. Madero y Adolfo Bassó, luego Francisco I. Madero y Don José Ma. Pino Suárez, para lo cual fueron sacados de la penitenciaría; después Abraham González, Edmundo Pastelón, Adolfo Gurrión, Serapio Rendón y el senador por Chiapas Belisario Domínguez. Ante estos asesinatos el Congreso protestó enérgicamente y Huerta lo disolvió y encarceló a los legisladores.¹¹

El Partido Nacional Católico por no querer ser mero instrumento del gobierno usurpador, fue disuelto y algunos de sus dirigentes fueron apresados y mandados a la cárcel de San Juan de Ulúa.¹²

Comparando este caso con el del amparo 117/1869 hay que resaltar que la Suprema Corte si reconoció al usurpador y en cambio el Juez de Distrito Lic. Cipriano G. Martínez, con su actuar conforme al estado de derecho, no reconoció en el gobierno al usurpador, que bien pudo haberlo hecho con su silencio, su omisión o mostrando su conformidad expresamente. Por lo que al iniciar el procedimiento de amparo pudiera haber corrido la misma suerte que años después sabemos, sufrieron algunos de los opositores al régimen golpista de Huerta.

Este actuar del Juez Martínez es digno sucesor de aquel acontecimiento jurídico que se desarrolló el 13 de agosto de 1849 en San Luis Potosí, cuando en sentencia de esa fecha el suplente Pedro Sámano en funciones de Juez de Distrito por ausencia del titular, dictó lo que se considera como la primera sentencia de amparo. Este Juez tuvo la suficiente entereza para enfrentarse al gobernador del Estado y superó las dificultades derivadas de la presión política, la falta de reglamentación del amparo y la escasa precisión de los derechos individuales y concedió la protección constitucional contra la orden de destierro expedida por el gobernador del Estado.¹³

Volviendo a nuestro personaje, y tomando en cuenta los acontecimientos narrados, es de exaltarse la actitud demostrada en cumplimiento del derecho por el Juez de Distrito Lic. Cipriano G. Martínez, acto que propongo sea reconocido, esperando que coincidan conmigo en que es justo realizar un reconocimiento al entonces Juez de Distrito Lic. Cipriano G. Martínez.

Ya que su actuar es un ejemplo y orgullo para quienes en algún momento se han desempeñado al servicio del Poder Judicial Federal y para sus integrantes presentes y futuros, como para todos los estudiantes y profesionistas del derecho.

El Juez Martínez cumplió con lo que en épocas recientes escribió el Magistrado Enrique Arizpe Narro en el sentido de que la responsabilidad del Juez de Distrito es mayor, al tener en sus manos el poder de determinar, a través del juicio de amparo, la constitucional-

11 Alvear Acebedo Carlos, Historia de México, Jus, México, 1988, pp. 340 y 341.

12 *Ídem.*, p. 341.

13 Poder Judicial de la Federación, *op. cit.*, nota 54, pp. 54 y 55.

dad de los actos de autoridad, coadyuvando para mantener incólume el estado de derecho, el cual se traduce en el imperio de las leyes y en la cima de ellas la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y coincide en que la Constitución vive en tanto se aplica por los Jueces, pero cuando desfallecen, deja de existir.¹⁴ Así, nuestro Juez de Distrito Cipriano G. Martínez, mantuvo viva la Constitución, él nunca desfalleció.

Al respecto del Estado de Derecho, el licenciado Edmundo Elías Musí también escribió que el binomio formado por un estado de derecho y una judicatura plena deben constituir un paradigma incesante en el quehacer de un Juez, en donde la sociedad espera de él la salvaguardia efectiva del imperio de la ley, y por ello el Juez es el bastión en el que se resguarda la primacía de la voluntad general expresada en la norma de derecho y en consecuencia, la teleología del orden social establecido.¹⁵ En nuestro caso, el Juez Martínez hizo presente la voluntad general expresada en la norma de derecho defendiendo el orden social establecido, máxime que en la época en que se desarrollaron estos sucesos históricos no tenía los medios de ahora.¹⁶

Lo importante a destacar en este caso, no es tanto que se haya concedido o no la protección de la autoridad federal, sino que las acciones del Juez de Distrito así como del promotor fiscal, al dar inicio a un juicio de amparo demostraron su valor civil y su fe en la Constitución.

Ya desde la edad media se le asignó al Juez un papel ordenador en la sociedad, que exigía de él, además de contar con el criterio jurisdiccional para discernir el derecho en cada caso concreto, el representar el conjunto de principios, normas y costumbres conforme a las cuales juzgaba.

Esta función representativa de un orden general dio lugar al surgimiento de los primeros textos en los que se hablaba del honor del Juez, de la necesidad de que mantuviera su buena fama y nombradía, manteniendo en todo tiempo la lealtad de ese orden como garantía de la justicia de sus decisiones y de la correcta interpretación de los textos jurídicos.¹⁷

Nuestra historia mexicana ha presenciado grandes construcciones y defensas de la imagen pública del juzgador: el honor del Juez se equiparó al de un héroe o

14 Arizpe Narro Enrique en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Cartas a un juez que inicia su carrera judicial*, México, S.C.J.N., 2001, p. 49.

15 Elías Musí Eduardo en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Cartas a un juez que inicia su carrera judicial*, *op. cit.*, p. 214.

16 Vid 3.1 La Suprema Corte sigue de pie, con muchos problemas. Herida, pero de pie; respondiendo a las necesidades de la impartición de justicia en la medida en la que puede hacerlo y se le permite; aún no rompe las cadenas a las que se le somete a través de pasadas constituciones. Se gobernaba en la incertidumbre de las luchas internas y con los pocos elementos con los que contaba, pero aún así, cumplía su misión.

17 Cárdenas Gutiérrez Salvador, *El Juez y su Imagen Pública, una historia de la judicatura mexicana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. XIII.

caudillo moral en el arte y la retórica novohispana; mientras que en el siglo XIX se le idealizó como funcionario republicano ascético¹⁸ e incorrupto.¹⁹

El Estado generalmente formaliza conceptos e imágenes preexistentes en la cultura universal y en la historia particular, como el honor y la hombría de bien, o ciertas virtudes, como la lealtad, la valentía y la veracidad, mismas que, si bien en ocasiones llega a transformar, por lo general conserva como valores éticos aceptables por la sociedad. Así pues, la imagen pública de honorabilidad judicial es producto de la transformación de un conjunto de valores éticos en una imagen representativa del honor, regulada por las leyes civiles y penales, y sometida a la dinámica teatral de poder público.²⁰

6.- Conclusiones

PRIMERA. Después de la caída del llamado segundo imperio y una vez restaurada la República, se dieron en el país diversas revueltas y levantamientos armados protagonizados por los grupos que querían apropiarse el poder político en las Entidades Federativas. Algunos de esos Estados en los que se dieron estas luchas fueron los de Campeche, Hidalgo, Oaxaca, Querétaro y San Luis Potosí.

SEGUNDA. Una característica de estos acontecimientos es que en los casos de los Estados que se mencionan, además de la participación de las fuerzas armadas y vivas, se promovieron diversos procedimientos jurídicos, en materia penal y de amparo, para que la Justicia de la Federación resolviera la situación.

TERCERA. En San Luis Potosí un grupo armado que contaba con la participación, complicidad y simpatía de diversos grupos militares, asaltó el poder político de la Entidad y tomó presos al gobernador del Estado, a los diputados y al jefe Político.

CUARTA. El gobernador del Estado solicitó el amparo de la Justicia Federal ante el Juez de Distrito y como en el ocurso de demanda se le marcaba copia al general Larrañaga, el Juez de Distrito, aún ante la difícil situación en que se encontraba, ya que las fuerzas armadas estaban coludidas, le dio vista de la demanda de amparo al mencionado General en Jefe de las fuerzas de la 3ª División residentes en la plaza de San Luis Potosí, quien contestó no ser un asunto de su competencia.

QUINTA. Hay que destacar que el Juez de Distrito con su actuar mantuvo el estado de derecho en situaciones de extremo peligro, ya que al haber sido aprehendidas y encarceladas las autoridades del Estado por el grupo armado que tomó el poder, era un gran riesgo iniciar un procedimiento tendiente a proteger y amparar a las autoridades privadas de su libertad, pues con este proceder, el Juez de Distrito cuestionaba a las nuevas autoridades que habían tomado el poder.

18 Ascético: que se dedica a la práctica y ejercicio de la perfección espiritual.

19 Cárdenas Gutiérrez Salvador, *op. cit.*, nota 181, p. XIV.

20 *Ídem.*, p. 5.

LA PATENTABILIDAD DE LA MATERIA VIVA: EL CASO EUROPEO

Carlos Ernesto Arcudia Hernández¹

Resumen: El principal obstáculo para la admisión de las patentes sobre materia viva en Europa lo constituía la prohibición de la protección acumulada por patente y título de obtención vegetal contenida en el artículo 53 b) del Convenio de la Patente Europea. Tal disposición negaba la patentabilidad de las variedades vegetales y de los procedimientos esencialmente biológicos para la obtención de plantas y animales. Este obstáculo legal fue superado mediante una serie de resoluciones de las cámaras de recursos de la Oficina Europea de Patentes que acotaron tales prohibiciones. Los casos Ciba Geigy, Lubrizol, Onco Ratón, PGS y Novartis hicieron posible la patentabilidad de organismos vegetales que no constituyeran variedades vegetales en términos del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales. El caso Lubrizol y el caso Onco Ratón abrieron la puerta a la patentabilidad de procedimientos no esencialmente biológicos. Como último punto de estudio analizaremos la Directiva 98/44 de Invenciones Biotecnológicas que vino a positivizar buena parte de la doctrina de los casos anteriores haciendo una declaración general de la patentabilidad de la materia viva y acotando las restricciones a la misma.

Palabras clave: Patentes, obtenciones vegetales, procedimiento esencialmente biológico, Directiva 98/44, Convenio de la Patente Europea.

Abstract: The main obstacle for Europe to patent objects having living matter was the prohibition to grant the accumulated protection resulting from both patents and the title granted to plant variety established in article 543 b) of the European Patent Convention. Such a disposition did not grant patents in respect of plant varieties or essentially biological processes for the production of plants or animals. This legal obstacle was overcome with a series of resolutions by the Chambers of the European Patent Office which delimited such prohibitions. The Ciba, Geigy, Lubrizol, Onco Raton, PGS and Novarti cases made it possible to patent plant varieties not constituting plant varieties under The International Union for the Protection of New Varieties of Plants. The Lubrizol and Onco Raton cases were a key in granting patentability to not essentially biological processes. As a last topic of this study the Directive 98/44/EC of the European Parliament and the Council on the legal protection of biotechnological inventions will be analyzed. Such Directive set the theory of the previous cases and made a general declaration of patentability of living matter and set the limits to their restrictions.

Key Words: Patents, plant European Patent Convention, European Patent Convention, essentially biological processes, Directive 98/44, European Patent Convention.

1.- Introducción

Todas las invenciones nuevas, resultado de una acción inventiva y susceptible de explotación industrial son patentables; el legislador no realiza distinciones entre organismos vivos

¹ Unidad Académica Multidisciplinaria Zona Huasteca-UASLP. Correo-e: carlosarcudia@gmail.com

por una parte y materia que no tiene esa calidad por otra; pero muchas de las excepciones que prevé se refieren directamente a los organismos vivos.

Cierta doctrina jurídica, en especial de los países desarrollados, afirma que se debe intentar flexibilizar la interpretación de la Ley para dar cabida a la protección de las invenciones relacionadas con organismos vivos y estimular la investigación en el área; otros, en general en los países en desarrollo, usuarios pero no obtentores de las patentes, consideran por el contrario, se debe evitar en la medida de lo posible el patentamiento en este campo².

En el caso europeo la prohibición de la doble protección por patente y título de obtención vegetal a las variedades vegetales representó un serio obstáculo para la protección de materia viva mediante patentes. Esta prohibición tiene sus orígenes en la Primera Conferencia de París de 1957, en la cual los expertos analizaron la posibilidad de conceder protección a los desarrollos de los obtentores por medio de patente o de un título de protección especial. No les pareció viable la posibilidad de que se otorgara una protección acumulada de dos títulos de protección sobre una misma creación. Por lo tanto, la doble protección se excluyó explícitamente en el párrafo segundo del artículo 2.1 del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (=CUPOV) de 1961, no se le dio mayor importancia al tema³.

La disposición que reflejaba esta prohibición en el sistema de patentes en el 53 b) del Convenio de la Patente Europea (=CPE), sin embargo establece una prohibición absoluta de patentar variedades vegetales y no se otorga opción a los países miembros del CPE. Aunque no esté explícito en la regulación, la única vía que se les deja a los países miembros de tal Convenio, para proteger las variedades vegetales, son los derechos de obtención vegetal circunstancia que ocurría en el CUPOV⁴.

2 PEREZ MIRANDA, RAFAEL J., *Derecho de la Propiedad Industrial*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 2006, p 172

3 *Vid.* STRAUS, J., "Patent Protection for New Varieties of Plants Produced by Genetic Engineering-Should "Double Protection" be Prohibited?" en *IIC* Vol 15 No 4 (1984) pp 439-440 En este sentido, es realmente sorprendente que en los documentos preparatorios de la Conferencia Diplomática para la Protección de Nuevas Variedades Vegetales entre mayo de 1957 y noviembre de 1961 no se encontraran bases objetivas para la prohibición. El grupo de expertos jurídicos consideraba que debía concederse solo un tipo de protección para la misma especie o grupo de especies. La cuestión fue abordada en la Conferencia Diplomática, la Delegación francesa del BIRPI sostenía la coexistencia de ambos sistemas, con un tipo de protección diferente y que no competían entre sí. Finalmente se adoptó la postura de permitir a los Estados Miembros la libre elección del sistema de protección, con la restricción de que no se podría conceder a la misma especie los dos tipos de protección. Como se desprende, no existe consideración objetiva alguna en particular para esta prohibición. En descargo de los autores del Convenio, se puede decir que en aquel momento no podían haber previsto el desarrollo exponencial de las ciencias naturales.

4 LLEWELYN, M., "The legal protection of Biotechnological inventions" en *EIPR* Vol. 18 No 3 (1997) p 117. En el mismo sentido STRAUS, J "The Relationship Between Plant Variety Protection and Patent Protection for Biotechnological Inventions from International View Point" en *IIC*, Vol. 18, No. 6, (1987), p. 724.

Sin embargo la prohibición de la doble protección fue modificada en 1978 para permitir el acceso de los Estados Unidos al Convenio. Desde esa época no existe homogeneidad entre los miembros del CUPOV⁵. En el CUPOV de 1991 esta prohibición fue suprimida, dejando a los Estados la posibilidad de proteger una variedad con dos títulos diferentes de protección. El artículo 32 del CUPOV de 1991 establece la posibilidad de que sus Estados miembros celebren acuerdos especiales para la protección de variedades vegetales, siempre y cuando estos acuerdos no contravengan lo dispuesto en el CUPOV. En el mismo sentido el artículo 40 del CUPOV establece que este Acuerdo internacional no limita los derechos de los obtentores existentes en las leyes nacionales de los Estados miembros, por la pertenencia a un Acta anterior o de cualquier acuerdo entre los miembros de la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (=UPOV). Además, si como se ha expresado en el preámbulo, el Reglamento tiene en cuenta la existencia del CUPOV, la coexistencia de ambas disposiciones no presenta problema alguno.

El artículo 92.1 del Reglamento CE 2100/1994 de Régimen de Protección Comunitaria de Obtenciones Vegetales (RCPOV) regula la prohibición de la doble protección en dos sentidos: no se puede proteger una misma variedad vegetal con un título comunitario y un título nacional. Y lo que es más importante a efectos del presente trabajo, no se puede proteger por medio de patente. Esta prohibición cierra la posibilidad de patentar variedades vegetales en concordancia con lo dispuesto en el artículo 53 b) CPE; sin embargo, es necesario tener en cuenta que el CUPOV de 1991 eliminó la prohibición de la doble protección. De suerte que deja abierta la posibilidad para que los miembros del CUPOV puedan proteger una variedad vegetal por medio de dos títulos diferentes. Posibilidad que, a nivel comunitario, se ve truncada por virtud del artículo 92.1 del Reglamento⁶.

Las excepciones del artículo 53 CPE pueden convertirse en obstáculo para la patentabilidad de los vegetales. Concretamente, el principio de especialidad en Europa se basa en las excepciones del inciso b) de este artículo. Esta disposición legal prohíbe la patentabilidad de tres categorías de invenciones que, por contravenir al orden público o las buenas costumbres o bien por su materia, quedan excluidas de la patentabilidad: a) Invenciones contrarias al orden público y las buenas costumbres; b) Invenciones que tienen por objeto variedades vegetales o razas animales; y, c) Procedimientos esencialmente biológicos para la obtención de plantas y animales. A continuación analizaremos las resoluciones de la Cámara de Recursos Técnica (CRT) de la Oficina Europea de Patentes (=OEP) en las que se

5 Se añadió el artículo 37.1 que establecía que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 2.1, todo Estado que, antes de la expiración del plazo durante el que la presente Acta está abierta a la firma, prevean la protección bajo las diferentes formas mencionadas en el Artículo 2. 1 para un mismo género o una misma especie, podrá continuar previéndola si, en el momento de la firma de la presente Acta o de la presentación de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Acta o de adhesión a ésta, notifica ese hecho al Secretario General.” *Vid* STRAUS, J., “The Relationship Between Plant Variety Protection and Patent Protection...” *ob. cit.*, p. 729; STRAUS, J., “Patent Protection for New Varieties of Plants...” *ob. cit.*, p. 440.

6 LLEWELYN, M., “The legal protection of biotechnological inventions”, *ob. cit.*, p. 121.

precisa el significado de estos términos, acotando las restricciones a la patentabilidad de la materia viva en general y de los vegetales en particular.

2.- Las variedades vegetales

Existen dos formas de interpretar la exclusión de patentar los vegetales: la estricta, también conocida como formal o literal, y la sustancial. De acuerdo con la primera, si en las reivindicaciones no se encuentra la palabra “variedad vegetal”, ello indica que no se están reclamando variedades. Otra forma de interpretar formalmente la interfase es el argumento “más de una variedad”. De acuerdo con éste, cuando lo que se reclama es una invención abstracta la cual puede ser incorporada en un número específico de variedades, mientras que el objeto de protección de los derechos de obtención vegetal es la suma de las características de las plantas y únicamente puede ser incorporado en una variedad. En otras palabras, cuando se reivindica una unidad taxonómica superior a la variedad la patente no reivindica variedades. Con base en este argumento, los solicitantes de patentes deben elaborar las reivindicaciones de forma vaga para que el objeto de la invención pueda tener varias formas de realización⁷.

La OEP ha rechazado la interpretación formal específicamente para los propósitos del 53 b) CPE. En su lugar, la OEP ha adoptado un criterio, según el cual, se deben considerar la novedad y la actividad inventiva al momento de analizar la exclusión de la protección de variedades vegetales en el sistema de patentes (interpretación sustancial). La cuestión a resolver es si -con independencia de los vocablos que se utilicen- una reivindicación reclama una invención impatentable por estar incurso en la excepción de la patentabilidad de los vegetales del 53 b) CPE⁸.

2.1.- El caso Ciba Geigy

Esta decisión es la primera de una tendencia a interpretar las excepciones del 53 b) CPE de forma liberal. El antecedente de este artículo del CPE, el artículo 2 del Convenio de Estrasburgo, permitía a los Estados Miembros prohibir la patentabilidad de variedades vegetales. Esta disposición fue introducida a comienzos de los años sesenta luego de la adopción del CUPOV. En ese tiempo los autores de ambos convenios consideraron inadecuado permitir la patentabilidad de organismos vivos, en primer lugar, por la dificultad para cumplir el requisito de la reproducibilidad del sistema de patentes; en segundo lugar, porque las obtenciones vegetales tenían un sistema de protección especial, el CUPOV, que se consideró como el más apropiado para este tipo de invenciones⁹.

La excepción, que necesita ser examinada de forma estricta, prohíbe conceder patentes sobre variedades vegetales y procedimientos esencialmente biológicos. Cualquier ex-

7 FUNDER, J., “Rethinking Patents for Plant Innovacion” en *EIPR* No. 11, Vol. 21 (1999), p. 560.

8 *Ibidem.*, p. 564.

9 THOMSEN, H “The Exception to Patentability Under Article 53 b) EPC and Corresponding Laws of the EPC Contracting States” en *IIC* Vol 28 No. 6 (1997), pp. 852-853.

perto en la materia sabe que el concepto “variedad vegetal” se refiere a una multiplicidad de plantas que tienen las mismas características y permanecen estables en cada propagación. Esta es la definición que figura en el artículo 1.1 del CUPOV 1961, que le da al obtentor un derecho de exclusiva sobre la variedad vegetal, que se extiende al material de propagación vegetativo y a la planta. En este sentido, las variedades tienen que ser homogéneas y estables. En las reivindicaciones 13 y 14 – de la solicitud analizada- el material de propagación se refiere a unas semillas tratadas con oximina. La prohibición del 53 b) CPE hace referencia a semillas como parte de una variedad vegetal. Lo que se reivindicaba era la modificación genética de la planta que la hace resistente a un químico agrícola y no una determinada característica protegible por medio del derecho de obtenciones vegetales. No se reclama un procedimiento esencialmente biológico, se reclama un tratamiento con agentes químicos¹⁰.

2.2.- El caso Lubrizol

La importancia de esta decisión reside en que afronta, por vez primera de forma directa la patentabilidad de material vegetal que no constituye variedad vegetal *per se*¹¹. Los criterios

10 *Ibidem* p. 81 y MOSER, W “Exceptions to Patentability under article 53 b) CPE” en *IIC* Vol 28 No 6 (1997), pp. 847 y 848.

11 El 16 de julio de 1981 *Lubrizol Genetics Inc.* presentó la solicitud de patente europea No 81 303 287.7 El 4 de mayo de 1987 la División de Examen rechazó la solicitud, a la vista del contenido de las reivindicaciones independientes 1, 10 y 17. Estas reivindicaciones hacían referencia a procedimientos para la obtención rápida de plantas híbridas y para la producción –a escala comercial- de semillas híbridas en general o de semillas híbridas pertenecientes al género *Brassica* (coles y coliflores). La División de Examen denegó la patente sobre la base de que el procedimiento reivindicado era un “procedimiento esencialmente biológico” y, por ende, excluido de la patentabilidad por el artículo 53 b) del CPE. Estableció que el grado de intervención humana es lo que convierte un procedimiento de producción de plantas en “procedimiento no esencialmente biológico”, pero tal intervención debe ser no solo cuantitativa sino cualitativamente importante. La División de Examen no duda de que el grado de intervención humana en los procesos clásicos de obtención de nuevas variedades vegetales es elevada y, sin embargo, tales procesos se consideran como procesos esencialmente biológicos. Por otra parte, la División considera que los procesos reivindicados en la solicitud se realizan de acuerdo con estos métodos clásicos y, por tanto, no pueden ser patentados. El 8 de julio de 1987 se presentó en tiempo y forma un recurso contra esta decisión, adjuntándose la memoria de los fundamentos del recurso el 14 de septiembre de 1987. En el transcurso del procedimiento oral se modificaron las reivindicaciones 1, 10 y 17, que fueron sustituidas por las nuevas reivindicaciones 1, 8 y 13, y se añadieron seis reivindicaciones de producto (20 – 25) El procedimiento descrito en la reivindicación 1 consiste en la realización secuencial de los siguientes pasos: 1º seleccionar las plantas parentales que reúnan las características deseadas; 2º cruzarlas entre sí, de tal forma que al menos una de las dos plantas parentales que intervienen en cada cruce sea heterocigótica (es decir, que para un determinado carácter, las dos dosis del gen o genes que lo determinan sean diferentes), marcarlas y guardarlas; 3º evaluar la homogeneidad de las características observables (fenotipo) de los híbridos obtenidos de cada cruce; 4º seleccionar el par de parentales que haya producido aquellos híbridos que manifiesten las características deseadas y sean fenotípicamente homogéneos; 5º amplificar posteriormente mediante clonaje el parental heterocigótico, lo que permite la reproducción exacta de un material genético generación tras generación; de esta forma se

utilizados por la CRT suponen una aportación relevante a la interpretación de las exclusiones a la patentabilidad relativas al material vegetal; tanto por lo que se refiere a los procedimientos “esencialmente biológicos” de obtención de vegetales; como al concepto de variedad vegetal a los efectos del CPE¹².

En cuando a éste último la CRT -siguiendo el criterio establecido en el caso Ciba Geigy- determinó que las semillas híbridas y las plantas obtenidas a partir de éstas presentaban caracteres inestables en sus individuos. Por lo tanto no podían ser consideradas variedades vegetales; y por tanto, no les afectaba la prohibición del artículo 53 b) del CPE¹³.

La CRT pone de relieve que el conjunto de plantas y semillas híbridas obtenidas por el procedimiento reivindicado no se mantendría estable generación tras generación teniendo en cuenta la naturaleza heterocigótica de al menos uno de los parentales utilizados. Esta circunstancia trae como consecuencia la falta de estabilidad de los híbridos a lo largo de las sucesivas generaciones. Por esta razón, no puede considerarse que las plantas y semillas reivindicadas constituyan una variedad vegetal según el CUPOV, y en consecuencia, no es aplicable la excepción de patentabilidad del artículo 53 b) CPE al contenido de estas reivindicaciones¹⁴.

2.3.- El caso del onco ratón de Harvard

En esta decisión la CRT abordó cuatro cuestiones relevantes¹⁵: la suficiencia de la descripción; la patentabilidad de razas animales; la patentabilidad de los productos microbiológicos; consigue evitar la variación de sus características heredables o genotipo durante su propagación; 6º realizar finalmente un cruce a gran escala entre el primer parental amplificado y el segundo parental un número repetido de veces, para obtener así una gran producción de semillas híbridas que darán como resultado plantas híbridas con idéntico material heredable e iguales características externas a los híbridos previamente seleccionados. CERRO PRADA, B y URQUÍA FERNÁNDEZ, N “En torno a la patentabilidad de los híbridos vegetales: el caso Lubrizol” en *RGD* #570 (1992) pp 1855-1856; GÓMEZ SEGADÉ, J “La falta de patentabilidad de los procedimientos esencialmente biológicos” en *Tecnología y Derecho* J. GÓMEZ SEGADÉ, Marcial Pons, Madrid 2001, pp. 679-680 y NOTT, R “Patent protection for plants and animals” en *EIPR* Vol. 14 No 3 (1992), p. 81.

12 CERRO PRADA, B y URQUÍA FERNÁNDEZ, N “En torno a la patentabilidad de los híbridos vegetales: el caso Lubrizol” *ob. cit.*, p. 1855.

13 BOTANA AGRA, M “Precisiones de la Alta Cámara de Recursos de la OEP sobre la prohibición de patentar variedades vegetales” en *ADI* Tomo XXI (2000), p. 1196.

14 CERRO PRADA, B y URQUÍA FERNÁNDEZ, N “En torno a la patentabilidad de los híbridos vegetales: el caso Lubrizol” *ob. cit.*, p. 1858, y CRESPI R, “Patents and Plant Variety Rights...” *ob. cit.*, pp. 172-173.

15 Decisión de la CRT de 3 de octubre de 1990 (T 19/90) En este caso se reivindicaba un método de producción de animales transgénicos, los animales obtenidos a partir del mismo y su descendencia. La División de Examen de la OEP la denegó con base en los artículos 53 b) y 83 CPE. La División alegó que el objeto de la solicitud no era patentable puesto que se reivindicaban animales, y la patente había extrapolado indebidamente a los animales transgénicos eucariotes, diferentes a los animales no humanos el resultado que solamente se había obtenido en ratones transgénicos. Ante estas objeciones el solicitante reformuló las

cos; y, el orden público y las buenas costumbres como límite a la patentabilidad de los animales¹⁶. En este apartado analizaremos la interpretación de la CRT sobre la excepción de patentabilidad de las razas animales la cual se basa en la interpretación del concepto de variedades vegetales de las resoluciones precedentes.

La División de Examen de la OEP, en su Decisión de 14 de julio de 1989, realizó una interpretación de la no patentabilidad de las razas animales estableciendo que la finalidad perseguida por los autores del CPE, mediante la exclusión del 53 b) CPE era evitar la doble protección., en el caso de variedades vegetales; y eliminar las razas animales como objeto de patente. De acuerdo con la División, mientras que el término variedad vegetal se ha utilizado en términos idénticos en las tres lenguas oficiales del CPE (inglés, francés y alemán), no sucede lo mismo en el caso de los animales, el término alemán *tierarten* (especies animales) es completamente diferente a la expresión inglesa *animal varieties* y francesa *raças animaux*. Según la División de Examen, esto demuestra que la intención del legislador no era excluir un grupo particular de animales, sino excluir a los animales en general¹⁷.

La CRT consideró que la excepción del 53 b) CPE no excluye a los la patentabilidad de todos los animales. Contrario a la opinión de la División de Examen, la CRT establece que al ser una excepción a la regla general de patentabilidad debe interpretarse de manera restrictiva. En consecuencia, no se prohíbe la patentabilidad de los animales en cuanto tales, sino que únicamente la de determinados animales: las razas animales.. La dificultad radica en determinar qué grupos de animales no pueden patentarse, toda vez que las expresiones utilizadas en los tres lenguajes oficiales del CPE no tienen la misma extensión ni el mismo significado. El término *animal varieties* en inglés, y *raças animaux* en francés, tienen un significado menos extenso que *tierarten* (especies, en alemán)¹⁸.

La Cámara puso también de manifiesto que, en contraste con la exclusión de variedades vegetales, los documentos preparatorios del CPE había un completo silencio del propósito por el cual se excluía a las razas animales de la patentabilidad. Tampoco había un

reivindicaciones consignando que el animal transgénico y el método para su obtención se referían a mamíferos no humanos. Por otra parte se especificó que el animal reivindicado pertenece al orden de los roedores. Estas limitaciones se efectuaron con una doble finalidad: primero, dejar en claro que la patente no se refería a una raza animal, y por el otro, intentar demostrar que el animal reivindicado es un producto obtenido por un procedimiento microbiológico y por tanto patentable de acuerdo con el 53 b) CPE Finalmente, la División de Examen denegó la patente el 14 de julio de 1989 al considerarla incurso en la excepción de patentar razas animales del artículo 53 b) CPE y además por infringir el 83 CPE (la invención no había sido expuesta de manera suficientemente clara y completa). LEMA DEVESA; C “El Convenio Europeo de Munich ante la protección de nuevas tecnologías” en *Reflexiones sobre la Protección de la Investigación en el umbral del 2000*, CEFI, 1994, p. 70 y NOTT, R. “Patent protection for plants and animals”, *ob. cit.*, p. 82.

16 LEMA DEVESA, C., “El Convenio Europeo de Munich ante la protección...”, *ob. cit.*, p. 72.

17 *Ibidem.*, pp. 70-71.

18 GÓMEZ SEGADÉ, J., “La patentabilidad de los animales: El Ratón Transgénico” en *Tecnología y Derecho ob. cit.* p 705 y NOTT, R., “Patent protection for plants and animals”, *ob. cit.*, p. 82.

concepto jurídicamente determinante de raza animal como objeto no patentable, lo cual si ocurre en el caso de las variedades vegetales¹⁹.

En consecuencia, la CRT consideró que la interpretación que la División de Examen hacía del artículo 53 b) CPE era errónea, toda vez que no excluye de la patentabilidad de animales como tal. Por ello, reiterando el criterio restrictivo de las excepciones adoptado en el caso Ciba Geigy, y reconociendo la necesidad de profundizar en la comprensión del criterio del legislador atendiendo a los cambios sobrevenidos en la realidad tecnológica, la CRT revocó la resolución de la División de Examen de la OEP, concluyendo que un animal manipulado genéticamente no constituye una nueva raza, y por lo tanto es patentable y por lo tanto le remitió la solicitud a la División de Examen para su reconsideración²⁰.

La División de Examen resolvió que, en relación con el artículo 53 b) del CPE, las reivindicaciones que reclaman un mamífero no humanos y roedores, los animales per se, no caen dentro del término raza animal²¹.

2.4.- El caso Plant Genetic Systems²²

La tendencia favorable sobre la patentabilidad de variedades vegetales sostenida por la OEP en los casos Ciba Geigy, Lubrizol y onco ratón experimenta un giro de 180 grados en la Decisión T 356/93 de la CRT. La Cámara argumentó que la manipulación de la materia vegetal por medio de la inserción de un gen que luego se reproduce de forma estable produce una variedad vegetal en términos del CUPOV. La CRT sostiene en su decisión que el material vegetal que se reivindica queda comprendido en la definición de variedad vegetal

19 Vid IGLESIAS PRADA, J., *La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto genoma humano* Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 40; LEMA DEVESA, C., “El Convenio Europeo de Munich ante la protección...”. *ob. cit.*, p 73 y NOTT, R “Patent protection for plants and animales” *ob. cit.* p 82

20 LEMA DEVESA, C “El Convenio Europeo de Munich ante la protección...” *ob. cit.* p 73 NOTT, R “Patent protection for plants and animals”, *ob. cit.*, p. 82.

21 Apoyándose en una interpretación literal del término *animal variety*, la División de Examen establecido que los roedores (incluso los mamíferos) constituyen una unidad taxonómica de rango superior a la especie (*tierart*), indicando que una *animal variety* o una *race animale* es una sub-unidad de la especie y su rango es inferior a esta última. Por ello, el objeto de las reivindicaciones sobre animales en cuanto tales, no está cubierta por las tres expresiones arriba mencionadas que figuran en las versiones de los tres idiomas del CPE. LEMA DEVESA, C., “El Convenio Europeo de Munich ante la protección...” *ob. cit.*, p. 75.

22 La OEP concedió a la empresa *Plant Genetic Systems* la Patente Europea No. 0242 236 en la cual se reclamaba un método para obtener plantas resistentes al herbicida “Basta” por medio de la inserción de un transgen. Se concedió la patente sobre 44 reivindicaciones de procesos, vectores, células vegetales, plantas y semillas. En febrero de 1995 la CRT, en una oposición presentada por *Greenpeace*, revocó la patente sobre seis reivindicaciones sobre plantas y semillas. Las demás reivindicaciones, que incluían las células vegetales, continuaron protegidas. Vid. ROBERTS, T “Patenting plants around the world” en *EIPR* Vol. 18, No. 10 (1996), p. 534, y SCHRELL, A “Are Plants (Still) Patentable?” en *EIPR* Vol. 18 No. 4 (1996), p. 242.

del CUPOV 1991, y por esta razón la reivindicación 21 se considera excluida de la patentabilidad por incurrir en la exclusión del 53 b) CPE²³.

Asimismo, la CRT estableció que una reivindicación que reclama variedades vegetales es únicamente admisible si lo que se reclama son procedimientos microbiológicos, de otra forma cae en la prohibición del 53 b) CPE. También se estableció en la decisión que las células vegetales no pueden caer dentro de la definición de variedades vegetales, es más caen dentro de la categoría de productos microbiológicos²⁴.

El Presidente de la OEP interpretó que la CTR había adoptado posiciones divergentes en T 49/83 y T 356/93, por lo cual planteó la siguiente cuestión a la ACRT: ¿Queda comprendida en la excepción del artículo 53 b) CPE una reivindicación relativa a plantas o animales, sin que en la misma se reivindiquen concretas e individuales variedades vegetales, cuando la misma se extiende a estas variedades o a razas animales? En su decisión G 03/95, la Alta Cámara de Recursos Técnica (ACRT) de la OEP estimó que no existía contradicción entre ambas resoluciones, por lo tanto, declaró inadmisibles las consultas formuladas por el presidente de la OEP²⁵.

La ACRT estableció en su Decisión G 03/95 que las plantas obtenidas por vía de modificación genética y que permanecen estables en cada ciclo reproductivo, deben ser consideradas variedades vegetales. De acuerdo con la ACRT, esto no ocurrió en el caso Ciba Geigy porque el tratamiento químico no es estable según definición del CUPOV. En cambio, en el caso PGS el objeto reivindicado es una variedad vegetal entendida en los términos del CUPOV, no patentable en términos del 53 b) CPE. Por lo tanto, la Decisión no está en conflicto con los casos Ciba Geigy y onco ratón que establecieron la interpretación restrictiva del 53 b) CPE²⁶.

23 Para LLEWELYN, la CRT comete un error al considerar que la inserción de un gen en la planta produce estabilidad en los términos del CUPOV. Las semillas y las plantas cultivadas a partir de las células modificadas genéticamente, no necesariamente cumplen con los requisitos del CUPOV. Por otra parte, el considerar que las plantas y semillas no son patentables debido a que al germinar pudieran convertirse en variedades vegetales hace impatentable cualquier colección de plantas que puedan convertirse en variedades vegetales al crecer. Las plantas no se consideran impatentables porque su capacidad de convertirse en variedades vegetales, esta consideración implicaría que cualquier vegetal modificado genéticamente - y que alcance cierta estabilidad- deja de ser patentable. Esta resolución abandonó la postura flexible de la OEP. LLEWELYN, M “The legal protection of biotechnological inventions”, *ob. cit.*, p. 120.

Vid LEMA DEVESA, C., “Las patentes sobre biotecnología en el Derecho Español y en el Derecho Comunitario Europeo” en *ADI*, tomo XX, (1999), p. 227, y MOSER, W., “Exceptions to Patentability under article 53 b) CPE”, *ob. cit.*, pp. 846-847.

24 LEMA DEVESA, “Las patentes sobre biotecnología...”, p. 227, y THOMSEN, H., “The Exception to Patentability Under Article 53 b) EPC ...”, *ob. cit.*, p. 854.

25 BOTANA AGRA, M., “Precisiones de la Alta Cámara...”, *ob. cit.*, p. 1196.

26 THOMSEN, H., “The Exception to Patentability Under Article 53 b) EPC ...”, *ob. cit.*, p. 855.

2.5- El caso Novartis

La empresa Novartis remitió a la CRT algunas preguntas para que se las hiciera llegar a la ACRT²⁷. La CRT replanteó las preguntas y emitió su punto de vista antes de remitírselas a la ACRT. Las preguntas formuladas fueron las siguientes:

¿En qué medida las instituciones de la OEP deben someter a examen una solicitud de patente para determinar si las reivindicaciones son admisibles a la luz del artículo 53 b) CPE, en cuya virtud no se concederán patentes para las variedades vegetales o para los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales, salvo que se trate de procedimientos microbiológicos y de productos obtenidos por estos procedimientos, y cómo debe ser interpretada una reivindicación para tal fin?

¿Una reivindicación relativa a vegetales, sin reivindicar individualmente variedades vegetales específicas, queda fuera *ipso facto* de la exclusión de la patentabilidad establecida en el artículo 53 b) CPE, incluso en los casos en que la misma comprenda variedades vegetales?

Para el examen de las reivindicaciones concernientes a procedimientos de obtención de variedades vegetales, ¿deben tomarse en consideración las disposiciones del artículo 64.2 CPE?

¿Queda fuera de la exclusión de la patentabilidad formulada en el artículo 53 b) CPE una variedad vegetal en la que cada vegetal que la integra, individualmente considerado, contiene un gen específico introducido en un vegetal ancestral por recombinación genética?²⁸

La ACRT concentró su resolución en torno a las preguntas dos, tres y cuatro porque consideró que la pregunta uno era muy general y se solapa con las cuestiones tratadas en las otras tres²⁹.

En relación a la segunda pregunta, la ACRT establece que una reivindicación en la que no se reclama individualmente una variedad vegetal específica no está excluida de la pa-

27 Novartis AG solicitó una patente europea para proteger plantas transgénicas y los procedimientos de obtención. En la reivindicación 19 se reclama una planta transgénica y sus semillas; en la 23 el método para reproducir esa planta aunque no se especifica dicho método; en la 24 el método para producir la planta transgénica por medio de la preparación de dos o más plantas transgénicas que tienen codificadas secuencias relevantes por el método no especificado y cruzando éstas usando técnicas convencionales de obtención. La División de Examen rechazó la patente solicitada por considerar que la invención incurría en la prohibición del 53 b) CPE de acuerdo con el criterio del caso PGS, aunque las reivindicaciones no cubren variedades vegetales como tales, pueden quedar comprendidas. *Vid.* NOTT, R., "The Novartis Case in the EPO" en *EIPR*, Vol. 21, No. 1 (1999), p. 33.

28 *Vid.* BOTANA AGRA, M., "Precisiones de la Alta Cámara...", *ob. cit.*, p. 1197.

29 *Ibidem.*, pp. 1198- 1199.

tentabilidad en virtud del artículo 53 b) CPE, incluso cuando la misma puede comprender variedades vegetales. La ACRT expresó que era una interpretación bastante anormal que el CPE prohibiera la incorporación de cierta invención en un determinada forma, mientras que se permitían reivindicaciones amplias dentro de las cuales se incluían muchas variedades vegetales. Al momento de determinar el objeto de una reivindicación importa definir en qué medida la invención reivindicada es una invención genérica o una invención concreta. Si es genérica puede ser patentable ya que se realizaría tanto en variedades vegetales como en cualquier tipo de vegetales, el hecho de que la misma se pueda aplicar a variedades vegetales no quiere decir que se excluya de la patentabilidad. En cuanto a la pregunta 3 estimó que no es aplicable el artículo 64.2 del CPE y en cuanto a la cuarta expresó que la prohibición del 53 b) CPE se aplica a las variedades vegetales cualquiera que sea el modo de obtención³⁰.

3.- Los procedimientos esencialmente biológico

3.1.- El caso Lubrizol

Para interpretar el significado del concepto “procedimientos esencialmente biológicos” es necesario distinguirlos de los procedimientos biológicos: en un procedimiento biológico no existe intervención humana alguna y está totalmente excluido de la patentabilidad. El procedimiento esencialmente biológico, en cambio, es un procedimiento mixto en el cual existe intervención tanto de la naturaleza como del hombre³¹. El problema radica en precisar qué tan decisiva es la intervención de la naturaleza, y convierte el procedimiento en esencialmente biológico. En este sentido la pauta que se proporcionaba en las Directivas de Examen de la OEP servía para clarificar que un procedimiento no deja de ser esencialmente biológico por el hecho de que haya intervención técnica humana, porque dicha intervención puede ser de poca importancia. Sin embargo, quedaba en el aire la determinación de si debían utilizarse criterios cualitativos o cuantitativos para medir la importancia de la intervención técnica humana³².

En el caso Lubrizol, la CRT estableció que para determinar la subsistencia del carácter esencialmente biológico de un procedimiento, no puede medirse la intervención técnica humana por criterios cuantitativos ni cualitativos. En el caso Lubrizol se establecen dos criterios para determinar si una invención es esencialmente biológica o no: la naturaleza de la invención y el significado de la intervención humana para la consecución del fin propuesto. En este sentido no es necesaria una intervención técnica humana, sino que, basta una in-

30 *Ibidem.*, p. 1199, y SHILLITO, M *et al.*, “Patenting Genetically Engineered Plants” en *EIPR* Vol. 24, No. 6 (2002), p. 334.

31 LEMA DEVESA C., “Las patentes sobre biotecnología...”, p. 226.

32 GÓMEZ SEGADÉ, J “La falta de patentabilidad de los procedimientos esencialmente biológicos” en J. GÓMEZ SEGADÉ en *Tecnología y Derecho, ob. cit.*, p. 686.

intervención humana aunque sea simplemente biológica.³³ El carácter decisivo de dicha intervención humana se mide por los resultados, y en este caso resulta clara por la eficacia y alto rendimiento del híbrido obtenido. Pero al propio tiempo, la doctrina de la CRT añade una nueva pauta que debe contemplarse conjuntamente con la intervención humana, a saber, la naturaleza o esencia de la invención³⁴.

3.2.- El caso onco ratón

La CRT confirmó el criterio de la División de Examen en el sentido que la inserción de un oncogen por medios técnicos micro inyectado en un embrión en las primeras etapas de su desarrollo no es un procedimiento esencialmente biológico. La CRT también hizo notar que las reivindicaciones cubrían los animales transgénicos producidos por micro inyección y su descendencia obtenida por reproducción sexual. En contraste con la División de Examen, la CRT esos dos procesos servían para transmitir el gen y por lo tanto las dos reivindicaciones debían ser admitidas³⁵.

4.- La Directiva 98/44 sobre invenciones biotecnológicas

Como conclusión de una larga saga, que incluyó un rechazo de una primera propuesta de Directiva por parte del Parlamento Europeo en 1994, finalmente se aprobó la Directiva 98/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. La Directiva responde a la urgente y necesaria regulación para proteger las invenciones que en el campo de la biotecnología y la ingeniería genética, que cada vez tienen un papel más importante en determinados sectores industriales. La investigación y desarrollo en este campo requieren de grandes inversiones de alto riesgo que solo es posible recuperar con una protección jurídica adecuada. En Europa había una política restrictiva en este sentido; mientras que en los Estados Unidos desde el caso *Chackrabarty* -en 1980- se había admitido la patentabilidad las invenciones biotecnológicas.

³³La CRT considera que la modificación necesaria del carácter de un proceso de producción de plantas puede residir bien en los rasgos del proceso, es decir, en sus partes constituyentes, bien en la secuencia de los pasos del proceso si se reivindica un procedimiento de varios pasos, como sucede en este caso. Cada uno de los pasos del proceso reivindicado puede ser considerado en sí mismo como biológico; sin embargo, la aportación decisiva en este caso reside en que, en lugar de utilizar el procedimiento tradicional para la producción de una planta mediante la realización de un único cruce primero y su propagación después, el solicitante invierte la secuencia, amplificando los parentales en primer lugar para cruzarlos a continuación. Esta secuencia es decisiva y permite controlar el resultado a pesar de que uno de los parentales es heterocigótico. Ello supone una clara modificación de los procesos biológicos clásicos de obtención de plantas, y su gran eficiencia supone una enorme ventaja desde el punto de vista tecnológico. CERRO PRADA, B y URQUÍA FERNÁNDEZ, N., “En torno a la patentabilidad de los híbridos vegetales...”, *ob.cit.*, p. 1857.

³⁴GÓMEZ SEGADE, J., “La falta de patentabilidad de los procedimientos esencialmente biológicos”, *ob. cit.*, p. 687, y LEMA DEVESA, C., “Las patentes sobre biotecnología...”, *ob. cit.*, p. 226.

³⁵NOTT, R., “Patent Protection for plants and animals”, *ob. cit.*, p. 83.

lógicas. Para evitar la fuga de inversiones, de “cerebros” y para mantener e incentivar la inversión en el sector se hizo necesaria la armonización de la legislación. Ni el CPE, ni las legislaciones nacionales prohibían la patentabilidad de la materia biológica, pero existían divergencias importantes de matiz en las legislaciones y la práctica de los Estados miembros de la UE, que aunado a los diferentes criterios administrativos podrían llegar a entorpecer grandemente el mercado interior³⁶.

La finalidad primordial de esta Directiva es la armonización de la normativa interna de los Estados miembros de la UE en materia de protección jurídica de invenciones biotecnológicas. Esto con el fin de impulsar el desarrollo industrial de estas invenciones, favorecer su intercambio comercial y mejorar el funcionamiento del mercado interior. Paralelamente, a través de esta Directiva se ha armonizado la normativa comunitaria con las normas internacionales –suscritas por la UE o por sus Estados miembros- que inciden en la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas; a saber: el CPE, el ADPIC y el CDB. En la medida en que los preceptos de la Directiva han sido incorporados al CPE, a través de la reforma de su Reglamento de Ejecución, puede hablarse de una plena armonización, no sólo comunitaria, sino europea³⁷.

En junio de 1999, el Consejo de Administración de la OEP decidió incorporar la Directiva de Invenciones Biotecnológicas como medio complementario de interpretación por medio de la modificación del Reglamento de Ejecución del CPE. A nivel general, la regla 23 b (1) establece que el ordenamiento comunitario será utilizado como medio de interpretación suplementario de las disposiciones del CPE³⁸.

La regla 23 c (1) incorpora al CPE el criterio de la Directiva 98/44 para distinguir entre descubrimiento e invención que analizaremos en el próximo apartado.

Por lo que respecta a la prohibición de patentar variedades vegetales y razas animales, la regla 23 c (2) incorpora el criterio del artículo 4.2 de la Directiva 98/44 de conceder la patente si la viabilidad técnica de la invención no se limita a una variedad vegetal o a una raza determinada³⁹.

4.1.- Materia patentable

La Directiva 98/44 contiene la primera declaración legal expresa de la patentabilidad de la materia biológica en Europa. Esta declaración ha supuesto la confirmación del Derecho de patentes como vía general de protección de las invenciones biotecnológicas, descartan-

36 GÓMEZ SEGADE, J, “La Directiva sobre invenciones Biotecnológicas” en *ADI* Tomo XIX (1998), pp. 1129-1130.

37 LEMA DEVESA, C. y FERNANDO MAGARZO, M.R., “Las patentes sobre biotecnología en el Derecho Español” en *ADI* Tomo XXIII (2002), pp. 147-148.

38 LLEWELYN, M., “The Patentability of Biological Material: Continuing Contradiction and Confusion” en *EIPR*, Vol. 22 (2000), p. 192. SCHERTENLEIB, D., “The Patentability and Protection of Living Organisms in the European Union” en *EIPR* Vol. 26, No. 5 (2004), p. 203.

39 LLEWELYN, M., “The Patentability of Biological Material...”, *ob cit.*, p. 194.

do la aplicación del Derecho de Autor y renunciando a la creación de una vía de protección *sui generis*⁴⁰.

El artículo 1.1 de la Directiva 98/44 establece que los Estados miembros protegerán las invenciones biotecnológicas mediante patente, haciéndole las adaptaciones que sean necesarias para tener en cuenta lo dispuesto por la Directiva. No se pretende crear un sistema especial de protección que sustituya al derecho nacional de patentes, sino que éste siga siendo la base. Lo que se pretende es que los sistemas nacionales tengan en cuenta los avances tecnológicos. Se mantienen las reglas tradicionales del derecho de patentes español y europeo como la exclusión de patentar variedades vegetales y razas animales así como los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales y animales⁴¹. El artículo 3 de la Directiva dispone que las invenciones que cumplan con los tres requisitos clásicos de patentabilidad –novedad, actividad inventiva y aplicación industrial- serán patentables aunque tengan por objeto un producto que esté compuesto o que contenga materia viva o un procedimiento mediante el cual se produzca, transforme o utilice materia biológica⁴².

En el caso de las invenciones biotecnológicas, y tal como lo señala el Considerando 13 de la Directiva, es necesario es necesario profundizar la distinción entre invenciones y descubrimientos científicos. Según dispone el artículo 3.2 de la Directiva 98/44, las innovaciones consistentes exclusivamente en el conocimiento o hallazgo de materia biológica preexistente en la naturaleza, desconocida hasta ese momento, deben calificarse como descubrimientos. Por el contrario aquellas innovaciones sobre materia biológica preexistente en la naturaleza, en las que existe una aportación técnica humana que consiste, bien en su aislamiento, bien en su obtención por procedimientos técnicos tales como la identificación, la purificación, la caracterización y la multiplicación; deben calificarse como invenciones; y, por ende, serán susceptibles de patentabilidad⁴³.

4.2.- Excepciones a la patentabilidad

Siguiendo el esquema clásico del Derecho de patentes, la Directiva comunitaria, tras enumerar los requisitos generales de patentabilidad, establece también ciertas excepciones a la

40 De este modo, se ha puesto fin a una larga polémica doctrinal y social en Europa en punto al sistema idóneo para la protección de las invenciones relativas a materia viva. Paralelamente, se han respaldado las prácticas de la OEP que, no sin dificultades, venía concediendo este tipo de patentes, gracias a una interpretación muy flexible de los requisitos generales de patentabilidad y de las correspondientes exclusiones contenidas en el CPE. LEMA DEVESA, C. y FERNANDO MAGARZO, M.R., “Las patentes sobre biotecnología en el Derecho Español”, *ob. cit.*, p. 148.

41 GÓMEZ SEGADÉ, J., “La Directiva sobre invenciones...”, *ob. cit.*, p. 1132.

42 Por materia biológica, debe entenderse, la materia que contenga información genética autorreproducible o reproducible en un sistema biológico. LEMA DEVESA, C., “Las patentes sobre biotecnología...” *ob. cit.* p. 230.

43 GÓMEZ SEGADÉ, J. “La Directiva sobre invenciones...”, *ob. cit.*, p. 1132, y LEMA DEVESA, C. y FERNANDO MAGARZO, M.R., “Las patentes sobre biotecnología en el Derecho Español”, *ob. cit.*, p. 156.

patentabilidad. La Directiva 98/44 distingue entre aquellas invenciones que tengan por objeto vegetales o animales y aquellas otras que tengan por objeto el cuerpo humano. De la primera categoría analizaremos la prohibición de patentar variedades vegetales y procedimientos esencialmente biológicos de obtención de animales y vegetales. Junto a estas excepciones, la Directiva recoge la excepción de orden público⁴⁴.

La Directiva declara, con carácter general, la impatentabilidad de las variedades vegetales y de los procedimientos esencialmente biológicos para obtener éstos⁴⁵. Sin embargo, se acotó y delimitó la prohibición de patentar variedades vegetales y razas animales del artículo 53 b) CPE.

Por un lado, en el artículo 4.2 de la Directiva, se establece la patentabilidad de las invenciones que tengan por objeto vegetales o animales si la viabilidad técnica de la invención no se limita a una variedad vegetal o a una raza animal determinada⁴⁶.

Por otro lado, se acotó el concepto de variedad vegetal de dos formas: primero, incorpora como definición de variedad vegetal la del artículo 5 del Reglamento (CE) 2100/1994⁴⁷; y estableciendo en los Considerandos 30 y 31 de la Directiva las características del concepto variedad vegetal⁴⁸. Tomadas en conjunto, estas limitaciones permiten la patentabilidad de invenciones con modificaciones genéticas ligeras, siempre que no estén limitadas a una sola variedad. La modificación de un solo gen contrasta con las modificaciones de todo el genoma que se producen durante la creación de una nueva variedad. La modificación de un solo gen puede ser descrita y reproducida fácilmente, mientras que el proceso de creación de una nueva variedad no⁴⁹.

44 LEMA DEVESA, C., “Las patentes sobre biotecnología...” *ob. cit.*, p. 230.

45 *Ibidem.*, p. 230.

46 SCHERTENLEIB, D., “The Patentability and Protection...”, *ob. cit.*, p. 210. Este criterio de interpretación es similar al del caso Novartis. La Directiva 98/44 dispone que a las plantas a las que se les haya modificado un solo gen son patentables según lo expuesto en el Considerando 31. En consecuencia, las plantas que sufren modificaciones en varios genes son patentables. Cabe señalar que la mayor parte de las modificaciones transgénicas abarcan todas las variedades de una especie por lo que son patentables sin problema alguno. Si la modificación genética opera solamente en una variedad o en un individuo de acuerdo con el Considerando 31 de la Directiva 98/44 si será patentable, pero de acuerdo con los Considerandos 29 y 32, así como el artículo 4.2 de la Directiva 98/44 no será patentable si su viabilidad no se confina a una variedad.

47 Artículo 2.3 Directiva 98/44

48 El Considerando 31 de la Directiva 98/44 establece que: “un conjunto vegetal caracterizado por la presencia de un gen determinado (y no por la totalidad de su genoma) no es objeto de la protección de variedades; que, por esta razón, no está excluido de la patentabilidad, aun en el caso de que este conjunto abarque variedades vegetales”. Mientras que la variedad se caracteriza, en términos del considerando 30 por: “la totalidad de su genoma y posee, por ello, individualidad y puede ser diferenciada claramente de otras obtenciones vegetales”.

49 *Idem* SCHERTENLEIB, D., “The Patentability and Protection of Living Organisms...”, *ob. cit.*, p. 210, y LLEWELYN, M., “The Patentability of Biological Material...”, *ob. cit.*, pp. 193-194.

La Directiva de Invenciones Biotecnológicas repite la prohibición del CPE de patentar procesos esencialmente biológicos de plantas y animales, pero va más allá. En la parte relativa a las definiciones, el artículo 2.2 de la Directiva 98/44 establece que “un procedimiento de obtención de vegetales o animales es esencialmente biológico si consiste íntegramente en fenómenos naturales como los del cruce o la selección.” Esta definición se aparta de la que estableció la CRT en el caso Lubrizol. La definición de la Directiva, solamente excluye a los procedimientos puramente biológicos, mientras que en el caso Lubrizol se determinó la impatentabilidad de cualquier procedimiento que aunque tenga una fase artificial pero que su impacto no sea decisivo en el producto final⁵⁰.

4.3- Alcance de la protección

La Directiva elimina muchas obscuridades e incertidumbres que existían en torno a la protección de la patente. Recompensar al inventor constituye uno de los fundamentos del sistema de patentes y por lo tanto el monopolio temporal sobre el invento es la forma de incentivar a los inventores. En el caso de las invenciones biotecnológicas implica que el titular de la patente debe tener el derecho de prohibir el uso del material patentado autorreproducible en circunstancias similares a aquellas en que se podría prohibir el uso de productos no autorreproducibles⁵¹.

El artículo 8.1 de la Directiva 98/44 regula del alcance de la patente de producto. En este caso el hecho que una invención biotecnológica posea determinadas propiedades se extenderá a cualquier materia biológica obtenida a partir de dicha materia biológica por reproducción o multiplicación.

Por lo que se refiere a las de procedimiento, el artículo 8.2 de la Directiva 98/44 establece que la protección se extenderá a los productos obtenidos directamente por ese procedimiento y a cualquier otra materia biológica obtenida a partir de la materia biológica directamente obtenida⁵².

Con respecto al artículo 9 de la Directiva comunitaria, este artículo prevé la patentabilidad de una secuencia genética y su incorporación a un microorganismo. La protección se extenderá a todo el organismo que incorpore la secuencia genética. Como efecto de este artículo aun los transgénicos que no sean patentables como tales lo podrán ser por contener una secuencia de ADN⁵³.

Uno de los preceptos más innovadores es el relativo a la excepción del agricultor y el ganadero consagrado en el artículo 11. En caso de no haberse establecido la excepción si un agricultor volviese a realizar la siembra con el producto de la cosecha obtenida de semillas patentadas cometería una violación de la patente sobre las semillas, lo mismo decir del ganadero que usase para cualquier finalidad agrícola el ganado protegido por una patente.

50 SCHERTENLEIB, D., “The Patentability and Protection of Living Organisms ...”, *ob cit.*, p. 204.

51 Considerando 46 Directiva 98/44.

52 LEMA DEVESA, C., “Las patentes sobre biotecnología...”, *ob. cit.*, p. 232.

53 SCHERTENLEIB, D., “The Patentability and Protection of Living Organisms...”, *ob. cit.*, p. 207.

Por esta razón existe una larga tradición de establecer una excepción cuando se vende a un ganadero o a un agricultor⁵⁴.

5. - Conclusiones

De lo anteriormente expuesto podemos concluir:

1.- La patentabilidad de la materia viva nunca estuvo del todo vedada en el Derecho Europeo. Existe una exclusión para patentar variedades vegetales. No obstante, y tal como quedó demostrado en las resoluciones que analizamos no era una prohibición para patentar cualquier invención sobre materia viva.

2.- Las resoluciones de la CRT y la ACRT abrieron paulatinamente la puerta hacia la patentabilidad de la materia viva. Así, en el caso Ciba Geigy se estableció la interpretación estricta de la excepción de patentar vegetales limitando el concepto de variedad vegetal al del CUPOV de 1961. En el caso Lubrizol se estableció que una invención sobre plantas que no cumple con el requisito de estabilidad no es una variedad vegetal y por lo tanto no puede ser protegible bajo el sistema de obtenciones vegetales. En el caso onco ratón se confirmó la interpretación restrictiva de la excepción de patentar variedades vegetales y se extendió a las razas animales. En el caso PGS se da un giro de 180 grados y se niega la patente sobre una planta transgénica ante la posibilidad de que al crecer alcance la estabilidad, pero sin que se produjera de forma fehaciente. Este criterio fue abandonado en el caso Novartis cuando la ACRT especificó que si la viabilidad de una invención no está confinada a una variedad vegetal exclusivamente puede ser patentada.

3.- En el caso Lubrizol se estableció que para determinar si un procedimiento es esencialmente biológico debe tomarse en cuenta la naturaleza de la invención y el significado de la intervención humana para la consecución del fin propuesto. No es necesaria una intervención técnica humana, sino que, basta una intervención humana aunque sea simplemente biológica.

4.- La Directiva 98/44 contiene la primera declaración legal expresa de patentabilidad de la materia biológica en Europa, estableciendo el Derecho de patentes como la vía para proteger las invenciones biológicas. Asimismo, establece un criterio para distinguir descubrimiento e invención en materia biológica: el mero hallazgo de materia biológica preexistente es un descubrimiento, pero si se aísla o se obtiene por procedimientos técnicos, es una invención.

5.- Por lo que respecta a las excepciones a la patentabilidad, la Directiva 98/44 incorpora la doctrina de la OEP en los casos Ciba Geigy, Lubrizol, onco-ratón y Novartis, estableciendo la patentabilidad de invenciones que tengan por objeto variedades vegetales o razas animales si la viabilidad técnica de la invención no se limita a una variedad vegetal o a una raza animal determinada y estableciendo como concepto de variedad vegetal el del Reglamento CE 2100/1994, que es el mismo que el del CUPOV 1991. También se estableció una definición de procedimiento esencialmente biológico, aunque es más amplia que la que se estableció en el caso Lubrizol.

54 GÓMEZ SEGADÉ, J., "La Directiva sobre Invenciones...", *ob. cit.*, p. 1138.

DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES: APLICACIÓN Y JERARQUÍA EN MÉXICO

José Luis Eloy Morales Brand¹

Resumen: En este trabajo se expone la diferencia entre Derechos humanos, fundamentales y garantías, como demandas de actuación y abstención basadas en la dignidad humana, frente a derechos establecidos en Constituciones y mecanismos específicos de protección, pues un derecho sin garantía no es un verdadero derecho. De igual forma se expone la relación que tienen con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y su influencia operativa en el sistema doméstico, concluyendo con la exposición de un caso reciente en donde se dejó de aplicar la Constitución Federal para dar operatividad a Tratados Internacionales sobre Derechos humanos.

Palabras clave: Derechos Humanos, Derechos Fundamentales, Garantías, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Jerarquía Internacional

Abstract: This piece of work explains the differences between fundamental human rights and warranties, as instruments against actions and omissions violating human dignity on one hand and on the other, the rights established by Constitutions and specific protection mechanisms, since rights without warranties are not genuine rights. Likewise, it presents their relation with international human rights law and the influence they have over the national system. It finally illustrates a recent case where it was not the Federal Constitution but the international human rights treaties the ones applied to solve it.

Key words: Human rights, fundamental rights, warranties, international human rights, international hierarchy

Si cada Estado tiende a crear o a mantener un cierto tipo de civilización y por lo tanto de convivencia, la justicia será un instrumento para este fin; debe ser elaborado para que sea más conforme a este fin, sea la más eficaz y productiva de resultados positivos.

Antonio Gramsci

1.- Introducción

Los temas relativos a derechos humanos, fundamentales y garantías, y el derecho internacional de los derechos humanos, que se exponen en el presente trabajo, forman parte de los resultados del proyecto de investigación que desarrollo con el apoyo de la Universidad Autónoma de Aguascalientes. En este proyecto se está realizando una investigación sobre el Sistema de Justicia Penal Acusatorio Oral que se desprende de la reforma Constitucio-

¹ Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Correo-e: jlemb@hotmail.com

nal de 18 de junio de 2008. Sobre el particular se acaba de publicar el libro “*Sistema de justicia penal acusatorio oral en México*”, por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Elohim Editores, en el año 2010.

1.- Derechos Humanos y Derechos Fundamentales

Hablamos de un Estado de Derecho cuando sus poderes públicos son conferidos por la juridicidad y ejecutados de acuerdo a la misma (queda sometido y controlado por el Derecho). Ese Derecho se plasma en la norma Constitucional, lo que deriva en un Estado Constitucional de Derecho, donde las autoridades y los ciudadanos quedan sometidos a la Constitución o Ley Fundamental, en la cual se establece la forma de organización del Estado, la realización de sus funciones, pero sobre todo la protección y garantía de los derechos humanos, reconocidos como fundamentales, a través de la precisión de los límites impuestos a las autoridades, para hacer efectivo el goce de esos derechos.

Así, el control social de un Estado Constitucional de Derecho tiene un fin principal: proteger los Derechos Humanos y Fundamentales de los seres humanos.

Los Derechos Humanos son un concepto político, pues se tratan de criterios de legitimidad política, en la medida que se protejan, y representan una visión moral particular de una sociedad y su realidad².

Para establecer qué son los Derechos Humanos, y qué es lo que debe proteger el Estado, retomaré el concepto desarrollado por los catedráticos de la Universidad de Alcalá de Henares. Para ellos³, los Derechos Humanos son demandas de abstención o actuación (derechos morales, no siempre reconocidos por el derecho positivo), derivadas de la dignidad de la persona (concepto amplio, superior y merecedor de protección por su status racional, no simple objeto de derecho) y reconocidas como legítimas por la comunidad internacional (su existencia es por racionalidad, se mantiene para homogeneizar la dignidad humana que es universal), siendo por ello merecedoras de protección jurídica por el Estado (necesaria para asegurarles eficacia).

Ahora bien, la relación de los Derechos Humanos con los Derechos Fundamentales existe, ya que más que buscar un concepto de Derechos Humanos, tenemos que verificar que en la realidad se otorga al hombre lo necesario para su desarrollo integral; es decir, que se le trate como sujeto, y no como un simple objeto de quien aplica la norma. Por ello, el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es tanto el de justificarlos, sino el de protegerlos; más que un problema filosófico, es político.

Pero, ¿qué son los Derechos Fundamentales?

2 DONNELLY, Jack. *Derechos humanos universales*. Segunda Edición, Editorial Gernika, México, 1998, p. 31.

3 GARCIA MANRIQUE, Ricardo y ESCOBAR ROCA, Guillermo. “Estado de Derecho”, cátedra dentro del curso *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

Los Derechos Fundamentales son los componentes estructurales básicos del orden jurídico, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. En consecuencia, de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los Derechos Fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a su efectividad y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano⁴.

Los Derechos Fundamentales son los más importantes en un Estado Constitucional de Derecho, y en consecuencia son los pilares básicos del ejercicio adecuado de la Política Criminal, en virtud de que su mera incorporación a una Constitución implica que gozan del mayor nivel de garantía o protección ya que⁵:

- a. Se encuentran dentro de la norma suprema de un Estado;
- b. Vinculan directamente al legislador ordinario al momento de realizar las leyes, y al ejecutivo al aplicarlas o tomar decisiones;
- c. Son absolutos, en el sentido de que su limitación sólo puede darse por motivos realmente serios y racionales;
- d. Resultan aplicables por cualquier tribunal, por lo que cuentan con una genérica garantía judicial directa, que no requiere la intermediación del legislador ordinario.

Así, los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución llegan a ser Derechos Fundamentales, y el catálogo puede variar de un país a otro, con mayor razón si se entiende que no todos los Derechos Fundamentales pueden provenir del fundamento de vida digna del hombre, sino del contrato social necesario para vivir en una comunidad (como por ejemplo el Derecho Fundamental de poseer armas en el domicilio para protección personal).

Los Derechos Humanos influyen dentro de la Constitución y los Derechos Fundamentales, de la siguiente forma⁶:

- a. En la determinación del catálogo de los Derechos Fundamentales.
- b. En la apertura de su catálogo de derechos a través del principio de dignidad de la persona y el Derecho internacional (derechos humanos no reconocidos en la Constitución se convierten en fundamentales)⁷;

4 Tribunal Constitucional Español, sentencia 53/1985, del 11 de abril de 1985.

5 GARCIA MANRIQUE, Ricardo y ESCOBAR ROCA, Guillermo. "Estado de Derecho", cátedra dentro del curso *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

6 *Ídem*.

7 Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver los casos *Costa-Enel* y *Simmenthal*, determinó que las disposiciones comunitarias prevalecen sobre las nacionales, incluso las constitucionales, si contradice derechos de una norma comunitaria, ya que son de aplicación inmediata a favor de

- c. En la interpretación de los derechos fundamentales (argumentación moral, convenientemente adaptada al lenguaje jurídico, será asimismo de utilidad para la determinación del contenido de los derechos fundamentales);
- d. Principio pro homine: en caso de que las normas constitucionales sean contradictorias, o que de su interpretación o de una norma deriven diversos significados, debe escogerse aquel más beneficioso para los derechos fundamentales; y
- e. Como instancia crítica del Derecho positivo e instrumento idóneo para proponer su reforma (ideología y presión social).

3.- Contenido de los derechos fundamentales

Cuando hablamos del contenido de los derechos fundamentales, nos referimos al conjunto de inmunidades (lo que no puede afectarse y debe respetarse) y facultades (lo que puede hacerse) que integran el tipo estructural característico de cada figura. Así, el contenido de un derecho se configura tanto por todas las actuaciones que puede realizar el titular (derecho de defensa de esa actuación), y que imponen la abstención y la protección de los poderes públicos (no hacer, no afectar, preservar la facultad); así como las necesidades básicas de la persona, para vivir dignamente (derechos de prestación), que se traducen en exigencias a los poderes públicos, económicamente cuantificables (hacer, realizar, satisfacer la necesidad)⁸.

Por ejemplo, el derecho de libertad de tránsito tiene como contenido que su titular pueda ejercer las acciones de transitar libremente y establecer su domicilio sin más limitaciones que las que produzcan afectación a los demás, y los obligados deben respetar ese derecho sin realizar acciones que priven de esa libertad. Por otro lado, el derecho de vivienda digna no sólo se satisface con no impedir que una persona pueda tener una vivienda, sino que los poderes públicos tienen la obligación de hacer todo lo posible para otorgarle a la persona esa vivienda digna; es decir, satisfacer el derecho.

De ahí que todos los derechos sean multifuncionales: los de defensa son de prestación, y los de prestación también son de defensa, pues todos son exigibles directamente por ser derechos fundamentales en el Estado Constitucional⁹.

4.- Intervención de los derechos fundamentales

Al hablar de intervenciones a los derechos (también llamados afectaciones, injerencias o restricciones) nos referimos a aquellas conductas, activas u omisivas, realizada por un obli-

las personas. En REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Fundamentos del derecho penal económico*. Primera Edición, Ángel Editor, México, 2004, p. 100.

⁸ GARCIA MANRIQUE, Ricardo y ESCOBAR ROCA, Guillermo. “Estado de Derecho”, cátedra dentro del curso *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

⁹ *Ídem*.

gado (particular o público) y que afecta negativa y significativamente a una o más de las inmunidades o facultades que integran su contenido¹⁰.

Esto significa que los derechos no son absolutos, sino que pueden ser restringidos o afectados cuando el propio sistema lo permita. Lo problemático es cómo saber cuando la intervención o restricción del derecho es válida y legítima.

De entrada, los derechos se encuentran limitados por el respeto a los derechos de los demás. Conforme al artículo 4º de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: *“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos”*. Es decir, los derechos se limitan cuando el hombre deja de ser social, lo que implica que conscientemente agrede o afecta los derechos de los demás.

Por lo anterior, las intervenciones a los derechos han de encontrarse en todo caso justificadas en valores, principios, derechos, intereses o bienes sociales.

Si los derechos fundamentales gozan, por definición, de rango constitucional, sólo en normas del mismo rango podrá encontrarse la justificación de lo que, también por definición, son afectaciones a las inmunidades y facultades que integran su contenido (límites)¹¹, y su intervención debe seguir las siguientes reglas¹²:

10 *Ídem*.

11 *Ídem*.

12 Estas reglas no son simples disposiciones teóricas, sino que son aplicables al sistema jurídico mexicano, tan es así que han sido establecidas en criterios de los Tribunales de la Federación: **IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.** ... Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos... **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SE VULNERA CUANDO SE PERMITA LA REVISIÓN DE DOCUMENTOS DE UNA PERSONA, CON VOCABLOS GENÉRICOS...** En efecto, en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra inmerso el principio de proporcionalidad, conforme al cual, la molestia a las personas en el goce y disfrute pacífico de sus derechos fundamentales, a través de actos de las autoridades, sólo se justifica cuando dichos actos resulten necesarios, idóneos y adecuados para conse-

1. Las intervenciones deben hallar fundamento en la misma norma constitucional, la cual opera como necesario límite al derecho en cuestión;
2. Principio de proporcionalidad:
 - a) *Adecuación o idoneidad*: La intervención debe estar establecida en la norma constitucional, por ser adecuada para resolver un conflicto en la sociedad;
 - b) *Necesidad o indispensabilidad*: Cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el menos dañoso para el derecho intervenido; y
 - c) *Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto*: Cuando entran en conflicto los derechos de las personas, debe intentarse, en la medida de lo posible, una ponderación o equilibrio entre ambas, procurándose el respeto esencial de los intereses enfrentados (lo cual puede llegar a ser un ejercicio subjetivo atribuir mayor o menor peso a cada uno de los intereses en conflicto).

Así, las reglas de proporcionalidad para la intervención de un derecho nos pueden dar una definición actual de Justicia como la dignificación de los derechos, satisfacción de las necesidades humanas y resolver o aminorar los problemas sociales, al equilibrar y hacer efectivos los derechos humanos y fundamentales.

IV.- Derechos Humanos, Fundamentales y Garantías

Ahora bien, los Derechos Humanos son esas expectativas inherentes a la naturaleza y dignidad humana para lograr su desarrollo pleno. Los Derechos Fundamentales son los atributos y facultades que se reconocen y atribuyen a un individuo por una norma constitucional. En cambio las Garantías son mecanismos jurídicos específicos de protección de un derecho fundamental, o las técnicas para no restringir indebidamente el goce de un derecho. Se traducen en las obligaciones o prohibiciones relativas a restringir de manera indebida el goce del derecho y con ello verificar la legitimidad de la intervención.

Por ejemplo, un derecho humano es la libertad de movimiento, el cual se volvió un derecho fundamental del Estado Mexicano al elevarlo a rango de criterio Constitucional en su artículo 11. La garantía de protección a esa libertad de tránsito se contiene en el artículo 14 de la misma Constitución, cuando establece que la libertad de una persona solo puede ser privada mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, y conforme a las formalidades esenciales del procedimiento, o el respeto al debido proceso.

En un Estado Constitucional de Derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la Jurisdicción, los tribunales judiciales, ya que la función ju-

guir el fin perseguido, y deben reducirse al mínimo necesario, de manera que el sacrificio de los intereses individuales guarde relación razonable y proporcionada con el interés general sujeto de salvaguarda o realización, lo cual ha de cumplir la autoridad mediante la fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento... Este principio responde a la prohibición de excesos para las autoridades, así como su intervención mínima en el ámbito de los derechos de los individuos...

dicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos.

Siguiendo esta idea, y en virtud de que existen varios sistemas o mecanismos que pretenden reaccionar contra las desviaciones sociales, y algunos se insertan en la estructura del Estado, consecuentemente, será la forma o clase de Estado la que condicione las prácticas de control social¹³; y en un Estado Constitucional de Derecho, esos mecanismos se ven sustentados en la protección de los Derechos Fundamentales de las personas a las que va dirigido, al someterse a normas de actuación diseñadas para asegurar la objetividad de la intervención y el respeto de los individuos involucrados en el conflicto¹⁴.

En consecuencia, un verdadera política democrática, que tenga como límites los Derechos Humanos y Fundamentales de las personas, será aquella que construya un mecanismo de control social penal que tienda a la protección de los seres humanos, afectándolos lo menos posible. Esta visión influye en el Derecho Penal, para desarrollar el principio de intervención mínima o última ratio de la reacción penal: frente a un conflicto social, el Estado Constitucional de Derecho debe, antes que nada, desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución o, en último término, pero sólo en último término, optar por definirlo como criminal. Cuando así lo hace está ejercitando entre diferentes alternativas que puedan presentarse para la solución del conflicto una opción política, que en forma específica tomará el nombre de política criminal en tanto que está referida a la criminalización del conflicto¹⁵.

Entonces, en un Estado Constitucional de Derecho, las normas se interpretan no sólo en el sentido propio de sus palabras, los antecedentes históricos y legislativos, sino también con base a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la justicia en la resolución de los problemas de la colectividad, puesto que el objeto de los mandatos y prohibiciones del derecho deben circunscribirse de manera necesaria a la conducta humana.

13 BERGALLI, Roberto. "La instancia judicial", en *El pensamiento criminológico*. Vol. II Estado y Control, Primera Edición, Editorial Temis, Colombia, 1983, p. 73. En el mismo sentido Santiago MIR PUIG, cuando afirma que "todo Derecho Penal responde a una determinada Política Criminal, y toda Política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde". En "Constitución, Derecho penal y Globalización", en *Nuevas tendencias en política criminal—Una auditoría al Código Penal español de 1995-*, Primera Edición, Editorial B de F, Argentina, 2006, p. 116.

14 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*. Tercera edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 197 y 198.

15 BUSTOS RAMIREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. I, Primera Edición, Editorial Trotta, España, 1997, p. 29. "Justo porque la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo. En FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Cuarta Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 465.

6.- La obligatoriedad de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos

Cuando hablamos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, nos referimos a toda la juridicidad internacional (normas, tratados, convenciones, acuerdos, costumbre, jurisprudencia) en que se establece el comportamiento y beneficios que el ser humano puede esperar y exigir de las naciones o Estados. Las normas jurídicas internacionales son reglas que prescriben deberes respecto del comportamiento de los Estados, en cuanto no están aislados, sino que pertenecen a una comunidad de naciones, y deben procurar una adecuada convivencia.

Los Tratados Internacionales son los acuerdos internacionales, celebrador por escrito, entre Estados, y regidos por el derecho internacional, cualquiera que sea su denominación, según el artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 mayo 1969; o, más ampliamente respecto de quienes crean o producen esta juridicidad, son los convenios regidos por el derecho internacional, celebrado por escrito entre el gobierno y sujetos del derecho internacional, cualquiera que sea su denominación, en donde se asuman compromisos, de acuerdo al numeral 2º de la Ley sobre la celebración de tratados, de México, del 2 de enero 1992.

Ahora bien, el objeto y finalidad de los Tratados en materia de Derechos Humanos es que los Estados adquieren el compromiso de respetar los derechos del ser humano, independientemente de su nacionalidad o características. No son tratados que produzcan derechos entre los Estados o para las personas, sino que reconocen los derechos inherentes al ser humano, y se firman para su protección. No son tratados “tradicionales” de beneficios o intercambio de derechos entre los Estados, su objeto es que los firmantes se sometan a los derechos humanos, por lo que sus obligaciones son las de respetarlos en forma mundial y local.

En materia de Derecho Internacional, la costumbre ha creado una figura denominada “*Jus Cogens*” (artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) que implica que será nula toda estipulación o actuación que contradiga una norma imperativa de derecho internacional; es decir, una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional como disposición que no admite acuerdo en contrario, sólo puede ser alterada por una nueva convención o pacto internacional de esa misma naturaleza.

Así, a mi parecer los tratados internacionales en materia de derechos humanos son tratados de *Jus Cogens*, es decir, no admiten estipulación en contrario y deben respetarse. Esto lo enfatizo por la existencia en Derecho Internacional de las Reservas, que son declaraciones en las que los Estados expresan su decisión de no quedar obligados por un artículo determinado, o aclarando el sentido en que se entenderá determinada disposición. Es decir, por medio de las reservas los Estados pueden evitar asumir obligaciones de garantizar y proteger ciertos derechos.

Para entender cuáles son las reservas permitidas, debemos acudir a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece:

1. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe *—pacta sunt servanda—* (artículo 26);
2. No se permiten reservas cuando el tratado las prohíba, las limite o, cuando la reserva sea incompatible con el objeto y fin del tratado (artículo 19); y
3. Una parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación para incumplimiento de un tratado, salvo nulidad de competencia para celebrarlos (artículo 27).

Con lo anterior, puedo concluir que las reservas son inaplicables en Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, puesto que si un Estado firmante quiere modificar el concepto de un derecho o no lo quiere aplicar, esto es incompatible con el objeto y fin del tratado que es obligar al Estado a respetar y hacer efectivos esos derechos, y por lo mismo no se pueden invocar disposiciones de derecho doméstico para incumplirlos.

El Problema ocurre entonces con la aplicación de los tratados ¿qué predomina, la Constitución Nacional o el Tratado Internacional?

Las soluciones que las Constituciones han tomado son las siguientes:

- a. Los tratados tienen la misma jerarquía que la constitución (Nominalmente en el artículo 133 de la Constitución Mexicana);
- b. Obligación de cumplir los tratados, pero no tienen rango superior a la ley ordinaria;
- c. Los tratados prevalecen sobre las leyes nacionales (interpretación jurisprudencial en México); y
- d. Los tratados pueden estar por encima de las normas constitucionales (interpretación jurisdiccional internacional).

De acuerdo al principio de Supremacía Constitucional, las normas dentro del Estado Mexicano (para efectos de aplicación y observancia) siguen el siguiente orden de aplicación¹⁶:

16 TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “*pacta sunt servanda*”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional. Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis vo-

1. Constitución
2. Tratados Internacionales
3. Leyes Federales
4. Constituciones Locales
5. Leyes Locales
6. Reglamentos

En este sentido, ese Derecho Internacional y sus tratados, para ser aceptados, deben estar acorde a la constitución, y así podrán ser aplicables inmediatamente en los Estados en contra de normas de derecho interno que se opongan.

Lo cuestionable es si “estar en contra” puede entenderse también cuando el Tratado amplía o regula derechos que la Constitución Nacional regula en forma breve o deficiente, o ni siquiera los regula.

Así, la interpretación derivada de la Convención de Viena nos ayuda a deducir que un Tratado Internacional está en contra de la Constitución, y por ende no puede ser aplicado, cuando vulnera o restringe un derecho fundamental protegido por una nación. Por lo anterior, si el tratado lo que hace es desarrollar con mayor claridad y amplitud un derecho protegido por el sistema constitucional ordinario, o inclusive otorga un derecho no protegido por una nación, el tratado se impone sobre esa constitución y debe aplicarse, ante la obligación constitucional de respetar la decisión en materia de derechos humanos.

En la actualidad aún se da el enfrentamiento entre el derecho estatal que busca enfrentar toda acción que vaya en contra de su régimen interno, y el derecho internacional, que busca el prevalecimiento de los derechos humanos, frente a pretextos de interpretación de soberanía nacional.

El concepto tradicional de soberanía se modifica pues los Estados quedan sujetos a normas fundamentales de paz y derechos humanos. Las declaraciones de derechos humanos y tratados internacionales crean derechos constitucionales e incluso supraestatales, que deben observarse y respetarse.

La tendencia preponderante en materia de soberanía y derecho internacional, se relaciona con las normas o tratados en materia de derechos humanos, los cuales son superio-

tos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez. El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número IX/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete. Nota: En la sesión pública de trece de febrero de dos mil siete, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc Cain México, S.A. de C.V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere esta tesis aislada.

res a las Constituciones nacionales, y no se puede establecer el pretexto de contradicción con el derecho interno para no ser observados¹⁷.

La Corte Internacional de Justicia (opinión consultiva de 28 de mayo de 1951), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Belilos, sentencia de 29 de abril de 1988, caso Loizidou vs Turquía de 23 de marzo de 1995), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982), y el Comité de Derechos Humanos (observación general 24(52) de 1994), han resuelto¹⁸ que la soberanía no puede oponerse como pretexto para dejar de cumplir una obligación internacional en materia de derechos humanos; es decir la soberanía está limitada por asuntos de protección e interés de la humanidad.

Así, el derecho internacional de los derechos humanos debe aplicarse en todas las naciones firmantes o de las que forme parte, y eso influye en la reforma al sistema penal a un sistema acusatorio garantista y protector de derechos humanos. Inclusive, el propio artículo 15 Constitucional nos indica la prohibición de firmar Tratados que limiten o restrinjan los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, lo que claramente nos indica que estar en contra implica disminuir esos derechos, pero si se amplían, regulan en mejor forma, o incluso reconocen cuando en la Constitución están ausentes o restringidos, el Tratado no está en contra, sino que está ampliando derechos y garantías, las cuales siempre pueden ampliarse, no restringirse, de acuerdo al artículo 1º de la misma Constitución, por lo cual, al ser parte del derecho interno, debe observarse el tratado que maximiza el derecho, es decir, aquel que lo hace efectivo, al ampliar el contenido mínimo de la normativa constitucional.

17 La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, acepta que no puede invocarse el derecho interno para dejar de cumplir un tratado internacional en la Tesis ya citada **“TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL...**atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “pacta sunt servanda”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno...”.

18 Tribunales Federales en México, han reconocido que las decisiones internacionales en materia de derechos humanos, pueden ser tomados en cuenta al resolver conflictos de aplicación interna en la Tesis: **“JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.** Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 623/2008. Procuraduría General de la República y otras. 23 de octubre de 2008. Mayoría de votos; unanimidad en relación con el tema contenido en esta tesis. Disidente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz”.

7.- Un caso reciente de aplicación de los Derechos Humanos frente a una restricción constitucional

El pasado 13 de mayo de 2010, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvió revocar la determinación emitida por el Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Aguascalientes, que negó la solicitud de registro de una persona como candidato a Gobernador del Estado.

Aclaro que soy apartidista, no tengo simpatía con ningún partido, ideología o candidato, por lo que mi comentario es respecto al relevante contenido de argumentación de los Magistrados a favor de la protección de los derechos humanos.

En la discusión, que pudo ser apreciada en vivo a través de internet y se encuentra disponible en la página web del Tribunal, se puso en evidencia cómo los derechos humanos sí son aplicables, pueden observarse en nuestro sistema jurídico y social, y deben operar aún por encima de prohibiciones internas que los pretendan restringir.

Los Magistrados no declararon que hubiera contradicción entre la Constitución Federal (artículo 38) y la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que forman parte del sistema jurídico mexicano; sino que establecieron que estos convenios de derechos humanos maximizaban o ampliaban la eficacia de los derechos políticos de las personas, por lo cual si alguien está siendo procesado por un delito, no se le puede negar el registro a una candidatura de elección popular, puesto que debe prevalecer su presunción de inocencia, no puede aplicársele una sanción antes de ser sentenciado, y en consecuencia debe protegerse su derecho pasivo político electoral de ser votado en elecciones.

Así, en esa resolución se reiteró que a pesar de que una Constitución interna restrinja un derecho, si otra normatividad dentro del mismo sistema jurídico permite la progresión del derecho, es decir, no lo restringe, lo amplía, lo estipula de mejor manera o inclusive lo otorga, debe interpretarse a favor del ser humano (principio pro homine) y ante la contradicción de las normas, optar por aplicar la que sea más benéfica y ayude a hacer realmente efectivo el ejercicio y goce de ese derecho.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación reiteró un criterio que ya había establecido en otras determinaciones: los derechos humanos predominan sobre disposiciones internas que traten de restringirlos sin proporción, sin razón, sin necesidad. Los derechos humanos no son absolutos, pueden restringirse, pero la restricción debe ser con una justificación seria. Así, si una persona no ha sido condenada a la pérdida de sus derechos, no se le puede restringir su ejercicio pues sigue siendo inocente como cualquier otro que quiera ejercer un derecho en esas circunstancias. Aplicar la ley, sin razonarla, sin comprenderla, sin analizarla, implicaría una aplicación arbitraria y acrítica, para lo cual no necesitaríamos juristas ni abogados, ni siquiera seres humanos, ya que cualquier computadora podría aplicar la norma en su literalidad.

Desconozco si hubo presiones para dictar esta resolución, como algunas personas lo argumentaron. Desconozco también si hubo presiones para dictar la resolución que negó

el registro a un candidato por estar sujeto a un proceso penal, como otras personas lo pregonaron. Pero lo que si conozco es el contenido de las determinaciones, y tanto del Instituto Estatal Electoral como del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, emitieron unas resoluciones bien sustentadas, adecuadas en contenido y apegadas a derecho, y lo que varió fue la interpretación del Tribunal Electoral, al establecer la prevalencia de los Tratados Internacionales que forman parte del sistema jurídico mexicano, sobre la Constitución Local y Código Electoral, que iban en contra de su contenido: el de que cualquier persona puede ser candidato a un puesto de elección popular y ganarlo en elecciones, mientras no haya sido condenado definitivamente por un delito intencional.

Interpretar no es “desentrañar el sentido de la ley” o “determinar lo que un legislador quiso decir”; interpretar es aplicar una normatividad a favor de un derecho y resolver un conflicto jurídico. Si entendemos a la Constitución como lo que es, como una limitación del poder, llevada a cabo por medio del derecho, que establece una serie de derechos y garantías a las personas, las cuales nunca pueden restringirse, pero siempre pueden ampliarse, comprenderemos que los Tratados Internacionales son normas de derecho interno, que no contradicen la Constitución, sino que amplían los derechos y garantías que en ella se regulan, lo cual no está prohibido; al contrario, se obliga y exige a la autoridad que maximice e intérprete a favor del hombre, de sus derechos, en equilibrio y con racionalidad.

Eso hizo el Tribunal Electoral; eso ha estado realizando (se manejó que en un asunto similar se negó el registro a un candidato, pero el caso del ciudadano de Tlaxcala, mencionado por algunas autoridades y medios de comunicación, fue distinto y desechado porque se impugnó una resolución de un Juez de Distrito).

Lo que espero es que este tipo de interpretación a favor de los derechos humanos se generalice en todas las autoridades, locales o federales, ejecutivas, legislativas o judiciales, y se apliquen los derechos a favor de las personas en cualquier materia. Lo que espero es que no sólo se haya interpretado por el personaje que promovió el Juicio de Protección de Derechos Político Electorales y para los efectos mediáticos de esta elección. Espero que no se haya interpretado por esto último.

LOS REFUGIADOS Y EL DERECHO DE ASILO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Martha Guadalupe Guerrero Verano¹

Resumen: Existen una serie de circunstancias, económicas, políticas o sociales, que muchas veces afectan a la integridad de los individuos en su calidad de ser humano, debido a que no les permiten disfrutar plenamente de sus propios derechos. El origen es variado, aunque en su mayoría se deben a la confrontación de ideologías de quienes ostentan o pretenden obtener el poder. Cuando un conflicto se generaliza entre la población de un país y atenta contra la vida de sus habitantes, a tal grado que se ven en la necesidad de abandonar sus hogares e internarse en tierras ajenas en busca de asilo para poder sobrevivir, se genera el problema de los desplazados y los refugiados, quienes además de los problemas cotidianos, deben afrontar el hecho de ser desprovistos, por su propio gobierno, de la seguridad que como ciudadanos tienen. No obstante, en la violación de los derechos humanos de los individuos está la causa fundamental del refugio y del desplazamiento, ya que el temor que las personas sienten de que las encarcelen, torturen, esclavicen, violen o asesinen, las hace huir, abandonando su hogar, sus pertenencias, su comunidad e incluso su país.

Palabras clave: Migración, conflictos armados, desplazados, asilo, refugiados.

Abstract: There exist economic, politic and social circumstances that affect the integrity of individuals as human beings, given that they do not allow humans to fully enjoy their own rights. Even though the origin of these circumstances varies, they are mostly the result of the ideology differences of the ones holding or trying to hold power. When a conflict is spread out among a country's population and puts their live in risk, the outcome is their population moving out searching political asylum in order to survive. This situation results in a great number of refugees who have to face the fact of losing their own government and the security they acquire as citizens. Human rights violation is nevertheless the main origin of refugees as they fear for being imprisoned, tortured, enslaved, raped or murdered and are forced to flee leaving their home, belongings, community and even their country.

Key words: Migration, armed conflicts, displaced, asylum, refugees.

1.- Migraciones forzadas

En los últimos años, los flujos migratorios se han incrementado de una manera vertiginosa, como nunca antes vistos; dichos desplazamientos, que pueden ser internos, dentro del mismo territorio estatal, sin salir de éste, o internacionales, cruzando fronteras para internarse

¹ Profesora Investigadora en el Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Correo-e: mgverano@uach.reduaeh.mx

en otro Estado, se deben a “un abanico de causas y/o proyectos considerablemente variado: se emigra por muy diferentes razones y de formas muy diferentes.”²

Sean cuales sean los motivos que originan los flujos migratorios internacionales, lo cierto es que actualmente no existe país alguno que pueda sustraerse al impacto de las migraciones. Las situaciones que se viven de conflictos internacionales, guerra civil, disturbios étnicos, discriminación racial, intolerancia religiosa, degradación del medio ambiente, desequilibrios económicos, pobreza extrema o simplemente la búsqueda de mejores niveles de vida, expulsan a millones de personas de su lugar de origen e involucran a los países receptores,³ la mayoría de las veces aún en contra de su voluntad; sin embargo, es difícil determinar hasta qué punto la migración ha sido forzosa o voluntaria.⁴

Por lo general, en el contexto internacional los términos asilo y refugio son entendidos como sinónimos, no existe diferenciación alguna entre estas figuras ya que ambas instituciones intentan brindar protección a los individuos que no pueden recibirla de sus gobiernos. Motivo por el cual en el derecho internacional sólo existe la institución del refugio, mientras que en América Latina, el asilo y el refugio son dos figuras distintas, con características propias, bien delimitadas conforme a los acontecimientos que las propician y las condiciones que generan.

En el Derecho Internacional Interamericano las diferencias son claras, el asilado es perseguido por motivos políticos; mientras que el refugiado es un individuo que tiene temor fundado de persecución y violación de sus derechos humanos. En otras palabras, el solicitante de asilo es ya un perseguido, en cambio, para ser solicitante de refugio basta con temer ser objeto de persecución.

Este temor es tan fuerte, que les hace dejar todo lo que tienen, sea mucho o sea poco, para internarse en lugares muchas veces inhóspitos para ellos, en donde son rechazadas y tratadas como si fuesen personas devaluadas, sin valor alguno. Aún así, prefieren pasar por estos sufrimientos antes de padecer otros que ellos consideran peores; incluso llegar a perder la vida. Sin embargo, es necesario tomar en consideración que la solución no consiste solamente en abandonar el lugar donde están siendo violados sus derechos humanos e internarse temporalmente en otro país en busca de asilo o refugio, (aunque de primera instancia logran proteger sus vidas), sino más bien en buscar soluciones reales y efectivas a su problemática.

Sea cual sea el motivo del desplazamiento de estas personas, el hecho es que buscan protección y seguridad en otros países. A pesar de que “como implican conceptos ta-

2 Lucas, Javier de, “El marco jurídico internacional de las migraciones”, en Mariño Menéndez, Fernando M. (Coord.), *Un mundo sin desarraigo: el Derecho Internacional de las migraciones*. Editorial Catarata, Madrid, 2006, p. 34.

3 Cfr. Dávalos Martínez, Héctor, *Protección de los derechos humanos de los migrantes en la zona fronteriza Asuntos migratorios en México*, Instituto Nacional de Migración, 2ª reimpresión, México, 1997, p. 141

4 Cfr. Gortázar Rotaache, Cristina, “La protección internacional de los solicitantes de asilo y refugio como supuestos diferenciados del fenómeno general de las migraciones internacionales”, en Mariño Menéndez, Fernando M. (Coord.) *Un mundo...*, *op. cit.*, pp. 222-223.

les como asilo y refugio, un país de asilo debería ser un lugar acogedor, que ofreciera seguridad a las personas cuyos derechos humanos están en peligro y cuyo bienestar físico y psicológico es amenazado;⁵ en muchos casos no es así e incluso pueden correr un riesgo aún mayor, por lo que para evitar esto y procurar una solución efectiva se requiere muchas veces de la presencia de Organismos Especializados en la atención de la problemática de estos grupos, como es el caso del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) a nivel universal y de las demás instancias locales.⁶

2.- Derecho de Asilo y la condición de asilado

La institución del asilo tiene orígenes muy remotos, pues se encuentran rastros de ella en las civilizaciones más antiguas. Como muestra de esto tenemos lo especificado en el Tratado de Paz de Kadesh, suscrito por el Faraón Ramsés II y Hatusil III, Rey de los hititas, entre 1280 – 1269 a.C., donde se trata de proteger contra la persecución política.⁷

También lo hallamos en la civilización Azteca, en la cual, todo esclavo cuya condición se debiera a deudas o delito, podía recuperar su libertad si alcanzaba a refugiarse en el *Tecpan*, el palacio real. Sólo su amo o los hijos de éste, podían oponérsele; ningún otro tenía derecho a impedir la acción del refugio del esclavo bajo la pena de ser considerado él mismo como tal.⁸

Otro ejemplo lo tenemos en la antigua Grecia, donde los delincuentes podían refugiarse en los templos, ya que escapaban a la competencia de la autoridad, encontrando protección todos aquellos que alcanzaban ingresar a tiempo.⁹ Otros lugares en los que se podía obtener asilo además de los templos y altares eran “las tumbas de los héroes, los bosques sagrados, así como ciertas ciudades o sus alrededores.”¹⁰

“En la antigüedad el asilo fue entendido y ejercido como la protección de delincuentes del orden común en sitios inviolables bajo el amparo de los dioses.”¹¹

5 ACNUR. *La situación de los refugiados en el mundo, en busca de soluciones*, Alianza Editorial, Madrid 1995, p. 90

6 Generalmente, cuando se presenta la problemática del refugio, en algunos Estados se crean instituciones de atención a los refugiados, que colaboran estrechamente con el ACNUR.

7 Cfr. Gil Bazo, Teresa, “La protección internacional del derecho del refugiado a recibir asilo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Mariño Menéndez, Fernando M. (Dir.), *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios sociales, 2ª edición, Madrid, 2003, pp. 681-682.

8 Cfr. Imaz, Cecilia, “El asilo diplomático en la política exterior de México”, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, 40 - 41 Otoño - Invierno 1993, p. 53.

9 Seara Vázquez, Modesto. *Derecho Internacional Público*. Editorial Porrúa, México 2000, p.236

10 Serrano Migallón, Fernando. *El asilo político en México*. Editorial Porrúa, México 1998, p. 23

11 Díaz, Luis Miguel y Rodríguez de Ita, Guadalupe, “Bases histórico-jurídicas de la política mexicana de asilo diplomático” en Dutrénit Bielous, Silvia y Rodríguez de Ita, Guadalupe (Coords.) *Asilo diplomático mexicano en el cono sur*. Instituto de Investigaciones José María Luis Mora, Instituto Matías Romero-Acervo Histórico Diplomático de la Secretaría de Relaciones Exteriores, México 1999, p 63.

El asilo, desde su inicio y hasta fines de la Edad Media, encontró su aplicación como institución fundamentalmente religiosa, ligada al carácter inviolable de los lugares sagrados. Por lo que en un principio, el asilo se propiciaba básicamente en las iglesias y los monasterios, ya que eran considerados como lugares sagrados y por lo tanto inviolables. “El asilo eclesiástico se mantuvo vigente a lo largo de la edad media, pero empezó a declinar entre los siglos XIII y XV hasta ser prácticamente abandonado hacia finales del XVIII”¹²

Posteriormente, al consolidarse los Estados soberanos, se comenzaron a establecer reglas respecto a esta figura, por lo que la institución del asilo, que en un principio fue considerada propia de la Iglesia, pasó a formar parte de la regulación del Estado.

Cabe destacar que en materia de asilo para los perseguidos políticos el primer ordenamiento data de 1823, cuando México¹³ y Colombia suscribieron un Tratado de No Extradición por Delitos Políticos.¹⁴

Es principalmente en el ámbito interamericano donde la práctica del asilo se convirtió en una tradición; a tal punto de adquirir el carácter de una “institución propia del derecho internacional americano.”¹⁵ En este contexto de cooperación interamericana se suscribieron algunos instrumentos, tal es el caso del Tratado de Derecho Penal, celebrado en Montevideo, Uruguay el 23 de enero de 1889, durante el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, en el que participaron Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay; dicho Tratado establecía principios sobre el asilo y la no extradición.

Más recientemente, en el siglo XX, se celebraron varias Conferencias Panamericanas que dieron como fruto las Convenciones sobre las que descansa el reconocimiento de la figura del asilado en América Latina.

El apoyo que se le brindó en el derecho interamericano al desarrollo de la normativa relacionada con el asilo queda de manifiesto con el caso del jurista argentino Saavedra Lamas, quien en 1937 sometió a la Sociedad de Naciones “un proyecto de Convención sobre el derecho de asilo, que no encontró un ambiente propicio ante el organismo mundial, pero que fue recogido en el ámbito regional, surgiendo así el Tratado de Montevideo sobre el Asilo y el Refugio Políticos, del 4 de agosto de 1939, suscrito por Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.”¹⁶

En América Latina la figura del asilo es reconocida ampliamente a través de diversos instrumentos regionales; sin embargo, “no es reconocido en los Estados Unidos, países de Europa y las Filipinas, no obstante que ocasionalmente lo conceden en su modalidad diplomática.”¹⁷

12 *Ibidem.*, p. 64.

13 Apenas 2 años después de haberse constituido como Estado Soberano.

14 Imaz, Cecilia. *Revista Mexicana de Política Exterior* 40 - 41 Otoño – Invierno 1993, p. 58

15 *Ídem.*

16 Sepúlveda, César. *Estudios sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos*. CNDH, México 1991, p.114

17 Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano P-Z*, 2ª edición revisada y aumentada, Editorial Porrúa y UNAM, México, 2004, p. 293.

En el ámbito universal, no es sino hasta mediados del siglo XX que “ante las migraciones masivas ocurridas durante y después de la segunda Guerra Mundial, se desarrolló una acción con miras a la afirmación del derecho de Asilo como derecho fundamental de la persona.”¹⁸

Tradicionalmente, “el llamado *derecho de asilo* es el derecho soberano de un Estado de otorgar asilo en su territorio a personas que huyen de persecución.”¹⁹

La palabra “asilo” proviene del griego “*asylon*” y del latín “*asylum*”, “que significa un lugar inviolable en el que una persona perseguida logra refugio o abrigo. Pero este refugio sólo debe otorgarse en nuestro tiempo a los que padecen persecuciones políticas o religiosas.”²⁰

Textualmente asilo significa “sin captura, sin violencia, sin devastación”. En latín, *asylum* se refiere a un lugar inviolable en donde no puede ejercerse la persecución.²¹

Asilo: Del griego *aylon* = lugar sagrado que se halla bajo la protección divina. Históricamente designa los lugares de refugio para los fugitivos donde no pueden ser perseguidos, hostigados ni detenidos (Derecho de asilo).²²

Asilo (f. *Asile*, i. *Asylum*), término internacional que designa el hecho de dar refugio a un extranjero expuesto en su país, por razones de raza o ideologías, a persecuciones, cárcel o muerte; objeto de muchos acuerdos regionales, principalmente en América Latina y de la convención internacional (derecho de asilo).²³

El asilo es una institución en virtud de la cual una persona escapa a la jurisdicción local, ya sea que huya a otro país o se refugie en la embajada o en un barco o avión de un país extranjero.²⁴

El asilo tiene dos modalidades, siendo éstas el “asilo diplomático” y el “asilo territorial”. El asilo diplomático²⁵ es aquel que es otorgado por el Estado en aquellos lugares en donde goza de inviolabilidad,²⁶ esto es, como ya se mencionó, a través de su embajada o bien en un barco o buque del Estado atracado en las costas del Estado del cual el indivi-

18 Imaz, Cecilia. *Revista Mexicana*, *op. cit.*, p. 54

19 Cuadra, Héctor. *La proyección internacional de los Derechos Humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1970, p. 150.

20 Sepúlveda, César. *Estudios sobre Derecho...*, *op. cit.*, p.111.

21 Imaz, Cecilia. *La práctica del asilo y del refugio en México*. Potrerillos Editores, México 1995, p.21.

22 García Aparisi, Manuel. *Diccionario de Historia Universal*. Ediplesa, Madrid 1979, p. 26.

23 Osmańczyk, Edmund. *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*. Fondo de Cultura Económica, Madrid 1976, p. 102.

24 Cfr. Seara Vázquez, Modesto. *Derecho Internacional...* *op. cit.*, p. 236.

25 Algunos autores como César Sepúlveda y Modesto Seara Vázquez, distinguidos internacionalistas, consideran que el Derecho Diplomático constituye una derogación a la soberanía del Estado del nacional asilado debido a que se sustrae de su competencia a un sujeto que ha violado las normas por él emitidas.

26 Conforme al Derecho Internacional, las representaciones diplomáticas, las embarcaciones y las aeronaves matriculadas en el Estado, son consideradas como territorio “ficticio” del mismo, ya que en estos lugares, a pesar de no encontrarse dentro de su territorio, ejerce su soberanía.

duo intenta huir; es una situación provisional. Mientras que el asilo territorial es concedido por el Estado, conforme al ejercicio de su soberanía, dentro de su propio territorio.

La concesión de asilo a refugiados políticos es un acto pacífico y humanitario, de modo que no puede ser considerado hostil por cualquier otro Estado, incluso aquél del cual el ofensor es nacional; asimismo, el Estado del cual el extranjero es nacional no tiene derecho a ejercer control físico sobre él durante su residencia en el territorio de otro Estado.²⁷

Puede definirse a un asilado como una persona que es obligada a abandonar su lugar habitual de residencia debido a fuerzas que escapan de su control, perseguido principalmente por sus ideas políticas y a buscar asilo en otra parte, en la que es admitido, temporal o definitivamente, según lo considere el país que lo recibe; motivo por el cual, al asilado se le conoce también como asilado político.

El asilo es individual, se concede a personas perseguidas por motivos o delitos políticos. El otorgamiento del mismo es un derecho del Estado asilante, más no una obligación; no hay limitaciones para otorgar el asilo ya que el Estado asilante tiene absoluta libertad al respecto, ni está obligado a explicar por qué lo concede o no.

La posibilidad de otorgar asilo se ha considerado siempre como un principio humanitario tradicionalmente válido en la comunidad internacional; por lo que todo Estado, ejerciendo su soberanía y como acto unilateral de su voluntad, tiene derecho a admitir en su territorio a las personas que desee, sin que esto sea motivo de queja por parte de otros Estados; ya que el Derecho Internacional no obliga a los Estados a negar la admisión o expulsión en su territorio de cualquier extranjero, ni a entregarlo a otro Estado, salvo en los casos de “extradición”.²⁸

Tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁹ como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁰ se afirma que todas las personas tienen derecho a buscar y disfrutar de asilo en caso de persecución. Con base en lo anterior, se podría llegar a la conclusión que el derecho de buscar y recibir asilo es considerado como un derecho humano³¹ por el Derecho Internacional. No obstante, pese a este reconocimiento, Sorensen, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica, séptima reimpresión, México 2000, pp. 469-470.

28 Extradición (Del latín *ex*, fuera de, y *traditio* –*onis*, acción de entregar). Es el acto mediante el cual un Estado hace entrega de una persona refugiada en su territorio a otro Estado que la reclama por estar inculpada, procesada o convicta en éste de la comisión de un delito del orden común a fin de que sea sometida a juicio o reclusa para cumplir con la pena impuesta. *Diccionario Jurídico Mexicano*, p. 1638.

29 Art. 14 Frac.1. “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.”

30 Art. 27.- “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.”

31 No obstante, existen detractores que no están de acuerdo en que el asilo se considere como parte de los derechos humanos, ya que la concesión del mismo es un privilegio del Estado que lo concede, por lo que de ninguna manera es un derecho que el individuo pudiese reclamar.

nocimiento, es importante señalar que éste es en sí un derecho del Estado, ya que lo cierto es que va a ser el Estado quien determine el otorgamiento del asilo.

De esta manera, nos vamos a encontrar con que el Derecho de Asilo tiene una dicotomía peculiar ya que por una parte el individuo tiene el reconocido derecho de solicitar asilo, pero por otra parte, va a ser el Estado quien finalmente decida otorgarlo o no, atendiendo a sus propios intereses.

Por tanto, el Derecho de Asilo en la práctica es, no tanto como el derecho del individuo de solicitar asilo, sino más bien como el derecho del Estado de otorgar tal protección. Aunado a esto, “debe reconocerse cuán discrecionalmente conceden y retiran los Estados el visado a los extranjeros provenientes de cualquier otro país, según sus conveniencias.”³² Por lo mismo, va a ser el propio Estado, en ejercicio de sus facultades y conforme a su derecho, el que determine la condición de asilado³³, a quién le otorgará tal condición, así como los requisitos a considerar para brindarle al individuo la adecuada protección a dicha condición. De esta manera, la determinación de la condición de asilado será un acto discrecional y unilateral del Estado.³⁴

Pese a que el Derecho de Asilo se aplica en el interés del perseguido,³⁵ el asilo es una institución que depende única y exclusivamente de la soberanía del Estado y por tanto se ejerce con base en los intereses de éste y no en los de las personas que solicitan dicha protección.

3.- Concepto de refugiado

Los refugiados son hombres, mujeres y niños forzados a abandonar su lugar de origen, temiendo por sus vidas o por su libertad; que han cruzado fronteras internacionales, internándose en otro país desconocido para ellos, tanto en costumbres como en sus leyes.

La problemática de los refugiados generalmente tiene su origen en las confrontaciones políticas, en los disturbios sociales y en los conflictos armados; para tratar de atenuar sus sufrimientos se ha creado una rama del derecho que se especializa en la atención de los refugiados, esta rama del derecho es el Derecho Internacional de los Refugiados.³⁶ El re-

32 Mariño, Fernando. *Los refugiados en España*. Ministerio de Asuntos Sociales, INSENSO/IEPALA Diciembre 1994 Madrid, p. 115

33 El Art. 1 frac. 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial establece: “Corresponderá al Estado que concede el asilo calificar las causas que lo motivan.”

34 En el ámbito jurídico mexicano, tendrá la condición de “asilado político” el extranjero “que se interna en territorio nacional para proteger su libertad, o su vida, de las persecuciones políticas en su país, autorizado por el tiempo que la Secretaría de Gobernación juzgue conveniente atendiendo a las circunstancias que en cada caso concurren.” Art. 42, fracción V de la Ley General de Población.

35 Cfr. Santolaya Macheti, Pablo, *El Derecho de Asilo en la Constitución Española*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 19.

36 Algunos autores, como Augusto Cançado Trindade, señalan que el derecho de los refugiados es una de las tres vertientes (junto con el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos) de la protección internacional de los derechos de la persona humana. *Las tres vertientes*

conocimiento de una persona como refugiada es un acto de carácter humanitario y no político, inspirado en el principio de protección internacional y en la no discriminación.³⁷

Algunas de las definiciones que se han dado respecto a la figura del refugiado son las siguientes:

Refugiados. I. (Del. latín *refugium* y éste de *refugere*: huir, escaparse.) Personas que, como consecuencia de conflictos internos o externos u otros acontecimientos que alteren seriamente el orden público de su país de origen, de violaciones masivas y persistentes de los derechos humanos, de persecuciones por motivos o delitos políticos o del temor a ser perseguidas por otros motivos, huyen de su país para buscar refugio y protección fuera del mismo.³⁸

Refugiados (f. *Refugiés*, i. *refugees*), término internacional, personas desplazadas de su país.³⁹

Refugiado: Persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social, está fuera de su país de nacionalidad y no puede o no quiere acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviere su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.⁴⁰

El ACNUR define a los refugiados como aquellos que han huido de su país por temores fundados de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social y que no pueden o no quieren regresar a éste.

Una de las definiciones más completas sobre los refugiados es la proporcionada por la Declaración de Cartagena, ya que además de complementar la figura del refugiado establecida por la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, señala los motivos que generan a las migraciones masivas, a saber, los conflictos armados, la violencia generalizada y la violación de los derechos humanos. Así como la preeminencia de la preservación de la vida, la seguridad y la libertad.⁴¹

de la protección internacional de los derechos de la persona humana, Editorial Porrúa y Universidad Iberoamericana, México, 2003.

37 ACNUR. *Refugiados III-1995*. Revista no. 89, p. 23.

38 Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano P-Z*. 2ª edición revisada y aumentada, Editorial Porrúa y UNAM, México 2004, pp. 3236-3237.

39 Osmańczyk, Edmund. *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*. Fondo de Cultura Económica, Madrid 1976, p. 938.

40 Las fuentes de esta definición son la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados aprobada en 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados aprobado en 1967. ACNUR. *Determinación de la condición de refugiado*. Ginebra 1989, p. 54.

41 Esta conceptualización se recogía en la figura de refugiado que se señalaba en la Ley General de Población en su artículo 42, fracción VI "Refugiado es el extranjero que se interna en territorio nacional para proteger su vida, seguridad o libertad cuando hayan sido amenazadas por violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstan-

4.- Variantes de refugiado

A la figura de refugiado generalmente aceptada, se le puede agregar dos variantes, que son: “refugiado *prima facie*” y “refugiado *sur place*”.

El “**refugiado *prima facie***” es miembro de un grupo numeroso de personas que se ven en la necesidad de movilizarse debido a causas adversas; el estatuto *prima facie* se concede cuando “grupos enteros de personas están afectados por circunstancias lo suficientemente graves como para considerar a cada miembro de ese grupo como refugiado.”⁴² Además de que se dispone de poco tiempo como para examinar cada caso en particular.

El “**refugiado *sur place***” es aquella “persona que no era un refugiado cuando salió de su país de origen, pero que debido a circunstancias surgidas durante su ausencia, se convierte en refugiado posteriormente.”⁴³ Lo que provoca que ya no puedan o no quieran regresar a su lugar de origen por la inseguridad y conflictos que se viven en su país; por lo que prefieren continuar en donde se encuentran o buscar refugio en otro lugar.

Además de las variantes mencionadas, encontramos al llamado “**refugiado económico,**” quien en realidad es un “**migrante económico.**” Es difícil distinguir con claridad entre refugiado y migrante económico, debido a que “la estrecha relación entre factores políticos y económicos confunde algunas veces el problema de los refugiados con el problema de las migraciones económicas.”⁴⁴

La confusión entre refugiados y migrantes económicos provoca en los países desarrollados una creciente falta de sensibilidad hacia los problemas de los refugiados, ya que los ven como una carga, más que como personas necesitadas de ayuda. Algunas personas ven a los refugiados, así como a los migrantes económicos, como competidores que tratan de quitarles sus puestos de trabajo, lo que ahonda el rechazo hacia ellos; situación que perjudica a los verdaderos solicitantes de refugio.

Cuando los migrantes económicos abandonan su lugar de origen para ir en busca de una vida mejor, lo hacen de manera voluntaria,⁴⁵ conscientes de que la decisión que están tomando es la más adecuada no solamente para ellos, sino también para sus familias, y asumiendo las consecuencias que sus actos pudieran ocasionarles a futuro; pero también, parten con la confianza de que si en determinado momento las cosas no resultan como las habían planeado, pueden regresar a su país a seguir disfrutando de la seguridad que les ofre-

cias que hayan perturbado gravemente el orden público en su país de origen.” Y se repite en la Ley sobre refugiados y protección complementaria.

42 *Ídem.*

43 *Ídem.*

44 Arboleda, Eduardo. “El ACNUR, las migraciones internacionales y el derecho de asilo” en *Revista Mexicana de Política Exterior*, No. 42, Primavera 1994, p. 148

45 Aunque mucho se polemice respecto a que si verdaderamente los migrantes tienen la opción de elegir irse de sus hogares en pos de un mejor nivel de vida, o si han sido orillados a marcharse porque en su país no se les proporcionan las oportunidades necesarias para tener un nivel de vida digno, o por lo menos, con las mínimas condiciones para satisfacer las necesidades básicas.

ce su propio gobierno. Situación muy distinta por la que atraviesan los refugiados, ya que ellos no tienen la opción de elegir emigrar para obtener una vida mejor, lo único que ellos tienen es la lucha por preservar su vida; los refugiados son orillados a dejar todo lo que tienen para ir a otro lugar no buscando mejoría económica, por lo que ellos se van es porque tienen deseos de seguir viviendo.

Además, no tienen alternativa alguna de regresar a su país si en el extranjero no les va bien (a menos que en la región se haya restablecido la paz). Los refugiados deben adaptarse a lo que encuentren, mientras que los migrantes económicos se aventuran solamente.⁴⁶

Para el migrante económico no es la violencia generalizada en su país lo que lo hace abandonar su lugar de origen, es la falta de trabajo, los bajos recursos con que cuenta lo que lo motiva a buscar un ingreso mayor en otro país. Esta situación es muy común a nivel internacional, sobre todo en los países “en vía de desarrollo”, cuya gran parte de su población intenta ingresar, muchas veces de manera ilegal, a países “desarrollados” en busca de un mejor ingreso económico.

Actualmente se calcula que en el mundo, alrededor de 40 millones de personas son migrantes económicos, mientras que hay 25 millones de refugiados o personas en situaciones parecidas que son actualmente asistidas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados. Como se puede observar, el número de migrantes económicos casi duplica al de los refugiados.

Los migrantes económicos son consecuencia de las pobres economías en sus países de origen, mientras que los refugiados lo son de las violaciones a los Derechos Humanos, afortunadamente, “los esfuerzos internacionales se han dirigido a mejorar la condición de los refugiados,”⁴⁷ más no así las de los migrantes económicos ya que esta situación debe de ser tratada por cada uno de los gobiernos a los que pertenecen.

Para finalizar, cabe señalar a otro grupo de migrantes que ha surgido en los últimos años, los llamados “**refugiados climáticos**”, Como hemos visto anteriormente, los refugiados son personas que se ven en la necesidad de abandonar su lugar de origen debido a conflictos armados, violencia generalizada y violación masiva a derechos humanos; sin embargo, en este caso, estos migrantes deben abandonar sus hogares no por persecución directa hacia ellos, sino por las catástrofes climáticas que se han presentado en sus países. Es la fuerza incontrolable de la naturaleza la que los orilla a cambiar el lugar de residencia. Por lo que considero que lo más adecuado es llamar a estos grupos “migrantes climáticos”, para distinguirlos de los otros grupos.

El problema de los flujos migratorios por causas climáticas podría incrementarse debido a los cambios climáticos tan drásticos que se están suscitando en el globo terráqueo, así como al calentamiento global. “La Universidad de las Naciones Unidas calculaba recién-

46 No obstante, hay que reconocer que muchas veces las circunstancias por las que tienen que atravesar para lograr sus fines, puede llegar a costarles la vida, sobre todo si para llegar al lugar de destino tienen que cruzar ríos, desiertos o mares.

47 Sepúlveda, César. *Estudios sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos*, op. cit., p. 115.

temente que el número de “desplazados medioambientales”⁴⁸ podría dispararse hasta los 50 millones en los próximos años, víctimas no sólo de catástrofes como los tsunamis y los terremotos, sino también de la sequía, la deforestación y la desertización.”⁴⁹

5.- Refugiados, desplazados y apátridas

Como ya se ha comentado, los refugiados son producto de la violencia generalizada en su lugar de origen y la consecuente violación masiva a derechos humanos. Sin embargo, como consecuencia de estos actos, también surgen otras figuras tales como los desplazados y los apátridas.

Es importante señalar que la violencia generalizada es motivada la mayoría de las ocasiones por conflictos armados.⁵⁰ El conflicto armado es internacional cuando se desarrolla entre Estados, o bien, surge como consecuencia de la lucha de un pueblo contra la ocupación extranjera. Mientras que el conflicto armado será interno cuando se desarrolle entre:

- Fuerzas armadas del Estado y fuerzas armadas disidentes.
- Fuerzas armadas del Estado y grupos armados de personas particulares.
- Grupos armados de particulares.

En otros casos, la violencia es provocada por fuerzas armadas del Estado que arrasan comunidades habitadas por grupos étnicos distintos o que profesan religiones diferentes a la del grupo que se encuentra en el poder. En estas circunstancias se encuentran algunos países africanos y del Medio Oriente.

También pueden darse situaciones, como la de Afganistán⁵¹, en donde la población ha sufrido durante mucho tiempo la violencia generalizada por diversas causas. Primero padecieron una guerra civil (conflicto armado interno entre las fuerzas armadas del Estado y fuerzas disidentes); después fueron invadidos por tropas soviéticas (conflicto armado internacional); una vez expulsados los rusos de territorio afgano, suben al poder los *talibanes*, quienes asesinan a los grupos étnicos ajenos a ellos; y por último, la incursión del ejército norteamericano para derrocar a los *talibanes*.

Sin importar el tipo de conflicto, lo cierto es que la población civil se convierte en víctimas de la guerra. Sin embargo, “la Convención de Ginebra de 1951, principal instrumento internacional de la legislación de refugiados, no trata específicamente el tema de los civiles que huyen de un conflicto, aunque en los últimos años los principales movimientos

48 No comparto la idea de la denominación de “desplazados medioambientales” como los han denominado en la Universidad de las Naciones Unidas, ya que se prestaría a confusión de circunscripción, a una limitación territorial que analizaremos posteriormente. Por dicho motivo, prefiero la denominación de “migrantes climáticos”.

49 ACNUR. *Refugiados*. No. 26. Año 2005, p. 10.

50 Un conflicto armado es el enfrentamiento entre dos o más partes que recurren a la fuerza para resolver la controversia generada por la oposición de sus intereses o puntos de vista.

51 La información sobre el caso de Afganistán fue obtenida en la revista Refugiados no. 122 Año 2004.

de refugiados se han debido a guerras civiles y a la violencia étnica, tribal y religiosa. No obstante, el ACNUR considera que las personas que huyen de estas condiciones y cuyo Estado no quiere o no puede protegerles, deberían considerarse como refugiados.⁵²

Dependiendo de la manera en que se trasladen respecto al territorio del Estado, serán considerados como desplazados o refugiados.

Los desplazados son grupos de individuos que debido a la violencia generalizada y violación masiva a derechos humanos se ven en la necesidad de abandonar sus hogares y desplazarse a otro lugar, dentro del propio territorio del Estado. Mientras que los refugiados también se ven obligados a abandonar sus hogares, pero, a diferencia de los desplazados, cruzan fronteras internacionales para internarse en territorio de otro Estado, en busca de refugio.

Por lo regular, los refugiados primeramente son desplazados, ya que en un principio, prefieren desplazarse a otro lugar, dentro del territorio de su Estado, pero sin abandonarlo,⁵³ y es hasta que ya no tienen más opciones, que deciden cruzar las fronteras internacionales,⁵⁴ convirtiéndose de esta manera en refugiados.

“Los desplazados internos huyen de sus hogares por las mismas razones que los refugiados, pero permanecen dentro de su país y están por tanto sujetos a las leyes de ese Estado.”⁵⁵ Por esta razón, y al no haber legislación internacional en este sentido, se menciona que respecto a la situación de los desplazados existe “cierto *vacío legal* dentro del actual marco del derecho y la asistencia humanitarios,”⁵⁶ por lo que “se ha abierto desde hace algunos años un debate internacional con el fin de dilucidar cómo ayudar mejor a los desplazados internos y quién debería responsabilizarse de su atención.”⁵⁷ Esto no se trata de responsabilizar a alguien en particular, sino más bien se trata de procurar una atención digna y eficiente a favor tanto de los desplazados como de los refugiados.

Este grupo también cuenta con el apoyo del ACNUR, ya que éste “también brinda protección o asistencia a determinados grupos no incluidos en su mandato original. Entre ellos se incluye a los llamados desplazados internos, víctimas de situaciones similares a las de los refugiados pero que han permanecido en su propio país en lugar de cruzar una frontera.”⁵⁸ Sin embargo, la ayuda que el ACNUR brinda a las personas pertenecientes a este grupo no abarca la totalidad del mismo, ya que es difícil apoyar a toda la población en

52 UNHCR. *Protegiendo a los refugiados*. Edición 2003, Ginebra, p. 9

53 Este desplazamiento de la población dentro del mismo territorio se debe a que los desplazados no quieren alejarse demasiado de su lugar de origen, ya que guardan la esperanza de regresar lo más pronto posible a hogar.

54 Cuando se convierten en refugiados procuran asentarse en comunidades próximas a la frontera debido a que se sienten más vinculados a su hogar entre más cerca se encuentren de la frontera.

55 UNHCR. *Protegiendo a los refugiados*. Edición 2003, Ginebra, p. 9

56 UNHCR. *Los refugiados en cifras*. Edición 2005, Ginebra, p. 12

57 *Ídem*.

58 *Ídem*.

esta situación, ya sea porque el gobierno del Estado les dificulta el acceso, o bien porque no se cuenta con los recursos suficientes.

De acuerdo con los datos del ACNUR, en el año 2002 hubieron “cerca de 5,8 millones de desplazados internos, víctimas de situaciones similares a las de los refugiados pero que han permanecido en su propio país en lugar de pasar a un Estado vecino.”⁵⁹ Mientras que para el año 2004 se calculaba que “unos tres millones de personas se convirtieron en desplazados a causa de distintos conflictos, principalmente en Sudán, la República Democrática del Congo y Uganda.”⁶⁰ Y en junio de 2008 se dio a conocer el resultado de un estudio que señalaba que había “26 millones de desplazados internos por causa de conflictos o persecución.”⁶¹

Otro grupo⁶² con el que nos encontramos es el de los “**apátridas**”, personas que no son reconocidos como ciudadanos por ningún Estado. Un Estado puede despojar de su nacionalidad⁶³ a una persona de manera arbitraria, ya que “no existe ninguna norma internacional, ni siquiera de Derecho Internacional particular, que establezca el derecho humano a obtener una nacionalidad determinada o el derecho a mantener una nacionalidad que se posee;”⁶⁴ la pérdida de la nacionalidad también puede deberse a la disolución de Estados, a problemas administrativos o de procedimiento o a la ausencia de un registro civil en situaciones de conflicto.

A pesar de que el ACNUR asiste a los gobiernos en la preparación y aplicación de leyes para resolver el problema de la apatridia, “el Derecho Internacional general no impone a los Estados la obligación jurídica de no privar nunca de su nacionalidad a una persona que ya la posea, ni la de atribuir siempre tal nacionalidad a una persona, aunque al no hacerlo esa misma persona se convierta en apátrida,”⁶⁵ ya que este acto unilateral es una facultad exclusiva de los Estados.

Como ya se mencionó, el apátrida es aquella persona “que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación.”⁶⁶ Los apátridas pueden deber su condición a diversas causas, entre las que se encuentran las siguientes:

- No desean adquirir nacionalidad alguna (caso de los gitanos).
- Al momento de la desintegración o desaparición de su Estado, la persona se queda sin nacionalidad en tanto adquiere otra.

59 UNHCR. *Los refugiados en cifras*. Edición 2003, Ginebra, p. 12

60 ACNUR. *Refugiados*. Revista N° 129. Año 2005, p. 7

61 http://www.acnur.org/index.php?id_pag=7700 (Consultado el día 25 de febrero de 2011).

62 Que no necesariamente surge como consecuencia de los conflictos armados ni de violaciones masivas a sus derechos humanos; sin embargo, es conveniente mencionarlos debido a esos casos en los que sí son producto de conflictos armados

63 La nacionalidad es el vínculo jurídico que une a un Estado con el individuo, siendo el individuo el sujeto pasivo (porque él recibe la nacionalidad que el Estado le otorga) y el Estado el sujeto activo ya que dentro de sus facultades se encuentra el reconocimiento de sus nacionales.

64 Mariño, Fernando, *op. cit.*, p. 113

65 *Ídem*.

66 Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, artículo 1 frac. 1

- Algunos refugiados que en principio “no eran técnicamente apátridas, prefirieron serlo antes de volver a su patria.”⁶⁷
- Aquellas personas que son privadas de su nacionalidad por parte del gobierno de su país.

El ACNUR también presta ayuda a éstos grupos cuando así lo solicitan. Es difícil establecer cifras exactas, “pero según los datos más creíbles puede haber 9 millones de personas apátridas repartidas por todo el mundo.”⁶⁸ Los tratados relacionados con la situación de los apátridas son: la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961.

6.- Sujetos susceptibles de adquirir la condición de refugiado

Existen cinco razones que el ACNUR reconoce bajo su mandato para determinar si una persona puede calificar como refugiado, éstas son: “raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.”⁶⁹

Raza.- debe entenderse en su sentido más amplio a fin de incluir a todas las categorías de grupos étnicos considerados comúnmente como razas.

Religión.- se refiere a la libertad de elegir y practicar la religión, libertad de cambiar de religión y de manifestarla tanto en público como en privado, mediante la enseñanza, el culto y la observancia.

Nacionalidad.- la interpretación no se limita a “ciudadanía”, sino que también se refiere a la pertenencia a una comunidad étnica, cultural, religiosa o lingüística determinada.

Grupo Social.- está comprendido por personas de antecedentes, costumbres o condición social similares.

Opinión Política.- la libertad de opinión y de expresión a que todo individuo tiene derecho.

Los individuos que solicitan que se les reconozca su condición de refugiados pueden presentar las solicitudes a través de diversos medios:

- Directamente al gobierno que otorgará el asilo.
- Directamente al ACNUR.
- Por conducto del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
- Por conducto de alguna organización no gubernamental (ONG).⁷⁰

La determinación de que una persona sea reconocida como refugiado es tomada ya sea por las autoridades nacionales del Estado receptor o bien por el ACNUR.⁷¹

67 Villanueva Lara, Raúl. “Refugiados y ciudadanos en la Comunidad Europea”. *Revista Mexicana de Política Exterior* No. 42 Primavera 1994, p.

68 UNHCR. *Los refugiados en cifras*. 2003. p. 13

69 ACNUR. *Determinación de la condición de refugiado*. Ginebra 1989, p. 9

70 *Ibidem.*, p. 3.

71 Sin embargo, en la práctica, al igual que en el caso de la figura del asilado político, serán primordialmente los Estados quienes otorguen tal condición a los individuos.

En los países que son Partes en la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, el reconocimiento de la condición de refugiado es determinado por las autoridades nacionales competentes, de acuerdo con los procedimientos establecidos específicamente para ese fin.

Según el ACNUR, son susceptibles de adquirir la condición de refugiado los siguientes sujetos: un desertor, un criminal, las mujeres que rechazan ciertas normas, una mujer que teme ser mutilada genitalmente y los homosexuales.

Un desertor.- todos los países tienen el derecho de llamar a filas a sus ciudadanos en periodos de emergencia nacional. Sin embargo, los ciudadanos deberían tener el derecho justo a la objeción de conciencia. Si este derecho no es respetado, o en los casos donde los conflictos violan manifiestamente las normas internacionales, los desertores que temen ser perseguidos (por ejemplo, en base a opiniones políticas que las autoridades pudieran imputarles) pueden ser elegibles para la condición de refugiado.⁷²

Un criminal.- una persona acusada de un delito común u otros crímenes no políticos, ya sea inocente o culpable, puede ser perseguida por razones políticas o de otro tipo, y así no ser excluida de la condición de refugiado. “Además, las personas acusadas de un crimen a consecuencia de su actividad política pueden ser consideradas refugiados.”⁷³ “Es más, las personas acusadas de activismo político pueden ser refugiados.”⁷⁴

Los homosexuales.- pueden ser elegibles para la condición de refugiados en base a persecución por su pertenencia a un determinado grupo social. Es política del ACNUR el que las personas que se enfrentan a ataques, tratamientos inhumanos o a una seria discriminación a causa de su homosexualidad, y cuyos gobiernos son incapaces o no desean protegerlos, sean reconocidos como refugiados.⁷⁵

Las mujeres que rechazan ciertas normas.- las mujeres pueden ser perseguidas por razones políticas, étnicas o religiosas, en base a su raza o a su pertenencia a diferentes clases de grupos sociales. Además, el ACNUR considera que alguien que huye de una discriminación severa o de un trato inhumano por su rechazo a aceptar estrictos códigos sociales, tiene derecho a que se le tenga en consideración para la condición de refugiada.

Esta persecución puede provenir de una autoridad del gobierno o, en ausencia de una adecuada protección gubernamental, de agentes no estatales. La violencia sexual, como la violación, puede constituir persecución. Esta discriminación podría tener consecuencias perjudiciales significativas. “Una mujer que teme ser atacada por su rechazo a usar el chador u otras ropas restrictivas, o por su deseo a escoger su propio marido y vivir una vida independiente, puede verdaderamente ser considerada refugiada.”⁷⁶

Una mujer que teme ser mutilada genitalmente.- en Francia, Canadá y los Estados Unidos, ha sido oficialmente reconocido que la mutilación genital representa una

72ACNUR. *Protegiendo a los refugiados: preguntas y respuestas*. ACNUR 2001, p. 9.

73 *Ídem*.

74 ACNUR. *Protegiendo a los refugiados: preguntas y respuestas*. ACNUR 2003, p.12

75ACNUR. *Protegiendo a los refugiados: preguntas y respuestas*. ACNUR 2003, p.14

76 *Ibid.*, p. 11.

forma de persecución; que las mujeres que temen la mutilación genital para ellas o para sus hijas en sus países tienen derecho real a la condición de refugiadas.⁷⁷ Según datos del ACNUR, “la mutilación genital femenina afecta a 3 millones de niñas anualmente en 28 países de África, Asia y Oriente Medio.”⁷⁸

Un criminal de guerra y un soldado **NO** pueden ser considerados refugiados. Las personas que han participado en crímenes de guerra y violaciones masivas de derechos humanos y de la legislación humanitaria internacional -incluyendo el crimen del genocidio- están excluidas específicamente de la protección y asilo acordada para refugiados.⁷⁹

Instrumentos Internacionales sobre Refugiados y concesión de Asilo Territorial

A pesar de que los problemas relacionados con grandes grupos de refugiados surgieron al término de la Primera Guerra Mundial y que las acciones para la solución de los mismos fueron emprendidas por iniciativa de la Sociedad de Naciones a partir de 1921, es después de la Segunda Guerra Mundial cuando esta problemática se agrava, manifestándose en una escala mucho mayor, debido a que más de un millón de personas se negaban a regresar a su país de origen.

La Organización de las Naciones Unidas, recientemente creada, se vio en la necesidad de solucionar esta problemática, por lo que la Asamblea General decidió, en 1946, que los refugiados y las personas desplazadas deberían ser auxiliadas para retornar a sus países ya sea de origen o de anterior residencia, o bien, encontrar nuevos hogares en otros lugares, esto mediante una actuación internacional.

En consecuencia, a través de la Resolución 62 (I), del 15 de diciembre de 1946, se aprobó la constitución de la Organización Internacional de Refugiados, cuyos trabajos cesaron en 1950 debido a que mediante la Resolución 319 (IV), del 3 de diciembre de 1949, la propia Asamblea General creó la figura del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, estableciendo así el Estatuto correspondiente mediante la Resolución 428 (V), del 14 de diciembre de 1950.⁸⁰ Bajo este contexto, se aprobó, el 28 de julio de 1951, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la cual entró en vigor el 22 de abril de 1954.

El Derecho Internacional de los Refugiados se ha desarrollado principalmente en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, el Estatuto del ACNUR y la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial de 1967. En ellos se norma el trato a los refugiados en materia de empleo, educación, residencia, libertad de desplazamiento y protección contra su devolución a un país donde el refugiado tenga fundados temores de ser perseguido.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 12.

⁷⁸ ACNUR. *La persecución por motivos de género y el asilo*. Folleto.

⁷⁹ ACNUR. *Protegiendo a los refugiados: preguntas y respuestas*. ACNUR 2001, p.10.

⁸⁰ Rodríguez y Rodríguez, Jesús. *Instrumentos Internacionales Básicos de Derechos Humanos*. CNDH, México 1994, p. 41.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados consta de un preámbulo y 46 artículos integrados en siete capítulos. En ella se expresa el interés de que exista la menor distinción posible entre los ciudadanos del país contratante y los refugiados, además de que no debe haber discriminación basada en la religión, la raza o el país de procedencia de los refugiados. Asimismo, se destaca que en el Artículo 1º de la Convención se establece a quien se considera como “refugiado”; sin embargo, se limita a las personas reconocidas con anterioridad como refugiados y a los generados por “los acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951, en Europa”, dejando fuera a los acontecimientos posteriores a dicha fecha.

Razón por la cual, fue necesario adecuar la protección internacional a los refugiados de acuerdo con la evolución de los acontecimientos que se estaban generando a nivel mundial. Esta adecuación se vino a plasmar en el **Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados**, abierto a la firma el 31 de enero de 1967, entrando en vigor el 4 de octubre de ese año y que consta de once artículos.

La característica más notable del Protocolo es que concede protección a los grupos de refugiados surgidos después del 1º de enero de 1951, ya que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados sólo se aplicaba a las personas que se habían convertido en refugiados antes de dicha fecha.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1967; y en ella se toman en consideración tanto los propósitos proclamados en la Carta de las Naciones Unidas como los artículos 14 y 13 párrafo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En el ámbito regional latinoamericano también se han suscitado situaciones de persecución de personas por cuestiones de sus ideas políticas, conflictos armados y violencia generalizada que afectan a la población y han provocado flujos migratorios.

Como ya se ha mencionado, en el Derecho Internacional Interamericano las figuras de “asilado” y “refugiado” están adecuadamente identificadas de acuerdo con las circunstancias que las propiciaron, por tanto, existe un desarrollo bastante consolidado al respecto, que queda de manifiesto con los siguientes instrumentos:

Convención sobre Asilo, fue firmada en la Habana, el 20 de febrero de 1928, en la Sexta Conferencia Internacional Americana. Entró en vigor el 21 de mayo de 1929. Consta solamente de 4 artículos, fue modificada por la **Convención sobre Asilo Político** signada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, durante la Séptima Conferencia Internacional Americana, consta de 9 artículos, por lo tanto es más completa que la de La Habana.

El 28 de marzo de 1954, en Caracas fueron signados por los gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos dos importantes instrumentos que establecen las modalidades del asilo, éstas son la **Convención sobre Asilo Diplomático**, integrada por 24 artículos y la **Convención sobre Asilo Territorial**, que consta de 15 artículos.

El Coloquio sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en América Latina, se reunió en la Ciudad de México del 11 al 15 de mayo de 1981 con la fi-

nalidad de deliberar y formular ciertas recomendaciones que habrían de servir para complementar la protección internacional tanto de asilados como de refugiados.

El Coloquio fue suscrito en Tlatelolco, México, Distrito Federal, el 15 de mayo de 1981; y las conclusiones y recomendaciones adoptadas en el mismo, habrían de ser de fuerte influencia para la realización, algunos años después, de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, sobre todo en lo que se refiere al principio de la no devolución.

La Declaración de Cartagena sobre los Refugiados surge durante el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios; en Cartagena de Indias, en noviembre de 1984. En dicho Coloquio se recuerdan las conclusiones y recomendaciones adoptadas en México en 1981 por el Coloquio sobre Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina, y los compromisos incluidos en el Acta de Contadora para la Paz y Cooperación en Centroamérica.

La Declaración de Cartagena proporciona una de las definiciones sobre refugiados más avanzadas en esta área del Derecho Internacional, ya que hace una extensión del concepto de refugiado, considerando también como refugiados “a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos y otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.⁸¹ Asimismo, reitera la importancia y significación del principio de no devolución como piedra angular de la protección internacional de los refugiados; y el carácter voluntario e individual de la repatriación de los refugiados, producida en condiciones de completa seguridad.

Durante la década de los ochenta se suscitaron crueles guerras civiles en Guatemala, El Salvador y Nicaragua. Estos conflictos internos afectaron directa y principalmente a las personas de las comunidades rurales pobres, quienes se encontraron atrapadas en la lucha entre el gobierno y las fuerzas de la guerrilla, y sometidas a las violaciones de sus derechos humanos cometidas por los combatientes.

Se generaron grandes movimientos de personas que huyendo de sus hogares, al tratar de salvar sus vidas, se internaron en territorio de otros Estados en busca de refugio; estos países, México, Belice, Costa Rica, Honduras y E.U.A., se vieron involucrados en la problemática de los refugiados al brindar asilo a un considerable número de ellos. Con estas movilizaciones en masa, se vio afectada toda Centroamérica. Se realizaron esfuerzos para pacificar las áreas de conflicto, sin embargo, las guerras continuaban sin solución. En México se recibieron principalmente a personas de origen guatemalteco debido a la cercanía de Guatemala con el país.

En agosto de 1987, los cinco Presidentes centroamericanos firmaron los acuerdos de Esquipulas II, los cuales establecían planes para “una paz firme y duradera” en la región; se consagra un capítulo completo a la necesidad de proteger y asistir a los refugiados y a las personas desplazadas, así como a la repatriación voluntaria.

81 ACNUR. *Compilación de Instrumentos Jurídicos Internacionales: Principios y Criterios Relativos a Refugiados y Derechos Humanos*. San José, Costa Rica 1992, p. 369.

Además de que sienta el antecedente para la **Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos** (CIREFCA), misma que se realizó en mayo de 1989, en Guatemala; y los cinco países centroamericanos, México y Belice, copatrocinados por el Secretario General de la ONU, el ACNUR y el Programa de Desarrollo de la ONU (PNUD), trataron de identificar las soluciones que más se adaptaban a la realidad que vivía la población centroamericana desarraigada. Se adoptaron los Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina, y la Declaración y Plan de Acción Concertado en Favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos.

La Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas fue adoptada por el “Coloquio Internacional: 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados” efectuado en San José, Costa Rica, del 5 al 7 de diciembre de 1994, con motivo de la celebración del décimo aniversario de la promulgación de la Declaración de Cartagena. En ella se destaca, entre otras cosas, la importancia que ha tenido la Declaración en la experiencia centroamericana, lo cual ha permitido una mejor protección de los derechos de los refugiados, así como de quienes retornan a sus lugares de origen de manera voluntaria.

Se señala la necesidad de promover entre los Estados, la ratificación de los instrumentos internacionales en el tópico del refugio; asimismo, la adopción de medidas que conlleven a “una progresiva armonización de normas, criterios y procedimientos en materia de refugiados” que, además de lograr una unificación de criterios, respeten los derechos de quienes se ven en la necesidad de migrar, ya sea por motivo de la violencia o bien por otras causas, incluyendo las económicas.

La Declaración y el Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, surgen en noviembre de 2004, bajo el marco de celebración, en la Ciudad de México, del vigésimo aniversario de la promulgación de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados.

En la Declaración de México se reconoce “la contribución de América Latina al desarrollo progresivo del derecho internacional de los refugiados,” que como ya se mencionó, fue iniciado con el *Tratado Penal Internacional* celebrado en 1889 y continuado con diversos instrumentos que han sido aludidos en su oportunidad.

Se resalta la importancia de los principios establecidos⁸² en la Declaración de Cartagena, así como los esfuerzos realizados por algunos Estados de la región para implementar dentro de su ordenamiento jurídico, legislación y mecanismos adecuados para la consecución de los objetivos señalados en la misma.

Se retoman algunas conclusiones de la Declaración de San José, como la decimosexta, en la que se afirmaba “que la problemática de los desplazados internos, no obstante ser fundamentalmente responsabilidad de los Estados⁸³ de los que son nacionales, constituye

82 Entre los que destacan el principio de “no devolución” (piedra angular del Derecho Internacional de los Refugiados) y el de “no discriminación”.

83 Debemos recordar que un sistema democrático efectivo y un verdadero respeto a los derechos humanos constituyen, en cierta medida, garantes para evitar las causas que originan el éxodo masivo.

también un objeto de preocupación de la comunidad internacional por tratarse de un tema de derechos humanos que puede estar relacionado con la prevención de las causas que originan los flujos de los refugiados...”

En la Declaración de México se destaca la colaboración de las instancias implicadas en la protección de los refugiados; asimismo, se exhorta nuevamente a los Estados que aún no han ratificado los instrumentos internacionales relativos a los refugiados, a que lo hagan, así como a que incorporen dentro de su legislación, los principios y normas contenidos en éstos.

Por lo que hace al “Plan de Acción de México”, en la consciencia de que dentro de las soluciones duraderas a la problemática de los refugiados se encuentran la “repatriación voluntaria” (en condiciones dignas y seguras) y la integración a la comunidad de los Estados receptores, se establecen programas que pretenden lograr la consecución de estos objetivos.

7.- Conclusiones

Como ya se vio, en los últimos años la migración que se está llevando a cabo en diversos puntos del mundo se está incrementando de manera preocupante. Los motivos son diversos, pero cuando las personas, víctimas de la violencia generalizada y violación masiva de sus derechos humanos, se ven forzadas a abandonar sus hogares a fin preservar su vida, la situación es todavía más delicada.

Esta circunstancia ha tenido que ser atendida, tanto por las organizaciones internacionales como por las partes implicadas, a fin de tratar de aliviar el sufrimiento de quienes se ven despojados de todo y se convierten en refugiados; para lo cual se han creado los organismos especializados en la atención de los refugiados.

Aunado a esto, tenemos la elaboración de instrumentos internacionales que sirven de base para el Derecho de los Refugiados; sin embargo, el sistema universal ha quedado un tanto rezagado en comparación con el sistema interamericano.

El Derecho de los Refugiados en el sistema interamericano ha sido desarrollado mediante la experiencia de las situaciones que se han vivido en América Latina, así como de la creación de diversos instrumentos, en los que se ha identificado a las figuras de “asilado” y “refugiado”, fundamentándose en las causas que propician estas migraciones y en la manera en que se manifiesta el desplazamiento.

En el ámbito universal, para la adecuada protección de las víctimas de los conflictos armados, es importante establecer criterios que permitan distinguir a qué tipo de migrante estamos haciendo referencia, si a los refugiados, los desplazados, los asilados políticos, migrantes climáticos o económicos; de tal manera que se esté en condiciones de proporcionar la ayuda pertinente y determinar qué instancia es la adecuada en el apoyo de dichos grupos.

FACTORES QUE LIMITAN LA APLICACIÓN DE LA LEY DE REFERÉNDUM Y PLEBISCITO DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ

Olga Liliana Palacios¹

Resumen: San Luis Potosí es una de las entidades cuya legislación incluye al referéndum y al plebiscito como instrumentos de participación ciudadana. Sin embargo, a pesar de que el ordenamiento que les regula ha sufrido ya una reforma trascendente, al año 2010 desde su entrada en vigor en el año 1997, no han sido puestos en práctica. Este artículo busca responderse a cuestiones sobre esta inoperancia.

Palabras clave: Democracia, ciudadanía, referéndum, plebiscito, participación política.

Abstract: San Luis Potosí's legislation includes the referendum and the plebiscite as instruments promoting citizen participation. Even though the legal ordinance regulating them has been significantly modified since its promulgation in 1997; up to 2010 they have not been implemented. This article explores the issue and gives reasons for their ineffectiveness.

Key words: Democracy, citizenship, referendum, plebiscite, political involvement.

1.- Introducción

La participación ciudadana, aún en una democracia representativa como la de México del año 2010, requiere de un espacio mucho más amplio que la práctica única del sufragio, pues precisamente la esencia de la democracia, independientemente del modelo que se implemente, se nutre de aquella al constituirse en la soberanía popular. Sin embargo, ¿qué otras alternativas diferentes al sufragio tienen los ciudadanos para participar? Frente a este cuestionamiento nos encontramos con los instrumentos de participación ciudadana; alternativas cuyo significado, existencia, eficacia y debate son indicadores importantes de la democracia que rige al sistema político mexicano actual, pues se centran en la pugna por una participación ciudadana más directa a través del establecimiento de mecanismos que den cabida al ejercicio de una intervención concreta de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas, aún dentro de un sistema preponderantemente representativo². Tales mecanismos

1 Integrante del Grupo de Asesoría Jurídica del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México, Congreso del Estado de San Luis Potosí, LIX Legislatura. Correo electrónico: palacios.olpp@gmail.com

2 Motivo por el que Maurice Duverger les acota como instrumentos de la democracia semidirecta, pues se trata de “instrumentos que operan dentro del sistema predominantemente representativo”. DUVERGER MAURICE. *Institutions politique et droit constitutionnel*. Presses Universitaires de France. París, 1955. pp. 93. Citado en Sousa Santos, Boaventura de. (coord.) *Democratizar la Democracia. Los caminos de la democracia participativa*. trad. Susana Moreno, Antelma Cisneros. Fondo de Cultura Económica. Sección de Obras de Sociología. México, 2004. p. 9.

son la iniciativa popular³, la revocación de mandato⁴, el plebiscito⁵ y el referéndum⁶, siendo estos dos últimos los que más se han integrado a las legislaciones locales de México⁷. No obstante, ¿por qué considerarles sólo como alternativas, cuando en realidad constituyen el ejercicio del derecho de participación de los ciudadanos? ¿Cuál es el acceso de los ciudadanos a tales instrumentos en México, y cuál es su alcance? ¿En qué aspectos sobresale la situación de San Luis Potosí?

De cara a las interrogantes anteriores, es preciso señalar que, bajo la premisa de que la participación política de la sociedad es “el conjunto de actividades que involucran a los sujetos políticos en las prácticas electorales, militancia en partidos, realización de manifestaciones públicas, discusión de sucesos políticos, demandas a líderes o gobernantes y difu-

3 La iniciativa popular se refiere a la “intervención que el ciudadano como tal, sea individual o colectivamente puede tener en el proceso legislativo, independientemente de que se trate de una iniciativa de reforma constitucional o de una ley ordinaria. Castellanos Hernández, Eduardo. *Derecho Electoral en México: Introducción General*. Segunda reimpresión. Editorial Trillas. México, 1999. p. 242.

4 La revocación de mandato constituye “una variable invertida de la elección de representantes: a partir de una petición popular que debe reunir ciertos requisitos (un número determinado de firmas, por ejemplo) se somete a la aprobación de los votantes la permanencia en su cargo o la remoción de un representante electo antes del plazo determinado por la ley.” Prud’homme, Jean-François. *Consulta popular y Democracia Directa*. Instituto Federal Electoral. México, 2001. p. 25.

5 Tan el referéndum y plebiscito son instrumentos de consulta popular con una finalidad específica distinta. Se le distingue al plebiscito por ser una “consulta directa al pueblo sobre materias políticas de gran importancia”

Zovatto, Daniel. Et. al. *Democracia Directa y Referéndum en América Latina. Cuaderno de Diálogo y Deliberación*. Corte Nacional Electoral de la República de Bolivia. Bolivia, 2004. Pp. 15. En relación a las materias a las que el plebiscito se aboca, Castellanos Hernández enfatiza que éstas carecen de antecedentes o intervención de los órganos estatales al tratarse de problemas o circunstancias excepcionales. Castellanos Hernández, Eduardo. *Derecho Electoral en México: Introducción General*. Op. Cit., p.241.

6El referéndum se aboca a cuestiones de índole normativa, considerándosele una “consulta popular que versa sobre la aprobación de textos legales o constitucionales”, y por lo tanto que cuenta con antecedentes, y al centrarse su objetivo en tratar asuntos que no son extraordinarios, su aplicación puede ser más regular que la del plebiscito. Ídem. Por otro lado, en un sentido crítico, Jean-François Prud’Home destaca la tipología, que respecto de la aplicación del referéndum, Butler y Ranney realizan, misma que consiste en: 1) El referéndum controlado por el gobierno; 2) El referéndum exigido por la Constitución; 3) El referéndum por vía de petición popular; y 4) la Iniciativa popular. Citados por: Prud’homme, Jean-François. *Consulta popular y Democracia Directa*. Op. Cit., pp. 26-28.

7 Veintidós de las entidades federativas que conforman la república mexicana cuentan en su legislación con mecanismos de democracia directa como el referéndum y plebiscito, de los cuales, “en 16 casos se encuentra regulado en una Ley de Participación Ciudadana, Ley Reglamentaria o Ley Electoral que disponen reglas para su aplicación”. Zayas Ornelas, León David. “Los mecanismos de Democracia Directa en México: El referéndum y el plebiscito en las entidades del país” en *Nóesis. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*. Julio-diciembre año/vol. 16, núm. 032. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Ciudad Juárez, México. pp. 191.

sión de información política, entre otras”⁸, resulta limitativo reducir el campo de acción de los ciudadanos a los procesos electorales⁹. De esta manera, se entiende por participación ciudadana a la contribución directa o indirecta de un individuo o de un colectivo en asuntos de índole política y pública¹⁰, relacionados con su intervención, representación y toma de decisiones en las políticas públicas de manera corresponsable con las instituciones gubernamentales, dentro o fuera del sistema electoral. En efecto, la intervención de la ciudadanía también envuelve y ocupa los aspectos que se desarrollan en la comunidad, en los que los ciudadanos mismos puedan proponer alternativas frente a las circunstancias que les rodean.

En virtud de lo anterior, los instrumentos de participación ciudadana no deberían ser tan sólo opciones mediante las cuales la ciudadanía¹¹ externe su acuerdo o inquietud

8 García Clarck, Rubén. “La participación ciudadana dentro de la Reforma política de Estado: premisas e iniciativas.” en *El Cotidiano*. Marzo-abril, año/vol. 16, número 100. Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco. México, 2000. pp. 218. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal Sistema de Información Científica Redalyc. Sitio electrónico: <http://redalyc.uaemex.mx/>

9 Alan Touraine denomina como “crisis de la representación política” a la que se muestra en una ciudadanía, que por diversas circunstancias ve reducida su participación al ceñírsele a los procesos electorales. Por tal motivo, para este trabajo, es importante hacer énfasis en que diversos factores socioeconómicos, aunados a la falta de una cultura política y democrática sólida desde la formación básica, son partes medulares de esta circunstancia, la cual se pone en manifiesto en la denuncia y rechazo de la ciudadanía hacia el sistema electoral y sus instituciones; así como a los partidos políticos. Touraine, Alan. *¿Qué es la Democracia?* Trad. Horacio Pons. Segunda edición en español. Fondo de Cultura Económica. México, 2000. p. 16

10 Vale la pena precisar la diferenciación que sostiene Fix-Fierro, en relación a lo que establece la Convención Americana de los Derechos Humanos, sobre los “asuntos públicos” y los “asuntos políticos”. Señala como *público* lo que “...se refiere a todos aquellos asuntos que interesan de manera común a una colectividad (por ejemplo los servicios públicos)”; y a lo *político* como “todo aquello encaminado, directa o indirectamente, a producir decisiones colectivas obligatorias.” De este modo, se infiere en el presente texto, que al tratarse el último aspecto de decisiones de impacto colectivo, se alude más bien a la orientación o rumbo de éstas respecto de los asuntos públicos, por lo que se puede señalar que lo *político* engloba lo *público*, pero no es específicamente lo mismo, ya que si bien, lo *público* es materia que constrñe a lo *político*, ambos aspectos guardan consecuencias jurídicas distintas. De esta manera, como consecuencia jurídica de lo *político*, tiene cabida el derecho de participación en asuntos políticos, mismo que es la facultad mediante la cual los ciudadanos pueden intervenir en la toma de decisiones públicas. Facultad, de la que también, se desprenden otros derechos que la refuerzan, como el derecho a la libre expresión de las ideas, el derecho de petición, el derecho de acceso a la información, así como el derecho de la libre asociación; derechos que la enriquecen y fortalecen, así como propician la participación ciudadana. Fix-Fierro, Héctor. *Los derechos políticos de los mexicanos*. Segunda Edición. Serie de Estudios Jurídicos Núm. 95. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México. México, 2006, pp. 35.

11 Cabe destacar que en México, el carácter de ciudadanía está fundado en diversas cualidades que los individuos deben poseer para ostentarla, mismas que se encuentran contenidas en el artículo 34 de la Constitución Políticas de los Estados Unidos Mexicanos, cuyas prerrogativas y obligaciones se establecen en los artículos 35 y 36 del ordenamiento en comento. Motivo por el cual, es relevante hacer mención que en

sobre lo que sus representantes o mandatarios deciden, sino por el contrario, los representantes deberían decidir y operar en función de lo que la población indique, y para ello consultarla previamente. Es en tal punto donde se identifica el caso particular de la entidad potosina, la cual sobresale por dos circunstancias principalmente.

La primera corresponde a la integración del referéndum y plebiscito en la legislación estatal, a través de la Constitución local¹² y de la Ley de Referéndum y Plebiscito para el Estado de San Luis Potosí, la cual al entrar en vigor fue considerada como *legislación de avanzada*¹³, cuyo referente práctico¹⁴ más cercano obedece a una serie de factores sociales y políticos que tuvieron lugar en el municipio de Cerritos, San Luis Potosí, mediante la Consulta Popular efectuada el 21 de marzo de 1995, que tuvo por objeto solucionar los conflictos e inconformidades derivados de los resultados¹⁵ de las elecciones municipales de 1994.

la en la práctica *ser ciudadano* en México, deja fuera a los menores de la edad determinada como mayoría, a los extranjeros y a los que se les suspenden sus derechos políticos por la comisión de un delito, entre otros. Sin embargo, tal exclusión alcanza a los que por circunstancias económicas, sociales o culturales son incapaces parcial o totalmente, de ejercer los derechos ya referidos. Aunado a lo anterior, se encuentran los que por voluntad propia deciden no participar en los procedimientos democráticos. De este modo, se asevera que quienes deciden fácticamente como miembros del pueblo soberano, son menos que los miembros del pueblo gobernado. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

12 Mediante la reforma de los artículos 38, 39 y 116 de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí. Congreso del Estado de San Luis Potosí. *Aprobada la Ley de Referéndum y Plebiscito* en Cambio. Revista del Honorable Congreso del Estado de San Luis Potosí. No. 21 Año 3, Publicación bimestral. Ubicación: Archivo del Congreso del Estado de San Luis Potosí.

13 Calificativo que se le dio a este ordenamiento, tras ser aprobado el dictamen que le aprobara que en conjunto establecieran las Comisiones Permanentes de, Gobernación y Puntos Constitucionales, correspondientes a la Quincuagésima Cuarta Legislatura del Congreso del Estado del Estado de San Luis Potosí. *Aprobada la Ley de Referéndum y Plebiscito* en Cambio. Revista del Honorable Congreso del Estado de San Luis Potosí. *Op. Cit.*, p. 23.

14 Cabe destacar, que según la Dra. Ma. Isabel Monroy Castillo, la decisión de aplicar para el caso de Cerritos, San Luis Potosí, una consulta pública, tuvo como antecedente, lo establecido para estos efectos, por el Gobernador Rafael Nieto, en la década de los 20 del siglo XX, cuya aplicación no se había vuelto a utilizar desde entonces. Morán/Flores. *Doble vuelta. Experiencia de la segunda votación en San Luis Potosí. 1997-2003*. Consejo Estatal Electoral de San Luis Potosí. México, febrero 2006. p. 8.

15 Es pertinente la mención de que, desde la perspectiva de las estadísticas, a pesar de que los resultados de la Consulta Ciudadana confirmaron los efectos arrojados por la contienda electoral de 1994, destacan los porcentajes de votación emitida respecto del proceso de consulta en comparación con los de las elecciones; ya que la variación, aunque presente, no modificó el producto final. Así, en los comicios celebrados en 1994, con base a los datos proveídos por el Archivo del Colegio de San Luis A.C.236, el PRI obtuvo el 50.9%; equivalente a 4,095 votos, el PAN alcanzó el 48 %, correspondiente a 3,866 votos, y el PRD el 1.1% respecto de 87 votos. Mientras que, en la Consulta Ciudadana, el porcentaje que logró el PRI fue del 53% relativo a 4,005 votos, el PAN obtuvo el 45.2% correspondiente a 3866 votos, y 104 votos anulados son relativos al 1.4 %. Archivo no expuesto al público sobre Consulta Ciudadana, Cerritos. 1996. Caja

La segunda circunstancia consiste en que a partir de la entrada en vigor del ordenamiento antes referido el año 2010, y a pesar la reforma del año de 2008 que se llevó a cabo con la finalidad de hacer más asequibles los instrumentos en comento, éstos no han sido puestos en práctica.

Lo anterior nos conduce al siguiente cuestionamiento: ¿Cuáles son los factores que limitan la aplicación y por lo tanto eficacia de la Ley de Referéndum y Plebiscito vigente en la entidad de San Luis Potosí?

2.- Principales rasgos del referéndum y el plebiscito en San Luis Potosí

La regulación de ambos instrumentos en la legislación estatal potosina se dio mediante el Decreto 791 publicado por el Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí, de fecha 30 de abril de 1997, con la entrada en vigor de la Ley de Referéndum y Plebiscito. No obstante, el 10 de mayo de de 2008 se presentó una reforma a la ley en comento, cuyo objeto obedeció a hacer del referéndum y plebiscito instrumentos más asequibles mediante variaciones a su procedimiento, así como al órgano encargado de ellos. Lo cual, inmerso en la Exposición de Motivos de la reforma antes citada, se indicó que “aunque en su momento se consideró una legislación de avanzada, dos factores la vuelven inoperante: que el organismo al que se encomendaba el desarrollo de ambas figuras de participación ciudadana, se conforma ex profeso para cada proceso, bajo la dirección del Poder Ejecutivo del Estado y que, como mecanismo de expresión ciudadana, el número de firmas de apoyo de cada solicitud es de tal modo elevado que era prácticamente imposible su concreción.”¹⁶

En relación con lo anterior, una de las principales modificaciones que se le integran a dicho ordenamiento, es la ciudadanización de la aplicación del referéndum y del plebiscito al quedar a cargo del Consejo Estatal Electoral y de Participación Ciudadana (CEE-PAC). ¿En qué sentido se marcó su intervención y atribuciones, y con cuáles elementos desarrollaría su campo de acción?

Para facilitar la comprensión de la encomienda del CEEPAC, así como de la regulación de los mecanismos que han sido tratados, se abordará este ordenamiento desde tres aspectos: 1) actores, 2) instrumentos, y 3) procedimiento.

Cuando se hace referencia a los actores se alude a los involucrados en la aplicación del contenido de la ley en comento. De este modo, como protagonistas se tiene al CEE-

3-3 Varios, de El Colegio de San Luis A.C., Centro Público de Investigación adscrito al Sistema de Centros Públicos de Investigación CONACYT.

Zovatto, Daniel. *et al. Democracia Directa y Referéndum en América Latina. Cuaderno de Diálogo y Deliberación. Op. Cit.*, p. 24.

16 Congreso del Estado de San Luis Potosí. “Exposición de motivos” en *Ley de Referéndum y Plebiscito para el Estado de San Luis Potosí*. San Luis Potosí, México. 2007. Sitio electrónico: http://148.235.65.21/LIX/documentos/leyes/51_Ly_Referendum_y_Plebiscito.pdf Última consulta: Septiembre 19, 2010.

PAC¹⁷, órgano encargado del desarrollo del referéndum¹⁸ y el plebiscito¹⁹, a los ciudadanos, y a las autoridades que tienen el derecho de solicitar la aplicación de los referidos instrumentos.

Respecto de los instrumentos a los que se ha abocado este trabajo, la ley que los regula puntualiza que el Referéndum, de acuerdo con el artículo 4º, es “el proceso mediante el cual los ciudadanos del Estado expresan su aprobación o desaprobación a las reformas, adiciones o derogaciones a la Constitución Política del Estado, o a las leyes que expida el Congreso del Estado.”²⁰ Sin embargo, cabe subrayar la clasificación²¹ que se le da a este instrumento en el artículo 5º, en el cual le identifica como total; cuando se someta a la decisión de la ciudadanía, el texto íntegro del articulado de un ordenamiento, o parcial; cuando sólo comprenda parte del mismo.

En cuanto al Plebiscito, en el artículo 9º se enuncia que “se entiende por plebiscito, la consulta pública a los ciudadanos del Estado para que expresen su opinión afirmativa, o negativa, respecto de un acto de los poderes Ejecutivo, y Legislativo, o de los ayuntamientos, que sean considerados como acción trascendente para la vida pública del Estado, o de los municipios, según sea el caso; o para la formación, supresión o fusión de municipios.”²²

Por otro lado, tanto el Referéndum como el Plebiscito podrán aplicarse en virtud del cumplimiento de determinados requisitos y especificaciones concretas para cada uno. De este modo, los lineamientos estipulados en la ley hacen mención de la solicitud como piedra angular del inicio de cada procedimiento. Para el caso del Referéndum, dicha solicitud, de conformidad con el artículo 7º, deberá cumplir con lo siguiente

I. La solicitud para promover un referéndum deberá presentarse dentro de los cuarenta y cinco días naturales posteriores, a la publicación del ordenamiento en el Periódico Oficial del Estado;

II. Indicar con precisión la ley, reforma, adición o derogación a la Constitución Política del Estado que se pretende someter a referéndum o, en su caso, el o los artículos respectivos debidamente particularizados, y

17 Órgano, cuyas atribuciones se encuentran enunciadas en el artículo tercero de la ley en cita. Congreso del Estado de San Luis Potosí. Artículo 3º. *Ley de Referéndum y Plebiscito para el Estado de San Luis Potosí, Op. Cit.*, p. 1.

18 En el caso del referéndum únicamente pueden pedirlo los poderes, Legislativo y Ejecutivo, así como los ciudadanos. Artículo 7. *Ídem*.

19 Quienes pueden instar la aplicación del plebiscito son los ayuntamientos de la entidad, además de los poderes Legislativo y Ejecutivo, así como los ciudadanos. Artículo 11. *Ibid.*, p.5.

20 Artículo 4. *Ibid.* p.1.

21 Artículo 5. *Ídem*.

22 Artículo 9. *Ibid.* p.5.

III. Las razones por las cuales el ordenamiento, o parte de su articulado, deban someterse a la consideración de la ciudadanía.²³

No obstante, los requisitos no son los mismos para quienes pueden solicitar la aplicación del referéndum, pues depende de quién lo solicite. Para el caso de los ciudadanos, de acuerdo con el numeral 8°, se añan los requisitos que a continuación se citan

“ARTICULO 8°. Cuando la solicitud a que se refiere el artículo anterior, provenga de un ciudadano o grupo de ciudadanos, deberá reunir además, los siguientes requisitos:

I. Tratándose de reformas o adiciones a la Constitución Política del Estado, deberá anexarse a la solicitud, el respaldo, con los nombres y apellidos completos, firma y clave de elector, de cuando menos el cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores del Estado, y

II. En los demás casos, en los términos de la fracción anterior, el porcentaje requerido será por lo menos el dos por ciento del total de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores del Estado, o del municipio.”

En ambos supuestos, los promoventes designarán a las personas que los representen en común.²⁴ Cabe destacar que respecto de la fracción I, si se llegara a solicitar un Referéndum sobre reformas o adiciones a la Constitución local, tomando en consideración que la cifra total de los ciudadanos inscritos en la Lista Nominal a nivel estatal, a la fecha de 31 de julio de 2010, es de 1,769,189²⁵ ciudadanos, el 5% requerido sería de 884,595²⁶ ciudadanos, que como ya se dijo, no sólo tendrían que estar de acuerdo para que se hiciera la solicitud del instrumento en cita, sino que para que ello fuese posible, se requeriría previo a la solicitud que los ciudadanos conocieran de los o del elemento jurídico que se sometería a referéndum, los argumentos y fundamentos que lo sustenten, así como la organización de los mismos, para el acopio de firmas y para la designación de quién les represente²⁷, aunado a los costes pertinentes.

En caso distinto, respecto del contenido de la fracción II, al tratarse de las reformas, adiciones o derogaciones a las leyes que expida el Congreso del Estado sobre lo que refiere

23 Artículo 16. *Ibid.* p.4.

24 Artículo 8. *Ibid.* p.3.

25 Total de ciudadanos inscritos en la Lista Nominal en el estado de San Luis Potosí. Registro Federal de Electores. *Estadística de Padrón Electoral y Lista Nominal por Municipio. Entidad 24: San Luis Potosí.* Coordinación de Control del Padrón Electoral. Fecha de Corte: 31 de julio de 2010. Información provista por el Consejero Presidente, Lic. Rodolfo Aguilar en entrevista realizada en las instalaciones del Consejo Estatal Electoral y de Participación Ciudadana en fecha 1° de octubre de 2010.

26 Cifra que se desprende de sacar el 5% a la cantidad total de ciudadanos inscritos en la Lista Nominal correspondiente al Estado de San Luis Potosí. *Estadística de Padrón Electoral y Lista Nominal por Municipio. Entidad 24: San Luis Potosí.*

27 Artículo 8. Ley de Referéndum y Plebiscito para el Estado de San Luis Potosí.

el artículo 4º de la ley en comento, es solicitado el dos por ciento del total de los ciudadanos inscritos en la Lista Nominal de Electores del Estado, o del municipio. De esta manera, continuando con una escala estatal, la cantidad requerida sería de 353,834²⁸ ciudadanos. En el caso del plebiscito, los requisitos para que pueda ser sometido un acto o una decisión del gobierno a éste se ubican en el artículo 12 de la ley en cita, el cual sostiene lo siguiente:

- I.** Dirigir la solicitud al Consejo Estatal Electoral y de Participación Ciudadana;
- II.** Señalar la denominación de la autoridad, o nombre del ciudadano o ciudadanas que lo soliciten;
- III.** Precisar el acto o decisión de gobierno que se pretende someter a plebiscito, y
- IV.** Exponer los motivos o razones por las cuales el acto o decisión se considera de importancia trascendente para la vida pública del Estado, o del municipio, según sea el caso, y las razones por las cuales en concepto del solicitante, el acto o decisión deba someterse a consulta de los ciudadanos.”²⁹

De la misma manera que en el caso del Referéndum, el artículo 13 estipula que cuando la solicitud provenga de un ciudadano o grupo de ciudadanos, ésta deberá contar con el respaldo de los siguientes aspectos:

- I.** Cuando menos el dos por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores del Estado, en el caso de la fracción I del artículo 10 de esta Ley;
- II.** Cuando menos el cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores del municipio o municipios de que se trate, respecto de los actos trascendentes de las autoridades municipales, en el caso de la fracción II del artículo 10 de esta Ley, y
- III.** Cuando menos el cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores del municipio o municipios de que se trate, en el caso de la fracción III del artículo 10 de esta Ley.”

En todos los casos deberán anexarse los nombres y apellidos completos, firma y clave de elector de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, que den su respaldo a la solicitud.³⁰

28 Cifra que se desprende de sacar el 2% a la cantidad total de ciudadanos inscritos en la Lista Nominal correspondiente al Estado de San Luis Potosí. Estadística de Padrón Electoral y Lista Nominal por Municipio. Entidad 24: San Luis Potosí.

29 Artículo 12. Ley de Referéndum y Plebiscito para el Estado de San Luis Potosí.

30 Artículo 13. *idem*.

De lo que se ha expuesto, queda claro que el referéndum y el plebiscito son instrumentos abocados a la apertura de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas respecto de lo que les parece o no, así como son medios que determinadas autoridades, con base en los requisitos pertinentes y bajo la dispensa u autorización de las autoridades competentes, pueden optar por la posibilidad de aplicarlos en virtud de acciones o decisiones que éstas tomen. No obstante, al final de esto, si se supone que son mecanismos para propiciar y fortalecer la participación ciudadana, en el caso de que sean instados por las autoridades que tienen este derecho, ¿por qué la selección de los asuntos sobre los que puedan solicitarlos se encuentra bajo la reserva de la intención de tales autoridades, y con base en qué establecen tal posible decisión?

Por otro lado, en relación al recurso en contra de la resolución de procedencia de los instrumentos que han sido tratados, el artículo que de manera única contiene lo estipulado al respecto es el siguiente:

“ARTÍCULO 22. Contra la resolución que emita el Consejo Estatal Electoral y de Participación Ciudadana, sobre la improcedencia de una solicitud de referéndum, o plebiscito, procede el recurso de revocación.

El recurso deberá presentarse ante el Consejo Estatal Electoral y de Participación Ciudadana, dentro de los tres días naturales siguientes a la notificación de la resolución, o al en que se tenga conocimiento de la misma.

El recurrente deberá señalar los agravios que en su caso le cause la resolución impugnada, y aportar las pruebas documentales con que cuente y que a su juicio puedan variar el criterio en que se fundamenta la resolución combatida.

El Consejo resolverá el recurso dentro de los diez días naturales siguientes a su recepción. Contra dicha resolución no procederá recurso alguno.”³¹

La posibilidad de que el Estado ejerza su acción legítima³² respecto de las decisiones u acciones que a su criterio deberán ser convalidadas por la opinión afirmativa o negativa de la ciudadanía, es un aspecto cuestionable, toda vez que diversos elementos que puedan conformar esta posibilidad se encuentren poco claros en la legislación vigente de la entidad. Además de ello, otra particularidad que sobresale, es que al año 2010, los instrumentos del referéndum y plebiscito que fueron instituidos con el objeto de fortalecer y permitir una participación más directa de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas no han sido, desde la entrada en vigor de la ley que les da cabida jurídica, aplicados. ¿Qué es lo que está y

31 Artículo 22. *idem*.

32 Es preciso señalar que en la Exposición de Motivos del ordenamiento que precede a la ley vigente en comento, se señaló que los instrumentos que han sido tratados “fortalecen la acción legítima del estado y permiten una participación más directa de los ciudadanos en la toma de decisiones que por su trascendencia, requieren del consenso de la población”. Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí. *Decreto 791 que establece la entrada en vigor de la Ley de Referéndum y Plebiscito del Estado de San Luis Potosí*. Archivo Histórico del H. Congreso del Estado de San Luis Potosí. Miércoles 30 de abril de 1997. p. 3.

ha estado fallando? ¿Cuáles son los factores que limitan la aplicación y por lo tanto eficacia de la Ley de Referéndum y Plebiscito vigente en la entidad de San Luis Potosí?

3.- Factores que limitan la aplicación de la Ley de Referéndum y Plebiscito del Estado de San Luis Potosí

Para abordar y tratar de entender la democracia, desde su esencia hasta la aplicación de los procesos inherentes a ella, es necesario tomar en cuenta la interrelación e impacto de diversas incidencias históricas, políticas y culturales en un determinado contexto, pues son tales elementos, los que configuran el tipo de modelo democrático que es aplicado, así como su factibilidad y efectividad.

En tal virtud, al abordar al referéndum y al plebiscito como instrumentos de participación ciudadana en San Luis Potosí, es necesario dilucidar qué es lo que ha limitado su aplicación y por lo tanto su eficacia. Así, para el presente trabajo, son identificados como factores que limitan la aplicación de la Ley de Referéndum y Plebiscito, los siguientes: 1) Falta de una cultura y formación democrática, desde la educación básica; 2) falta de credibilidad y confianza de los ciudadanos en el sistema electoral y en los partidos políticos, y 3) ausencia de un marco jurídico preciso que ampare el derecho de la ciudadanía a tomar parte de las decisiones y políticas públicas.

3.1.- Falta de una cultura y formación político-democráticas, desde la educación básica

Se ha hecho mención, de manera general, de los rasgos principales, así como de los requisitos indispensables para solicitar la aplicación del referéndum y plebiscito en la entidad de San Luis Potosí, partiendo de quiénes son, bajo el reconocimiento de la Ley de Referéndum y Plebiscito del Estado de San Luis Potosí, los actores que tienen el derecho de solicitar los mecanismos que tal ordenamiento regula. Sin embargo, si bien es cierto que, el ejercicio del derecho antes referido por las autoridades a las que se les reconoce, depende de la intención que éstas tengan de solicitarlo y del cumplimiento de determinados requisitos, para el presente trabajo, es el caso de la ciudadanía la que guarda una configuración distinta al respecto, y a la que se aboca el interés del mismo.

Para que la ciudadanía pueda solicitar la aplicación del referéndum o del plebiscito resulta necesario que, además de conformarse en la cantidad que dispone la ley en la materia, los ciudadanos que insten dicha aplicación deberán encontrarse organizados, no únicamente con el objeto de designar a quien les represente, sino más bien organizarse y tener conocimiento de la razón por la cual se plantea la utilización de tales instrumentos, en su respectivo caso, así como de los efectos e impacto que generarán. Esto devendría de una

movilización social, producto de relaciones sistémicas³³ entre diversos elementos, impulsada por acciones, orientaciones y significados plurales; es decir, de movimientos sociales.

No obstante, cabe mencionar que la finalidad última de la democracia va mucho más allá de la idea de conformar un cúmulo extenso de ciudadanos para dar cumplimiento a un requerimiento legal, como en el caso de instar la aplicación del referéndum o del plebiscito, pues no sólo se trata de contar con una muchedumbre que condicione la exigencia de tales mecanismos, sino la existencia de propósitos e intenciones definidas y claras, lo cual da cabida a la necesaria conformación de movimientos sociales, que no sólo delimitan su actuar al ejercicio del sufragio. Pero, ¿qué se necesita para conformar un movimiento de esta índole?

Al respecto, Melucci sostiene que cuando se observa un número de individuos actuando de manera colectiva, lo observado es un sistema de acción multipolar³⁴ que se organiza a través de fines, medios y ambientes, pues “los eventos en los que actúan colectivamente los individuos combinan diferentes orientaciones, involucran múltiples actores e implican un sistema de oportunidades y restricciones que moldean sus relaciones”³⁵. Para lo cual, el referido autor apunta que, como actores colectivos es necesario que puedan “definirse a sí mismos, y al campo de su acción (relaciones como otros actores, disponibilidad de recursos, intereses oportunidades y limitaciones)”³⁶. Sobre esto, Touraine afirma que existe un movimiento social³⁷ como tal, si la acción colectiva tiene y persigue objetivos a partir del reconocimiento de valores o intereses generales de la sociedad, sin reducir su desarrollo y campo político al enfrentamiento contra otros entes o clases, es decir, separado de la violencia. De esta manera asevera que “un movimiento social es civil y una afirmación antes de ser una crítica y una negación. Es por eso que puede servir de principio de reconstrucción meditada, discutida y decidida de una sociedad fundada sobre principios de justicia, libertad y respeto por el ser humano, que son exactamente aquellos sobre los cuales descansa la democracia.”³⁸

De este modo, la política constituye uno de los canales a través del cual no sólo la clase gobernante puede tomar parte en las decisiones públicas, ser parte de ésta o la razón por la que se adjudique tal calificativo, ni tampoco las prácticas y procesos electorales, sino más bien, todas y cada una de las acciones y medidas que devengan de una decisión que sea inclusiva de las minorías y mayorías desde las prácticas más sencillas y cotidianas, pues remite a la organización social de un territorio, la cual adquirirá la forma del poder de quien lo detente, y en el caso de tratarse de un régimen democrático su naturaleza deberá orientarse hacia la ciudadanía.

33 Melucci, Alberto. *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia*. El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos. México, 2002. p. 37.

34 *Ibid.* p. 43

35 *Ídem.*

36 *Ídem.*

37 Touraine, Alan. *¿Qué es la democracia?, Op. Cit.*, p. 89.

38 *Ídem.*

Es preciso indicar que es limitativo considerar que la política únicamente se construye y orienta hacia las urnas o para ellas; ya que su construcción y consolidación se encuentran desde las relaciones familiares, culturales, recreativas, laborales, sociales, entre otras, teniendo como claro cimiento la educación; la cual, aunada a otros factores³⁹ favorecen que las prácticas democráticas se concreten. Siendo así, cabe subrayar que cuando se habla de la cultura política de un lugar “se da por sentado que se está tomando a un conjunto de ciudadanos y no individuos aislados, puesto que el mismo concepto alude a un plural y no a un singular”⁴⁰. En este sentido, es conveniente indicar a dos de los cuatro rubros de la cultura política que Borjas García indica citando a Almond:

“(3) el contenido de la cultura política es consecuencia de la socialización durante la infancia, la educación, la exposición a medios de comunicación masiva y las experiencias adultas con el desempeño gubernamental, social y económico; (4) la cultura política afecta la estructura y el desempeño político gubernamental –si bien los limita, ciertamente no los determina. La cadena de casualidades que une a la cultura y la estructura opera en ambas direcciones.”⁴¹

Con base en lo anterior, se advierte que, más allá de una orientación hacia lo electoral, el reconocimiento de los derechos y obligaciones de las personas como individuos y como integrantes de una sociedad, así como las formas en las que se van desarrollando lazos de solidaridad y colaboración, la toma de acuerdos y la identidad misma, se despegan desde y a través de los espacios educativos, al abocarse a “desarrollar o perfeccionar las fa-

39 Además del empoderamiento de la ciudadanía a través de la educación, Borjas García, haciendo cita de Peschard y de Lujambio, señala que factores como la cultura política de la elite gobernante son importantes elementos a considerar, ya que “no basta impulsar la aprobación de nuevas leyes o modificar los diseños institucionales” por parte de ésta; sostiene que las elites deben aceptar la importancia de sus participación en el cambio cultural a través de acuerdos democráticos, sin “justificarse mirando como culpables a los gobernados”. Borjas García, Hugo Alejandro. *La clase política en San Luis Potosí. Estudio sobre las relaciones Gobierno-Partido en el Sistema Político Mexicano (1979-1997)*. Consejo Estatal Electoral de San Luis Potosí. San Luis Potosí, México, 2004. p. 156.

40 Asimismo Borjas señala que dependiendo de la extensión del territorio se han identificado culturas regionales o subculturas, sin preponderar o descartar importancia entre ellas, sino aludiendo a la “especificidad de un sistema de actitudes en un contexto más amplio”. *Ibid.* p. 154.

41 Borjas García expone de manera consecutiva los cuatro rubros de la cultura política que Almond establece, de los cuales se hace mención únicamente de dos por ser considerados pertinentes para el interés del presente trabajo. No obstante, con el objeto de una referencia más amplia al respecto se hace cita de otros dos excluidos “(...) (1) como compuesta por la serie de concepciones subjetiva de la política que prevalece en una población nacional o la subserie de una población nacional; (2) como poseedora de componente cognoscitivos, afectivos y valorativos; incluye conocimientos y creencias relacionadas con la realidad política y compromisos con valores políticos;” *Ídem.*

cultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos⁴², entre otros elementos pertinentes; es decir, al educar.

De este modo, la necesidad de que una cultura político-democrática se encuentre inmersa desde la educación básica es preponderante, pues la formación del ciudadano no se da de manera espontánea al cumplir con la mayoría de edad, es resultado de todo un cúmulo de experiencias y aprendizajes, que si están carentes de una formación que fortalezca su identidad individual como colectiva, desarrollo personal y lazos de solidaridad, resultarán poco propicias a conducir la conformación de movimientos sociales y hasta un modo honesto de vida. Asimismo, debe tomarse en cuenta que la formación de carácter político-democrático incluye también a las familias y al entorno próximo de los estudiantes; pues como su naturaleza lo indica, ésta abarca el desarrollo y tejido de los lazos sociales. Sobre esto, la Representación de México del Fondo de las Naciones Unidas (UNICEF) para la Infancia señala que “el reto de lograr una educación inclusiva y de calidad supone también la consideración de aquellos factores que tienen que ver con la creación de un clima de tolerancia y respeto en el ámbito escolar; el combate a todo tipo de discriminación; el establecimiento de canales de participación, sobre todo para los adolescentes, así como de mecanismos efectivos de participación de los niños, niñas y adolescentes en las cuestiones escolares que les afectan. Este reto se relaciona directamente con la construcción de una articulación más fluida entre todos los actores de la comunidad educativa, particularmente acercando a los padres de familia a la escuela en un necesario proceso de fortalecimiento democrático de la educación.”⁴³

Y en este sentido, ¿cuál es el panorama que tiene México? Según datos arrojados por la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) 2007⁴⁴, se indica que a este año en México hay un número de niños y adolescentes entre 5 y 17 años que no asisten a la escuela, con base a una estimación de 1.7 millones de niños y 1.4 millones de niñas; asimismo se considera que la población de seis a once años, a nivel nacional, aún no asiste a la escuela entre 1 y 2% por motivos de trabajo agrícola o debido a impedimentos físicos. Para el segundo trimestre del año 2010 la ENOE⁴⁵ tiene una referencia, bajo el indicador de la población de 14 años económicamente activa, de un total de 47.137,757.00 de mujeres y hombres, los cuales poseen un promedio de escolaridad de 9.2. Asimismo, según las Estadísticas Adolescentes-México provistas por la UNICEF se presentan los siguientes datos

42 Definición de la palabra *educar*. Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición. Sitio electrónico: <http://buscon.rae.es>

43 Educación. UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Representación México. <http://www.unicef.org/mexico/spanish/educacion.html> Última consulta: Noviembre 03, 2010.

44 Ídem.

45 Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo*. Fecha de actualización: viernes 3 de septiembre de 2010. Sitio electrónico: <http://www.inegi.org.mx/Sistemas/temasV2/Default.aspx?s=est&c=25433&t=1> Última consulta: Noviembre 07, 2010.

TABLA 1 ASISTENCIA Y PORCENTAJE DE ASISTENCIA A LA ESCUELA SEGÚN SEXO Y GRUPO DE EDAD EN ADOLESCENTE/JOVEN EN MÉXICO AÑOS 1990, 1995 Y 2000⁴⁶

Grupo de Edad y sexo	Asistencia a la escuela			Año 2000 % de asistencia
	1990	1995	2000	
15-19 años	4,051,710	4,264,760	4,725,000	46.7
Hombre	2,044,219	2,188,679	2,375,000	47.7
Mujer	2,007,491	2,076,081	2,350,000	45.7
20-24 años	1,233,874	1,446,131	1,618,000	17.7
Hombre	669,647	750,064	818,000	19.0
Mujer	564,227	696,067	800,000	16.5

Desde las perspectivas antes señaladas resulta evidente la complejidad del panorama educativo en México; ya que, a una perspectiva general, no sólo es necesaria la inclusión de una cultura y formación político-democráticas en los programas y contenidos académicos de la educación básica, sino también es imprescindible que la educación sea un derecho de cabal acceso.

Es pertinente aclarar que el presente trabajo no pretende exponer a profundidad la complejidad del panorama educativo en México. No obstante, conviene hacer mención, que para el interés del presente texto, tampoco pueden eludirse diversas de las reformas que en materia educativa⁴⁷ se han presentado, de las cuales sobresalen la Reforma Integral de Educación Básica⁴⁸, respecto de los planes de estudios, y la Reforma Integral de Educación Media Superior⁴⁹, impulsada por la Secretaría de Educación Pública (SEP), junto con el Consejo Nacional de Autoridades Educativas (CONAEDU) y la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES) en el año 2008.

46 Fuente: 1990, 1995, 2000: Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. XI Censo General de Población y Vivienda, Conteo de Población y vivienda, XII Censo General de Población y Vivienda 2000. Tabulados de la muestra censal. Cuestionario ampliado. 1990, 1995, 2000. México 1992, 1996, 2000. Recolección y adaptación por Joel Fonseca León citada en Estadísticas Adolescentes-México. Infoníñez. mx, Centro de Documentación, UNICEF. Sitio electrónico: <http://www.adolesc.org.mx/indicadores/AdolescenciaEstadistica.pdf>. Última consulta: Noviembre 07, 2010.

47 Formación continua. Reformas en México, Reforma Integral a la Educación Básica. Sitio electrónico: <http://formacioncontinua.sep.gob.mx/sites/ReformaIntegral/index.php> Última consulta: Noviembre 10, 2010.

48Cuervo, Alfonso. Et al. *Análisis de la Reforma Educativa en la Educación Secundaria en México e implicaciones del nuevo plan de estudios en la materia de Ciencias II*. Centro de Investigación en Ciencia Aplicada y Tecnología Avanzada. Instituto Politécnico Nacional. Instituto de Humanidades y Ciencias. México D.F., 2009. Sitio electrónico: http://www.journal.lapen.org.mx/jan09/LAJPE_203b%20Alfonso_preprint_f.pdf

49Subsecretaría de Educación Media Superior. Reforma Integral Media Superior ¿Qué es la Reforma? Secretaría de educación Pública. México, 2010. Sitio electrónico: <http://www.reforma-iems.sems.gob.mx/> Última consulta: Noviembre 10, 2010.

La relevancia de tales reformas consiste en el establecimiento del desarrollo de los procesos educativos a través de competencias, mismas que en sentido amplio, consisten en la integración y congruencia entre lo teórico y lo práctico, pues este enfoque implica la exigencia de analizar, resolver problemas encontrando alternativas frente a las situaciones que plantean dichos problemas, la capacidad de trabajar en equipos multidisciplinarios y la facultad de aprender a aprender y adaptarse⁵⁰. A pesar de que el referido enfoque educativo se concentre en el fomento del manejo y dominio de destrezas y habilidades del alumno hacia el campo laboral en el que pueda desempeñarse, para el presente trabajo destaca la conciliación de lo teórico con lo práctico; ya que, como se ha expuesto en capítulos anteriores, la democracia no sólo se piensa, se reflexiona o se inculca, aunado a ello, se práctica y se vive.

Por tal motivo, cabe la aclaración de que a pesar del establecimiento de las reformas antes señaladas en materia educativa en México, el panorama educativo es altamente desafiante e inminente como pieza angular del desarrollo democrático del país, por lo que es importante tener en cuenta que la cultura política de un país en gran medida refleja el tipo de gobierno que tiene, la efectividad de las acciones de sus gobernantes, así como de sus ciudadanos, pues a menor cultura político-democrática mayor el rezago participativo de la ciudadanía, la cual constituye al pueblo, del que debe derivar el poder.

3.2.- Falta de credibilidad y confianza de los ciudadanos en el sistema electoral y en los partidos políticos

La Reforma Electoral de 1977 en México⁵¹ se ha convertido, con el transcurso del tiempo, en uno de los elementos más sobresalientes en esta materia, al favorecer, desde el ámbito jurídico, la transición hacia la democracia. Sin embargo, es oportuno subrayar que, en años posteriores, el hecho de que en los procesos electorales para la elección de la Presidencia de la República del año 2000 se haya generado una alternancia política, dista de constituir el fin del autoritarismo en México y la consolidación⁵² de la democracia. Tales aseveraciones

50 Dirección General de Formación Continua de Maestros en servicio. *El Enfoque por Competencias en la Educación Básica*. Secretaría de Educación Básica, México, 2009. Sitio electrónico: http://formacioncontinua.sep.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=88:el-enfoque-por-competencias-en-la-educacion-basica&catid=1:latest-news&Itemid=107

51 Decreto que reforma y adiciona los artículos 6o., 41, 51, 52, 53, 54, 55, 60, 61, 65, 70, 73, 74, 76, 93, 97 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el martes 6 de diciembre de 1977 por el Diario Oficial. H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados. Documento en versión electrónica consultado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_086_06dic77_ima.pdf Última consulta: Septiembre 11, 2010.

52 Al respecto Rogelio Hernández Rodríguez señala que la “Consolidación equivale a un sistema cuya puesta en práctica cuente con medidas, reglas, procedimientos e instituciones que aseguren la libre elección de los gobernantes (bajo el principio de competitividad y la probabilidad de alternancia), y que hagan altamente improbable un regreso al sistema previo, no democrático.” Hernández Rodríguez, Rogelio. “Credibilidad institucional y consolidación democrática”. *Estudios Sociológicos*, año/vol. XIX, número 003. Méx-

obedecen a que si bien es cierto, que posterior a setenta años en el poder de un determinado instituto político, la transición política únicamente se dio en el área electoral, siendo que la erradicación del autoritarismo y la consolidación de la democracia, implica la adopción de prácticas, readecuaciones y ajustes continuos vinculados con la cultura política-democrática desde las instituciones y actores políticos, en los que se encuentran incluidos los ciudadanos, así como de indicadores observables y comprobables de funcionamiento.

Por tal motivo, lo que se advertía como una apertura y competencia plural entre los partidos políticos⁵³, aunado a la definición concreta de los mismos y al establecimiento de las reglas del juego en materia electoral. En confrontación con el funcionamiento y los resultados de las instituciones públicas, los gobernantes provenientes de partidos de oposición que llegaron a encontrarse en el poder, entre otros elementos, dieron la pauta para que la pertinencia y efectividad del sistema electoral mexicano se encontrara en una situación cuestionable, impactando de manera importante la credibilidad ciudadana.

Sobre lo anterior, Rogelio Hernández Rodríguez destaca que el funcionamiento de las instituciones electorales y otras de índole público, son un componente vital para la consolidación de los cambios de carácter democrático, pues en la medida que la evaluación de sus resultados sea positiva, es factible la credibilidad ciudadana en ellas.⁵⁴ De modo que, el referido autor infiere que “las instituciones funcionan como mediadoras entre los valores y principios de una comunidad para interpretar la política y al mismo tiempo crear expectativas. Sin su intermediación, la política pierde sus bases de referencia y se vuelve menos entendible”⁵⁵ y por lo tanto más lejana y ajena a los ciudadanos. Así, con base en la definición de Marc J. Hetherington la credibilidad es considerada como “la orientación evaluativa de la gente acerca de qué tan bien piensa que están funcionando las instituciones, de acuerdo con sus propias expectativas normativas”⁵⁶, bajo esta premisa Hernández Rodríguez hace una importante aserción; identifica que la definición precitada contiene dos condicionantes relevantes: 1) la percepción personal basada en expectativas derivadas de la experiencia y de la información disponible, y 2) la noción deudora del concepto clásico del apoyo político, el cual “es una orientación valorativa acerca de objetos y procesos políticos que pueden concretarse en instituciones específicas (partidos, elecciones, gobierno) o más frecuentemente, el sistema en su conjunto”⁵⁷. Por tal motivo es importante exponer lo que Hernández Rodríguez sostiene al respecto

ico, 2001. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal Sistema de Información Científica Redalyc. Sitio electrónico: <http://redalyc.uaemex.mx/> Pp. 692.

53 *Ibid.* pp. 691-695.

54 *Ibid.*, pp. 695.

55 *Ídem.*

56 HETHERINGTON, MARC J. “The Political Relevance of Political Trust”, *American Political Science Review*, núm. 4. diciembre de 1998, p. 791. Definición citada por Rogelio Hernández Rodríguez. *Ibid.* Pp. 697.

57 *Ídem.*

La consolidación democrática demanda no sólo nuevas instituciones, lo que llevaría nuevamente a la falacia de inherente bondad, sino que es indispensable un diseño adecuado, normativo y justo y, sobre todo, un desempeño creíble, que respalde el valor positivo de la democracia. En consecuencia, no basta dotar a una nueva institución de grandes objetivos y tareas si su desempeño es cuestionable y los principales actores involucrados en su operación anteponen sus intereses a su funcionamiento.⁵⁸

¿Cómo ha sido esto medido en México? y ¿cuáles son los datos que arroja?

La medición de la credibilidad de los ciudadanos hacia la democracia y sus prácticas en México se ha desarrollado a través de la ejecución de entrevistas, a partir de un cuestionario⁵⁹, denominado la Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas (ENCUP)⁶⁰. Esta encuesta⁶¹ se aboca a recabar datos relevantes respecto de las percepciones, el conocimiento, las actitudes y el comportamiento de los mexicanos en torno al funcionamiento del sistema político en México, asimismo destaca que una de sus principales finalidades es la de “aportar elementos para enriquecer la toma de decisiones en materia de política pública y brindar información empírica a investigadores de distintas ramas de las ciencias sociales.”⁶² La ejecución de su desarrollo está encabezada por el Gobierno Federal, el cual se vale de diversas instituciones⁶³ para su realización. De este modo, al año 2008 se han desarrollado cuatro ediciones: 2001, 2003, 2005 y 2008.

58 *Ibid.*, pp. 699.

59 Cabe destacar que el referido cuestionario se integra de dos partes, un cuestionario socioeconómico y un cuestionario básico, siendo éste último en el que se encuentran contenidas las preguntas en materia de percepciones, actitudes, entre otros aspectos, respecto del funcionamiento del sistema político mexicano. Cuestionarios, Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas. Gobierno Federal, México. Sitio electrónico: <http://www.encup.gob.mx/index.php?page=cuarta-encup-cuestionarios>. Última consulta: Noviembre 12, 2010.

60 Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas. Gobierno Federal, México. Sitio electrónico: <http://www.encup.gob.mx/index.php?page=acerca-encup> Última consulta: Noviembre 12, 2010.

61 Cabe destacar que su origen deviene del Programa Especial para el Fomento de la Cultura Democrática, cuyo objeto fue el de conformar un diagnóstico sistemático de la cultura política prevaleciente en el país. Este programa fue creado en el marco del Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006, con el propósito de difundir la cultura democrática y promover la participación ciudadana.

62 Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas. *Op. Cit.*

63 Tales como el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), además de nueve principales casas encuestadoras del país en temas políticos, así como departamentos especializados, como el de Ciencia Política del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y el Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Secretaría de Gobernación, Secretaría de Relaciones Exteriores y el Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral *¿Quiénes participaron en la primera ENCUP? Informe Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas 2008*. México, 2009. Pp. 9. Sitio electrónico: http://www.encup.gob.mx/cuartaENCUP/Informe_ENCUP_2008.pdf

¿Cuáles han sido sus aportes más sobresalientes? ¿Qué aspectos resultan pertinentes para el caso que se ha abordado de la entidad potosina en este trabajo?

Referente a los resultados arrojados por la ENCUP 2008⁶⁴, se puntualiza que se entrevistó al 86.9 por ciento de los individuos seleccionados en la muestra⁶⁵. Con base en ello, y en el cuestionario básico⁶⁶ que fue aplicado a los encuestados relativos al funcionamiento del sistema político mexicano, en el presente trabajo se considera conveniente abordar los resultados⁶⁷ del instrumento estadístico aludido a partir de dos aspectos: 1) cultura política y participación social⁶⁸, y 2) credibilidad y confianza. Para ello, fueron seleccionadas, a criterio del autor del presente trabajo⁶⁹, diversas preguntas, cuyo resultado fue útil y pertinente al interés de esta investigación.

De este modo, cuando en este texto se hace alusión al aspecto de cultura política y participación social, se toman en cuenta los conocimientos básicos en la materia, así como la actitud que mostraron los encuestados sobre su participación, en y con la sociedad.

Bajo este entendido, serán abordados los resultados relativos a los referentes básicos que respecto de la cultura política proyectaron en sus respuestas los encuestados. Por tal motivo, como ya ha sido expuesto, la cultura política está conformada por diversos ele-

64 La cual tuvo verificativo entre el 3 y el 28 de noviembre del año 2008. Ídem.

65 El muestro abarcó áreas urbanas, así como en complemento, áreas urbano rurales, y “El tamaño de la muestra calculado para generar estimaciones a nivel nacional fue de cinco mil 46 viviendas. En total se entrevistó a cuatro mil 383 personas de 18 años o más de las 32 entidades federativas”, lo cual corresponde al porcentaje referido. Metodología Cuarta Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas. Gobierno Federal, México. Sitio electrónico: <http://www.encup.gob.mx/index.php?page=acerca-encup> Última consulta: Noviembre 12, 2010.

66 Cuestionarios, Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas. Gobierno.

67 Se subraya que el número total de las preguntas contenidas en el cuestionario referido es de 76, no obstante son diversas las preguntas que plantean su respuesta a través de cuatro a seis incisos, en promedio, por lo que al hacer exposición del resultado de los mismos se recomienda la lectura del siguiente documento. Resultados de la Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas 2008. Informe ENCUP 2008. Sitio electrónico: [http://www.encup.gob.mx/cuartaENCUP/Anexo_2_Resultados_ENCUP_2008_\(Frecuencias\).pdf](http://www.encup.gob.mx/cuartaENCUP/Anexo_2_Resultados_ENCUP_2008_(Frecuencias).pdf)

68 Es importante señalar que se retoma el aspecto de cultura política y participación social porque, a pesar de que fue abordado en el apartado previo al presente, la pertinencia de mostrar resultados relativos a su materia clarifican el escenario que se encuentra vinculado con el aspecto de la credibilidad y confianza en el sistema político mexicano.

69 Las preguntas del cuestionario básico que fueron seleccionadas para el aspecto de cultura política y participación social fueron las que obedecen a las siguientes numeraciones: 18, 19, 20, 27, 29, 39, 43, 61, 62, 63, 66, 67, 69 Y 71. Cabe destacar, que los resultados de las preguntas: 29, ¿Podría decirme dos palabras que relacione con “Democracia”?; 30, ¿Podría decirme dos palabras en las que piensa cuando escucha las palabras “asuntos públicos”?; 31, ¿Podría decirme dos palabras dos palabras que asocie con “ciudadano”?; fueron de particular interés para este trabajo, sin embargo de todas ellas no se encontró resultado alguno en los informes oficiales que se proveyeron. Resultados de la Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas 2008. Informe ENCUP 2008.

mentos, de los que, con base a los resultados recabados por la ENCUP 2008, se tratarán el aspecto del sentido de identidad del ente colectivo, así como las percepciones individuales y colectivas, en primer término.

Se ha mencionado antes que la identidad que los integrantes de un grupo o de la sociedad, en el caso de los ciudadanos, es un elemento vital para la formación de lazos de solidaridad, colaboración y acuerdos. A este tenor, son sumamente interesantes los siguientes datos. El 84.0% de los encuestados respondieron estar muy orgullosos de ser mexicanos, el 13.4% afirma estarlo sólo *algo orgulloso* y el 0.9% señaló que está *nada orgulloso*. Referente a las cosas que algunas personas han ubicado que los hacen estar orgullosos de su país, del siguiente listado: *ciencia, política, deportes, cultura, economía, salud, herencia histórica, lenguaje y ninguna*, el 6.3% no emitió respuesta, el 24.5% indicó que por la *cultura*, el 7.9% se refirió a la *ciencia*, el 17.3% señaló la *herencia histórica*, mientras que de la *política* un 1.8% se orilló hacia esta opción, un 2.2% hacia la *economía*, y 1,343 personas eligieron ninguna de las opciones establecidas en el reactivo 20.1, mismo que arrojó los resultados indicados, y escribieron la palabra *democracia*.

Cabe subrayar que, para el presente trabajo, la solidez de un sentido de identidad o punto de identificación entre los integrantes de un grupo o los ciudadanos de la sociedad se verá reflejada en las actitudes y acciones participativas, así como colaborativas que se generen entre ellos, lo cual constituye la política. De este modo, sobresale que cuando se planteó la pregunta correspondiente al numeral 39, *¿Usted diría que es una persona que se interesa mucho, algo, poco o nada en la política?* el 39% señaló que *poco*, el 9.4% respondió que *mucho*, y el 25% sostuvo que *nada*. Con ello se advierte la poca claridad y el rechazo que se tiene, por parte de los encuestados, respecto de lo qué es y constituye la política, y esto repercute en la participación social, así como con la colaboración que pueda generarse con las instituciones.

Así, es importante señalar que, además de tener un fuerte sentido de identidad, valores como la honestidad y el respeto son esenciales para formar el tejido social de colaboración que antes ha sido aludido, a lo que para ubicar la situación que se tienen en el país al respecto, es conveniente tomar en cuenta que el 49.9% de los encuestados señalan que en el país las personas respetan la ley *poco*. Asimismo, otro 49.7% considera que en el país las personas respetan los derechos de otras personas *poco*.

Lo anterior se enlaza de manera preponderante con los referentes básicos que de cultura política manifestaron tener los encuestados. En este sentido, relativo a determinar si la orientación política de los mismos es de izquierda o derecha, el 46.1% señaló no saber o no responder, esto en contraste con un 8.8% que respondió que de *izquierda*, y un 32.6% de derecha. Respecto de los tres valores más importantes para la vida diaria de los encuestados, de la siguiente lista: dignidad humana, libertad, igualdad, justicia, respeto, tolerancia, solidaridad, cumplir leyes, un 22.3% tomó en cuenta a la *libertad*, un 2.9% a la *solidaridad*, un 14.9% a la igualdad, y un 30.1% el *respeto*. En otra arista, el 52% de los encuestados afirmaron *no conocer cuáles son los tres poderes de la Unión*, un 58.8% respondió que *no sabe cuáles es el partido que actualmente tiene más diputados federales en el país*. Y un 44.6% indica que en el país las personas se interesan en conocer acerca de las tareas que el gobierno realiza *poco*.

A lo expuesto anteriormente se aúna que, en relación a la participación social, se les cuestionó a los encuestados si han formado parte de organizaciones, el 85.9% respondió *no* ha pertenecido a un *sindicato*, el 90.4% señala que *no* forma parte de un *partido político*, frente a un 8.6% que sostiene que *sí*. Un 3% indicó que pertenece a una *agrupación profesional*, un 5.5% afirma pertenecer a una *cooperativa*, un 93.8% señala que *no* pertenece a una *agrupación política*, en contraste con un 5.5% que sostiene que *sí*, y un 90.4% señala que *no* pertenece a alguna *organización de ciudadanos*.

Con base a lo antes tratado, es evidente que la participación de la ciudadanía es un aspecto que debe ser reforzado e incrementado. Así mismo, se hace la aclaración de que si se alude a una participación social vinculada con agrupaciones, partidos u otro tipo de grupos es precisamente porque son espacios y medios en los que el ciudadano podrá y deberá participar socialmente. Esta aseveración se vierte porque la participación política no sólo trata de figurar como representante, sino de los esfuerzos y trabajo que sean desarrollados de manera comunitaria en una sociedad. Por tal motivo, en este sentido sobresale que un 60.1% de los encuestados señaló que *sí* ha donado alimentos, medicina o ropa en caso de un desastre, un 31.6% indicó que *sí* ha participado personalmente como voluntario en alguna actividad a beneficio de la comunidad, en contraste con un 68.1% señaló que *no*.

Por otro lado, un 70.4% responde que, en caso de que su candidato perdiera las elecciones no participaría en una protesta, el 17.1% afirmó que *sí*, mientras que un 12.5% respondió que no sabe. Y un 92.9% puntualizó que *no* ha enviado o firmado cartas para apoyar una causa (por ejemplo, para apoyar la destitución de algún funcionario) y un 88.2% indicó que *no* ha participado en actos de apoyo a alguna causa (por ejemplo, en alguna marcha).

Los resultados antes señalados son relevantes debido a que se relacionan con la actitud y disposición que los encuestados manifiestan que tienen respecto de las instituciones públicas, y en este sentido éstos exponen que el 77.2% afirman que *prefieren que el gobierno intervenga lo más posible en la solución de los problemas de la sociedad*, mientras que un 17.2% considera que *la sociedad trate de resolver sus propios problemas sin necesidad de recurrir al gobierno*, y un 2.2 determinó que *ninguna* de las dos opciones anteriores le parecen. Lo antes referido resulta sumamente interesante, pues “Las relaciones entre las instituciones públicas y los ciudadanos se desenvuelven en varios ámbitos que van desde la elaboración de políticas públicas hasta el suministro y consumo de servicios colectivos”⁷⁰. Sin embargo, para el presente trabajo es de vital importancia precisar que tanto los ciudadanos como las instituciones públicas deben de participar de manera correlativa, por lo que constituye un error posicionar a un sector como el total responsable o víctima, pues se trata de una responsabilidad y labor conjunta.

Ha sido esbozado el escenario relativo al aspecto de cultura y participación social en México a partir de los resultados que la ENCUP 2008 obtuvo, aspecto que la presente in-

70 Gramberger, Marc. *Participación Ciudadana. Manual de la OCDE sobre la información, consulta y participación en la elaboración de políticas públicas*. Trad. Secretaría de la Función Pública. Gobernabilidad. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. México, 2007. p. 17.

vestigación considera importante por el impacto que tiene en el aspecto de credibilidad y confianza⁷¹ de los ciudadanos en sistema político mexicano.

De los resultados considerados pertinentes para este trabajo, destaca que México al tener constitucionalmente un régimen democrático representativo, la evaluación o percepción en el tema que se trata, se situó respecto de la elección, el desempeño y resultados de quienes fungen como representantes de la ciudadanía en una situación de prioritaria atención y supervisión, y por ende de credibilidad. No obstante, según los datos arrojados por la encuesta en comento, un 23.4% sostiene que tiene mucha confianza en el Presidente de la República, de cara a un 26.6% que consideran tenerle poca. Mientras que respecto del Presidente Municipal, ésta a un 28.5% le inspira poca confianza, a un 15.7% le inspira mucha confianza. Asimismo, en relación a los partidos políticos el 32.1% señaló tener nada de confianza en ellos, mientras que sólo un 4.6 afirma que los partidos políticos le inspiran mucha confianza. En relación a la confianza que se le brinda a diversas instituciones, en el caso de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, un 10% indica que le tiene nada de confianza, y un 23.5% señala que le tiene mucha confianza. Respecto de la Cámara de Senadores, el 9% sostuvo tenerles mucha confianza, frente a un 29.9% que respondió que poca. Relativo a la Cámara de Diputados, 19.4% de los encuestados refirió tenerles nada de confianza y el 9% mucha confianza.

Por otro lado, los resultados derivados de la pregunta 13, *En su opinión, ¿estamos más cerca de un gobierno que se impone o de un gobierno que se consulta?*, consisten en que un 45% señala que estamos más cerca de un gobierno que se impone. Esto, advierte que la ciudadanía no se siente tomada en cuenta por quienes por mandato gobiernan, lo cual se muestra más evidente en las respuestas de la pregunta 14, *Al abordar las leyes, ¿qué es lo que los diputados y senadores toman más en cuenta?* un 50.3% de los encuestados señalaron que *los intereses de los propios diputados y senadores*, frente a un 11.4% que estima que *los intereses de la población*. Asimismo, sobre la atención que los encuestados consideran que pone el gobierno a lo que piensa la gente antes de tomar una decisión, el 8.3% estima que *mucha*, el 42% señala que *poca*, y el 19.6% afirma que *nada*. Por otro lado, en relación a que las leyes se aplican para lograr el beneficio de todos o sólo de unos cuantos, un 65.4% indicó que las leyes se aplican para lograr el beneficio sólo de unos cuantos.

Respecto de la credibilidad que tienen determinados actores para cambiar las cosas en México, un 30.8% contesta que los partidos políticos tienen *mucho* poder al respecto, frente a un 32% que considera que *algo* de poder, un 22.7% que señala que es *poco*, y un 7.6% que indica que *nada* de poder. Asimismo, referente a las agrupaciones ciudadanas, un 11.9% de los encuestados afirma que tienen mucho poder para cambiar las cosas, y un 27.7% sostiene que algo de poder. Es decir, aunado a que existe poco confianza manifiesta en los datos proyectados por la ENCUP 2008, también los encuestados señalan la falta de aptitud

71 Las preguntas del cuestionario básico que fueron seleccionadas para el aspecto de credibilidad y confianza fueron las que obedecen a las siguientes numeraciones: 2, 3, 6, 8, 13, 17, 14, 15, 16, 23, 35, 36, 37, 45 y 55. Resultados de la Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas 2008. Informe ENCUP 2008. .

y competencia en los representantes y su desempeño. Asimismo, referente a la corrupción, un 36.3% indicó que la corrupción es culpa de las autoridades, un 22.3% considera que es culpa de los ciudadanos, y un 37.6% que de ambos es la culpa. Sobre la transparencia de las decisiones que toma el gobierno federal, el 30.5% considera que son poco transparentes.

Lo anterior se soporta con la respuesta a la pregunta 23, *En su opinión, ¿nuestro país en estos momentos necesita mejores políticos o mejores leyes?* un 36% optaron por *mejores políticos*, un 38.4% por *mejores leyes* y un 21.9% por las dos opciones. De la misma manera, en relación a la pregunta 55, *En su opinión, ¿qué tan necesarios son los partidos políticos para hacer que el gobierno funcione?* un 28.9% de los encuestados señala que *mucho*, un 35% que *algo* y un 20.7% que *poco*.

En otra arista, como ya se ha expuesto, no se trata de posicionar a un total culpable de las deficiencias o virtudes del sistema político mexicano, sino de saber cuáles son los factores, que inciden en que éste no arroje los resultados pertinentes. Por tal motivo, es conveniente señalar que un 51.8% indicó estar de acuerdo con que *la política algunas veces es tan complicada que las personas como el encuestado no entienden lo que sucede*. Asimismo, un 52.1% se encuentra de acuerdo con que *el voto es la única manera que las personas como el encuestado tienen para opinar sobre lo que hace el gobierno*, frente a un 33.2% que no está de acuerdo. Tales datos nos muestra qué tan alejada se encuentra la ciudadanía de lo que es la Democracia, ya que al no conocerla, por apatía, decepción, ignorancia o rezago educativo, la percepción de que es asunto que sólo atañe a los *políticos*, y ésta es satisfecha con el sufragio mismo, nos da un claro panorama de que, entre otros factores, la educación y la responsabilidad compartida por ciudadanos, representantes y funcionarios públicos es urgente.

3.3.- Ausencia de un marco jurídico preciso que ampare el derecho de la ciudadanía a tomar parte de las decisiones y políticas públicas

El contenido del artículo 73 de la Reforma Federal Electoral del año 1977, como se recordará, constituye el antecedente más inmediato de los mecanismos de democracia semidirecta en la Carta Magna de México. Esto, al establecer la posibilidad de aplicación del referéndum para el Distrito Federal. Su singularidad estriba en que esta estipulación se derivaba de la facultad conferida al Congreso de la Unión para legislar en todo lo relativo al Distrito Federal, de lo cual se determinaba que sería sometido al referéndum, aunado a la posibilidad de que fuese objeto de iniciativa popular. Empero, posterior a diez años de su integración al texto constitucional, la materia jurídica antes aludida fue suprimida sin ser aplicada, y al año 2010 la ausencia de espacios en el marco constitucional federal ha estado presente.

Es insoslayable el gran avance de carácter democrático de la Reforma Federal Electoral de 1977, conformado, entre otros aspectos en la materia, por la apertura de espacios de participación electoral a diversas fuerzas políticas frente a un partido que detentaba el poder de manera preponderante. No obstante, debe dejarse en claro que ello no satisface una realización cabal y fáctica de la democracia, pues, para que esto pueda ser posible, la

presencia de los ciudadanos deberá ser efectiva, aun encontrándose en una democracia moderna que requiere la representatividad para llevarse a cabo.

De este modo, se advierte que es inexcusable la existencia de un respaldo jurídico sólido que permita que la participación de los ciudadanos tenga un alcance más amplio que la emisión del sufragio y la posibilidad de contender electoralmente, pues como así lo establece el artículo 35 de la Constitución federal, una de las prerrogativas de los ciudadanos es la de “asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país”. Sin embargo, a pesar de se encuentra vigente la Ley Federal de Fomento a las Actividades realizadas por las organizaciones de la sociedad civil, la cual tiene el objeto de fomentar las actividades que realizan dichas organizaciones, establecer las facultades de las autoridades que coadyuvarán con ellas, así como favorecer la coordinación entre las dependencias, entidades del gobierno federal y las organizaciones de la sociedad civil beneficiarias, entre otras más. Es relevante subrayar que el ordenamiento referido se aboca únicamente a las sociedades civiles, y como ya se ha expuesto, la sociedad civil dista de ser lo mismo que la sociedad en general.

Por tal motivo, resulta importante hacer mención que la ausencia de un sólido respaldo jurídico en materia de participación ciudadana desde el ámbito federal se muestra evidente al haber sido presentada en fecha el 15 de diciembre de 2009, por el Titular del Ejecutivo Federal, Felipe Calderón Hinojosa, la iniciativa denominada Reforma Política⁷², misma que en su exposición de motivos manifiesta que “persigue dos objetivos centrales: fortalecer el vínculo entre la ciudadanía y el sistema político e instituir mecanismos que permitan consolidar nuestras instituciones”, aseverando que varias de las propuestas presentadas por la iniciativa en comento “buscan fortalecer el poder directamente en manos de la ciudadanía al ofrecerle nuevas formas de participación, así como mecanismos de sanción al desempeño de los funcionarios y representantes públicos”, entre otros aspectos.

Sin embargo, a pesar de la intención manifiesta por el Titular del Ejecutivo Federal, es un hecho que al año 2010 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos carece de un respaldo jurídico preciso que ampare el derecho de la ciudadanía a tomar parte de las decisiones y políticas públicas. Esto a su vez, contrasta de manera preponderante con la legislación vigente en diversas entidades de la República Mexicana en las que sí se encuentran incluidos y regulados los mecanismos de democracia semidirecta, como lo son el referéndum y plebiscito. De modo que las entidades de Aguascalientes, Baja California, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Distrito Federal, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Oaxaca, Puebla, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas incluyen en su legislación al plebiscito, así como también al referéndum, con excepción de Chiapas y Oaxaca⁷³.

72 *Iniciativa 2010, La Reforma Ciudadana*. Secretaría de Gobernación. México. Sitio electrónico: <http://www.reformapolitica.gob.mx/?page=propuestas-reforma-politica> Última consulta: Noviembre 18, 2010.

73 Zayas Ornelas, León David. “Los mecanismos de Democracia Directa en México: El referéndum y el plebiscito en las entidades del país” en *Nóesis. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*. Op. Cit., p. 202.

Sin embargo, cabe destacar que no sólo basta con la inclusión de los referidos instrumentos en las legislaciones locales, pues como ya se analizó en el caso particular de la entidad potosina, el contexto de las entidades que los integran resulta un aspecto fundamental; y aún con características políticas, sociales y culturales específicas, la aplicación de los instrumentos de democracia semidirecta se presenta de manera poco sólida si no existe desde el ámbito constitucional federal un reconocimiento que les respalde.

Por otro lado, es importante resaltar que los referidos instrumentos incluidos y regulados por las legislaciones locales que les reconocen, estipulan el cumplimiento de múltiples requisitos para que sea factible su aplicación. En caso concreto de la entidad potosina, se requiere que para que pueda ser instado el referéndum, el cual se aboca a la materia legislativa, si su objeto se dirige a reformas o adiciones a la Constitución Política del Estado, es requisito indispensable que sean anexados los nombres completos, firmas y clave de elector de cuando menos el 5% de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, lo cual corresponde a la cifra de 884,595⁷⁴ ciudadanos que deseen ejercer este derecho, así como el nombramiento de un representante de los mismos, además de que sea presentada esta solicitud, para el estudio de su procedencia al CEEPAC. Si se tratara de someter reformas o adiciones de las leyes que expida el Congreso del Estado al precitado instrumento, la cantidad de ciudadanos que deberán respaldar tal solicitud deberá de ser del 2%, lo que corresponde a la cantidad de 353,834⁷⁵ ciudadanos.

En el caso del plebiscito, los requisitos para que pueda ser sometido un acto o decisión del gobierno a éste consisten en que la solicitud sea dirigida al CEEPAC, se expongan los motivos o razones por las cuales se considera de importancia trascendente para la vida pública del Estado, o del municipio, según sea el caso, y las razones por las cuales en concepto del solicitante, el acto o decisión deba someterse a consulta de los ciudadanos, además de los datos pertinentes de referencia de los ciudadanos que los promuevan, en las cantidades de 884,595⁷⁶ para los actos o decisiones de gobierno de los ayuntamientos, que se consideren trascendentes para la vida pública del municipio de que se trate, así como para los actos del Congreso del Estado, referentes exclusivamente a la formación de nuevos municipios dentro de los límites de los ya existentes, o la supresión o fusión de alguno o algunos de éstos. Mientras que para los actos o decisiones de carácter general del titular del Ejecutivo Estatal, que se consideren como trascendentes en la vida pública de la entidad, es

74 Cifra que se desprende de sacar el 5% a la cantidad total de ciudadanos inscritos en la Lista Nominal correspondiente al estado de San Luis Potosí, al 31 de julio de 2101. Estadística de Padrón Electoral y Lista Nominal por Municipio. Entidad 24: San Luis Potosí. *Op. Cit.*, p. 1.

75 Cifra que se desprende de sacar el 2% a la cantidad total de ciudadanos inscritos en la Lista Nominal correspondiente al estado de San Luis Potosí. Estadística de Padrón Electoral y Lista Nominal por Municipio. Entidad 24: San Luis Potosí.

76 Cifra que se desprende de sacar el 5% a la cantidad total de ciudadanos inscritos en la Lista Nominal correspondiente al estado de San Luis Potosí, al 31 de julio de 2101. Estadística de Padrón Electoral y Lista Nominal por Municipio. Entidad 24: San Luis Potosí. *Op. Cit.*, p. 1.

necesaria la cantidad de 353,834⁷⁷ ciudadanos que insten su aplicación y aporten sus datos de referencia para constatarlo.

4.- Conclusiones

La construcción de la democracia, más allá de una postura ideológica, constriñe la integración y desarrollo de prácticas que formen, conduzcan, fomenten y fortalezcan sus procesos y por lo tanto su continuidad, pero desde los ámbitos educativos, sociales y normativos. Y es que a pesar de los múltiples modelos que se desprendan de tal régimen político, la esencia y sentido de todos converge en la preeminencia de la soberanía popular.

Sin embargo, es imperioso entender a la soberanía popular como elemento activo y constructor de cada uno de sus escenarios; es decir, que el pueblo, además de ser soberano por la cualidad que el régimen democrático le atañe, deberá serlo de *facto*, esto es que, en relación a sus derechos políticos, les conozca, sepa como ejercerlos y los pueda ejercer, teniendo a su vez los espacios necesarios para ponerlos en práctica de manera libre y efectiva; destacando que los derechos políticos distan de concentrarse únicamente en aspectos de la vida electoral de un país, pues van mucho más allá.

De este modo, a la ciudadanía se le reconoce como uno de los elementos impulsores de la democracia misma. Empero, es importante dejar en claro que la perspectiva de la cultura y formación político-democráticas constituye un factor de fuerte impacto para la ciudadanía, pues se ha podido advertir que no sólo es necesaria la existencia jurídica de espacios de carácter formal, como el sufragio o los instrumentos de democracia semidirecta, como el referéndum y plebiscito. Más bien, resulta indispensable la integración y desarrollo de una cultura y formación políticas de carácter democrático con los escenarios cotidianos de la ciudadanía, siendo un importante espacio para ello la educación básica.

La relevancia que reviste a la educación básica respecto de la democracia consiste en que a partir de ella puede fortalecerse la identificación entre los miembros de la sociedad, lo cual contribuye a la formación de lazos de solidaridad, y por ende, al tenor de la tolerancia y el respeto, la generación de acuerdos, organización y ejecución de decisiones. De este modo, pueden ser fortalecidos elementos necesarios para que los ciudadanos, de ser pertinente, puedan instar la aplicación del referéndum o del plebiscito por una participación ciudadana auténtica, y la factibilidad de la aplicación de tales instrumentos, sea un hecho real, más allá de ordenamientos al tilde de letra muerta por no haber sido aplicados.

Asimismo, otro factor que no puede soslayarse es la credibilidad y confianza que los ciudadanos tengan en el sistema político, pues éstos al desconocer y no tener próxima una noción clara de lo que constituye y debe de ser la política y sus prácticas congruentes con la democracia, aunado al desencanto que generan el funcionamiento y los resultados del sistema electoral y del quehacer de las élites empoderadas, se deriva en una notable fal-

⁷⁷ Cifra que se desprende de sacar el 2% a la cantidad total de ciudadanos inscritos en la Lista Nominal correspondiente al estado de San Luis Potosí. Estadística de Padrón Electoral y Lista Nominal por Municipio. Entidad 24: San Luis Potosí.

ta de credibilidad hacia lo político y lo democrático que se muestra en el desinterés, apatía y poca participación ciudadana. Esto, se advierte en que, con base en los resultados de la ENCUP 2008.

De este modo, si la ciudadanía cree o confía en poco grado en el sistema político mexicano y tiene una visión desvirtuada de la democracia, en consecuencia desconocerá con mayor razón la oportunidad de ejercer sus ejes rectores en la práctica de lo cotidiano.

El panorama entorno a la participación ciudadana en el sistema político mexicano se vuelve más complejo, si a lo anterior se le suma la carencia de un respaldo jurídico a nivel nacional respecto de las formas en las que desde mecanismos formales se puede ser partícipe de las decisiones públicas como ciudadano en México, ya que como se ha expuesto, la existencia jurídica de los instrumentos de participación ciudadana correspondientes a una democracia semidirecta, como la iniciativa popular, el referéndum y el plebiscito, entre otros, ciertamente dista de ser una garantía infalible para asegurar el desarrollo cabal de una democracia. Empero, si el reconocimiento de tales mecanismos, como el caso de la entidad potosina que se ha estudiado, se encuentra vigente en una forma en la que su aplicación es altamente cuestionable, a nivel nacional resulta más complejo y frágil impulsar tales instrumentos si no existe una norma de rango superior como la Carta Magna que los instaure y garantice.

Con base en lo anterior, es preciso que a la par del marco normativo que tutele y regule de forma eficaz la participación ciudadana, sea integrada una perspectiva hacia la cohesión social de la mano de vínculos colaborativos, solidarios y que fortalezcan la identidad desde la educación y las diversas facetas en las que se desenvuelve la sociedad; ya que sin la articulación de una participación activa, propositiva y comprometida en un régimen político democrático, a pesar de que sea representativo, la naturaleza de la que éste se ostente será sólo el reflejo de una falacia que se ha sostenido con la bandera de una Democracia.

EL ARBITRAJE COMO MECANISMO ALTERNO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. BREVE ESTUDIO SOBRE SUS ANTECEDENTES Y SU REGULACIÓN EN MÉXICO

Paola I. de la Rosa Rodríguez¹

Resumen: La práctica común en nuestra sociedad ha sido acudir a los órganos jurisdiccionales para resolver un conflicto, sin embargo la vía judicial presenta algunos inconvenientes debido a que es un proceso tardado, costoso y cuyo resultado: la sentencia no conforma a ninguna de las partes. En este artículo se estudia el arbitraje como método alternativo de solución de conflictos, sus antecedentes internacionales y nacionales, las ventajas que observan las partes al someter su conflicto ante este mecanismo. Se aborda brevemente el acuerdo arbitral, como condición para llevar a cabo este método, el procedimiento ante los árbitros y el laudo arbitral. Asimismo se analiza el procedimiento de homologación y ejecución del laudo arbitral en nuestro país.

Palabras clave: arbitraje, método alterno de solución de conflictos, laudo arbitral

Abstract: The common practice in our society is to appear in Court in order to get a conflict solved. However, the judiciary presents some disadvantages occasioned by its long and expensive legal procedures. Moreover, the judge's final decision, the sentence, does not satisfy any of the parties involved in the dispute. This article studies Arbitration as an alternative dispute resolution method, it analyzes its international and national origins, as well as the advantages the parties experiment while having recourse to arbitration. This paper briefly explains the initial arbitral clauses as a condition giving birth to arbitration, the arbitral procedure and arbitration awards. It also explores the recognition and enforcement of arbitral awards in Mexico.

Key words: arbitration, alternative dispute resolution method, arbitral award

1.- Introducción

El arbitraje ha sido descrito como un proceso en el que una tercera parte, que no actúa como juez, emite una decisión en una disputa.²

También ha sido entendido como un método o técnica por la cual se tratan de resolver, extrajudicialmente, las diferencias derivadas de las relaciones entre dos o más partes. Por el mero hecho de someterse al arbitraje, las mismas deciden de mutuo acuerdo renunciar al juez inicialmente competente, siendo un árbitro nombrado directamente por ellas, en el convenio arbitral que suscribieron, o en su defecto el designado por la Corte competente, quien resuelva el conflicto. Los árbitros, que no pueden ser designados sino por avenencia de los solicitantes, se basan en el convenio de las partes. En algunos países la institución es

¹ Facultad de Derecho de la UASLP. Correo-e: paorosro@hotmail.com

² Menkel-Meadow, C. (2005). *Dispute Resolution. Beyond the Adversarial Model*. Aspen Publishers, New York, p.448

utilizada más frecuentemente que el litigio para resolver controversias comerciales internacionales y otros tipos de conflictos mercantiles y laborales, entre otros.

El arbitraje ha sido un mecanismo que ha gozado de preferencia en la resolución de disputas internacionales. A tal efecto, las partes consideran que resulta mejor someter sus diferencias a un tercero —o panel de personas— que de manera neutral e imparcial resuelvan sus controversias, sin acudir a diversos órganos judiciales o administrativos que pudieran tener jurisdicción respecto a la disputa. En su esencia, la naturaleza del arbitraje no varía porque sea interno o internacional. De hecho, las concepciones y práctica del arbitraje interno se han proyectado al arbitraje comercial internacional. El arbitraje internacional ha tenido su origen en el vasto intercambio comercial que se ha registrado en el mundo en las últimas décadas a consecuencia del creciente tráfico internacional de personas y bienes, de la apertura de las economías al mercado internacional y de la firma de tratados comerciales que tienen como objetivo que los países firmantes tengan un intercambio más acelerado de sus productos con aranceles bajos y preferenciales. Estos fenómenos suscitan un sinnúmero de controversias que necesitan ser resueltas y que reconocen en el arbitraje un valioso papel para solucionar conflictos mercantiles.

Existen algunos cuestionamientos que son válidos a la luz del tema del arbitraje, siendo uno de ellos la validez de establecer una cláusula arbitral en los contratos. En México se ha llegado a señalar la inconstitucionalidad de la renuncia de los tribunales estatales que lleva implícita la firma de una cláusula arbitral, sin embargo se ha concluido que la misma no es violatoria de los artículos 13, 14 y 17 del Pacto Federal³. Otro tema controversial es la ejecución del laudo arbitral. En este respecto, los diferentes sistemas legales —derecho continental, anglosajón e islámico— pueden reconocer y sancionar los laudos que dicten los árbitros en el marco de su jurisdicción.⁴

2.- Naturaleza del arbitraje

Un problema digno de ser tratado en este trabajo es la naturaleza del arbitraje. Mientras para algunos es un contrato,⁵ para otros resulta ser un equivalente jurisdiccional y citan: “El arbitraje constituye un auténtico equivalente jurisdiccional, y entonces no cabe que se traduzca en ejercicio de actividad jurisdicente, o sucede lo contrario, y en tal caso la idea de equivalencia sale sobrando: no resulta posible combinar o asociar dos posiciones que son: por definición, antagónicas”⁶

En opinión de otros tratadistas el arbitraje es un acuerdo. Ellos se basan en lo establecido por el legislador: “Para los efectos del presente Capítulo se entenderá por arbitraje,

3 Graham, (2004). “La figura mexicana del amparo en materia de ejecución de laudos arbitrales”, *Revista Brasileira de Arbitragem*. Blog de la Academia de Derecho Internacional de la UDEM, <http://adi-udem.blogspot.com>

4 Roca Aymar, J. (2000). *El arbitraje en la contratación internacional*. ESIC. Madrid. p. 41

5 Los países de derecho musulmán reconoce su categoría contractual.

6 Alcalá Zamora, N. (2001) “Cuestiones de Terminología Procesal”, p. 194.

el acuerdo por el que las partes deciden someter a este procedimiento todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual⁷

Los tribunales mexicanos desde sus comienzos se apegaron a la tesis contractualista. Esta tesis sostiene que todo arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes quienes, mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado “convenio o acuerdo arbitral”, confían la solución de un litigio a un tercero imparcial elegido, directa o indirectamente, por ellas mismas.⁸ De acuerdo a otros tratadistas, el término “arbitraje” no designa el acuerdo entre las partes para resolver las controversias, sino se aplica al proceso. Ellos se basan en la definición que al respecto da la Ley de Métodos Alternos de Solución de Controversias: “el arbitraje es el método alternativo adversarial regulado por el Código de Procedimientos Civiles del Estado, mediante el cual uno o más prestadores de servicios de métodos alternos, emiten un laudo obligatorio y definitivo para los participantes en conflicto, con objeto de finalizar el conflicto”⁹

Gabriel García Rojas, al ser ministro de la Suprema Corte de Justicia cambió al criterio jurisdiccionalista¹⁰. De acuerdo al criterio jurisdiccionalista, las actividades de los árbitros son jurisdiccionales, sus resoluciones son verdaderos autos o sentencias contra las cuales se conceden auténticos recursos que se tramitan ante los tribunales. En este respecto, la jurisdicción de los árbitros es excepcional y limitada. No puede extenderse a otros casos que los consignados en la ley.

Algunas corrientes jurídicas sostiene que el arbitraje no es una función del Estado, no tiene jurisdicción propia o delegada; en tanto que otros autores como el maestro Eduardo Pallares, afirman que el hecho de que los árbitros sean particulares y no funcionarios públicos, no les quita el atributo de la jurisdicción, pues es el Estado mismo, en ejercicio de su soberanía, el que mediante la ley, autoriza al particular para que realice funciones jurisdiccionales, porque así conviene al interés general.

Por otro lado, los civilistas niegan el carácter jurisdiccional al arbitraje, para ellos no es un juicio ni los procedimientos que en él se realizan son procedimientos judiciales. Sin embargo no explican cuál es su naturaleza jurídica y tal parece que lo consideran actos meramente civiles. Sin embargo, la tradición jurídica se ha opuesto a ello.

Pese a todos estos estudios, México no ha adoptado una posición concluyente al respecto, pero independientemente de su naturaleza, lo cierto es que este mecanismo brinda posibilidades favorables para las partes que lo invocan y que conviene mencionar en este punto.

7 Artículo 959 del Código de Procedimientos Civiles de Nuevo León.

8 Calvo Caravaca, A. (1989) “El arbitraje comercial Internacional”, Tecnos, Madrid, p.55

9 Graham, T. (2008) “La Ley de Métodos Alternos de Solución de controversias del Estado de Nuevo León Comentada”, Lazcano.

10 España le niega el carácter contractual a este figura, para ellos tiene una connotación jurisdiccional

3.- Ventajas del sistema arbitral

El arbitraje es popular en varios países debido a su flexibilidad. Las partes en conflicto pueden diseñar el procedimiento bajo el cual quieren llevar a cabo este método que sólo se celebran cuando las partes así lo aprueban. Generalmente, en los procedimientos arbitrales lo que se busca principalmente son técnicas de solución de conflictos a bajo costo y rapidez y por ello se prefiere articular procedimientos informales. Bajo este esquema, los conflictos se resuelven en los plazos pactados por las partes. Si las partes quieren que el árbitro tenga una determinada formación o experiencia o si las partes quieren que la decisión del árbitro no sea pública, pueden manifestarlo así en su cláusula arbitral. Los procesos se desarrollan con absoluta reserva y confidencialidad evitando de esta manera que las circunstancias que rodean los hechos sean divulgados y conocidos por otras personas. El arbitraje es un procedimiento de única instancia, lo que significa que los laudos arbitrales son inapelables y tan solo admiten un recurso por causales procedimentales, no del fondo del conflicto. En el ámbito internacional, se prefiere al arbitraje porque permite que las partes en conflicto escojan un foro y un árbitro que sin duda serán más neutrales que cualquiera de los tribunales a los que ellas pertenecen. Aunado a ello, las partes pueden establecer un proceso que, comparado a los litigios judiciales, tiende a restaurar relaciones humanas y la convivencia entre los entes en conflicto. Dependiendo del contexto, se puede elegir al arbitraje de entre otros métodos porque en éste las costas y honorarios a árbitros y secretarios son preestablecidos, pudiendo dividirse el monto entre las partes. Resumiendo este método resulta barato, flexible, rápido, privado, neutral y ejecutable.

4.- Antecedentes internacionales

Se tiene evidencia de la institución del arbitraje desde la prehistoria, cuando no se utilizaba la escritura. Se ha hecho uso del arbitraje por varios miles de años. Antes de que las sociedades hubieran creado los tribunales y jueces con los que estamos familiarizados hoy en día, las partes en conflicto llevaban sus problemas a un veterano sabio que les ayudara a resolver sus problemas. Así, en el pasaje bíblico en el que dos mujeres le pidieron al rey Salomón que decidiera cuál de ellas podía conservar a su criatura, el rey actuó más que como el juez que decidía de acuerdo a las reglas y procedimientos del tiempo, como un árbitro a quienes las mujeres llevaron voluntariamente su disputa.

Se tienen noticias de que algunas de las primeras prácticas arbitrales son procedentes del antiguo Oriente ya que es conocido el acto de arbitraje entre dos ciudades-estado de Mesopotamia que se remonta a 3,000 años antes de Cristo.¹¹ El derecho Romano antiguo reconocía el acuerdo arbitral, sin embargo, la ley sólo reconocía el acuerdo mediante litigio, por ello la ley romana no podía aplicar el laudo mediante un acuerdo arbitral. Fue con Justiniano, uno de los más notables gobernantes del imperio, cuando se tomó en cuenta el acuerdo arbitral con la condición de que la ejecución del laudo fuera por escrito y que

11 *Ibid.*

transcurrieran diez días sin oposición de terceros.¹² En la Edad Media fue la combinación de los sistemas romanos y germánico que sentó las bases para que durante la época de las Cruzadas en donde se abrieron nuevas rutas al comercio surgiera la *lex mercatoria* y los tribunales arbitrales. Cuando surge el Estado moderno la función jurisdiccional se monopolizó a favor del Estado y con ello la función arbitral fue casi nula, es entonces que el Estado se constituyó como única fuente productora de leyes y decisiones jurisdiccionales; para finales del siglo XIX el incremento del intercambio comercial cada vez más frecuente entre los países hizo menester que los Estados aceptaran otros mecanismos para regular las relaciones entre comerciantes aceptándose una vez más el proceso arbitral pero ahora regulado por medio de tratados y convenciones internacionales.

En España, será el Fuero Juzgo el que regule el arbitraje en la Ley XII del libro II y Alfonso X el Sabio hace una verdadera regulación del arbitraje como institución jurídica en el Código de las Siete Partidas: “Arbitro es el que eligen las partes para que juzgue, guardando las solemnidades del derecho. Arbitrador, el que no las guarda.”¹³

Inglaterra ha sido un eje primordial en la institución arbitral. En 1698 el Parlamento inglés aprobó la primera ley de arbitraje cuyo contenido versaba en que ninguna de las partes de manera unilateral podía revocar un acuerdo arbitral, sin embargo la ley tenía algunas imprecisiones que fueron subsanadas como la que se estableció en 1833 en la que se prohibía revocar el nombramiento del árbitro. En 1854 el Common Law Procedure Act establecía que los tribunales tenían la facultad de sobreseer cualquier procedimiento que impidiera la ejecución de un acuerdo arbitral así mismo se les dio la facultad a los tribunales para nombrar árbitros cuando hubiese fallado el nombramiento por las partes. En 1889 se reconocieron efectos totales a la figura del arbitraje no solo para los litigios presentes sino para los litigios en el futuro.¹⁴ El primer laudo extranjero que se ejecutó en Inglaterra fue en 1927. Hasta antes de la segunda Guerra Mundial la London Trade Association había resuelto más de 20,000 litigios.

El sistema legal de Estados Unidos consideraba a las reglas del proceso arbitral como procesales, por lo que casi no fue empleado. En esta etapa la posibilidad de revocar un laudo arbitral por algunas de las partes era permisible. Esta regla de revocabilidad estuvo vigente hasta 1920. Fue hasta 1926 cuando la *Federal Arbitration Act* consolidó esta figura¹⁵. El estatuto dos establece: “una cláusula escrita en cualquier transacción marítima o contrato derivado del comercio por medio de la cual se quiera dar solución a un conflicto por medio del arbitraje... debe ser válida, irrevocable y ejecutable...”

Dicho artículo de la ley federal no fue controvertido. Ningún legislador o grupo opositor se expresaron en contra de la ley. Recientemente, industrias estadounidenses como la de la construcción y la de transporte naviero han mostrado preferencia por utilizar este

12 Lorenzen, E. (1999). *Commercial Arbitration-international and interstate aspects, selected readings on Conflicts of Laws*. West Publishing. St Paul, p. 1956.

13 *Ibid.*

14 Morris, J.J.C. (1984). *The Conflict of laws*, Stevens and Sons, London.

15 Lorenzen, E., *op. cit.*, pp. 702 y 703.

proceso y no el judicial. Se prefiere en estos ambientes por su rapidez y privacidad comparados a un procedimiento en la corte cuyos procedimientos son públicos. Además, los árbitros generalmente son conocedores de mencionadas industrias para las cuales han diseñado reglas específicas. De hecho, muchas de estas disputas se resuelven teniendo en cuenta el conocimiento técnico y las prácticas de este tipo de industrias más que en el derecho. Los árbitros son expertos en un campo específico y no necesariamente abogados. Actualmente, Estados Unidos contempla dos dimensiones del arbitraje, por un lado el regulado por el *common law* aplicado al arbitraje interno y por el otro el que regulan los tratados internacionales u organizaciones.

5.- La práctica latinoamericana

El arbitraje en Latinoamérica tiene sus raíces en el derecho histórico español, sin embargo, su desarrollo se ha visto confrontado por el concepto de soberanía nacional y por la no aplicación de convenios y tratados internacionales, incluso cuando ya encontrándose vigentes. En 1975 se firma el Convenio de Panamá el cual ha representado un avance en la región. Cabe señalar que se han generado reformas legales y judiciales para afianzar el procedimiento arbitral, sobre todo en materia comercial. A efecto de entender mejor la evolución del arbitraje en la zona se puede hacer una división en cuatro períodos: en el primero existió una franca hostilidad que no permitía la ejecución de sentencias ni laudos dictados por jueces extranjeros o árbitros de otros países, posteriormente se celebraron tratados que favorecieron el reconocimiento del arbitraje, ya que no se vulneraba la soberanía al incorporar los mismos a la legislación nacional, después y de acuerdo al principio de “reciprocidad legislativa” la ejecución del laudo arbitral está permitida siempre que el país donde la sentencia se hubiera pronunciado lo autorice en iguales condiciones y finalmente en la cuarta etapa la ejecución se admite con el cumplimiento sólo de determinados requisitos formales.

En Latinoamérica el arbitraje es visto más como una institución procesal que puramente contractual, por ello es regulado en los Códigos de Procedimiento Civil y de Organización de los Tribunales.

Hoy en día, algunas asociaciones como la Unión Iberoamericana de Barras de Abogados (UIBA), la Asociación Iberoamericana de Cámaras de comercio y la Conferencia Permanente de Ministros de Justicia de los países hispanos apoyan la vía arbitral sobre todo en la solución de conflictos mercantiles. Por su parte el arbitraje comercial internacional se presenta como un recurso necesario para coadyuvar al desarrollo económico y social de los países de la región.¹⁶

6.- Antecedentes en México

En México, durante la colonia, Las leyes de las Siete Partidas, la Nueva Recopilación y posteriormente la Novísima Recopilación contemplaron la institución del arbitraje. En estos

16 Rodríguez González Carlos, *México ante el Arbitraje Comercial Internacional*. CAM, México, p. 215

tiempos, sin embargo, las partes preferían sujetarse a la jurisdicción estatal ya que en ese entonces México no tenía prácticamente relaciones comerciales con otros países y como consecuencia se desconocían las técnicas para llevar a cabo un arbitraje. Durante el siglo XIX y a principios del siglo XX, durante el México independiente, la figura del arbitraje no tenía relevancia, ya que el gobierno monopolizó la función jurisdiccional y no permitía la intervención de otros organismos. Los códigos de procedimientos civiles establecidos a fines del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX contenían y aún contienen normas relativas al juicio arbitral. Fue hasta 1989 que el Código de Comercio introdujo el proceso arbitral con elementos internacionales, pero fue hasta el 22 de julio de 1993 que se publicó una reforma substancial al Título Cuarto del Código de Comercio el cual incluye al “arbitraje comercial internacional” en nueve capítulos y permitió la entrada de la Ley modelo UNCITRAL.

Hasta antes de 1986, cuando México se adhiere al GATT (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio), la mayor parte de lo que producía el país era para el mercado interno, sin embargo, derivado del adelanto tecnológico de las comunicaciones, de los servicios bancarios y de la necesidad del país de incorporarse a los mercados internacionales, han proliferado una serie de tratados y convenios comerciales con América del Norte, Unión Europea, Japón, Latinoamérica, etc. Ello da paso a una profunda reestructuración en algunos ordenamientos legales del país para adaptarse a los nuevos modelos comerciales, con el objeto de contemplar formas de solucionar los conflictos derivados de dicho tráfico internacional, se observa entonces la introducción del arbitraje en el Código de Comercio tomando como base la Ley modelo de la UNCITRAL y las reformas a la ley de Inversión Extranjera entre otros.

Las fuentes básicas del derecho del arbitraje en México son: las referentes las convenciones y tratados internacionales, las relativas al Derecho interno legislado y las referentes al *ius mercatorum*, en especial las reglas de procedimiento implementadas por organismos diversos a los órganos legislativos, como lo es la Ley Modelo sobre el arbitraje internacional y convenciones. Entre los organismos internacionales de gran relevancia están la Convención de Nueva York de 1958¹⁷ y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte¹⁸, documento que establece que cada país está obligado a promover y facilitar el arbitraje, como un medio alternativo para la solución de controversias comerciales internacionales, e incluso cada país está obligado a implementar procedimientos que aseguren la ejecución de los laudos.¹⁹ El TLCAN regula diversas cuestiones sobre el arbitraje para el tratamiento y decisión de litigios referidos a inversiones, incluyendo el proceso arbitral y normas sobre reconocimiento de laudos. El artículo 2022 del TLCAN establece que un país cumple con pactado en este instrumento, cuando esté sujeto a lo dispuesto por la Convención de Nueva York y la convención de Panamá²⁰. Al haber sido estas convenciones signadas por

17 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971

18 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de Diciembre de 1993

19 Art. 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte

20 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de abril de 1976

el Ejecutivo y ratificadas por el Senado sus cláusulas constituyen derecho vigente en México y deben ser observadas.

Otros instrumentos internacionales que regulan esta institución y de los cuales México es parte, son:

El Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), cuyas reglas son aplicables de oficio cuando falte el acuerdo de las partes y el cual determina las causas procesales de un litigio para ser sometido al arbitraje. El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y las reglas UNCITRAL en materia mercantil. Aunado a éstos ordenamientos existen instituciones como la Corte de Arbitraje Internacional (CAI), la American Arbitration Association (AAA) y en el ámbito nacional, la Cámara Permanente de Arbitraje de la Cámara de Comercio del Distrito Federal y el Centro de Arbitraje en México.

La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional conocida como la UNCITRAL, fue adoptada por la ONU el 21 de junio de 1985. Esta ley modelo, creada con el fin de que los países la adoptaran como una ley uniforme y obligatoria, precisa la institución del arbitraje internacional, las medidas provisionales decretadas por el tribunal arbitral, el procedimiento de recusación de los árbitros, la competencia del tribunal arbitral incluyendo la competencia para decidir acerca de su propia competencia. Asimismo, determina las reglas del procedimiento como la demanda, la contestación, el desahogo de las pruebas y el laudo. Todos estos conceptos fueron incluidos por el Código de Comercio mexicano en 1993 ante la necesidad de consolidar la apertura hacia el exterior y adecuar las acciones del país a las nuevas realidades.²¹

6.- Regulación del arbitraje en México

Aunado a las convenciones internacionales en materia de arbitraje, los ordenamientos nacionales que regulan esta figura son:

El Código de Comercio que dedica su título IV al procedimiento arbitral²²

El Código Federal de Procedimientos Civiles que regula lo relativo al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros²³

Códigos de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal²⁴, así como para cada una de las entidades federativas y;

21 Arellano García, C. (1986) "Personalidad y partes conforme a la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional" en Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo XX, pp. 145-147.

22 Publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 7 y 13 de octubre del 1989. Las principales reformas y adiciones a la materia arbitral fueron publicadas el día 4 de marzo de 1989.

23 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero del 1943. Las principales reformas y adiciones en materia arbitral fueron publicadas el 7 de enero de 1988.

24 Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 1 al 24 de septiembre de 1932. Las principales reformas y adiciones a la materia arbitral fueron publicadas el 7 de enero de 1988.

Diversas leyes, sean federales o locales como lo son la Ley sobre la Celebración de Tratados²⁵ y la Ley Orgánica de los tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal.

Cabe señalar que estos ordenamientos fueron dirigidos en un principio a aspectos legales internos pero tuvieron una visión internacional y por ello fueron reformados. La normatividad del arbitraje comercial era pobre en nuestro Código Mercantil ya que dicho ordenamiento, en un inicio, era omiso en la regulación de esta materia. Posteriormente, con la reforma de 1989 el lenguaje del Código se orientó un arbitraje nacional por lo que se debía buscar la uniformidad de lenguaje con todas las legislaciones que regulan esta materia. Conceptos como costas, daños y perjuicios pueden entenderse de diversas formas en los diversos sistemas jurídicos. El Código tampoco establecía conceptos fundamentales del arbitraje ni las bases fundamentales de la institución, se otorgaban muy pocas facultades al árbitro y no se otorgaba suficiente importancia a la voluntad de las partes contratantes.

Actualmente, el libro Quinto Título I del Capítulo I del Código de Comercio relativo a los juicios mercantiles incluye el principio general que permite a las partes resolver sus controversias mediante un procedimiento arbitral previamente acordado. Así, el artículo 1051 prevé que el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente conengan las partes, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales, o un procedimiento arbitral que se regulará por lo previsto en el Título Cuarto del Libro Quinto de dicho Código.

7.- Procedimiento arbitral

De acuerdo a Gorjón Gómez (2008), un procedimiento de arbitraje surge ante la necesidad de cumplir con lo estipulado en una cláusula arbitral o convenio arbitral, el cual estará suscrito en un contrato determinado, en el que los interesados decidieron ceder sus potestas a un árbitro o árbitros, con el propósito de que éstos resuelvan el conflicto.²⁶

Según la reforma de 1993, el primer paso en el arbitraje es presentar una demanda en donde la parte actora expresará su nombre, los hechos, puntos controvertidos y las prestaciones que reclama, y los convenios pertinentes, particularmente, el acuerdo de arbitraje. La institución que administra el arbitraje recibirá la demanda, conforme a los elementos antes señalados, a menos que el reglamento estipule otra cosa. La institución acusa de recibido. La fecha en que la secretaría recibe la demanda puede considerarse como la fecha oficial del inicio del arbitraje. La institución deberá enviar a la brevedad posible una copia de la demanda, así como los anexos que la parte demandante haya remitido a la Corte, haciendo constar fehacientemente la recepción de la misma, circunstanciando fecha y lugar.

Una vez recibida la demanda se procederá a darle contestación. El demandado por su parte se referirá a lo planteado en la demanda, dejándose abierta la posibilidad de ampliarse la demanda y contestación de la misma. Puede suceder que la parte demandada no

25 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1992

26 Gorjón Gómez, F. (2008). *Métodos Alternos de Solución de Conflictos*, Oxford University Press, México.

acuda al procedimiento, sea porque fue mal notificada o que se trate de una rebeldía estratégica o táctica. El escrito de contestación debe contener el nombre completo de las partes, la calidad en la que intervienen y su dirección, la naturaleza y circunstancia de la controversia que dio origen a la demanda, su posición respecto a las pretensiones y de los montos reclamados, el nombramiento del árbitro(s) en razón de la propuesta inicial o la contradicción de ésta. La secretaría del centro de arbitraje deberá notificar al demandante la contestación, entregándole las copias correspondientes para continuar con el procedimiento arbitral.

Es importante señalar que si antes del procedimiento, una de las partes no quiere acudir al procedimiento de arbitraje o simplemente no desea resolver el conflicto por esta vía, la parte demandante podrá solicitar la aplicación de medidas cautelares a cualquier autoridad judicial.

Posteriormente se constituye el tribunal arbitral. Las partes podrán determinar el número de árbitros, sin embargo, si no lo estipularan, se nombrará a uno solo. Puede darse el caso de que los árbitros se nombren desde un principio y de común acuerdo por la partes al momento de solicitar el arbitraje. Puede suceder que las partes acudan por separado a la institución de arbitraje y cada uno nombre a un árbitro, en este caso la regla es que cada parte nombre a un árbitro, y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero. Otras hipótesis que pueden presentarse es que las partes no se pongan de acuerdo y la institución nombra a los árbitros en un término perentorio. Puede suceder que la institución en donde se llevará a cabo el arbitraje apoye a las partes en el nombramiento, ofreciéndoles la lista de árbitros o bien que un juez sea quien nombre a los árbitros. Las partes pueden recusar a los árbitros porque se le pierda la confianza por la posibilidad de que dicho árbitro pueda actuar de manera parcial. Si esto ocurre será destituido sea de común acuerdo o por intervención de la institución según su reglamento.

También es importante en este punto señalar las excepciones que tiene la parte interesada para invocar la incompetencia de un tribunal judicial. En México existen tres medios para hacer valer la incompetencia del tribunal judicial del Estado:

1. La excepción de compromiso, cuando aún no se ha planteado el litigio ante los tribunales arbitrales;
2. La excepción de litispendencia, cuando ya se ha planteado ante los tribunales de arbitraje de litigio, y que está pendiente de ser resuelto y;
3. La excepción de cosa juzgada, cuando el litigio sometido a los tribunales judiciales ya fue resuelto por un tribunal arbitral.

Estas excepciones deben ser presentadas por la parte interesada solamente en los casos de impugnar la competencia del tribunal judicial; tratándose de una empresa mexicana y una extranjera debe basarse la incompetencia incluyendo lo que se establece en la Convención de Nueva York para efectos de transacciones internacionales.

En cuanto a la sede del tribunal, ésta será la que ambas partes designaron en el acuerdo arbitral, en caso de no haberlo hecho, lo pueden hacer la institución o el tribunal arbitral. Una vez formalizada la sede, se fija el idioma y las normas aplicables, considerando las características y estipulaciones del contrato y usos comerciales.

Desde la formulación de los alegatos, se establece la obligación de las partes de hacer referencia a los documentos o pruebas que se vayan a presentar o bien de aportar todos los documentos que considere pertinentes para tal efecto. Para la audiencia de pruebas y alegatos, el tribunal arbitral decidirá si estas deben de celebrarse, salvo acuerdo en contrario por las partes para lo cual les notificará oportunamente. En cuanto al laudo, éste será dictado de conformidad con el derecho que las partes eligieron teniendo en cuenta las estipulaciones del convenio y los usos mercantiles aplicables al caso. Finalmente, se regulan las causas de terminación de la actuación del árbitro que serán lo más justamente posibles y bajo un estado de igualdad, sin observar apegos a la ley. Para los procedimientos de nulidad y de reconocimiento y ejecución de sentencias se establece como ordenamiento supletorio al Código Federal de Procedimientos Civiles.

Más específicamente, el artículo 1463 remite para la substanciación o ejecución del laudo arbitral al Código Federal de Procedimientos Civiles al señalar: “El procedimiento de reconocimiento o ejecución se substanciará incidentalmente de conformidad con el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles. La resolución no será objeto de recurso alguno”.

Sin embargo el Código Federal de Procedimientos Civiles se enfoca principalmente al reconocimiento y ejecución del laudo, sin cubrir la regulación del acuerdo arbitral, ni el proceso arbitral. Es evidente que en el momento de regularse este reconocimiento de laudos se tuvo presente la idea de las sentencias jurisdiccionales estatales, más que el de los laudos arbitrales. Ahora bien, los tribunales arbitrales no dependen de las leyes federales sino de las locales y cuando se consulta un Código de Procedimientos Civiles de cada entidad federativa, éstos hacen referencia al Código Federal de Procedimientos Civiles y éste a su vez hace referencia a los Códigos locales. Entonces son los Códigos Locales de Procedimientos Civiles de cada entidad federativa los que deben regular el arbitraje en materia civil.

Por lo tanto, es fundamental hacer una revisión y en dado caso, una reconstrucción legal de los ordenamientos involucrados en la figura del arbitraje, ya que por una parte se tiene muy clara la jurisdicción federal y local en algunos asuntos, pero en otros, existen todavía confusiones e imprecisiones. Esta falta de consistencia de los ordenamientos jurídicos aunado a la falta de conocimiento y poco uso de los medios alternos de solución de controversias han derivado en la poca fuerza y arraigo que ha tomado esta figura.

8.- El acuerdo arbitral, base del procedimiento

La manera más común de pactar el arbitraje es a través de la cláusula arbitral o compromisorio que las partes incluyen en un contrato. Según la legislación arbitral internacional la forma que se solicita debe es que sea por escrito. El acuerdo arbitral ha sido definido como un convenio y por tanto crea y/o transfiere derechos y obligaciones entre los contratantes.²⁷ También se ha definido como aquel acuerdo establecido entre las partes en el que se fincan las bases para llevar a cabo un proceso arbitral, en el cual se transfieren derechos y obliga-

²⁷ Silva, J., *Arbitraje Comercial Internacional en México*, Pereznieta Editores, 1994, p. 39

ciones entre las mismas. La UNCITRAL lo define como: “El acuerdo por el que las partes deciden someter al arbitraje las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá optar una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.”, siendo muy similar al establecido por el artículo 1616 del Código de Comercio: “Acuerdo de arbitraje es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.”

Este acuerdo de voluntades tiene dos efectos, primero: la renuncia de las partes a hacer valer su derecho ante un tribunal jurisdiccional estatal para que éste sea el que solución a la controversia y segundo: el impedimento a los tribunales jurisdiccionales del Estado para ejercer la función jurisdiccional sobre los litigios establecidos entre las partes. Como consecuencia, esta cláusula señala que si surge algún desacuerdo relacionado con el contrato, las partes se obligan a solicitar la participación de alguna institución arbitral.²⁸

El acuerdo arbitral puede estipularse para someter a la decisión arbitral, toda o algunas de las diferencias que se susciten en relación con un contrato determinado; sin embargo si éstas no se especifican, se presumirá que la cláusula compromisoria se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación contractual. El acuerdo arbitral puede firmarse, cuando ya haya surgido el conflicto o bien, antes o después de iniciado el proceso judicial, mientras no se haya dictado sentencia que haya causado ejecutoria.

Es preciso señalar que no todas las controversias pueden ser sujetas a una cláusula arbitral y por lo tanto a este proceso, en México no se pueden someter al arbitraje: el derecho a recibir alimentos, los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias de índole pecuniaria, las acciones de nulidad de matrimonio ni las concernientes al estado civil de las personas.

Cuando las partes de una relación jurídica se sometan, por acuerdo de voluntades a una cláusula compromisoria, el poder judicial debe de abstenerse del conocimiento del asunto e incluso debe de hacerlo del conocimiento del tribunal arbitral. La Convención de Nueva York dispone que el tribunal de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo para someterse al arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficiente o inaplicable. El tribunal jurisdiccional estatal podrá intervenir cuando se compruebe que el acuerdo arbitral estuvo viciado en cuanto a los requisitos de validez y de forma, que pueden ser la falta de conocimiento de alguna de las partes, la falta de objeto, deficiencias en la forma, que sea ilícito, etc. Además, aunque el acuerdo arbitral sea válido en cuanto a su forma y fondo, si una de las partes recurre a los tribunales judiciales, en contravención con lo pactado en el acuerdo, la competencia del tribunal puede tornarse legal si la contraparte no impugna la competencia de dicho tribunal.

28 Díaz Luis Miguel, *Arbitraje: Privatización de la Justicia*. Editorial Themis. México, D.F. pp. 14 y 15

9.- Homologación y ejecución del laudo arbitral

Existen varios requisitos para reconocer un laudo arbitral siendo éstos:

1. que exista un acuerdo arbitral,
2. que se haya llevado a cabo un proceso arbitral sin contravenciones y
3. lo relativo al procedimiento de exequatur²⁹

El tribunal homologador debe de oficio estar pendiente de que el fondo de lo resuelto no haya sido en contra del orden público, que no se presenta la litispendencia y que el litigio resuelto haya sido objeto de un proceso arbitral.³⁰

Además, de acuerdo tanto a la Convención de Nueva York como al Código de Comercio en su artículo 1461 se requiere de ciertas condiciones como presentar el original y copia del laudo, que éste se encuentre autenticado y por último que sea traducido al español.

La ejecución de un laudo extranjero se rige por las convenciones internacionales en materia de arbitraje, de las que México es parte: la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York y la Convención de Panamá. Dichas convenciones establecen que en la ejecución de los laudos no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas que las establecidas para las resoluciones nacionales, esto le da autonomía a las leyes del lugar o de las acordadas por las partes; con lo que se asimilan los laudos extranjeros a los laudos nacionales. A falta de disposiciones en ambas convenciones, es aplicable el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

Según la Tesis Número I.2o.C.15 C, tomo XIV, de Diciembre del 2001, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, correspondiente a la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación: “La homologación y ejecución de los laudos arbitrales en materia mercantil dictados en el extranjero, que por su naturaleza jurídica forman parte de una materia especializada, el procedimiento correspondiente debe seguirse bajo las normas que de manera específica y restrictiva lo regulan; por ende, si el laudo es de carácter mercantil, su homologación debe sujetarse a lo dispuesto por el artículo 1461, y 1423 del Código de Comercio y su ejecución conforme a lo establecido en el artículo 1463.”

Aunado a ello y de acuerdo al artículo 1136.2 del TLCAN, la ejecución del laudo debe ser de manera pronta y sin demoras: “Una parte contendiente acatará y cumplirá con el laudo sin demora y debe considerarse el laudo no como una resolución basada en un acuerdo arbitral sino como una decisión jurisdiccional arbitral”

29 El exequatur en esencia consiste en un procedimiento jurisdiccional que tiene por objeto la homologación de la eficacia de la sentencia o de un laudo dictado en un país distinto a donde se pretende ejecutar forzosa y coercitivamente. Los laudos extranjeros, por lo general se tramitan ante un Tribunal Supremo.

30 Cremades, B y Cabriedes, E. (1988), *Litigating in Spain*. Holanda Kluwer Law and taxation Publishers. p. 501

Finalmente, conviene citar algunas disposiciones nacionales para la ejecución del laudo arbitral:

Los artículos 576 del Código Federal de Procedimientos Civiles, 608, fracción III del Código de procedimientos Civiles del Distrito Federal establecen que en lo relativo a las depositarias, remates y demás relacionado con la liquidación y ejecución coactiva será resuelto por el tribunal de la homologación;

Los artículos 577 del Código Federal de Procedimientos Civiles, 608, fracción III del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que permiten la eficacia del laudo y,

El artículo 531 del Código Federal de procedimientos Civiles establece la posibilidad de oponer excepciones en la fase de ejecución, por ejemplo la de pago, si la ejecución se presenta dentro de los ciento ochenta días de transcurrido el plazo, pero antes de un año, si transcurre más de este tiempo se puede oponer la novación, espera, quita, pacto de no pedir, si la ejecución es planteada después del año.

10.- Conclusión

El arbitraje surge como el mecanismo del futuro para privatizar la solución de ciertas controversias legales. Esta institución aparece como una opción ante la sobrecarga de trabajo en los tribunales judiciales y frente a trámites que pueden resultar largos y complicados. El uso del arbitraje permite a los individuos decidir sus disputas de conformidad a las condiciones acordadas por ellos mismos ofreciendo celeridad, especialización, privacidad e imparcialidad. Aun cuando en México no se ha hecho mucho por diseminar la práctica del arbitraje ya sea porque falta que la legislación interna de las entidades federativas sea moderna y adecuada a este materia, también es cierto que debe de existir un mayor conocimiento por parte de los abogados y jueces para poder ofrecerla con un medio ventajoso para solucionar algunas controversias. Ahora bien, no todas las técnicas son apropiadas para todos los conflictos, dependiendo de los términos del arbitraje, para algunos pueden resultar costosas o, inclusive las partes pueden preferir procesos públicos y que sean apelables.

LAS LEYES DE BURGOS DE 1512 Y EL FUNDAMENTO DE LA LIBERTAD POLÍTICA

Rafael Sánchez Domingo¹

Resumen: Las Leyes de Burgos o Reales ordenanzas dadas para el buen Regimiento y Tratamiento de los indios, fueron sancionadas por el rey don Fernando el 27 de diciembre de 1512 y poseen un valor extraordinario por cuanto constituyen el primer cuerpo legislativo de carácter universal que se otorgó para los pobladores del continente americano, siendo consideradas como la primera declaración de derechos humanos.

Palabras clave: Indígenas, derechos humanos, Leyes de Burgos, protección, historia americana.

Abstract: The Laws of Burgos or Royal Ordinance regulated the regime and provided a good treatment for the indigenous peoples. They were promulgated by King Ferdinand on December 27, 1512 and have an extraordinary value since they are the first legal body on earth that was given to the American continent inhabitants. They are considered the first Declaration of Human Rights.

Key words: Indigenous peoples, human rights, protections, Laws of Burgos, American history.

1.- Introducción

Una de las principales consecuencias del descubrimiento y conquista de América fue el desarrollo que alcanzó el Derecho Internacional. Las relaciones entre cristianos e infieles, el derecho y las limitaciones de la guerra, la conquista y el dominio de los pueblos paganos, fueron problemas que se disputaron con calor en la cátedra, en los tribunales y hasta en los púlpitos de España.

La doctrina que se abrió paso y se impuso a la teología católica por medio de los grandes tratadistas españoles que, con elevado criterio y gran preparación científica abordaron estos problemas y les dieron solución en el campo de la teoría y de la práctica². En el estudio de esta doctrina, claramente se delinean dos períodos en los teólogos que precedieron y siguieron al descubrimiento de América.

Para comprender las enseñanzas de los teólogos de este período, respecto a la guerra con los infieles, debemos tener en cuenta el ambiente de la época y las condiciones en que

1 Universidad de Burgos. Correo-e: rafasan@ubu.es

2 En España, las cuestiones jurídicas las trataban los juristas, grandes juristas fueron tratadistas como Covarrubias, sin embargo estas cuestiones fueron tratadas casi exclusivamente por teólogos. Según las ideas de la época, los canonistas y civilistas se dedicaban a la interpretación del Derecho positivo, mientras que los altos principios se reservaban a los teólogos. Por eso Vitoria comenzaba sus *Relecciones de Indis* reivindicando para la Teología el derecho de tratar tales materias. *Cit.* HINOJOSA, Eduardo de, "Los precursores españoles de Grocio", en *A.H.D.E.*, VI (1929), p. 220.

se hallaba la Cristiandad frente a los pueblos paganos. La lucha secular por la reconquista en España, la liberación del Santo Sepulcro, las incursiones mongolas del siglo XIII, la misma decadencia de las misiones chinas, causada por las persecuciones oficiales, así como la continua amenaza del Imperio Otomano, todo esto contribuyó a que los infieles fueran considerados como enemigos del nombre de Cristo.

Por ello entresacamos de la doctrina de algunos teólogos sus conclusiones más directas respecto al tema de la guerra al infiel: Tomás de Aquino afirmaba que los infieles son capaces de dominio político, y aunque los súbditos se conviertan, siempre lo conservan y la Iglesia no puede privar de él, a favor de la fe, si al convertirse los súbditos constituyen un peligro para su perseverancia, por ello, ni la Iglesia ni los príncipes cristianos tienen alguna jurisdicción sobre los infieles, aunque se les puede obligar, aun con la guerra, a que no impidan la fe con la blasfemia, malas persuasiones o abiertas persecuciones³. El Cardenal Ostiense afirmaba que los infieles son capaces de dominio; sin causa justa no es lícito, ni al papa ni a los cristianos, quitarles sus concesiones. Si los infieles pecan contra la ley natural, y no admiten a los predicadores del Evangelio, el papa los puede castigar, y declararles la guerra, por lo que el pontífice tiene jurisdicción sobre los infieles⁴. Por su parte, Juan Mayor, teólogo e historiador escocés escribió sus comentarios al *Libro de las Sentencias* en posprimeros años de la conquista de América y sus opiniones difieren de las del cardenal Ostiense, pues según él, pueden los príncipes cristianos recuperar de manos de los infieles las tierras conquistadas por éstos. Igualmente se les puede quitar las tierras a los gentiles, aunque las posean legítimamente. Si permiten la predicación hay que dejarles en paz; en caso contrario se les puede combatir⁵. Afirma que difícilmente se encontrarán infieles que reciban pacíficamente el Evangelio. A esta objeción da una respuesta curiosa, que nos interesa más por lo práctica que por lo científica: “*Puesto que no entendían el castellano, ni recibieron a los predicadores sin gran aparato de ejército, era necesario fabricar aquí y allá fortalezas; para que con el tiempo y con el trato mutuo se fueran habituando a las costumbres cristianas. Y porque en todo esto se requerían grandes gastos, era lícito ocupar esas tierras*”⁶.

Durante los primeros años de la conquista española se tenía la certeza que el infiel era enemigo de Cristo, este era el sentir de los teólogos, ésta la opinión del pueblo, sobre todo del pueblo español⁷. El largo período de lucha contra el Islam había impreso en el

3 *Summa Theologica*, II-II, *Quaestio X*, art. 10.

4 OSTIENSE, Cardenal H. de SEGUSIA, *Tertium Decretalium Librum Comentariorum*, cap. VIII, Quod. nuper, p. 128: “... *Certum est quod si praedicatores prohibeant paganis praedicare, peccat et ideo a papa puniendo sunt ut novati*”.

5 MAJORIS, Joannis, *Editio secunda in secundum Librum Sententiarum*, París 1519, dist. 44, Lib. 2, p. 188: “*Christianorum Principum interes cultum divini Nominis procurare et ipsum augeri; sed hoc potissimum fit eorum (infidelium) terras capiendo et imponendo christianos...*”.

6 GOMEZ HOYOS, R. *La Iglesia de América en las Leyes de Indias*, Madrid 1961, p. 61.

7 “*Una vulgar opinión, un celo indiscreto, y no según la Iglesia, juzgaba entonces alto heroísmo guerrear y saquear a los infieles, aunque fueran inocentes*”, GAETANO, Baluffi, *L'America un tempo spagnola riguardata sotto l'aspetto religioso dell'epoca del suo discoprimimento sino al 1843*, Ancona 1845, t. I., p. 140.

carácter español un odio al infiel y había infundido en la sangre un espíritu guerrero animado por el fervor religioso.

La conquista de Granada el último episodio de aquella cruzada secular; pero las islas descubiertas atraían al aventurero, al soldado y al cristiano con las promesas del oro, de la hazaña bélica y de la fe que se iba a predicar. En consecuencia las conquistas en los nuevos territorios no eran sino una prolongación de la cruzada peninsular⁸. Este era el ideal de los reyes y cuando zarpó Colón por segunda vez recibió una instrucción fecha en Barcelona el 29 de mayo de 1493 en que se dictaban las primeras leyes para las Indias: “Pon ende, sus Altezas, deseando que nuestra santa fe católica sea aumentada e acrecentada, mandan y encargan al dicho almirante, virrey o gobernador, que por todas las vías y maneras que pudiere procure e trabaje atraer a los moradores de las dichas islas y tierra firme a que se conviertan a nuestra santa fe”⁹.

En muchos documentos hablan los reyes del deber de los conquistadores de reducir a los naturales a la obediencia de la Iglesia y de la Corona de Castilla. Era, por tanto, natural que semejante lenguaje pasara a los altos gobernadores de las Indias. Por ejemplo, Diego de Velásquez, gobernador de Cuba, en las instrucciones dadas a Cortés el 25 de octubre de 1518, expresaba los mismos sentimientos de los reyes: “Primeramente el principal motivo que vos e todos los de vuestra compañía habéis de llevar es y ha de ser para que n este viaje sea Dios Nuestro Señor servido y alabado e nuestra santa fe catolica ampliada... Item, terneis mucho cuidado de inquerir e saber por todas las vias e formas que pudiéredes si los naturales tengan alguna seta o creencia o rito o ceremonia... o si tienen mezquitas o algunas casa de oración o ídolos e si tienen personas que administren sus ceremonias así como alfaquíes...”¹⁰.

Pero el conquistador que tanteen sus hechos como en sus leyes dio más alta expresión a la doctrina de la guerra contra los infieles fue el invicto Cortés quien en las Ordenanzas de 1524 afirmaba: “Exhorto y ruego a todos los españoles que en mi compañía fueren a esta guerra que al presente vamos y a todas las otras guerras y conquistas que en nombre de S.M. ..., hubieren de ir que su principal motivo e intención sea apartar y desarraigar de las dichas idolatrías a todos los naturales destas partes y reducillos, o a lo menos desear su salvación..., porque si con otra intención se hiciese la dicha guerra, sería injusta, y todo lo

8 “Los métodos de guerrear y organizar la dominación que importó y desarrolló España en América revelan sustanciales semejanzas con las que habían imperado en la lucha secular de la reconquista”, AYARRAGARAY, Lucas, *La Iglesia en América y la dominación española. Estudio de la época colonial*, Buenos Aires 1935, pp. 29-30; “Puestos ante los templos de los indios que llamaron mezquitas, y ante los sacrificios y sangre de inocentes, poco trabajo les costó persuadirse, como sus capitanes, de que aquello era una guerra santa, aunque reconocían y confesaban que aquellos mismos no lo eran”, CUEVAS, Mariano, *Historia de la Iglesia en México*, t. I, p. 113.

9 FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, Martín, *Colección de los viajes y descubrimientos que hicieron por mar los españoles desde fines del siglo XVI, con varios documentos inéditos concernientes a la historia de la marina castellana y de los establecimientos españoles en Indias*, t. II, Madrid, 1825-1837, p. 77.

10 ALAMÁN, Lucas, *Disertaciones sobre la Historia de la República mexicana... hasta la Independencia*, México 1844-49, vol. 1, *apéndice*, p. 6.

que en ella oviéseis obnoxio e obligado a restitución... E sobre ello encargo la conciencia a los dichos españoles, e desde ahora protesto en nombre de Su majestad que mi principal intención e motivo en facer esta guerra e las otras que ficiere por traer e reducir a los dichos naturales al dicho conocimiento de nuestra santa fe”¹¹.

Las expresiones que emplea el gran capitán, rígidas, estrictas, dogmáticas, en estilo duro y severo, no dejan lugar a duda: las guerras de México parecían santas porque eran para desarraigar la idolatría; si se apartaban de este fin, eran injustas¹². Por lo demás, todo este movimiento ideológico en torno a la guerra venía impulsado desde la más alta esfera religiosa. Los Papas, en las primeras bulas de donación, alababan la empresas guerreras de los Reyes Católicos porque “*deseais grandemente adquirir y recuperar la islas y tierras de las Indias, para que, condenada toda secta infame, el Altísimo sea adorado y venerado*”¹³.

En la creación de las primeras diócesis en la Isla Española coloca en pie de igualdad las tierras liberadas del poder de los sarracenos y las de los naturales de las Indias. La Bula dice que además de los otros reinos y dominios reconquistados a los moros y sarracenos, y a los otros infieles, habiendo sometido a su poder los Reyes Católicos una isla notable entre las llamadas Islas de las Indias, “*librándola con la ayuda de Dios, de las manos de dichos infieles, por medio de un poderoso ejército...*”¹⁴. Pero no debemos perder de vista que las primeras conquistas fueron desgraciadas, pues Las Antillas, primer campo de ensayo en la colonización y evangelización, fueron teatro de las injustas opresiones que hicieron levantar un grito de indignación porque no se pueden negar las crueldades de los conquistadores, por lo que los indígenas, exasperador por los malos tratos recibidos, se lanzaron a la revuelta y fueron tratados con mano de hierro. Los soldados, que consideraban a los indios como enemigos del cristianismo; la pobreza del suelo, que los obligaba a servirse de ellos en trabajos forzados y el mal clima al que venían expuestos, fueron factores que influyeron en la desaparición de la zarza indígena del Archipiélago.

2.- Las Leyes de Burgos

Las llamadas Leyes de Burgos, en su denominación original *Ordenanzas Reales para el buen regimiento y tratamiento de los Yndios*, fueron aprobadas en la Ciudad de Burgos el 17 de diciem-

11 GARCÍA ICAZBALCETA, Joaquín, *Colección de documentos para la historia de México*, vol. I., México 1858-1866, pp. 446-447; CUEVAS, Mariano, *Historia de la Iglesia...*, vol. I, pp. 110-111.

12 En el informe sobre la guerra que realizaron entonces el gobernador Nuño de Guzmán en la Nueva España, dado por los Obispos fray Juan de Zumárraga y fray Julián Garcés y otros ilustrados religiosos como fray Martín de Valencia, si bien rechazan esa guerra *quo ad modum*, por los excesos y medios injustos empleados, no obstante admiten en principio el derecho de declarar guerra a los indios por mera infidelidad e idolatría. *Cfr. Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y colonización de las posesiones españolas en América y Oceanía, Archivo de Indias*, Madrid 1864-1884, t. XVI, pp. 363-372.

13 HERNÁNDEZ, F. Javier, *Colección de Bulas, Breves y otros documentos relativos a la Iglesia de América y Filipinas*, Bruselas, 1879, vol. I, p. 20.

14 Bula *Ilius Falcuti praesidio* de 15 de noviembre de 1504, *Cit. FITA*, Primeros años del Episcopado de América”, en *B.R.A.H.*, XX (1892), p. 260.

bre de 1512 y fueron sancionadas por el rey Fernando el católico, a la sazón rey y regente de Castilla.

La reina Isabel había fallecido el 26 de noviembre de 1504 y le sucedió en la Corona de Castilla su hija Juana, casada con Felipe el Hermoso, quien falleció en 1507, en la Casa de Cordón de Burgos¹⁵.

Eran notorias las diferencias entre Felipe, quien no se resignaba a ser rey consorte y pretendía ejercer sus funciones sin merma alguna, con su suegro Fernando, quien a la muerte de Isabel, permanecía como rey sólo de Aragón. En estas dimensiones, Felipe buscó apoyo de la nobleza castellana lo cual determinó, entre otras circunstancias, que Fernando mantuviese toda su vida gran recelo para con la nobleza peninsular, circunstancia que tuvo su importancia en los hechos que aquí se tratan. Pero debemos recordar que Fernando fue un gran rey, preconizador de la razón de Estado, inspiró a Maquiavelo, quien dijo de él “*Nada proporciona a un príncipe tanta consideración como las grandes empresas y el dar de sí ejemplos fuera de lo común. En nuestros días tenemos a Fernando de Aragón, en actual rey de España, a quien casi es imposible llamar príncipe nuevo porque de rey débil que era se ha convertido por su fama y por su gloria en el primer rey de los cristianos. Si examináis sus acciones, encontraréis que todas sus nobilísimas y alguna de ellas extraordinaria*”¹⁶.

Por lo que se refiere a las Leyes de Burgos, no se conserva el original¹⁷, lo cual causa extrañeza por la meticulosidad con que se comportaba la chancillería de los Reyes Católicos, y aún más raro, tampoco se conserva ninguna de las cincuenta copias auténticas que el rey católico mandó imprimir para llevarlas a América.

Se conservan tres copias contrastadas, redactadas a partir del original, dos en el Archivo General de Indias de Sevilla¹⁸ y constituyen el primer cuerpo legislativo que se dio para las Indias, y al mismo tiempo el origen de una legislación fecunda y múltiple dictada para los pobladores del Continente americano¹⁹. Ch. Harina titula las Leyes de Burgos como “*el primer código General para el gobierno e Instrucción de los aborígenes americanos*”. Sólo por esta razón ya pueden calificarse estas leyes como históricas y se hacen mercedoras de consideración por constituir uno de los textos legales más influyentes en la Historia del derecho, más allá de su aplicación temporal o territorial, pues constituyen la primera regulación general sobre la condición y el tratamiento legal de los indios en América, siendo la primera piedra de lo que luego se llamó *Compilación de las Leyes de Indias*, que después influyó en todos los ordenamientos jurídicos hispanoamericanos.

15 En este mismo edificio, además de la recepción de los Reyes Católicos a la vuelta de su segundo viaje, se produjo la definitiva incorporación del reino de Navarra a Castilla y con ello la unidad de España, en las Cortes de Burgos celebradas en la Casa del Cordón el 8 de junio de 1515.

16 MAQUIAVELO, Nicolás de, *El Príncipe*, Trad. Miguel A. Granada 1995, p. 108.

17 MARTÍNEZ DE SALINAS, M. L., “Análisis histórico”, en *Leyes de Burgos de 1512*, Burgos 1991, p. 51.

18 Archivo General de Indias. *Justicia, leg. 299, fols. 604-625*, e *Indiferente General, leg. 419, lib. 4, fols. 83-96*.

19 PÉREZ BUSTAMANTE, Rogelio, “Las Leyes de Burgos de 1512. Estudio jurídico e institucional”, en *Leyes de Burgos de 1512*, Burgos 1991, pp. 85-108.

Constan de 35 leyes, en las que se regulan el régimen de los indios, sus condiciones personales de vida y de trabajo, sus derechos, los límites a su utilización como mano de obra, etc., y constituyen un texto legal para proteger al indio a partir del reconocimiento de su condición como hombre libre y titular de derechos humanos básicos, como el de la libertad y la propiedad. Las disposiciones de las Leyes se referían básicamente a la forma de proceder en la evangelización del indio (construcción de iglesias, obligaciones de culto y obligaciones de los españoles para con ellos en esta materia); a las obligaciones de los españoles en relación con el trabajo de los indios encomendados, (alimentación, vivienda, vestido, etc.) y a las obligaciones de los indios en relación con su trabajo, que no era voluntario desde 1503²⁰.

2.1.- Significación de las Leyes de Burgos

Hasta este momento no se había reconocido en ningún texto ni se había polemizado acerca de lo que ahora denominamos derechos humanos y tampoco se había regulado hasta entonces, como ha quedado demostrado, ninguna disposición que analizase y resolviese cuestiones que aquí se plantearon, tales como la naturaleza del indio, su condición de ser humano o no, si tenía alma, sus derechos, tanto espirituales como materiales, como por ejemplo el derecho de propiedad, sus condiciones de vida, de trabajo, etc. Debemos tener en cuenta cómo era la sociedad castellana y europea en los siglos XV-XVI, en qué circunstancias se produjo el Descubrimiento de América y las iniciales actuaciones de los primeros descubridores castellanos allí, momento en el que se aprobaron estas leyes tras una discusión doctrinal que, vista con perspectiva, no deja de causar admiración.

En primer lugar, es preciso aclarar que el descubrimiento y colonización era obra de la Corona castellana y no de la aragonesa. El papa Alejandro VI otorgó los derechos a la Corona de Castilla mediante la bula *Intercetera* de 3 de mayo de 1493, que atribuyó el derecho de colonización a la Corona castellana a condición de la evangelización de los indios.

Las bulas de Alejandro VI fueron tres: la 1ª *Intercetera*, aprobada el día siguiente, que vino a dar solución al conflicto planteado con Portugal, (que ya tenía atribuida por empapa la jurisdicción sobre los territorios descubiertos en las Indias Orientales), mediante el establecimiento de una línea meridiana que habría de pasar a cien leguas al Oeste de las Azores y cabo Verde, atribuyendo a España las nuevas tierras descubiertas o por descubrir al oeste y a Portugal las situadas al este de esa línea. Por esta razón en Brasil hoy se habla portugués, por estar al este de esa línea marcada en esta bula y en consecuencia, tener potestad atribuida por el Papa para descubrir y colonizar las tierras hoy brasileñas.

Los monarcas castellanos consiguieron el 26 de septiembre del mismo año, la famosa bula *Dudum siquidem*, vulgarmente llamada de “*ampliación de la donación*”, por virtud de la cual se atribuían a la Corona de Castilla aquellas partes o regiones de las indias descubiertas

20 Como ejemplo, cabe citar la ley que reconoce los derechos de la mujer embarazada, que estaba liberada del trabajo a partir del cuarto mes de embarazo y hasta tres años después del alumbramiento

y ocupadas por nuestros capitanes²¹ y lo determinan es que, al ser obra castellana, la legislación aplicable o preferentemente utilizada para justificar el proceso del descubrimiento y colonización era la castellana, especialmente las Partidas de Alfonso X el Sabio, lo cual tiene su relevancia.

En segundo lugar, en castilla, como en el resto del mundo cristiano, la religión era una realidad que lo invadía todo, desde la vida cotidiana e íntima hasta las manifestaciones del poder y el ámbito de lo público. Eran preponderantes las teorías que otorgaban al Papa primacía sobre los demás reyes y reinos. Su poder era no sólo espiritual sino también temporal. La Fe era la guía de todo comportamiento y la Escolástica, doctrina imperante en todos los países y en sus universidades, había buscado en los clásicos y en la Razón la justificación de la Fe, y según ello, si esta entraba en conflicto con aquélla, debía prevalecer la Fe, fuente superior de todo conocimiento, pues procede de Dios. La escolástica de momento no distinguía entre poder espiritual y terrenal, y al atribuir al Papa la máxima autoridad le atribuía también el poder terrenal.

Es importante esta aclaración porque los Reyes Católicos buscaron y obtuvieron desde el primer momento la “*donación*” papal para justificar sus títulos, lo cual iba en la línea de la más pura escolástica al reconocer que las bulas alejandrinas eran necesarias para atribuir a la Corona de Castilla derechos sobre las Indias. Esta circunstancia también acredita que los iniciales títulos que ostentaron los Reyes de castilla se basaron en el derecho de donación papal, aunque sólo en éste, como se verá.

A pesar que no había aparecido el Iusnaturalismo, la consideración del Derecho natural como fuente u origen del Derecho, ni se había impuesto el humanismo como doctrina política, aunque estamos refiriéndonos a un proceso evolutivo en lo doctrinal lento y paulatino que no permite realizar análisis sistemáticos referidos a un momento histórico, sino planteamientos generales, pues las doctrinas jurídicas basadas en el Derecho natural estaban asomando.

En este sentido cabe citar al obispo y diplomático burgalés Alonso de Cartagena, quien ya había formulado teorías que limitaban el poder del papa, por ejemplo, en su alegato a favor de Castilla en su litigio con los portugueses por la propiedad de las islas Canarias, afirmando que ni el mismo papa podía atribuir el dominio de esas islas a los portugueses por carecer de poder terrenal para ello, aunque sí para otorgarles el derecho a evangelizar²². En lo que a este trabajo respecta, cabe recordar que Alonso de Cartagena, Obispo de Burgos y diplomático, miembro preclaro de la poderosa familia burgalesa de los Santamaría/Cartagena, favoreció sobremanera al Colegio del convento dominico de san Pablo de Burgos, teologado en el que estudió y en que inició su aprendizaje Francisco de Vitoria, por lo que es previsible que Vitoria conoció las teorías de Alonso de Cartagena en el cole-

21 MANZANO MANZANO, Juan, “Los Justos títulos de la dominación castellana en Indias”, en *Revista de Estudios Políticos*, n° 7-8 (1942), pp. 267-291.

22 SÁNCHEZ DOMINGO, Rafael, *El Derecho Común en Castilla. Comentario a la Lex Gallus de Alonso de Cartagena*, Burgos 2002, p. 79.

gio dominico burgalés, donde comenzó sus estudios en 1505, apenas cincuenta años después que Cartagena²³.

En tercer lugar, en este momento la esclavitud era una realidad normalmente admitida y según algunos autores, se calcula que en España había entonces unos 100.000 esclavos²⁴. Finalmente, mediante cédula de 20 de junio de 1500 la reina Isabel ordenó poner en libertad a todos los indios vendidos hasta ese momento en España y decretó su regreso a América en la flota de Bobadilla, quien apresó y juzgó, por encargo de los reyes, a Cristóbal Colón para, seguidamente, trasladarlo con grilletes a España²⁵.

Puede afirmarse que la esclavitud fue abolida en España por la citada cédula de 20 de junio de 1500, permitiéndose su existencia sólo en tres supuestos: Antropofagia (1503), prisioneros de guerra (1504) y venta por parte de otras tribus que ya los tuvieran como tales (1506), todo ello sin perjuicio de la abolición formal operada por la Ley de 13 de febrero de 1880, de abolición de la esclavitud e instauración del Patronato. Otro factor decisivo que es preciso destacar es que Colón firmó con los Reyes Católicos antes de su primer viaje las llamadas capitulaciones de Santa Fe, por las que se atribuía al almirante el 10% de los beneficios de la colonización, algo realmente exagerado; tras el juicio a Colón, ya aludido, este porcentaje se redujo al 8%.

Por lo tanto, el ánimo que impulsó la colonización fue para quienes participaron en ella, para Colón y sus seguidores, el lucro, el beneficio económico, no obstante ser cierto que Colón convenció a la reina Isabel con razones no sólo de índole mercantil. Existen, no obstante, evidencias conocidas de que Colón era muy ambicioso y poco escrupuloso; abusó no sólo de los indios, sino también de los propios españoles que fueron a América a quienes explotaba y extorsionaba, especulando, por ejemplo, con los víveres, que retenía almacenados para provocar el alza de los precios y obtener, de esta manera mayor beneficio a costa del hambre de los propios españoles, llegando incluso a esclavizar a algún español²⁶. Fue encadenado en América y conducido a España por el juez pesquisador Francisco de Bobadilla, enviado por los Reyes Católicos a América para detener y juzgar a Colón en La Española en 1500. Cuenta Bobadilla que al llegar a La Española vio colgados en el puerto a dos españoles que llevaban varios días allí para escarnio y escarmiento de los demás españoles. Colón fue destituido de sus cargos de Virrey y Gobernador y regresó a España con grilletes. Finalmente fue perdonado por los reyes y se le permitió volver a América pero sin autorizarle a volver a titularse virrey.

En quinto lugar, cuando llegaron los castellanos a América, evidentemente no conocían a los indígenas y había dudar de su misma condición humana habida cuenta de su atra-

23 HERNÁNDEZ MARTÍN, Ramón, *Francisco de Vitoria y su "Relección sobre los Indios". Los derechos de los hombres y los pueblos*, Madrid 1998, p. 14.

24 CHAVARINO CARMONA, José, *Leyes de Burgos (año 1512). El descubrimiento de los derechos humanos en la conquista de América*, Burgos 1991.

25 MARTÍNEZ DE SALINAS ALONSO, M^a Luisa, "Análisis histórico", en *Leyes de Burgos...*, pp. 17-48.

26 VARELA, Consuelo, "El juicio a Colón", en *Historia*, National Geographic, pp. 64-73.

so técnico, de que iban desnudos, dormían en el suelo, no conocían la rueda, etc. El propio Colón, extrañado, cuenta que no conocían la religión ni las armas y que eran bondadosos por naturaleza. En ese momento podía pensarse, que era descabellado para la época, que no eran hombres sino semihumanos, una especie a medio camino entre la bestia y el esclavo. Con estos planteamientos, cabe imaginar cómo pudo producirse el descubrimiento, conociendo, los descubridores, que en las nuevas tierras hay unos seres, no se sabía si humanos o semihumanos, en atención a su evidente atraso técnico o cultural, que lógicamente eran paganos y podían servir de mano de obra apta para la rentable explotación de las riquezas halladas. Tampoco se conoce si poseen alma, cuestión importante, pues si se considerase que carecían de ella, resultaría irreprochable su utilización como esclavos. Ciertamente convenía a los intereses fuertemente lucrativos de los colonizadores la consideración de los indios como infrahumanos o al menos como esclavos.

Por su parte, los reyes habían obtenido las bulas alejandrinas que les otorgaba la titularidad de las nuevas tierras a cambio de la evangelización del indígena, lo cual les obligaba a procurar que los indios tuviesen atención espiritual y religiosa. Por lo tanto puede afirmarse que existía en ese momento inicial de la colonización una doble tendencia impulsora del proceso:

La primera mercantil, económica, con ánimo de lucro y poco escrupulosa, a cargo de los particulares, con Cristóbal Colón al frente, que acudieron al nuevo Continente en busca de fortuna, y que se dedicaron a la explotación económica de las nuevas tierras, una vez superada la inicial fase de supervivencia. Y otra impulsada por los Reyes Católicos, primero especialmente por Isabel y, tras su muerte, continuada por su viudo y después regente Fernando, incluyendo consideraciones de índole política internacional, dado que podrían aspirar a su correspondiente parte de las nuevas riquezas, teniendo presente que además que los reyes se debían a las condiciones de la bula papal, consistente en evangelizar, en civilizar, lo cual obligaría a tener que tratar tarde o temprano, la cuestión de la naturaleza del indio²⁷.

Los Reyes representaban una corriente de pensamiento más favorable a la consideración del indio como súbdito libre, no sólo por lo dicho a propósito de las bulas alejandrinas, sino también porque esto ayudaba a su posición contraria a permitir la creación y el establecimiento de una “*nueva nobleza*” en América, clara convicción de los reyes que no deseaban en absoluto la instauración de una nueva nobleza en América por la experiencia que habían tenido con la nobleza peninsular, especialmente Fernando en su conflicto con su yerno Felipe²⁸, sin olvidar tampoco el conflicto de Isabel con el Conde de Lemos y la nobleza gallega que motivó su viaje a Santiago de Compostela. En este estado de cosas comenzó la explotación económica de las nuevas tierras y para conciliar los diferentes intereses creados, el lucrativo de los colonizadores y el evangelizador de los reyes, se creó como forma de organización económica y de distribución de riqueza institucional la Encomienda.

27 MONJE SANTILLANA, J.C., *Las Leyes de Burgos de 1512, precedente del Derecho Internacional y del reconocimiento de los Derechos Humanos*, Burgos 2009, p. 13.

28 *Vid.* VACA DE OSMA, J.A., *Yo, Fernando el Católico*, Ed. Planeta, Barcelona 1995.

Si con las Leyes de Burgos se resolvieron diversas cuestiones prácticas, quedó en pie el gravísimo problema de la legitimidad de la soberanía española, estudiado por esta época en torno exclusivamente de las bulas pontificias. Seis letrados recibieron del rey el mandato de dar su opinión por escrito, entre ellos el doctor Palacios Rubios y Matías de Paz. El primero había escrito una obra sobre la situación jurídica del reino de Navarra²⁹, en la que sostiene su decidida adscripción a la teoría teocrática, que el Papa tiene el universal señorío del mundo tanto en lo temporal como en lo espiritual, por ser vicario de Cristo, quien concentró en sí todos los poderes. Al aplicar estas ideas al caso de las Indias en su *Tractatus insularum maris Oceani et de indis in servitutem non redigendis*³⁰, da por buena la donación de Alejandro VI y sobre este título asienta la soberanía española, aunque si en él solo “*estribara el derecho de los reyes a las Indias, harto poco les cupiera jurídicamente lo que hay en ellas*”³¹. Matías de Paz acepta igualmente que el Papa tiene toda la potestad y los príncipes cristianos pueden en su nombre, invadir las tierras de los infieles y hasta declararles la guerra; pero también reconoce que entre los infieles hay verdadero y legítimo señorío, basado en un derecho natural, que no es anulado por la infidelidad y menos aún por su conversión y de aquí infiere que, en virtud de la concesión papal puede el rey de Castilla ejercer soberanía sobre los indios, pero no reducirlos a esclavitud, ni declararles la guerra por ansia de riqueza³². Desgraciadamente se han perdido los dictámenes del franciscano Antonio de Espinal y del jurista y cosmógrafo Martín Jiménez de Enciso, aunque se conoce un razonamiento que realizó éste en la nueva junta celebrada en Valladolid en 1513. Se basa en la idolatría de los indios, de una parte, de otra en el poder temporal del papa y apoyándose en los defensores de esta sentencia, en una serie de textos del Antiguo Testamento y concluye: “*E por esto el Rey Católico podía enviar a requerirlos que le diesen la tierra, pues se la había dado dios a el Papa en su nombre, e se la había quitado a ellos, porque eran idólatras; e que si no se la diesen, se la podían tomar por fuerza e a los que se defendiesen matarlos e prenderlos, e a los presos darlos por esclavos, como lo había hecho Josué e que el ius Pentium que después había venido, no había quitado el poder de Dios*”³³.

3.- La Escuela de Salamanca

La Escuela de Salamanca empezó por denunciar el fanatismo y la represión religiosa de la primera evangelización de América, reivindicando el derecho de los indios a la libertad de

29 Se titulaba *De iustitia et iure obtentionis ac retentionis Regni Navarrae* y en ella sostenía que “*el Romano Pontífice era señor del mundo en lo espiritual y en lo temporal, corriendo de su cargo el amonestar, corregir y hasta deponer a los Reyes cuando se salen de las vías de la justicia*”. BULLÓN, Eloy, *Un colaborador de los Reyes Católicos, el Dr. Palacios Rubios y sus obras*, Madrid 1927, pp. 246 y ss.

30 *Vid.* BULLÓN, Eloy, “El problema jurídico de la dominación española antes de Vitoria”, en Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria, IV, pp. 105 y ss.

31 DE LAS CASAS, Bartolomé, *Historia de las Indias, lib. 3, cap. XII*.

32 Matías de Paz tituló su informe “*De dominio regum Hispaniae super Indos*”, que fue publicado por BELTRÁN DE HEREDIA, V., en *Archivum Fratrum Praedicatorum*, t. III, 1933, pp. 133-182.

33 *Colección de documentos inéditos, relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas en América y Oceanía*, Madrid 1864-1884, t. I, pp. 448-449

conciencia como base y punto de partida para encontrar una solución a la crisis de la nueva cristiandad. La Evangelización para la Escuela era un problema no sólo de instrucción religiosa, sino también de promoción social, pues la cristianización tenía que ir precedida de un proceso de humanización y la humanización debía partir de la promoción de los indios, de su reconocimiento como hombres y como personas.

La libertad política de los indios fue unánimemente proclamada por catedráticos, oficiales y misioneros, discípulos de Francisco de Vitoria, y doctrinalmente razonada, como libertad fundamental e inherente a la dignidad de la persona humana, los maestros de la Escuela de Salamanca reivindicaron y progresivamente fueron definiendo para los indios una serie de libertades sistemáticamente conculcadas por los conquistadores y sólo en parte ratificadas por la Corona española y no suficientemente protegidas y garantizadas por las instituciones y mecanismos del poder político y serán los discípulos de la Escuela que enseñaron en las Universidades de México y de Lima quienes más se esforzaron por configurar las libertades democráticas en virtud de su experiencia indiana y en permanente contacto con aquella política de represión y explotación³⁴. Incluso llegaron a responsabilizar a la Corona para que cumpliera e hiciera cumplir sus leyes, responsabilizaron a la Iglesia para que presionara sobre la conciencia de los cristianos y responsabilizaron a los indios para que tomaran conciencia de sus propios derechos y deberes y aprendieran a defenderlos y hacerlos respetar y como afirma L. Peraña *“pocas veces se ha expuesto con tanta claridad la ética y los medios de una auténtica teología de la libertad del indio. Porque los fundamentos últimos de esas reivindicaciones eran morales y teológicos. Maestros de la Escuela elaboraron consejos, informes y consultas y hasta más de una vez lograron cambiar las leyes de la Corona”*³⁵.

La crítica histórica demuestra que Francisco de Vitoria montó sus denuncias sobre pruebas objetivas. Su catálogo de acusaciones se apoya en la cruda realidad de los hechos y subyace a la carta la verdad histórica. No fue un texto que se inventó para acusar y atacar a los conquistadores. Críticamente redacta con verdadera conciencia histórica este primer documento constitucional de la Escuela. El proyecto de la *“Relectio de indis”* elaborado durante 1538 y enviado a su amigo Miguel de Arcos fue posteriormente completado en 1539 según el manuscrito de Palencia y publicado definitivamente con las enmiendas introducidas en 1556 por el editor de Lyon. Son tres, por tanto, las lecturas de la *“Relectio de indis”* de Francisco de Vitoria y sucesivas y diferentes las variantes y enmiendas incorporadas para precisar la evolución de su pensamiento y para acotar mejor la progresiva reflexión indiana.

El primer texto, base de su proyecto, se redujo exclusivamente a criticar la tesis del *“Requerimiento”* y a valorar y precisar el sentido de la donación papal. La segunda lectura, redactada en la navidad de 1538 y leída públicamente en enero de 1539 añade e incorpora el *“ius societatis et communicationis”*, el texto más significativo para la alternativa de Vitoria y apoyado exclusivamente en principios de derecho natural y de gentes. La tercera lectura de 1556 es el resultado de retoques y matizaciones posteriores a Vitoria que se fueron recogiendo en las versiones de Melchor Cano, Gregorio López y Domingo de las Cuevas hasta edi-

34 *Carta Magna de los indios. Escuela de Salamanca*, Corpus Hispanorum de Pace, Madrid 1988, p. 24.

35 *Carta Magna de los indios. Escuela de Salamanca...*, p. 24.

ciones de Lyon y Salamanca. La parte central del volumen viene integrada por los textos “constitucionales” sobre las condenas y reivindicaciones de la Escuela. Pertenecen a los maestros Alonso de Veracruz, José de Acosta y Juan Zapata y Sandoval. En las Universidades de México y de Lima intentaron adecuar las hipótesis de Vitoria a la realidad indiana.

Alonso de Veracruz, discípulo de Francisco de Vitoria, profesor de la Universidad de Salamanca (1532-1535), y catedrático de la Universidad de Salamanca (1553-1561), aplica la hipótesis de su maestro al caso mexicano en sus relecciones de 1553. El nuevo texto constitucional “*Utrum detur aliqua causa iustificans bellum contra huius Novi Orbis incolas mexicanos*” abre aquel proceso de adecuación indiana en forma sistemática y definitiva. Silenciado por la censura, el texto inédito fue publicado por E. Burrus³⁶.

El texto se elaboró directamente sobre las fuentes manuscritas, investigando en la infraestructura histórica que condicionó la tesis política. Veracruz se apoya directamente en las cartas de Hernán Cortés en la historia de Toribio de Montolinía y en la crónica de Francisco de Cervantes de Salazar y traslada textos de Francisco de Vitoria al objeto de demostrar la legitimidad y justicia de la permanencia de España en las Indias después de haber criticado duramente la conquista de México que califica de verdadera agresión³⁷, aunque parte del “presupuesto” fundamental de la soberanía popular de las naciones indias. La tesis de la libertad se hace actualidad política en el caso mexicano y en este sentido el texto de Veracruz es la primera fuente y la más importante para la configuración democrática de Iberoamérica

En la Nueva España, la polémica sobre la soberanía de los pueblos americanos separaba a los contendientes en posiciones todavía más radicales que en la metrópoli, posiciones que eran defendidas con un apasionamiento exaltado por realizarse no sólo entre “*españoles de sangre caliente*”, sino también por mediar experiencias vividas directamente por unos intereses económicos defendidos por otros. Mientras el padre Las Casas proclama constantemente que la soberanía de los pueblos americanos y la legitimidad de los derechos de los príncipes y de los particulares indígenas, basados en el derecho natural y el de gentes, y censurar por su cuenta con la herejía y condenación a aquellos que defendieran la opinión contraria³⁸, otros autores como Velázquez de Salazar, por ejemplo, niegan de plano la soberanía y el dominio de los infieles resucitando la vieja opinión del Ostiense³⁹.

Para P. Cerezo esta polémica no era una simple discusión de escuela, sino que tenía una repercusión muy importante en la sociedad novohispana y esto queda de manifiesto en el hecho que fuera uno de los puntos discutidos por la Junta de obispos y superiores mayores de las órdenes religiosas reunidas en México en 1546, convocados por el visitador imperial Tello de Sandoval, entre cuyas conclusiones, según refiere el historiador Antonio de Re-

36 *Carta Magna de los indios. Escuela de Salamanca...*, p. 12

37 *Ibidem*, p. 13.

38 LAS CASAS, Bartolomé de, *Opúsculo* “Aquí se contienen treinta proposiciones muy jurídicas”, *Proposiciones X y XI* (BAE), t. CX, pp. 251-252).

39 CERREZO DE DIEGO, Prometeo, *Alonso de Veracruz y el Derecho de Gentes*, Ed. Porrúa, México 1985, p. 206.

señal, se encuentra la siguiente: “*Todos los infieles de cualquier secta, o religión que fueren, y por cualesquier pecados que tengan, quanto al derecho natural y divino y el que llaman derecho de gentes, justamente tienen y poseen señorío sobre sus cosas que sin perjuicio de otro adquieren y también con la misma justicia poseen sus principados, reinos, estados, dignidades, jurisdicciones y señoríos*”⁴⁰. A pesar de las conclusiones adoptadas por la Junta mencionada, en la que estaban presentes todas las autoridades eclesiásticas de la Nueva España, la polémica continuaría debatiéndose durante muchos años, como lo pone de manifiesto el breve tratado escrito en latín de Juan Velázquez de Salazar, regidor del cabildo de la ciudad de Méjico y titulado *Praefatio in sequentes cuestiones*, en el que afirma que “*Los infieles paganos y tiranos indignamente detentan el poder, ya despótico, ya político y así de nombre como de hecho*”, por lo cual “*con óptimo derecho puede nuestro rey invictísimo quitar su principado a los que llaman principales y cuidar de ellos, según sus merecimientos si los tuvieran*”⁴¹. A tenor de lo afirmado por L. Hanke, el tratado mencionado “puede considerarse probablemente como parte integrante de la difundida oposición en los círculos oficiales de la Nueva España a las doctrinas del padre Las Casas”⁴².

En 1554, el mismo año en que Veracruz pronuncia su relección *De Dominio infidelium et iusto bello* en la recién creada Universidad de Méjico, la polémica en cuestión parece que pasaba por uno de sus momentos más enconados, puesto que hasta el propio cabildo mejicano en sesión pública acordó enviar a España un presente en el defensor más destacado de su causa frente a las tesis sostenidas por Las Casas⁴³. Veracruz dedica una duda o cuestión, la quinta, al problema de la soberanía de los pueblos americanos y a la consiguiente justicia de la privación de su dominios: *Quintum dubium: utrum isti erant vere domini etsic utrum potuerunt spoliarí*⁴⁴ y posteriormente se plantea tres preguntas: 1ª Si los habitantes que dominaban aquellos territorios antes de la llegada de los españoles eran verdaderos señores. 2ª: Si acaso la respuesta era afirmativa, si pudieron ser privados justamente de su dominio y 3ª si de hecho estaban privados en aquel momento⁴⁵.

Siguiendo el método de la Escuela, comienza exponiendo los argumentos de sus oponentes en los que aparece reflejada la tesis del Hóstiense, aunque no le mencione expresamente⁴⁶, y frente a ellos, siguiendo la opinión de santo Tomás, sostiene que los infie-

40 REMESAL, Antonio de, *Historia general de las Indias Occidentales y particular de la gobernación de Chiapa y Guatemala*, Madrid 1964-1966, t. II (CLXXXIX), lib. VII, cap. XVI, n° 5, p. 66: P. CERREZO, *op. cit.*, p. 206.

41 VELÁZQUEZ DE SALAZAR, J., *Praefatio in sequentes quaestiones*, (Ed. L. Hanke), en *Cuerpo de documentos del siglo XVI. Sobre los derechos de España en las Indias y las Filipinas, Descubiertos y anotados por...*, Compilador A. Millares Carlo, México 1977, p. 52.

42 *Ibidem*, p. XXV.

43 *Ibidem*, CERREZO, P., *op. cit.*, p. 207.

44 MVB, *parágrafo* 241.

45 “*Quaeritur utrum illi qui ante adventum Hispanorum dominabantur in istis partibus eran veri domini; si erant utrum iuste portuerunt privari suo dominio et utrum de facto nunc privati sint?*”, *Ibidem*, *parágrafo* 242.

46 “*Videtur quod non fuerunt veri domini. Erant infidels, idolatrae, homicidae, tyranny. Sed ubi ista sunt, non est verum dominium. Ergo (non erant veri domini)*”, *Ibidem*, *parágrafo* 243. *Cit.* CERREZO, P., *op. cit.*, p. 207.

les pueden ser verdaderos dueños “*quia potestas et dominium verum non fundatur in fide*”⁴⁷, y antes de pasar a exponer sus conclusiones sobre el problema, considera oportuno hacer unas precisiones acerca del dominio: “*uno es el que residía en el monarca, que en la provincia mejicana era Moteçuma y en la michoanense el Cazonzique, y otro el de los que ocupaban cargos bajo el rey*”⁴⁸. En segundo lugar afirma que el dominio puede venir o por sucesión o por elección, pudiendo ser en este último caso o por elección de los propios súbditos o por elección del monarca gobernante⁴⁹. Por último, cabía la posibilidad de que existieran señores entre los indios que se conformaran simplemente con poseer autoridad sobre sus súbditos sin recibir tributos, o bien que tanto el rey como sus colaboradores los percibieran⁵⁰ y una vez que Veracruz plantea sus teorías acerca del *dominium*, expone su pensamiento que se condensa en las siguientes conclusiones:

Primera: “*aquel que era monarca entre los indios, aunque fuera idólatra e infel, era verdadero señor (...) porque la fe que se basa en el derecho divino no anula ni confiere el dominio que pertenece al derecho de gentes*”⁵¹.

Segunda: Mantiene la idéntica posición que en la primera con respecto a los que ocupaban cargos en las distintas poblaciones bajo la autoridad del rey, tanto si poseyeran sus cargos por sucesión hereditaria como por nombramiento real o de sus propios subordinados⁵². De ambas conclusiones Veracruz extrae sendos corolarios: respecto de la primera colige que los que eran reyes en aquellos territorios por el sólo hecho que fueran infieles o idólatras no pudieron ser privados justamente de sus reinos ni despojados de sus dominios y sobre la segunda sostiene que los que habían sido elegidos para ocupar cargos entre ellos no pudieron ser expoliados de sus puestos aunque permanecieran en la infidelidad, y menos aún si se convertían al cristianismo, y por ello de nada valen las excusas que alegaban los españoles de que ocupaban aquellos puestos por concesión imperial, porque ni el propio emperador tenía autoridad para arrebatarles su dominio y concedérselo a otros⁵³, y Veracruz finaliza su tesis con una nueva precisión: “*aunque concedamos que el emperador sea verdadero señor*

47 *Ibidem*, parágrafo 246. Cit. CEREZO, P., *op. cit.*, p. 207.

48 *Ibidem*, parágrafo 247. Cit. CEREZO, P., *op. cit.*, p. 207.

49 *Ibidem*, parágrafo 248. Cit. CEREZO, P., *op. cit.*, p. 208.

50 *Ibidem*, parágrafo 249. Cit. CEREZO, P., *op. cit.*, p. 208.

51 “*Ille qui erat monarca apud istos, quantumcumque infidelis et idolatra, verus erat dominus [...] quia FIDES quae est de iure divino, non tollit neque ponit dominium, quod est de iure Pentium*”, *Ibidem*, parágrafo 250.

52 “*Secunda conclusillo. Tempore infidelitatis iustum et legitimum dominium erat apud istos qui erant oppidatim deputati, sive essent domini per successionem hereditariam, sive domini essent per electionem regis, sive per electionem aliquorum de suo consilio qui ad hoc erant deputati*”, *Ibidem*, parágrafo 253. Cit. CEREZO, P., *op. cit.*, p. 208.

53 “*Corollarium. Ex ista conclusione sequitur quod illi qui erant domini deputati per suos populos, non potuerunt ab hispanis spoliari suo vero dominio, etiam si manerent in infidelitate, et, a fortiori, post conversiones ad Christum. Etsic nec potuerunt habere vere dominium hispani etiam per concessionem imperatoris, quia nec imperator ipse poterat auferre dominium ab ipsis dominis etaliis dare*”, *Ibidem*, parágrafo 256.

de todo el mundo (supuesto que negamos), de que sea señor no se sigue que sea propietario por lo que no podría contra la voluntad de la república quitar el dominio que ella misma había constituido”⁵⁴.

Tercera: Afirma que del mismo modo que los antiguos señores de los indios no pudieran ser privados de su legítimo dominio, tampoco lo pudieron ser de los tributos moderados y lícitos que percibían de sus súbditos, porque el dominio justo y verdadero consiste en que el que gobierna pueda recibir tributos moderados de sus súbditos⁵⁵.

Cuarta: Sostiene que para que el emperador en todo el Nuevo Mundo y el encomendero con respecto a su encomienda tengan derecho a imponer tributos, no basta con que sean constituidos señores al presente como lo son los caciques y gobernantes⁵⁶. El problema planteado estribaba en el hecho que debiendo permanecer los antiguos señores en sus puestos, reteniendo el derecho a percibir tributos, se constituyen otros nuevos señores con la misma pretensión de cobrarles, con lo que al duplicar los señores se duplican también los impuestos en detrimento de la propia república, por lo que “no es justo el dominio entre los españoles, ya que existen caciques y gobernantes de los indios de lugar en lugar”⁵⁷. La realidad es que los antiguos señores habían sido privados de su verdadero dominio, a pesar de que al hijo y sucesor de Motezuma, Pedro, se le entregaran anualmente quinientos pesos de oro de minas de la hacienda real y Antonio, el único hijo de Cazonzique, reciba “trescientos pesos de tepuzque”, y lo mismo ocurre con los antiguos caciques y gobernadores que, aunque externamente conserven sus puestos, más que señores son esclavos de los españoles, pues se sirven de ellos para recaudar los impuestos. Los injurian, los meten en la cárcel y les reprochan que tengan algunos indios a su servicio llamándoles “robadores y ladrones”. Por ello Alonso de Veracruz refiere la anécdota siguiente, recogida por P. Cerezo: “Y uno de éstos, según oí en una ocasión de los propios oidores, no pudiendo contener la bilis les dijo: Vosotros que gobernáis el orbe llamáis ladrón al verdadero dueño si tiene cincuenta o cien hombres que le sirven y le entregan tributo, y no llamáis ladrón al español que tiene todos los habitantes de un pueblo, aunque sean treinta mil, que le dispensan tributo. Ignoro de dónde procede tanta ignorancia. Ellos no pusieron qué contestar”⁵⁸.

54 “Etiam si concedemus quod ipse esset verus dominus totius orbis (quod et negamus, de quo alibi decendum); nam dato esset dominus, non sequitur quod esset proprietarius, et sic non posset contra voluntatem reipublicae auferre dominium quem ipsa constituit”, *Ibidem*, parágrafo 257. *Cit.* CEREZO, P., *op. cit.*, p. 209.

55 *Tertia conclusio. Sicut non potuerunt domini apud istos qui erant ante adventum hispanorum privari vero dominio, neque potuerunt privari suis tributis et moderatis quae recipiebant a sibi subditis. Ista conclusio probatur: verum dominium et iustum in hoc stat quod posit moderata tribute recipere ab illis quorum est dominus. Sed non potuerunt iuste privari dominio, ut supra dictum est. Ergo nec potuerunt privari suis tributis iustis”, *Ibidem*, parágrafo 258.*

56 *Quarta conclusio. Ad hoc quod imperator in toto isto Novo Orbe et hispanus in populo sibi comiso sit verus dominus tributorum, non sufficit quod sint constitute nun cut sunt oppidatim gubernatores vel caciques”, *Ibidem* parágrafo 262.*

57 “Ergo sequitur quod non ob dominium est iustum apud hispanos, quia sunt caciques et gobernadores oppidatim”. *Ibidem*, parágrafo 264.

58 “El quidam cum semen audirem a senatoribus nonpotuit continere bilem sic loquetes: “Vos que regitis orbem vocatis latronem verum dominum si habeas 50 vel 100 homines qui ei serviant et tributum pendat; et non vocatis latronem hispanum qui habet omnes de populo, etiam si sint 30 millia qui ei solvant tributum. Necio unde tanta ignorantia”. *Obmutuerunt profecto”. *Ibidem*, parágrafo 270.*

Tras largos años de permanencia en la Nueva España, Veracruz afirmaba que “*tal como están las cosas en el momento presente los tales caciques y gobernadores no son verdaderos dueños más que de nombre. Y sin embargo, antes de la venida de los españoles eran verdaderos dueños, como hemos probado*”⁵⁹.

Uniendo a su doctrina la información recibida de los propios indígenas, *ut audici a maioribus*, Veracruz termina la duda reafirmando la soberanía de los pueblos americanos y poniendo de relieve que entre ellos existía *regimen ad bonum reipublicae* y que eran *veri domini*. Los que en lugar de gobernar para el bien común lo hacían en beneficio propio, eran depuestos por el rey o ajusticiados, y tanto el rey como los que gobernaban recibían un tributo determinado del pueblo. Veracruz, al igual que Vitoria y el resto de los miembros de la Escuela española del Derecho de gentes, sostiene que si los indios pudieron ser justamente sometidos por los españoles, lo serían por otros motivos, no porque carecieran de derechos ya “*que los indios, antes de la llegada de los españoles, eran verdaderos señores tanto pública como privadamente*”⁶⁰, afirmaciones que constituyen ante la nueva comunidad internacional promulgada por el P. Francisco de Vitoria y sus discípulos en aquella época “*la primera Carta de Independencia americana*”, varios siglos antes de que apareciera la doctrina de Monroe⁶¹.

José de Acosta, catedrático y superior de los primeros jesuitas del Perú, culminó el proceso crítico a la conquista de América y aún en el supuesto de presunta agresión a las Indias por parte de los españoles, había prescrito ya la conquista después de más de cuarenta años. El jesuita era testigo de que la Corona había cumplido los requisitos legales de la prescripción legítima y alegaba que los conquistadores había actuado de buena fe convencidos como estaban de la legitimidad de la conquista con el título de la concesión papal que “*donaba*” a los Reyes Católicos las Indias occidentales recientemente descubiertas. Acosta fue testigo del esfuerzo desplegado por la Corona para su política de ocupación pacífica, pues Felipe II acababa de ratificar el tratado de paz perpetua con el Inca rebelde de Vilcabamba, Titu Cusi Yupanqui en 1569, e igualmente habían sido promulgadas las nuevas de población y descubrimiento de 1573 por las que se prohibía hasta el nombre mismo de conquistas.

Con Juan de Zapata y Sandoval culmina el proceso académico de reconversión colonial indiana. Su informe sobre el gobierno de las Indias logró la síntesis más completa entre pensamiento o reflexión salmantina de los discípulos de Vitoria, y la experiencia o la primera adecuación indiana que integra a Alonso de Veracruz y José de Acosta. Tras la denuncia de la miserable situación de los indios y la crisis política de final de siglo, Zapata justifica y razona su reivindicación de “*americanidad*” del gobierno indiano con la autoridad y textos de los maestros más destacados de la Escuela.

59 “*Et sic credo hanc conclusiones veram, quod rebus stantibus ut nunc sunt, non sunt tales caciques gubernatores veri domini nisi nomine tenus. Et alias errant veri domini ante adventum hispanorum, ut probavimus*”, *Ibidem*, párrafo 271.

60 “*Quod antequam hispani ad illos venissent illi erant veri domini, et publice et privatim*”. *De Indis*, I, 24, en *Obras...*, p. 666.

61 GÓMEZ ROBLEDO, A., “Introducción” a la obra de F. de Vitoria *Relecciones del Estado, De los Indios, y del Derecho de la guerra*, México 1974, p. LIV.

Juan Zapata era descendiente de oidores y presidentes de Audiencia, perteneciendo a una de las familias españolas más distinguidas y representativas de Nueva España. Ingresó en el Orden de San Agustín en el Colegio de San Pablo de México en 1590. Llegó a España en 1602 y fue nombrado rector y catedrático del Colegio Universitario de San Gabriel de Valladolid, oficialmente incorporado a la Universidad de la Corte⁶².

Desempeñó la cátedra de Teología durante trece años, hasta su promoción al obispado, inicialmente de Chiapas y posteriormente de Guatemala. En 1609 publicó el informe sobre el gobierno de las Indias, publicado con destino a los gobernantes y Reales Consejos del Nuevo Mundo, dedicándolo al Presidente Don Pedro Fernández de Castro, Conde de Lemos y Andrade y Marqués de Sarriá, Presidente del Real Consejo de Indias.

Según afirma L. Pereña, aquella “*Reclamación y súplica de autogobierno para las Repúblicas de las Indias occidentales*”, es una fuente importante del pensamiento político iberoamericano y cubre la tercera etapa de la reconversión colonial que sigue a la primera legitimación democrática de Veracruz y después a la segunda de crítica política de Acosta, por lo que el proceso de reivindicaciones de la Escuela de Salamanca se concreta en un programa de reformas políticas y Juan de Zapata y Sandoval intentó ponerlo en práctica en América a través de su programa de promoción cultural y social de los indios y con su gobierno pastoral de pacificación y justicia⁶³. En este texto se selecciona críticamente la parte más representativa de la edición príncipe “*De iustitia distributiva*”, en la que las fuentes de la Escuela quedan identificadas y esta síntesis doctrinal adquiere especial interés a principios del siglo XVII, cuando se inicia un verdadero proceso a la colonización de América. A través de la presión de conciencia a catedráticos y misioneros, intentaron provocar la restitución y devolución de lo mal adquirido por los conquistadores y los encomenderos de indios y mediante Sínodos y Concilios provinciales se fueron elaborando normas concretas de conducta y de comportamientos sociales que sirvieran de base a la convivencia entre indios y españoles. Se trataba del primer presupuesto para aquel proyecto de pacificación que logró llevar a cabo el catedrático salmantino y gobernador del Perú, Lope García de Castro.

Existen una colección de documentos agrupados bajo el epígrafe “*Proyecto de restitución y devolución de las Indias*”, entre los que resaltan por su importancia: la carta de Juan de Solórzano, discípulo de Vitoria y obispo de Cuzco, por la que denuncia al Emperador el fracaso de las Nuevas Leyes de 1542. El informe del maestro fray Alonso evacuado a requerimiento de la Junta de Londres de 1554 presidida por el entonces príncipe Felipe rey consorte de María Tudor. El Sínodo de Santafé de Bogotá (1556) planteó la necesidad de acudir al Concilio de Trento (1556), al objeto que la Iglesia Católica, reunida en asamblea general, se definiera sobre la legitimidad de la conquista y posesión del Perú.

El “*formulario de confesores*.” de la Junta de teólogos celebrada en México en 1546, pronto se legalizó y universalizó para todas las Indias, constituyendo el primer código moral dirigido a los sacerdotes que habían de confesar a conquistadores y encomenderos, conformándose como un documento fundamental para la formación de la opinión pública. El

62 *Carta Magna de los Indios. Fuentes Constitucionales 1434-1609*, Madrid 1988, p. 14.

63 *Carta Magna de los Indios...*, Introducción de PEREÑA, L., p. 14.

manifiesto del Sínodo de Popayán de 1558 es el otro documento “*constitucional*” en el proceso histórico de la Escuela de Salamanca por su nivel doctrinal y trascendencia política. Puede interpretarse como otro ensayo por aplicar la “*Carta Magna*” de los indios que Francisco de Vitoria formulara desde su cátedra de Salamanca y el cuestionario puede reducirse a un catálogo de declaraciones y principios prácticos con vistas a la reconversión colonial indiana. Los “*avisos breves para los confesores en estos Reinos del Perú*”, redactados en la junta de teólogos de 1562, fueron aprobados por el Concilio Provincial de Lima de 1567 y promulgados como Instrucción para los confesores de la provincia del Perú, circulando numerosa copias por todo el virreinato⁶⁴. Posteriormente, sobre estas mismas directrices pastorales se elaboró la *Tabla de restituciones* por el bachiller en leyes Gonzalo Mejía, Vicario General y Chantre de la Catedral, junto con Diego Jiménez, Alberto Pedrero y Jerónimo Santander, que son los firmantes del documento. Y luego aparecen tres nuevos informes sobre la evangelización de los indios que introducen sucesivos correctivos en el régimen vigente de restituciones, partiendo del hecho indiscutible de la legitimidad y justicia de las “modernas” encomiendas, así, por ejemplo, en nombre de la provincia jesuítica del Perú, Bartolomé Hernández ratifica y corrige en 1570 la “*instrucción*” de Loaysa. Y el obispo Pedro de la Peña envía al Consejo de Indias los nuevos capítulos preparados por el Sínodo de Quito de 1572. En representación de los caciques del Perú, el jurisconsulto y procurador general de los indios Francisco Falcón presentó su versión del protectorado político en el Segundo Concilio Provincial de Lima, que había iniciado sus sesiones el 2 de marzo de 1567, tratándose de otro documento “*constitucional*” por lo que tiene de síntesis de la Escuela y por sus resultados para el proyecto de reconversión colonial indiana⁶⁵.

Otro teólogo, Luis López de Solís, obispo de Quito, escribió al rey de España Felipe II, ya que se había resistido a contestar al rey sobre el estado de los indios y los resultados de la aplicación de las Reales Ordenanzas y las Leyes a favor de los nativos que había promulgado hasta el momento la Corona española. Después de un siglo tras el descubrimiento, este informe de López de Solís es uno de los más completos de los que se conservan del siglo XVI. López de Solís había sido discípulo de la Universidad de Salamanca, graduándose en la Facultad de Teología en 1556. Obtuvo la plaza de catedrático de la Universidad de San Marcos de Lima, siendo nombrado después Provincial de los Agustinos del Perú y en calidad de visitador de la provincia de Charcas intervino en las juntas de teólogos. Y formó parte de las comisiones del Tercer Concilio Provincial de Lima.

Su experiencia en los negocios de las Indias, como misionero, catedrático y hombre de gobierno, data de cuarenta años de presencia en las provincias del Perú. Debido a su vinculación doctrinal y pastoral a Francisco de Vitoria, su testimonio ofrece especial credibili-

64 La Instrucción fue suscrita por el arzobispo Loaysa, los provinciales de Santo Domingo, fray Gaspar de Carvajal, de San Francisco, fray Francisco de Morales, el Vicario provincial de La Merced, fray Miguel de Orenes y los priores de Santo Domingo, fray Tomás de Argumedo, de san Agustín, fray Andrés de Ortega, los canónigos Bartolomé Martínez y Domingo Marquina, y los teólogos fray Ambrosio Guerrero O.P., fray Jerónimo de Villacarrillo, O.M. y fray Pedro de Cepeda, O.S.A., *Carta Magna de los Indios...*, pp. 16-17.

65 *Carta Magna de los Indios...*, Introducción de PEREÑA, L., p. 17.

dad al tratar de aquilatar La efectividad y validez política del proyecto de reconversión colonial razonado por la Escuela de Salamanca. Por el medio doctrinal de los informes y por el pastoral de la presión de conciencia, la Escuela de Salamanca terminó por aplicar el proyecto de reconversión colonial, por lo que se colige que este ensayo pudo tener una influencia decisiva en la política colonial española de pacificación y reconciliación.

Como consecuencia del primer fracaso de las Nuevas Leyes de Indias de 1542, el Consejo de Indias sometió a revisión los artículos que prohibían las encomiendas. La Junta de Valladolid de 1546 la presidió el cardenal arzobispo de Sevilla fray García de Loaysa, quien por mandato de S.M. el Emperador había ocupado la presidencia del Consejo durante veintiún años, acudiendo a la junta cinco juristas en calidad de expertos y técnicos. El capitán Miguel de Ávila, Procurador General del Nuevo Reino de Granada, denunciaba los agravios que había recibido la provincia de Popayán por ciertos capítulos del Sínodo de 1558 y a requerimiento del Adelantado Luis Sánchez de Guzmán, el Procurador General presentó los capítulos aprobados por aquel “*concilio y ayuntamiento de letrados*” sobre la licitud de las conquistas y las excomuniones impuestas a los encomenderos. Fue decisivo el informe de Luis Sánchez, discípulo de la Escuela de Salamanca y secretario del obispo de Popayán, Juan del valle. Su testimonio en defensa de su maestro precipitó la realización del nuevo plan de reconversión colonial, ya que sus “*probanzas*” avalaban las razones últimas del proyecto y la urgencia de su aplicación, exigiendo como último recurso la convocatoria de una Junta Magna donde esté presente S.M. el Rey, el Presidente del Consejo de Indias y otros teólogos, juristas y políticos actúen por jueces ante los religiosos y otras personas cualificadas que trataron estos negocios y tienen experiencia en las Indias⁶⁶.

A través del oidor del Real Consejo de Indias, Pedro Lope García de Castro sabemos que Francisco de Vitoria se opuso a que España abandonara las Indias cuando el Emperador cuestionaba por dudas de conciencia su retirada de los territorios conquistados. Lope García de Castro llegó al Perú el año 1564 para ocupar la presidencia de la Audiencia de Lima y el gobierno del Perú, dejando su cátedra en la Universidad, donde se había formado en la Escuela de Salamanca, pues había oído la *Relecciones* vitorianas sobre las Indias y con las instrucciones de 16 y 17 de agosto de 1563 traía un programa de gobierno creíble. Ahora bien, en virtud del contenido de estas instrucciones comunicaba el Real Consejo de Indias al licenciado Castro el nuevo plan de gobierno para las provincias del Perú y por todos los medios posibles se debía de lograr la paz con los indios, por ello la pacificación de las Indias era mandato prioritario de gobierno y la pacificación del país emanaba de tres presupuestos fundamentales: perdón y amnistía general, evangelización y libertad de conciencia, población y reducciones de indios⁶⁷. Una vez firmada la paz por Felipe

66 *Ibidem.*, p. 20.

67 En virtud de este programa de pacificación y de acuerdo con las instrucciones regias, el Gobernador General García de Castro decidió continuar las negociaciones diplomáticas con Titu Cusi Yupanki, interrumpidas por la muerte del Virrey del Perú, Diego López de Zúñiga y en 1565 envió al tesorero real García de Melo al estado rebelde de Vilcabamba para exponer las condiciones españolas de paz, que se logró mediante la firma el 14 de octubre de 1566. *Ibidem.*, p. 21.

II y lograda “*formalmente*” por acuerdo de 2 de enero de 1569, que se denominó tratado de Acobamba y en cuya génesis se encuentra el oidor Juan de Matienzo, uno de los más notables juristas del Perú.

El proyecto de reconversión colonial culminaba en el derecho de autogobierno, imponía la rectificación política y exigía como postulado previo para cumplir sus objetivos la restitución y devolución de lo mal adquirido o conquistado, al objeto de conseguir la pacificación como paso para la paz. Esta misión la asumió en un momento concreto la Corona y con la colaboración de la Iglesia indiana en sínodos y concilios se arbitraron los medios políticos y morales de aplicación, por ello Iglesia y Corona partieron de unos mismos criterios doctrinalmente elaborados por maestros de la Escuela de Salamanca y en su esfuerzo de adecuación indiana, Alonso de Veracruz, Juan del valle y García de Castro lograron concretarlos en cánones o normas de acción.

Como afirma L. Pereña, el colonialismo de primera hora se fue humanizando hasta convertirse en protectorado sobre el respeto mutuo de libertades políticas, sobre la solidaridad efectiva de mutuas responsabilidades y sobre la coordinación responsable de soberanías limitadas. La aplicación de este protectorado político en aquella coyuntura sugería el primer ensayo europeo de reconciliación entre vencedores y vencidos, entre conquistadores y conquistados⁶⁸. De esta manera, el magisterio de Francisco de Vitoria abrió una nueva fase al criticismo político y sus discípulos sometieron a revisión el fenómeno colonial al objeto de configurar la intervención de Castilla en América como protectorado político en cumplimiento de un mandato de la comunidad del orbe y al servicio prioritario de los pueblos protegidos.

Por otro lado, Domingo de Soto negaba que las Indias fueran propiamente provincias españolas pues consideraba que los pueblos de América eran reinos con autonomía de medios para lograr su propio bien común, de lo que se colegía que el Emperador Carlos V no podía dar leyes que fueran perjudiciales a los indios y sólo beneficiosas a los españoles, como sería, por ejemplo, traer oro a España con daño de aquellos pueblos, a no ser que los indios dieran su consentimiento o tuvieran abandonadas aquellas riquezas, de lo contrario, concluía Domingo de Soto, “*estas leyes serían tiránicas, porque aquellas comunidades no forman parte del Reino de Castilla y su bien no debe subordinarse al nuestro*”⁶⁹.

Los indios reivindicaban, con ayuda de los evangelizadores, el derecho de comunicación y de participación de bienes y en virtud de estos dos títulos, España intervenía y ocupaba aquellos territorios para ayudar y defender a los indios y tenía derecho a mantener lo ocupado, pero sólo mientras se presencia fuera indispensable para promocionar a los indios y capacitarlos políticamente. El Estado protector tenía el deber de regenerar a los pueblos protegidos mediante el envío de gobernadores idóneos para su buena administración, mediante misioneros para la evangelización y mediante maestros y pobladores para educar a los bárbaros y mejorar sus tierras con instrumentos de cultivo.

68 *Ibidem.*, pp. 24-25.

69 *Ibidem.*, p. 25.

Paralelamente, la Escuela de Salamanca reconocía a los pueblos indios el derecho a su integridad nacional, el derecho de soberanía sobre su territorio y el derecho a disponer de sus recursos naturales, por lo que considerados soberanos a los indios, podían prohibir legítimamente a los españoles que sacaran oro de sus minas y perlas de sus ríos, pudiendo limitar la emigración de extranjeros que pretendieran comerciar en cualquier clase de negocios. La Corona española mantenía un “*poder imperial*” en las Indias que debía compatibilizarse con la soberanía de los pueblos y naciones indias por lo que existía una relación sinalagmática sustentada por derechos y deberes mutuos que condicionaban y limitaban mutuamente las dos soberanías, india y castellana, por lo que esta casuística hubo de reconocerse en un catálogo de restituciones y devoluciones al objeto de conjugar los intereses legítimos de los indios que la Corona debía respetar, y los derechos generales de la Corona que los indios debían asumir.

El derecho de intervención tuvo para la Escuela su fundamento de legitimidad en un pacto de colaboración o en el mandato de protección y defensa de derechos humanos y esta sumisión o forma de vasallaje no debía anular la libertad política y debía convertirse en un modelo de promoción y desarrollo social y sobre estos nuevos presupuestos la Escuela de Salamanca había llegado a definir el protectorado político⁷⁰, cuya meta final a la independencia y en la autogestión. L. Pereña expone que en representación de la Escuela el abogado y magistrado del Perú, Francisco Falcón, proclamó y defendió en el segundo Concilio de Lima de 1567 el proyecto de la Escuela en relación a la teoría de la reconversión colonial indiana, pues el objetivo político era restaurar a los pueblos indios en el pleno desarrollo de sus atribuciones tradicionales y concederles la independencia en el caso que los gobernadores nativos en algún tiempo futuro alcanzasen un nivel de cultura cívica que presagiase que iban a alcanzar y ejercer en un futuro el gobierno de manera justa y cristianamente, aunque por el momento, Falcón excluía esta contingencia pues creía que los más previsible es que los indios retornarían a su infidelidad y despotismo inveterados y aceptaba literalmente la enmienda de Francisco de Vitoria, contrastada en el Perú por su discípulo Juan Solano, obispo de Cuzco. La teoría política de Falcón era la siguiente: “Se partía de la posibilidad real del autogobierno que libremente los nativos o indios, bajo protección, pueden reclamarlo cuando sepan, puedan y quieran usar de él. Esta decisión quedaba sometida a su libre voluntad, en el supuesto siempre que hubieran obtenido el suficiente desarrollo para usar humanamente de su libertad política. Todo pueblo tiene derecho a su independencia. Pero tampoco es lícito en nombre de la libertad recabar la soberanía para pueblos que no están capacitados para gobernarse a sí mismos. El Estado protector tiene el deber de fomentar gradualmente el desarrollo de aquellos que están bajo su tutela hasta que lleguen a la madurez política. Las antiguas autoridades locales deberían asumir por entero sus facultades y ser integradas en las atribuciones de que hubiesen sido despojadas en la medida en que no significasen impedimento para el buen gobierno de los indígenas ni interfiriesen en su progreso”.

70 *Ibidem.*, p. 26.

De esta manera Falcón salvaba la responsabilidad de la Corona, a la vez que exigía que cumpliera con su función política. Pero la reconversión colonial convertía las “*antiguas encomiendas*” en un verdadero régimen social más al servicio de los indios encomendados que en beneficio de los encomenderos españoles.

Se partía de la posibilidad real del autogobierno que libremente los nativos o indios, bajo protección, pueden reclamarlo cuando puedan o quieran utilizarlo, decisión que quedaba sometida a su libre voluntad, en el supuesto de que hubieran obtenido el suficiente desarrollo para usar humanamente de su libertad política. Es verdad que todo pueblo tiene derecho a la independencia, pero en nombre de la libertad es lícito recabar la soberanía para pueblos que no están capacitados para gobernarse a sí mismos. Falcón salvaguarda la responsabilidad de la Corona, a la vez que exigía que cumpliera con su función política.

Con esta teoría se producía la reconversión colonial, por lo que las antiguas encomiendas se transformaban en un régimen de promoción social más al servicio de los indios encomendados que en beneficio de los encomenderos españoles. La concesión de los indios a los encomenderos se realizaba en régimen de depósito, de manera que los beneficiarios de tales feudos entendiesen que eran meros tenedores precarios, por lo que no cabía pensar en una adjudicación a título perpetuo⁷¹.

El problema que planteaba la Escuela era que si el rey de España no podía lícitamente abandonar los reinos de las Indias, difícilmente podía la Corona cumplir con las obligaciones de la protección sin la presencia de soldados y colonos españoles, sin la explotación de metales preciosos y el cultivo de la tierra y sin el comercio y contratación con los reinos de Castilla. Ahora bien, los reyes de España carecían de competencia para disponer de los territorios de las Indias, ni aun bajo la suposición de que se habrían subrogado en el ejercicio de la soberanía detentada por los caudillos indios, ya que sólo les habían reemplazado en el mando hasta tanto que sus antiguos súbditos adquiriesen madurez política, pero sin despojarlos del dominio eminente. Esto suponía que no debían permanecer en América más españoles que los necesarios “*para sustentar esta tierra*”, para respaldar la evangelización, poner en orden la justicia y explotar racionalmente la tierra, por lo que se solicitó a la Corona más control de los pasajeros a Indias para impedir una preponderancia de extranjeros y evitar que estos reinos se convirtieran en repúblicas de jornaleros indios asalariados que trabajaran forzosamente a cambio de un exiguo jornal en las minas, haciendas y granjas.

Pero el proyecto de reconversión colonial no llegó a fraguar, entre otras razones por la escasa voluntad política de la Corona, a pesar de las instrucciones de 1563 del Real Consejo que establecían un programa de gobierno. Por ello el gobernador García de Castro a través de dicha instrucción intentó pacificar las provincias del Perú. Según L. Pereña la pacificación de las Indias partía de tres presupuestos fundamentales: perdón y amnistía general, evangelización y libertad de conciencia, población y reducciones de indios, por lo que se le cursaron instrucciones al nuevo gobernador al objeto que estudiara los delitos que convenía perdonar y aplicara las normas que mejor le pareciera “*en nombre y representación de*

71 *Ibidem.*, p. 27.

nuestra conciencia y poderío absoluto que en esta parte queremos usar y usamos como rey y señor natural” decía Felipe II⁷².

El rey tenía como objetivos la conversión y la cristianización de las Indias. De acuerdo con el título “*donación*” reconoce el mandato de los españoles a evangelizar, pero con la condición de que la instrucción sea pacífica, no sean coaccionados los indios y acepten voluntariamente la fe católica, para no hacer en los errores y prisas de la primera evangelización que intentó convertir a los indios en súbditos debido a las consecuencias políticas que su integración cristiana suponía para la paz y unidad del Estado. En esta segunda fase, pacificación y promoción humana fueron correlativas, ya que el rey ordenó que en principio se tuviera especial respeto a la formación y enseñanza religiosa de los naturales para lo que encargó al gobernador poner especial cuidado en proveer de ministros suficientes que enseñaran la doctrina y administraran los sacramentos, trasladando la iniciativa al licenciado Castro al objeto que proveyera con oidores y prelados lo que conviniera, por lo que el rey descargaba su conciencia en la de las autoridades coloniales, civiles y eclesiásticas para que alcanzan la concordia de poderes “*por los inconvenientes y el escándalo que podían causar a los indios debiendo ellos ser los que principalmente fueran causa de quitar todo escándalo*”, a la vez que ordena castigar, hasta con la pena de exilio y la expulsión, a los clérigos escandalosos y perturbadores. Por otro lado, el reparto y concesiones de encomiendas había de ajustarse a las nuevas provisiones de la cédulas reales y ordenando a los indios para que no vacaren. Asimismo el rey ordenaba que tanto los dominios como jurisdicciones fueran restituidos a sus antiguos caciques y señores naturales que gobernaban aquellas tierras antes de la llegada de los españoles y que con el fin de contentar a muchos conquistadores, aquéllos habían sido expropiados de sus bienes, por lo que se ensaya por primera vez en nombramiento de alcaldes nativos.

Este mecanismo de reconversión que se activó gracias a la voluntad regia, coincidía con el proyecto de reconversión colonial diseñado por la Escuela y que pivotaba sobre tres pilares: respeto a la libre decisión de los indios o reconocimiento de su libertad personal y libre voluntad; sobre métodos de persuasión y amistad para la sumisión religiosa y política, como forma de atraer nuevos vasallos y cristianos y sobre la reivindicación del derecho de propiedad de los indios con vistas a la restitución progresiva de sus antiguos dominios y jurisdicciones enajenados por los primeros conquistadores. La Corona se convirtió en la clave de la reconciliación, constituyendo la máxima garantía para lograr la paz, por lo que el rey de España aceptó ciertas condiciones con algunos reyes incas para lograr una paz que respondía a intereses políticos, aunque la Escuela de Salamanca insistía en su tesis del protectorado político, para lo que era necesario el clima de paz perpetua.

72 *Ibidem.*, p. 29.

PARADIGMA ANTROPOCÉNTRICO VIGENTE Y SU RELACIÓN CON LA POBREZA, LA CRISIS ECOLÓGICA Y LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE LOS ANIMALES

María Suhey Tristán Rodríguez¹

Resumen: Vivimos bajo el dominio de una visión antropocéntrica de la vida, que nos ha orillado a enfrentar una gran crisis ecológica y a la violación constante de los derechos de los animales, seres que, como nosotros, son capaces de sentir dolor. No nos basta con superponernos por encima de otras especies, también lo hacemos sobre nosotros mismos. La situación actual nos enseña que la vida no pertenece a la especie humana y que mucho menos pertenece sólo a los hombres poderosos. Esto ha dado pie a que reflexionemos sobre la relación entre los seres humanos y la naturaleza. El dilema se encuentra entre saber si la ética occidental es capaz de afrontar y remediar esta crisis o si es necesaria la construcción de un nuevo paradigma que amplíe nuestro círculo moral y nos permita acoger a todos los seres.

Palabras clave: Superioridad, ética, crueldad, abuso, discriminación, miseria.

Abstract: We live in a human being centered sphere that has lead us to face a severe ecological crisis and a constant violation against animal rights. They are beings that can feel pain as humans do. It has not been enough to place ourselves on top of other species; we have also placed ourselves on top of other human beings. The actual situation has taught us that life does not belong to mankind and yet, it does not belong to powerful men. That is the reason that makes us think over the relation between human beings and nature. There is a dilemma in knowing if occidental ethics is able to face and solve the crisis or on the other hand, it is necessary to build a new paradigm enhancing morality and letting us embrace all beings.

Key words: Superiority, ethics, cruelty, abuse, discrimination, misery

1.- Orígenes del Antropocentrismo

En épocas pasadas, nuestros antecesores, las sociedades cazadoras y recolectoras, aquéllas que tenían una visión animista, se consideraban a sí mismas como parte de la Naturaleza. “El hombre formaba parte de su entorno y dependía directamente de él, podía cazar y ser cazado, comer y ser comido.”² Entonces nada en su entorno le sugería al ser humano que fuera “superior” al resto de las especies con las que competía.

Desafortunadamente la ética dominante hoy en día, y que legitima la mayoría de las acciones públicas y privadas del ser humano, está basada en la idea moderna de que el ser

1 Estudiante del Programa Multidisciplinario de Posgrado en Ciencias Ambientales (PMPCA) de la UASLP. Correo-e: suhey_tristan@hotmail.com

2 Enric Mompó, “Antropocentrismo y Modernidad” en Rebelión, <http://www.rebellion.org/noticias/2008/5/66890.pdf> (consulta: julio 2009).

humano es el centro del universo. Vivimos bajo el dominio de una visión antropocéntrica de la vida; creemos que ocupamos un lugar único y privilegiado en la naturaleza, que no estamos sujetos a la obediencia de las leyes naturales. Se trata del poder completo de la especie humana sobre su entorno natural.³ En otras palabras, la raza humana es la medida y fin de todas las cosas. En consecuencia, podemos decir, con Mompó, que el antropocentrismo “es una diferenciación moral cuyo criterio es la pertenencia a la especie humana”⁴ o “en sentido moral es la asignación de centralidad moral a la satisfacción de los intereses humanos”⁵. Hemos impuesto una supuesta “superioridad humana”, olvidándonos que somos simplemente una especie más en el mundo, de hecho de las más recientes, que esta supuesta “superioridad”, no es más que un ardid. Pero ¿Cómo comenzó todo esto?

Las raíces del antropocentrismo se ubican en dos vertientes. La primera se encuentra en una incorrecta interpretación de diversos textos bíblicos, pues algunos de ellos están impregnados de ideas antropocéntricas. Por ejemplo, el libro del Génesis contiene frases como “Y los bendijo Dios; y díjoles Dios: Fructificad y multiplicad, y henchid la tierra, y sojuzgadla, y señoread en los peces de la mar, y en las aves de los cielos, y en todas las bestias que se mueven sobre la tierra”⁶

Estas ideas, incorrectamente interpretadas, han tenido una influencia decisiva en la historia de nuestra sociedad, pues a partir de ellas se considera que la Naturaleza está al servicio del hombre y éste tiene no sólo el derecho sino también el deber de someterla. El ser humano, al ser creado a imagen y semejanza de Dios, está por encima de todos los demás seres, y puede manipular los recursos de la Naturaleza sin escrúpulos porque cumple con la voluntad divina: El hombre, amo y señor de la naturaleza, que se cree el único dotado de alma, es el dueño de la Tierra.⁷

La segunda vertiente surge en la doctrina “cartesiana” y en las ideas de otros precursores de la época moderna. “Sin duda el antropocentrismo cobra fuerza a partir de la propuesta cartesiana, ya que no ha predominado en otros periodos del pensamiento occidental”⁸. René Descartes, afirmaba que los animales eran simples máquinas sin alma,

3 Cf. Leonardo Boff, *Ecología, Mundialización, Espiritualidad*, Atica, San Paulo, 1993 p. 171. También Jorge Enrique Linares, “La expansión de la ética y la responsabilidad humana ante la naturaleza”, en <http://132.248.184.82/Volumes/XICONGRESO/coloquios/etiaybio/LinaresSJE.pdf> (consulta: junio 2009), p. 2

4 Oscar Horta, “Términos básicos para el análisis del especismo” en Más allá de la especie <http://masalladelaespecie.files.wordpress.com/2009/03/terminosbasicosanalisispeciespecismo2.pdf> (consulta agosto de 2009) p. 4.

5 Leonardo Boff, *Opción Tierra*, Sal Terrae, Santander, 2008, p. 103.

6 Génesis 1, 28.

7 Cf. Enric Mompó, “Antropocentrismo y Modernidad” ob. cit. También Voz “Derechos de los animales” en Wikipedia, www.wikipedia.org/es/derechos_de_los_animales.html (consulta: julio 2009). También Leonardo Boff, *Ecología, Mundialización, Espiritualidad*, ob. cit., pp. 40-42. También Henry Salt, *Los Derechos de los Animales*, La Catarata, Madrid, 1999, p.35.

8 Alfredo D. Vallota, “Meta-técnica, antropocentrismo y evolución” en Cervantes Virtual http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13572721092135830532279/hisp03_vallota06.pdf (consulta: julio de 2009)

que no sentían dolor y sus muestras de sufrimiento eran simples mecanismos a los que no hay que prestar atención. O las ideas de otro precursor de la época moderna, Francis Bacon, que proponía el sometimiento de la naturaleza para exprimir sus frutos, sin importar que en determinado momento ella no estuviera en capacidad de reponerse.⁹ Sin embargo, es ilusorio seguir pensando, como Salt explica, que los seres humanos tenemos “justificación para considerar a ningún animal como autómatas carentes de sentido al que se le puede hacer trabajar, al que se le puede torturar, devorar, según sea el caso, con el mero objeto de satisfacer las necesidades o los caprichos de la humanidad”¹⁰

Aunado a lo anterior, el desarrollo cultural, la invención de la agricultura y la ganadería, y por lo tanto el sedentarismo, propicio que las sociedades empezaran a contar con cierta seguridad respecto de los alimentos que consumían; dejaron de ser sociedades nómadas para convertirse en un grupo estable, que disponía de los alimentos que ellos mismos cultivaban; es por ello que el contar con eso alimentos podían proveerse de excedentes alimenticios que les daban seguridad frente a una futura escasez. Y fue también esta acumulación de bienes la que dio lugar al surgimiento de las clases sociales, la especialización del trabajo y el nacimiento de los primeros Estados.¹¹

Todo ello dio origen al alejamiento del ser humano de la naturaleza y la diferenciación social implicó un cambio en la forma de ver el mundo. La visión animista en la que todas las especies estaban hermanadas, dejó su lugar a una concepción jerárquica donde el hombre era la cúspide de la pirámide. La tierra, el aire y los seres vivos estaban al servicio del hombre por mandato divino: “La ética dominante hoy en día es utilitarista y antropocéntrica. El ser humano estima que todo se ordena en torno a él, se considera el señor y el patrón de la naturaleza que está ahí sólo para satisfacer sus necesidades y realizar sus deseos.”¹² Es así como el hombre se considera superior a las millones de especies existentes.

Pero habría que preguntarse: ¿Por qué millones de especies no son superiores las unas de las otras, si tan sólo son inferiores al hombre? ¿Cuál es el parámetro para conocer la superioridad de un ser por encima del otro? ¿Quién decide cuál es el patrón de medida? Parecería ser que el patrón de medida es asemejarse a Dios, y por tanto, el hombre sería el “rey de la creación”; es decir, somos superiores por mandato divino. Pero ningún análisis científico, metodológicamente correcto, puede demostrar la superioridad del hombre sobre el resto de los animales. El hombre es diferente, efectivamente, pero ni superior ni inferior.¹³

Ya lo decía en 1984 Milan Kundera en su obra “La insoportable levedad del ser”: “En el mismo comienzo del Génesis está escrito que Dios creó al hombre para confiarle el

9 Cf. *Ibidem*. También Leonardo Boff, *Opción Tierra*, ob. cit., p. 45.

10 Henry Salt, *Los Derechos de los Animales*, ob. cit., p.39.

11 Cf. Enric Mompó, “Antropocentrismo y Modernidad”, ob. cit.

12 Cf. *Ibidem*. También Leonardo Boff, *Ecología, Mundialización, Espiritualidad*, ob. cit., p. 171.

13 Cf. Gary L. Francoine, “Un Derecho para todos” trad. Ana Maria Aboglio en Anima <http://www.anima.org.ar/liberacion/enfoques/un-derecho-para-todos.pdf>. (consulta septiembre de 2009) p. 3.

dominio sobre los pájaros, los peces y los animales. Claro que el Génesis fue escrito por un hombre y no por un caballo. No hay seguridad alguna de que Dios haya confiado efectivamente el dominio de otros seres. Más bien parece que el hombre inventó a Dios para convertir en sagrado el dominio sobre la cava y el caballo, que había usurpado.”¹⁴

Sobre esto cabe destacar un punto importante: cuando el hombre ideó el antropocentrismo, que todavía hasta la fecha defiende, se desconocían los hechos básicos de los animales desarrollados. Es decir, quizá, en la época en que surgió el antropocentrismo, también llamado por Richmann “tesis de la diferencia antropológica”, era hasta cierto punto natural que los hombres, carentes de toda ciencia, se adjudicaran el poderío de la Tierra, es decir, asumieran las ideas difundidas por la religión. Pero a partir de 1930, fecha en que surgió el primer estudio científico sobre la etología y la conducta del chimpancé, sumando en 1960 las investigaciones de Jane Goodall, más los avances en biología evolutiva, ecología, entre otras disciplinas, parece totalmente descabellado que los hombres sigamos tomando la postura antropocéntrica.¹⁵

2.- Antropocentrismo y pobreza

A partir del siglo XVIII, con la revolución industrial, surgió un nuevo antropocentrismo, propio del capitalismo, que no sólo depredaba sin piedad la naturaleza, sino también explotaba a millones de trabajadores del campo, los cuales fueron alejados de las tierras que trabajaban para obligarlos a convertirse en proletarios. Este desarrollo desigual fue el que relacionó directamente la explotación de la ciudad al campo y que sirvió como base para el desarrollo del industrialismo actual. Millones de seres humanos fueron prácticamente esclavizados y obligados a servir a los grandes dueños del capital mediante la creación de miles de empresas, las que no sólo contaminaban sin piedad nuestro planeta, sino que además fueron las causantes de todos los abusos que se han cometido en nombre del infinito progreso. Esta nueva economía global, en donde lo más importante es la acumulación de capital, junto con todos sus adelantos tecnológicos, combinó la división del trabajo con fuerza de trabajo sobreexplotada.¹⁶

Por tanto, se tenía entonces un nuevo pretexto para continuar la depredación de la naturaleza (la cual pasó de ser un ser temido y respetado en las sociedades antiguas a una mera reserva de recursos al servicio del que tuviera el capital de explotarlos) ya que la sociedad moderna tenía un nuevo fin, el progreso infinito, y todos los logros científicos que revolucionaron la época moderna parecían comprobar que se caminaba por el trayecto correcto.¹⁷

14 Cf. Jorge Richmann, *Todos los animales somos hermanos, Ensayo sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas*, Catarata, Madrid, 2005, p. 295.

15 Cf. *Ídem*. p.43.

16 Cf. Enric Mompó, “Antropocentrismo y Modernidad”, ob. cit. También James O Connor, “Desarrollo desigual y combinado y crisis ecológica” en Scientific Electronic Library Online <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v6n2/a02v06n2.pdf> (consulta agosto de 2009) pp. 2-5.

17 Cf. Enric Mompó, “Antropocentrismo y Modernidad”, ob. cit.,

Hoy en día, algunos aseguran que nos encaminamos por el camino correcto. Pero, ¿quiénes son los que afirman esto? El 79% de la humanidad vive en países pobres, y más de un 1.300 millones de seres humanos viven en la miseria. Lo anterior nos ha llevado a la profunda desigualdad existente no sólo entre las personas, también entre los países, pues se estima que un 18% de la población mundial detenta el 80% de toda la riqueza de la Tierra. Las tres personas más ricas del mundo poseen un activo superior a toda la riqueza de los 48 países más pobres, donde viven 600 millones de personas. Y entre las 257 personas más ricas acumulan más riqueza que los 2,800 millones de personas con menos recursos, lo que equivale al 48% de la humanidad.¹⁸ Estamos sometiendo a millones de seres humanos a las más terribles condiciones de vida puesto que “hoy por hoy el ser más amenazado de la naturaleza es el pobre. Un 79% de la humanidad vive en el Gran Sur pobre; 1.300 millones de personas viven en situación de pobreza; 3.000 millones (del total de 6.300 millones) se alimentan insuficientemente; cada año mueren de hambre 60 millones de personas, y 14 millones de jóvenes menores de 15 años perecen a consecuencia de las enfermedades producidas por esa misma hambre”¹⁹.

Son lamentables las consecuencias de todo lo anterior. La injusta distribución de la riqueza obliga a 800 millones de personas a pasar hambre y a que 2,500 millones de personas vivan en la pobreza, es decir, que sobrevivan con sólo dos dólares diarios.²⁰ Estos datos muestran que es más importante la cultura de la globalización y el paradigma vigente que el cuidado de los pobres, que cada día sólo son marginados y excluidos de nuestras sociedades consumistas.²¹

Además de todo esto, existen enormes sufrimientos y humillaciones de esos seres condenados a morir antes de tiempo, en especial niños: “Cada año mueren 15 millones antes de cumplir los cinco años, víctimas de enfermedades que serían fácilmente curables.”²² Por lo tanto, nos hallamos ante una inmensa injusticia social y una absoluta falta de equidad y de respeto a la vida. Los avances científicos que se han logrado no aportan un bienestar efectivo a toda la humanidad.

Por lo tanto, aparece una nueva forma de antropocentrismo; ya no es aquel que considera al hombre como la medida de todas las cosas, sino que el hombre rico y las fuerzas del mercado son ahora la medida de todas las cosas, pues han convirtiendo la tierra, sus recursos, las plantas, los animales y sus semejantes en mercancías y fuentes de beneficios.²³

Es lamentable que la solidaridad humana frente a esta situación sea prácticamente inexistente. Son aterradoras las cifras de los millones de personas que mueren por inanición, sobre todo niños, o aquellos que mueren por enfermedades fácilmente curables. Resultaría increíble la comparación del inmenso abismo que separa a todos estos seres huma-

18 Cf. Leonardo Boff, *Opción Tierra*, ob. cit., p. 35-112.

19 ídem. p. 68

20 Cf. *Ídem.*, p. 112.

21 Cf. Leonardo Boff, *Cuidar la Tierra*, Dabar, México, 2001, p. 207

22 Leonardo Boff, *Opción Tierra*, ob. cit., p. 113

23 Cf. Enric Mompó, “Antropocentrismo y Modernidad”, ob. cit., p.3.

nos del pequeño porcentaje de personas que acapara la riqueza en el mundo. La pregunta sería entonces ¿cómo nosotros mismo hemos orillado a millones de semejantes a vivir en tales condiciones de miseria? Lo más absurdo es que la respuesta sea por la promoción de un progreso infinito. No importa cuántos seres mueran o cuan devastada sea la naturaleza, o cuántas personas vivan en condiciones de miseria; lo importante para el paradigma actual es producir y consumir sin tomar en cuenta los límites de la Tierra. Dicho de otra forma “si el trabajo como forma viva de la producción material humana es explotado y subordinado a la forma inerte y cosificada del capital; la naturaleza (los ecosistemas, las especies, la materia y la energía) sufren también un proceso de cosificación y explotación por el fetichismo de la mercancía capitalista. El mecanicismo y el humanismo antropocéntrico se fraguan, y al mismo tiempo son producto, de esta eclosión de la forma mercantil más poderosa, autónoma y abstracta que se ha conocido: el capital”.²⁴

En nombre del progreso se han cometido, y se seguirán cometiendo, los peores abusos contra todos los seres vivos que conforman la Tierra, desde cualquier animal (nosotros somos parte de ellos) hasta las plantas y el planeta mismo. La búsqueda de un supuesto progreso infinito es el único fin primordial de las sociedades actuales: que en algún momento tengamos todos los recursos necesarios, que estos sean ilimitados, que podamos disfrutar a nuestro antojo de todo lo que la Naturaleza nos da, pues somos sus amos y señores. Pero ese progreso ilimitado no existe, y además el progreso existente sólo ha contribuido a que un pequeño porcentaje de los hombres acaparen las riquezas y que la inmensa mayoría de la humanidad viva en condiciones de miseria. De igual forma, la Tierra ha sido gravemente dañada: miles de ecosistemas, bosques y especies han sido destruidos en nombre de tan anhelado progreso. Es decir, se trata sólo un mito: “El mito del progreso consiste, paradójicamente y al contrario de lo que aparentemente pudiera sugerir, en un olvido del pasado (tradición) y del futuro (la previsión y la planificación) en favor de un presente eternizado e inmediato.”²⁵

Aunado a lo anterior surge la herramienta para alcanzar dicho progreso: el enorme poderío técnico humano, lo que algunos autores consideran una de las dimensiones más importantes de la actual crisis civilizatoria. Este poderío nos otorga una capacidad enorme de poder transformar e intervenir en los procesos de la biosfera, lo que altera radicalmente nuestra relación con ella, y como consecuencia con todos los seres vivos que la conforman. Ese aumento del poderío técnico es lo que nos hizo poseer el destino de la biosfera en nuestras manos.²⁶

Es también lamentable, por no decir perverso, el hecho de que, de acuerdo con la

24 Francisco Garrido Peña, “El Paradigma Ecológico”, en Portal da Secretaria da Agricultura Familia <http://www.pronaf.gov.br/dater/arquivos/0730620183.pdf> (consulta julio 2009), p. 7.

25 Augusto Lizarazo, “*La Nostalgia de los signos. Destrucción y re-figuración del sentido en la cultura contemporánea*” Conferencia impartida en el Foro Social Mundial en Caracas – Venezuela, el 27 de enero de 2006, en http://www.diegolizarazo.com/pdfs/nostalgia_delos_signos.pdf (consulta: julio 2009), p.9.

26 Cf. Jorge Richmann, *Todos los animales somos hermanos, Ensayo sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas*, ob. cit., p.29

FAO en 1995, “casi el 40 por ciento de la producción mundial de grano se destina a alimentar ganado, en un mundo donde la quinta parte de la población humana no tiene alimento suficiente”²⁷. En palabras de Bekoff “con la cantidad de cereal y soja empleada para alimentar a los animales cuya carne consumirá una sola persona podrían nutrirse veinte personas”²⁸. Es irónico que, por ejemplo, “las vacas europeas se alimentan con el pescado del Perú y la soja de Brasil, mientras que en aquellos países latinoamericanos pescadores y campesinos padecen hambre y desnutrición”.²⁹ Esto independientemente del dolor que se infringe a los animales criados en ganaderías intensivas para el consumo de su carne. Ganaderías que bien podrían ser llamadas campos de concentración, pues en ellas, los animales con criados en tales condiciones que padecen de una vida, si a eso puede llamársele vida, llena de dolor y sufrimiento.

La crisis del proyecto transformador de la naturaleza está acompañada de la desilusión de la transformación social que prometió la modernidad. Ahora nos enfrentamos a un panorama desolador, aquel en donde sólo parecen importar el progreso ilimitado, el cual debe alcanzarse aun a costa de la destrucción de la naturaleza y de todo lo que la compone; la visión de que nosotros mismos podemos ser explotados por los más poderosos, tal y como si fuéramos máquinas de producción; la visión de la vida social como si tuviese que ser forzosamente una lucha competitiva por la existencia.

3.- Antropocentrismo y crisis ecológica

La forma de vida actual, nuestra visión antropocéntrica, sólo nos ha orillado a vivir, bajo el yugo de la lógica de la acumulación del capital, lo que conlleva al desmedido e irracional aprovechamiento del espacio y de los recursos naturales, al equivocado concepto de progreso, a la progresiva contaminación de las aguas y el aire, a la destrucción de la capa de ozono, al efecto invernadero, a la acelerada deforestación de grandes extensiones de bosques, a la pérdida de recursos genéticos del planeta, a los cambios climáticos, entre otras cosas, refleja en el mundo preocupantes indicadores de pobreza, enfermedades, carencia de alimentos, mala distribución del espacio en los asentamientos humanos y las pésimas condiciones de vida de gran parte de los habitantes del planeta.

Nos apropiamos ya de un 83% del planeta, y lo hemos hecho devastándolo de tal forma que la Tierra ya ha excedido en un 25% su capacidad de reposición de recursos y de regeneración del ambiente.³⁰

Precisamente todos estos factores ocurridos debido a la visión moderna de la naturaleza, más el desarrollo acelerado de la población mundial, son los que nos han llevado a la crisis ecológica que actualmente padecemos, crisis que “consiste en el proceso planetario de deterioro acelerado de los ecosistemas donde la vida humana es factible. Este deterioro ambiental está causado por el impacto negativo de actividades humanas. De tal magnitud

27 Ídem. p. 165.

28 *Ibidem*.

29 *Ídem*, p. 166.

30 Cf. Leonardo Boff, *Opción Tierra*, ob. cit., p. 113

es este proceso de destrucción del equilibrio de los ecosistemas naturales que se abre la posibilidad, abalada por numerosas evidencias empíricas, de la desaparición de nuestra especie, y con ella de otras muchas formas de vida sobre la tierra”.³¹

- a) Extenuación de recursos disponibles (disminución de las diferentes formas de vida, agotamiento de los combustibles fósiles, del agua, del suelo, de los minerales).
- b) Contaminación de los ecosistemas y del la atmósfera con sustancias toxicas que la degradan.
- c) Acumulación de tóxicos provenientes de la industria y de las actividades de consumo que superan la tasa de asimilación de los ecosistemas.³²

La crisis ecológica en que estamos inmersos es “el horizonte que va a determinar, y que de hecho ya lo está haciendo, nuestra visión del mundo y de la realidad”³³. Gracias a nuestro proyecto de racionalización del mundo entero, “la ciencia natural se instituyó como el paradigma absoluto del conocimiento, como regidora total para deslindar lo pensable de lo inconcebible. La ciudad ideal construida por la razón”.³⁴

Debemos terminar con la ignorancia, pero sobretudo con la indiferencia, que nos caracteriza en cuanto a las cuestiones ambientales, con especial énfasis en el daño que estamos causando a la naturaleza y, por consiguiente, a la Tierra. El ser humano al considerarse como el centro de todas las cosas, se vuelve un ser arrogante que cree que fenómenos como el “efecto invernadero” -mecanismo por el cual la atmósfera de la Tierra se calienta- el “calentamiento global” -el aumento de la temperatura global del planeta, fenómeno que se atribuya al efecto de la contaminación humana, en particular a la quema de combustibles fósiles como el carbón y el petróleo y a la tala de bosques- o el “cambio climático” -el cual engloba al concepto anterior, pero además incluye a todas las variaciones del clima que han ocurrido durante de la historia del planeta- son en gran parte naturales y que la Tierra está en condiciones de sobreponerse a ello por sí misma para continuar con la vida.³⁵

La postura anterior, es el denominador común de lo que la mayoría de las personas creen. Es más cómodo, pero es una postura completamente inconsciente, creer que la crisis ecológica actual y sus consecuencias son sólo visiones erróneas. Esta postura, únicamente ignora las consecuencias reales de esta crisis ecológica. Es más fácil pensar que la Tierra se sobrepondrá por sí misma que asumir que si las cosas continúan así “a mediados del siglo

31 Francisco Garrido Peña, “El Paradigma Ecológico”, ob. cit., p. 2.

32 *Ídem.*, p. 3-4.

33 *Ídem.* p.2

34 Augusto Lizarazo, “*La Nostalgia de los signos. Destrucción y re-figuración del sentido en la cultura contemporánea*” Conferencia impartida en el Foro Social Mundial en Caracas – Venezuela, el 27 de enero de 2006, en http://www.diegolizarazo.com/pdfs/nostalgia_delos_signos.pdf (consulta: julio 2009), p. 2.

35 Cf. Margarita Caballero, Socorro Lozano, y Beatriz Ortega, “Efecto invernadero, calentamiento global y cambio climático: una perspectiva desde las ciencias de la tierra” en Revista Digital Universitaria, Volumen 8, No. 10, 10 de Octubre de 2007, México, p. 3.

XXI podrían desaparecer entre uno y dos tercios de todas las especies vivas del planeta”³⁶ o que el “calentamiento global puede llegar hasta los 6 grados centígrados”³⁷, y este aumento de temperatura significaría, por un lado, grandes sequías y, por el otro, tremendas inundaciones. Por lo tanto, debemos dejar la indiferencia a un lado y preocuparnos más por el futuro de la Tierra y de la vida; debemos dejar de sobreexplotarla, tanto a ella como a sus recursos, pues es la casa común de todos los seres que la conformamos, y si no hacemos algo al respecto estamos condenándonos a la desaparición de la especie humana y de muchas otras especies.

4.- Antropocentrismo y derechos de los animales

Nuestra visión antropocéntrica actual, referente al trato de animales nos ha enseñado, entre otras cosas ha:

4.1.- Desaparecer la biodiversidad

El Dr. A Lizarazo señala que “un estudio reciente nos advierte que con la tendencia actual de consumo irracional, implementación ciega de la tecnología y destrucción de los recursos, estaremos cerca de destruir el 72% de la biodiversidad total en los próximos 30 años. Pero con el ambiente no sólo se mueren las plantas y los animales, desaparecen también los pueblos que allí viven, la migración concomitante aniquila las lenguas y termina por desaparecer las culturas.”³⁸ Mucha gente podrá pensar que, a fin de cuentas, es de poca importancia que desaparezcan especies, si de cualquier manera, en el transcurso natural del tiempo, las especies desaparecen de forma natural. Lo importante en este punto es diferenciar entre la desaparición natural y la desaparición antropológica (causada por el hombre). Como Jorge Richmann lo explica “antes de la era industrial, el promedio de extinción era de una especie de mamíferos cada 400 años y de una especie de aves cada 200 años, pero las extinciones documentadas en los últimos 400 años indican que han desaparecido 58 especies de mamíferos y 115 de aves. Estas cifras representan sólo las extinciones conocidas.”³⁹

Pues bien, debería ser aterrador para los seres humanos darnos cuenta de que estamos ocasionando la desaparición de especies a un ritmo muchísimo más elevado de lo que deberían desaparecer naturalmente. De hecho, estamos desapareciendo una cantidad mayor de especies de las que descubrimos: “Estimaciones científicas indican que estamos exterminando”

36 Jorge Richmann, *Todos los animales somos hermanos, Ensayo sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas*, ob. cit., p.96.

37 Leonardo Boff, *Opción Tierra*, ob. cit., p. 70.

38 Augusto Lizarazo, “La Nostalgia de los signos. Destrucción y re-figuración del sentido en la cultura contemporánea”, ob. cit., p. 4.

39 Jorge Richmann, *Todos los animales somos hermanos, Ensayo sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas*, ob.cit., p. 99-100.

nando especies animales y vegetales a un ritmo que multiplica entre doscientas y mil veces el ritmo natural de desaparición de especies en tiempos pre-humanos.”⁴⁰

A pesar de contar con estas cifras, sé que a mucha gente le parecerá indiferente el que las tasas de extinción de especies por causa antropogénica sean mucho más elevadas que la tasa de extinción de forma natural. De cualquier forma ¿qué importa? Si estamos desapareciendo animales y plantas es porque nuestro beneficio así lo exige, y es el justo precio que se debe pagar. Pues bien, existe algo que Jorge Richmann llama “la biodeversidad: seguro de vida de la vida”⁴¹, es decir, que entre mayor sea la biodiversidad que existe en un ecosistema es mayor la capacidad de autorregulación del mismo, y por tanto, se genera estabilidad. A las personas parece olvidársenos que “una biosfera sana es la mayor proveedora de servicios públicos gratuitos que podamos concebir”⁴²

De igual forma habrá gente que crea que las extinciones de especies son normales. Y sí, lo son; es más, en la historia de la Tierra ha habido cinco mega extinciones masivas. La más conocida de ellas ocurrió hace 65 millones de años, cuando desaparecieron los dinosaurios; ahora sabemos que fue provocada por el impacto de un meteorito en la Península de Yucatán. Por tanto, todas las extinciones pretéritas han sido ocasionadas por algún factor externo. Nunca antes una especie ha orillado a miles de las restantes ha desaparecer en su beneficio propio.

No hay que olvidar que es obligación de nosotros el que las futuras generaciones puedan vivir en un mundo similar al nuestro, con la misma riqueza de vida. Dicho de otra forma, debemos optar por una sociedad sostenible.

4.2.- Utilizar animales para el consumo de su carne, en las llamadas Ganaderías Intensivas

Es importante caer en la cuenta que “los animales criados en tales condiciones padecen una vida lamentable y llena de sufrimientos.”⁴³ El utilizar animales dentro de estas ganaderías intensivas es poco favorable por dos razones:

a) Porque, como ya lo explique, los animales criados en estas ganaderías son “convertidos en energía bioquímica poco eficientes”⁴⁴. Es decir, para producir un kilo de carne utilizamos aproximadamente entre 2 y 20 kilos de plantas y cereales. Sería mejor que esos kilos de alimento sean utilizados directamente para alimentar a los miles de seres humanos hambrientos en el mundo, en lugar de ser utilizados para engordar a los animales que comerán los países ricos.

En su artículo “Ante una autentica crisis alimentaria global” Jeremy Rifkin sostiene que “más del 70 por ciento de los cereales se destinan a la alimentación del ganado, sobre

40 *Ídem.* p.100

41 *Ídem.* p. 97.

42 *Ídem.* p. 109

43 *Ídem.*, p. 171.

44 *Ídem.*, p. 164.

todo vacuno. Se dedican 157 millones de toneladas métricas de cereales, legumbres y proteínas vegetales aptas para el uso humano para alimentar al ganado que producirá los 28 millones de toneladas métricas de proteínas animales que consumen los estadounidenses anualmente.⁴⁵

b) Los animales tienen el derecho a vivir de acuerdo a sus condiciones naturales. Salt decía que “alguna excusa se antoja necesaria por el dolor y la pérdida que ocasionamos a los animales al restringir su libertad, mutilar sus cuerpos, y finalmente, poner fin a su vida por nuestro placer o conveniencia.”⁴⁶ Yo no abogaré por un vegetarianismo estricto, pero sí abogo para que los animales que son utilizados para el consumo de su carne, vivan de acuerdo a sus necesidades básicas, a vivir libres y después, si es el caso, sacrificados sin dolor. No necesariamente cómo hasta la fecha vemos, pues tienen que ir de la mano el sufrimiento y la matanza.

No estoy de acuerdo que millones de aves vivan encerradas en jaulas pequeñas en donde ni siquiera se les permite extender sus alas; ni que las vacas sean engordadas con hormonas; ni tampoco que las crías sean asesinadas a los pocos días de nacidas. Abogo para que los animales destinados para consumo sean “sacrificados de forma indolora, después de haber vivido una vida digna y rica en experiencias agradables.”⁴⁷

4.3.- Testear productos en animales

Sobre esta práctica, señala Quijano que “cada año millones de animales son sometidos, en vivo, a innumerables pruebas y experimentos muy dolorosos para determinar la seguridad de productos cosméticos, de aseo personal y de limpieza.”⁴⁸

El utilizar animales para experimentación no debería recibir el nombre solamente de “experimentos”. Para llamar a esa actividad de manera más acertada deberíamos usar el nombre que Henry Salt solía utilizar: “tortura experimental”. Se estima que entre 200 y 500 millones de seres vivos (primates no humanos, conejos, ratas, ratones, hámster, perros, gatos, pájaros, etc.) mueren en los laboratorios cada año.⁴⁹ Son utilizados para el “avance” de diversos fines: farmacéuticos, químicos, alimentarios, cosméticos y militares primordialmente.

Un ejemplo de un experimento muy utilizado es el test Draizer, utilizado con fines cosméticos y de aseo. En él se sujeta a un conejo desde el cuello con un inmovilizador, y se vierte sobre uno de sus ojos (el otro sirve de referencia) el producto a testear, provocando

45 *Ibidem*.

46 Henry Salt, *Los Derechos de los Animales*, ob. cit. p. 67.

47 Jorge Richmann, *Todos los animales somos hermanos, Ensayo sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas*, ob. cit., p.174.

48 Gabriel E. Quijano “Productos de tocador clínicamente testeados en animales” en *Vivir sin Daño*, No. 2, Año 1.

49 Cf. Jorge Richmann, *Todos los animales somos hermanos, Ensayo sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas*, ob. cit., p.134.

irritación, hemorragia, úlceras y ceguera. Los dolores son tan espantosos que los animales chillan de dolor y frecuentemente fracturan su columna vertebral intentando escapar.⁵⁰

Cada día de la vida de estos animales es un día de sufrimiento. El resto de su tiempo lo pasan encerrados de por vida, en jaulas día y noche, sin espacio para correr y sin relacionarse con otros animales. Lamentablemente sólo salen de sus jaulas para otra prueba o para morir.⁵¹

¿En realidad vale la pena someter a millones de animales a estas terribles condiciones de vida, para obtener nuevos cosméticos o limpiadores? “El científico sabio y el sabio humanista son idénticos. Una ciencia verdadera no puede ignorar el hecho sólido e inconvertible de que la práctica de la vivisección repugna a la conciencia humana... la llamada ciencia que deliberadamente pasa por alto este hecho, y que limita su visión a los aspectos materiales del problema, no es en absoluto una ciencia, sino una afirmación unilateral de las opiniones que hallan favor en una particular clase de hombres.”⁵²

La parte más lamentable del caso es que la mayoría de todos estos experimentos son inútiles: “Tres de cada cuatro experimentos no arrojan resultados significativos para los mismos investigadores.”⁵³ Afortunadamente hay avances en el tema. El Parlamento Europeo (a partir de 2009) ha prohibido definitivamente el empleo de animales para experimentación con fines cosméticos y también la comercialización de productos experimentados con animales.⁵⁴

Pero aún y con estos avances no hay que olvidar que “La vivisección... no es la raíz de la barbarie y la injusticia, sino lo más florido de ellas, su consumación: el non plus ultra de la inequidad del trato del hombre con las razas inferiores.”⁵⁵

4.4.- La matanza de animales

La matanza de animales es el pan de cada día en nuestras ciudades, ya sea por diversión o por deporte: caza de zorro, corridas de toros, peleas de gallos y perros.

No puedo explicar lo repugnante que me parecen las corridas de toros: el hecho de que una muchedumbre se divierta con el dolor de cómo es torturado un animal. Ni la cultura, la tradición o el arte que alegan sus aficionados me parece suficiente para que en nuestra época sigamos tolerando la llamada “fiesta brava”: “Las corridas de toros son un espectáculo bochornoso en tres actos, de unos veinte minutos de duración, que escenifica la fal-

50 Cf. *Ídem*. p. 136. También Voz “Experimentación con animales” en Wikipedia http://es.wikipedia.org/wiki/Experimentaci%C3%B3n_con_animales (consulta: julio de 2009)

51 Cf. “La experimentación con animales” en Equanimal http://www.equanimal.org/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=42 (consulta: julio de 2009)

52 Henry Salt, *Los Derechos de los Animales*, ob. cit., p. 93.

53 Jorge Richmann, *Todos los animales somos hermanos, Ensayo sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas*, ob. cit., p.140.

54 Cf. *Ídem*, p. 136.

55 Henry Salt, *Los Derechos de los Animales*, ob. cit., p. 96.

sa superioridad y la fascinación enfermiza con la sangre y la carne de la que se alimentan, contra toda lógica ética y dietética, quienes creen tener un derecho divino a disponer a su antojo de la vida de otros seres sensibles, llegando incluso a justificar y trivializar la muerte del toro como arte y diversión; un comportamiento patológico que nace de una incapacidad para afrontar el dolor de las víctimas y una morbosidad irrefrenable ante la posibilidad de ser testigo directo de alguna cornada, o de la muerte del matador; un riesgo fortuito, infrecuente (un torero por cada 40.000 toros sacrificados), y sobre todo evitable que, sin embargo, incrementa el carácter macabro de la corrida.”⁵⁶

4.5.- Despellejar animales, regularmente vivos, para el uso de abrigos

Sobre esta práctica, las estadísticas señalan que “el 85% de la producción europea de piel es originaria de animales criados en granjas. Visonos, zorros, vacas, nutrias, hurones, chinchillas, forman parte del grupo de animales usados para producir piel para vestimenta y tapicería. En el caso de visones, zorros, chinchillas y hurones sus vidas durarán hasta que el grosor de su piel sea lo suficientemente apto para poder ser comercializado.”⁵⁷

Millones de estos animales son sometidos a las más terribles condiciones de vida. Nacen en pequeñas jaulas en donde apenas pueden moverse. El estrés del cautiverio les vuelve locos y suelen autolesionarse o dejar de comer. Y cuando llega su hora les retuercen el cuello manualmente o los asfixian, encerrándolos en una caja e introduciendo monóxido de carbono. Esta es una muerte lenta que dura aproximadamente 30 minutos. O peor aún, en algunos animales existen tres tipos de técnicas para no dañar la piel. Primero se les cuelga con una especie de gancho aún vivos, se les introduce un electrodo en la boca y otro en el ano con una barra metálica que suele atravesar las paredes del intestino, y después se les electrocuta y finalmente, se cuelga a los animales boca abajo y se les golpea en la cabeza con un mazo; entonces se recurre a la larga agonía del monóxido de carbono.⁵⁸

4.6.- La utilización de animales para diversión humana: circos y zoológicos

Sé que para la mayoría de los niños, los circos son un lugar sumamente agradable, donde se ríen y divierten de los actos “artísticos” que los animales realizan, entre otras cosas. Pero no hay que olvidar la otra cara de la moneda. Para los animales, los circos no son divertidos. No creo que nadie encuentre divertido el ser arrancado de su hábitat, de sus compañeros, y ser obligado, generalmente con golpes a realizar actos ridículos y anti-naturales para divertir a los humanos, aunque estos sean niños, y pasar el resto de tu vida en una jaula, encerrado y encadenado.

56 “Corridas de toros: el arte del engaño” en *International Vegetarian Union* <http://www.ivu.org/ave/corridas.html> (consulta: agosto de 2009)

57 “Las pieles: un asunto de vida o muerte” en *Equanimal* http://www.equanimal.org/index.php?option=com_content&view=article&id=11&Itemid=45 (consulta: julio 2009.)

58 Cf. *Ídem*.

Por otro lado, el estado cautivo de los animales no otorga educación a los niños que van a verlo: “No nos dice nada sobre la naturaleza, porque es completamente artificial. El único grupo que se beneficia del circo es el circo mismo. Los circos le enseñan a nuestros hijos desde pequeños la peor actitud posible hacia los animales, despojando a unas magníficas criaturas de su dignidad a base de forzarlas a realizar trucos tontos y dolorosos, los cuales terminan de ser aceptados por nuestros hijos como naturales”.⁵⁹

4.7.- El abandono de miles de animales domésticos

Es irónico cómo las estadísticas de perros abandonados en nuestras calles aumentan cada día de la misma forma en que se expiden leyes para protegerlos. Miles de perros son abandonados en las calles de nuestro país anualmente, sin ninguna compasión de sus dueños, que los echan a la calle sin importar lo que puedan sufrir, que mueran de inanición, atropellados o apaleados. Aquí se da una situación paradójica: mientras que el perro es la víctima, pues fue a él a quien se le expulsó del grupo al que creía pertenecer, es decir, fue abandonado por quienes creía su familia, es el que recibe el peor castigo, la muerte.⁶⁰

Después de analizar a conciencia la situación a la que nos ha orillado nuestra ética actual, respecto a nuestro trato hacia los animales, no creo que exista todavía quien sostenga que nuestra ética es capaz de hacernos enfrentar la realidad actual.

En este tema cabe mencionar un punto importante. El tema de los derechos de los animales ha cobrado importancia en varios países de Europa y Norteamérica, de hecho en 1977 se promulgó la Declaración Universal de los Derechos de los Animales (engloba en 14 artículos, los derechos básicos que todos los animales poseen) y se ha concretizado como una regulación independiente a las cuestiones ambientales. En cambio, en México, el tema se ha reducido a la expedición de leyes administrativas de protección a los animales (sólo 24 Estados poseen una ley, pese que México ratificó la Declaración Universal de los Derechos de los Animales), pero con una visión antropocéntrica que no ha sido superada en lo absoluto.

Actualmente el objetivo primordial es acoger a todos los animales no-humanos dentro de nuestro círculo de la moral, de esta manera les otorgaríamos al menos un derecho primordial: el derecho a vivir sin tortura, el derecho a no ser sometido a un trato cruel y degradante, derecho a un trato digno, a permanecer en su hábitat. Eso es lo que ya afirmó Rousseau en el “Discurso sobre el Origen de la Desigualdad”, en plena Ilustración. Y no lo hizo solo. Los pensadores ilustrados, los mismos que llevaron a la madurez la idea de los derechos humanos, reclamaron también el cese de la crueldad contra los animales. Ahí se reúnen las voces de Voltaire, Hume, Bentham, Leibniz. Kant, quien sufría al ver como los

59 “Los circos: el infierno para los animales”, en Agrupación para la Defensa Ética de los animales <http://blog.pucp.edu.pe/?amount=0&blogid=134&query=CIRCO> (consulta: julio 2009.)

60 Cf. Martha Tafalla, “Sobre perros y justicia. A propósito de la prohibición del sacrificio de perros abandonados en Cataluña” en *Revista del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona*, No 6, marzo de 2006.

campesinos trataban con crueldad a los animales que les ayudaban en el trabajo, creía que el deber de no maltratar animales no era ya hacia los propios animales, sino hacia nosotros mismos. Cada vez que torturamos a un animal, traicionamos nuestra humanidad. Y Kant afirmó, como ya lo había hecho santo Tomás de Aquino, que existe una línea de continuidad entre la violencia contra los animales y la violencia contra los humanos. No se puede acabar con la violencia hacia los humanos si no atacamos también la violencia contra los animales.⁶¹

Por su parte, Bentham postuló que los animales, por su capacidad de sentir agonía y sufrimiento, independientemente de que tuviesen la capacidad de diferenciar entre “bien” y “mal” deben tener unos derechos fundamentales como el derecho a la vida y a su seguridad, y a estar libres de la tortura y de la esclavitud. O Spencer que habla de cierta libertad restringida, “la afirmación de que los animales, al igual que los seres humanos, aun cuando desde luego en mucha menor medida, poseen una individualidad diferenciada y, en consecuencia, tienen derecho en justicia a vivir su vida con una medida de esa libertad restringida”.⁶²

Desafortunadamente, la visión de respeto a los animales de autores como los anteriores quedó en el olvido y predominó la visión antropocéntrica de la modernidad. En nuestros tiempos, los seres humanos no tenemos interés en respetar los derechos de los animales. A la mayoría de nosotros no es completamente indiferente el dolor de un ser sensible, pero aún que muchas veces ese dolor es provocado por nosotros mismos, ya sea para comer, vestir, o divertirnos.

Muchos pensaran que es ilógico conceder derechos a los animales, y por tanto adentrarlos en nuestro círculo de la moral. Argumentarán que los animales para que necesitan los derechos si no tienen la capacidad de razonar, si son sólo “seres que no son agentes morales, que no saben defender sus propios intereses, que no saben hablar de la justicia, y que por supuesto no nos van a respetar a nosotros nuestros derechos humanos a cambio de que respetemos los suyos”.⁶³ Es decir, los animales para qué quieren derechos sino son capaces de comunicarse ni de razonar o peor aún son simples herramientas. Pero si este es el argumento de la mayoría de las personas, sería fácil combatirlo con preguntas como ¿entonces los niños, incapaces o enfermos tampoco son sujetos éticos de derecho, pues no son capaces de razonar ni hablar? Creo que la respuesta es lo contrario, como ellos son seres desvalidos nuestra obligación es cuidarlos y protegerlos, pues no tiene capacidad de defenderse o poner voz a su dolor.

El argumento dominante para no reconocer derechos a los animales y a la Tierra, es entonces la falta de capacidad de hablar o de razonar como lo hacen los humanos, y se pierde de vista lo primordial: que son seres que como nosotros poseen un sistema nervioso central y por lo tanto son capaces de sentir dolor físico y psíquico. Son animales que, como

61 Cf. Martha Tafalla, “Por qué necesitamos una ley de protección a los animales” en Jornada Parlamentaria Contra el Maltrato Animal y la Tauromaquia., Congreso de los Diputados, Madrid, 18 de octubre de 2007.

62 Henry Salt, *Los Derechos de los Animales*, ob. cit., p. 34.

63 Martha Tafalla, “Por qué necesitamos una ley de protección a los animales” ob.cit.

explica Martha Tafalla, “ríen y lloran como nosotros, aman y odian, se pelean y se reconcilian, sufren y son felices. Los ingredientes de que estamos hechos son los mismos, y lo único que cambia son las cantidades y las proporciones.”⁶⁴ El no poder exteriorizar su dolor por no poseer lenguaje lo hace una víctima más fácil de crueldad porque no puede defenderse por sí mismo. En cambio, nosotros tenemos lenguaje y somos seres racionales, capaces de distinguir entre lo bueno y lo malo, y por tanto es nuestra responsabilidad proteger a los animales, mas no estamos legitimados para maltratarlos.

Para Richamann, los animales son fines en sí mismos –Kant determinó que los seres humanos y sólo ellos, son fines en sí mismos- pues tienen su propio bien y nunca deberían ser tratados como meros instrumentos: “Los animales no son agentes morales (los niños tampoco), sino sólo pacientes morales, pero ello no obsta para que deban ser tratados como fines en sí mismos.”⁶⁵

En palabras de Ursula Wolf, “los seres son objeto de consideración moral en la medida en que son dignos de protección, y esto a su vez lo son gracias a su vinculación con algún valor superior inviolable. Ahora, desde nuestra concepción, son objeto de la moral sencillamente todos aquellos seres necesitados de protección, o sea aquellos con quienes es posible tener consideración, y lo son en tanto que vulnerables. Correlativamente, el objeto de la consideración moral serían las distintas formas de vulnerabilidad y sufrimiento.”⁶⁶

Los animales merecen consideración moral por el simple hecho de que son seres vulnerables a ser dañados. Es momento en que los seres humanos amplíemos nuestro círculo moral y alberguemos en él a todas aquellas criaturas capaces de sentir dolor. Dejar de utilizarlos como instrumentos y considerarlos fines en sí mismos, como seres que poseen dignidad y que debe ser respetados.⁶⁷

Acoger a los animales no-humanos en nuestro círculo moral es entender que, independientemente de si son humanos o no, son seres capaces de sufrir. La justicia debe traspasar las barreras de la especie. Todo cuanto vive merece vivir una vida digna, dentro de sus límites y posibilidades.

Salt lo decía hace ya más de 100 años, “si entendemos por reconocimiento de derechos que al hombre, como ser sensible e inteligente, debe dispensársele de todo sufrimiento evitable, se deriva de ello que otros seres que también son sensibles e inteligentes, aunque en un grado inferior, deben asimismo, en un grado también inferior, disfrutar de la misma dispensa.”⁶⁸ Es por todo lo anterior que “no hay buenas razones (razones moralmen-

64 *Ibidem*.

65 Jorge Richmann, *Todos los animales somos hermanos, Ensayo sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas*, ob. cit., p.67.

66 Cf. *Ídem*, p. 301.

67 Cf. Jorge Richmann, *Todos los animales somos hermanos, Ensayo sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas*, ob. cit., p.63-80.

68 Henry Salt, *Los Derechos de los Animales*, ob. cit. p. 118.

te validas) para no tomar en cuenta los intereses de los animales en las acciones y decisiones que los afectan”⁶⁹

Para terminar con el erróneo sistema de valores que poseemos respecto a nuestro trato hacia los animales, han surgido a nivel Internacional numerosos grupos de defensa de los derechos de los animales, que afirman que los animales tienen intereses que merecen protección y respeto. Esto a “partir de la idea de que los animales poseen una individualidad diferenciada, sensible e inteligente.”⁷⁰

Estos grupos se dividen en dos extremos. El primero es el movimiento de liberación animal, que promulgan dejar de utilizar a los animales como instrumentos y considerarlos fines en sí mismos. El segundo grupo es el de Bienestar animal, que acepta que la sociedad siga utilizando animales, pero reduciendo el sufrimiento de los mismos.⁷¹

Mi perspectiva personal la comparto con el ideal del primer grupo, es decir, se deben conceder derechos morales a todos los seres no-humanos al mismo nivel de los intereses humanos. Mi premisa primordial, es ampliar nuestro círculo de la moral para acoger dentro de él a todos los seres que sean capaces de sentir dolor y no sólo reducir la violencia con la que generalmente se les trata.

El origen del multicitado círculo moral fue explicado por Darwin. Para él “la moral no es algo eterno, existente por sí mismo, que ya existiera en este planeta antes de la llegada de los seres humanos. La moral tal como nosotros la entendemos, la bondad, la justicia, todo eso nació con la especie humana, es un producto evolutivo, se desarrolló como se desarrollaron nuestras manos, nuestra posición erguida, la inteligencia o el lenguaje. Se desarrolló como una estrategia de supervivencia, una forma de vivir y de convivir mejor.”⁷² Esta clase de moral era la que predominaba en nuestros antepasados; sólo los que pertenecían a la misma tribu merecían ser acogidos, los demás podían ser maltratados, pues no nos despertaban el menor sentimiento moral. Por lo tanto, nuestra moral era tribal, y la mayoría de la humanidad sigue poseyendo la misma clase de moral, aun cuando la humanidad ha evolucionado con el paso de las generaciones y ésta ha acogido cada vez más seres; por tanto, los límites de este círculo moral se han ido extendiendo, superando el racismo, el machismo o la esclavitud, y es tiempo de que superemos uno más, el especismo.

Pero ampliar dicho círculo es difícil y en ciertas ocasiones contradictorio. Algunas personas tratan bien a sus mascotas, pero asisten sin problemas a las corridas de toros. Es decir, son justos con unos e injusto con otros. Por ello creo que es tiempo de que la humanidad entera reconsidere su posición respecto a los animales; no sólo a sus mascotas o

69 Jorge Richmann, Todos los animales somos hermanos, Ensayo sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas, ob. cit., p. 71.

70 *Ídem.*, p. 68.

71 Cf. Martha Tafalla, “La defensa de los animales. Razones para un movimiento moral”, ob. cit.

72 Martha Tafalla, “Los animales y el círculo de la moral” Conferencia pronunciada en Jornadas sobre Ciudadanía, Ética y Bienestar Animal, Oficina Verde Europea, Colegio Mayor Rector Peset de la Universidad de Valencia, noviembre de 2006.

aquellos que les agradan sino que incluya en su círculo de la moral a todos los seres que son capaces de sufrir.

Creo que es tiempo de que cambiemos nuestra forma de pensar. Tal como Darwin lo explicó en su Teoría de la Selección Natural, somos sólo un ser más entre millones de especies que son únicas. La idea de que los seres humanos tienen características mentales totalmente inexistentes en los animales es inconsistente con la teoría de la evolución⁷³.

Es cierto que tenemos un encéfalo más desarrollado, y por tanto poseemos inteligencia. Pero también lo es que el sistema nervioso de los animales no es artificial. Se desarrolló de manera muy parecida al nuestro y “aunque los humanos tienen una corteza cerebral más desarrollada que otros animales, esta parte del cerebro está relacionada con las funciones pensantes más que con los impulsos básicos, emociones y sentimientos”⁷⁴. Lo importante es que todos los seres tienen capacidad de sentir amor, dolor o temor, por tanto no deben ser tratados como máquinas insensibles.

Para concluir no existen como ya lo afirmé anteriormente razones suficientes, ni científicas o filosóficas, que permitan asegurar que los animales sienten dolor. Lo que sí puede afirmarse es que existe, y sobremedida, la indiferencia nuestra a ese dolor.

5.- Superación del paradigma antropocéntrico: hacia una nueva ética

La crisis ecológica en la que actualmente nos encontramos ha dado pie para que reflexionemos sobre la relación entre los seres humanos y la naturaleza. El dilema se encuentra entre saber si nuestra ética occidental es capaz de afrontar y remediar esta crisis o si es necesaria la construcción de un nuevo paradigma que amplíe nuestro círculo moral y nos permita acoger a todos los seres.⁷⁵

Después de analizar a conciencia la situación a la que nos ha orillado nuestra ética actual, no creo que exista todavía quien sostenga que nuestra ética es capaz de hacernos enfrentar la realidad actual. Creo que ha quedado claro que nuestro sistema ético es inadecuado pues nos ha orillado, entre muchas otras cosas, a que millones de seres humanos vivan en inmensa pobreza y que millones de especies estén desapareciendo de una forma mucho más acelerada que la extinción natural.

En nuestro sistema vigente queda claro que los animales son objeto de propiedad, instrumentos que utilizamos para nuestros propios fines, ya sea comer, diversión, vestido, etc. Creemos que estamos legitimados para tratarlos según nos plazca, pues “una mera herramienta no posee derechos, ni autonomía, ni dignidad, ni merece ningún respeto.”⁷⁶Que

73 Cf. Gary L. Francione, “Nuestra hipocresía”, trad. Ana María Aboglio, en Anima <http://www.anima.org.ar/liberacion/enfoques/nuestra-hipocresia.pdf> (consulta: mayo 2009), p. 2.

74 Peter Singer, “*Los animales sienten dolor*”, ob. cit.

75 Cf. Jorge Enrique Linares, “La expansión de la ética y la responsabilidad humana ante la naturaleza”, ob. cit., p. 1.

76 Martha Tafalla, “La defensa de los animales. Razones para un movimiento moral” en *Crítica*, No. 941, Año LVII, enero de 2007, Madrid.

decir de la pobreza y la destrucción de la naturaleza. Todos estos abusos reflejan un negro horizonte que tiene que ser enfrentado. El ser humano no tiene ningún argumento válido que le permita seguir sometiendo a millones de seres vivos (animales humanos y no-humanos) al dolor y la devastación que se les ha ocasionado. No puede seguir destruyendo todo lo que encuentre a su paso, ni seguirse multiplicando sin control. El problema más grave es que no nos hemos dado cuenta que sólo nosotros somos los causantes de estos problemas. Muchas personas piensan que esto es un castigo divino, pues nos hemos alejado de Dios. Algunos más que es simplemente un escándalo provocado por personas radicales, pues la mayoría de ellos creen que la naturaleza está en la capacidad de reponerse por sí misma. Otros creen que el problema existe, pero que la ciencia nos salvará de todo ello. Y sólo un porcentaje muy pequeño de la población considera que la raza humana es la causante de toda esta devastación, y que, por lo tanto, somos los únicos capaces de revestir el daño causado. Y no sólo somos capaces sino que tenemos la obligación moral de hacerlo. Cada que una especie desaparece nuestro espíritu se empobrece. No podemos seguir pretendiendo creer que el progreso que anhelamos signifique la tortura de millones de animales para conseguir un mejor perfume o una arma más letal; o arrancarle la piel a un ser vivo que siente igual que nosotros para confeccionar un abrigo; o atiborrar a miles de gallinas en cajas, inyectarles hormonas para que pongan huevos, destinados al mercado capitalista. Debemos ser más sensibles al dolor ajeno, sea humano o no. Partir de la consideración de que todos los seres vivos tienen el derecho inalienable de vivir como lo que son: seres que comparten con nosotros nuestra gran casa común.⁷⁷

Es este tipo de progreso al que deberíamos aspirar, no aquel en que sólo importa la rentabilidad, las fuerzas del mercado, el capital. El verdadero progreso sólo puede darse respetando a los demás seres, de lo contrario cada día desaparecerán más especies, los bosques y selvas seguirán siendo talados sin control, la capa de ozono seguirá devastándose, aumentará la desertificación, miles de animales seguirán siendo despellejados vivos, miles de ballenas cazadas, miles de focas mutiladas por su hermosa piel, aumentará el calentamiento global, millones de animales seguirán siendo sometidos vivos a innumerables pruebas muy dolorosas para determinar qué tan seguro es un cosmético o pero aun que tan letal es una arma, millones de animales domésticos morirán en las calles de inanición o de golpes y millones de seres humanos seguirán condenados a la forma de vida que han soportado en las últimas décadas.⁷⁸

Por lo tanto, necesitamos cambiar el paradigma vigente, que su origen se remonta, como hice mención anteriormente, a la interpretación que se hizo de la Biblia. Por una lectura antropocéntrica de los primeros libros del Génesis, el hombre concluyó que él era la criatura que dominaría la Tierra por ser creado de manera especial y ser una criatura superior

77 Cf. Gary L. Francione, "Nuestra hipocresía", ob. cit., pp. 2-4.

78 Cf. Richard Ryder, "Todos los seres que sienten dolor merecen derechos humanos La igualdad de las especies es la conclusión lógica de la moral post-Darwin" en *Universo Animal* http://www.universoanimal.com/merecen_derechos_humanos.pdf (consulta: julio 2009), pp. 1-3. También Gabriel E. Quijano, "Productos de tocador clínicamente testados en animales" en *Vivir sin daño*, No. 2, 2004, Barcelona, p. 1

al ser la imagen y semejanza de Dios, y por lo tanto tendría el dominio pleno sobre todas las criaturas del mundo. Esta concepción se fortaleció, como también ya lo explique anteriormente, con las ideas de los precursores de la era moderna (Descartes, Newton, Galileo, Bacon) que pensaban que el hombre es el ser primordial en la naturaleza, que ésta gira sólo en torno a él, y que puede ser dominada a su antojo, por ser su dueño absoluto⁷⁹. “A partir de la razón instrumental analítica de los modernos, con la aparición de la tecnociencia en los siglos XVII-XVIII, la Tierra paso a ser vista, simplemente como *res extensa*, un objeto extenso e inerte que le había sido entregado al ser humano como medio para expresar su voluntad.”⁸⁰

La época moderna, teniendo como base las ideas de los pensadores antes señalados, enseñó al hombre que lo único importante era el crecimiento y desarrollo acelerados, porque solamente esto los llevaría al progreso anhelado. Convenientemente el hombre adoptó esta nueva visión del mundo -base del paradigma moderno- la cual hemos conservado por 300 años, pero actualmente la Tierra reclama todos los maltratos infringidos durante todo este tiempo. El hombre desafortunadamente no utilizó su raciocinio para pensar que todas las conductas destructivas que ha tenido para con la naturaleza y todos los seres que la componen, terminarían en un desequilibrio drástico que cambiaría el futuro de nuestra casa común. Y lo paradójico es que el ser humano no sólo está destruyendo la Tierra, sino también a sí mismo.

Como se sabe, el uso del concepto paradigma se refiere a “una manera organizada, sistemática y habitual de relacionarnos con nosotros mismos y con todo lo demás, se trata de modelos y pautas de apreciación, explicación y acción sobre la realidad circundante”⁸¹. Y, ¿por qué necesitamos un cambio de paradigma? Porque es urgente que reconsideremos “el concepto de naturaleza o más bien la relación entre la naturaleza y mundanidad humana”⁸². Como Richmann lo explica: “Estamos viviendo una crisis de civilización de enorme caldo histórico. Los problemas que plantea la consecución de la paz y la justicia en la era nuclear, la protección de la biosfera en la era de la crisis ecológica planetaria, la desigualdad social en la era de la mundialización de la economía.”⁸³

No parece importar cuán desgastada está la Tierra por la sobreexplotación a la que la hemos sometido; tampoco parecen importar los daños a los seres que como nosotros la habitan, porque ellos, al igual que nosotros son sólo una etapa más de una evolución de

79 Cf. Jorge Richmann, *Todos los animales somos hermanos, Ensayo sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas*, ob. cit., p. 45. También Henry Salt, *Los Derechos de los Animales*, ob. cit, p. 35. También Enric Mompó, “Antropocentrismo y Modernidad”, ob. cit.. También Voz “Derechos de los animales” en Wikipedia, ob. cit.. También Leonardo Boff, *Ecología, Mundialización, Espiritualidad*, ob. cit., pp. 40-42

80 Leonardo Boff, *Opción Tierra*, ob. cit., p. 45.

81 Leonardo Boff, *Opción Tierra*, ob. cit., p. 138.

82 Jorge Enrique Linares, “La expansión de la ética y la responsabilidad humana ante la naturaleza”, ob. cit., p.2.

83 Jorge Richmann, “*Todos los animales somos hermanos, Ensayo sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas*”, ob. cit., p.29

millones de años. Es sorprendente la manera en que el hombre ha extinguido especies a lo largo de las últimas décadas. Y no sólo destruimos miles de especies o bosques, también contaminamos los mares, ríos, lagos, y lamentablemente todas estas conductas son las han originado la destrucción de la Tierra. ¡Hasta cuándo la humanidad comprenderá el enorme daño que ha ocasionado y cuándo empezará a remediarlo! Resultaría iluso pensar que el hombre puede conservar aun por mucho tiempo la concepción errónea del mundo que posee, pues ello lo llevaría a la extinción de una especie más en su récord, sólo que lamentablemente sería él mismo. Y eso resulta tan paradójico pues sólo bastaría con preguntarse cuan incontrolable es ya el calentamiento global. No obstante lo más importante para el ser humano parece seguir siendo entonces, aun a costa de su propia existencia, el “progreso”. No importa que miles de ecosistemas desaparezcan mientras las ciudades sigan expandiéndose y nosotros multiplicándonos y consumiendo sin control.⁸⁴

Debemos reconsiderar las actitudes de la mayoría de las sociedades modernas que piensan que adoptar actitudes que tuvieron otras formaciones sociales, sería un retroceso, y que iría totalmente en contra del anhelado progreso sin fin que ellas anhelan. Lo único importante actualmente es que la materia constituye la única realidad importante, es decir, nuestras sociedades son, en su mayoría, materialistas.⁸⁵ Pero si logramos superar la concepción de que sólo importa el progreso, no sería descabellado pensar que podamos adoptar tales formas de pensar, y entonces crear un paradigma que nacería de formas alternativas de sociedades, donde la naturaleza es respetada.

Por todo lo anterior es urgente que los seres humanos comprendamos que no podemos permitir que esto siga sucediendo. La Tierra necesita descansar, pues de esto depende nuestra supervivencia y la de millones de seres que la han habitado por miles de años; debemos pensar como una gran comunidad y tener como fin común el bienestar de la Tierra, pues ésta es casa común de todos los seres que la habitamos y ninguno tenemos supremacía sobre los otros. Paradójicamente, según han comprobado los estudios científicos, desde la más diminuta bacteria hasta nosotros, compartimos los mismos 20 aminoácidos esenciales y las mismas 4 bases -adenina, guanina, timina y citocina- de los compuestos nitrogenados que forman junto con un monosacárido y un grupo fosfato los nucleótidos que forman el ARN O ADN. Es por ello que todos tenemos un antecedente común, que todos estamos de una u otra forma relacionados entre sí, y que por lo tanto, deberíamos cambiar la visión equivocada que tenemos para empezar una nueva cultura de respeto y solidaridad con todos los seres. “Debemos construir un nuevo ethos que permita una nueva convivencia entre los seres humanos con los demás seres de la comunidad biótica, planetaria y cósmica.”⁸⁶

Ya lo decía Salt hace más de 100 años: “En medio de la precipitación y el arrebato de la sociedad competitiva, en el que se tiene al beneficio comercial por el principal objeto de trabajo, y donde el bienestar de hombres y mujeres se sacrifica sin escrúpulos en aras de tal

84 Cf. Leonardo Boff, *Opción Tierra*, ob. cit., p. 135-137.

85 Cf. Ídem. p. 21.

86 Ídem., p. 25.

objeto ¿qué probabilidad existe de que los animales inferiores no sean utilizados atendiendo tan sólo a esa finalidad predominante?⁸⁷

Hace más de 100 años que Salt se preguntó lo anterior. En ese entonces era improbable que los animales tuvieran derechos. Aun se pisoteaban los derechos humanos. Pero como lo dije han pasado más de 100 años, los derechos humanos son tomados ya en cuenta. Es momento que nuestra sociedad cambie su paradigma. Ahora nos toca responder que no es una probabilidad de que a los animales les sean reconocidos sus derechos. Que ahora es una realidad.

Pero esto sólo cambiará si modificamos nuestro concepto de la naturaleza. Si seguimos creyendo que ella es sólo un montón de recursos a nuestra completa disposición (manufacturable) en cualquier dirección (mecanismo), y que sólo el hombre (y generalmente entendiéndolo por género y no especie, es decir androcentrismo) es sujeto y tiene una existencia ontológicamente real (racionalismo humanista) y moralmente digna (antropocentrismo), entonces están dadas todas las condiciones culturales para que todo lo que la naturaleza nos ofrece sea reducido a meros valores mercantiles.⁸⁸

Por ello es importante que la humanidad reflexione sobre esta imperiosa necesidad de cambio en donde se respete la vida. No importa si es alguien o no de nuestra misma especie, pues debemos tener compasión y amor a todos los seres, en especial después del maltrato al que hemos sometido a millones de ellos. Debemos crear sociedades justas para preservar un desarrollo sostenible en vías de favorecer a las generaciones futuras y principalmente respetar a la Tierra.

Es el momento en que el hombre adopte dicha forma de vida para que esté en aptitud de cambiar su concepción acerca del mundo, acerca de nuestra casa común. Solamente de esta forma nuestro planeta estará en capacidad de recuperarse de todos los estragos causados. De esta manera miles de especies que están en peligro de extinción podrán vivir. Los bosques ya no serán aniquilados; los mares y ríos no serán envenenados; y la comunidad completa podrá vivir en paz. Es necesario que adopte esta nueva forma de vida, en donde respete absolutamente todos los seres que la conforman; es más, tiene la obligación moral de hacerlo, pues de otra forma está aniquilando su propia existencia. Afortunadamente, cada día son más las personas que han razonado lo anterior; que es necesario dejar atrás ideas antropocéntricas y del mito del progreso infinito, y comenzar con un cambio para que la Tierra pueda recuperarse de todos los estragos causados. No obstante aún la mayoría de las personas, sobre todo en nuestro país, creen que estos son temas absurdos o de poca importancia, y que quienes tenemos interés en esto somos personas alarmistas, porque la Tierra es, según ellos, capaz de recuperarse por sí misma de todo lo que se le ha causado.⁸⁹

Por todo ello es necesario un cambio de paradigma “con su modo de producción, su modelo de consumo y sus valores”⁹⁰, el cual no incluye solamente la mera preocupación

87 Henry Salt, *Los Derechos de los Animales*, ob. cit., p.107.

88 Cf. Francisco Garrido Peña, “El Paradigma Ecológico”, ob. cit., pp.7-8

89 Cf. *Ídem.*, p. 23

90 Leonardo Boff, *Opción Tierra*, ob. cit., p. 87.

por los problemas ambientales, constituye además una serie de factores, entre los cuales se encuentra una nueva forma de vida, una nueva conducta relacionada al ambiente.

Ha quedado demostrado que nuestro sistema de valores no ha funcionado respecto al ambiente ni al trato que tenemos con los animales. Necesitamos un nuevo paradigma, la construcción de un nuevo sistema ético. Es urgente la construcción de un nuevo modelo de reflexión ética en donde la naturaleza y todos los demás seres vivos deben ser parte de nuestro círculo moral. Dejar atrás el enfoque antropocéntrico, pues es precisamente la arrogancia de este sistema lo que ha puesto en peligro la naturaleza, pues “mientras el hombre siga siendo el referente básico y fundante de toda actitud ética, seguirá utilizando la Naturaleza para sus propios fines”⁹¹. Por ello debe admitirse que nosotros no somos la fuente de moralidad, sino que todos los seres lo son, por el simple hecho de serlo, que poseen valor intrínseco, ante lo cual no podemos más que reconocer dicho valor. “Según esta concepción, la esfera natural coincide con la esfera ética, y ser sujeto moral ya no es algo exclusivo del hombre.”⁹² Terminar con las barreras de la especie, pues la moralidad no termina donde lo hace la humanidad.

Es por ello que debemos esforzarnos por cambiar nuestra visión de la vida; debemos crear nuevos principios éticos que nos permitan convivir en paz con la naturaleza y sus seres, partiendo de una nueva ética biocéntrica, en donde prevalezca el respeto absoluto de todos los seres vivos.

Debemos adoptar una ética centrada en la vida, en donde los seres vivos merezcan interés y respeto de todos nosotros, simplemente por ser miembros de nuestra casa común. Como Taylor explica: “otorgarles valor intrínseco, si un ser es miembro de la comunidad de vida en la Tierra, la realización de su bien es algo intrínsecamente valioso que se conserve y promueve como fin en sí mismo”

Para lograr este objetivo necesitamos adoptar una ética ecológica, con el fin de incluir a la naturaleza en nuestro círculo de la moral, de la cual fue excluida por el antropocentrismo dominante en la época moderna. Aunque lo que la realidad nos muestra, como ya lo dije, es realmente androcentrismo. La realidad nos muestra que la supuesta superioridad humana, es en realidad, un androcentrismo, la imagen de la realidad centrada en el hombre. Por tanto, debemos dejar a un lado estas ideas androcentristas y tener como objetivo extender los límites de nuestro círculo para poder incluir en él a todos los seres que conforman este planeta.

El primer modelo de ética ecológica es la juridificación, es “la atribución a la naturaleza de la condición de sujeto jurídico o sujeto de derechos”. Si atribuimos derechos a la naturaleza, además por ende, reconoceremos a los animales como sujetos de ciertos derechos, alcanzando cierta igualdad jurídica con los seres humanos.”⁹³

91 Alfonso Flores Flores, “Programa para una Filosofía Ambiental” en Google Pages, <http://alfonso.florez.florez.googlepages.com/Programaparaunafilosofaambiental.pdf> p. 3 (consulta agosto de 2009)

92 *Ibidem*.

93 Gabriel Bello, *Animismo y prosopopeya: una mirada crítica a la ética ecológica*, Resma, Universidad de la Laguna, 2005., p 6.

El segundo modelo, la estetización de la naturaleza, considera que los seres capaces de sufrir por poseer un sistema nervioso central son sujetos estéticos o sensibles. Si se reconoce a los animales como sujetos estéticos, es decir, que tienen la capacidad de sufrir o gozar, debería considerárseles como “sujetos morales y, sobre esta base, sujetos de derechos. Del derecho a que no se les cause dolor innecesariamente”.⁹⁴

Por tanto, tomando como base cualquiera de los modelos antes planteados, la crueldad contra los animales y la destrucción contra la naturaleza deben detenerse. “Una cosa es justa cuando tiende a conservar la estabilidad, integridad y belleza de la comunidad biótica. Es injusta cuando tiende a otra cosa.”⁹⁵

La única forma de cambiar el panorama desolador al que nos enfrentamos es revalorar lo que compartimos, y digo compartimos porque no poseemos nada. La belleza de la naturaleza, la riqueza de la vida no es nuestra, ni por mandato divino ni por potestad de los creadores de la ciencia moderna. Todos los seres vivos formamos parte de un todo, la Tierra.

Ojala llegue el día en que la comunidad entera esté en paz, donde nadie esté subordinado el uno del otro, donde no exista la crueldad, y se dé la auténtica compasión entre todos los seres que formamos este planeta. Es necesario que el hombre cambie el paradigma que ha conservado. Y es necesario por su propio bien. Debe encontrar la forma de razonar que el estar en armonía con la naturaleza es la única forma de el progreso, que la idea de progreso sin fin es un utopismo, un desencanto que la posmodernidad nos enseñó —el cual debemos tomar con humildad—. El progreso que experimentamos está desafortunadamente ligado a la pobreza y a la devastación del planeta por lo que va en contra de todos nosotros. No somos la fuente absoluta del conocimiento y mucho menos tenemos el poder de actuar sobre la naturaleza. Como Boff diría: “Después de siglos de cultura material, hoy buscamos ansiosamente una espiritualidad simple y sólida, basada en la percepción del misterio del universo y del ser humano, en la ética de la responsabilidad, de la solidaridad y la compasión, fundada en el cuidado, en el valor intrínseco de cada cosa, en el trabajo bien hecho, en ser competentes, en la honestidad y en la transparencia de las intenciones.”⁹⁶

El superar nuestro antropocentrismo conlleva un esfuerzo conjunto de toda la humanidad. El entender que los animales no humanos no son hechos para nuestro servicio sino simplemente compañeros de vida será sumamente difícil.

Igual de difícil que en su tiempo fue la superación de la discriminación por sexo, o por raza. Hasta hace no mucho tiempo los negros eran esclavizados por la raza blanca, o las mujeres no podían acceder a la educación.

El mundo de hoy nos ha enseñado que la vida no pertenece a la especie humana, que mucho menos somos dueños del universo, que somos sólo una especie más dentro del planeta, que la jerarquía de la raza humana sobre todas las demás especies sólo ha arrojado un

94 *Ídem.*, p. 7

95 Diana Marcela Salazar Barragán, Ciro Alfonso Cerna Mendoza, “Ética, Medio Ambiente y Economía” en *Persona y Bioética*, No. 026, Vol. 1, 2006, Colombia, p.10.

96 Leonardo Boff, *Cuidar la Tierra*, ob. cit., p. 22.

planeta inmerso en una red de desorganización, crueldad, indiferencia y destrucción hacia todos los seres vivos. Es por ello que la humanidad debe forjar una nueva filosofía, un código de ética biológica y un código de comportamiento moral que nos permita establecer nuevamente el balance natural del universo, el comprender que sólo somos una especie más y de hecho de las más recientes en la historia de la Tierra. Esta nueva forma de relación entre los seres humanos y la naturaleza debe partir de la premisa de que los animales, al igual que los seres humanos sienten dolor, por tanto aplica la regla de “trata como te gustaría que te trataran”. No creo que a ninguno de nosotros nos gustaría que nos despellejaran vivos para vestir un “abrigo de moda”; que nos encierren en jaulas pequeñas de por vida; nos hagan engordar, al grado de que se nos rompan los huesos por el propio peso, para consumir más carne; que nos inyecten hormonas para producir más leche; que nos arranquen de nuestros hábitats para divertir a un grupo de personas; que nos torturen para producir actos que van contra nuestro propio bien; que nos torturen de la peor manera para conservar la “tradicón y la cultura de un pueblo”; que experimenten con nosotros las pruebas más dolorosas para ver qué tan seguro es un cosmético o que tan letal es un arma, y peor aún, que el 99% de las pruebas que hacen con nosotros sean completamente inútiles; que nos abandonen cuando ya no resultamos útiles; y un sinnfín de atrocidades más que el ser humano ha cometido y sigue cometiendo contra seres sensibles, compañeros de nuestra casa común. Por todo lo anterior, es urgente que el hombre se replantee su posición en la naturaleza y la forma de convivencia con los demás seres vivos. Este cambio de paradigma supone una revolución en el pensamiento actual, situación que resulta contraria a lo que la Modernidad nos ha enseñado, pero el hecho de que sea contraria no quiere decir que sea imposible. Es momento de partir de una nueva escala de valores: compasión, respeto, solidaridad, sensibilidad, amor, tolerancia, deben ser el denominador común de la nueva ética biocéntrica, aquella que nos permitirá convivir en paz, partiendo del respeto absoluto hacia la naturaleza y todos los seres que la componen.

CONTROVERSIAS Y DISPUTAS FISCALES DERIVADAS DEL ESTABLECIMIENTO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA. Otros mecanismos contemplados en la normativa para buscar soluciones

Vicente Torre Delgadillo¹

Resumen: En la práctica fiscal, la determinación que realizan tanto los contribuyentes como la Administración tributaria al momento de valorar las operaciones vinculadas resulta en muchas ocasiones divergente. Esta situación obedece principalmente tanto a la falta de coordinación de criterios y de su debida unificación, así como a la disparidad de los términos que se utilizan en las diversas normativas que regulan la materia. Estas circunstancias provocan problemas de interpretación y certeza jurídica que provocan doble imposición. Al ser transacciones de carácter internacional tenemos que los procedimientos judiciales se complican y alargan, con el consecuente perjuicio fiscal que se causa a los contribuyentes involucrados en este tipo de operaciones comerciales.

Palabras clave: Precios de transferencia, doble imposición, mecanismos alternos de solución de controversias.

Abstract: In the fiscal practice, the taxpayers and the tax administration agencies do not determine their operations the same way. On one hand, this situation is due to the lack of coordination and unified criteria, and on the other, as a result of the disparity in the terminology used in the different legal dispositions regulating this area. These interpretation circumstances are the cause of certainty problems and double taxation. Resulting from international transactions, the tax legal procedures become long and complicated causing problems to the taxpayers involved in this type of commercial operations.

Key words: Transfer price, double taxations, alternative dispute resolution.

1.- Introducción

Antes de entrar al estudio de las alternativas que existen en la normativa fiscal para reducir, evitar o eliminar las disputas y conflictos que se pueden derivar del establecimiento de precios de transferencia en operaciones entre partes relacionadas², es conveniente ubicar al lector en el tema, así estará en condiciones de comprender y entender la importancia de es-

¹ Facultad de Derecho de la UASLP. Correo-e: vicente.torre@uaslp.mx

² Dos o más personas físicas o morales son partes relacionadas cuando una participa en forma directa en la dirección, control o administración de la otra. Este término es generalmente empleado en el contexto de los tratados tributarios sobre precios de transferencia para referirse a negocios empresariales que se encuentran bajo un interés y participación común. Un punto de gran relevancia a tener en cuenta es que el grado de participación requerido varía de país en país, hecho que puede llevar a situaciones en las cuales una operación pueda considerarse como una transacción entre empresas vinculadas en un país y en otro no; por lo tanto, habrá que cerciorarse qué grado de participación se requiere en las diversas legislaciones para que dos empresas sean consideradas vinculadas y se puedan aplicar las reglas sobre precios de trans-

tos mecanismos mencionados. Por precios de transferencia debemos entender todos aquellos valores que se establecen en las operaciones que se celebran entre partes relacionadas en la compraventa de bienes tangibles, intangibles, prestación de servicios, operaciones de financiamiento o incluso venta de acciones, los cuales deben ser establecidos de conformidad con el principio de libre mercado –*principio Arm's Length*³–.

Ahora bien, el contribuyente para demostrar a las Administraciones tributarias que los valores establecidos en sus operaciones relacionadas cumplen con el principio *Arm's Length*, en México, el artículo 216 de la Ley del Impuesto sobre la Renta –LISR en adelante establece una lista jerarquizada de los métodos de valoración⁴ que se deben emplear. Además, el especialista encargado de realizar el estudio de precios de transferencia, debe efectuar una minuciosa justificación de la metodología que se empleó y certificar que la misma arroja un precio comparable de mercado.

En la práctica, la aplicación que realizan tanto los contribuyentes como la Administración tributaria de los métodos de valoración contenidos en el citado artículo 216 del LISR, en muchas ocasiones es divergente. Esta situación obedece principalmente tanto a la falta de coordinación de criterios y de su debida unificación, como a la disparidad de los términos que se utilizan en las diversas normativas que regulan la materia. Estas circunstancias provocan que la aplicación de los diversos métodos de valoración no cumpla con su propósito, ocasionando a su vez que los procedimientos judiciales se compliquen y alarguen con el consecuente grave perjuicio que se causa a las partes que necesariamente se ven involucradas en este tipo de operaciones comerciales.

Como consecuencia de la situación antes descrita se han desarrollado una serie de procedimientos administrativos que buscan de una manera más rápida, flexible y simple la solución a las disputas que surgen como consecuencia de la implementación de las diversas metodologías de valoración evitando con ello grandes pérdidas de recursos y tiempo.

Así las cosas, las partes interesadas pueden optar por acudir a cinco vías –*procedimiento de arbitraje, comprobaciones simultáneas, acuerdos previos de precios, procedimiento amistoso y ajustes correlativos*–, que permitirán minimizar las disputas sobre precios de transferencia y ayudar

ferencia. *Cfr.* OECD, “Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises y Tax Administrations” OECD, París, 1995.

3 El principio *Arm's Length* consiste en que los valores establecidos entre partes relacionadas correspondan a los que hubieran sido establecidos entre partes independientes en operaciones comparables. *Cfr.* HAINSWORTH, STEAN y CROCKER, JENNY, *New Zealand's revised transfer pricing guidelines examined, Tax Management Transfer Pricing*, Vol.9, No,15, Ed IBFD, Washington, DC, p. 465

4 El artículo 216 de la LISR señala la siguiente lista de métodos de valoración: I Método del Precio Comparable no Controlado; II.- Método del Precio de Reventa; III.- Método del Costo Adicionado; IV.- Método de Partición de Utilidades; V.- Método Residual de Partición de Utilidades; VI.- Método de Márgenes Netos Transaccionales. *Cfr.* Ley del Impuesto sobre la Renta Art. 216. Para un análisis completo de las diversas metodologías *Cfr.* CAMPERO, PÉREZ SAN VICENTE, COSCAR, Descripción de los métodos de precios de transferencia, regla del mejor método y ejemplos de la aplicación de éstos, *en la obra colectiva Precios de Transferencia, marco Teórico, Jurídico y Práctico*, Ed. IMCP, México, 2008, pp. 97-110

a resolver éstas cuando surjan entre los contribuyentes y las Administraciones tributarias, o bien entre diferentes Administraciones tributarias⁵.

2.- Arbitraje fiscal una alternativa en estudio

El uso del arbitraje fiscal⁶ se ha convertido en una posible alternativa a la necesidad imperiosa de reducir los tiempos procesales que se presentan en los procesos judiciales abordan problemas de precios de transferencia.

Como consecuencia del carácter internacional del comercio y de las inversiones, las disputas derivadas de estas actividades no solamente suponen controversias entre contribuyentes y Administraciones tributarias, sino que estas también se presentan entre diferentes Administraciones tributarias.

Tradicionalmente, los problemas de este tipo habían sido resueltos por el procedimiento amistoso. Sin embargo, con este procedimiento, no existe ninguna garantía de que se llegue a una solución bajo este procedimiento si las Administraciones después de la consulta no llegan a un acuerdo.

En el área tributaria la doctrina se ha interesado en el arbitraje como instrumento para resolver las controversias, puesto que los laudos dictados por los tribunales arbitrales son vinculantes para las partes en la disputa. Por lo tanto, en la utilización de este instrumento existe la certidumbre de que se llegará a una solución del conflicto⁷.

5 *Cfr.* CAVESTANY MANZANEDO, M.A., Aspectos procedimentales de los ajustes fiscales sobre precios de transferencia», *Cuadernos de Formación Fiscal*, No.30, Ed. IEF, 1996, p.1.

6 El arbitraje se ha venido definiendo como un mecanismo alternativo y voluntario de impartición de justicia, en el que un tercero investido de facultades jurisdiccionales limitadas, resuelve vinculativamente una controversia, con la colaboración de la autoridad judicial en la ejecución del laudo y otros actos señalados en el acuerdo arbitral. *Cfr.* CONTRERAS, VACA, FRANCISCO, *Derecho internacional privado parte general*, 4ª. Ed., México, Oxford University Press, 2009, p.101

7 Este procedimiento ofrece muchas ventajas en contraste con los medios tradicionales de resolución de controversias. Entre los beneficios que ofrecen, destaca el que las partes puedan elegir libremente para resolver una controversia a un árbitro, que escucha las razones de las partes sobre la controversia y dicta un laudo que posee unas características muy definidas en cuanto a su revisión y control, vinculando a las partes salvo contadas excepciones. La posibilidad de acudir al arbitraje internacional deberá plasmarse en los convenios Internacionales que firme cada Estado. *Cfr.* GARCÍA FRÍAS, A.:«El arbitraje tributario internacional», en *Fiscalidad Internacional*, obra coordinada por SERRANO ANTÓN, F., Ed. CEF, Madrid, 2005, p.10. Para el profesor GARCÍA NOVOA es factible la implantación de este tipo de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, partiendo de que el arbitraje tributario debe preverse expresamente en normas de rango legal que este inspirado en los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes. También el referido profesor señala que: «cuando la discrepancia verse exclusivamente sobre los hechos o valoraciones de naturaleza técnica, la Administración y el contribuyente podrán someterse al criterio de un tribunal de árbitros de probada capacitación y titulación técnica para resolver el asunto que se les plantea. *Cfr.* GARCÍA NOVOA, C.: «Mecanismos alternativos para la resolución de controversias tributarias, Su introducción en el derecho español», en *Revista Técnica Tributaria*, No. 59, Ed. AEDAF, Madrid, 2002, pp. 94-98. También véase VILLAR EZCU-

En el área de la fiscalidad internacional y de manera específica en materia de los precios de transferencia el arbitraje ha recibido una manifiesta atención por parte de la OCDE⁸.

Sobre este tema, la Unión Europea adoptó el convenio relativo a la supresión de la doble imposición en casos de corrección de ingresos gravables entre empresas asociadas (*Convenio sobre la eliminación de la doble imposición en el caso de rectificación de beneficios de empresas asociadas de 23 de julio de 1990, 90/436/CEE*)⁹.

La aplicación del convenio queda limitada a aquellos países de la Unión Europea (UE) que lo hayan ratificado, pero es preciso señalar que sólo será utilizado cuando las em-

RRA, M.: «La aplicación del arbitraje a las causas tributarias», en *Estudios acerca de la Reforma de la justicia en España*, RAJL, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, pp. 207-226. También véase Cfr. SERRANO ANTÓN, F.: «La terminación convencional de procedimientos tributarios en la experiencia de los Estados Unidos», en *Crónica Tributaria*, No. 78, Ed. IEF, Madrid, 1996, p. 96.

8 La posibilidad de utilizar el arbitraje en las disputas tributarias ha sido reconocida en el MCOCDE desde 1977. Los comentarios al artículo 25 del convenio modelo para evitar la doble imposición mencionan la posibilidad de la intervención de árbitros independientes a los que se les podría solicitar una opinión consultiva. BARBARA ANGUS, Consejera sobre fiscalidad internacional del Tesoro Americano ha puesto de manifiesto que por el momento en los EE.UU. se piensa en el arbitraje como una posible solución a los complicados problemas de doble imposición que se presentan, pero que por el momento no se han planteado la posibilidad de hacer mención de este mecanismo en el Modelo de Convenio Americano. Primero que nada, indica ANGUS; es necesario que las autoridades se enfoquen en clarificar ciertos elementos primordiales de los tratados, para poder implantar en un futuro el procedimiento amistoso. También ha considerado que el trabajo realizado por la OCDE sobre el Arbitraje como instrumento de resolución de controversias es un elemento valioso, ya que, a través de él está logrando que otros países piensen en este mecanismo como una vía de solución que permitirá resolver los problemas de doble imposición. Cfr. ANGUS, B.: «International Arbitration», en *Bulletin of IBFD*, Amsterdam, Vol. 56, No.3, 2002, pp.87. El Informe de 1984 sobre ajustes correlativos contiene una discusión del uso del procedimiento de arbitraje para asegurar que los ajustes correlativos fueran hechos sobre una base consistente.

9 DOCE 20 de agosto de 1990. Entro en vigor el 1º de Enero de 1995. La ratificación española se dio el 10 de abril de 1992. Véase GARCÍA FRÍAS, A.: «El arbitraje tributario internacional», *ob.cit.*, p.1060, también TILLINGAST, D.R.: «Issues in the implementation of the Arbitration of disputes arising under income Tax Treaties», en *Bulletin of IBFD*, Amsterdam, Vol. 56, No.3, 2002, pp. 99-100. También BROOKS, R.: «The 1990 European Community Arbitration Convention», en *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol. 9 No. 10, Appendices D, Ed. BNA, Washington, DC., 2000, p.23 Desafortunadamente, parece que los Estados en vías de adhesión no disponen de medios legales para acelerar la entrada en vigor del Convenio de Arbitraje. Por consiguiente, el Foro ha acordado por consenso recomendar a los Estados miembros que se comprometan a ratificar los tratados de adhesión al Convenio de Arbitraje en un plazo máximo de dos años a partir de la adhesión de los nuevos Estados miembros. Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas: «Comunicación de la Comisión, al Consejo, al Parlamento Europeo y al CESE», en http://www.ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum. Web visitada el 12/10/2010

presas afectadas por las correcciones de precios residan en Estados miembros de la UE, excluyendo además a aquellas empresas vinculadas que residan en un mismo Estado¹⁰.

El Convenio tiene por objetivo eliminar la doble imposición que se llega a producir como resultado de la realización por parte de las Administraciones tributarias de ajustes por los ingresos que perciben empresas vinculadas. Se prevé que cuando se considere que de un ajuste de beneficios se pueda originar una doble imposición, una empresa puede enviar una reclamación a la autoridad competente de su país de residencia, para que notifiquen esta situación a las otras autoridades de los Estados involucrados y se inicien a la mayor brevedad posible los trámites correspondientes para buscar una solución al problema de la doble tributación¹¹.

Por lo tanto, este Convenio se podrá aplicar en aquellos casos de precios de transferencia que involucren a Estados miembros de la UE y que no han sido resueltos después de dos años¹², pudiendo el asunto exponerse ante un panel de árbitros que en seis meses pronunciarán un dictamen basándose en las disposiciones del Convenio¹³.

10 En otras palabras, se excluyen las situaciones internas. Habrá que tener en cuenta además las exclusiones territoriales especificadas en el artículo 16.2 del convenio (90/436/CEE).

11 Aunque del estudio que se hace del Convenio 90/436/CEE pudiera parecer que el ámbito objetivo de aplicación es aparentemente restringido, coincidimos con la profesora GARCÍA FRIAS, cuando advierte que “la limitación de la materia resulta plenamente justificada, ya que los precios de transferencia son uno de los aspectos más problemáticos de la fiscalidad internacional y ello es precisamente lo que ha motivado este concreto acotamiento del ámbito de aplicación”. Véase GARCÍA FRÍAS, A.: «El arbitraje tributario internacional», *ob. cit.*, pp.1064-1065. En la actualidad el caso más destacado de doble imposición es el que mantienen la empresa inglesa *GlaxoSmithKline vs. El Tesoro Americano*. Asunto en el cual la disputa versa sobre 2.7 billones de dólares del pago de impuestos que el IRS reclama a *Glaxo* por la venta de los productos farmacéuticos ZANTAC y CEFRIN, impuestos los cuales la compañía inglesa señala que ya han sido pagados en el Reino Unido. Este tipo de casos al ir revistiendo mayores complicaciones se convierten en asuntos intratables para las Administraciones tributarias, consecuentemente los organismos internacionales han considerado que el arbitraje puede resultar un medio de solución de controversias efectivo. Véase *Transfer Pricing Report 724*, 1/7/04.

12 Un requisito previo para acudir al arbitraje es el haber iniciado el procedimiento amistoso como trámite ineludible, pues el procedimiento arbitral se concibe como una última fase dentro de un procedimiento más amplio. Una vez iniciado el procedimiento amistoso, las autoridades competentes no están obligadas a alcanzar un acuerdo sobre la eliminación de la doble imposición, pero se establece un término de dos años para solucionar el conflicto, si esto no es así, se dará por terminado el procedimiento, iniciándose los trámites necesarios para nombrar la comisión consultiva. Véase artículo 6.4 del convenio 90/436/CEE.

13 El dictamen no será de aplicación obligatoria e inmediata, pues sobre la base del mismo y durante el plazo máximo de seis meses, las Administraciones tributarias afectadas podrán adoptar de mutuo acuerdo una solución diferente al caso, siempre que sea acorde al Convenio y garantice la supresión de la doble imposición. Sólo en la situación de no llegarse a producir un acuerdo alternativo el dictamen será vinculante. Véase GARCÍA FRÍAS, A.: «El arbitraje tributario internacional», *ob.cit.*, pp.1068-1069.

No obstante, uno de los mayores problemas en la aplicación del procedimiento de arbitraje entre los Estados miembros de la UE es la falta de seguridad jurídica en la interpretación de las previsiones contenidas en el Convenio de arbitraje¹⁴.

En 2003 la Unión Europea inició un forum (*European Union Joint Transfer Pricing Forum*¹⁵), por el que, la Comisión invita a discutir las diferentes propuestas de los participantes para lograr una rápida implementación de la Convención de Arbitraje (90/436/CEE) en los nuevos Estados miembros como una alternativa que sirva de instrumento para la resolución de las controversias derivadas de las operaciones que involucran precios de transferencia, lo que ha permitido la presentación de nuevas perspectivas¹⁶.

14 En México, el arbitraje todavía no se utiliza en la solución de conflictos en materia de precios de transferencia, pues si bien es cierto, que se cuenta con una de las legislaciones más avanzadas sobre la materia en América Latina, también lo es que la Administración tributaria es apenas hasta finales de 2008, cuando ha empezado con mayor insistencia a requerir a los contribuyentes que cumplan con esta obligación que data desde finales de los noventas en nuestra legislación.

15 Holanda realizó una propuesta para perfeccionar el procedimiento de arbitraje en este Fórum (Marzo de 2002), y en ella trata de resolver los desacuerdos existentes entre los Estados miembros sobre cuando exactamente han transcurrido los dos años de negociaciones, y por lo tanto, cuando un asunto puede o debería ser objeto del procedimiento de arbitraje. Esta propuesta puede ser analizada a fondo en la Web: <http://europa.eu>, visitada el 17 de diciembre de 2009. Sobre las actividades que ha realizado el Foro Europeo sobre precios de transferencia además de la página web citada se pueden consultar los trabajos de: TRAPÉ VILADOMAT, M.: «El foro sobre precios de transferencia en la UE», en *Revista ICE Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*, No. 825, Madrid, 2005, pp. 161-172, GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: «Algunas reflexiones sobre la nueva regulación de las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades. Particular referencia a las obligaciones formales», en *Quincena Fiscal*, No.7/2007, consultada en la página web: www.westlaw.es el 24 de enero de 2011.

16 Uno de los objetivos del forum de la UE sobre precios de transferencia consiste en estudiar las políticas utilizadas por los Estados miembros respecto de: la aceptación de documentos en lenguaje extranjero; APA's; carga de la prueba; y al mismo tiempo también trata de buscar y alcanzar un consenso entre los participantes ante la gran diversidad posturas existentes. Este forum se reunió por primera vez en septiembre y diciembre de 2003. En septiembre se mantuvieron discusiones con las que se proponían mejorar el convenio de arbitraje y se iniciaron estudios sobre los requisitos de la documentación de precios de transferencia. En diciembre se continuó con este análisis y se iniciaron las negociaciones sobre las posibles medidas para evitar la doble imposición y el uso de los acuerdos previos de precios (*APA's*). Para el año de 2004 se programaron dos reuniones, una para primavera y otra para el otoño. En la reunión que se efectuó en primavera, el forum centró sus esfuerzos en la búsqueda de una reforma y cambios en las políticas de precios de transferencia de los países miembros, así como también del convenio de arbitraje; y en la reunión que se efectuó en otoño, se discutió sobre la adopción del informe que aprobó el Consejo. En marzo del 2005 se llevó a cabo la décimo primera reunión del *European Union Joint Transfer Pricing Forum*. En ésta se discutió sobre la implementación de los MASC, haciendo especial énfasis en los APA's y en el Procedimiento de Arbitraje. Véase la página Web: www.europa.eu./comm/taxation_customs//transfer_pricing/forum, visitada el 22/12/2009.

Es importante señalar que la Comisión de arbitraje de la UE ya ha resuelto casos de precios de transferencia desde que la Convención fue aceptada en 1995 -una disputa entre Francia e Italia sobre la imposición de las filiales de la empresa *Electrolux*¹⁷-. Este caso es un buen precedente porque muestra cómo la Convención de arbitraje de la UE puede ayudar a evitar la doble imposición, y además ha servido para despejar serias dudas sobre su eficacia¹⁸.

Al respecto, en México no se ha realizado propuesta alguna para utilizar el arbitraje como un medio de solución de conflictos en materia de precios de transferencia y en específico en el caso de los analizados ajustes. Esta situación se debe a nuestro parecer a la re-

17 En los EE.UU sólo se ha presentado a este procedimiento el asunto "*Apple Computer INC. v. Comm. No.21781-90*".

18 Cfr. MOSELLATO, G.: «First EU Arbitration case concluded, involved French, Italian Electrolux affiliates», en *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.12 No.8, Ed. BNA, Washington D.C., 2003, p.320. A pesar de que no se han hecho públicos los nombres de las partes que participaron en este procedimiento, la compañía Electrolux confirmó el año pasado que sus filiales estaban involucradas en esta disputa. Siendo este el primer caso resuelto bajo la Convención de arbitraje de la Unión Europea, ha sido un asunto exhaustivo que ha costado más de 100,000 euros. No obstante lo anterior, las complicaciones que se presentaron dentro del asunto las partes reafirman la convicción de que ha valido la pena el desembolso de la cantidad antes señalada para permitir una solución a esta larga disputa entre las autoridades de Francia e Italia, y que a la vez ha servido para abrir el camino a futuros arbitrajes. En la elección del panel arbitral -*compuesto por cinco personas que representaban a cada una de las Autoridades involucradas en la doble imposición, así como un profesor especializado en la materia de nacionalidad francesa, un prestigiado abogado italiano y un especialista de Luxemburgo*- se ocuparon 18 meses. SAINT-AMANS, árbitro en este asunto señala que durante el procedimiento de arbitraje se presentaron numerosos problemas de carácter administrativo y procedimental; algunos de estos problemas consistieron en la traducción de los documentos, pago de honorarios y gastos de viaje-. Después de la selección del panel, los miembros se tuvieron que poner de acuerdo en quién sería el presidente, dónde y en que fechas se reunirían, y en la elección de un miembro del tribunal que fungiera como secretario. A pesar de haber sido un largo proceso, se señala que arbitraje ha funcionado en este asunto. La superación de los obstáculos que se han presentado durante el proceso han desembocado en un resultado valioso, ya que pone una mayor presión a las Autoridades para resolver las disputas dentro de un período razonable, y si no fuera así, el contribuyente cuenta con un mecanismo para evitar la doble imposición -*Se considera que en este asunto la doble imposición ha sido resultado de la distribución de beneficios entre una filial manufacturera y una filial distribuidora*-. El beneficio resultante del arbitraje en estos casos deriva que si éste es solventado en base a las directrices de la OCDE, entonces esto podrá crear una conciencia entre los países que tengan problemas similares para someterse a él. Un problema real que puede presentarse dentro del arbitraje consiste en el rechazo de una de las partes a someterse a la decisión del panel. De acuerdo con las provisiones de la Convención, las dos naciones involucradas en un procedimiento de arbitraje disponen de seis meses con posterioridad a la recepción de la opinión del panel para presentar una alternativa, pues de lo contrario la opinión rendida se convierte en obligatoria, no obstante, no existe un mecanismo claro en caso de incumplimiento, no existen sanciones, ni medio alguno para forzar a un gobierno a cumplir con el arbitraje. Véase la página Web: http://www.europa.eu.int/comm/taxation_customs//transfer_pricing/forum visitada el 29 de septiembre de 2005.

ticencia de las autoridades a que un tercero intervenga en un ámbito exclusivo del Estado, bajo el argumento de la pérdida de soberanía.

3.- Comprobaciones simultáneas

Las comprobaciones simultáneas vienen a representar una forma de asistencia mutua entre las Administraciones tributarias, aplicadas en un amplio rango de situaciones internacionales, que permiten la cooperación en las investigaciones tributarias; es decir, son aquéllas actuaciones realizadas por dos o más países para comprobar simultánea e independientemente *-cada país en su propio territorio-* los asuntos fiscales de uno o varios contribuyentes sobre los que las Administraciones tributarias de los países involucrados tengan un interés común relacionado, para intercambiar información¹⁹.

Las comprobaciones se llevarán a cabo separadamente por los funcionarios de los respectivos Estados, realizándose los correspondientes intercambios de información, debiendo existir una planificación de éstos y especificando fechas y temas a desarrollar.

Este tipo de método administrativo nace de una aplicación espontánea del artículo 26 del MCOODE (intercambio de Información), como marco para desarrollar la comparación simultánea de grupos multinacionales con matriz o filiales situadas en ambos países²⁰. Con este sistema los países interesados intercambian listas de contribuyentes a los que se desea revisar, nombrándose una comisión para garantizar que se examinan los mismos ejercicios. Cualquier Estado es libre de interrumpir la comprobación simultánea cuando lo desee²¹.

Tanto los EE.UU., como los Países Nórdicos, han elaborado un modelo convenio de comprobaciones simultáneas, pero por ser muy similares al de la OCDE, éste es el que más se aplica²².

En todo caso, la información obtenida por uno de los Estados tiene que ser tratada como confidencial bajo su normativa, debe ser usada exclusivamente para ciertos propósitos tributarios y revelada solamente a ciertas personas y Administraciones involucradas en materias tributarias específicamente cubiertas por un convenio impositivo o un procedimiento amistoso²³.

Las comprobaciones simultáneas también permiten la identificación de potenciales disputas sobre precios de transferencia en una temprana etapa, minimizando con ello

19 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises...*», *ob.cit.*, ¶ 4.78.

20 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises...*», *ob.cit.*, ¶ 4.81, y también el artículo 26 del CMOODE, 2000.

21 El 23 de junio de 1992 la OCDE elaboró un modelo convenio para la aplicación de las comprobaciones simultáneas, siendo necesario para aprovecharlo la existencia previa de un convenio para evitar la doble imposición.

22 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises...*», *ob.cit.*, ¶ 4.82 - 4.92.

23 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises...*», *ob.cit.*, ¶ 4.83.

las controversias con los contribuyentes²⁴; esto sucederá cuando basados en la información obtenida durante el desarrollo de la misma, los inspectores tienen la oportunidad de discutir cualquier diferencia de opinión respecto a las condiciones establecidas por el contribuyente al determinar los precios de transferencia y son capaces de reconciliar esas controversias²⁵.

Es en la selección de casos de precios de transferencia sometidos a comprobaciones simultáneas, en dónde quizás se presentan algunos problemas, debido a las diferencias en los términos para llevar a cabo las comprobaciones o desarrollar las valoraciones en diferentes países y a los diversos periodos impositivos abiertos que se examinarán.

No obstante, este problema se puede mitigar mediante un oportuno intercambio de los programas de comprobaciones entre las Administraciones involucradas, para establecer en qué casos la comprobación de los periodos impositivos coinciden y de esta forma coordinar las futuras comprobaciones²⁶.

Lograr una coordinación entre las diversas regulaciones de precios de transferencia es uno de los objetivos primordiales de las comprobaciones simultáneas y sobre esta base lograr acuerdos, ya que obtener la información necesaria y determinar los hechos y circunstancias sobre las condiciones de determinación de los precios de transferencia en las operaciones entre empresas relacionadas en dos o más jurisdicciones, puede ser una tarea demasiado difícil para las Administraciones tributarias, especialmente en casos en donde los contribuyentes no cooperan o fallan en suministrar la información requerida en el tiempo debido.

En la actualidad las comprobaciones simultáneas han mostrado ser un instrumento útil para determinar adecuadamente las obligaciones de las empresas asociadas en casos en donde los gastos compartidos y los beneficios son distribuidos entre varios contribuyentes establecidos en diversas jurisdicciones tributarias. También las comprobaciones simultáneas facilitan el intercambio de información sobre la práctica de negocios y operaciones complejas entre empresas multinacionales en áreas específicas como el de las inversiones financieras²⁷.

En síntesis, las comprobaciones simultáneas pueden por un lado resultar un instrumento adecuado para identificar esas discrepancias sobre precios de transferencia, facilitar el intercambio de información y la operabilidad de los procedimientos amistosos²⁸, y por otra parte, aun cuando no se alcance un acuerdo durante el desarrollo de las compro-

24 Históricamente las comprobaciones fiscales simultáneas de precios de transferencia se han enfocado a casos en donde la verdadera naturaleza de las transacciones estaba disimulada por la interposición de paraísos fiscales; sin embargo, en casos complejos de precios de transferencia, se cree que éstas podrían cumplir un amplio papel, ya que se mejora la exactitud de la información disponible para las Administraciones tributarias que participan en un análisis de precios de transferencia.

25 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises...*», *ob.cit.*, ¶ 4.88.

26 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises...*», *ob.cit.*, ¶ 4.84.

27 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises...*», *ob.cit.*, ¶ 4.86.

28 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises...*», *ob.cit.*, ¶ 4.87.

baciones simultáneas, el contribuyente puede solicitar la iniciación del procedimiento amistoso para evitar una doble imposición²⁹.

4.- Acuerdos previos sobre precios de transferencia (*APA'S*)

Los Acuerdos Previos de Precios (*APA's*) constituyen un procedimiento de carácter cooperativo entre la Administración y el particular, diseñado originariamente en los EE.UU. y dirigido a dos objetivos, el ahorro de carga administrativa y de tiempo y la certeza jurídica sobre el resultado que se logra³⁰.

Este es un instrumento de prevención de controversias consistente en un acuerdo entre un contribuyente y las partes relacionadas y una o dos o más Administraciones tributarias, válido durante un período determinado, por el que se fija el método concreto que el contribuyente va a utilizar para determinar los precios de transferencia de las transacciones cubiertas por el acuerdo³¹.

En la actualidad hay una extendida aceptación de los *APA's* tanto en una base formal como informal³². Los métodos de valoración más frecuentemente utilizados en los *APA's*

29 Véase OCDE:«*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises...*», *ob.cit.*, ¶ 4.90.

30 Cfr. SICILIA, BARBA, RAÚL, Acuerdos Anticipados en materia de Precios de Transferencia, *APA* (Advance Pricing Agreements), en la obra colectiva Precios de Transferencia, marco teórico, jurídico y práctico, Ed. IMCP, México, 2008, p. 275

31 Véase OCDE:«*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises...*», *ob.cit.*, ¶ 4.124 y también HORST, THOMAS:«Transfer Pricing in the United States», en *The Tax Treatment of Transfer Pricing*, Ed. IBDF, actualización no. 13; Amsterdam, 1994, p. 283-301, McGOWAN, M. and DAVIS, PETER J.:«Appendix A. Extract from the October 1996 Inland Revenue Tax Bulletin. New OECD Report: Guidance on Revenue Procedures», en *Tax Management, Transfer Pricing Special Report*, Vol. 9 No. 10, Ed. BNA, Washington D.C., 2000, p. 15, también CHARLOTTE M.:« Practical experience with the OCDE Transfer Pricing Guideline», Ed. Kluwer and Taxation Publishers, Amsterdam, 1998, pp. 38-39. El procedimiento de celebración de un *APA* se inicia con la solicitud que haga el contribuyente interesado; existen reuniones previas entre las partes para suministrar información, manifestar los métodos y criterios tomados en cuenta para determinar el valor, la lista de preguntas que el contribuyente tiene que responder y la documentación que tiene que aportar. Posteriormente se notificará a la otra parte vinculada la existencia del *APA*, teniendo un plazo que puede variar de acuerdo a la legislación de cada país para presentar alegaciones. La formalización de la propuesta firmada por todos los interesados y acompañada de toda la documentación requerida variará según se trate de operaciones vinculadas; actividades de I+D o gastos de gestión. Admitida la propuesta la Autoridad debe pronunciarse; la aprobación o desestimación habrá de producirse en un periodo de seis meses. Contra la desestimación de la autoridad de un *APA* no existe posibilidad de recurso, lo cual se considera perjudicial contra los intereses del contribuyente, pues los *APA's* son el único medio que tienen para evitar el pago de intereses. Al cerrarse indebidamente esta vía por parte de las autoridades tributarias de evitar el pago de intereses por haber desestimado un *APA*, debería admitirse la posibilidad de recurso en vía económico – administrativa y contenciosa, previo el potestativo recurso de reposición.

32 Por ejemplo en la UE cinco países tienen reglas específicas sobre este instrumento: Bélgica, Francia, Holanda, España y Reino Unido. En Bélgica y Holanda se permite la realización de *APA's* unilaterales, bi-

son los tradicionales y, excepcionalmente, se admite la aplicación de otro siempre que produzca efectos de plena competencia.

Entre las ventajas que ofrecen estos acuerdos³³ destacan el mayor suministro e intercambio de información entre las partes, validan los métodos de valoración empleados, así como, las operaciones comparables utilizadas, la economía de recursos, medios y tiempo, la certidumbre que proporcionan al contribuyente una vez que han sido aprobados *-sobre todo cuando son multilaterales-*, y la inexistencia de ajustes de precios de transferencia durante la vigencia del acuerdo que ayudará a predecir con mayor flexibilidad los costes y gastos de las empresas, y en consecuencia, permitirá rentabilizar en mayor medida sus inversiones³⁴.

Respecto de las desventajas que presentan estos acuerdos³⁵ cabe destacar que para las Administraciones tributarias significan la utilización de un mayor número de recursos materiales y humanos, el impedimento a aplicar los resultados obtenidos en el APA a empresas del mismo grupo multinacional que no forman parte del acuerdo, la negociación de transacciones que no se han efectuado, por lo que los hechos y las circunstancias que se tienen en cuenta pueden no coincidir con los que existan en el momento en que las transacciones se hagan efectivas.

Respecto del contribuyente, necesitará éste recabar mucha información difícil de obtener en algunas ocasiones; existirán riesgos de violación de secretos industriales o comerciales y son un instrumento que no está al alcance de los pequeños contribuyentes.

4.1.- APAS en México

En México también se empieza con la implementación de los APA's como una alternativa para evitar la doble imposición. Como país miembro de la OCDE toma la postura común

laterales y multilaterales; en España* y Reino Unido la costumbre más practicada es la realización de APA's unilaterales y bilaterales; y en Francia* en su mayoría son bilaterales. (**España y Francia a finales del 2004 estaban preparados para firmar 2 APA's multilaterales*). El enfoque bilateral o multilateral asegura que los acuerdos reducirán el riesgo de doble imposición, serán más equitativos para las Administraciones tributarias y los contribuyentes mejorando la seguridad jurídica. Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises...*», *ob.cit.* ¶ 4.131.

33 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises...*», *ob.cit.* ¶ 4.143 – 4.147. Cfr. SICILIA, BARBA, RAÚL, *op.cit.*, p. 275. Los APA's unilaterales carecen de estas ventajas, ya que solo involucran a la Autoridad fiscal de un solo Estado y al contribuyente. No eliminándose el riesgo de doble imposición. Véase ACKREMAN, R.E.: «*The APA program a model alternative dispute resolution process*», en *Tax Management, Transfer Pricing Special Report*, No.9 Vol.2, Ed. BNA, Washington D.C., 1999, p. 2.

34 Otras ventajas que también presentan los APA's son: amparan la configuración de precios de transferencia por un periodo determinado de tiempo; brindan seguridad jurídica sobre el pasivo fiscal de los contribuyentes, previenen la ejecución de facultades de comprobación por parte de la autoridad; reducen la posibilidad de doble tributación o no tributación cuando son de carácter bilateral y posibilitan el acceso a información industrial útil y al análisis de metodologías de precios en un ambiente cooperativo.

35 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises...*», *ob.cit.*, ¶¶ 4.148 – 4.159, también CAVESTANY MANZANEDO. M.A.: «*Aspectos Procedimentales de los Ajustes Fiscales...*», *ob.cit.*, p. 7.

de preferir los APA's bilaterales o multilaterales sobre los unilaterales. Aunque se han llegado a firmar APA's unilaterales conforme a las bases del principio *Arm's Length*.

Los requisitos para obtener un APA en México están establecidos en la Regla 2.11.3 de la Resolución Miscelánea vigente. Una vez que se han cumplido con los requisitos la Administración Central de Auditoría de Precios de Transferencia emite una resolución que confirma a las empresas vinculadas la metodología de valoración que deberán utilizar durante el periodo que cubra el APA- El contribuyente se encontrará obligado a rendir un informe anual para realizar una evaluación sobre si se continua con el acuerdo o se da por terminado cuando no se pruebe que la información económica que se aporta afecta de manera significativa la validez de la metodología que se emplea, de tal manera que exista una discrepancia considerable entre los precios de transferencia establecidos respecto de los precios comparables en empresas independientes.

La Administración Central de Auditoría de Precios de Transferencia cuando otorga un APA, vigila el cumplimiento de lo establecido en el acuerdo. Para ello se vale del informe anual que presenta el contribuyente o bien de las revisiones que realiza de la consistencia de la información presentada por el contribuyente.

Los APA's bilaterales o multilaterales en los que participe México con países con los que se tenga celebrado un tratado para evitar la doble imposición, se deben considerar dentro del ámbito del procedimiento de mutuo acuerdo regulado en el artículo 25 del tratado respectivo.³⁶

4.2.- Safe harbor -régimenes de protección³⁷-

Como ya ha quedado manifestado en esta investigación, la aplicación del Principio de plena competencia puede resultar un proceso intensivo que adicionalmente puede involucrar juicios subjetivos. Buscando formas para poner solución a estos obstáculos, y con el objetivo disminuir las dificultades en la aplicación del Principio *Arm's Length* los miembros de la OCDE en coordinación con las Administraciones tributarias han considerado la conveniencia de establecer y desarrollar un conjunto de reglas especiales -*Safe Harbor Rules*- en materia de precios de transferencia.

Formalmente, el *Safe Harbor* es una disposición que se aplica a cierta clase de contribuyentes sujetos de obligaciones establecidas de manera general en el sistema tributario, las cuales y, únicamente para esa clase de sujetos pasivos, se sustituyen de forma excepcional por obligaciones más sencillas de cumplir.

Se considera que en el caso específico de los precios de transferencia, los beneficios de un régimen de protección pueden consistir desde una exoneración total de las obligaciones respectivas a un conjunto específico de contribuyentes, hasta la obligación de cumplir con diversas reglas particulares de procedimiento, mismas que podrían requerir que los contribuyentes configuren sus precios de transferencia mediante un tratamiento legal es-

³⁶ Cfr. SICILIA, BARBA, RAÚL, *op.cit.* p.286

³⁷ En México programa se encuentra regulado en los artículos 2 y 216 bis, de la LISR.

pecífico que difiera de la norma general, o a través de cumplir con un sistema de información y de registro especial³⁸.

La OCDE señala que un régimen de protección puede tener dos variantes por lo que respecta a las operaciones vinculadas del contribuyente:

1ª Excluir algunas transacciones del campo de aplicación de las disposiciones sobre precios de transferencia y,

2ª Simplificar las reglas base para configurar los valores controlados.

Los objetivos básicos que se persiguen a través de la implementación de este tipo de estrategias de fiscalización son:

1º.- Simplificar el cumplimiento del Principio *Arm's Length* para los contribuyentes seleccionados en la determinación.

2º.- Proporcionar seguridad a una categoría de contribuyentes de que el precio determinado o establecido en operaciones vinculadas será aceptado por la autoridad fiscal sin una mayor revisión

3º.- Liberar a las Administraciones tributarias de efectuar revisiones posteriores en materia de precios de transferencia.

Ahora bien, los *safe harbor* se han implementado de manera preferente en el sector de la industria manufacturera -*maquila*-³⁹ debido a la importancia que ha adquirido esta actividad en un número significativo de países⁴⁰.

En el caso de México, para calificar a este régimen de protección, las empresas maquiladoras deben notificar al Servicio de Administración Tributaria a más tardar el 31 de marzo que se esperan ingresos gravables por el año fiscal correspondiente representan al menos el valor mayor de aplicar 6.9% al valor de los activos totales de la maquiladora, y 6.5% al total de los costos y gastos de operación de la maquiladora. Las empresas maquiladoras deben mantener la evidencia de la documentación referida en las notificaciones a disposición del Servicio de Administración Tributaria. Una vez establecido el porcentaje aplicable del Safe Harbor se le otorga al residente en el extranjero con filial en el territorio nacional -maquiladora-, el beneficio de no ser considerado como establecimiento permanente, liberándose así del pago de los impuestos a los que en caso contrario, se vería obligado⁴¹.

38 Véase Hernández Santoyo, J.C. y Vázquez Sánchez, CH. B.: «Precios de transferencia. Aplicación Práctica Total» Ed. Dofiscal, México, 2005, p.260

39 La maquila consiste en el proceso industrial o de servicio destinado a la transformación, elaboración o reparación de mercancías de procedencia extranjera, temporalmente importadas para su posterior exportación.

40 Actualmente, en México del total de Inversión Extranjera Directa, el 64% corresponde a inversión en la industria manufacturera. Debido a ello la administración tributaria se ha visto en la necesidad de dar un trato privilegiado a este sector en muchos aspectos incluido el correspondiente a sus obligaciones en materia de precios de transferencia.

41 Véase Art. 216 bis de la Ley del Impuesto sobre la Renta. También *cf.* SOMOHANO, SILVA, SIMON, Maquiladoras, en la obra colectiva Precios de Transferencia, marco teórico, jurídico y práctico. Ed. IMPC, México, p.260

5.- Procedimiento amistoso

El procedimiento amistoso -*Mutual Agreement Procedure*- es un instrumento reconocido por el artículo 25 del MCOCDE por medio del cual las Administraciones tributarias resuelven disputas respecto de la aplicación de los convenios de doble imposición⁴²; entre las que, precisamente, se encuentran las controversias originadas de los precios de transferencia⁴³. También, representa un medio de defensa para los residentes de los Estados contratantes para inconformarse de las medidas que sean contrarias al Convenio, así como un mecanismo para eliminar la doble tributación en aquellos casos no previstos en el mismo⁴⁴. Es importante tener en cuenta que para reducir la duración del “Procedimiento Amistoso” es necesario utilizar todos los mecanismos de intercambio de información, además la presencia del contribuyente en él podría resultar ser de gran ayuda, ya que es la principal fuente de

42 *Cfr.* TORRE DELGADILLO, VICENTE, El procedimiento amistoso, medio para evitar la doble imposición, *Revista Defensa Fiscal*, Mayo, Ed. Revista Mexicana de Estrategias Fiscales, México, 2009, pp.12-23. El ámbito de aplicación del procedimiento amistoso es bastante amplio, de modo que se pueden diferenciar dentro del mismo tres supuestos principales que pueden desencadenar su aplicación: 1. Una imposición no acorde con las disposiciones previstas en el Convenio (en general, los casos previstos en los artículos 25.1 y 25.2 del Modelo de la OCDE). En este punto, la cuestión principal consiste en definir el concepto «imposición no conforme con las disposiciones del Convenio». A este respecto la praxis administrativa señala los siguientes ejemplos: A) Una aplicación o interpretación equivocada de las disposiciones del Tratado. B) Una incorrecta aplicación de la legislación interna. C) Por último, una calificación inapropiada de los supuestos de hecho. 2. La solución de las dificultades o dudas que plantee la interpretación o aplicación del CDI (art. 25.3 MC OCDE); y, 3. Para evitar la doble imposición en los casos no previstos por el texto del Tratado (ex art. 25.3 MC OCDE) (9). *Cfr.* SERRANO ANTÓN, F.:«La cláusula de procedimiento amistoso de los convenios para evitar la doble imposición internacional. La experiencia española y el derecho comparado» en revista *Crónica Tributaria* No.114, Ed. IEF, Madrid, 2005, p.144

43 EL profesor SERRANO ANTÓN señala que los procedimientos amistosos se ha incrementado drásticamente en los últimos años, y especialmente los que conciernen a precios de transferencia, materia que se configura como fuente de especial importancia. *Véase* SERRANO ANTÓN, F.:«La cláusula de procedimiento amistoso de los convenios para evitar la doble imposición internacional. La experiencia española y el derecho comparado» en revista *Crónica Tributaria* No.114, Ed. IEF, Madrid, 2005, p.146

44 El Procedimiento Amistoso se utiliza ante conflictos que se susciten en relación con todos los artículos del MCOCDE, pero de una manera especial en relación con los artículos 7 (que trata los beneficios empresariales), 9 (sobre empresas asociadas), 11 (sobre intereses), 12 (sobre cánones y *royalties*) y el 23 (sobre métodos para evitar la doble tributación). Entre las características que reviste este procedimiento destacan la completa libertad que se concede a los Estados contratantes para que busquen los medios y medidas necesarios para llegar a un acuerdo, dejando a un lado los formalismos, puesto que la comunicación entre las autoridades competentes se hace de una manera directa, sin necesidad de acudir a los medios diplomáticos. Su inconveniente más importante es que a las autoridades no se les exige, ni se les obliga a que lleguen a un acuerdo, situación que desde luego no es muy satisfactoria para los contribuyentes. *Véase* OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*», OCDE, París, 1995, ¶ 4.31.

información. Por lo tanto, se observa que el artículo 25 del MCOEDE garantiza el derecho del contribuyente a iniciar el procedimiento, más no ha participar en él⁴⁵.

El procedimiento amistoso es un instrumento que puede ayudar, mas no garantiza una solución a los problemas de doble imposición derivados de los precios de transferencia. Sin embargo, al ser un mecanismo que puede conducir al ahorro de recursos y tiempo para las partes, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE ha recomendado a los Estados implicados que inicien el *Procedimiento Amistoso* a la mayor brevedad posible para evitar que problemas de prescripción impidan la realización de los *ajustes correlativos*⁴⁶.

Al respecto CAVESTANY MANZANEDO manifiesta que sí un Convenio incluye el segundo párrafo del artículo 9 del MCOEDE, no existe limitación temporal que impida la realización de los ajustes correlativos, en tanto que en los convenios que no se incluye serán aplicables las normas internas de los Estados sobre prescripción. España hizo la reserva de considerar que no puede aplicarse el resultado de un “Procedimiento Amistoso” si han transcurrido los plazos de prescripción de la legislación interna. En el caso de México la iniciación del Procedimiento Amistoso, suspende los plazos de interposición de los medios de defensa o el desarrollo del procedimiento hasta la resolución del mismo.

En los comentarios al MCOEDE, se sugiere que las deficiencias del procedimiento amistoso podrían eliminarse acudiendo a lo que denominan una “opinión arbitral no vinculante”, es decir; a un procedimiento según el cual los Estados contratantes convendrían en solicitar el criterio de un tercero imparcial, aunque la decisión final estaría reservada a los Estados⁴⁷.

6.- ajustes primario, correlativo⁴⁸

En este punto coincidiendo con lo señalado por Natera Niño de Rivera, consideramos que el tema de los ajustes en materia de precios de transferencia reviste una importancia mayú-

45 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*», *ob.cit.*, ¶¶ 4.52 – 4.55. También Véase CAVESTANY MANZANEDO, M.A.:«Aspectos Procedimentales de los Ajustes Fiscales...», *ob.cit.*, p.2.

46 Esto debido a que puede presentarse la situación de que en el país en el que se vaya hacer el ajuste correlativo ya ha transcurrido el término de prescripción, pues hay que tener en cuenta que el plazo para plantear el *procedimiento amistoso* en la mayoría de los casos es de tres años (cinco en los EE.UU.) a partir de la notificación que implique una imposición que no sea conforme con las disposiciones del Convenio. De forma que si se espera mucho para iniciar el procedimiento amistoso, 3 o 5 años, lo más probable es que cuando se llegue a un acuerdo en el procedimiento citado, en el país en el que se debe efectúa el ajuste correlativo ya no se podrá efectuar, como consecuencia de que ha transcurrido el término de prescripción. Lampreave Márquez, P: Las Multinacionales frente a la nueva regulación de los precios de transferencia en Revista Impuestos, No.7, Ed. La Ley, Madrid, pp. 12-26

47 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*», *ob.cit.*, ¶¶ 4.42 – 4.51 y también Cfr. GARCÍA FRÍAS, A.:«El arbitraje tributario internacional», en *Fiscalidad Internacional*, obra coordinada por SERRANO ANTÓN, F., Ed. CEF, Madrid, 2005, p. 1054.

48 Los Ajustes correlativos tienen su origen en el artículo 9 del MCOEDE.

cula, principalmente por las repercusiones fiscales que se pueden producir en dos o más jurisdicciones tributarias.

Para una mejor comprensión de este punto, partamos de un ejemplo. Imaginemos un contribuyente, el cual ha sido objeto de una auditoría por parte de la Administración tributaria sobre sus obligaciones en materia de precios de transferencia. Derivado de esta auditoría, la autoridad detecta que una o varias operaciones vinculadas no reflejan condiciones *Arm's Length -de libre mercado-*, por lo tanto, la autoridad en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 215 de la LISR, determina que el valor de las operaciones vinculadas es superior al manifestado por el contribuyente. En otras palabras, al establecer un valor superior al establecido por el contribuyente, la autoridad fiscal deberá incrementar la utilidad fiscal mediante la realización de lo que se conoce como *ajuste primario*⁴⁹. La realización de este ajuste pareciera que no tuviera mayor trascendencia que la adecuación de la base imponible, pero no es así, puesto que al momento de realizarse este ajuste el contribuyente será sujeto de una doble imposición, si la Administración tributaria del otro Estado donde se ubica la parte relacionada con la que se realizó la operación vinculada no realiza el *ajuste correlativo* correspondiente⁵⁰.

Los comentarios al párrafo segundo del artículo 9 del MCOCDE⁵¹, dejan claro que al Estado al que se le requiere un *ajuste correlativo*, debe cumplir con esa solicitud sólo si ese Estado considera “*que el importe del ajuste de beneficios refleja correctamente los beneficios que se hubieran producido en un mercado de libre competencia*”. Esto significa que, en el procedimiento ante la

49 Cfr. OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Cap. IV, párrafo 4.32.,

50 Cfr. NANTERA, NIÑO DE RIVERA, CHRISTIAN, Ajustes correspondientes y secundarios en materia de precios de transferencia, en la obra colectiva *Precios de Transferencia, marco teórico, jurídico y práctico*, Ed. IMCP, México, 2008, p.155

51 El apartado segundo del artículo 9 del MCOCDE: (“*Empresas Asociadas*”: *Cuando un Estado Contratante incluye en los beneficios de una empresa de este Estado –y somete, en consecuencia, a imposición- los beneficios sobre los cuales una empresa de otro Estado Contratante ha sido sometida a imposición en este otro Estado, y los beneficios así incluidos son beneficios que habrían sido realizados por la empresa del primer Estado si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubiesen convenido entre dos empresas independientes, el primer Estado procederá al ajuste correspondiente del montante del impuesto que ha percibido sobre esos beneficios. Para determinar este ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio, consultándose a las autoridades competentes de los Estados Contratantes en caso necesario*”); como señala KLAUS VOGEL, supone una autorización o habilitación para que el Estado contratante pueda realizar los ajustes que estime convenientes, siempre y cuando deriven de su legislación interna y estén de acuerdo con el principio *Arm's Length*. En otras palabras, el Convenio en ningún caso constituye la base legal para la realización de dichos ajustes, puesto que el reconocimiento de dichas facultades como ya se manifestó debe contenerse en la normativa interna de cada Estado. Véase párrafo 10 de los comentarios al Artículo 25 del Convenio Modelo para evitar la doble imposición sobre la renta y el capital y también OCDE:«*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*», *ob.cit.*, ¶ 4.33,

autoridad competente, el Estado que ha propuesto el ajuste primario soporta la carga de demostrar al otro Estado que el ajuste *está justificado, tanto en sí mismo, como en su importe*⁵².

En este punto es importante resaltar que la naturaleza no obligatoria de los ajustes es necesaria, pues de esta manera ninguna Administración tributaria estará obligada a aceptar las consecuencias de un ajuste arbitrario o caprichoso ya que también es importante mantener la soberanía fiscal de cada Estado⁵³.

Aceptada la realización del *ajuste correlativo*⁵⁴, las Administraciones tributarias del segundo Estado deberán decidir, si lo van a hacer con referencia al año y períodos impositivos en los que las transacciones entre empresas vinculadas se hayan realizado y causado sus efectos⁵⁵, o con referencia al año en que la Administración tributaria del primer Estado ha realizado el *ajuste primario*. Lo adecuado será lo indicado como primera opción, ya que se logra una concordancia entre los ingresos y gastos de las empresas, reflejando resultados coincidentes con los del principio *Arm's Length*⁵⁶.

En resumen, los ajustes correlativos⁵⁷ resultarán ser un medio eficaz para evitar la doble imposición derivada de los ajustes de los precios de transferencia, siempre y cuando

52 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*», *ob.cit.*, ¶ 4.32. Los ajustes de precios de transferencia tienen un doble objetivo: corregir adecuadamente la tributación de las unidades económicas y evitar la doble imposición internacional, y evitar discriminaciones entre sujetos pasivos y asegurar la recaudación efectiva y real derivada de las operaciones dentro de cada una de las Administraciones Tributarias. Una de las principales novedades que incluye la Ley 36/2006 de Medidas para la prevención del Fraude Fiscal es la adaptación del artículo 16 TRLIS al artículo 9 del MCOODE y a las directrices de la OCDE. Cfr. GARCÍA NOVOA, C.: «El proyecto de Ley de prevención del Fraude (I)», en *Quincena Fiscal* No.9/2006, consultada en la página web: www.westlaw.es el 24 de enero de 2011. También PRADA LARREA, J.L.: «Precios de transferencia y sentido de los ajustes en la fiscalidad interna e internacional» en *Carta Tributaria*, monografía No.230, 1995, p.8.

53 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*», *ob.cit.* ¶ 4.35.

54 EL ajuste correlativo es necesario debe realizarse para producir una simetría en la carga tributaria del contribuyente, de forma que lo que se aumenta o disminuye en alguna jurisdicción debe disminuirse o aumentarse en la otra, con el fin primordial de evitar una sobre imposición en la renta del contribuyente.

55 Véase CAVESTANY MANZANEDO, M.A.: «Aspectos Procedimentales de los Ajustes Fiscales...», *ob.cit.*, p.2. Es importante resaltar que aún en aquellos casos que comprendan ajustes de precios de transferencia y no existe todavía disposición comparable a la del párrafo segundo del MCOODE en los CDI's suscritos por algunos Estados, la OCDE ha manifestado que el procedimiento amistoso se puede llevar a efecto.

56 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises...*», *ob.cit.*, ¶ 4.36.

57 Un ejemplo común de un ajuste bilateral o correlativo será el siguiente. una sociedad vende un bien por \$500 pesos a otra entidad vinculada, procediendo la valoración de la operación en su valor de mercado a \$50 pesos. La sociedad que vende el bien habrá contabilizado \$500 pesos como ingreso, que deben reducirse mediante un ajuste negativo de \$450 pesos (\$50 – \$500), mientras que la sociedad receptora del bien habrá contabilizado un gasto por \$500 pesos, que debe minorarse mediante un ajuste positivo de \$450 pesos (\$600 – \$50).

se consideren justificados, razonables y aceptados por las Administraciones tributarias implicadas⁵⁸.

6.1.- Regulación legal de los ajustes en materia de precios de transferencia

En los comentarios al artículo 9 del MCOCDE, se ha incorporado el concepto de *ajustes secundarios*⁵⁹. Su fundamento radica en la necesidad de corregir la transmisión de ventajas reales (tales como reservas, beneficios, etc.) entre dos empresas vinculadas, y que los ajustes correlativos no resuelven (puesto que éstos, como se ha indicado, están dedicados a enmendar los beneficios por los que tributa una empresa y que ya tributaron en otra empresa de otro Estado)⁶⁰.

También será necesario tener en cuenta que la realización de un “ajuste secundario” puede dar lugar a una doble imposición, si es que la Administración tributaria del otro Estado no permite a la empresa afectada una deducción en la cuota⁶¹. (Los ajustes secunda-

58 Los mecanismos empleados por los Estados para evitar la doble imposición derivada de la no realización de un ajuste sobre precios de transferencia se dividen en dos; por una parte encontramos los de carácter unilateral -*unilateral relief*- y por otra parte están los bi o multilaterales -*bilateral o multilateral treaty relief*-. Siendo los primeros los que se aplican cuando no existe un convenio para evitar la doble imposición y son adoptados por las legislaciones internas de cada país -*por lo general estas medidas son insuficientes para eliminar la doble imposición, debido a que no contemplan todos los casos que se pueden presentar, o bien, las medidas adoptadas no son congruentes con las adoptadas por el otro Estado*- y los segundos son las normas contenidas en los CDI's. Cfr. CHECA GONZÁLEZ, C.: «Medidas y métodos para evitar la doble imposición internacional», en *Revista Impuestos*, t.2, Ed. La Ley, Madrid, 1988, pp.205-219, también ONDARZA RODRÍGUEZ, J.A. y RUBIO GUERRERO, J.J.: «Doble imposición internacional y mecanismos de corrección. La perspectiva española. Fundamentos y medidas unilaterales. (I)», en *Carta Tributaria*, Monografía No.337, Ed. CISSPRXIS, Barcelona, 2000, pp.2-6.

59 Véase VOGEL, K.: «KLAUS VOGEL on double taxation conventions...», *ob.cit.*, 62 y 82-83, pp. 552, 557

60 En otras palabras, si como consecuencia de la verificación de una operación vinculada por una Administración tributaria se realiza un “ajuste primario” en la empresa “X” del Estado A, y posteriormente se efectúa un “ajuste correlativo” en la empresa “Y” en el Estado B; se apreciará que estos ajustes no habrán impedido que los beneficios que han sido ajustados se encuentren en la caja de la empresa “Y”, cuando deberían encontrarse en la caja de la empresa “X”. Si en una relación de libre competencia la empresa “X” hubiera querido transferir esos beneficios a la empresa “Y”, habría tenido que hacerlo bajo la forma de un dividendo o de un préstamo, con lo cual habría existido un hecho imponible adicional, que tendría como consecuencia inevitable la retención en la fuente por ejemplo de los dividendos..

61 La falta de coordinación entre las Administraciones tributarias de los diferentes Estados al realizar un ajuste secundario es un problema ineludible, puesto que si uno de los Estados los realiza sin notificar al otro Estado involucrado, puede presentarse la situación de que este ajuste no esté permitido en este último Estado, produciéndose irremediamente una doble imposición. Puede también ocurrir que, aunque estuviera permitido, el hecho de no notificarlo al otro Estado conllevará que este ajuste ya no pueda ser discutido en el procedimiento amistoso que se desarrolló para realizar el ajuste primario y bilateral, teniéndose que acudir a otro procedimiento paralelo para resolver lo relativo al ajuste secundario.

rios son rechazados en algunos países debido a que presentan una gran dificultad práctica al momento de su realización)⁶². Por ello, la realización de este tipo de ajustes dependerá de las particularidades de cada caso.

En México, la regulación de los ajustes correspondientes la encontramos en el artículo 217 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Derivado de este precepto legal, se permite a los contribuyentes en México efectuar el ajuste correspondiente en aquellos casos en los que las autoridades competentes de algún país con el que México tuviese celebrado un tratado para evitar la doble tributación hubiesen celebrado un ajuste primario y siempre que la Administración tributaria mexicana consideren aceptable dicho ajuste. La aplicación de dicho ajuste se realizará mediante la presentación de una declaración complementaria⁶³.

Como una solución alternativa a la realización de los “ajustes secundarios”, se ha propuesto que se permita al contribuyente una repatriación del exceso de los beneficios, de manera que haya una correspondencia entre la contabilidad y el ajuste sobre precios de transferencia⁶⁴.

Por último, además de los métodos administrativos antes señalados, será de gran importancia tener en cuenta tres aspectos de las actuaciones administrativas con relación a los precios de transferencia: las normas de comprobación e investigación que se aplican, la carga de la prueba y el sistema de sanciones. El análisis de estos tres aspectos diferirá necesariamente dependiendo de las características del sistema impositivo involucrado y por ello no es posible describir un conjunto uniforme de principios o elementos que vayan a ser relevantes en todos los casos.

7.- Conclusiones

En la actualidad, entre los problemas que presenta el establecimiento de los precios de transferencia destaca la falta de seguridad jurídica del contribuyente cuando da cumplimiento a esta obligación, ya que las Administraciones tributarias no han establecido criterios comunes para establecer, interpretar y aplicar de manera coordinada los métodos de valoración en las transacciones celebradas entre empresas pertenecientes a un mismo grupo multinacional, o entre éstas y un tercero relacionado. Además, es un hecho verificable que la utilización de información confidencial por parte de las Administraciones tributarias –*secretos comparables*– agravan aún más la situación.

La falta de una interpretación homogénea de las normas sobre precios de transfe-

62 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*», *ob.cit.* ¶ 4.71.

63 La aprobación de un ajuste por la Administración tributaria mexicana puede producirse por 2 vías: 1ª. Procedimiento amistoso, 2ª. La formulación de una consulta específica en materia de precios de transferencia, conforme a lo establecido en el artículo 34-A del Código Fiscal de la Federación. Véase NANTERA, NIÑO DE RIVERA, CHRISTIAN R., Ajustes correspondientes y secundarios en materia de precios de transferencia, *ob.cit.* p.162

64 Véase OCDE: «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax...*», *ob.cit.* ¶¶ 4.73– 4.77.

rencia y de una aplicación coordinada de los métodos de valoración, es causa de los problemas entre las Administraciones tributarias y los contribuyentes, ante los cuales será necesario acudir a procedimientos administrativos como el procedimiento amistoso, el procedimiento de arbitraje, los *APAs*, para buscar la atenuación de los perjuicios inherentes. En la actualidad, los *APAs* constituyen el procedimiento más utilizado, ya que resulta un instrumento efectivo que ahorra recursos y tiempo a las Administraciones tributarias y, a la vez, otorga mayor certeza jurídica a los contribuyentes.

El arbitraje es una figura a la que le auguro un próspero futuro en el derecho tributario internacional, pues de consolidarse su aplicación puede llegar a convertirse en la principal vía de solución de controversias que se plantean en la aplicación e interpretación de los CDI's.

Respecto a las comprobaciones simultáneas, podemos señalar que éstas se han convertido en un instrumento recomendado para identificar las discrepancias sobre precios de transferencia facilitando el intercambio de información y también la operabilidad de los procedimientos amistosos.

Por último el establecimiento de puertos seguros (*safe harbors*) ha sido una respuesta ante la necesidad de facilitar los procedimientos de comprobación de precios de transferencia en empresas vinculadas que se dediquen a actividades de maquila, pues esta industria representa en algunos países un porcentaje muy representativo de la Inversión Extranjera Directa, por lo tanto, con el fin de proporcionar una mayor certeza jurídica a los inversionistas y empresas multinacionales los gobiernos acuden como una alternativa a este tipo de procedimientos.