

Diálogos sobre participación social y tolerancia como fundamentos del Estado Constitucional Democrático

Mario Jesús Aguilar Camacho
Ricardo Contreras Soto
Coordinadores

Índice

<i>Diálogos sobre participación social y tolerancia como fundamentos del Estado Constitucional Democrático</i>	1
Índice	2
Ensayo introductorio a manera de ubicación sistemática	4
“El mundo político y democrático de los varones”. Discriminación de las mujeres y los pueblos indígenas en México. Mario Jesús AGUILAR CAMACHO	11
I. Introducción	11
II. Marco de referencia	12
III. Marco histórico	13
IV. México en cifras	15
V. Marco jurídico normativo	17
VI. La fallida democracia mexicana	26
VII. Democracia y tiranía de la mayoría	28
VIII. La democracia y discriminación femenina e indígena	29
IX. ¿Y el respeto al voto masculino de los indígenas y su derecho de revocación de los usos y costumbres?	31
Referencias	32
<i>El juez constitucional mexicano en la actualidad y la democracia.</i>	35
Lic. Antonio GUIZA CABRERA	35
RESUMEN:	35
PALABRAS CLAVE: Democracia. Juez. Constitución.	35
El juez constitucional en el mundo. Antecedentes y evolución.	36
The King cannot be wrong.	36
El culto a la ley.	36
El debate Schmitt-Kelsen	38
Un paso adelante: El nacimiento del concepto jurídico Derechos Humanos.	39
Los garantistas.	39
El juez constitucional y su papel en la construcción del modelo democrático.	40
Hacia una noción de democracia	40
El “coto vedado” no sólo es para las mayorías.	42
El derecho a la mexicana	42
1994, los primeros pasos de los verdaderos Jueces Constitucionales.	43
Hacia dónde vamos (Perspectivas y retos del Tribunal Constitucional en México)	45

Diálogos sobre participación social y tolerancia como fundamentos del Estado Constitucional Democrático

Su legitimación ante la –no consolidada- democracia mexicana.	45
¿Invasión de esferas? La tensión con los otros ámbitos del poder (legislativo y judicial).	48
A manera de conclusión.	50
Referencias bibliográficas.	51
El deber de solidaridad tributaria en México. Ulises Noé CARATACHEA SÁNCHEZ	52
Resumen.	52
Introducción.	53
Derecho constitucional tributario y obligación tributaria.	54
1. El Derecho Constitucional Tributario.	54
2. Concepto de Constitución.	54
3. Potestad Tributaria del Estado.	55
4. La Obligación Tributaria.	57
El deber solidario frente a la interpretación constitucional del poder judicial de la federación.	60
El deber de solidaridad contributiva como principio de responsabilidad social o principio de deber solidario.	68
El deber de solidaridad contributiva como derecho fundamental social, económico y político.	69
Conclusiones.	76
Referencias bibliográficas	77
La ley improbable y expulsión radical de la ley: aportes sobre un debate en torno a construcción de subjetividad del adolescente y la imputabilidad del mismo. Dr. Alejandro KLEIN	81
Resumen:	81
PALABRAS-CLAVE: neoliberalismo, adolescencia, supervivencia.	81
La adolescencia como una construcción social	82
Los adolescentes violentos	83
Anulación del principio de la relación racional entre ley y la transgresión.	85
Adolescentes sin adolescencia	87
Estrategias de supervivencia	88
Referencias bibliográficas	90
Sujetos políticos en ámbitos interculturales: individuo, persona, ciudadano. Mtra. Claudia SALCEDO ALFARO	92
Resumen:	92
Palabras clave: Democracia, ciudadanía, sujetos políticos.	92
Sujetos políticos en ámbitos interculturales: individuo, persona, ciudadano	93
El concepto de ciudadanía.	95
El ciudadano como agente	102
Referencias bibliográficas	110
Consideraciones para la regulación del comercio electrónico como acto jurídico. Lic. Alejandro BULMAN RAYAS	112
Resumen:	112
Antecedentes.	113
El comercio electrónico como acto jurídico, ¿civil o mercantil?	115
Regulación	122
Manifestación de la voluntad.	129
Solución de controversias	132

Ensayo introductorio a manera de ubicación sistemática

Al igual que en otros tiempos, hay quienes pretenden “sacralizar” las palabras y con su simple invocación aspiran a transformar la realidad. Los liberales de los siglos XVII y XIX pronunciaban la palabra libertad, y la misma era utilizada como una panacea con la cual pretendían terminar con todas las desigualdades y conjurar los abusos del Ancient Régimen y de la Humanidad misma.

En la actualidad, uno de los vocablos de sobra proferido es: tolerancia. Cuando esta palabra es pronunciada, la generalidad de las personas la relacionan con el concepto planteado por el liberalismo -capitalista y contractualista- para el cual, en este ilusorio mundo globalizado, adquiere tintes irrefutables: la tolerancia es la palabra mágica que resuelve todos los males ocasionados por el fanatismo, la intransigencia y el fundamentalismo.

El tolerante de esta época, legatario de la ideología liberal, se encierra; es el individualista que se confina en una especie de círculo privado y autónomo -su propia esfera jurídica- donde puede ejercitar (plena-mente) su libertad, mientras su actuar no afecte los círculos particulares de sus vecinos, de sus semejantes (sería algo así como la plasmación de la alegoría del “puedes suicidarte, si quieres, pero no me manches la alfombra”).

Julián Marías nos advierte sobre esta actitud hermetista y de cerrazón, y ve en ella al principal enemigo de la verdadera tolerancia. En muchos de los casos este talante se vuelve reduccionista y se desentiende de los contextos; en otras ocasiones se convierte al fundamentalismo rígido o al dogmatismo fanático, y por ende se extiende al extremo de no aceptar lo que acontece en el mundo real. En estos casos, cuando no se acepta que las personas que nos acompañan, en las distintas organizaciones a las cuales pertenecemos, son diferentes, se les desconoce, se les ignora o se les niega; ante lo cual, el sujeto que pre-juzga no solo pierde la libertad, sino que se

convierte en vasallo de la discordia, de la incapacidad de convivir conservando todas las diferencias y las discrepancias accidentales y ocasionales; muchas de las veces se niega a cohabitar, si no en armonía, por lo menos en tolerancia según la versión de Arthur Schopenhauer en la parábola del puerco espín.

En este sentido, el llamado buen burgués, prototipo de la mentalidad capitalista, vive inmerso en su autonomía privada. La extensión, mayor o menor, de su círculo de acción, está marcada por su capacidad individualista, la cual no será más amplia que la circunferencia de ese ámbito personal de autonomía. A su moral le basta saber que no hace daño directo a sus semejantes, claro que tampoco apoya -a través del principio de solidaridad-, a aquellos que están a su lado, a sus próximos, sus prójimos que requieren del mutuo flujo de aportaciones para construir una cultura objetiva y una sociedad ordenada, en suma del conjunto de las diversidades y de las verdaderas libertades.

Esta introspección en el cerrado campo de la autonomía privada, lleva a enclaustrarse a este buen hombre en su propia subjetividad, planeando como fórmula máxima de convivencia. “déjame vivir como yo quiera, dentro de este ámbito de mi propia libertad y de mis propiedades, y prometo respetar también tus peculiares maneras de vivir dentro de tus particulares autonomías”.

Nada más contrario al carácter abierto de la tolerancia. Quien vive en las indiferencias se ha cerrado a los demás, vive para sí mismo, se convierte en intransigente. Nos dice Juan de la Borbolla que, a veces, la cerrazón se debe a la escasez de inteligencia, a la incapacidad de reflexionar y contrastar sobre lo que se ha leído u oído.

Esta blanda manera de defender el coto obstruido de la autonomía personal, muchas de las veces se manifiesta a través de un silogismo como el siguiente: “respeto mi manera de ser y de vivir, así como yo tolero lo que hagas dentro del ámbito de tu libertad”. La podríamos citar como la indiferencia del individuo *idiote*, como la persona aislada, sin nada que ofrecer a los demás, obsesionada por las pequeñeces de su casa -señalada por Savater-¹ y que en la antigua y clásica Atenas se abstenía de participar y contribuir con el bien común, pues se encontraba muy a gusto en su zona de confort; entendida ésta como ese estado mental donde nos encontramos cómodos

¹ Savater, Fernando. *Política para Amador*. Ariel, Barcelona, España, 1992, pp. 15 y 16.

con nuestra vida actual, con nuestras aspiraciones cubiertas y sin presiones; en pocas palabras: para que queramos superarnos, si luego nos vamos a complicar la vida; entonces así estamos bien.

Incluso los países pueden estar en zona de confort. Sin profundizar en el tema, México es un país que a lo largo de su historia ha permanecido en su zona de confort. Para muchos, no ha “necesitado” producir riqueza, pues su fuente de riqueza ha sido y es el petróleo.

Como ejemplo de esta actitud se puede citar que en julio 18 de 2008 el entonces titular de la Auditoría Superior de la Federación (ASF), Arturo González de Aragón, cuestionó la debilidad de la recaudación del sistema tributario, que permitió, en el sexenio del entonces presidente de la república Vicente Fox, devolver 680 mil millones de pesos a grandes empresas, y esto se “compensó” con la transferencia de los excedentes petroleros a la hacienda pública;² lo anterior aunado a que alrededor de 400 grupos empresariales enteraron al fisco solo 1.78% ciento de sus ingresos por concepto de impuesto sobre la renta, mientras que la inmensa mayoría de los contribuyentes entrega como contribución el 28% de sus ingresos.

Permanecer en zona de confort es señal de conformismo, ignorancia, miedo, falta de confianza, falta de nuevas aspiraciones y falta de ambiciones. Una vez que llegamos a nuestra zona de comodidad, podemos tomar un leve descanso, pero hay que considerar que estamos en un escalón, y que existen otros escalones que subir.

Por ello, el tolerante neoliberal acepta y en ocasiones promueve, por ejemplo, el consumo de drogas en ghettos reducidos; pero se rebela contra aquel que expulsa el humo de su cigarro hacía los perímetros físicos en los que él se encuentra. Ahí se acaba la complacencia; luego, esa tolerancia muchas veces no es tal, sino más bien es manifestación de un egoísmo exacerbado; de un dejar hacer... dejar pasar... siempre y cuando no me afecte.

Seguimos gobernando por decreto. Tal parece que conjuramos los males con las palabras: con esta ley combatimos la delincuencia; con esta otra se acaba con el contrabando y la piratería ¡Vade, aléjate intolerancia! ¡Retro, no más discriminación!

² Tomado del periódico *La Jornada* Por Enrique Méndez y Andrea Becerril, julio 18, 2008 julio 18, 2008 el año pasado. Página web: <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/>;

Sigue la línea repitiéndose, nuevamente las palabras quieren por sí solas transformar la realidad, y con ellas y unos pases mágicos, se exorcizan y se esfuman todas las desigualdades y abusos sociales.

Se transcribe a continuación una definición de la palabra *autoritarismo*: sistema político con un pluralismo limitado, no responsable, sin una ideología elaborada y directora (pero con mentalidad peculiar), carente de movilización intensa y en los que un líder o un grupo reducido ejerce el poder dentro de los límites formalmente definidos, pero bastante predecibles.

Hace falta únicamente una aclaración: para crecer hay que tener aspiraciones y ambiciones sin importar su tipo: se puede aspirar a tener dinero, a viajar, aspiraciones artísticas, de pertenencia a grupos sociales, aspiraciones religiosas, amorosas, etc. Lo importante es recordar que nada en este universo es estático, y si uno no mejora, entonces se viaja en sentido contrario.

En este texto se presentan las aportaciones de experimentados y noveles autores; pero en los cuales confluye una coincidencia, en la aspiración de construir una Democracia Constitucional; es decir, se aspira a tener a la Constitución como vinculante de los poderes y en respeto de un Garantismo Jurídico, componente germen de un Estado Social, Democrático y de Derecho, en el cual sea la Constitución la que determine las formas y límites sobre los cuales se ejerce el Poder público y no la ley, como ha venido siendo en el Estado Liberal de Derecho; con una clara línea de acción encarrilada sobre los conceptos del constitucionalismo moderno: “más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios” (Prieto, 2002: 121). La directriz de los textos aquí vertidos es el respeto de los derechos humanos, las garantías sociales, la protección de las minorías, todas encaminadas en un cauce democrático, y que estos se erijan como factores elementales en la reconstrucción de la Nación.

Parte de inicio el **Dr. Mario Jesús Aguilar** con el tema “**El mundo político y democrático de los varones**”. **Discriminación de las mujeres y los pueblos indígenas en México**”. El autor

subraya que en México existe un significativo número de personas que sufren de triple marginación por ser: mujeres, indígenas y pobres. Esta situación se magnifica cuando una mujer indígena desea acceder al “mundo político y democrático de los varones”. Con este pretexto se introduce en el tema de la doble violación de los derechos por parte de las autoridades político electorales y de las encargadas de la impartición de justicia: 1. De los derechos políticos de los ciudadanos de los pueblos indígenas; y 2. De la libertad de los pueblos indígenas de revocar y cambiar sus usos y costumbres. El tema se refiere al enfrentamiento de índole jurídico, político, económico, social y cultural entre: 1. Los defensores de la igualdad jurídica que sustenta la democracia de concepción liberal (derechos políticos); 2. Quienes apoyan la autonomía de los pueblos indígenas y la prevalencia de sus usos y costumbres (garantías sociales); y 3. Quienes luchan por la consideración y el respeto a las mujeres (derechos humanos).

Antonio Guiza Cabrera en su aportación “**El Juez Constitucional Mexicano en la actualidad y la democracia**” hace un breve recuento de la historia política y judicial reciente en México, desde la gestación de la independencia judicial en 1995, pasando por la transición democrática en el 2000 y la inclusión de nuevos modelos Ius filosóficos Europeos, como el Neoconstitucionalismo. El autor presenta una opción judicial de respuesta a las frases peyorativas que se convirtieron en lugares comunes: “La politización de la Justicia” o la “judicialización de la Política”. Y esto se refiere a esa incursión protagónica y pública de los tribunales en cuestiones, que solían resolverse por vías verticales y políticas, tales como elecciones populares y vulneración de derechos colectivos, inclusive la invalidación de leyes, surgen preguntas cuyas respuestas suelen polarizarse: ¿Por qué debe prevalecer la opinión de personas sin mandato popular, frente a los millones que votamos por un candidato? ¿Se sustituyen a la intención del pueblo representada por un legislador, cuando invalidan un ordenamiento legal? Y la pregunta toral: ¿Qué papel deben desempeñar los jueces y como se legitiman en el modelo democrático?

“**El deber de solidaridad contributiva**” es el tema que aborda **Caratachea Sánchez Ulises Noé**, en el cual comenta que la obligación tributaria en México, tradicionalmente se ha manejado únicamente como correspondiente a la Potestad Tributaria del Estado (obligación tributaria potestativa), pero, ésta también corresponde a un deber de solidaridad social de los sectores

públicos y privados con los menos favorecidos (obligación tributaria social solidaria), como responsabilidad social solidaria y justificación jurídica, criterio que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, en pleno, refiere en su tesis aislada: “OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. OBEDECEN A UN DEBER DE SOLIDARIDAD”. Se indica que lo que Constituye *un Principio Constitucional Tributario*, exigible para los obligados, que no pujan con otros principios constitucionales y un *Derecho Fundamental Social-Tributario*, contenido tanto en la Constitución como en Pactos Internacionales (conjugador del iusnaturalismo, iuspositivismo y realismo jurídico), donde el Estado debe respetar, asegurar y promover su cumplimiento, obligando a todos (Gobernados, el Estado y la Comunidad Internacional) a su respeto, aseguramiento y promoción, con el fin de que aquellos superen su condición de menos favorecidos.

“La ley improbable y expulsión radical de la ley: aportes sobre un debate en torno a la construcción de subjetividad del adolescente y la imputabilidad del mismo.” Klein Alejandro, desarrolla la idea de que los jóvenes tienen que enfrentar escasas o nulas oportunidades de trabajo y educación en su cotidianeidad y como resultado, sus vidas se vuelven una lucha de supervivencia. Esta es la razón por la cual, según el autor, el adolescente no es capaz de experimentar un normal proceso de crecimiento. Esto es el período social y subjetivo que denominó de “adolescentes sin adolescencia”, envolviendo conductas de riesgo, abuso de drogas, etc. Desde allí ya no es posible decir que el joven está “fuera” de la ley o es un joven “transgresor”, sino que se establecen nuevas formas sociales de la ley, la transgresión y las formas del chivo expiatorio.

“Sujetos políticos en ámbitos interculturales: individuo, persona, ciudadano” Salcedo Alfaro Claudia, aborda los problemas que se presentan en el terreno de la definición de los sujetos políticos participantes en los procesos de democratización en estados nacionales con presencia de pueblos indígenas como es el caso de México.

En el discurso de la democracia moderna el sujeto político es el ciudadano pensado como un individuo autónomo y racional; esta caracterización choca con la concepción de persona que manejan la mayoría de los pueblos mesoamericanos en donde la pertenencia a la comunidad es

central. El objetivo es plantear los conceptos iniciales y los puntos de encuentro que se necesitan para indagar las formas en las que estos pueblos traducen y relacionan sus propias concepciones sobre la política y lo político para exigir su participación política en igualdad de condiciones.

“Consideraciones para la regulación del comercio electrónico” Bulman Rayas Alejandro, Relaciones tan rápidas como las son entre comerciantes, sobrepasan las capacidades evolutivas del marco legal internacional, no se diga el mexicano. Las empresas dedicadas a promover el comercio electrónico (y que como ejemplo podemos citar “mercadolibre.com”, “despegar.com”, etc.) se desligan de toda responsabilidad en las transacciones efectuadas, pues manifiestan únicamente ser empresas que publicitan las transacciones comerciales, sin embargo, las personas que acuden a dichas páginas WEB ya sea con el fin de vender o comprar algún bien, u ofrecer o adquirir un servicio, no tienen los medios de asegurarse de la identidad de las personas con las que celebran dichos actos jurídicos comerciales. Se toca el tema de si dicho acto constituye o no un contrato como fuente de obligaciones, y si éste pudiera reputarse civil o mercantil dependiendo de la naturaleza misma del contrato. De tal manera, se toca el tema de la regulación en materia de comercio electrónico, en donde se pretende establecer si dicha normatividad es suficiente. El tema de la manifestación en una operación electrónica, así como áreas de oportunidad en la solución de controversias.

Como punto final, es imprescindible destacar la iniciativa del profesor Ricardo Contreras en la creación del Foro Internacional sobre Multiculturalismo, en su segunda edición, en la cual se ofrecen y comparten estos trabajos de investigaciones, los cuales se caracterizan y son referidos a la tolerancia, al respeto y la valoración de las distintas formas y modos de ser, así como a una aspiración democratizadora y constitucionalista; esta pretensión se percibe lo más alejada posible de la paradójica frase de Voltaire: “Proclamo en voz alta la libertad de pensamiento y muera el que no piense como yo”.

Mario Jesús Aguilar Camacho

“El mundo político y democrático de los varones”. Discriminación de las mujeres y los pueblos indígenas en México. Mario Jesús AGUILAR CAMACHO

I. Introducción. II. Marco de referencia. III. Marco histórico. IV. México en cifras. V. Marco jurídico normativo. VI. La fallida democracia mexicana. VII. Democracia y tiranía de la mayoría. VIII. La democracia y discriminación femenina e indígena. IX. ¿Y el respeto al voto masculino de los indígenas y su derecho de revocación de los usos y costumbres?

“Las costumbres de un pueblo esclavo son parte de su esclavitud; las de un pueblo libre, de su libertad”.
Montesquieu

I. Introducción

En México existe un significativo número de personas que sufren de triple marginación por ser: mujeres, indígenas y pobres. Esta situación se magnifica cuando una mujer indígena desea acceder al “mundo político y democrático de los varones”. Con este pretexto nos introduciremos en el tema de la doble violación de los derechos por parte de las autoridades político electorales y de las encargadas de la impartición de justicia: 1. De los derechos políticos de los ciudadanos de los pueblos indígenas; y 2. De la libertad de los pueblos indígenas de revocar y cambiar sus usos y costumbres.

El tema que nos ocupa se refiere al enfrentamiento de índole jurídico, político, económico, social y cultural entre: 1. Los defensores de la igualdad jurídica que sustenta la democracia de concepción liberal (derechos políticos); 2. Quienes apoyan la autonomía de los pueblos indígenas y la prevalencia de sus usos y costumbres (garantías sociales); y 3. Quienes luchan por la consideración y el respeto a las mujeres (derechos humanos).

En este sentido, el artículo 2º de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos reconoce la composición pluricultural de la nación, sustentada originalmente en los pueblos indígenas. Dicho ordenamiento establece que la ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres y formas específicas de organización social.

Cuando la clase política mexicana -“mundo político y democrático de los varones”- habla de democracia se refiere a llamada *democracia política*, que consiste en la posibilidad de votar y ser votado para ejercer los cargos y puesto públicos. Nada más alejado del concepto de Democracia presentado por el artículo 3º de la Constitución, en el cual se le define como un *sistema de vida* fundado en el constante mejoramiento económico, social, y cultural del pueblo (por eso en México se habla de “democracia fallida”).

El caso que sirve de objeto de análisis de esta obra, se presentó el día 4 de noviembre de 2007, cuando hubo elecciones municipales en el pueblo de Santa María Quiegolani -uno de los 418 municipios oaxaqueños que eligen a sus autoridades bajo el concepto constitucional y legal de los “usos y costumbres”-. El triunfo fue arrebatado a Eufrosina Cruz, por ser mujer, indígena y pobre.

Pero dejemos el caso de Eufrosina para otra oportunidad; además ella ya tiene bastantes defensores. El tema central de esta ponencia gira sobre los derechos de los pueblos indígenas a cambiar democráticamente sus usos y costumbres.

Con esta orientación, se puede afirmar que las autoridades político electorales y de impartición de justicia trastocaron los derechos políticos y sociales de los votantes, indígenas varones, quienes fueron los únicos, que de acuerdo a los usos y costumbres del lugar, pueden votar. Aquí lo que queda claro es que los votantes del sexo masculino manifestaron su voluntad y con eso exteriorizaron de forma, si no expresa, sí tácita, su desacuerdo con que las mujeres en ese lugar no pueden gobernar.

Es evidente que cuando el colegio electoral del municipio aceptó la inscripción de Eufrosina como candidata al puesto de elección popular, se aceptó tácitamente una ruptura, o si se quiere matizar, se introdujo un cambio a los usos y costumbres del lugar, específicamente a la regla normativa consuetudinaria : “*aquí las mujeres no votan, y mucho menos gobiernan*”. Este precepto *consuetudo* fue revocado por los ciudadanos (en este caso sólo los varones, que son quienes tienen el derecho al voto en esa comunidad indígena) y fueron ellos quienes eligieron a Eufrosina y con sus votos la hicieron ganar.

No se puede negar el carácter intrincado del fenómeno de la mundialización, pero no por eso se debe olvidar o simular que no existe lo local, lo particular, frente al espectro global. Por ello, este trabajo de investigación busca responder a las siguientes preguntas: ¿Cuál debe ser el papel del Estado frente a las decisiones de los grupos indígenas?, ¿Cómo responde el sistema jurídico normativo de la sociedad globalizada frente a los grupos minoritarios?, ¿Tienen derecho los pueblos indígenas a revocar sus normas costumbristas en México?

II. Marco de referencia

El presente trabajo no se anota en la agenda de la tradición clásica de la abstracción jurídica. Aquí se presentan reflexiones y juicios que buscan de manera preponderante recalcar el valor superior de lo jurídico, con sus principios, valores y vínculos, por sobre la legislación positiva. Si bien es cierto que este análisis, que ocupa algunas páginas, apenas lanza una mirada panorámica en el complejo mundo del derecho indígena; y el interés que anima es la búsqueda de respuestas, no sólo de índole jurídica y política, sino más bien orientadas con una perspectiva más amplia de talante multicultural y de respeto democrático, y no tanto limitadas por la frontera topografía marcada por los textos legislativos.

Para nadie es desconocido que el año de 1994 fue crucial para México. Dos hechos mostraron las paradojas de la historia mexicana. Por una parte, la entrada en vigor en México del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TELECAN, NAFTA o TLC), y por la otra, el levantamiento de un grupo rebelde “indígena” en Chiapas. Es decir, en México se vivió la manifestación económica, social y cultural, de dos situaciones extremas: De esta forma, en plena incorporación a la globalización y al modelo neoliberal de comercio que se introdujeron por la puerta amplia de nuestro sistema jurídico; por la puerta trasera y subrepticamente, el fenómeno indígena se presentó ante los ojos incrédulos de la sociedad mexicana y del mundo. Aunque las autoridades y muchos mexicanos pretenden fallidamente “tapar el sol con un dedo”, desde entonces, se tiene que hablar de un “partaguas” que existe, con un antes y un después de dos referentes: el TLC y el movimiento armado de Chiapas. (Paz, 1994). Lo que sí es incuestionable es que, desde el momento de la revuelta armada, el fenómeno indígena se incorporó a la agenda de los grandes temas nacionales, aunque la verdad sea dicha, sin el relieve y respeto que se merece (Tello 1998).³

III. Marco histórico

En este apartado se va de la mano del profesor Mario Cruz Martínez, con quien se puede afirmar que la mentalidad y la idiosincrasia indígenas se remontan a su mitológica explicación sobre su génesis como nación. En ese sentido, destaca la leyenda azteca que afirma que el mundo es el resultado de un caos y al mismo tiempo de la conjura de éste. Después de la destrucción viene la renovación. Para los aztecas el símbolo supremo es el sol. Por esta razón, las leyendas se refieren a los cinco soles. Lo distintivo en la cosmogonía del Quinto Sol es la insistencia en que el orden, lo mismo que la creación de los hombres y del sol, es un don de los dioses y que el mantenimiento de la vida en el mundo implica el sacrificio. Lo más destacable del mito, es que si el sentido de la creación divina fue crear la vida en el mundo, el sentido último de las criaturas terrenas es el de mantener con su propia sangre el orden creado, la vitalidad permanente del universo⁴ (Florescano, 1987). En el mundo indígena, el hombre forma parte indisoluble del pasado (Cruz, 2008).

Para los mexicas, el presente y futuro se generan en función dialéctica del primero (Cruz, 2008). Tres tiempos una unidad. Un destino inexorable. Por ello, cuando llegaron los españoles a América, los aztecas pensaron que la fatalidad se estaba cumpliendo. Nada se podía hacer frente al cumplimiento de los presagios. Pero, lo más importante es que el hombre es parte del universo y dentro de este universo esta la naturaleza como una parte integral de aquél... (Paz & Bernal & Todorov, 1992)

³ El profesor Mario Cruz, no considera al conflicto en Chiapas como un auténtico movimiento indígena, sin embargo, logró poner en la palestra nacional la figura de los indígenas. Los zapatistas hicieron suyos muy pronto los rasgos que daban identidad a los indios de Chiapas; sus rasgos, no sus demandas, que permanecieron marginadas en el discurso del EZLN. Adoptaron muchos de sus atributos: el bastón de mando, el sombrero con listones, los giros más típicos de su lengua. Marcos, incluso, aparecía muy a menudo con un chuj de lana frente a las cámaras de televisión. Con ello, desde luego, contribuía a legitimar el alzamiento. En esta postura coincide con Carlos Tello Díaz.

⁴ Para abundar sobre la cosmogonía indígena y los cinco soles, véase, Florescano, Enrique, Memoria Mexicana.

Mario Cruz dice que: “El mundo occidental era notoriamente diferente. Hijos de su tiempo, al fin y al cabo, los españoles traían en sus alforjas, además de la tradición monárquica, la fuerza de la religión católica. Dos mundos: la cosmogonía indígena giraba en torno a diversas divinidades, dentro de las cuales estaba la naturaleza y sus manifestaciones más genuinas; la religión católica giraba en torno a un salvador. ¿Cuál sería el futuro de las comunidades indígenas? La servidumbre y la opresión. El paternalismo político nació cuando se consideraron a los indios como seres de diversa categoría. Se crearon las famosas Leyes de Indias para intentar darles ciertas garantías. No podemos negar las bondades de algunos misioneros como Las Casas o Vasco de Quiroga, que pretendieron comprender el alma indígena. La famosa dicotomía entre el mundo legal y el mundo real disfrazó el panorama social de la época colonial” (Cruz, 2011).

Aquí se puede hacer una acotación sobre la propiedad y la tenencia de la tierra: En la época Prehispánica los mexicas o aztecas fueron el grupo étnico más importante, y cuyo esquema de propiedad podemos dividirlo en 3 grandes grupos: Tierras Comunales (Capulli); Tierras Administradas por el Estado (Altepetlalli) y Tierras de Propiedad Privada (Pillalli). (El colegio de México, 1987)

A la llegada de los españoles a nuestro país existieron modificaciones substanciales al derecho de propiedad de la tierra, en principio y como consecuencia de la existencia de la encomienda se crearon grandes latifundios en donde mestizos e indígenas fueran sometidos a un régimen de explotación laboral.

El movimiento libertario de 1810 mostró la lucha entre diversas ideologías, pero nunca los indígenas tuvieron un papel preponderante, y muchos menos pudieron establecer la bandera de defensa de sus derechos y cultura. En aquel momento lo más importante era darle al país un grado de homogeneidad que permitiera fundar los cimientos sólidos de una nacionalidad. Las diferencias existentes entre las personas propietarias de la tierra y aquellas que la trabajaban en la época colonial hacia el año 1800 se hicieron insostenibles, fundamentalmente porque el reparto de las tierras entre los propios españoles fue inequitativa. Así mismo se comenzaron a hacer más notorias las diferencias en las clases sociales por lo cual gente como Hidalgo encabezó la rebelión en contra de la Corona Española que concluiría finalmente con la Independencia, sin embargo se planteó un nuevo problema ¿Cómo repartir la tierra? En la realidad no dejaron de existir los latifundios ni los mecanismos de explotación de la tierra.

Esta situación dio pauta a la expedición, más tarde, de dos leyes: 1.- La Ley Lerdo y 2.- Ley de Nacionalización de Bienes. Éstas, tuvieron como principal función el hacer posible el reparto de las tierras a quienes efectivamente las trabajaba dotando a gran número de personas, individualmente consideradas, de un pedazo de tierra que cultivar. Además hicieron posible aproximarse al ideal del reparto agrario, sin embargo se puede afirmar que no fueron en modo alguno la solución al problema del reparto de la tierra.

A mediados del siglo XIX el liberalismo mexicano sentó sus reales y en una inevitable consecuencia de sus postulados, los indígenas quedaron relegados a peones de hacienda o parajes inaccesibles en donde convivían de acuerdo a sus tradiciones y costumbres. La historia simple es

que Benito Juárez, un hombre indígena de una minúscula aldea llamada Guelatao, en el Estado de Oaxaca, llegó a ser Presidente de México y luchó por reformar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, que a él le parecían ser el origen y una de las principales causas de sus miserias. Este hombre indígena, ejemplo de superación personal y de que sí es posible vencer los determinismos, llega al poder, y de la mano del liberalismo de su tiempo intentó ayudar y civilizar a sus hermanos de raza, a través de la imposición del “sagrado derecho natural de propiedad privada” y se produce la privatización de las tierras comunales. El resultado no fue la liberación y progreso de los pueblos indígenas, sino la privatización y el despojo de sus tierras y la casi extinción de la propiedad de las tierras comunales, y ésta fue una de las más destacadas causas que produjeron la Revolución Mexicana en 1910.

El siglo XX se caracterizó por los cambios estructurales que sufrieron las instituciones políticas y económicas y en estas los pueblos indígenas demagógicamente se han incorporado al interés político electoral; pero, en cuestión de logros y beneficios sociales y económicos, han sido prácticamente ignorados.

IV. México en cifras

México es un país lleno de contrastes culturales, económicos, sociales y políticos. Por un lado se tiene un país con una inmensa riqueza, la cual se confronta, paradójicamente, con uno de los porcentajes más altos de gente pobre. Cada vez se advierte como se expanden las amplias discordancias entre unas pocas personas que tienen mucho y una inmensa muchedumbre que tiene poco; cada vez se va realzando y agrandando la brecha entre los detentadores de la riqueza y quienes carecen de los mínimos de bienestar. En este sentido, el país se coloca en una de las primeras posiciones -cabe destacar menos honrosas- dentro de la lista de inequidad del concierto de las naciones.

El país se caracteriza por ser una de las naciones con mayor desigualdad en el contexto global. Basten algunos ejemplos. En el llamado efecto espejo de la propensión económica mundial entre los países más y menos desarrollados –acotada entre la clasificación de los países del Norte y el Sur-, en el norte de México se encuentra ubicado el municipio de San Pedro, Nuevo León, el cual cuenta con el mayor Índice de Desarrollo Humano, casi al parejo con Noruega, que es el país líder en este rubro de igual manera, en el sur de México encontramos su antípoda: el municipio de Metlatónoc, Guerrero, cuyo Índice de Desarrollo Humano es similar a Sierra Leona -lugar 158 del ranking mundial-. (BM, 2008)

De igual manera, México es un mosaico multicultural; la muestra es la conformación nacional integrada por 56 grupos indígenas, de alrededor de 8 millones de mexicanos, entre un número total de población de un poco más de 112 millones de habitantes. De ese número de habitantes, el 40% vive en condiciones de pobreza y otro 20% en extrema pobreza y casi su totalidad son indígenas. Según cifras oficiales, se tienen 52 millones de personas en la pobreza (INEGI, 2011).

Lo anterior, pese a que México ocupa el lugar número 13 mundial de acuerdo a su PIB, 1,012.32 billones de dólares⁵ (BM, 2011).

Las reservas internacionales, de acuerdo con información del Banco de México, al 9 de septiembre, ascienden a 136 mil 456 millones de dólares (BM 2011).

De acuerdo con distintas mediciones internacionales, México es percibido por varias organizaciones no gubernamentales foráneas como un país, no sólo con un exagerado grado de violencia, sino que está catalogado como una nación que posee además un alto índice de corrupción; de igual manera, se le clasifica como una de las naciones que tiene indicadores minúsculos de desarrollo democrático y se le aprecia como un país con uno de los menores índices de prosperidad.

De su población de 112 millones de habitantes, el número de los jóvenes de entre los 12 a los 29 años de edad que ni estudian ni trabajan, los llamados “*ninis*”, va en aumento, ya que existen 8 millones, según datos de la Confederación Patronal de la República Mexicana (Coparmex, 2011). Por su parte, la UNAM indica que sólo hay 7.5 millones de jóvenes “*ninis*”⁶ (Olivares, E & Paul, C. 2010.). De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), de acuerdo al informe difundido entre los medios de comunicación el día martes 13 de septiembre de 2011, dice que son 7 millones 226 mil los que no reciben educación y están desempleados, o no forman parte de la fuerza laboral, de los cuales 38% son mujeres (más de 2 millones 600 mil) y un millón 930 mil tienen entre 15 y 19 años y de estos últimos, el gobierno reporta un 70% (cerca de 1 millón 350 mil) que están en un plan de capacitación para el trabajo recibiendo instrucción de algún oficio, pero no son considerados formalmente como estudiantes o empleados (Sánchez, 2011).

Todas estas cifras abrumadoras contrastan con el hecho de que el gobierno federal ha disminuido el porcentaje de la cantidad de recursos para actividades prioritarias como educación y salud, para destinarlos hacia el combate a la delincuencia.

Comenta el prestigiado experto jurídico indigenista, maestro Mario Cruz Martínez (2008) que “La globalización: ninfa de aduladores y detractores. Pero, aparejada a las loas globalifóbicas y globalifílicas ciertos sectores sociales son orillados, por las consecuencias de un modelo económico ciego y feroz, a la marginación total. La pobreza es una marea espúrea que inunda día a día a millones de seres humanos. Los indígenas son unos de estos hombres sin voz que sufren las inclemencias de la sinrazón política y económica. Ellos, los indígenas, son ciudadanos de dos mundos que no pueden mirar directamente el horizonte del porvenir. Por una parte, pertenecen a su mundo originario regido por normas y modelos de conducta muy particulares, que tienen su

⁵ Determinado por el Banco Mundial en billones de dólares y de acuerdo con el Método Atlas que resulta ser más realista. Actualizado en Julio de 2011, obtenido de la página: <http://www.mexicomaxico.org/Voto/PIBMund.htm>

⁶ Periódico La Jornada. Martes 24 de agosto de 2010, p. 2.”Desafortunadamente no puedo decir que cometí un error. Las cifras presentadas por las secretarías de Educación Pública (SEP) y de Gobernación (SG), según las cuales la cantidad de jóvenes que no estudian ni trabajan en el país es de sólo 285 mil personas, no son las correctas, aseguró el rector de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), José Narro Robles.

raíz en el pasado mexicano. Sin embargo, también pertenecen al estado mexicano y deben regirse (a veces sin saberlo) a principios e instituciones que descansan en la tradición occidental”.

“Por otra parte, el fenómeno indígena -sigue el comentario del profesor Mario Cruz- tiene una gran importancia por la trascendencia que ha cobrado su estudio a partir de la perspectiva de los derechos humanos. No se puede prescindir de éstos en el debate del derecho indígena. De esta manera, México tiene una doble apuesta en el derecho indígena y la ciencia jurídica: el reconocimiento constitucional y su tratamiento en el ámbito internacional, sobre todo por la firma de México del Convenio 169 de la OIT (1989), en donde se establecen derechos mínimos a los pueblos indígenas.”

Parafraseando a Aristóteles obtenemos que nadie ama lo que no conoce, y aquí viene a colación el desconocimiento –cuando no indiferencia y hasta desprecio- casi total del mundo indígena por los mexicanos. No se le entiende porque no existe preocupación por saber de él; lo mínimo que detentamos es la distorsionada versión oficial de la historia.

V. Marco jurídico normativo

El Diccionario de la Lengua Española (2009) designa los siguientes significados a la voz: “**uso**. (Del lat. *usus*). **1.** m. Acción y efecto de usar. **2.** m. Ejercicio o práctica general de algo. **3.** m. **moda**. **4.** m. Modo determinado de obrar que tiene alguien o algo. **5.** m. Empleo continuado y habitual de alguien o algo. **6.** m. *Der.* Derecho no transmisible a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia. **7.** m. *Der.* Forma del derecho consuetudinario inicial de la costumbre, menos solemne que esta y que suele convivir como supletorio con algunas leyes escritas... **entrar** alguien **en los** ~s. **1.** loc. verb. Seguir lo que se estila y practica por otros, y conformarse con los **usos** y costumbres del país o pueblo donde reside”.

El mismo Diccionario de la Lengua Española define el vocablo “**costumbre**. (Del lat. **cosuetumen*, por *consuetūdo*, *-ñis*). **1.** f. Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto. **2.** f. Aquello que por carácter o propensión se hace más comúnmente. **4.** f. pl. Conjunto de cualidades o inclinaciones y usos que forman el carácter distintivo de una nación o persona. ~ **contra ley**. **1.** f. *Der.* **costumbre** que se opone a ella, y, sin embargo, en algunas épocas y legislaciones se ha considerado eficaz. ~ **fuera de ley**. **1.** f. *Der.* **costumbre** que se establece en materia no regulada o sobre aspectos no previstos por las leyes.

Los juristas Ulises Schmill Ordóñez y Rolando Tamayo Salmorán, en su aportación al Diccionario Jurídico Mexicano, editado por la UNAM, elaboraron una magistral disertación sobre el concepto:

“**USOS SOCIALES**. En el sentido de acción o comportamiento humano “uso” (del latín *usus*: práctica, experiencia) significa: práctica, costumbre, hábito. Los jurisconsultos romanos aplican

la expresión *in uso* para designar a las instituciones jurídicas que gozan de una práctica general, en especial aquellas relacionadas con el proceso civil (p.e., ciertas *acciones*). En un sentido más específico, los jurisconsultos romanos, con *usus* y con la locución *in usus esse*, se refieren a las costumbres y normas jurídicas consuetudinarias. De esta forma, *usus receptum est* se dice de una forma jurídica que ha sido establecida por la costumbre (*consuetudine*) (A. Berger). En este sentido se habla *usus loci* (prácticas o costumbres locales), *longevas usus* (práctica o costumbre observada por largo tiempo), etc.

En un sentido general, uso se utiliza como sinónimo de costumbre o práctica jurídica (ergo, obligatorio). En este sentido los juristas entienden por uso, la práctica o modo de obrar que tiene fuerza obligatoria. El uso en este sentido se entendía como resultado del conocimiento tácito del pueblo que lo observaba, de los tribunales que lo aplicaban y del legislador que lo mantenía (cfr., J. Escriche). Sin embargo, la más de las veces se suele diferenciar entre costumbre y uso. En ocasiones uso constituye el elemento factico de la costumbre, la conducta repetida, el hábito. En este sentido, el uso no sería sino los hechos (repetidos) constitutivos de la costumbre. Frecuentemente se opone el uso a la costumbre en virtud de que el uso es meramente una práctica limitada (de los comerciantes, de un lugar, etc.) mientras que la costumbre presupone una aceptación general. De ahí que se sostenga que el uso tiene, en cuanto a su obligatoriedad, un alcance limitado o supletorio. Dentro de este orden de ideas, la dogmática jurídica considera al uso como una práctica generalmente aceptada o entendimientos tácitos de un tipo particular de negocios. Para tener tal efecto el uso (en razón de su limitada obligatoriedad) tiene que ser consistente con el derecho legislado, bien conocido y compartido por los participantes (D.M. Walker).

II. La ciencia jurídica se ha ocupado tradicionalmente de resolver el problema de la distinción entre diversas clases de normas. Generalmente los tipos de normas que intentan distinguirse por el señalamiento de sus notas características, son las llamadas morales, las jurídicas, las religiosas y las convencionales. Estas últimas reciben también el nombre de “usos sociales”, “convencionalismos sociales”.

García Máynez (1974) considera que son unilaterales las normas convencionales, pues no otorgan derechos subjetivos correlativos de obligaciones; son externos porque, a semejanza de las normas jurídicas, “no exige que el móvil del actuante sea el mero respeto a la norma usual y quedan cumplidos cuando el sujeto ejecuta el comportamiento ordenado, sean cuales fueren los resortes psicológicos de la actuación” y además son coercibles por que admiten la observancia no espontánea de la norma, i.e., coaccionada.

Max Weber llama a estas normas “convenciones”. Considera a las convenciones como normas, en tanto que pretenden tener carácter obligatorio, pues “la observancia de la convención (en el sentido corriente de la palabra)- p.e., del saludo en uso, del vestido conveniente, de los límites de forma y contenido en el trato humano- se exige seriamente al individuo como obligación o modelo y en modo alguno -Como en la simple costumbre de preparar de cierta manera un plato culinario- se le deja a su libre elección. El anterior pfo. Constituye una refutación a la tesis de Stammler.

IV. Weber llama “orden” a un conjunto de máximas que pueden ser señaladas y que orientan la conducta de los individuos. Se habla de “validez” de un orden, en el sentido de la sociología de Weber, cuando “la orientación de hecho por aquellas máximas tiene lugar por que en algún grado significativo (es decir, en un grado que pese prácticamente) aparecen validas para la acción, es decir, como obligatorias o como modelos de conductas”. Cuando el carácter obligatorio, i.e., cuando la validez de un orden se encuentra garantizada externamente por la reprobación general prácticamente sensible, estamos en presencia de una regla convencional. A diferencia de las normas jurídicas, en las que su validez está garantizada por que la coacción es ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia del orden o de castigar su transgresión, las normas convencionales carecen totalmente de dicho cuadro de individuos específico. Dice Weber: “lo decisivo es que aun en esos caso es el individuo el que emplea los medios represivos (a menudos drásticos) y en meritos precisamente de la reprobación convencional, pero no un cuerpo de personas encargado de la función”. En resumen, para Weber las normas convencionales se caracterizan por lo que podríamos denominar coacción difusa entendiendo por ello la reprobación general y efectiva no ejercitada por un cuerpo específico de personas encargado con la función de aplicar dicha reprobación. Para nada entra aquí el concepto de la efectividad de la sanción correspondiente, pues es observable que en muchos casos la reprobación convencional es más dura y más efectiva que la sanción jurídica. “Una falta contra la convención (costumbre estamental) se sanciona con frecuencia con mucha más fuerza de la que pudiera alcanzar cualquier forma de coacción jurídica, por medio de las consecuencias eficaces y sensibles del boicot declarado por los demás miembros del propio estamento. Lo que falta es únicamente el cuerpo de personas especialmente destinado a mantener su cumplimiento (jueces, fiscales funcionarios administrativos, etc.) “(Weber)”

De la misma manera, magistralmente el profesor J. Jesús Orozco Henríquez, en el propio Diccionario Jurídico Mexicano (2009), se refiere a la voz: “COSTUMBRE. Por costumbre se entiende el procedimiento consuetudinario de creación del derecho; sin embargo es frecuente que con el término “costumbre” se aluda no solo al procedimiento consuetudinario sino al resultado de dicho procedimiento, esto es, a la norma jurídica así creada. Para evitar equívocos, sería conveniente que al hecho productor de derecho se le llame procedimiento consuetudinario y a la norma jurídica resultante se le denomine norma consuetudinaria. En tanto método creador de derecho, el procedimiento consuetudinario constituye una de las llamadas “fuentes formales del derecho” (distinta al proceso legislativo, al jurisprudencial o de precedente judicial y a la doctrina).

Si bien en épocas anteriores el procedimiento consuetudinario constituyó una de las “fuentes” principales de producción jurídica, a partir de los grandes procesos de codificación y del establecimiento de instancias centrales de creación de derecho (con las diversas asambleas legislativas) ha decrecido su importancia, especialmente en los sistemas de tradición romano-canónica, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas de *common law* donde varios sectores se encuentran normados consuetudinariamente; sin embargo, predomina el régimen precedente judicial.

II. *Los elementos del procedimiento consuetudinario.*

1. *El carácter factico.* Este primer elemento del procedimiento consuetudinario también conocido como el elemento material u objetivo, se encuentra constituido por los actos humanos, es decir, por todos aquellos actos humanos estimados como repetidos. Según el profesor Francisco Gény, “la formación de un derecho consuetudinario supone primeramente el que, por una serie bastante de hechos repetidos, se ha establecido una práctica constante respecto a una relación de la vida social, y este es el elemento de hecho que sirve a la costumbre de *substratum* necesario”.

Es así como se afirma que la costumbre es, por definición conducta repetida. No obstante debe advertirse que, en rigor, a las conductas o los acontecimientos no son exactamente idénticos y, por tanto, no puede repetirse.

2. *El carácter normativo.* El segundo elemento del procedimiento consuetudinario, generalmente llamado *opinio iuris*, consiste en la adscripción de una significación normativa a los actos considerados.

La determinación del carácter normativo funciona siempre que un individuo estima que, según cierto criterio, determinados actos se repiten, con mayor o menor frecuencia, durante un periodo de tiempo específico y decide que en un acto concreto es una instanciación de la secuencia o repetición, es decir, se encuentra incluida en cierta pauta de conducta. Desde el momento en que este individuo --- particularmente, un órgano jurídico aplicador---- decide que tal acto pertenece al conjunto de conductas que forman, según su criterio, esa repetición de conducta , entonces convierte dicha repetición en el contenido de una norma que constituye el derecho aplicable al caso contemplado (al caso que se incluye en la repetición).

De esa manera, dicho órgano aplicador, consciente o inconscientemente establece (crea o determina) el derecho aplicable al caso concreto. El derecho aplicable que resulta de este procedimiento es una norma consuetudinaria.

IV *La relación entre ley y costumbre.* De lo apuntado precedentemente se aprecia que el procedimiento consuetudinario constituye un método de creación jurídica tan importante como el legislativo, solo que, en nuestra opinión, ha sido un poco olvidado. Pensamos que tal situación obedece, principalmente, a la admiración desmedida por la ley que tanto ha propugnado la dogmática jurídica.

Antes de referirnos a las relaciones que pueden presentarse entre la ley y la costumbre, conviene distinguir una de otra, Conforme a Kelsen, mientras que el proceso legislativo es un método deliberado y centralizado de creación de derecho, el procedimiento consuetudinario es una forma espontánea y descentralizada de producción jurídica. Esto es, en tanto que las leyes son creadas por órganos específicos previamente establecidos para el efecto, los individuos que a través de sus actos crean alguna costumbre pueden serlo cualesquiera, inclusive sin percatarse de ello.

Por otra parte, los órganos creadores de normas consuetudinarias y los sujetos sometidos a esas normas siempre coinciden; en cambio, los órganos legislativos pueden crear leyes destinadas a individuos distintos a los legisladores. Igualmente, los actos de los órganos que crean una norma consuetudinaria, simultáneamente son actos de los órganos (o sujetos) que aplican (u obedecen)

la misma norma consuetudinaria, a diferencia de las normas legislativas que requieren de posteriores actos de aplicación (u obediencia).

...diversos tratadistas modernos, quienes clasifican la relación de la costumbre con la legislación de la siguiente manera: a) interpretativa, que tiene relevancia únicamente cuando por esta vía se llega a modificar el sentido del texto legislativo; b) introductoria, que se desenvuelve en aquellos casos que cierta situación no ha recibido relación alguna por parte de las disposiciones legislativas o, por lo menos, no ha conseguido completa regulación y c) derogatoria, que se refiere al caso de la costumbre *contra legem* y a la operancia de la *desuetudo*.

El derecho consuetudinario derogatorio se refiere, según Heinrich, a los casos en que la costumbre se desenvuelve en sentido opuesto al de los textos legales; el mismo autor admite la posibilidad de que la costumbre “derogatoria” se forme aun cuando el propio legislador le niegue expresamente validez.

V. *La desuetudo*. Conforme a un compartido criterio, la desuetudo consiste en la pérdida de validez de una disposición, o de un conjunto de disposiciones, especialmente legislativas, debido a su ineficacia. Sostener que cierta disposición ha perdido su validez por desuetudo significa afirmar que la misma ha dejado de formar parte de un orden jurídicos positivo.

El caso de la *desuetudo* es uno de los puntos en que tiene una admiración desmedida por la ley y llega hasta identificarla con el derecho. Tal doctrina no tiene más remedio que negar la *desuetudo*, si quiere ser fiel a su punto de partida. Esta conclusión es reforzada a menudo por disposiciones legislativas que pretenden establecer expresamente la inoperancia de la costumbre y la *desuetudo* frente a la ley. Tal situación ocurre, p.e., con el a. 10 del CC de 1928, que señala: “Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o practica en contrario.” En nuestra opinión, estas “limitaciones” no representan sino una mera expresión de deseos o de una ideología que pretende restringir la tarea de los órganos aplicadores, puesto que, como hemos intentado demostrarlo, la costumbre es resultado de un proceso jurídico de creación tan importante como el legislativo, máxime en los ordenes jurídicos donde la eficacia de las normas es una condición necesaria para su validez y, por tanto, no puede proscribirse de esta manera.

Sin embargo, apoyada en textos legales como el mencionado, la doctrina tradicional suele negar al procedimiento consuetudinario que produce la costumbre *contra legem* y a su efecto jurídico negativo que es la *desuetudo*. Esta conclusión obedece generalmente a la aceptación dogmática de la ley --- sin cuestionar su permanencia al específico sistema jurídico de que se trate--- y al rechazo dogmático de la costumbre, llegando al absurdo de suponer, precisamente, lo que se intenta investigar: al invocar una disposición legislativa para rechazar la costumbre *contra legem* ya se ha tomado partido, evidentemente, a favor de la ley en contra de la costumbre.

En realidad, si la experiencia jurídica nos demuestra que las costumbres operan aun en situaciones aparentemente reguladas por leyes, provocando la *desuetudo* de estas, tendremos que reconocer que la primera disposición legislativa que pierde su validez por *desuetudo* es justamente aquella que pretende impedir la formación de la costumbre en casos regulados legislativamente.

VI. *La costumbre en el derecho mexicano.* Simultáneamente, encontramos en nuestro CC diversas disposiciones que señalan a la costumbre como la reguladora de ciertas situaciones particulares. De esta manera, tenemos, entre otras, las talas o cortes ordinarios que puede efectuar el usufructuario de un monte (aa.996 y997), los honorarios en materia de servicios profesionales (a. 2067), las condiciones del contrato de aparcería (a. 2754), etc.

Situación muy parecida a la que guarda la costumbre en el derecho civil se presenta en el orden mercantil: v. el a. 2º., fr.III de la LGTOC, que pretende proporcionar a la costumbre un carácter exclusivamente supletorio para aquellos casos no regulados por la ley. Sin embargo...puede llegar a formarse una costumbre mercantil aun contra lo dispuesto por alguna disposición legislativa, o bien, concretarse a regular los casos no previstos por la ley a la vez que aquellos en que esta remite expresamente a lo prescrito por los usos o costumbres mercantiles.

El a. 17 de la LFT, igualmente, confiere a la costumbre un carácter meramente supletorio. No obstante, si bien existe el principio ampliamente difundido de que una costumbre no puede dejar sin efecto las disposiciones legales favorables al trabajador --admitiéndose, claro está, que cierta costumbre de empresa, p.e., mejore los derechos legales mínimos del trabajador---, debe reconocerse la posibilidad, como ocurre en cualquier otra rama del derecho, de que opere la *desuetudo* con respecto de alguna disposición legislativa en virtud de un procedimiento consuetudinario *contra legem*".

De lo anterior se colige que los usos y costumbres sociales se refieren a las tradiciones que son memorizadas y pasadas a través de generaciones, originalmente sin la necesidad de un sistema de escritura.

En el tema referente a la costumbre como fuente del derecho, cabe decir que usualmente las leyes son codificadas de manera que concuerden con las costumbres de las sociedades que rigen -la costumbre hace ley-, y en defecto de ley, la costumbre puede constituir una fuente del derecho. Sin embargo en algunos países la costumbre es fuente de derecho primaria y como tal se aplica antes (o a la vez) que la ley. En este sentido, el Derecho consuetudinario, también llamado de usos y costumbres, es una fuente del Derecho. Este sistema jurídico costumbrista, se basa en normas jurídicas que se desprenden de hechos que se han producido repetidamente, en el tiempo, en un territorio concreto, los precedentes. Tienen fuerza vinculante y se recurre a ellos cuando no existe ley (o norma jurídica escrita) aplicable a un hecho. Un ejemplo de esto es el sistema jurídico *common law*, con la Constitución no escrita de Inglaterra cuyas fuentes de derecho las podemos encontrar en los grandes textos históricos como la Carta Magna (1215), la Petición de Derechos (1628), el Habeas Corpus (1679), el Bill of Rights (1689) y el Acta de Establecimiento (1701).

Los orígenes del Derecho Consuetudinario se entierran en los mismos orígenes de lo que entendemos por sociedad. Sin embargo, la doctrina actual ha logrado identificar dos elementos imprescindibles para que una conducta califique como costumbre y tenga efectos jurídicos:

A. Obrar repetitivo y generalizado. La teoría de las organizaciones nos indica que sólo puede considerarse costumbre un comportamiento realizado por la generalidad de los miembros de una comunidad en un contexto. Se debe tener en cuenta que cuando hablamos de comunidad, lo

hacemos en el sentido más estricto posible, refiriendo cualquier tipo de organización. La conducta social se convierte en norma, medida, molde, y se debe repetir a través del tiempo, es decir, que sea parte integrante del común actuar de una comunidad. Difícilmente se puede considerar costumbre una conducta que no tiene antigüedad, una comunidad puede ponerse de acuerdo en repetir una conducta del día de hoy en adelante pero eso no la convierte en costumbre, esto la convierte en nueva norma.

B. Obligatoriedad. La generalidad de los miembros de una comunidad, deben considerar que la conducta común a todos ellos tiene prevalencia y debe ser respetada por todos, de tal manera que no puede obviarse dicha conducta sin que todos consideren que se ha violado un principio que regulaba la vida de la comunidad. En ese sentido, es claro que existen conductas cuyo uso es generalizado y muy repetitivo pero que no constituyen costumbre en tanto no tienen emparejado el concepto de obligatoriedad.

Se requiere de necesidad que converjan ambas condiciones para considerar a la costumbre como norma, como fuente de derecho, es decir, origen de reglas de conducta que producen consecuencias jurídicas en un contexto social.

Para el desarrollo del tema que ocupa este trabajo de investigación, se citan a continuación, sólo algunas de las disposiciones relativas del siempre criticado artículo 2o en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos(CPEUM), y las cuales se consideran violentadas por la autoridades político electorales, así como las jurisdiccionales que conocieron del caso de Eufrosina:

“La nación mexicana es única e indivisible...La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas...La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen, una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

A. Esta constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.

VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

B. La federación, los estados y los municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria”.

Como puede apreciarse, la constitución federal, en una peripecia de demagogia aberrante de los legisladores y en evidente falta de técnica legislativa, colocó un agregado al artículo segundo, ampliamente comentado por los estudiosos del derecho, la sociología, la antropología social y otras disciplinas. Este artículo 2º CPEUM se asienta dentro del Capítulo I De los Derechos Humanos y sus Garantías (Recién reformada la denominación por decreto publicado en el Diario

Oficial de la Federación el 10 de Junio de 2011) y su crítica partía del hecho de se le clasificaba como garantía individual –ahora enclavada en la denominación Derechos Humanos y sus garantías-, siendo su naturaleza la de un derecho social; allí se afirmaba que –siguiendo el principio de que donde la ley no distingue no debemos distinguir- alguien estaba siendo discriminado: los indígenas o la totalidad de la población que habita en territorio nacional; pues a los primeros la norma constitucional les permitía tener y gozar sus usos y costumbres propios en lo político, social y cultural; pero no así al segundo grupo.

Mario Cruz Martínez comenta que después de una lectura del precepto citado saltan diversos aspectos: La expresada composición pluricultural resulta un tanto general, sino es que retórica. Se consigna que se garantizará el acceso a la jurisdicción del estado. Sin embargo, en ningún momento se establece la posibilidad de reconocer la llamada jurisdicción indígena. Además, se alude exclusivamente a la fórmula “*prácticas y costumbres jurídicas*”, reduciendo notablemente la calidad del derecho consuetudinario indígena.

Viene a la cuenta también recordar que en el ordenamiento jurídico mexicano, los tratados internacionales representan un valor jerárquico apenas inferior a la Constitución; y en esta dirección se compara el tratamiento diferencial entre aquella con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1989), y sobre lo cual se puede hacer -siguiendo la postura de Manuel González Oropeza (2000) - el comentario de que mientras que el convenio establece en 44 artículos los derechos de los pueblos indígenas y tribales, nuestra carta magna, en una porción de un párrafo, pretende incluir el reconocimiento de los usos y costumbres, junto con el derecho a la vivienda, a la salud y a la seguridad familiar.

Por su parte, el Código Civil Federal en su artículo 10 establece: “Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.” Con este precepto se niega la aplicación de lo que se denomina en doctrina jurídica como “*desuetudo*”, además de las prácticas en contrario, conocidas como *costumbre contra legem*. La primera implica que sí se tomará en consideración a la costumbre en los casos que la misma ley requiera su intervención, pero además, se constituirá como derecho. Esto implica que la costumbre adquiere vigor inmediato sin sujetarse a procedimientos de validación y aprobación legislativa como el que requieren tradicionalmente las normas jurídicas. La *costumbre contra legem* es aquella que se contrapone a lo establecido en la descripción legal que se hace en alguna disposición normativa y cuya función es derogatoria (Orozco, 1993)

En México, destaca el tratamiento que en el Derecho mercantil o Derecho comercial se otorga a los usos o costumbres de su materia, al cual se le otorga el calificativo de derecho consuetudinario ya que, a pesar de estar codificado, se basa en la tradición y en las prácticas de los comerciantes.

En ese sentido destaca el tratamiento jurídico especial que se brinda a esta actividad o a quienes la practican; así se encuentra por ejemplo el artículo 104 Constitucional, el cual señala que: “*Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias solo*

afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal”.

Por su parte el artículo 333 del Código de Comercio establece que: “*Salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, la cual se arreglará a los términos del contrato y, en su defecto, a los usos de la plaza en que se constituyó el depósito.*”

Por lo anterior se considera a la costumbre y los usos comerciales como fuentes del Derecho mercantil, con la salvedad que aquellos nunca podrán ser *contra legem*.

Otro ejemplo sobre lo dicho lo tenemos en la siguiente tesis: **Registro No.** 191744. **Localización:** Novena. Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XI, Junio de 2000. Página: 492. Tesis: I.6o.T. J/31. Jurisprudencia. Materia(s): laboral: “**COSTUMBRE, INTERPRETACIÓN DE LA, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.** Para que la costumbre pueda invocarse como tal, y estar en posibilidad de reclamar su reconocimiento e implantación definitiva, en términos del artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, es necesario que concurren las siguientes circunstancias: a) Que se trate de una práctica reiterada e ininterrumpida por un tiempo considerable; b) Que dicha práctica se realice con el consentimiento de las partes; c) Que ese consenso se constituya como norma rectora de determinadas relaciones; y d) Que tal práctica no contravenga disposiciones legales o contractuales.” **SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.**

Frente a esta circunstancia encontramos un doble problema, en primer lugar, en saber a qué tipo de costumbre se refiere la legislación y además saber cómo se puede reconocer, quién puede dictar y decidir que una costumbre es vigente y válida en determinada zona geográfica o para un grupo de población, porque la costumbre en este sentido nace donde la gente le atribuye ese carácter y reúne dichas características. En segundo lugar, cómo es que los entes legislativos y jurisdiccionales conocen la costumbre que prevalece en caso que la ley no pueda resolver un caso determinado.

VI. La fallida democracia mexicana

La doctrina nos define la democracia. Nos dice que en sentido estricto la democracia es una forma de gobierno, de organización del Estado, en la cual las decisiones colectivas son adoptadas por el pueblo mediante mecanismos de participación directa o indirecta que les confieren legitimidad a los representantes. En sentido amplio, se nos señala que democracia es una forma de convivencia social en la que los miembros son libres e iguales y las relaciones sociales se establecen de acuerdo a mecanismos contractuales.

Abraham Lincoln aportó una magnífica conceptualización como el gobierno del, por y para el pueblo.

Cuando la clase política mexicana habla de democracia, la casi totalidad de sus integrantes se refieren a llamada democracia política, que consiste en la posibilidad de votar y ser votado para ejercer los cargos públicos. Pero esa es una democracia bastante limitada y muy alejada del auténtico sentido que define nuestra constitución política.

Baste decir que el artículo 3º de la constitución considera a la democracia no sólo por una igualdad Jurídica o un Régimen Político, muy del estilo de los modelos liberales del siglo XIX. Nuestra carta magna infiere un abierto modelo intervencionista y además proteccionista de los grupos sociales en desventaja, pues considera además a la democracia como un *sistema de vida* fundado por el constante mejoramiento económico, social, y cultural del pueblo. De aquí la necesidad de que el Estado Constitucional Democrático busque el cumplimiento de los Derechos Fundamentales, pero paralelamente debe garantizar una distribución justa y equitativa de la riqueza, atendiendo además a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y políticos, pues tal satisfacción, es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos.

En este sentido, en el Estado liberal del Derecho la decisión de la autoridad es considerada democracia, por representar la voluntad mayoritaria; pero en el Estado Social, esta democracia son los contenidos sustanciales y la satisfacción de los derechos fundamentales de todos, los cuales ninguna autoridad o mayoría deberá dejar de respetar (Martínez, 2009).

Ferrajoli, al referirse al *Neoconstitucionalismo*, expone que: “para la maduración de la democracia constitucional, se deben aplicar tres dimensiones: a) Que se garanticen todos los derechos sin excepción; b) Que esos derechos se hagan valer ante cualquier tipo de poder, incluso los poderes privados, y c) Que verdaderamente los derechos se apliquen en los ámbitos doméstico y mundial, comentario expuesto en “La democracia constitucional” (Martínez, 2009).

Adentremos en el tema, el artículo 39 de la CPEUM considera que la Soberanía Nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

El artículo 40 de la CPEUM marca que es voluntad del pueblo Mexicano constituirse en una República Representativa, Democrática, Federal... ; de igual manera, indica el artículo 41 de la CPEUM que el pueblo ejerce su Soberanía por medio de los poderes de la unión. Los órganos del poder público (legislativo, ejecutivo y judicial) son los representantes del pueblo; éste último, el pueblo, es el titular del poder público.

Todo lo anterior, no se cita por complacencia jurídica sino porque lo mostrado nos prueba y demuestra la celebración de un auténtico contrato jurídico convenido entre el pueblo y sus gobernantes. Éste contrato o pacto social contiene todo un proyecto de nación, y aquél se ha entendido y se entiende, como tácito y de adhesión. Su naturaleza es de un acuerdo de voluntades a través de un contrato de mandato; en el cual, el mandante es el pueblo; y el mandatario, es decir quién obedece el mandato, es el gobernante; y no como tradicionalmente se nos ha querido

inculcar. Como ejemplo se dice que el “primer mandatario” es el Presidente de la República, dando a entender que éste es, o era, el titular de un poder omnímodo al cual todos los demás teníamos que obedecer; siendo que el “primer mandatario” es quien debía ser quien en primer lugar esté sujeto a las órdenes y dictados de quién le otorgó el mandato; es decir que el verdadero mandante siempre ha sido y lo será el pueblo. El Presidente de la República es el primer mandatario, porque es el primer servidor público: está al servicio del pueblo.

En este orden de ideas, vale decir que la democracia no se agota con el primer ejercicio de los derechos políticos: votar y ser votado. Su cumplimiento implica una participación real y directa del pueblo en la planeación, implementación, ejecución, seguimiento y evaluación de los programas y tareas del gobierno.

Así como conclusión de esta cita jurídica, baste saber que el pueblo, de acuerdo a la Constitución tiene el inalienable derecho de cambiar su forma de gobierno. La pregunta que grita en el espacio mexicano es: ¿cómo? Responden los políticos y sus partidos: por medio de sus representantes. Pregunta el pueblo: ¿pero si estos no quieren cambiar las estructuras, modelos y formatos que vayan contra sus intereses? La prueba es que cambia un partido por otro en el poder, se sustituyen entre sí, la llamada alternancia de partidos; y el país sigue sin mejoría. Por todo lo anterior, sin duda, al correr del tiempo, desde aquél 1917, no deja lugar a dudas, que el modelo de Estado mexicano es un estado fallido.

VII. Democracia y tiranía de la mayoría

La regla de la mayoría en la que se basa la democracia puede producir un efecto negativo conocido como la *tiranía de la mayoría*. Se refiere a la posibilidad de que en un sistema democrático una mayoría de personas pueden en teoría perjudicar o incluso oprimir a una minoría particular. Esto es negativo desde el punto de vista de la democracia, pues está trata de que la ciudadanía como un todo tenga mayor poder.

He aquí algunos ejemplos reales en los cuales una mayoría actúa o actuó en el pasado de forma controvertida contra las preferencias de una minoría en relación a temas específicos:

- a. El tratamiento de una sociedad hacia los homosexuales. Un ejemplo es la criminalización de los homosexuales en Gran Bretaña durante el siglo XIX y parte del XX, siendo famosas las persecuciones a Oscar Wilde y Alan Turing.
- b. La mayoría normalmente obliga a la minoría rica a pagar impuestos sobre la renta cada vez más altos cuanto mayor es su riqueza, que si bien luego se destinan a beneficiar a la sociedad, provocan controversias.
- c. Algunos piensan que los consumidores de droga son una minoría oprimida por la mayoría en muchos países, mediante la criminalización del consumo de droga.
- d. En muchos países, los presos relacionados con la droga pierden su derecho a votar.
- e. En Francia, hay quienes consideran que las actuales prohibiciones sobre la muestra de símbolos religiosos personales en las escuelas públicas es una violación de los derechos de las personas religiosas.

f. En los Estados Unidos: Los activistas anti-aborto habitualmente se refieren a los niños que no han nacido como una minoría oprimida y desvalida.

VIII. La democracia y discriminación femenina e indígena

El 4 de noviembre de 2007 hubo elecciones municipales en el pueblo de Santa María Quiegolani. El triunfo debió corresponder a Eufrosina Cruz Mendoza, contadora pública, oriunda y vecina de la localidad, pero le fue arrebatado.

Lo dramático del caso es que el despojo electoral cometido en su contra no fue producto de unos perversos intereses externos sino la aplicación literal de la costumbre que dicta que Quiegolani no puede ser gobernado por una mujer. “Y menos profesionista” como le dijo el síndico al momento de expulsarla de la asamblea en que se votaba al sucesor del presidente municipal entre 2004 y 2007.

Santa María Quiegolani es un pueblo zapoteco enclavado en lo más profundo de la sierra sur de Oaxaca, colindante con la zona chontal. La *Enciclopedia de los municipios de México* explica su etimología como de origen zapoteco. Se trata de uno de los 418 municipios oaxaqueños que eligen a sus autoridades bajo el concepto constitucional y legal de los “usos y costumbres”. Estos municipios oaxaqueños se gobiernan por el derecho consuetudinario.

Ricardo Cayuela Gally (2008) presentó un informe especial de la Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, en el cual nos indica que: *“Las mujeres deben trabajar desde niñas. Las mujeres deben levantarse en la madrugada a preparar el nixtamal, limpiar la casa, preparara la comida, recoger la leña. Las mujeres deben servir al padre y a sus hermanos. Las mujeres deben casarse a los 12 años con el novio que les asigne el padre y empezar de inmediato un nuevo ciclo de explosión demográfica y miseria. Eso sí, para evitar problemas con las autoridades estatales se les otorga el gracioso beneficio de la educación primaria, siempre y cuando no impida sus otras obligaciones, las verdaderas. De ahí la alarmante cifra de deserción escolar. Esta es la realidad de las mujeres indígenas que, desde el atril de sus aulas universitarias, no quieren ver los antropólogos indigenistas que las idealizan ni las feministas de las ciudades rebasadas en gritar mueras al obispo, ni desde luego la mayoría del país que simplemente vive de espaldas ante el doble círculo de marginación que aprisiona a la mujer indígena: la pobreza y el machismo.*

La historia de la vida de Eufrosina Cruz Mendoza es de verdad extraordinaria. Como Benito Juárez, aprendió español en la escuela primaria y no logró hablarlo con fluidez hasta la adolescencia. Hoy desarma su elocuencia. Su circunstancia era extraña: en Oaxaca capital era discriminada por ser indígena zapoteca. Los compañeros se burlaban de su acento y de su pobreza. Y en su pueblo los vecinos la marginaban por tener estudios y aspiraciones propias, lejos del opresivo “nosotros”. Pero no es todo. Poco a poco, año tras año logra que los jóvenes del pueblo, los que no han emigrado a California, se relacionen de otra manera con las mujeres. Son estos jóvenes quienes la postulan para la presidencia municipal, derecho reservado a los hombres, y son ellos los que se organizan para conseguir su triunfo.

Tras el despojo, Eufrosina fundó la asociación civil Quiego, apócope de su pueblo e ingeniosos acrónimo de “queremos unir, integrando por la equidad y género, a Oaxaca”. Sus logros han sido varios. El único conocido es la reforma de la constitución estatal que garantiza a las mujeres su derecho de ser elegidas para cualquier cargo, pero que aún no tiene su correlato jurídico en las leyes de sus usos y costumbres.

El resultado: la modificación del artículo 25 de la constitución local: “la ley protegerá y propiciará las prácticas democráticas en todas las comunidades del Estado de Oaxaca, para la elección de sus ayuntamientos, en los términos establecidos por el artículo 2°.

Apartado A, fracciones III y VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 16 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca; establecerá mecanismos para garantizar la plena y total participación de la mujer en dichos procesos electorales y el ejercicio de su derecho de votar y ser votada en condiciones de igualdad con el de los varones y sancionará su contravención” (Cayuela, 2008).

Apuntalando la argumentación anterior, Alicia Elena Duarte y Noroña hace una estupenda descripción y apología de los derechos de la mujer, en su aportación al Diccionario Jurídico Mexicano: **“DERECHOS DE LA MUJER. I.** *En este rubro se engloba el conjunto de derechos humanos cuya promulgación y aplicación está dirigida a las mujeres en función de su condición; de la específica diferencia real con el varón, y cuyo objetivo es el logro de una igualdad jurídica entre el varón y la mujer que se concrete en una igualdad de oportunidades y de desarrollo entre ambos sexos obstaculizada por siglos de subordinación. Este conjunto está formado por los derechos políticos, es decir, el derecho al voto y a ocupar cargos de elección popular; los derechos laborales, que comprenden tanto las licencias especiales por la maternidad y lactancia como el derecho a un salario igual y la no discriminación por razón de sexo en la contratación; los derechos a la instrucción, que abarcan todos los niveles de educación, desde el preescolar hasta los universitarios. Algunos de los derechos humanos generales adquieren una connotación genérica específica; pues, tratándose de la mujer, son fácilmente violados o violales; tal sería el caso del derecho a la protección de salud que, en los aspectos específicos de la concepción y de la contracepción, la mujer queda desprotegida, como lo demuestran los altísimos índices de mortalidad y morbilidad materna por causas ligadas a estos hechos. En el mismo contexto, se ubica el derecho a una maternidad libre y voluntaria o lo que empieza a llamarse derechos reproductivos. En este mismo nivel, pero de distinta naturaleza, se ubican las acciones y principios encaminados a evitar la violencia contra la mujer en razón de su sexo, acciones que van desde la tutela contra la violación, estupro o cualquier clase de hostilidad relacionada con la sexualidad, hasta las acciones para prevenir y evitar la violencia doméstica...La conquista de estos derechos ha sido un proceso difícil, largo y paulatino.*

IV. DERECHO INTERNO. *El marco jurídico vigente que delimita la condición de la mujer en México parte del a. 4° de la C. en el cual se señalan tres principios básicos: igualdad entre el varón y la mujer; derecho a una maternidad libre, responsable e informada, y derecho a la protección de salud. La misma carta fundamental, en su a. 123, establece el principio de igualdad en el salario a trabajos iguales tanto para varones como para mujeres y las normas mínimas de protección a la maternidad y la lactancia. Se señala que estas últimas no son meras prerrogativas de la mujer, sino normas que se establecen para la protección de la niñez. De las normas secundarias a nivel federal que tienen apartados específicos relativos a la mujer están la*

LFT, la ley de la Reforma Agraria, la LGP y la Ley General de Salud. La primera reglamenta los principios señalados por la C, relativos a igualdad de salarios y a las licencias de maternidad y lactancia; la segunda establece la creación de unidades agrícolas industriales para mujeres, ya las dos últimas establecen las normas que abordan de una u otra forma los derechos reproductivos y la protección de la salud". (Diccionario Jurídico Mexicano, 2009)

Sobre el caso que nos ocupa vale decir que con el voto de los varones de la comunidad indígena se trataron de derogar las prácticas tradicionales que discriminan a las mujeres; con lo cual se violentó por parte de las autoridades el párrafo tercer párrafo del artículo 3 de la CPEUM, en su Apartado A. Fracción III, inciso a); al igual que el artículo 2 CPEUM, pues no se respetó el ejercicio de dicho pueblo indígena de tener sus formas propias e gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones equitativas frente a los varones, en un marco que representa el pacto federal y la soberanía de los estados. También se violentó el Apartado B. del propio artículo 2º en que se señala que la federación, los estados y los municipios promoverán la igualdad de oportunidades de los indígenas y deberán eliminar cualquier práctica discriminatoria

Las autoridades que conocieron del caso: violaron derecho políticos de los ciudadanos; violaron derechos sociales, específicamente de usos y costumbres, pues sólo votaron varones, y tercero violan derecho humanos de Eufrosina, al discriminarla por ser mujer, por ser indígena y por ser pobre. Vale el comentario: Qué difícil es conciliar tantos intereses opuestos. Parte de la lucha indígena exigía el reconocimiento constitucional de su sistema jurídico de usos y costumbres, lo que ya se logró, pero no deja pugnar con la idea predominante de la equidad de género. ¿Qué es más importante?".

IX. ¿Y el respeto al voto masculino de los indígenas y su derecho de revocación de los usos y costumbres?

Con esta orientación, se puede afirmar que las autoridades político electorales y de impartición de justicia trastocaron los derechos políticos y sociales de los votantes, indígenas varones, quienes fueron los únicos, que de acuerdo a los usos y costumbres del lugar, pueden votar. Las autoridades del cuerpo colegio electoral y demás que conocieron de los distintos medios de defensa interpuestos por Eufrosina vulneraron los artículo 34 y 35 CPEUM, pues no respetaron la decisión de los votantes.

Aquí lo que queda claro es que los votantes del sexo masculino manifestaron su voluntad y con eso exteriorizaron de forma, si no expresa, sí tácita, su desacuerdo con que las mujeres en ese lugar no pueden gobernar. El rechazo a esta libre y democrática expresión de la voluntad popular por parte de los integrantes del colegio electoral del municipio indígena, violenta los derechos políticos de los votantes; pero, principalmente se afectan los derechos de la comunidad indígena a derogar democráticamente sus usos y costumbres. Aquí hay que ser muy precisos, los miembros varones que votaron en los comicios manifestaron, no un rechazo a sus tradiciones, pero sí una superación o modificación a sus usos y costumbres. Y en este sentido, no hubo voces que acudieran a apoyar al "pueblo" indígena cuando se le constriñó su derecho colectivo de

modificar su sistema jurídico; no entendido como leyes, sino como de reglas y normas generales de conducta. En el caso que nos ocupa, el ordenamiento jurídico normativo del Estado y el sistema de impartición de justicia, colocados en las manos de las autoridades electorales municipales, estatales y federales –que conocieron de los medios de defensa interpuestos por Eufrosina- fueron empleados como instrumentos que han impedido el cambio y el progreso sociales.

En este caso, queda clara la violación de los intereses colectivos como los difusos, los cuales se refieren a una pluralidad de situaciones de ventaja de carácter individual; pero que en los primeros existe el titular que es una organización, se les considera como expresión de la estructura tendencialmente unitaria del colectivo, que aseguraba unicidad de tratamiento de esos intereses y uniformidad de efectos de la resolución jurisdiccional; en tanto que los segundos están considerados todavía en forma atomística, por lo que carecen de los instrumentos para una valoración unitaria. (Vigoriti, 1979)

Sobre este orden de ideas, corresponde a las acciones populares, como una fórmula por medio de la cual cualquier ciudadano puede accionar jurisdiccionalmente en defensa del interés de una comunidad de personas o del interés público. El profesor Guillermo Cabanelas (1979) en su Diccionario enciclopédico de derecho usual, describe la figura acciones populares: “Dábase este nombre, en lo procesal, a la que podía ejercitar cualquier ciudadano o muchos de ellos, ya en beneficio particular, ya en asuntos de interés del pueblo”. En México tenemos casos de contaminación ambiental, deforestación, entrega de nuevas concesiones en telecomunicaciones, etc., que son denunciados o demandados por terceros con interés jurídico difuso o bien del interés de la comunidad.

El artículo 2º señala el respeto que se debe a los usos y costumbres de las comunidades indígenas; y este principio se acató, pues, efectivamente sólo los varones votaron. La cuestión que sobresale es que cuando el colegio electoral del municipio aceptó la inscripción de Eufrosina como candidata al puesto de elección popular, se aceptó tácitamente una ruptura, o si se quiere matizar, se introdujo un cambio a los usos y costumbres del lugar, específicamente a la regla normativa consuetudinaria: “*aquí las mujeres no votan, y mucho menos gobiernan*”. Este precepto *consuetudo* fue revocado por los ciudadanos (en este caso sólo los varones, que son quienes tienen el derecho al voto en esa comunidad indígena) y fueron ellos quienes eligieron a Eufrosina y con sus votos la hicieron ganar la elección. Pero no ha habido órgano jurisdiccional que gestione la violación de tales derechos –no los de Eufrosina, que efectivamente fueron transgredidos, sino los de la comunidad a modificar sus normas jurídicas consuetudinarias, y las cuales prácticamente ninguna autoridad ha tomado en cuenta.

Referencias

Banco Mundial. (2008). En Banco Mundial sede México recuperado de <http://web.worldbank.org/MEXICOINSPANISHEXT>

Cabanelas, G. (1979). Diccionario enciclopédico de derecho usual (pp. 85). Buenos Aires: Editorial Heliasta

Banco de México. Nota extraída del periódico El Financiero, el día 13 de septiembre del 2011 de la página: <http://www.elfinanciero.com.mx/index.php/finanzas/41720>

Cruz, M. (2008). Algunas meditaciones sobre el derecho indígena y la filosofía de nuestra época. *Biblioteca jurídica virtual en Instituto de Investigaciones Jurídicas* recuperado de <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/8/23.pdf>

El Colegio de México. (1987). En el Colegio de México-Harper and Row Latinoamericana. (221-234), México: Ediciones Harla

Diccionario de la Lengua Española. (2009). Madrid: Real Academia Española.

Diccionario Jurídico Mexicano. (2009). México: Ediciones Porrúa-UNAM.

García, E. (1974), *Filosofía del Derecho*, México: Ediciones Porrúa.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (**INEGI**). (2011) recuperado de <http://www.inegi.org.mx/default.aspx>

Florescano, E. (1987). Memoria Mexicana: Ensayo Sobre La Reconstrucción Del Pasado época Prehispanica-1821. Mexico: **Editorial J. Mortiz**.

González, M. (2000). Elecciones Municipales de Oaxaca. En Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco (pp. 435). México: UNAM.

Martínez, M. (2009). La Constitucionalización de la Justicia y la autonomía judicial, la tutela contra providencias judiciales de Colombia y España. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia

Orozco, J. (1993). Derecho constitucional consuetudinario (pp. 74). México: UNAM.

Paz, O. (1994). Chiapas, ¿nudo ciego o tabla de salvación?. *Suplemento extraordinario de Vuelta*. 207. c.g

Olivares, E & Paul, C. (2010). En Periódico La Jornada. Recuperado de <http://www.jornada.unam.mx/2010/08/24/politica/002n1pol>

Ricardo, G. (2010) presentó un informe especial de la Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos del Estado Libre y Soberano de Oaxaca. Recuperado de <http://www.cedhoax.org/informesesp/EufrosinaCruz.pdf>.

Sánchez J, (2011). México, tercero de la OCDE con más ninis. En *el Universal*. Recuperado de <http://www.eluniversal.com.mx/notas/793153.html>.

1

Tello, C. (1998). “Chiapas: La raíz de la rebelión” (pp.33). México Nexos, núm. 241,

Paz, O & Bernal, I & Todorov, T. (1992). La Conquista de México (Comunicación y encuentro de civilizaciones). *Vuelta*, 191, 10-14

Coparmex (s.f.) recuperado de http://www.coparmex.org.mx/nuevositio/php/historicoMedioshoyp.php?_page=95&_page=92:

Vigoriti, V. (1979). Interessi collettivi e proceso En La legittimazione ad agire (pp.42-44), Milán: Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza, Università di Firenze (Weber p.28)

Organización Internacional del Trabajo. (1989). Convenio OIT Número 169 “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes 1989”. Recuperado de <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>.

El juez constitucional mexicano en la actualidad y la democracia.

Lic. Antonio GUIZA CABRERA

Secretario de Juzgado de Distrito.

RESUMEN:

Un breve recuento de la historia política y judicial reciente en México, desde la gestación de la independencia judicial en 1995, pasando por la transición democrática en el 2000 y la inclusión de nuevos modelos Ius filosóficos Europeos, como el Neoconstitucionalismo, nos permite advertir cuán vinculada está. Así, surgen frases peyorativas que se convirtieron en lugares comunes: La politización de la Justicia o la judicialización de la Política.

Ante esa incursión protagónica y pública de los tribunales en cuestiones, que solían resolverse por vías verticales y políticas, tales como elecciones populares y vulneración de derechos colectivos, inclusive la invalidación de leyes, surgen preguntas cuyas respuestas suelen polarizarse: ¿Por qué debe prevalecer la opinión de personas sin mandato popular, frente a los millones que votamos por un candidato? ¿Se sustituyen a la intención del pueblo representada por un legislador, cuando invalidan un ordenamiento legal? Y la pregunta toral: ¿Qué papel deben desempeñar los jueces y como se legitiman en el modelo democrático?

Como se verá, representan una aproximación a la garantía de que sea la Constitución la que determine cómo se ejerce el Poder; es decir, contienen a éste en su cauce democrático y se erigen como elementales en la construcción de la Nación.

PALABRAS CLAVE: Democracia. Juez. Constitución.

El juez constitucional en el mundo. Antecedente s y evolución.

The King cannot be wrong.

Es siempre necesario que, previamente a la emisión de un diagnóstico o conclusión sobre una determinada institución –en el caso, el Juez Constitucional- se explore en el camino que ha seguido en la historia jurídica de la humanidad. Para ello, debemos entender al Derecho como – entre otros conceptos- un proceso regido por principios dialécticos. Se trata pues de un sistema sometido al escrutinio que, a la par de acontecimientos sociales y políticos, es superado por un nuevo sistema que, a su vez, se erige como vigente hasta en tanto no sea superado por una nueva postura y, así, sucesivamente.

En esa perspectiva, es indispensable acudir al antiguo régimen Europeo, pues de una u otra manera se han erigido como piedra fundamental de suma influencia en el sistema mexicano. Así, nos remontamos a la edad media en la que el poder del rey era absoluto: el rey asumía directamente las funciones del Estado mismo, se responsabilizaba de actos ejecutivos y legislativos, aunado evidentemente a la administración de la justicia. ¿La razón? Se trataba en aquel entonces de una atribución divina ejercida a través del soberano que era vasta y suficiente; el extremo fungió en algunas prohibiciones en el sentido de razonar la decisión, pues el rey impartía justicia por la gracia de Dios o, dicho de otra manera, la justicia provenía de Dios y se impartía en su nombre por el rey; lo contrario denotaría duda y debilidad; por su génesis eran justas y adecuadas: *The King cannot be wrong* reza el aforismo más sobresaliente.

Con el tiempo, y debido a la imposibilidad de que el soberano administrara directamente todos los asuntos, delegó sus funciones en Tribunales Reales, pero se les dio la misma validez.

El culto a la ley.

El Poder soberano caminó por la senda de los excesos y la injusticia, aunado a la crisis de la iglesia católica ocasionada por la ruptura Luterana y Calvinista; de tal forma que el régimen absoluto del poder radicado en el soberano sucumbió ante una revuelta ideológica y militar: La Revolución Francesa. Éste movimiento llevó implícita una carga ideológica enorme y una

especie de efecto dominó en todo el mundo occidental, que generó una serie de cambios radicales que llevaron al extremo opuesto en materia de impartición de justicia: Los juzgadores se erigieron únicamente como meros aplicadores del derecho –el derecho ya estaba formulado en la norma creada y sistematizada por el legislador-, la Constitución era un conjunto de normas programáticas o, dicho de forma peyorativa, buenas intenciones o fines por alcanzar; la creación legislativa ordinaria fue la que imperó, con una minimizada aplicación por parte del juzgador: un mero ejecutor.

Montesquieu (1748) expuso:

El juez pronuncia la pena que la ley inflige para dicho acto, y por ello, no requiere más que ojos.... en estas condiciones, el poder de juzgar, es en cierto sentido, nula y los jueces no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor. (p. 86)

El filósofo tuvo una gran influencia en los juristas franceses; éstos sostuvieron que los códigos no dejaban nada al arbitrio del juzgador, ahí ya advertíamos un sistema de aplicación de la norma en forma silogística: bastaba advertir si la situación de hecho –premisa menor- se subsumía en la hipótesis normativa –premisa mayor- para obtener una conclusión meramente deductiva.

En esa misma línea de pensamiento, se identificó a la ley como una expresión de la voluntad popular y la supremacía constitucional era un principio eminentemente político: de ninguna manera los juzgadores tenían la posibilidad de conocer cuestiones de constitucionalidad.

Así surgió la época de la codificación en la que la actuación del juzgador se demeritó frente a las otras atribuciones del poder público y la Constitución, se insiste, era un listado de intenciones o ideales a alcanzar.

De esa manera, siguiendo al Magistrado español Perfecto Andrés Ibañez, citado por Rivera (2003) podemos posicionar al juzgador constitucional de ese momento histórico, sometido a un “Estado legislativo de derecho” (p. 131) –en oposición al Estado Constitucional que más adelante mencionaremos-; se trata entonces de un aplicador de la norma como mero

árbitro de conflictos locales, excluyéndolo de la construcción directa del proyecto político que corresponde únicamente al Ejecutivo y al Legislativo.

En oposición a esta postura, en los Estados Unidos de Norteamérica sí existió una defensa constitucional por parte de los juzgadores, basta recordar el famoso asunto *Marbury vs. Madison*, en el que se reconoció el poder de los tribunales de declarar la inaplicación de una norma que contraviniera la Constitución; sin embargo, escapa a este trabajo la profundización en el tema, debido a que el sistema del Common Law no corresponde al sistema adoptado en nuestro país conocido como Latino, aunque de cualquier manera –como ocurre con la cultura norteamericana en casi todos los ámbitos de nuestra vida- sí influyó de manera directa a México.

El debate Schmitt-Kelsen

Esa exaltación a la producción legislativa y de la función Ejecutiva –y limitación al juzgador- generó en los años treinta del siglo pasado, la controversia filosófico-jurídica, concretamente respecto del juez constitucional, de mayor importancia en la historia del Estado contemporáneo: **La polémica entre Karl Schmitt y Hans Kelsen.**

El primero de ellos, con su obra clásica *Der Hüter der Verfassung*, conocida en español como La defensa de la Constitución y el Austriaco Hans Kelsen, a mi juicio, el jurista más importante del siglo pasado, con una profunda réplica intitulada *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?).

En esencia, el debate se centró en la postura asumida por el primero, en el sentido de que el órgano protector de la Norma Suprema debía ser político, concretamente, el presidente del Reich; estimar lo contrario, tal como lo hicieron los norteamericanos por medio del control difuso o con la creación de la Corte Constitucional en Austria –profundamente influenciados por el jurista Vienés- implicaría una inconveniente politización de la Justicia.

En oposición a lo anterior, Kelsen explicó –en términos sumamente sintetizados en este trabajo- que nadie puede ser juez de su propia causa y la Norma Suprema debía ser custodiada por un órgano independiente que anulara normas contrarias a aquélla, dando origen doctrinal a la figura del legislador negativo y al ya mencionado Estado Constitucional de Derecho.

La divergencia anterior se puede resumir como lo planteó Fix-Zamudio (2009): “Kelsen veía hacia el futuro, en tanto que Schmitt no comprendió el retroceso que significaban sus ideas” (p. 149)

La creación del Tribunal Constitucional Austriaco como órgano independiente repercutió en el mundo entero; por el contrario, el culto al Reich fue la génesis ideológica de la catastrófica dictadura Hitleriana.

Así, ante un inexistente contrapeso de poder dentro del sistema Alemán, el dictador ejecutó la mayoría de sus atrocidades paradójicamente amparado en una legislación previamente aprobada; en otras palabras, la actuación de Adolfo Hitler fue, en gran medida, apegada a la ley, sin que ésta pudiera ser controvertida o anulada bajo ningún instrumento jurídico.

Un paso adelante: El nacimiento del concepto jurídico Derechos Humanos.

Ante el doloroso acontecimiento histórico, el mundo jurídico occidental replanteó la necesidad de acudir a los principios plasmados en las Constituciones y la búsqueda efectiva de la aplicación o ponderación de los derechos ahí consagrados, inclusive en materia internacional surgió el concepto de Derechos Humanos que, dicho sea de paso, su protección por órgano constitucional jurisdiccional a través del amparo, se ha incorporado a nuestra legislación, apenas en este año dos mil diez.

Los garantistas.

En ese camino evolutivo, surgió en las últimas décadas un modelo de constitucionalismo llamado Garantismo; su principal ponente es el Italiano Luigi Ferrajoli. En términos maso menos generales, se propone que la Ley Fundamental sea un cuerpo normativo enteramente aplicable en forma directa; de tal forma que los derechos humanos ahí contenidos se encuentren plenamente garantizados por los Tribunales Constitucionales, de lo contrario, se demeritará la construcción del Estado democrático (en este momento dejamos atrás la falacia de la decisión mayoritaria como único concepto de democracia).

Destaca, además, la obligación jurídica de inaplicar normas que carezcan de validez o se opongan a principios; se trata de una aplicación de la norma valorativa, a partir de los principios que la rigen.

Así, podemos concluir que Europa y, en otra medida Estados Unidos, fueron los artífices de un nuevo Estado de Derecho: El Estado de Derecho Constitucional, en el que el Juez juega un papel de suma importancia en la inviolabilidad de los principios y derechos plasmados en la Ley Fundamental.

El juez constitucional y su papel en la construcción del modelo democrático.

El historial narrado, de primera mano nos lleva a una concepción masomenos clara de la función del juez constitucional en la actualidad, pareciera que en su devenir histórico encuentra su justificación e importancia; sin embargo, aun queda una asignatura pendiente: su confrontación en el modelo democrático, frente a la *communis opinio* y frente a la del legislador en una república representativa.

Hacia una noción de democracia

A fin de comprender a plenitud el tema, es importante dejar atrás el concepto de democracia, en el sentido de la decisión de la mayoría o bajo el aforismo “una persona, un voto”. No pretendo incorporar a la polémica un concepto tan enmarañado (para un estudio profundo del tema, léase “El poder judicial y la democracia” de Michel Troper, traducido del original en francés por Rolando Tamayo y Salmorán. Revista Isonomía 18. 2003), ni siquiera pretendo una confrontación; por el contrario, la intención es exponer por qué el juez se erige como una institución democrática.

Se insiste, en la actualidad la democracia no puede reducirse a la concepción referida; es cierto que en un Estado democrático, existe la posibilidad de que la mayoría tome decisiones; sin embargo, dos razones se encuentran para limitarla: a) La racionalidad misma. Sería absurdo que todas las decisiones fueran tomadas por mayoría; en el curso de la historia moderna, no ha existido sistema alguno que permita que las controversias sean resueltas así; y b) la naturaleza

misma del hombre. Platón, Aristóteles, Hobbes, Locke y Kant han sido masomenos coincidentes en la creación misma del Estado como ficción normativa necesaria para asegurar la convivencia.

Al respecto, las limitaciones a algunas conductas y decisiones se erigen como lo que Garzón (2003) ha denominado “coto vedado” (p. 32), que se refiere concretamente a derechos e intereses primarios de las personas, que no pueden ser afectados por un poder mayoritario, si no queremos caer abatidos ante la enfermedad republicana de Tocqueville.

La limitación democrática de la mayoría, es fácilmente entendible con lo plasmado por el propio Garzón (2011) en una referencia a Robert A. Dahl, quien en dos artículos denominados “Dilemmas of pluralist democracy. Autonomy vs. Control” y “How democratic is the american constitution?”, (p. 129) asentó:

Ciertos derechos deberían lógicamente ser considerados como inalienables para la existencia del propio proceso democrático.

Ninguna mayoría está moralmente autorizada a lesionar derechos, libertades y oportunidades que son esenciales para la existencia y funcionamiento de la democracia misma.... es una contradicción lógica justificar una acción por una mayoría que viola esos mismos principios y procesos. Decir que una mayoría puede destruir la democracia, no significa que la mayoría esté autorizada para hacerlo.

Tenemos pues que en la democracia representativa, el poder mayoritario encuentra limitaciones que, de dejarse pasar libremente, implicarían paradójicamente una afectación a la democracia misma; en lo que interesa, la propia Constitución podría constituir una de esas restricciones, de tal manera que ese “freno” a la decisión de las mayorías, se encuentra en el listado de derechos fundamentales.

Ahora, bien, ese catálogo sería únicamente una declaración de buenas intenciones, como ya se ha dicho en este trabajo; por ende, es necesario un órgano que se encargue de hacerlos efectivos, evitando que sean vulnerados o, en su caso, de que sean restaurados; así, los jueces como “guardianes de la ley fundamental” se erigen como piedra fundamental en la construcción del Estado democrático.

El “coto vedado” no sólo es para las mayorías.

Por otra parte, vale la pena destacar que la influencia del “coto vedado” se extiende a los propios tribunales constitucionales. En efecto, la actividad judicial encuentra su limitación en las cuestiones políticas. En pocas palabras, la actuación judicial debe deslindarse en su totalidad del ámbito político, que se caracteriza por la negociación y el compromiso; en ese sentido, el freno democrático del juez constitucional, es precisamente la abstención de ingresar en ese espacio.

Ante este dilema, sobre todo con el papel tan relevante que ha asumido la Suprema Corte en decisiones que afectan a la nación en general suele, eventualmente, acrecentarse la brecha entre el Poder Judicial con los otros ámbitos, legislativo y judicial. Éstos tienen un mayor acceso a los medios de comunicación y, en ocasiones, la propia naturaleza de la política, en cierto grado retórica –usada en sentido peyorativo-, tergiversa la información o acude a hechos incompletos –verdades a medias- para atacar las decisiones de aquélla; es en este momento en que el Máximo Tribunal debe limitar su actuación y cuidarse de no traspasar la frontera del “coto vedado”; aprender que si su función escapa al terreno político, con mayor razón en ese espacio de ataques y descalificaciones.

El derecho a la mexicana

Sin incorporar al trabajo la discusión sobre la naturaleza y el concepto del Derecho (con mayúscula), basta recordar lo dicho al inicio: Es un proceso dialéctico; cualquier postura asumida será siempre una tesis que puede –y debe- ser sometida a escrutinio para su natural discusión y, en su caso, evolución.

Así, la filosofía Kelseniana enmarcada en el positivismo, en nuestro país fue tergiversada –como una especie de dialéctica disfuncional- en la segunda mitad del siglo XX, hacia un mal entendido culto a la ley (que podría considerarse como una especie de positivismo ideológico) que nos llevó al extremo de convertir nuestras Facultades de Jurisprudencia en meros institutos en los que se impartía la “Licenciatura en leyes”, dejando de lado cualquier tipo de valoración. Se estudiaron las leyes y, para entenderlas, se acudía a su letra o a la exposición de motivos

(interpretación gramatical y teológica), lo que se traduce otra vez en una supremacía de la intención legislativa.

En ese contexto, es decir, a inicios de la segunda mitad del siglo XX, el Poder Judicial de la Federación, concretamente, la Suprema Corte, estaba constituido por veintidós Ministros elegidos políticamente; aquella época fue, si bien no puede catalogarse como negra en la Justicia Constitucional, pues existieron destacados Ministros, lo cierto es que, de alguna manera, puede matizarse en un color grisáceo. Imperaba la función legislativa que se encontraba maniatada por un impresionante Presidencialismo; era un poder unipersonal, desequilibrado (parece que, toda proporción guardada, nos remontamos a la postura de Carl Schmitt).

1994, los primeros pasos de los verdaderos Jueces Constitucionales.

Ya desde el año de 1987 se plantearon reformas relacionadas con la ampliación de las facultades de los Tribunales Colegiados de Circuito y cierta independencia administrativa al Alto Tribunal, pero fue hasta 1994 en que se aprobaron reformas constitucionales que dieron a la Suprema Corte el banderazo inicial de la carrera hacia una verdadera institución independiente y como contrapeso a los otros órganos de gobierno. Comenzó el andar hacia el fortalecimiento de la función, de tal forma que la división del poder tuvo algún significado que se aleja del contenido retórico que suele llevar.

La reforma se puede sintetizar en tres cuestiones, a saber: a) Se dotó a la Suprema Corte de nuevas atribuciones encaminadas a erigirla como un verdadero Tribunal Constitucional; b) La situación de los Ministros, modificándose los requisitos de designación, el número que integraría el Máximo Tribunal (se redujo de 22 a 11 Ministros) entre otras cuestiones; y c) la creación del Consejo de la Judicatura Federal que aliviaría a la Corte de cargas administrativas y se erigiría como un órgano autónomo de control y administración de los Juzgadores Constitucionales.

Así se inició el empedrado camino de los Tribunales Constitucionales en México, el cual juega ya un papel de suma importancia en la construcción del modelo democrático. En efecto,

asumió un enorme papel en casos paradigmáticos que calaron hondo en la sociedad; me remito a algunos ejemplos:

1. El anatocismo (por cierto, una noción no prevista en la ley, sino meramente doctrinal) que definió la forma en que los deudores hipotecarios debían pagar a las instituciones de crédito su adeudo. En este caso, la decisión del Alto Tribunal, fuera cual fuera, llevaría una carga social de enormes consecuencias: si fallaba a favor de los deudores, se corría el riesgo de colapsar el sistema financiero del país; en cambio, si resolvía a favor de las instituciones de crédito, condenaría prácticamente a millones de mexicanos a perder su casa. La controvertida decisión fue institucional, el país debía salvarse del colapso financiero, aun ante lo que el Ministro opositor, Juventino V. Castro y Castro llamó: La Ley Injusta; las razones de la decisión fueron evidentemente jurídicas, aunque para la opinión pública, existía el sospechosismo de acuerdos ocultos o pactos con el ejecutivo.
2. No menos trascendente fue la decisión del Tribunal Federal Electoral, en la elección para Presidente de la República en el año de dos mil seis: el fallo fue a favor de Felipe Calderón, aunque los argumentos jurídicos fueron duramente criticados por la doctrina en el país; sin embargo, la decisión fue aceptada.
3. En fechas recientes sobresalió el caso de dos indígenas en el Estado de Querétaro, procesadas incorrectamente y en franca violación a sus garantías, por el delito de secuestro en agravio de algunos Policías Federales; en este caso, imperaron las consideraciones relativas a múltiples violaciones constitucionales y fueron liberadas.
4. También resultan paradigmáticos los casos en que se autorizó que un transexual cambiara su nombre y no existiera anotación marginal alguna que lo vinculara con su anterior personalidad; en el fallo imperaron los argumentos relativos a la dignidad humana.

5. En esa misma línea de pensamiento, el Alto Tribunal declaró constitucional el matrimonio entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal, al cual nos referiremos más adelante.

Decisiones controvertidas tal vez, en muchos sentidos, pero en términos mas o menos generales, respetadas y acatadas.

Hacia dónde vamos (Perspectivas y retos del Tribunal Constitucional en México)

Hemos comprendido que la decisión de la mayoría a que se refirió la democracia tradicional, encuentra una limitación racional e institucional en los derechos fundamentales, y que el encargado de resguardarlas es el juez constitucional, lo que lo erige como piedra angular en la construcción democrática.

Con lo anterior, nos daremos a la tarea finalmente de puntualizar con ejemplos paradigmáticos, el papel del juez constitucional en México, su perspectiva y, sobre todo, intentaremos explorar sus posibles expectativas.

Ya adelantamos que desde el año de mil novecientos noventa y cuatro, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dejado de ser un poder silente, frente al presidencialismo y un Congreso complaciente, para erigirse como un verdadero tribunal en casos de relevancia social, tales como el anatocismo, la elección presidencial del dos mil seis, entre otros.

Lo anterior no implica una absoluta legitimación; aun existen puntos pendientes (la reforma Constitucional en materia de derechos humanos e interés colectivo de este dos mil once, ha sido un gran avance); basta comparar algunos Tribunales de otros países Latinoamericanos: Colombia, que a través de un proceso de tutela de derechos fundamentales, logró la instalación de drenaje en barrios marginados; o Guatemala, cuya Corte detuvo un eventual golpe de estado en 1993.

Su legitimación ante la –no consolidada- democracia mexicana.

Entonces, en nuestra nación tenemos, más o menos, en sentido formal y bajo criterios jurídicos, un juez constitucional, porque se aleja del ámbito político y tiene como finalidad hacer

efectivos los derechos fundamentales plasmados en la Ley Suprema; pero, en lo sustancial, ¿Cómo lo legitimamos en un Estado como el mexicano? La pregunta suele complicarse, debido a que en las sociedades democráticas ya afianzadas, existe respeto a la Constitución y, en términos generales, aceptación de las decisiones del Tribunal; aludimos nuevamente a Garzón y diríamos que existe cultura cívica. Sin embargo, nuestro país apenas emerge de un letargo casi centenario, en el que los principios democráticos más elementales fueron dejados de lado; esto es, podemos ser calificados como una democracia no consolidada, incompleta, o en vías de desarrollo; de ahí que resulta harto difícil que, por un acercamiento conceptual a la postura plasmada en este trabajo, consideremos al Juez mexicano como legitimado democráticamente.

Una aproximación a lineamientos prácticos que llevarían al impartidor de justicia a ese nivel, sería la siguiente:

1. El modelo del juzgador deberá ser acorde al nuevo diseño de la Justicia.

Durante muchos años, por razones políticas –aquí retomamos la noción del ámbito político plasmado a supralíneas- se mantuvieron en la “congeladora” diversas reformas al sistema judicial mexicano; destaca una necesaria modificación a un corrompido y empantanado sistema penal, así como la protección judicial a los derechos humanos y los intereses colectivos y difusos, y el amparo con efectos generales. Repentinamente, una vasta producción legislativa incorporó tales reformas y algunas otras, tales como los juicios orales en materia mercantil; lo anterior, se erigió como un reto importantísimo para el Juez Constitucional: de primera mano, parece que se matiza aquella especie de tercera instancia de legalidad, para erigirse como un verdadero guardián de los derechos fundamentales.

Así, surge la necesidad de modificar –o retomar- el perfil del juzgador, sujetando su nombramiento a un escrutinio de suyo estricto, en el que deberán converger cualidades objetivamente valoradas, no sólo de experiencia jurídica, sino humana.

Un pequeño-gran paso se puede advertir en la convocatoria al curso de Especialización para Administración de Justicia, a impartir en la escuela judicial federal este año dos mil once, que sometió a los aspirantes a un examen, no solo de conocimientos jurídicos, sino de cultura

general, en la que destacaban lecturas clásicas de Mariano Azuela, José López Portillo y Rojas, Juan José Arreola, Octavio Paz, así como conocimientos de historia, proveniente de fuentes tan autoritarias como los libros editados por el Colegio de México.

2. La eliminación de obstáculos procesales.

El acceso a la justicia constitucional en México ha sido a través de mecanismos e instituciones tales como el Amparo cuyo tecnicismo ha contribuido en no pocas ocasiones a la obstrucción de la justicia; es cierto que existen grupos vulnerables a los que se les suple la deficiencia en la queja, pero el espectro debe ser ampliado en materia de protección directa a la constitución, a fin de evitar lo que algunos llaman “una discriminación jurídica”; se trata pues de que exista un acceso a la justicia a través de mecanismos efectivos, concatenados con una visión humanista y protectora del Juez cuyo perfil hemos referido en el punto anterior.

3. Homogeneidad en la interpretación Constitucional. (Seguridad Jurídica).

En nuestro país, los lineamientos a seguir a manera de doctrina judicial, son impuestos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación actuando en Pleno y en dos Salas especializadas, así como los Tribunales Colegiados que existen en todo el país.

A fin de facilitar la lectura, debemos saber que los criterios plasmados en tesis y jurisprudencias son, en cierto sentido lo que en el sistema Norteamericano se conoce como “Antecedentes”; esto conlleva una verdadera aproximación a lo que la doctrina denominó el principio de universalidad, que no es otra cosa que obligar a los juzgadores a resolver casos similares, bajo los mismos criterios.

Lo anterior, *grosso modo* ha sido de gran utilidad para generar seguridad o certeza jurídica en los justiciables; sin embargo, también ha generado multiplicidad de los criterios emitidos (cerca de 250,000), lo que paradójicamente genera incertidumbre.

Escapa a este trabajo un análisis profundo del tema, pero es clara la labor que tiene por delante el Poder Judicial Federal, a través de sus organismos especializados, compiladores y

sistematizadores de tesis, a fin de, en la medida que no afecte la doctrina judicial, limitar la producción de criterios.

4. Priorización de interpretación en relación con la igualdad.

En relación con el punto anterior, es de suma importancia que el Tribunal Constitucional Mexicano se pronuncie, en la medida del coto que tiene vedado, tantas veces sea posible y en forma homogénea, por ponderar el principio de igualdad entre los hombres, al que subyacen otros principios tales como la dignidad humana y la no discriminación.

¿Invasión de esferas? La tensión con los otros ámbitos del poder (legislativo y judicial).

Ya delimitamos la verdadera función del juez constitucional en un estado democrático; conocimos algunos lineamientos que podrían aportar al mejoramiento de su función. Sin embargo, subsiste el gran dilema de la invasión de los ámbitos de poder. ¿La anulación de una ley aprobada por el legislativo, por contravenir principios constitucionales vulnera el sistema democrático?

La respuesta es sencilla: Si, como hemos manejado a lo largo de este trabajo, dejamos atrás la falacia democrática de “una persona-un voto”, entonces de ninguna manera la intervención judicial lastima la democracia; por el contrario, la fortalece.

Es cierto que se generan tensiones pues, en ocasiones, la decisión judicial puede frustrar metas políticas de otros ámbitos de gobierno, como la declaración de inconstitucionalidad de un impuesto o, inclusive, la declaración de validez de una elección; dicha decisión puede ser manipulada a través de los medios, a los que generalmente no tienen acceso los Tribunales.

La diferencia, aunque ideal, es clara, el Tribunal Constitucional toma decisiones, no en aras de salvaguardar su propia composición o atribuciones, sino a fin de proteger los valores

democráticos plasmados en la Ley Fundamental, aunque a veces las críticas a las decisiones pierdan objetividad.

Cito a Baharak, Ministro Presidente de la Corte Constitucional Israelí (2008): “¿Qué deben hacer los Ministros de los tribunales constitucionales cuando se encuentran en este nivel de tensión? No mucho. Deben permanecer fieles a su aproximación judicial; deben darse cuenta de su visión del papel judicial.”

El propio Ministro, en la resolución J.C. 73 (1985) expresó:

Una democracia iluminada es un régimen de división de poderes. Esta separación no significa que cada rama es una autoridad para si misma, que no considerar a las otras ramas. Dicha perspectiva dañaría profundamente a los fundamentos de la democracia misma, ya que significa una dictadura de cada rama dentro de su propia esfera. Por el contrario, la división de poderes significa una supervisión recíproca entre las diversas ramas –no barreras entre las ramas, sino puentes que equilibran y controlan.

Como ejemplo, cito el paradigmático conflicto sobre la posibilidad que otorgó la legislatura del Distrito Federal, a dos personas del mismo sexo, para contraer matrimonio, o a los transexuales que se sometieron a procedimientos quirúrgicos, para que adquirieran una nueva personalidad sin que obre en el acta de nacimiento constancia alguna que los identifique con la anterior.

En el caso del matrimonio en esos términos, vasta fue la información pública y amplias las discusiones en un sentido y en otro. Llegó el momento en que el Alto Tribunal analizó la cuestión, y pareció que de él dependería la validez moral, natural, social, etc. de esas nuevas uniones, pero insisto, olvidamos centrarnos en el verdadero problema: La Suprema Corte contrastaría la disposición que autorizó el matrimonio gay, con la Constitución, concretamente con los principios de igualdad, dignidad y, en una mínima forma, con conceptos sociales –que no jurídicos- como la familia. ¿Cuál fue el resultado? Una decisión que, si bien, controvertida, lo

cierto es que analizada profundamente, se apegó a esa revisión constitucional, cuidando no trastocar ni lesionar ámbitos que no le correspondían.

A manera de conclusión.

La tensión existe y persistirá en la medida en que pretendamos un Estado democrático; evidentemente, a manera que nuestro incipiente sistema madure, la tensión disminuirá. En cierta medida, las diferencias generan equilibrio.

Lo cierto es que el nivel democrático de un Estado, no sólo será en la medida en que sea respetado el sufragio o las decisiones de las mayorías, sino que debe sumarse el respeto a los derechos consagrados en la Constitución, así como a las atribuciones de las autoridades; de ahí que el ente encargado de velar por ese respeto, influirá de manera decisiva en el nivel político de un país.

El poder público se verá enriquecido con una construcción dialéctica entre los tres ámbitos del poder (ejecutivo, legislativo y judicial), pero no se hace referencia a una reunión, sino a través del desempeño de su respectiva función. Debemos evitar subjetivismos y dejar de insistir en forma retórica, en que los actos del Tribunal Constitucional son invasores de esferas, para centrarnos en la posibilidad de que existen normas o actos de autoridad que contravienen la Carta Magna y, en aras de salvaguardar sus principios y, así lograr los fines que se propone todo Estado de derecho, deben ser invalidados por un órgano de control destinado para tal efecto.

Así, en la construcción del edificio democrático, el Tribunal Constitucional se erige, en definitiva, como un muro de carga, silente, casi invisible, pero con una firmeza tal que ante un eventual resquebrajamiento o cuarteadura sostendrá la edificación, entretanto la propia nación se encarga de reconstruir lo dañado, pero segura de que todas sus estrategias y maniobras estarán siempre protegidas por un discreto, pero fuerte pilar.

Referencias bibliográficas.

Barak, A. (2008). Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia (1ª ed). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. (pp. 134 a 139)

Fix, Z.H. (2009). La legitimación democrática del juez constitucional. En El juez constitucional en el siglo XXI (1ª ed). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. (p. 149)

Garzón, V.E. (2003). El papel del poder judicial en la transición a la democracia. Revista Isonomía. Número 18, p. 32.

Garzón V.E. (2011). Restricciones de la democracia representativa. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Número 28, p. 129.

Montesquieu. (1984). Del espíritu de las leyes (1ª ed). España: Orbis, p. 186.

Rivera, R.J. (2003). Perspectivas de la función judicial. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Número 16, p. 131.

El deber de solidaridad tributaria en México. Ulises Noé CARATACHEA SÁNCHEZ

Resumen.

La obligación tributaria en México, tradicionalmente se ha manejado únicamente como correspondiente a la Potestad Tributaria del Estado (obligación tributaria potestativa), pero, ésta también corresponde a un deber de solidaridad social de los sectores públicos y privados con los menos favorecidos (obligación tributaria social solidaria), como responsabilidad social solidaria y justificación jurídica, criterio que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, en pleno, refiere en su la tesis aislada: “OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. OBEDECEN A UN DEBER DE SOLIDARIDAD”.

Lo que Constituye *un Principio Constitucional Tributario*, exigible para los obligados, que no pujan con otro principios constitucionales y un *Derecho Fundamental Social-Tributario*, contenido tanto en la Constitución como en Pactos Internacionales (conjugador del iusnaturalismo, iuspositivismo y realismo jurídico), donde el Estado debe respetar, asegurar y promover su cumplimiento, obligando a todos (Gobernados, el Estado y la Comunidad Internacional) a su respeto, aseguramiento y promoción, con el fin de que aquellos superen su condición de menos favorecidos, constituyendo con ello una Democracia Constitucional, teniendo a la Constitución como vinculante de los poderes y en respeto de un Garantismo Jurídico, componiendo un Estado Social, Democrático y de Derecho.

Introducción.

Parte de la función del Estado es la recaudación de ingresos, para satisfacer las necesidades de sus integrantes, pacto consagrado en nuestra carta magna, manejado tradicionalmente como una obligación tributaria, correspondiente a la potestad tributaria del Estado, sin embargo, de una interpretación de los artículos 3o., 15, 25 y 31 del texto fundamental, consistentes en la promoción del desarrollo social, en una dimensión sustantiva del concepto democracia y en búsqueda de una mejor distribución de la riqueza y de un fin superior, se redefine el concepto de tal obligación tributaria a un deber de solidaridad con los menos favorecidos, a efecto de que los sectores los sectores público, social y privado, los apoyen a superar tal situación, teniendo una función social y originándoles una responsabilidad, idea que pone de manifiesto la corte, en un principio en una tesis aislada del año 2009, ahora jurisprudencia, de la novena época, emitida por la primera sala, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, de fecha Julio de 2009, Página 284, jurisprudencia número 1a./J. 65/2009, materia Constitucional, Administrativa.

Llamando tal criterio nuestra atención y es objeto de estudio en el presente trabajo, pues redefine obligación de tributar en base social, y no solo a una imposición soberana, en búsqueda el crecimiento económico general y la distribución de la riqueza, con el fin de tutelar los Derecho Fundamentales, encausando un democracia como una responsabilidad social para con los menos favorecidos, como integración del Estado Constitucional Democrático, preguntándonos si por principio de cuenta ¿La obligación tributaria obedece a un deber de solidaridad con los que menos tienen, como justificación jurídica?, si es así, ¿Qué es esta obligación tributaria solidaria o responsabilidad social con los menos favorecidos?

Para estar en condiciones de resolver las cuestiones plantadas, primero identificaremos dentro de la doctrina nacional y la propia constitución, la teoría y el marco jurídico constitucional tributario aplicable al tema de la obligación tributaria, hablamos respecto a la juridicidad de la introducción del deber de solidaridad contributiva en el sistema jurídico mexicano mediante el criterio del Poder Judicial Federal, así como entender si se trata de principio constitucional tributario y un derecho fundamental social, pero no sin antes dar un pequeño tratamiento a los

derecho fundamentales en México al diferenciar su concepto con los derechos humanos y las garantías individuales, para justificar su correcta integración del sistema constitucional de derecho fundamentales, dentro del Estado Social Democrático basado en un modelo garantista, dado que en sus orígenes los derechos fundamentales surgieron con el propósito de dar protección a los individuos frente al poder del Estado.

Derecho constitucional tributario y obligación tributaria.

1. El Derecho Constitucional Tributario.

Es innegable la influencia del Derecho Constitucional en todas las ramas o campos del derecho y la tributaria y fiscal, no son la excepción, surgiendo la amalgama el Derecho Constitucional Tributario o Fiscal⁷, que para este efecto lo manejaremos como sinónimos el término tributario y fiscal, cuando sabemos no lo son, pues, aunque ambos forman parte del Derecho Financiero, éstos manejan cuestiones diferentes y en ocasiones coincidentes, como el presente caso.⁸

Rama donde trataremos la disertación del presente trabajo, es la Constitución donde encontramos su nacimiento, justificación y límites, y es el centro a donde giran.

2. Concepto de Constitución.

Son muchas las definiciones y visiones⁹ que se dan de lo que es la Constitución, pero para el presente trabajo, nosotros la entenderemos de dos formas, como norma y como ley, en el

⁷ Spisso (2007, p. 40) entiende este derecho como “El conjunto de principios y normas constitucionales que gobiernan la tributación. Es la parte del derecho Constitucional que regula el fenómeno financiero que se produce con motivo de detracciones de riqueza de los particulares en favor del Estado, impuestos coactivamente, que hacen a la subsistencia de éste, que la Constitución organiza, y al orden, gobierno y permanencia de la sociedad cuya viabilidad ella procura”.

⁸ La doctrina no es unánimemente, a la rama que pertenece este derecho, si es derecho constitucional aplicado al derecho tributario o si éste está comprendido dentro del derecho tributario; en lo que sí están de acuerdo, en su contenido como: los principios, garantías y normas que regulan la potestad tributaria, temas como los derechos humanos y/o derechos fundamentales y tributación, la vigencia de la norma tributaria en el tiempo, la teoría de la exención tributaria.

⁹ Podemos citar algunas que usamos para llegar a la concepción propuesta, por ejemplo, las siguientes a) “la Constitución o carta magna del (Del latín *constitutio-onis*), se puede entender como la forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado; ley fundamental de la organización de un Estado. Es la norma fundamental, escrita o no, de un Estado soberano, establecida o aceptada para regirlo. La constitución fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado (poderes que, en los países occidentales modernos se definen como poder legislativo, ejecutivo

primer sentido entendemos a la constitución como la *norma jurídica fundamental* que contiene las reglas para establecer la organización, atribuciones y las bases del gobierno, así como sus límites, para el desarrollo del estado, los derechos fundamentales y naturales inherentes al hombre y la forma de garantizar su cumplimiento, mediante la expresión de los factores reales de poder y de las aspiraciones de las fuerzas sociales y políticas, a través de las decisiones del poder constituyente, y la segunda como ley entendiéndola como *la ley suprema de la unión*, formada por la Constitución, las leyes federales y los tratados internacionales, de conformidad con el artículo 133 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), pues será en esta última vía que entran los Derechos Fundamentales contenidos en los Tratados Internacionales.

Entendida la Constitución, demos paso a la Potestad Tributaria, de donde tradicionalmente entendíamos nace la obligación tributaria, a través del llamado mandato constitucional.

3. Potestad Tributaria del Estado.

El Estado Mexicano, derivado del mandato constitucional fiscal¹⁰ (artículo 31 fracción IV CPEUM) tiene la facultad recaudar a fin de satisfacer el gasto público, haciendo uso de su

y judicial) y de éstos con sus ciudadanos, estableciendo así las bases para su gobierno y organización de las instituciones en que tales poderes se asientan. También garantiza pueblo derecho y libertades". (Diccionario Jurídico Universidad Nacional Autónoma de México [DJUNAM], 1983^a, p. 262); Lasalle (2000), habla de la constitución desde una perspectiva real o encuadrada en la realidad social, define a la Constitución como el resultado de la suma de los factores reales de poder en una nación; podemos encontrar en el (DJUNAM, 1983a, pág. 263), que: "Schmitt, Carlos.(1970), entiende a la constitución como las decisiones políticas del titular del poder constituyente, como decisiones que afectan al propio ser social; según García Pelayo, "la teoría de la constitución de Carl Schmitt se resume en la reducción de la constitución a unas decisiones fundamentales, y representa la más radical expresión de una etapa decisionista, según la cual el derecho tiene su razón en la voluntad y no en la razón, es decisión y no norma; vale no como realización de algo valioso, sino porque así ha sido establecido"; Según Schmitt, la Constitución es la manera de ser del Estado, por cuanto la Constitución es la unidad política de un pueblo"; Herman (cit. por Carpizo, 1991) ve a la Constitución como un ser al que dan forma las normas; por su parte André Hauriou (id.), la entiende como el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos; Pelayo (1989, p. 48) se ha referido a que "necesariamente el vocablo Constitución, de por sí tan poco concreto, va seguido de un adjetivo: p.e., Constitución jurídica, real, política, normativa, material, formal, empírica, ideal, etc.," más como sucede que lo que aparece como adjetivo es en realidad sustantivo, el resultado es que a tales contraposiciones se les escapa la Constitución como un todo". Tan es cierta la posición de Pelayo que hasta Schmitt para dar un enfoque más concreto establece su célebre clasificación de las Constituciones por su sentido ideal, positivo, absoluto y relativo. Según Duverger (1970, p. 639). "existe un derecho constitucional formal y un derecho constitucional material. El primero se encuentra recogido en la Norma Suprema del Estado, cuando el derecho público del mismo se presenta escrito. El segundo ya no es por el lugar en que se encuentra, sino por lo que expresa. [...] Así será derecho constitucional si el precepto, o norma se refiere: 1o. a la estructura del Estado; 2o. a la organización del gobierno; 3o. a los regímenes políticos; 4o. a los problemas de autoridad; 5o. a la división de poderes, y 6o. a las garantías individuales y sociales". Quisbert (2006, p.3), señala que la Constitución (Del latín "cum" con y "statuere" establecer) es la norma jurídica positiva fundamental que rige la organización y el desarrollo de un Estado, estableciendo: la autoridad, la forma de ejercicio de esa autoridad, los poderes públicos, sus límites de esos poderes, y garantizando la libertad política y civil del individuo".

¹⁰ El Mandato Constituyente, es una categoría jurídica del Derecho Constitucional, de carácter extraordinario, de cumplimiento inmediato, no sujeto a impugnación, congruente con los principios de justicia y equidad, que crea, limita, modifica y extingue derechos y obligaciones; es un

autoridad conocida como Potestad Tributaria del Estado, o también llamada poder tributario, poder impositivo, supremacía tributaria, soberanía fiscal, entre otras.

Tal potestad tributaria, básicamente es la facultad de establecer obligaciones pecuniarias a los gobernados, recaudando recursos para que éste pueda cumplir con sus fines.¹¹ Fonrouge, (1976), no es exclusiva del poder legislativo o ejecutivo, sino que, los tres poderes interviene, mientras uno legisla los tributos, otro determina, cobra y administra, es decir concretiza la relación tributaria, la determina y la exige, así como otro resuelve los conflictos¹². De La Garza, (2002), Quintana y Rojas, (1997), Villegas (2002), y Martín y G. Rodríguez, (1995), la refieren como la facultad del Estado de exigir tributos a los gobernados dentro de los límites establecidos en la Constitución y el cual sólo puede manifestarse por medio de normas legales, con el fin de satisfacer sus necesidades.

Por último, el maestro Narcizo Sánchez después de analizar varias definiciones en su libro y debates respecto a la correcta denominación de dicha potestad, derecho fiscal mexicano, define a la potestad tributaria como: “

“De las definiciones plasmadas, se puede, entender a la potestad tributaria como, *la atribución de fundamento constitucional federal, al Estado, a fin de que establezca las contribuciones necesarias para cubrir el gasto público y que deberá ejercitarse bajo principios constitucionales.* Ésta es consustancial a la razón de ser del Estado, pues, desde su surgimiento, éste se ve en la necesidad de allegarse de recursos para la satisfacción de las necesidades de sus gobernados”. (N. Sánchez, 2009, pp. 94-97).

Resaltando que tal poder debe sujetarse a los límites establecidos por la Constitución y los Principios Tributarios que ésta contiene, teniendo como características principales¹³. el ser una facultad del Estado, permanente y connatural a éste, irrenunciable e improrrogable,

acto legislativo trascendental, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente en ejercicio de sus plenos poderes, que expresa la voluntad popular.

¹¹El poder tributario es la facultad o la posibilidad jurídica del Estado de exigir contribuciones con respecto a personas o bienes que se hallan en su jurisdicción.

¹² El pueblo le otorga el poder público al Estado, El Supremo Poder de la Federación, que se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial (artículo 49 de la CPEUM).

¹³ L. Delgadillo (2003, p. 87) expone que sus características, son: “*Es inherente o connatural al Estado, Emanada de la norma suprema, Es ejercida por el Poder Legislativo, Faculta para imponer contribuciones mediante la ley.*” Forunge (citado por N. Sánchez, 2009, pp. 97 a 99) expone como características que es: “A) *Abstracto.* [...] B) *Permanente,* [...] C) *Irrenunciable,* [...] D) *Improrrogable,* [...]”

establecida en la Constitución, para que se establezcan normas contributivas abstractas por el poder legislativo, pero aplicable a los tres poderes.

Tal Potestad Tributaria, nace en concordancia con las constituciones de 1824, 1857 y 1917 (por señalar estos documentos fundamentales como perfectas constituciones formalmente y materialmente creadas), teniendo de inspiración las constituciones norteamericanas y a su vez en parte los documentos constitucionales ingleses y franceses, teniendo como primer fundamento el artículo 31 fracción IV, en concordancia con los artículos 40, 41, 49, 50, 73 fracciones VII; IX; X; XXIX-A, números 1, 2, 3, 4, y 5 incisos a), b), c), d), e), f) y g), XXIX-D, 115, 116, 117, 118, 124, 131 y 133 (CPEUM)¹⁴.

Encontramos Potestad Tributaria, Federal, Estatal y Municipal, donde las respectivas legislaturas federal y estatales, poseen la facultad de crear las normas tributarias correspondientes para imponer a los particulares la obligación de contribuir con parte de su riqueza al gasto público federal, estatal y municipal, respectivamente, del lugar donde residan¹⁵, pero, como se observa en las definiciones expuestas, tales normas deberán sujetarse a siempre a la Constitución Federal (como ley suprema) y a sus lineamientos (principios tributarios).

4. La Obligación Tributaria.

La Obligación Tributaria, nace de la Potestad Tributaria, siendo el deber (la obligación) de aportar una parte de la riqueza, ingresos o ganancias para cubrir el gasto público, en una forma proporcional y equitativa que dispongan las leyes respectivas creando un vínculo jurídico o *relación jurídico tributaria*¹⁶, que constriñe a un acreedor o sujeto activo, quien tiene la facultad de establecer, determinar y exigir el pago de la prestación jurídica (contribuciones), y

¹⁴ Nos exponen y fundamentan, a groso modo, la obligación tributaria, sus principios, la existencia de Poder Supremo de la Unión dividió para su ejercicio en tres, que a su vez, existen tres esferas de competencia política, administrativa y tributaria, siendo la Federación, los Estados y Municipios, las que dieron pie a la federación mediante un pacto, dotada de poderes diferentes al de las entidades, con un gobierno autónomo interno, donde la federación no debe contravenir sus intereses y viceversa, que los municipios, son la base de la división territorial y organización política y administrativa de los Estados y que tenemos un sistema impreciso, conflictivo y hasta incongruente al delimitar la esfera tributaria federal, respecto de la estatal, llamado concurrencia tributaria. (N. Sánchez, 2009).

¹⁵ Sin entrar a debate si los municipios poseen o no tal potestad, al ser la legislatura estatal quien cree las normas tributarias, sin embargo al no ser el tema exacto de la presente investigación, nos limitaremos a señalar que si la tiene, en el mismo tenor y lineamiento que la federal y estatal.

¹⁶ Ese enlace nace cuando una norma jurídica, con carácter general, obligatorio e impersonal, tipifica el hecho generador del tributo, y demás elementos del mismo para que se pueda cumplir esa prestación, es por eso, desde el momento en que el Estado estatuye la obligación contributiva

que está representado por la entidad política con quien radica la soberanía del Estado; y de un deudor o sujeto pasivo del tributo (contribuyente)¹⁷. Margain por su parte la define como:

“el vínculo jurídico en virtud del cual el Estado, denominado sujeto activo exige un deudor, denominado sujeto pasivo, el cumplimiento de una prestación pecuniaria excepcionalmente en especie. Por su parte de la Garza sostiene que de la realización del presupuesto legal conocido como hecho imponible, surge una relación jurídica que tiene la naturaleza de una obligación, en cuyos extremos se encuentran los elementos personales: un acreedor y un deudor y en el centro un contenido que es la prestación del tributo”. (Citado por R. Rodríguez, 2005, pp. 109 a 156)

De Juano (1969, s. p.), entiende que, *“constituye en esencia una prestación pecuniaria coactiva que pesa sobre el sujeto (contribuyente) a favor del Estado u otra entidad pública que tenga derecho a ese ingreso como consecuencia de su poder de imperio.”*

Por su parte Mabarak, la conceptúa:

“como el vínculo jurídico mediante el cual una persona llamada deudor, se encuentra constreñida a dar, hacer o no hacer o tolerar algo, a favor de otra persona llamada acreedor”. En este concepto general, se encuentran ubicados claramente los elementos de la obligación jurídica, que atento a lo expuesto, se pueden elaborar dos conceptos: el de la obligación fiscal, que es el género, y que abarca todo tipo de formas de conducta que el sujeto pasivo o gobernado puede adoptar a favor del fisco o sujeto activo, y la obligación tributaria propiamente dicha, que es la especie y consiste en la obligación de pago del tributo que debe hacer una persona llamada contribuyente, a favor del sujeto activo, llamado fisco”. (Citada por N. Sánchez, 2009, pp. 373-374).

Esta definición aporta elementos de diferenciación entre obligación fiscal y obligación tributaria. Al referirse al origen y contenido de la obligación impositiva Giannini, dice:

¹⁷ Existen tres sujetos activos conforme al marco constitucional mexicano, que son la Federación, las Entidades Federativas y los Municipios; el deudor o sujeto pasivo de esa relación jurídica, es la persona física o moral mexicana o extranjera cuya situación jurídica, coincide con el hecho generador del gravamen, ya sea por percibir utilidades, sueldos, honorarios, premios, una herencia o cualquier otro ingreso proveniente del capital, del trabajo o de la combinación de ambos, y con esa circunstancia indiscutiblemente queda configurada la esencia de la obligación tributaria.

“La deuda impositiva surge, como es sabido cuando se produce la situación de hecho establecida por la ley como presupuesto de la imposición, y consta de dos elementos, a saber. Material: consistente en la configuración de las cosas o en el hecho, objetivamente, considerados, a los que la ley vincula cada impuesto en particular, otro, personal, constituido por la relación e que debe encontrarse el sujeto pasivo con aquel primer elemento para que nazca a su cargo la deuda impositiva [...] por lo tanto incumbe exclusivamente al legislador tributario determinar con toda precisión posible el presupuesto material y personal de los impuestos”. (Visible en R. Rodríguez, 2005, pp. 109-156).

Esta definición aporta los elementos materiales y personales de las leyes tributarias. De la correlación conceptual, se observa su múltiple coincidencia en su generalidad y con nuestra definición expuesta al inicio. Ahora bien, *las características de la obligación tributaria*, tomadas de las definiciones y/o conceptos expuestos son:

- 1.- Es un Vínculo jurídico. Crea derechos y obligaciones que en teoría son recíprocos.
 - 2.- Su fuente única: es la ley, que en su más alto lugar lo constituye la ley suprema de la unión.
 - 3.- Debe existir verificación supuesto de hecho descrito en la ley, llamado *hecho gravado*.¹⁸
 - 4.- Existencia de dos sujetos. Llamados sujeto pasivo o deudor y sujeto activo o acreedor: Fisco, que tiene derecho a exigir el pago de la prestación pecuniaria.
 - 5.- Objeto de la obligación. Es dar una suma de dinero o parte de la riqueza del sujeto pasivo¹⁹.
- Encontramos que sus elementos son: los sujetos, el objeto y la causa.

¹⁸ Puede consistir en: Hecho económico, acto jurídico, o un hecho material. En la práctica se trata de un hecho material, seguido de un acto jurídico que tiene connotación económica.

¹⁹ No así las obligaciones accesorias, que generalmente son de hacer, y que no tienen por objeto el pago de impuestos, sino que la mejor fiscalización del contribuyente.

El deber solidario frente a la interpretación constitucional del poder judicial de la federación.

El deber de tributar es una obligación del sujeto pasivo consignada en el Mandato Constitucional, a efecto recaudar lo que Estado requiere para satisfacer a su vez, las necesidades básicas de la comunidad, bajo un esquema justo, equitativo y proporcional, conforme al artículo 31, fracción IV de la CPEUM, con el propósito de procurar el crecimiento económico y la más justa distribución de la riqueza, para el desarrollo óptimo de los derechos fundamentales por la Carta Magna, ello da fundamento a la potestad tributaria, como poder del Estado que para establecer el sistema tributario, como respeto a una democracia representativa.

Definiendo el modelo y las políticas tributarias, cuyo propósito es la mejor manera de vida de los gobernados, sin dejar de lado que tal actividad tiene límites que obligan al Estado materializado en sus poderes, a no violentarlos.

Pero, el deber de tributar, nacido de la obligación tributaria, como consecuencia de la relación jurídica tributaria, también es consecuencia de una responsabilidad solidaridad social, para con los más desfavorecidos y no solo como correspondencia de los derechos-obligaciones derivado del mandato constitucional, como tradicionalmente lo hemos manejado.

Siendo perfectamente acorde con ello, con el Estado de Derecho Mexicano Constitucional Democrático²⁰, reafirmando tal idea (reconociendo que originalmente estudiamos este tema, por consecuencia de la siguiente tesis), las tesis (ahora jurisprudencia) registrada con el número electrónico 166907, de la Novena Época, dictada por la Primera Sala, publicada en el semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Julio de 2009 , pagina 284, Tesis número *1a./J. 65/2009*, Materia, Constitucional, Administrativa, que dice en su rubro “*OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. OBEDECEN A UN DEBER DE SOLIDARIDAD*” y que contiene en su texto:

“El sistema tributario tiene como objetivo recaudar los ingresos que el Estado requiere para satisfacer las necesidades básicas de la comunidad, haciéndolo de manera que

²⁰ Refiere al paso del Estado Monárquico Absolutista, al Monárquico Constitucional y al paso del Estado Liberal del Derecho, del siglo XIX e inicios del XX, al Estado Constitucional Democrático, que cual buscaba la supremacía constitucional, donde el Estado encamine su actuar ajustada a ésta, la tutela y garantía de los derechos constitucionalizados. El Estado liberal nace con las revoluciones liberales inspirado en la corriente iusnaturalista, mientras que el Estado Constitucional es un paradigma contemporáneo de las democracias modernas (introduciendo el concepto de democracia social). Sin embargo, El Estado Social subsume al estado liberal y al constitucional, en un enfoque tridimensional de Estado de derecho, de democracia y Social. La Supremacía y la rigidez son características de este Estado

*aquél resulte justo -equitativo y proporcional, conforme al artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-, con el propósito de procurar el crecimiento económico y la más justa distribución de la riqueza, para el desarrollo óptimo de los derechos tutelados por la carta magna. Lo anterior, en virtud de que la obligación de contribuir -elevada a rango constitucional- tiene una trascendencia mayúscula, pues **no se trata de una simple imposición soberana derivada de la potestad del Estado**, sino que **posee una vinculación social, una aspiración más alta, relacionada con los fines perseguidos por la propia Constitución**, como los que se desprenden de la interpretación conjunta de los artículos 3o. y 25 del texto fundamental, consistentes en la promoción del desarrollo social -dando incluso una dimensión sustantiva al concepto de democracia, acorde a estos fines, encauzándola hacia el mejoramiento económico y social de la población- y en la consecución de un orden en el que el ingreso y la riqueza se distribuyan de una manera más justa, para lo cual participarán con responsabilidad social los sectores público, social y privado. En este contexto, debe destacarse que, entre otros aspectos inherentes a la responsabilidad social a que se refiere el artículo 25 constitucional, se encuentra la obligación de contribuir prevista en el artículo 31, fracción IV, constitucional, tomando en cuenta que la exacción fiscal, por su propia naturaleza, significa una reducción del patrimonio de las personas y de su libertad general de acción. De manera que la propiedad tiene una función social que conlleva responsabilidades, entre las cuales destaca el deber social de contribuir al gasto público, a fin de que se satisfagan las necesidades colectivas o los objetivos inherentes a la utilidad pública o a un interés social, por lo que la obligación de **contribuir es un deber de solidaridad con los menos favorecidos**”.*

En un principio nuestra postura ante tal tesis, de deber solidario como correspondencia de la obligación tributaria y no solo de la potestad tributaria, era negativa y de rechazo, teniendo una idea errónea, de que este criterio vendría a dar otro tratamiento a la obligación fiscal diferente al tradicional, agregando un nuevo elemento, como legislación judicial y que el Estado buscaba justificar la recaudación en el principio de responsabilidad social, dejando de lado los demás principios tributarios constitucionales, generando con ello una incertidumbre en los

jurídica, al darse un choque de principios y justificar en este deber, la limitación al derecho de libertad y propiedad, e incluso, que el legislativo pudiera crear tributos basados en la responsabilidad social y no en la renta, en el consumo o capital²¹.

Sin embargo, al hacer un análisis más profundo del tema y de la respectiva ejecutoria: “Ejecutoria con número de registro electrónico 21628, de la Novena Época, Instancia, Primera Sala, Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXX, de Julio de 2009, página: 285, Tema: “*OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. OBEDECEN A UN DEBER DE SOLIDARIDAD*”. AMPARO EN REVISIÓN 846/2006. *****”, nuestra visión cambió, encontrado que:

Si bien, en la ejecutoria se trataba del análisis de inconstitucionalidad de un trato diferenciado que la fracción LXX del artículo segundo del decreto legislativo que establece la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente a partir de 2002, contempla para los contribuyentes que hayan obtenido acciones en el año de dos mil uno, en comparación con los que las hayan adquirido en cualquier otro año, respecto a las consolidaciones fiscales y empresas relacionadas, el concepto central de la temática hasta antes del tratamiento por la sala era el tema de la equidad tributaria, el cual describen ampliamente, deduciendo que no existe inequidad y da una abundante parámetro para entender tal principio, y pasa a enfocarse se enfocase, en el tema de instrumentos de planeación fiscal empleado por los particulares, para no contribuir como es debido, y es en este apartado, que toca el tema del “deber de solidaridad”.

Nos habla del acto del Estado justificado en un objetivo jurídicamente relevante, como restricción a la discrecionalidad administrativa, desterrando la arbitrariedad y el exceso y sometiendo al respeto de los derechos fundamentales²² establecidos por la Constitución, confrontando las ventajas de la intervención en el derecho fundamental, que deberán superar o compensar los sacrificios que conllevan para su titular y para la sociedad en general, para lo cual nos establecen un método como se refiere:

²¹ Cosa visible en la iniciativa de ley de ingresos para el año 2010, presentada por el ejecutivo federal, donde proponía la incorporación de un impuesto denominado “*para combatir la pobreza*” (Morita, 2009)” del 2%, que de su análisis, se ve que es idéntico en cuerpo y forma al impuesto al valor agregado, era pues una aumento del 2% más, pero, disfrazado en un elemento de carácter social o responsabilidad social, como justificación al cobro.

²² Para este apartado trataremos más la conceptualización propia de tal concepto.

“[...]Este ejercicio consta de tres pasos a seguir:

1o. Determinar si la finalidad es objetiva y constitucionalmente correcta. Ello, en razón de que los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar relación con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad.

2o. Examinar la racionalidad de la medida, esto es, que exista una relación de índole instrumental entre los medios utilizados y el fin pretendido.

3o. Valorar que se cumpla con una relación proporcional entre los medios y los fines, con el objeto de determinar si, en aras de un propósito constitucionalmente válido, no se afectan de manera innecesaria o excesiva otros bienes o derechos protegidos por la Constitución Federal, verificando, en su caso, si pudiera existir alguna vía menos gravosa para el derecho [...]”²³.

El primer paso, trata de la ubicación del fin buscado y de su posterior confrontación con la Constitucional, para establecer la corrección del mismo; el segundo paso, demanda de un análisis razonado, a fin de dilucidar si la medida se encuentra encaminada, desde un punto de vista instrumental, a la consecución del objetivo y superados esto y; el tercer paso, va encaminado a la proporcionalidad de la medida elegida, debiendo considerar que su comprensión y aplicación satisfactoria dependen del análisis de su contenido. Ello basado en el principio democrático y el principio de separación de poderes del Estado Constitucional Democrático²⁴. Y se cita a continuación partes tocantes al tema de la misma ejecutoria:

“[...] Como cualquier obligación elevada a rango constitucional, la de contribuir [...] no se trata de una simple imposición soberana, derivada únicamente de la potestad del Estado, sino que tiene una vinculación social, una aspiración más alta, vinculada a los fines perseguidos por la propia Constitución[...]”

[...] Así se desprende, entre muchos otros, de los artículos 3o. y 25 de nuestra Ley Fundamental[...]

²³ Ejecutoria con número de registro electrónico 21628, de la Novena Época, Instancia, Primera Sala, Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXX, de Julio de 2009, página: 285, Tema: OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. OBEDECEN A UN DEBER DE SOLIDARIDAD. AMPARO EN REVISIÓN 846/2006. ***** S.A.”

²⁴ En el Estado liberal del Derecho, la decisión de la autoridad es considerada democracia, por representar la voluntad mayoritaria, en el Estado Social, esta democracia son los contenidos sustanciales y la satisfacción de los derechos fundamentales de todos, los cuales ninguna autoridad o mayoría deberá dejar de respetar (Martínez, 2009).

[...] De las transcripciones que anteceden, se deduce que la Constitución aspira a que se promueva el desarrollo social -dando incluso una dimensión sustantiva al concepto de democracia, acorde a estos fines, encauzándola hacia el mejoramiento económico y social del pueblo-. Asimismo, se observa que la Ley Fundamental otorga una importancia destacada a la consecución de un orden en el que el ingreso y la riqueza se distribuyan de una manera más justa, para lo cual participarán con responsabilidad social los sectores público, social y privado.

Así, de la Constitución se desprende que el sistema tributario tiene como objetivo el recaudar los ingresos que el Estado requiere para satisfacer las necesidades básicas de la comunidad, haciéndolo de manera que el mismo resulte justo -equitativo y proporcional-, con el propósito de procurar el crecimiento económico y la más adecuada distribución del ingreso y la riqueza para el desarrollo óptimo de los derechos tutelados por la Carta Magna.

[...] los derechos económicos, sociales y culturales, promovidos a nivel constitucional durante las primeras décadas del siglo XX, no han sido incorporados al ordenamiento jurídico de las democracias constitucionales simplemente por ser considerados como un elemento adicional de protección.

Por el contrario, la razón de ser de tales derechos está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Dicho de otra forma, sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, sin el respeto de las condiciones materiales de existencia de los individuos, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal, consagrados en el capítulo primero del título primero de nuestra Ley Fundamental, se reducirá a un mero e inocuo formalismo. Sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una ilusión. Y a la inversa, sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes.

[...] la exacción fiscal, por su propia naturaleza, significa una reducción del patrimonio de las personas y de su libertad general de acción. En efecto, de eliminarse un impuesto, los contribuyentes dispondrían para sí mismos de mayor riqueza y de más oportunidades de autodeterminación. Sin embargo, la libertad que se gana al quedar liberado de la imposición es fugaz, pues ésta se pierde en la defensa de los derechos propios, antes garantizada por el Estado, sostenido con las propias contribuciones.

De esta manera, la propiedad tiene una función social que conlleva responsabilidades, entre las cuales puede destacarse la que corresponde al deber social de contribuir al gasto público, a fin de que se satisfagan las necesidades colectivas o los objetivos inherentes a la utilidad pública o a un interés social.

Así, dada la importancia del deber de contribuir al sostenimiento del Estado, resulta perfectamente válido que la legislación -y la administración tributaria en el ámbito competencial que le corresponda- prevea los mecanismos que permitan combatir las actuaciones de los particulares que pudieran encaminarse a eludir el cumplimiento de dicha obligación, en el entendido de que la misma se encuentra indisolublemente ligada a un principio de responsabilidad social para la consecución de los fines a los que la propia Constitución aspira.

[...] el legislador, [...] se encuentra indiscutiblemente autorizado para regular ciertas conductas, construyendo la esfera jurídica de los derechos individuales, de tal forma que resulta legítimo que el legislador regule la manera como se debe cumplir una determinada obligación tributaria [...]

[...] de la interpretación sistemática del entramado normativo descrito en los artículos 3o., 16, 25 y 31, fracción IV, constitucionales [...]

[...] podrían emanar restricciones a la libertad general de acción y a la propiedad, cuya validez constitucional en todo caso deberá examinarse en cada oportunidad [...]

Es claro que para conseguir los fines buscados, el legislador cuenta con un abanico de posibilidades, como podrían ser, entre otros, el establecimiento de multas por el

incumplimiento de obligaciones fiscales; la tipificación de ciertas conductas como delitos fiscales; el diseño de un esquema de control administrativo a través del ejercicio de facultades de comprobación; así como la propuesta de estímulos positivos o negativos para favorecer o evitar la realización de ciertas conductas.

[...]la intención de combatir la evasión, el fraude o la planeación que rehuye el deber solidario de contribuir al gasto público[...]

Por lo tanto, tanto la tesis y la ejecutoria, dan dimensión sustantiva social a la democracia, planteado la necesidad de que El Estado Constitucional Democrático busque el cumplimiento de los Derechos Fundamentales, que para este caso se trata del desarrollo social, reconceptuando la democracia a democracia social, con el mejoramiento económico y social del pueblo y con una distribución justa de la riqueza, como responsabilidad social, buscando con ella la mínima satisfacción de los derechos sociales, económicos y políticos, pues tal satisfacción, es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos, y viceversa.

Consecuentemente, la obligación tributaria, no derivara únicamente de la Potestad Tributaria, como previamente expusimos, sino que, también de la satisfacción y promoción de tales derechos (desprendidos de la interpretación de los artículos 3, 16, 25 y 31 constitucionales) como una responsabilidad social, de los sectores públicos y privados, para que contribuir al gasto público, justificando la recaudación tributaria, en el crecimiento económico y justa distribución de la riqueza, para el desarrollo óptimo de los Derechos Fundamentales, y no sólo, derivado de la potestad tributaria como consecuencia de la relación jurídica tributaria. Teniendo entonces 2 tipos de obligaciones a las que denominaremos *obligación tributaria potestativa* y *obligación tributaria solidaria*.

La Constitución debe pugnar por el respeto a los Derechos Fundamentales en ella consagrados, (así como, en los tratados Internacionales y Leyes Federales, como Ley Suprema de la Unión) por ello, de conformidad con la corriente Garantista de Corte Neoconstitucional²⁵,

²⁵(Prieto, 2002) Neoconstitucionalismo, constitucionalismo moderno o simplemente constitucionalismo, se puede ubicar desde tres ópticas: teórico, metodológico y como ideología. Sintetiza las características del neoconstitucionalismo teórico expuesto por diversos juristas ubicados en esta concepción como: "más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y coexistencia de una constelación plural de valores, a veces

en el Estado Constitucional Democrático (como evolución del anterior Estado Liberal), tanto el ente político, el derecho y la moral, deben ajustarse a dichos derechos, pues sus actos emitidos en representación de la sociedad titular del poder soberano, y encomendados a este, como es la recaudación, deben sujetarse necesariamente a los principios constitucionales fiscales y los Derechos Fundamentales, ya que, estos son los pilares fundamentales del orden jurídico y soporte de la convivencia (a diferencia del anterior Estado Liberal o Estado Legislativo, donde la ley, era dicho eje rector), cuya observancia, significa el cumplimiento de la constitución, la cual en este modelo, vincula a todos los poderes públicos y su rigidez constitucional complementa su sentido, vemos entonces, que *se habla de un principio constitucional de responsabilidad social y un derecho fundamental económico, social y político.*

Ello hace que la Democracia Constitucional adquiera un carácter social, ya que en la Democracia Representativa Mexicana, las decisiones de nuestros representantes legislativos, ejecutivos y judiciales, van tendientes a buscar el crecimiento económico y justa distribución de la riqueza en unidad al respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales, siendo comulgante con la segunda generación de derechos humanos, con la corriente garantista y con el Estado de Derecho Democrático.

Lo anterior viene a justificar que, tanto el legislativo como la administración tributaria en el ámbito competencial que le corresponda, pueda prever los mecanismos de combate a la evasión de tal obligación como un “principio de responsabilidad social” (y así lo maneja la ejecutoria como principio), que busca la finalidad planteada en el párrafo anterior (como un derecho fundamental de los menos favorecidos), ya que, la supuesta libertad que se gana, al quedar liberado de la imposición, es fugaz, pues ésta se pierde en la defensa de los derechos propios, antes garantizada por el Estado, sostenido con las propias contribuciones.

tendencialmente contradictorios”(Id. p. 121).. Por su parte Ferrajoli, al referirse al *neoconstitucionalismo*, expone para la maduración de la democracia constitucional, se deben aplicar tres dimensiones, “a) *Que se garanticen todos los derechos sin excepción;* b) *Que esos derechos se hagan valer ante cualquier tipo de poder, incluso los poderes privados,* y c) *Que verdaderamente los derechos se apliquen en los ámbitos doméstico y mundial, comentario expuesto en “La democracia constitucional”*”, (Id. pp. 265 y 266).

El deber de solidaridad contributiva como principio de responsabilidad social o principio de deber solidario.

Esbozado el caso de que, existe un deber de solidaridad contributiva en México, al que llamamos obligación tributaria solidaria, tenemos que plantearnos ¿qué es?, proponemos una doble visión, primero que es Principio Tributario Constitucional²⁶, como la facultad de los tres poderes (visión democrática) de prever, aplicar y validar los mecanismos de combate a la evasión de tal obligación y segunda que se trata también de un Derechos Fundamental, de los menos favorecidos.

Analicemos el primero, Martin (2007, p. 108-136) sostiene que *“los principios constitucionales son elementos básicos del ordenamiento financiero y eje sobre los que se asientan los distintos institutos relacionados con la actividad financiera del Estado, a saber; tributos, ingresos crediticios de carácter patrimonial y el presupuesto, que tienen un gran valor normativo, vinculativo para los tribunales de corte constitucional, partiendo de que la carta magna de manera específica establece como debe cumplirse con los deberes del contribuyente”*. De la Garza, (2002, p. 271), los entiende como los límites constitucionales del poder tributario, y lo sustenta en la siguiente tesis, *“El poder tributario que ejerce en México tanto la Federación, como los Estados, a través del Congreso General y de las legislaturas locales, no es absoluto, sino que se encuentra sujeto a las limitaciones establecidas en la constitución general de la república, alguna s de esas limitaciones tiene el carácter de garantías individuales o lo que es lo mismo, derechos públicos subjetivos y constituyen una parte de las limitaciones del Estado, en sus aspectos legislativo y ejecutivo, que hacen del estado mexicano un estado de derecho”*.

La Constitución entonces, contiene una serie de principios que delimitan el ejercicio de la Potestad Tributaria o limitantes al poder del Estado, mismos que validan las normas tributarias, al cumplirlos. Si bien tendencias modernas, sobre todo españolas, exponen que existen de dos tipos de principios: los principios constitucionales tributarios y los principios tributarios constitucionalizados, solo mencionaremos esto al no ser tema central.

²⁶ Los Principios constitucionales del Derecho Tributario, también conocidos como *los límites al Ejercicio de la Potestad Tributaria, los cuales limitan el poder tributario o capacidad jurídica para crear tributos.*

Tradicionalmente o a nuestro punto de vista, ya que existen diversas opiniones, señalamos como dichos principios al Principio de legalidad y Reserva de ley, al Principio de Audiencia, al Principio de generalidad tributaria, al Principio De Capacidad Contributiva, al Principio de obligatoriedad, al Principio de vinculación con el gasto público, al Principio de proporcionalidad y equidad y al Principio de Seguridad Jurídica en el ámbito tributario, teniendo como fundamento directo constitucional al artículo 31 fracción IV²⁷ de la constitución mexicana.

A los cuales de conformidad a lo expuesto tendremos que agregar en la doctrina al “*principio de responsabilidad social o principio de deber solidario*”, proponiendo denominarlo como segundo, al cubrir un rubro más alto, y señala además de la facultad de los poderes para la creación de medios para evitar la evasión de la obligación solidaria, con los menos favorecidos, de contribuir al gasto público de los sectores públicos y privados para buscar la redistribución de la riqueza y el crecimiento económico, para que éstos superen su condición menos favorecida y buscar con ello el cumplimiento de los Derechos Fundamentales y en especial del económico, social y político que nace del mismo concepto y que trataremos a continuación.

El deber de solidaridad contributiva como derecho fundamental social, económico y político.

Previo a tratar tal deber como derecho fundamental, cabe hacer un paréntesis, para entender ¿qué son los derechos fundamentales?, pues en México tradicionalmente se ha utilizado el concepto de garantías individuales o expresiones como derechos constitucionalmente protegidos, derechos del hombre o humanos, derechos naturales, derechos absolutos, derechos imprescriptibles, derechos inalienables, derechos inalienables e inderogables, etcétera, los cuales contienen el uso frecuente, promiscuo e indiscriminado de tales fórmulas lingüísticas, siendo utilizados como sinónimos, cuando no lo son, consideramos las acepciones de derechos fundamentales, humanos y garantías individuales, como las más importantes para desarrollar el

²⁷ “**Artículo 31.** Son obligaciones (*principio de obligatoriedad*) de los mexicanos (*sujeto pasivo*) (*principio de generalidad*): [...] IV. Contribuir (*obligación tributaria*) para los gastos públicos (*principio de gasto público*), así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio (*potestad tributaria de los tres niveles*) en que residan, de la manera proporcional (*principio de proporcionalidad*) y equitativa (*principio de equidad*) que dispongan las leyes (*principio de legalidad y de reserva de ley*)” (CPEUM)

presente trabajo; por lo que, cabe realizar una pequeña precisión respecto a los términos expuestos, como una mera diferenciación teórica.

Existen corrientes jurídicas filosóficas²⁸, siendo el iusnaturalismo, el iuspositivismo, el realismo jurídico o realismo sociológico y el garantismo jurídico²⁹, en que se inspiran tales conceptos; así como, existieron movimientos, que derivaron en diversos documentos³⁰ que sirven de antecedentes³¹, para llegar a la introducción de tales figuras en México.³²

²⁸ Los derechos humanos provienen de una evolución de la corriente iusnaturalista, los fundamentales del vínculo del iusnaturalismo ético democrático y el positivismo moderno constitucional, y las garantías de la corriente garantista.

²⁹ La Teoría del Garantismo, la seguimos partiendo del pensamiento de la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli, para mayor abundamiento ver a Ferrajoli en: Ferrajoli L. (1997). *Derecho y Razón*. (2a. Edición) Madrid: Ed. Trotta; (2004) *Epistemología jurídica y garantismo*. México. Fontamara, México; (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. España: Ed. Trotta; (2005). *Iuspositivismo Crítico y Democracia Constitucional*. España: Ed. Trotta; (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. España: Ed. Trotta; (1998). *Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, España: Ed. Trotta.

³⁰ Podemos referir como antecedentes en *Inglaterra*, los documentos de La Carta Magna de 1215, The Petition of Rights de 1628, La Ley de Habeas Corpus de 1679 y The Bill of Rights de 1689, este último, considerado un contrato entre los soberanos y el pueblo, que da paso a una monarquía constitucional; le siguen las *Declaraciones Norteamericanas*, la Constitución de Virginia de 1776, la Declaración de Independencia de las Colonias Americanas de 1776, la Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787, las Diez Primeras Enmiendas de 1789, así como de los movimientos Franceses, se origina la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y La Constitución francesa de 1793.

³¹ El Estado liberal sufre modificaciones, principalmente a partir del final de la Primera Guerra Mundial, con la aparición de la Constitución Mexicana de 1917, la soviética de 1918 y la de Weimar en 1919. Donde se comienza a regular los derechos socioeconómicos y culturales (principios del siglo XX). Dando paso a la satisfacción no solo de derechos individuales, sino sociales, para cuya efectividad se hace necesaria la actuación del Estado, emendando los llamados *Derechos de segunda generación*. Después de las atrocidades de la Primera y Segunda Guerra Mundial, la Organización de Naciones Unidas (ONU), el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General proclamó la *declaración universal de los derechos humanos*, que recoge los conceptos generales sobre los que la comunidad internacional de naciones entiende por *derechos humanos*, abarcando los derechos civiles y políticos, que se venían defendiendo desde la Revolución Francesa y los derechos económicos, sociales y culturales, que surgieron después de la Revolución Socialista de Octubre. En 1966, desarrollando los conceptos generales de Declaración de derechos humanos, se adoptan el *pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* y el *pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas). Así como otros instrumentos de protección internacional de los derechos humanos como son: la *Convención Americana de los Derechos Humanos*, la *Convención y la Declaración de los Derechos del Niño*, *Derechos de la Mujer*, *Derecho al Desarrollo*, *Derecho a un Medio Ambiente Sano*, *Derechos de los Refugiados*, entre otros. Otros derechos humanos, han ido siendo concebidos con posterioridad a los mencionados, fundamentalmente en la década del 70 y la del 90 del pasado siglo XX, denominados de *Tercera Generación*. Configurando a partir de nuevas necesidades de la humanidad, por ejemplo el derecho al medio ambiente sano, al desarrollo sostenible, a la paz, a la autodeterminación de los pueblos, de los pueblos indígenas y otros que están en constante origen y desarrollo.

³² Existieron varias constituciones o documentos constitucionales, como la Constitución de Cádiz de 1812 o Constitución Española de Cádiz o Constitución Política de la Monarquía Española, del 28 de marzo de 1812, los sentimientos de la nación o 23 puntos dados por Morelos para la Constitución, que originó el proyecto Constitucional de 1813, promulgado en 1814 (la Constitución de Apatzingan o Decreto Constitucional para la libertad de América Latina), Las Bases Constitucionales aceptadas por el Segundo Congreso mexicano al instalarse el 24 de febrero de 1822, el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano del 18 de diciembre de 1822, el Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana del 16 de mayo de 1823, el acta Constitutiva de la Nación Mexicana del 1 de enero de 1824 o Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 4 de octubre de 1824, las Bases Constitucionales de 1835 o Constitución de las Siete Leyes, en 1840 y 1842 se emitieron dos proyectos de reforma, que no surtieron efecto y no fue hasta 1843, que se emitieron las Bases de Organización Política de la República Mexicana, 12 de junio de 1843, le sigue el Acta Constitutiva y de Reformas sancionada por el Congreso extraordinario constituyente de los Estados Unidos Mexicanos el 18 de Mayo de 1847, las Bases para la Administración de la República que regularían hasta la promulgación de la nueva Constitución. (Esta etapa Tena (1999) la denomina como de la restauración del federalismo a la revolución de Ayutla, 1846-1854). Previa a la Constitución del 56, encontramos al Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, 23 de mayo de 185, la Constitución Política de la República Mexicana, de 1857, aquí se reconocen en forma amplia y pormenorizada los derechos y libertades de la persona humana y el modo de hacerlos efectivos a través del juicio de amparo, establecido por primera vez en la Constitución de Yucatán de 1841, y después en el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847; esta constitución le sucedieron varias reformas, conocidas como Las Leyes de Reforma; posteriormente, surge el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, de 10 de abril de 1865, (a esta etapa la denomina Tena Ramírez (1999) como de la Revolución de ayutla al triunfo de la Republica, 1854-1867), terminando con dos modificaciones a la Constitución de 1857, y en último lugar tenemos a la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, promulgada en la ciudad de Querétaro, el 5 de febrero de 1917, los documentos constitucionales, para su mayor profundidad, pueden ser consultado en Tena (1999).

Tradicionalmente se ha dicho que *los Derechos Humanos*, están en la Constitución de 1917, contenidos en las declaraciones de Garantías Individuales y de Garantías Sociales, en los artículos 3, 27, 28 y 123, que regulan la educación, el agro, la propiedad y el trabajo. (Carpizo, 1991). Siendo estos de una amplia categoría, entendidos como presupuestos morales o también conocidos como derechos naturales, válidos para todos los pueblos y en todos los tiempos (dimensión iusnaturalista-universalista), inviolables, intemporales y universales, de los cuales pueden ser humanos algunos derechos no jurídicos, como “los derechos morales”.

En la actualidad, se ha introducido de la teoría de los derechos fundamentales³³, clara expresión de la utopía liberal del siglo XVIII, (Böckenförde, 1993), diferenciándolos, al respecto, Ferrajoli dice que dichos derechos son:

“Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas”. (Ferrajoli, 2005, p. 19).

Esta definición describe 3 elementos: a) derechos subjetivos, b) universalmente de la persona y c) se pretende restringir por no contar con el status. Si bien no dice ¿por qué un derecho es fundamental?, ya que, no da un concepto ni verdadero, ni falso, sino uno estipulativo, es decir, solo da la características de esto.

En la obra, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, de Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 1993, (citado por A. Pérez, 1991, s. p.), expone que: *“los derechos fundamentales son aquellos que tienen como objeto la protección o defensa del individuo con respecto del Estado para el aseguramiento de un ámbito de libertad individual y social en el que los individuos, desde el*

³³ A estos Derechos Fundamentales se les suele denominar también “DERECHOS-BARRERA” o “DERECHOS-DEFENSA”, Carbonell, (2004), quien, menciona que se pueden estudiar bajo cuatro enfoques, la Dogmática Jurídica, La Teoría De La Justicia o Filosofía Política, La Teoría Del Derecho y la Sociología en General o Sociología Jurídica o Historiografía, y bajo estos mismos se puede exponer los fundamentos de dichos derechos.

punto de vista jurídico, pueden actuar a su arbitrio". Son el resultado de una fusión, de un iusnaturalismo democrático con un iuspositivismo constitucionalista, reafirmado por un garantismo, como un punto medio entre las libertades del individuo (individualismo), con las necesidades del colectivismo, considerando estos derechos, como los derechos humanos constitucionalizados en un estado de derecho, los cuales protegerán al individuo frente a estado en un ámbito de libertad individual y social.³⁴

Proponemos a este punto un concepto propio de los derechos fundamentales señalando que son: *Los instrumentos de protección de los intereses vitales, universales de la persona, con un valor jurídico superior para desarrollar un plan de vida digna, emanados de la unión del iusnaturalismo ético democrático y las técnicas del iuspositivismo moderno constitucional, como punto medio de las libertades individuales y los derechos sociales, al positivizar los derechos humanos en la constitución y tratados internacionales, como medio de defensa o protección frente al Estado, expresando tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.*

Entonces, en México los derechos fundamentales vendrán a ser los derechos humanos constitucionalizados, mediante el instrumento normativo llamado garantías individuales.

Por lo que, en un país se pueden dar violaciones de derechos humanos, pero sin violar los derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho a la vida, ya que, en algunos países se permite, la pena de muerte, la eutanasia, el aborto, entre otros modos.

La correlación de los tres la entenderemos a través de la corriente garantista de corte neoconstitucional³⁵, donde las garantías serán los instrumentos adjetivos, protectores y garantes

³⁴ Peces-Barba, opina que utilizar el término derechos fundamentales como sustituto de la expresión de Derechos Humanos, se debe a las siguientes razones:

"La expresión derechos fundamentales es más precisa que derechos humanos y carece del contenido de la ambigüedad que esta supone. Puede abarcar las dos dimensiones que en las que aparecen los derechos humanos. El término derechos fundamentales puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica". Peces-Barba (1991, p. 33)

³⁵ Prieto (2002) concibe esta corriente como neoconstitucionalismo, constitucionalismo moderno o simplemente constitucionalismo, lo ubica desde tres ópticas: teórico, metodológico y como ideología. Sintetiza las características del neoconstitucionalismo teórico expuesto por diversos juristas ubicados en esta concepción como: "más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios". Por su parte Ferrajoli, al referirse al *neoconstitucionalismo*, expone para la maduración de la democracia constitucional, se deben aplicar tres dimensiones, a) Que se garanticen todos los derechos sin excepción; b) Que esos derechos se hagan valer ante

de los derechos fundamentales, emanando de ello la importancia de su rectoría por el Estado Constitucional, como sistema de control que someta la actuación de los poderes a condiciones formales (este plano formal se caracteriza por la sujeción del poder público a las leyes y en su verificación sometida al control jurisdiccional) y substanciales (consiste en el ejercicio de todos los poderes del Estado al servicio de los Derechos fundamentales), que sin la debida verificación de su cumplimiento, ninguna decisión de éstos será válida, esto es, si dichos poderes (Ferrajoli, (2002) denomina “poderes salvajes”, que son poderes públicos, pero también privados, ejemplo emblemático de éstos, son los llamados poderes fácticos), no respetan a tales derechos fundamentales, sus actos carecerán de validez; esto último, es una forma de llamar a la Democracia Constitucional, propia del Estado Constitucional de Derecho³⁶.

El garantismo y el modelo de Estado Constitucional, propone a los derechos como los pilares fundamentales del orden jurídico y soporte de la convivencia (a diferencia del anterior Estado Liberal o Estado Legislativo, (donde la ley, era dicho eje rector), cuya observancia, significa el cumplimiento de la Constitución, la cual en este modelo, vincula a todos los poderes públicos y su rigidez constitucional complementa su sentido, pues no solo significa inflexibilidad a las reformas, sino su exigencia de respeto y afianzamiento de los derechos humanos constitucionalizados. Ello es un modelo de Estado de Derecho Garantista, el cual como señala Moreno, (2007, pp. 829-830) es en parte “[...]un Estado liberal mínimo y, al mismo tiempo, Estado social máximo, donde el derecho ya no es más un instrumento de la política; al contrario, ahora la política deberá ser el instrumento del derecho, sometida, en todos los casos a los vínculos normativos constitucionales”. Este neoconstitucionalismo supera la garantía de los derechos de libertad típico del Estado liberal (los deberes públicos de hacer, no limitar, no prohibir) al aplicar y vincular a autoridades e institución a efecto que garantice los derechos sociales, con lo cual, el Estado asume su dimensión social, además de la democrática y el derecho. (M. Martínez, 2009)

cualquier tipo de poder, incluso los poderes privados, y c) Que verdaderamente los derechos se apliquen en los ámbitos doméstico y mundial. (“La democracia constitucional”, 2010).

³⁶ Con el Garantismo el Constitucionalismo se fortalece, siendo una parte llamada Constitucionalismo Rematerializado o Constitucionalismo basado en Derecho. (Martínez, 2009). En este mismo sentido lo refiere, Prieto (citado por Carbonell, 2005, p. 44), respecto a que “*El garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales*”.

Entonces como apuntan Carpizo, Carbonell y nuestra postura, no se debe confundir las nociones de derechos humanos, derechos fundamentales y garantías individuales. Pues estas últimas serán “los mecanismos que tutelen o den protección de los derechos humanos constitucionalizados, llamados derechos fundamentales”.

Gracias a esta distinción es posible evitar el extremo de suponer que un derecho que no esté garantizado no es en realidad un derecho” o “creer que basta la consagración de un derecho en una carta constitucional para tenerlo por garantizado y protegido; asimismo, dicha diferenciación permite denunciar la inexistencia de los sistemas de tutela y protección necesarios para poder exigir una norma constitucional (DJUNAM, 1993b)

Desde este punto de vista, el deber de solidaridad contributiva, además de un principio, vendrá a ser un Derecho Fundamental social, económico y político, Carpizo define a los derechos sociales, como: “*aquellas que protegen al hombre como un integrante de un grupo social [...] se protege a los grupos más débiles, ha los que históricamente han vivido oprimidos*” (citado por Rojas, 2003, p. 607), incorporados con posterioridad la rectoría económica del estado y la planeación democrática establecidos en los artículos 25 y 26 de la constitución, “[...] *los cuales tienen un contenido específico, [...] exigen la intervención del estado para lograrlos, se conceden a los hombres en tanto que forman parte de un grupo social determinado y limitación de las libertades individuales en bien de la comunidad nacional y de los intereses personales.* Noriega Cantúa, (citado por Rojas, 2003, p. 608).

Son entonces derechos humanos constitucionalizados otorgados a grupos de individuos que tradicionalmente se encuentran en una posición desventajosa respecto del resto de la población para promover su bienestar económico y humano. Una diferencia con los demás derechos es que en nuestra legislación nacional sus garantías son de aplicación indirecta, son pretensiones, pues requiere la expedición de leyes secundarias y de ciertas instancias procesales para su aplicación, a nivel internacional³⁷ “*los Derechos Económicos y Sociales*”, se han ido positivando en diferentes declaraciones y pactos, tanto a nivel internacional como regional, los que fueron ratificados por la ONU en 1988 a nivel internacional a partir del Pacto Internacional

³⁷ “El Pacto de derechos sociales impone a los estados una obligación activa: el tomar medidas legislativas, administrativas o políticas para alcanzar la realización de los derechos sociales”. (Goddard, 2002, p. 61)

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y a nivel americano por el Protocolo de San Salvador. Los países signatarios de este pacto fueron Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

Ahora, ¿Quiénes serán titulares de los derechos sociales?, será la comunidad internacional, los Estados miembros, los nacionales de tales estados, para exigir del Estado una prestación determinada y que deben ser protegidos por un recurso judicial o administrativo.

Pero sin desvincular la responsabilidad de los particulares y demás grupos sociales (empresas, sindicatos, asociaciones, etc.), dejándola únicamente al estado, siendo un deber universal de solidaridad.

Entonces, Es un deber solidario tanto de la comunidad internacional nacional y la comunidad de naciones en su conjunto, para buscar un bien común, en este caso el de buscar la redistribución de la riqueza, el crecimiento económico y el apoyo a los menos favorecidos, para que superen su condición, como una solidaridad, Goddard (2002), lo señala como un *deber de solidaridad de los miembros con el grupo y a un deber de solidaridad del grupo con sus miembros*. La primera forma, se especifica en una multitud de conductas concretas a favor del grupo, como lo es el pagar impuestos o dar espontáneamente y hasta gratuitamente, bienes o trabajo por el grupo, incluso algunos deberes de este tipo son de suma importancia para la vida del grupo, que de su incumplimiento se puede originar algún recurso en contra de quien lo incumple. La segunda forma se especifica de la misma forma en una multitud de deberes concretos, que están previstos en la legislación (principio de legalidad), es una visión multiobligadora recíproca.

Visto ello vemos que se genera un derechos social, económico y políticos, subjetivos³⁸, universales y correspondiente a todos los seres humanos en cuanto personas, ciudadanos o personas con capacidad de actuar, que constituye un fin superior y anterior al Estado, y se integra

³⁸ Derecho subjetivo, lo entendemos como cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.

perfectamente con el sistema constitucional, fundado tanto en la propia constitución, como en los tratados internacionales, y en la corriente garantista.

Conclusiones.

En México existe la *obligación tributaria potestativa* y *obligación tributaria solidaria*, emanando la primera de la potestad tributaria, que deriva a su vez del mandato constitucional consagrado en el art. 31 fracción IV de la CPEUM, y la segunda de la satisfacción y promoción de derechos, desprendidos de la interpretación de los artículos 3, 16, 25 y 31 constitucionales, como una responsabilidad social, de los sectores públicos y privados, para que contribuyan al gasto público, justificando la recaudación tributaria, en el crecimiento económico y justa distribución de la riqueza, para el desarrollo óptimo de los Derechos Fundamentales, ambas sujetadas a los límites que marca la propia Constitución, que es el respeto a tales derechos y a los principios tributarios.

Por ende este deber solidario constituye en un primera visión, un “principio tributario de responsabilidad social”, al que denominaremos “*principio de deber solidario*”, al referir a un rubro más alto, que establece la facultad de los poderes (los tres, en el ámbito competencial que le corresponda) para la creación, ejecución y aprobación de medios para evitar la evasión de la obligación solidaria de los sectores públicos y privados de contribuir al gasto público, buscando con ello la redistribución de la riqueza y el crecimiento económico, para que superen la condición menos favorecida, los gobernados que se encuentren en ella y se cumplan de los Derechos Fundamentales, en especial los económicos, sociales y políticos que nace del mismo concepto, ya que libertad que se gana, al quedar liberado de la imposición, es fugaz, pues ésta se pierde en la defensa de los derechos propios, antes garantizada por el Estado, sostenido con las propias contribuciones.

Ello basado en el principio democrático y el principio de separación de poderes del Estado Constitucional Democrático, dando con ello una dimensión sustantiva social a la democracia, planteado la necesidad de que dicho estado busque el cumplimiento de los Derechos Fundamentales, como pilares fundamentales del orden jurídico y soporte de la convivencia, cuya

observancia, significa el cumplimiento de la Constitución, la cual en este modelo, vincula a todos los poderes públicos y su rigidez constitucional complementa su sentido, ello en un Estado Garantista, que garantiza todos los derechos sin excepción, los cuales se hacen valer ante cualquier tipo de poder y que tales derechos se apliquen en los ámbitos doméstico y mundial, siendo pues, tales garantías individuales, los mecanismos que tutelen o den protección de los derechos humanos constitucionalizados, llamados derechos fundamentales.

Y en una segunda visión constituye un Derecho Fundamental Social, Económico y Político, como *instrumentos de protección* del desarrollo social, el mejoramiento económico y social del pueblo, con una distribución justa y equitativa de la riqueza, como responsabilidad social de todos (comunidad internacional, estados miembros y gobernados, de los sectores públicos y privados) con *los intereses vitales, subjetivos, universales de la persona menos favorecida, con el fin como valor jurídico superior, de desarrollar un plan de vida digna, como fusión del iusnaturalismo ético democrático y de las técnicas del iuspositivismo moderno constitucional, como punto medio de las libertades individuales y los derechos sociales, ubicado tanto en la constitución como en tratados internacionales, como medio de defensa o protección frente al Estado (o poderes salvajes), expresando tanto una moralidad básica como una juridicidad básicas*, y que se integra perfectamente con el sistema constitucional. Buscando con ella la mínima satisfacción de los derechos sociales, económicos y políticos, pues tal satisfacción, es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos, y viceversa.

Referencias bibliográficas

1. Bockenforde, E. (1993). Escritos sobre Derechos Fundamentales, traducción de Requejo, J. y Villavende, I. Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania: Ed. Nomos.
2. Carbonell M. (2004). Los Derechos Fundamentales en México. México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrina jurídica, número 185, UNAM y CNDH

3. Carpizo, J. (1991) El Derecho en México, una visión en conjunto III. México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas serie A, fuente b, textos y estudios legislativos y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Recuperado de: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/325/1.pdf>
4. Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos [base de datos] publicada en el diario oficial de la federación el 5 de febrero de 1917 texto vigente, última reforma publicada diario oficial de la federación 29 de junio del 2010, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión: <http://www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/pdf/1.pdf>
5. Delgadillo L. (2003). Principios de Derecho Tributario. México: Ed. Limusa.
6. Duverger, M. (1970). Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. (5a. Edición). Barcelona, España. Ed. Ariel.
7. Ferrajoli L. (2005). Los fundamentos de los derechos fundamentales. España: Ed. Trotta.
8. Fonrouge, C. (1976). Derecho Financiero. (3a. Edición). Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalmar.
9. de la Garza, S. (2002). Derecho Financiero Mexicano. Decimoctava edición, México: Ed. Porrúa.
10. Goddard, J. (2002) Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Deberes de Solidaridad. En Carbonell, M. comp. *Derechos fundamentales y el Estado, memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derechos Fundamentales*, (pp. 59-71) México. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrinas jurídicas, número 96 y Universidad Nacional Autónoma de México.
11. de Juano, M. (1969). *Curso de finanzas y Derecho tributario*. Molanchino, Argentina: Ed. Rosario.
12. La democracia constitucional. (s.f.) En Courtis, C. Comp. *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Eudeba, Recuperado el 12 de junio

del 2010, de la Universidad Latina de America: <http://www.unla.edu.mx/iusunla19/reflexion/GARANTISMO.htm>.

13. Mabarak, D. (2006). Derecho Financiero Público. (3a. Edición) México: Ed. McGraw-Hill Interamericana.
14. Martín, J. y Rodríguez, G. (1995). Derecho Tributario General, de Finanzas y Derecho, Tributario. Argentina: Ed. Depalma.
15. Martínez, M. (2009). La Constitucionalización de la Justicia y la autonomía judicial, la tutela contra providencias judiciales de Colombia y España. Bogotá, Colombia: Ed. Grupo Editores Ibañes y la Universidad Nacional de Colombia.
16. Moreno, C. (2007, Setiembre a Diciembre) El Modelo Garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos Generales. México. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XL (120), pp. 825-852.
17. Morita, C. (2009, septiembre) Instituto Fiscal Empresarial, presentado en el 3er. Congreso nacional, del 24 al 26 de septiembre del 2009, en Puebla, Puebla, México.
18. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [base de datos] Aprobado por la asamblea ad de la ONU el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor por primera vez el 3 de Enero de 1976. Organización de las Naciones Unidad: <http://www.un.org>.
19. Peces-Barba, G. (1991). Curso de Derechos Fundamentales I. Teoría General. Madrid, España: Ed. Eudema.
20. Pelayo, M. (1968). Escritos Políticos y Sociales. Madrid, España: Ed. Centro de Estudios Constitucionales.
21. Pérez, A. (1991) Los Derechos Fundamentales. (4a Edición) Madrid: Ed. Tecnos.
22. Prieto, L. (2002). Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Lima, Perú: Ed. Palestra Editores, serie derechos y garantías.

23. Protocolo de San Salvador [base de datos] Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Salvador en 1988. Organización de las Naciones Unidas: <http://www.un.org>
24. Quintana, J. y Rojas Yáñez, Jorge (1997). Derecho Tributario Mexicano. México: Ed. Trillas.
25. Quisbert, E. (2006) Ciencia y Derecho Constitucional. (3a. Edición) La Paz, Bolivia: Ed. Adeq. Recuperado de: <http://ermoquisbert.tripod.com/dc/dc01.pdf>.
26. Rodríguez Lobato, R. (2005) Derecho Fiscal. México: Ed. Oxford
27. Rojas, A. (2003) Las Garantías Individuales en México. (2a.) México: Ed. Porrúa.
28. Sánchez, N. (2009) Derecho Fiscal Mexicano. (7a.Edición). México: Ed. Porrúa.
29. Spisso, R. (2007). Derecho Constitucional Tributario. (31a. Edición). Buenos Aires, Argentina: Ed. Lexis-Nexis.
30. Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de investigaciones jurídicas (1983a) Diccionario Jurídico Mexicano Tomo II, C-CH, sexta parte. México: Ed. Porrúa, Recuperado de: www.bibliojuridica.org/libros/3/1169/10.pdf
31. Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de investigaciones jurídicas (1983b) Diccionario Jurídico Mexicano Tomo III, D. México: Ed. Porrúa.
32. Villegas, H. (2002) Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. (8a. Edición) Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea.

La ley improbable y expulsión radical de la ley: aportes sobre un debate en torno a construcción de subjetividad del adolescente y la imputabilidad del mismo. Dr. Alejandro KLEIN

Profesor Investigador
División Ciencias Sociales y Humanidades
Universidad de Guanajuato

Resumen:

Estoy interesado en pensar acerca de un asunto urgente: el desarrollo de la personalidad adolescente desde un nuevo contexto socio-cultural (neoliberalismo).

Mi hipótesis desarrolla la idea de que los jóvenes tienen que enfrentar escasas o nulas oportunidades de trabajo y educación en su cotidianeidad y como resultado, sus vidas se vuelven una lucha de supervivencia.

Esto es por qué el adolescente no es capaz de experimentar un normal proceso de crecimiento. Este es el período social y subjetivo que denomino de “adolescentes sin adolescencia”, envolviendo conductas de riesgo, abuso de drogas, etc. Desde allí ya no es posible decir que el joven está “fuera” de la ley o es un joven “transgresor”, sino que se establecen nuevas formas sociales de la ley, la transgresión y las formas del chivo expiatorio.

PALABRAS-CLAVE: neoliberalismo, adolescencia, supervivencia.

La adolescencia como una construcción social

Si consideramos la adolescencia como una construcción social quisiera señalar que la misma siempre aparece inseparable de la transgresión (Klein, 2002). Ley-adolescencia-transgresión fueron desde el siglo XVII (aproximadamente) una combinatoria sumamente compleja, que por motivos que señalaré enseguida, parece pasar por un momento de agotamiento. De allí que adelanto el funesto error de suponer que hay grupos de adolescentes “desclasados” que viven *fuera* de la ley. No es así, viven en *otra* ley, como en realidad muchos otros grupos sociales, en relación, entre otros motivos, a una sociedad o un Estado que se muestra *desfalleciente en sostener una ley general y respetable* (Lewkowicz, 2004).

Permítaseme realizar algunas breves reflexiones desde el imaginario social que enlaza violencia y adolescencia. La sociedad, desde la modernidad, parece haber sostenido imágenes sociales del adolescente complejas tanto como ambiguas. A grandes rasgos y simplificando, plantearía dos grandes grupos de este imaginario social que se refieren al *adolescente entre la homeostasis y lo anti-homeostático*. Hablaré especialmente de este último en este trabajo que se relaciona con la primera imagen del adolescente en la modernidad: el masturbador (Barrán, 1991) (hoy: el consumidor de pasta base). Así podemos suponer que en ella se sintetiza el terror de un mundo en peligro de derrumbe. Desde esta óptica y retomando una metáfora biologicista podría pensarse que a la imagen de la sociedad como organismo abarcante o protector se opone en negativo un adolescente como germen- virus invasor, capaz de fragilizar basamentos sociales o hacerse cómplice de la entrada en acción de fuerzas disolutas y corruptas (Klein, 2002). De esta manera temer por el adolescente es temer –quizás con la mejor buena fe- por el destino de la sociedad. Y de la misma manera, educar –disciplinar –controlar al adolescente es también (supongo que con la misma buena fe) bregar por una sociedad mejor y más civilizada.

En su obra “La criminalité dans l’a adolescence. Causes et remèdes de’un mal social actuel” (Alcan,1909) Duprat señala que el adolescente es un “vagabundo nato”, ser inestable que emprende “fugas análogas a las de los histéricos y los epilépticos incapaces de resistirse a la impulsión de los viajes (...) El adolescente tiene su propia patología: por ejemplo, la hebefrenia, definida como “una necesidad de actuar, que entraña el desdén ante cualquier obstáculo, ante cualquier riesgo” y que impulsa al crimen”(Ariès-Duby,T 7:1990,p. 169). Hoy día, no pocos

dirán, en una lectura aggiornada, que el adolescente es un “drogadicto nato” o un “violento nato”, de tal manera que siempre es más fácil exclamar: “¿!qué pasa con estos (malditos) adolescentes?!” que preguntarse: “¿!qué pasa con esta (injusta-incomprensible) sociedad?!”. De esta manera a la imagen sediciosa de Duprat, agregaría hoy en día dos figuras que hasta cierto punto actualizan las ya referidas:

- La del adolescente que vaga por las calles, cerveza en mano, pronto a pedir limosna, como capaz de delinquir o de prostituirse. Capaz de todo porque ya no tiene nada que perder. Potencial criminal y peligro ambulante se lo percibe como un adolescente ya corrupto, entregado al vicio y la locura, consumidor de pasta base, del que se reclaman enérgicas medidas policiales y sanitarias.
- El adolescente que aún contando con un marco familiar e institucional, es percibido como vago, irresponsable, incapaz de acción y reacción. No estudia, está todo el día en la cama, está horas sumido en la computadora e internet. Se reclama para el mismo terapia, normas, padres vigorosos.

Los adolescentes violentos

Si nos ponemos a analizar como aparecen los adolescentes violentos en diarios, revista y editoriales, observamos antes que nada, que se adscribe a estos jóvenes un nivel de barbarie y la capacidad de una violencia tan salvaje, innecesaria y gratuita, que es inútil profundizar en sus posibles componentes (Klein, 2003). Lo que se impone es aislar a estos sujetos de la sociedad, sugiriendo que estos jóvenes son tan peligrosos, que su libertad bien podría llevar a la sociedad a un estado de barbarie irreversible. Curiosa situación: se les termina por otorgar tales “poderes”, que es como que la sociedad queda frente a ellos postrada, indemne, desprotegida. La referencia a metáforas de género (la sociedad es una doncella “violada” y “maltratada”), no hace sino agudizar la maldad de estos “insanos”.

Sin embargo, y no deja de ser contradictorio, la sociedad sabe muy bien qué hacer, ya que se nos informa que estos menores son “atrapados” rápidamente por la policía. Sin duda el

disciplinamiento actúa eficazmente. En definitiva, que lo mejor que se puede hacer es internar a los infractores en “hogares” del Estado o en “institutos” de reclusión. La respuesta es la institucionalización excesiva. En nombre del miedo a la violencia se autorizan prácticas de control, ¡que terminan siendo más violentas aún! Sin embargo, creo que lo que está sucediendo es que en definitiva no se entiende lo que pasa. Hay enunciación sí de teorías: el alcohol, las drogas, pero da la impresión de que son una amalgama de teorías que no convencen totalmente. De alguna manera el desamparo que sufren los adolescentes tiene su similar en lo desamparado que se siente el mundo adulto frente a la violencia de los jóvenes. La misma se impone como algo incomprensible, inentendible, impensable. Y esto también genera violencia. El mundo adulto reacciona a la violencia de los jóvenes con violencia, porque no la entienden.

Una consecuencia de esto es que hay un sutil pasaje del hacer actos violentos a tener una identidad violenta. Los jóvenes sin duda cometen actos de violencia, pero la identidad desde la que se transforman en “jóvenes violentos”, les viene proporcionada por el imaginario social. “Jóvenes violentos” es una forma en que la violencia de estos jóvenes toma un sentido en tanto se le asigna una identidad y por tanto un sujeto que la porta. Es una forma de “psicologizar” la violencia. Es también una forma de orden social, porque la violencia que ejercen los jóvenes no queda como algo absurdo, extraño, impensable, sino que queda integrado a una lógica que tiene que ver con lo juvenil. “Estos jóvenes no pueden ser sino violentos”- se dice implícitamente-，“ porque tal es su naturaleza y tal es su identidad.”

Se trata de una situación paradójica, porque cuando estos jóvenes se identifican con esos enunciados estereotipados, se sienten habilitados a ser violentos porque se transforman justamente en “jóvenes violentos”, operando un mecanismo de enunciados auto-identificatorios. Por mi parte ensayaría otras explicaciones que espero permitan contribuir al tema. Antes que nada lo siguiente: vivimos en una sociedad neoliberal que ya no alberga sino que desampara, decretando el fin de derechos sociales imprescindibles (Klein, 2006). Es el momento en que ya no se puede sostener un imaginario de derechos “naturales” ya que los derechos escasean, se fragilizan o desaparece la “expectativa” de poder recibirlos. Surge así la figura del “inintegrable” (Castel, 1997). Y ciertamente algunos de estos jóvenes –desde esta realidad social- son “inintegrables” por más reclusión a que se los someta.

Es una situación de catástrofe social que no es simplemente “pérdida” de situaciones consolidadas, es también y simultáneamente la consolidación de nuevas formas de interacción societaria. Desde esta perspectiva la violencia cotidiana podría pensarse como un recurso de re-amparo (basado en la presencia de la fuerza) frente al desamparo (basado en la ausencia de credibilidad y sustento social). De esta manera se busca sentir que se controla la amenaza externa de lo desamparante transformado en algo interno más manejable. Pero si la violencia se consolida es porque las estructuras dialógicas, racionales y justas propias de la modernidad keynesiana ceden frente a una ley que genera la sensación de que está endeudada. O hace poco, o es lenta o nunca llega. Pero no nos satisface.

Anulación del principio de la relación racional entre ley y la transgresión.

Punto importante ya que si nos ponemos a pensar quien es el culpable del desastre neoliberal (todo el mundo hoy en día habla del desastre neoliberal) resulta que *no hay culpables. Sólo hay víctimas, por tanto se facilita la impunidad como modelo de transgresión de la ley. Hay que aceptar y no cuestionar las cosas; es la ley de la obediencia debida. La interdicción simbólica empieza a tambalear y si el neoliberalismo genera una subversión de la ley creo que no es porque se anule la ley, sino porque se anula el principio de la relación racional entre ley y la transgresión.*

Por otro lado si la violencia se torna una forma de vida para estos jóvenes es porque los mismos ya no se sienten parte de la sociedad. Sometidos a procesos de *des-ciudadanización* (Fraga, 2003), *la transgresión de la ley ya no es transgresión sino cuestión de supervivencia.*

La ley ya no es un referente que cubre y protege a todos, destituida de su lugar de resguardo. Ya no hay cultura de diálogo sino una temática de fuerza que tiene que ver con la idea de que desde la corrupción o la sospecha de corrupción, se rompe la idea de confianza. *La ley se basa en la confianza. La desconfianza paranoica en el otro, es también desconfianza paranoica en la ley. Y es también la desconfianza de que los problemas sociales se soluciones con políticas sociales. Lo que lleva a suponer que se arreglan con políticas de fuerza.*

Muchos de estos jóvenes están atravesados por rituales terribles que se explican desde una sociedad desde la que sobrevivimos y no simplemente vivimos. Muchos de estos rituales se acercan a lo que H. Freud (Frankel, 2002) llamó “identificación con el agresor”: me transformo en mi propio agresor para que la agresividad pase de un efecto pasivo a uno activo y –punto fundamental- para anticiparme a lo que vendrá.

De esta manera y progresivamente, enormes grupos de jóvenes que son marginados de los sistemas de enseñanza, del trabajo y en general de los derechos de ciudadanía incorporan la violencia como forma de subjetividad. Situación que me permite afirmar que los llamados adolescentes transgresores no son tales. Y no lo son porque no hay transgresión. Y no hay transgresión porque no hay registro ni presencia de ley. Sólo podemos hablar de transgresión desde un registro o marco previo de la ley que en este caso no se verifica. Por el contrario sugiero hablar de “extrañeza” con la ley, “extrañeza radical” que se expresa en que la ley está mutada como uso de la fuerza, predominando formas de la corrupción como violencia y prepotencia.

En realidad la transgresión es la ley y no una corrupción de la ley (Birman, 2001). Por eso, los jóvenes desde un lugar de chivos expiatorios ya no entran dentro de la ley. Ya no hay ley segura y estable, sino procesos de estigmatización que anulan los espacios de ciudadanía.

Desde esta reflexión sugiero que pensemos detenidamente el candente tema de bajar la edad de los jóvenes para que sean sometidos al código penal adulto. Desde mi punto de vista el asunto de bajar la edad de imputabilidad es francamente absurdo. Ya que la vida de estos jóvenes y de tantas personas en nuestra sociedad ya no moldea o acomoda desde el registro de la ley. La ley ya no marca ni instituye subjetividad. Y la verdad es que la transgresión tampoco instituye subjetividad, porque sólo podemos pensar la transgresión en relación con la ley. Desde el agotamiento de la figura de la ley se agota su figura inversa, la transgresión. Por eso señalo que no son jóvenes en transgresión, porque ya no hay transgresión desde la sociedad neoliberal.

A estos jóvenes no les concierne ni la ley ni la transgresión, porque esos términos remiten a un tipo de sociedad que se rige por el lazo social como forma de contrato social (Lewkowicz, 2004). Ley y transgresión tienen que ver con un tipo de sociedad propio de la modernidad

keynesiana o welfare state, que se asienta en la consolidación de un porvenir, la elaboración de un futuro y las necesarias garantías para que los mismos se puedan realizar. Sociedad que como ya señalé preconiza al estudio y al trabajo como medios válidos y socialmente reconocidos para atravesar el porvenir, construyendo un futuro.

Pero en esta sociedad neoliberal (o mejor dicho, post-neoliberal) uno de los elementos esencial que substituye a una sociedad que socializa desde el lazo social, es una sociedad que socializa desde la “destitución del porvenir”. Una de sus consecuencias es la retracción o el desconcierto de las políticas públicas, la indiferencia como elemento central y la criminalización de la pobreza (Klein, 2006).

Como indiqué la cotidianeidad del joven pasa a constituirse en términos de “supervivencia“, enfrentados a escasas o nulas oportunidades de educación y/o trabajo. Esto se acompaña en las figuras familiares de un agotamiento en la capacidad de tolerancia, que denomino “*estructura de padres agobiados*” (Klein, 2006).

Adolescentes sin adolescencia

La adolescencia como proceso tiene que ver de una u otra manera, con una manera de instaurar una etapa y cierto orden entre pasado y futuro, entre niñez y adultez, entre sexualidad permitida y sexualidad prohibida. Es, de alguna manera, una manera “racional” de resituar distintas variables sociales y personales (Klein, 2003,2004).

Sin embargo, estos jóvenes transmiten un contexto social que tiene que ver con el desorden, lo abrupto, lo violento y lo absurdo. La posibilidad de hacer adolescencia está especialmente limitada (Klein, 2006). Desvalidos social y familiarmente, terminan por estar también desvalidos psíquicamente no pudiendo experimentar lo adolescente en sus vidas.

Es el punto en que lo adolescente manifiesta el fracaso en sus procesos de contención, transformación y elaboración, lo que enfrenta al joven a situaciones de dependencia y estructuras de cuidado del otro que vuelven imposible o muy difícil cursar adolescencia bajo los parámetros del júbilo, el crecimiento y la confrontación generacional.

Ser adolescente se transforma así en un problema y una situación de urgencia, por la cual no se sabe muy bien *qué hacer* ante el mismo. *Lo adolescente queda relegado a ser sumatoria de situaciones y ya no estrictamente período etario*. Situación que remite a la hipótesis central de mi investigación: *se trata de pensar lo inaudito de un estado de adolescentes sin adolescencia* (Klein, 2006). Entonces me parece que estos jóvenes no están des-socializados, por el contrario creo que están hiper-adaptados socialmente. Adolescentes sin adolescencia, insertados dentro de un proceso social que habilita un máximo de descuidadanza como expresión (paradojal desde los parámetros de la modernidad keynesiana) de una máxima socialización.

De esta manera no me interesa destacar un *inexistente* (pues sin duda existen aún adolescentes *con* adolescencia), sino la consolidación de condiciones que hacen viable este *imposible*. Imposible teñido de consecuencias y desafíos en lo que hace el trabajo con este grupo etario.

Concomitantemente, la posibilidad de generar una biografía personal (Aulagnier, 1991) y asegurarse un lugar social que les permita procesos creativos de sublimación, pasa a convertirse en una estrategia del día a día. Ya no se trata de vivir para crecer sino de sobrevivir para no caer asesinado.

Estrategias de supervivencia

Esta estrategia de la supervivencia se relaciona a lo que Castels (1997) llama los “inintegrables”. Por eso reitero que desde estos parámetros es inútil decir que estos jóvenes están “fuera” de la ley, porque ya no pueden “entrar” o “volver” a la misma. Tanto como es inútil insistir en medidas educativas y o laborales rehabilitadoras desde una sociedad en la cual, como ya indiqué, aunque educación y trabajo están presentes, ya no son vigentes por un efecto de destitución del porvenir. Desde aquí la estrategia de supervivencia pasa a ser la primera y a veces la única regla, condensada en el enunciado: “Haz lo que sea para sobrevivir” o un . “haz todo o cualquier cosa para sobrevivir”... Desde aquí la estrategia de supervivencia pasa a ser la primera y a veces la única regla.

Esta socialización que se asocia a la necesidad de supervivencia probablemente se relacione con la intolerancia a la frustración y la asunción del presente como momento existencial privilegiado sin catectización del porvenir.

Al mismo tiempo hay que señalar cómo se consolida un cotidiano que se entrelaza a una vivencia general y no cuestionada que denomino de “catástrofe inminente” o peligro incontrolable que tiñe el imaginario neoliberal (Klein,2006). Tiene que ver con la sensación de que cualquier cosa puede pasar en cualquier momento pero siempre en el sentido de lo negativo. Desde allí se establecen mecanismos sociales pseudoreparadores, de los que se espera que actúen como contenedores frente a cambios catastróficos que aparecen como inexplicables. En este punto se inserta a los jóvenes dentro de rituales de expiación y sacrificio. Así como ya indiqué los jóvenes violentos aparecen como los responsables de todo lo que está mal, lo que amenaza, lo que genera inquietud.

Pero también es cierto que este mecanismo de chivo expiatorio no descansa. Si no son los jóvenes, son los padres los responsables de lo que se presenta como “caos” social, ya que se indica de forma rigurosa que los mismos ya no inculcan valores, o son abandonicos. Pero también el chivo expiatorio puede ser el Estado, del cual se denuncia que no cumple con sus obligaciones. Pero lo que me interesa destacar es la buena salud de la que goza el mecanismo del chivo expiatorio. Sin duda se relaciona a una prevalencia de las ideologías duras (Enriquez, 2001), pero al mismo tiempo a la facilidad con que proporciona respuestas a cosas que se han tornado imposible de comprender y pensar.

Desde esta situación, surgen inmensos desafíos de metodología, práctica ética y de teoría. Muchas cosas urgen de ser pensadas, cuestionadas, analizadas. Lo que se asocia al compromiso social y ético del trabajo en el área de la salud mental. Este trabajo busca ofrecer una contribución al respecto.-

Referencias bibliográficas

ARIÈS, PH.-DUBY, G. (Org.). *La revolución francesa y el asentamiento de la sociedad burguesa*, in :Historia de la vida privada, TOMO 7 , Buenos Aires, Ed.Taurus, 1990.

AULAGNIER, P. *Construir (se) un pasado*. Argentina, Revista de APdeBA Vol XIII-Nº 3,1991.

BARRAN, J.P. *Pubertad y adolescencia, una visión histórica uruguaya: del ochocientos al novecientos*. In: Portillo, J. et al. *La adolescencia Uruguay*, Ediciones De la Banda Oriental, 1991.

BAUMAN, Z. *Modernidade e Ambivalencia*. Brasil, Jorhe Zahar Editor, 1999.

BIRMAN, J. *Mal-estar na atualidade*. Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001.

CASTEL, R. *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*. Argentina, Paidós, 1997.

DUSCHATZKY, S et al. *Chicos en banda. Los caminos de la subjetividad en el declive de las instituciones*. Argentina, Paidós, 2002.

ENRIQUEZ, E. El fanatismo religioso y político In: LEVI, A. (org) *Psicosociología, análisis social e intervención* Belo Horizonte, Auténtica 2001.

FRAGA. et al. *Jovens en tempo real*. Brasil, DP&A editora, 2003.

FRANKEL, J. *Explorando el concepto de Ferenczi de identificación con el agresor. Su rol en el trauma, la vida cotidiana y la relación terapéutica*. Revista Apertura de Psicoanálisis Nº 11, www.aperturas.org/11frankel.html, 2002.

FREUD, S. *Lo ominoso*. Argentina, Amorrortu Vol. XVII, 1919.

KAËS, R. *El grupo y el sujeto del grupo. Elementos para una teoría Psicoanalítica del Grupo*. Argentina, Amorrortu, 1993.

KANCYPER, L. *Resentimiento y Remordimiento- Estudio psicoanalítico*.

Argentina, Paidós, 1992.

KLEIN, A. *Imágenes del adolescente desde el psicoanálisis y el imaginario social. Condiciones de surgimiento de la adolescencia desde la modernidad y el disciplinamiento adolescentizante desde la pos-modernidad.* Uruguay, Psicolibros, 2002.

KLEIN, A. *Escritos psicoanalíticos sobre Psicoterapia, Adolescencia y Grupo.* Uruguay, Psicolibro-Waslala, 2003.

KLEIN, A. *Adolescencia, un puzzle sin modelo para armar.* Uruguay, Psicolibro- Waslala, 2004

KLEIN, A. *Adolescentes sin Adolescencia- Reflexiones en torno a la construcción de subjetividad adolescente bajo el contexto neoliberal-* Psicolibros Universitario, Uruguay, 2006.

LEWKOWICZ, I. *Pensar sin estado. La subjetividad en la era de la fluidez.* Argentina, Paidós, 2004.

URRIBARRI, R. *Sobre adolescencia, duelo y a posteriori.* Argentina, Revista Psicoanalítica Argentina vol. XLII, N° 4, 1990.

Sujetos políticos en ámbitos interculturales: individuo, persona, ciudadano. Mtra.

Claudia SALCEDO ALFARO

Doctorado en Estudios Latinoamericanos, UNAM

Resumen:

En esta ponencia se pretende abordar los problemas que se presentan en el terreno de la definición de los sujetos políticos participantes en los procesos de democratización en estados nacionales con presencia de pueblos indígenas como es el caso de México.

En el discurso de la democracia moderna el sujeto político es el ciudadano pensado como un individuo autónomo y racional; esta caracterización choca con la concepción de persona que manejan la mayoría de los pueblos mesoamericanos en donde la pertenencia a la comunidad es central.

Palabras clave: Democracia, ciudadanía, sujetos políticos.

Sujetos políticos en ámbitos interculturales: individuo, persona, ciudadano

Para entender el proceso mediante el cual los pueblos indígenas se construyen como sujetos de derecho, es necesario hacer un recorrido por varios conceptos. Primero es necesario analizar las características e implicaciones que tiene el concepto de ciudadanía y las posibilidades que existen de abordar con este concepto la experiencia de los pueblos indígenas. Adicionalmente se abordará la cuestión de la ciudadanía como agencia y el dialogo que se puede hacer con la noción de persona manejada por los pueblos indígenas.

¿Cuál es el lugar que ocupan los pueblos indígenas dentro del Estado nación? En Latinoamérica, estos grupos han sido sometidos a un proceso de conquista y colonización, que durante quinientos años, ha buscado integrarlos a la sociedad dominante. En países con un pasado colonial, la construcción del Estado-nación implicó el sometimiento de los pueblos indígenas a un proyecto nacional que no tomaba en cuenta sus particularidades culturales. Esto se hizo sustentándose en la necesidad de homogeneidad cultural y de modernización, es decir, pasaba por eliminar las diferencias culturales inherentes a la diversidad de pueblos que coexistían en situaciones premodernas.

Sin embargo, detrás de esta intención de homogenización había un trasfondo de dominación que se había conformado desde la Colonia. Esta dominación se condensó en la categoría de “indio”.

La palabra indio se convirtió desde la Colonia en una categoría social que marcaba las diferencias entre españoles e indígenas. Se construyó así un tipo especial de relaciones sociales que organizaron el conjunto de la vida social: la propiedad, la producción, los sistemas de mercados, los derechos jurídicos y políticos, las instituciones y los símbolos. Esta categoría impuso una identidad única a todos los pueblos que los unificó en tanto que dominados frente a los colonizadores. (Pérez-Ruiz, 2005: 36-37)

En un principio, durante el dominio colonial, estas poblaciones pudieron conservar una relativa autonomía frente a la sociedad colonial. La instauración de la figura de “República de

Indios” permitió que las comunidades conservaran su organización interna relativamente sin cambios. Su dependencia directa de la Corona española concedió a los pueblos indígenas una serie de mecanismos que le daban, no sin conflictos, independencia frente al resto de la Colonia.

Fue con la independencia de España, cuando se dio una fuerte transformación en las comunidades indígenas. Con la conformación de los Estados nacionales las antiguas “Repúblicas de Indios” se convirtieron en ayuntamientos, esta transformación implicó que los miembros de los pueblos indígenas adquirieran el estatus de ciudadanos. Si bien este hecho implicaba dotar de derechos y obligaciones a los individuos, en la práctica este proceso fue deficiente e incompleto pues la ciudadanía se contraponía a su existencia en tanto que colectivos.

Esta situación significó una desventaja para estos grupos que fueron colocados en un lugar subalterno dentro de la comunidad política. A lo largo del siglo veinte las distintas políticas indigenistas buscaron una y otra vez integrar a estos grupos en la dinámica de modernización que experimentaban los estados nacionales.

Y sin embargo, este proceso de descorporativización y ciudadanía que se buscó implementar a lo largo de dos siglos, ha resultado siempre inacabado pues al parecer los pueblos indígenas se resisten a abandonar sus prácticas colectivas, al mismo tiempo que se niegan a pensar su participación en lo político desde el concepto de ciudadano. Esta relación ha resultado conflictiva, en la medida que la ciudadanía se refiere a la posición del sujeto con respecto a la comunidad política y al sistema de derechos que esta sustenta.

Por lo menos ese ha sido el tenor en el que se han desarrollado la mayoría de los análisis que se han hecho sobre la noción de ciudadanía, aunque habría que decir que también se han dado algunas discusiones acerca de los problemas de inclusión y exclusión que aparecen al considerar un horizonte político más allá de Europa y Estados Unidos.

Así, el uso de las diferencias culturales como un elemento central para la reproducción del sistema de dominación ha marcado la existencia de los pueblos indígenas hasta nuestros días. A través del tiempo se ha dado un proceso que Lorena Pérez- Ruiz (2005) ha llamado de *dominación étnica* que se refiere a: “...un tipo determinado de dominación que se ejerce y se

explica sobre la base de la diferencia cultural, misma que puede referirse sólo a un rasgo, al conjunto de la cultura o la identidad como expresión articulada de la diferencia...no excluye la presencia de otro tipo de dominación y, por el contrario, se emplea precisamente para fundamentar otro tipo de relaciones de subordinación, explotación o exclusión.” (Pérez-Ruiz, 2005: 47)

En este sentido, hay que tener presente que la noción de indígena a la que muchas veces se alude, es una adscripción identitaria que se impuso como el resultado de las relaciones asimétricas establecidas en los procesos de colonización. En su construcción, las diferencias culturales se emplearon para justificar el dominio y la explotación de las poblaciones prehispánicas. Esto significa entre otras cosas que las organizaciones que surgen en el seno de la población indígena, aún cuando reivindiquen se carácter étnico por estar formada por indígenas, no necesariamente tendrán un carácter étnico.

Para Pérez- Ruiz, la condición para ser consideradas como étnicas es que estén encaminadas a transformar las relaciones de dominación- subordinación que se originan en el tipo de inserción subordinada que tienen las poblaciones indígenas dentro del Estado-nación. (Pérez- Ruiz, 2005: 48)

Es en este marco de dominación étnica es que podemos analizar la construcción de ciudadanía en México, pero además debemos retomar la forma en la que la noción de ciudadanía se ha construido a través del tiempo y las relaciones que tiene con la diversidad cultural.

El concepto de ciudadanía.

De acuerdo con Yolanda Meyenberg : “El concepto de ciudadanía se encuentra íntimamente ligado a la forma de régimen democrático, a la constitución de normas y procedimientos que enmarca la vida cívica, a la delimitación territorial que conforma primero la ciudad y después la nación, al sentimiento de pertenencia que acompaña a la membresía a una comunidad política, al despliegue de un código de comportamiento acorde con los derechos y

obligaciones establecidos para la participación en el espacio público y a las formas que definen el carácter representativo en la toma de las decisiones. (Meyenberg, 1999: 10)

Podemos rastrear los orígenes de esta noción de ciudadanía hasta la Grecia clásica. Esta noción de ciudadanía está profundamente relacionada con la visión aristotélica de la política. Esta visión implica una participación política activa, así los ciudadanos se definen en tanto que: “son todos aquellos que comparten la vida cívica, aquellos con el conocimiento y la capacidad requerida para participar en un encargo deliberativo judicial, aquellos que entienden la complicada dinámica que implican las tareas simultáneas de regir y ser regidos. (Meyenberg, 1999: íbidem)

Sin embargo, esta definición de la ciudadanía tuvo que adaptarse al nuevo esquema de relaciones sociales que implicó la creación del Estado Nación, hay que resaltar que el ideal cívico se mantuvo en la concepción moderna de ciudadanía. El ideal cívico cobra importancia en la definición de la ciudadanía, pues es este el que plantea las características del ciudadano en el contexto democrático.

Este ideal incluye los valores de lealtad, responsabilidad, integridad y tolerancia. A partir de estos valores el ciudadano se constituye como un individuo con ciertos atributos: determinación individual, alto nivel de educación, autonomía y capacidad reflexiva para emitir juicios. Estos elementos son al final de cuentas los que permiten la realización del ideal democrático de relaciones igualitarias y con valores individuales a partir de las cuales se construye el bien común.

Se define así el elemento central del núcleo duro de la ciudadanía: la civilidad. Dicha civilidad está fincada tanto en el ideal cívico como en la educación como un medio para reproducirlo. Podemos distinguir en la civilidad tres dimensiones: la dimensión ética que se refiere a la creencia y confianza de la existencia de una unidad social moralmente válida. La dimensión normativa que nos habla de la creencia en la legitimidad de las instituciones democráticas. Finalmente la dimensión política en la que se definen las restricciones al ejercicio del poder y al uso de la violencia subversiva. Así la civilidad es la virtud central que define las

condiciones básicas de membresía incluidas en la noción de ciudadanía. (Meyenberg, 1999: 12-13)

Observamos que en el núcleo duro se encuentran los supuestos normativos que definen a la ciudadanía, Sin embargo, poco nos dice sobre el proceso histórico que fue necesario para que se instaurara estos supuestos normativos. En este sentido el primero en abordar la noción de ciudadanía desde esta perspectiva fue Thomas Marshall (1998) en su multicitado ensayo *Ciudadanía y clase social*.

En este ensayo, se explora las relaciones entre ciudadanía e igualdad social dentro del desarrollo progresivo de las instituciones democráticas dentro de Inglaterra. Desde su perspectiva la ciudadanía se fue construyendo a partir de un doble proceso: de fusión geográfica y de separación funcional. Marshall distingue aquí tres elementos de la ciudadanía: el civil, el político y el social.

Cada uno de estos elementos está relacionado con una serie de derechos que se han ido conquistando a través del tiempo. Así el elemento civil se refiere a la dimensión de libertad individual (derechos de libertad y propiedad); el elemento político se refiere al derecho de participar en el ejercicio del poder político como miembro de la comunidad política (derechos de sufragio y representación), por último el elemento social se refiere al derecho vivir con bienestar conforme a los estándares predominantes en la sociedad (Marshall, 1998: 22-23)

A partir de este análisis Marshall define que: “La ciudadanía es aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad. Sus beneficiarios son iguales en cuanto a los derechos y obligaciones que implica. Aunque no existe un principio universal que determine cuáles son los derechos y las obligaciones, las sociedades donde la ciudadanía es una institución en desarrollo crean la imagen de una ciudadanía ideal que sirve para calcular el éxito y es objeto de las aspiraciones” (Marshall, 1998: 37).

Es necesario resaltar que es de este trabajo de Marshall de donde parte la idea de relacionar los elementos de la ciudadanía con un determinado proceso histórico de desarrollo institucional y de instauración de nuevos derechos. Esta es una idea que generalmente se

encuentra implícita en la mayoría de los abordajes sobre ciudadanía. Otro elemento relevante en el abordaje de Marshall tiene que ver también con la creación de una relación entre igualdad y construcción de la ciudadanía.

Este es un punto de suma relevancia en nuestra investigación pues nos obliga necesariamente, a indagar sobre las particularidades que este proceso tuvo en nuestro país. Un acercamiento a esta indagación nos la da el trabajo de Philip Oxhorn (2001) quién se propone contrastar estas concepciones con las experiencias de América Latina región en donde la democracia es todavía débil.

En su trabajo, Oxhorn retoma la discusión abierta por Marshall entre ciudadanía e igualdad social. La principal crítica de Oxhorn al modelo de Marshall es su enfoque evolucionista que sitúa como el desarrollo de los derechos ciudadanos como un proceso continuo: “En un patrón muy diferente del descrito por Marshall hace casi medio siglo, la garantía de los derechos políticos en muchas democracias nacientes ha ido acompañado por una naturaleza precaria de los derechos civiles, así como por los crecientes límites—cuando no revocaciones—de los derechos sociales de ciudadanía.” (Oxhorn, 2001:156-157).

En este sentido la propuesta es que los derechos ciudadanos son socialmente construidos y se desarrollan en estrecha vinculación con el desarrollo de la sociedad civil. Así si la sociedad civil es débil, la construcción de los derechos ciudadanos es precaria. Podemos observar esto en el caso de las nacientes democracias latinoamericanas. Oxhorn propone tres elementos para superar esta debilidad de la sociedad civil: primero, una mayor inversión de recursos para el ejercicio de la ley, segundo, utilizar la dimensión de los derechos humanos para fortalecer los derechos civiles y finalmente reformar el aparato estatal para garantizar la eficacia de los derechos políticos y sociales. (Oxhorn, 2001:185)

La discusión abierta por Oxhorn nos sitúa en la reapropiación contemporánea del concepto de ciudadanía, de suma importancia para este proyecto, que se centra en discutir el principio de universalidad frente a las diferencias de grupo. En esta línea se inscriben las aproximaciones de Iris Marion Young (1996) y de Will Kymlicka (2002).

En su trabajo, Young distingue por lo menos cuatro significados de universalidad presentes en la idea de ciudadanía: como sentido de inclusión, como participación de todo el mundo, como generalidad y como igual tratamiento para todas las personas. Estos significados se encuentran en mutua tensión pues en la práctica en lugar de incluir a todos los individuos han tendido a perpetuar la opresión y las desventajas de los grupos más desprotegidos. (Young, 1996: 100)

El argumento es que al intentar realizar un ideal de ciudadanía universal se ha tendido a excluir y poner en desventaja a algunos grupos: “En una sociedad donde algunos grupos son privilegiados mientras otros están oprimidos, insistir en que las personas, en tanto que ciudadanos/as, deberían omitir sus experiencias y afiliaciones particulares para adoptar un punto de vista general solo sirve para reforzar ese privilegio, puesto que las perspectivas e intereses de los privilegiados tenderán a dominar ese sector público unificado, marginando o silenciando a todos los grupos restantes” (Young, 1996: 106)

En esta dirección, esta autora piensa en una ciudadanía diferenciada que permita desarrollar un espacio público heterogéneo, en donde se expresen las voces de los diferentes grupos, donde se reconozcan las diferencias y se acepten públicamente. La propuesta es: “...desarrollar una teoría democrática participativa basándonos no en la asunción de una humanidad indiferenciada, sino en la asunción de que existen diferencias grupales y que algunos grupos están, potencial o realmente, oprimidos o en situación de desventaja.” (Young, 1996: 111)

Para realizar este ideal democrático, nos dice, es necesario que existan mecanismos para la representación y el reconocimiento efectivo de las distintas voces. Para ello propone necesario contar con mecanismos institucionales dirigidos a tres actividades básicas: la autoorganización de los miembros de los grupos que permita un empoderamiento colectivo; la expresión de la postura del grupo frente a las propuestas de políticas sociales y finalmente la posibilidad de tener poder de veto frente a las políticas que afecten directamente al grupo. (Young, 1996: 111)

Adicionalmente a lo expuesto, hay otra idea bastante interesante en la propuesta de Iris Marion Young: la noción de diferencia. El principal problema para poder construir una

ciudadanía diferenciada se encuentra con el problema de cómo entendemos la diferencia: “Reconocer las diferencias grupales en capacidades, necesidades, cultura y estilos cognitivos supone un problema para quienes pretenden eliminar la opresión solo si la diferencia se entiende como desviación de la norma o deficiencia.” (Young, 1996: 119) El punto es, sin embargo, que el objetivo de la propuesta de la ciudadanía diferenciada no es compensar las deficiencias para que las personas sean “normales”. Al contrario de lo que se trata es de desnormalizar la diferencia para que en ciertos contextos y a ciertos niveles de abstracción las personas puedan tener derechos especiales de acuerdo a su pertenencia a determinado grupo. (Young, 1996: 120)

Observamos como el problema de la diferencia es central en las nuevas concepciones de la ciudadanía. Esto no es un hecho fortuito, más bien es algo que constantemente observamos en las sociedades modernas caracterizadas por una creciente diversidad. Para Will Kymlicka (2002) este es el elemento medular del análisis: el dilema de las democracias modernas para resolver el problema de la diferencia.

Kymlicka distingue tres etapas en el debate del multiculturalismo: el multiculturalismo como comunitarismo, el multiculturalismo dentro del marco liberal, y finalmente el multiculturalismo como constructor de la nación. En un primer momento, el debate se veía como equivalente al debate entre liberales y comunitaristas, en este caso los derechos de las minorías se incluyen dentro de la defensa de la idea de comunidad. En la segunda etapa la discusión se centra más en entender cómo hacer compatibles los principios liberales con los derechos de las minorías culturales existentes dentro del Estado- nación. Finalmente en el tercer periodo, el debate se centra en el dilema de considerar o no la diferencia cultural como un elemento neutro para el desarrollo de la democracia. (Kymlicka, 2002: 336- 347)

Kymlicka distingue cinco tipos de grupos etnoculturales que se desenvuelven dentro de las democracias occidentales: minorías nacionales, inmigrantes, grupos religiosos “aislacionistas” grupos raciales y grupos meticos. Cada uno de estos grupos muestran las diferentes maneras en que pueden ser entendida la inserción de los grupos minoritarios dentro del marco de las democracias liberales. El argumento de Kymlicka aquí es que las políticas

multiculturales deben de establecerse respondiendo a un principio de justicia que permita a estas minorías disfrutar de derechos grupales sin afectar el marco de la democracia liberal.

Finalmente, la propuesta de Chantal Mouffe (1999), plantea construir una nueva concepción de la ciudadanía que combine las instituciones de la tradición liberal y de la tradición republicana que se adecue al proyecto de la democracia radical. Una ciudadanía concebida así debe ser vista no como un estatus legal sino como una forma de identificación. Desde este punto de vista lo que propone Chantal Mouffe es considerar la ciudadanía como algo que debemos construir y que no está dado empíricamente.

En primer lugar, la ciudadanía vista de esta manera implica una concepción particular de comunidad política; en este sentido se trata de pensar en una asociación política en la cual si bien no existe una idea sustancial de bien común, si una idea de comunalidad un vínculo ético que cree lazos de solidaridad entre los participantes y que nos permita conservar los postulados normativos que el liberalismo ha aportado a la democracia moderna. (Mouffe, 1999: 96-97)

Un segundo punto a considerar en esta perspectiva es la forma en la que se puede formar parte de esta comunidad política. Para ello es necesario aceptar un lenguaje específico de intercambio civil: la respublica. Así es la identificación con estas reglas de intercambio civil la que crea una identidad política entre personas que de otra forma no estarían unidas. Para redondear su postura Mouffe agrega: "...hay que reconocer que la respublica es el producto de una hegemonía dada, la expresión de relaciones de poder, y que es posible desafiarla." (Mouffe, 1999: 100).

Es así como Chantal Mouffe llega a su noción de ciudadanía: "...la ciudadanía no es sólo una identidad entre otras, como en el liberalismo, ni la identidad dominante que se impone a todas las otras, como en el republicanismo cívico. Es un principio de articulación que afecta a las diferentes posiciones subjetivas del agente social...aunque reconociendo una pluralidad de lealtades específicas y el respeto a la libertad individual." (Mouffe, 1999: 101)

La propuesta de Mouffe nos previene sobre dos condiciones necesarias para esta concepción de ciudadanía radical. Primero, es necesario "...que no conciba el agente social como

un sujeto unitario, sino como la articulación de un conjunto de posturas objetivas, construidas en el seno de discursos específicos y siempre de manera precaria y temporal, suturada en la intersección de esas posiciones subjetivas” (Mouffe, 1999: 103) Es necesario extender esta postura antiesencialista a las nociones de respublica, societates y comunidad política. Mouffe pone énfasis en esto, estas nociones no pueden ser vistas como referentes empíricos sino como superficies discursivas.

Hasta aquí este recuento de la noción de ciudadanía nos permite resaltar los siguientes elementos para la investigación: La ciudadanía tiene como elemento central de su núcleo normativo a la civilidad. Se ha construido históricamente a través de un proceso de fusión geográfica y de separación funcional, el cual en América latina se ha caracterizado precisamente por la precariedad de los derechos civiles. Si bien implica un principio universal de igualdad que determina los mismos derechos y las obligaciones para los miembros de la comunidad política, es necesario entender que el espacio de esta comunidad política, el Estado nación, no ha sido neutral culturalmente hablando. Es necesario entonces discutir el principio de universalidad de la ciudadanía para incorporar los grupos que esta supuesta neutralidad ha ignorado, se trata pues de incluir las distintas voces. Esta inclusión puede hacerse si vemos a la ciudadanía como un principio de articulación de las diferentes posiciones subjetivas del agente social.

El ciudadano como agente

En el apartado anterior se hizo un breve recorrido sobre las discusiones conceptuales de la noción de ciudadanía, sin embargo es necesario abordar también la ciudadanía en su interrelación con la construcción de la idea de democracia.

Como plantea David Held en su obra *Modelos de Democracia*, la noción de ciudadanía hasta la Grecia clásica estuvo, en un principio, profundamente relacionada con la visión aristotélica de la política. Esta visión implicaba una participación política activa, así los ciudadanos se definían en tanto que eran partícipes de las decisiones judiciales y deliberativas de la polis y en donde la dimensión cívica era central. Sin embargo, esta definición de la ciudadanía

tuvo que adaptarse al nuevo esquema de relaciones sociales que implicó la creación del Estado Nación. La visión del ciudadano se transformó pero el ideal cívico se mantuvo en las concepciones modernas de la democracia.

La mayor transformación que encontramos es la relacionada con las implicaciones que tiene la ciudadanía como membresía a una comunidad política. Para Guillermo O'Donnell precisamente éste es un punto ciego dentro de la teoría democrática contemporánea que omite considerar y teorizar sobre su nacimiento y desarrollo dentro del marco de un Estado- Nación. La democracia adquiere entonces, también un sentido de nacionalidad.

Estos dos elementos democracia-nacionalidad están entrelazados y no pueden ser entendidos independientes de esta conexión.(O'Donnell, 2004:19-20) Una consecuencia de esta relación es que la ciudadanía tiene dos caras:

- 1) La ciudadanía implicada por el régimen democrático y por los derechos que éste asigna a los ciudadanos, especialmente los derechos para participar en diversas actividades políticas.
- 2) La ciudadanía derivada de la nacionalidad, que establece un estatus adscriptivo, atribuido antes de cualquier actividad o acción voluntaria.

Como vimos anteriormente, desde Atenas hasta nuestros días, la ciudadanía ha sido un estatus por el cual se ha reconocido a una clase privilegiada de individuos dentro de la comunidad política, pero es a partir de los procesos democratizadores que se extendió a prácticamente toda la población adulta de un Estado. Nos encontramos así con que la ciudadanía es básicamente una capacidad que puede elegirse mientras que la nacionalidad es pasivamente adquirida, Sin embargo en los procesos de profundización de la democracia, éstas se entrelazan para dar a la ciudadanía su carácter complejo y dinámico.

Si se reconoce la ciudadanía como nacionalidad a partir de la pertenencia al Estado, la pregunta es ¿por qué la ciudadanía política del régimen democrático no puede extenderse a toda la población? Contrario a lo que podría parecer, el desarrollo de los regímenes democráticos ha sido la historia de la renuente aceptación de la apuesta inclusiva. Se ha movido en un terreno de

enfrentamiento entre sectores de la población que desean acceder a este estatus y aquellos sectores privilegiados que los consideran “no merecedores” o “poco confiables” (O’Donell, 2004: 29-30).

A pesar que todos los individuos pueden apelar a su adscripción a la nacionalidad por nacer y vivir en un territorio, la adscripción democrática frecuentemente ha sido negada aduciendo falta de autonomía y de responsabilidad. Esto porque la ciudadanía política se ha desarrollado bajo el supuesto de que todos los individuos son real o potencialmente agentes. Así, la lucha por extender la ciudadanía pasa entonces por el terreno de demostrar que se cuenta o no con la capacidad de agencia. Desde el punto de vista de O’Donell, un agente es “un ser dotado de razón práctica: usa su capacidad cognitiva y motivacional para elegir opciones que son razonables en términos de su situación y sus objetivos para los cuales , excepto prueba concluyente en contrario, es considerado el mejor juez” (O’Donell, 2004: ibid)

La agencia tiene además dos características más. En primer lugar, la capacidad de elegir sus propias opciones convierte al agente en un ser moral, es decir con la capacidad de hacerse responsable de sus elecciones. En segundo lugar la agencia en el régimen democrático, constituye a cada individuo como una persona legal portadora de derechos subjetivos, es decir que se supone autónoma, responsable y razonable.

Habría que decir que esta concepción del individuo como agente tuvo un largo proceso de elaboración antes de ser el elemento de la ciudadanía política. Este desarrollo se dio dentro de las doctrinas religiosas, éticas y filosóficas que acompañaron a la expansión del capitalismo y del Estado moderno. Esta construcción del ciudadano como agente portador de derechos subjetivos, al omitir las condiciones reales del ejercicio de tales derechos ayudó a reproducir en muchos casos relaciones extremadamente desiguales.

Sin embargo, hay dos corolarios señalados por O’Donell que vale la pena destacar aquí. Primero, si la agencia puede ser atribuida a los individuos en ciertas esferas de la vida (como en lo laboral o en la propiedad privada) ¿por qué entonces debería ser negada en otras esferas de la vida social y política? ¿quién tendría autoridad para decidir esta cuestión?

Segundo, si la agencia implica elegir ¿qué opciones reales o capacidades, serían razonablemente consistentes con la condición del individuo? Estas preguntas nos conducen a la dimensión moral de la agencia, pues lo que está en el trasfondo del conflicto es la idea de que un individuo no debe ser privado de los derechos y las capacidades básicas que normalmente lo habilitan a ser un agente. (O'Donnell, 2004: 67)

La identificación del ciudadano como agente portador de derechos subjetivos, al omitir las condiciones reales del ejercicio de tales derechos ayudó a reproducir en muchos casos relaciones extremadamente desiguales. Es precisamente en esta doble faz de la ciudadanía donde podemos ver reflejada la dominación étnica a la que han estado sometidos los pueblos indígenas, pues a la vez que son sujetos de derecho en tanto son individuos que nacieron en el territorio mexicano, por otra parte en tanto que pueblos indígenas, no son considerados como miembros del Estado nación.

La dominación étnica, se ejerce y se explica sobre la base de la diferencia cultural, ésta misma es la que evita la inclusión dentro de la nación, pues por definición apunta hacia la homogeneidad. En este sentido, se observa que la exclusión no se debe a la ausencia de derechos, sino a la caracterización de estos pueblos como no-sujetos de derecho. Así cualquier aproximación que se haga en el sentido de demostrar que existen derechos para la población indígena, se dirigirá a un callejón sin salida. Al indagar en la dimensión de la agencia se intenta averiguar la manera en cómo la participación en las organizaciones elegidas, posibilita a los individuos para establecer una base de comprensión para verse a sí mismos como sujetos de derechos. Esto apunta necesariamente a la existencia de un horizonte normativo por encima del grupo étnico y del Estado Nación.

Podría objetarse que esta postura, al conducirnos a la acentuación de principios universalistas, tendría como contrapartida la supresión de la diferencia, y para nuestro caso en particular, podría llevar a una supresión disfrazada de la diversidad cultural.

Sin embargo, esta objeción es equivocada, en tanto apunta a visiones esencialistas de la identidad étnica, que ubican a los individuos como sobredeterminados por su adscripción a un determinado grupo étnico, sin ninguna posibilidad de actuación autónoma frente a dicha

identidad. Este es precisamente uno de los trasfondos de la dominación étnica. Por el contrario, si nos posicionamos desde la perspectiva de un horizonte normativo abarcativo observamos que la única manera en la que se puede conservar dicha diversidad es a partir de la defensa de los principios democráticos. (Wellmer, 1996: 100).

Esto no significa que las particularidades culturales se mantengan inmunes. Esta relativización de las tradiciones culturales particulares trae consigo su transformación y su depotencialización. Desde el punto de vista de Wellmer este es el precio de la modernidad y una condición para la existencia de las actuales democracias liberales. Este hecho podría parecer pernicioso para la existencia de los pueblos indígenas, sin embargo, es precisamente a partir de este proceso que se puede subvertir la dominación étnica. Primero, porque al incentivar la transformación de las identidades particulares, se subvierte el presupuesto de que son identidades monolíticas, atemporales, tradicionales y lineales; y segundo, porque su depotencialización puede contribuir a que no surjan fundamentalismos étnicos, que proporcionarían nuevamente un pretexto para la dominación.

Pero si se subvierta la dominación étnica, no significa que necesariamente se logre alcanzar un nivel de comprensión para que los individuos se vean a sí mismos como sujetos de derechos. Para hablar de ciudadanía sería necesario indagar hasta qué punto éstas influyen en los individuos para incentivar en ellos los tres elementos de civilidad: la autodeterminación individual, la reflexividad y la autonomía política. Para ello se tienen que analizar dos momentos precisos. Primero, cómo la participación en las organizaciones elegidas proporciona elementos para la construcción de agencia; y segundo, cómo estos elementos de agencia influyen para el desarrollo de ciudadanía.

Para ejemplificar esto retomo aquí los resultados de mi investigación de maestría (Salcedo, 2006) que se llevo a cabo en el estado de Oaxaca con dos organizaciones indígenas de la región del Istmo de Tehuantepec y que hizo un análisis de la eticidad democrática en los niveles de la esfera pública y la agencia individual de estas dos organizaciones.

En el nivel de la agencia individual, se observó que la articulación de sus dimensiones dentro de la trayectoria de los miembros de la organización, permite que los individuos se

cuestionen acerca de su ciudadanía. Así éste se dirige no sólo sobre la exigencia de derechos, que en muchos casos existen, sino también se orienta hacia la pertenencia al Estado- nación que les ha sido regateada.

En la COCEI, la primera de estas organizaciones, el desarrollo de agencia es limitado porque en la articulación de sus elementos se privilegia al grupo sobre el individuo, esto hace que se inhiba la participación individual y las decisiones se den desde las esferas de liderazgo. En el caso de UCIZONI, la segunda organización, sí se incentiva la participación individual y se cuenta con mecanismos que regulan la diversidad de narrativas que construyen los individuos. Ambas organizaciones, han permitido que los individuos puedan tener mayores elementos sociales y culturales para determinar su actuación frente a nuevas situaciones desarrollando elementos de reflexividad y autonomía política.

Por otra parte, el análisis realizado de estas dos organizaciones, muestra que la dominación étnica es un factor que puede determinar el despliegue de los ideales democráticos. Se observó que la COCEI, aunque retoma el elemento étnico, no pone en duda el orden establecido por la dominación étnica. Al contrario, al retomar los valores de la cultura zapoteca como valores exclusivos de grupo, está ratificando la diferencia en la que se sustenta dicha dominación. Por su parte UCIZONI, ha puesto especial énfasis en señalar que dicha diferenciación está sustentada en una falta de reconocimiento, que se justifica valiéndose precisamente del elemento étnico.

Estos resultados si bien abonaron a la hipótesis planteada en dicha investigación, dejaron varias problemáticas para abordar en el futuro. Me gustaría plantear por lo menos dos. Primero, Si bien se puede concluir que sólo con la construcción de un horizonte normativo que se situó por encima del grupo étnico y del Estado nacional, se podrá avanzar en la construcción de una comunidad política más incluyente; la información recabada es aún insuficiente para declarar contundentemente esto. Lo único que se puede sacar en claro con los resultados obtenidos, es que si bien la eticidad democrática implica una eticidad de segundo orden por encima del grupo étnico y la nación, también es cierto que ésta no borra las eticidades primarias que se alimentan

de ellos. Se necesitaría dirigir la mirada hacia la interconexión que estas tienen al nivel del individuo.

Y es que aunque, como lo hemos dicho, el poner énfasis en los valores exclusivos de grupo en muchos casos se apela a la supresión de la autonomía individual, esto no nos debe conducir a una visión reduccionista en donde la conducta colectiva dicte la conducta de los individuos. Por el contrario, un abordaje intercultural puede ayudarnos a abrir nuevas líneas explicativas sobre las formas de construcción de ciudadanía.

Si bien la investigación dio luz sobre las formas en la que los sujetos políticos indígenas retoman, reconstruyen y adaptan las nociones relacionadas con la democracia como son la ciudadanía, la esfera pública y la participación política; poco nos dicen sobre las formas de subjetivación que de su propia cultura hacen del gran fenómeno de lo político.

Es aquí donde se hace necesario la perspectiva intercultural, que articule estas dos visiones, para ello una de las condiciones fundamentales es partir del hecho que toda actuación se hace desde un lugar: el sujeto; y a través de un proceso intersubjetivo de construcción de experiencias concretas. (Pazos Garciandía, 2005) En este caso, nos encontramos con individuos que pertenecen a organizaciones indígenas que de algún modo conocen y reproducen nociones como las de democracia, ciudadanía y derechos, pero que sin embargo, también cuentan con nociones étnicamente construidas sobre la política, el individuo y el bien común.

Como ya lo había mencionado Guillermo Bonfil en su conocida obra *México Profundo*, los pueblos indígenas de México extraen estas nociones de la matriz cultural mesoamericana en donde más que individuos en el sentido occidental del término, los sujetos se reconocen como personas, con una serie de características específicas que los hacen pensar y actuar de una determinada forma sobre la política, la democracia y la ciudadanía.

Para empezar, la persona está constituida por dos elementos fundamentales: el cuerpo y el conjunto de atributos que va más allá de la explicación de las funciones fisiológicas y anatómicas, mismas que definen la diferencia de atributos, capacidades y personalidad evidente entre los hombres (Romero, 2008).

Desde este punto de vista, la persona: “es pensada no solo como un cuerpo físico sino como una multiplicidad de elementos interdependientes. Todo ser humano está conformado por una o más entidades anímicas fuera o dentro de la envoltura material que es el cuerpo” (Romero, 2008: 8)

Romero además nos dice que esta complejidad constitutiva no se agota en la distinción hecha entre sus componentes materiales e inmateriales, por el contrario, existe una cuestión fundamental: la persona no se agota en los límites marcados por su cuerpo sino que los traspasa. Así, encontramos que la persona se extiende en diferentes espacios y tiempos y puede actuar y existir simultáneamente en ellos. (Romero, 2008: 14)

Tradicionalmente la antropología se ha enfocado a este fenómeno de persona extendida a través del estudio del nagualismo y el chamanismo. Sin embargo, parece pertinente enfocarse en los efectos que tiene ésta en el ámbito de lo político, pues permite entender con mayor claridad la relación que se establece entre intereses individuales y colectivos.

Si analizamos la forma en que esta noción de persona interviene en la construcción de las demandas de los movimientos y organizaciones indígenas y lo interconectamos con la forma en la que se ha conceptualizado la ciudadanía occidental es posible que encontremos los puntos de convergencia, a la vez que encontraremos claves para desenredar los conflictos con los que frecuentemente se embarca el Estado y los propios pueblos. En particular, tendríamos que mencionar que todo indica que podría darnos mucha luz sobre el constante conflicto entre individuo y comunidad.

Finalmente, habría que decir que esta perspectiva nos plantea no solo un cambio de visión del proceso de construcción de la ciudadanía, sino que además nos muestra los retos metodológicos para apropiarnos de estas dimensiones, pues implica dejar de ver a los grupos indígenas como un bloque homogéneo y ahistórico. Esta postura nos plantea los problemas de abordaje de lo intersubjetivo, de las cosmovisiones y de la autonomía personal, temas que pocas veces se abordan en los procesos políticos de los pueblos indígenas.

Referencias bibliográficas

- Held David, 1990, *Modelos de Democracia*, Madrid, Alianza Editorial.
- Kymlicka, will, 2002, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Oxford, Oxford University Press
- Marshall Thomas H.,1998, “Ciudadanía y clase social” en Thomas Marshall y Tom Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza Editorial, pp.15-82
- Meyenberg, Yolanda, 1999, “Ciudadanía: cuatro recortes analíticos para aproximarse al concepto” en *Perfiles Latinoamericanos*, Núm. 15, diciembre, FLACSO, México, pp. 9-26.
- Mouffe, Chantal, 1999, *El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós
- Oxhorn, Philip, 2001, “Desigualdad social, sociedad civil y los límites de la ciudadanía en América Latina” en *Economía, Sociedad y Territorio*, Vol. III, núm. 9, pp. 153-195
- O’Donnell, G., 2004, “Notas sobre la Democracia en América Latina” Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre la Democracia en América Latina. Hacia una Democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, PNUD.
- Pazos Garcíandía Alfonso, 2005, “El otro como sí-mismo. Observaciones antropológicas sobre las tecnologías de la subjetividad”, en AIBR Revista Iberoamericana de Antropología. Edición electrónica, Número especial, nov-dic.
- Pérez Ruiz Maya Lorena, 2005, *¡Todos somos zapatistas! Alianzas y rupturas entre el EZLN y las organizaciones indígenas de México*, México, INAH.
- Romero Laura, 2008, “La noción de persona y el concepto de Ixtlamatki en la visión del mundo de los nahuas de la Sierra negra de Puebla” en *Revista Pueblos y Fronteras digital* Núm. 4, Dic. 2007 – Mayo 2008.
- Salcedo Alfaro Claudia, 2006, “Ganando espacios: ciudadanía y eticidad democrática en dos organizaciones indígenas del Istmo de Tehuantepec, Oaxaca” Tesis de maestría en Sociología Política, México, Instituto Mora.
- Wellmer Albrecht, 1996, *Finales de partida: la modernidad irreconciliable*, Madrid, Caleda-Universidad de Valencia.

- Young Iris Marion, 1996, “*Vida política y diferencia de grupo: Una crítica del ideal de ciudadanía universal*” en C. Castells, *Perspectivas feministas en Teoría Política*, Madrid, Paidós

Consideraciones para la regulación del comercio electrónico como acto jurídico. Lic. Alejandro BULMAN RAYAS

Resumen:

El auge del comercio electrónico es inminente, esto pese a la afamada lentitud con la que se mueve el derecho. Relaciones tan rápidas como las son entre comerciantes, sobrepasan las capacidades evolutivas del marco legal internacional, no se diga del mexicano. Las empresas dedicadas a promover el comercio electrónico (y que como ejemplo podemos citar “mercadolibre.com”, “despegar.com”, etc.) se desligan de toda responsabilidad en las transacciones efectuadas, pues manifiestan únicamente ser empresas que publicitan las transacciones comerciales, sin embargo, las personas que acuden a dichas páginas WEB ya sea con el fin de vender o comprar algún bien, u ofrecer o adquirir un servicio, no tienen los medios de asegurarse de la identidad de las personas con las que celebran dichos actos jurídicos comerciales.

Se toca el tema de si dicho acto constituye o no un contrato como fuente de obligaciones, y si éste pudiera reputarse civil o mercantil dependiendo de la naturaleza misma del contrato. De tal manera, se toca el tema de la regulación en materia de comercio electrónico, en donde se pretende establecer si dicha normatividad es suficiente. El tema de la manifestación en una operación electrónica, así como áreas de oportunidad en la solución de controversias.

Antecedentes.

Partiendo de los antecedentes de la regulación mercantil en el mundo y a través de los tiempos, podemos entender la evolución que ha tenido el denominado derecho de los comerciantes. Es preciso señalar que el comienzo del comercio se da cuando aparece el trueque, mismo que es el paso siguiente que dan las familias acostumbradas a la economía cerrada en la que únicamente producían sus satisfactores. Al darse cuenta de que era posible producir un poco más de lo que necesitaban, comenzaron a intercambiarlo por alimentos u objetos de diversas especies producidas por sus vecinos.

Es de esta simple manera en que el hombre se da cuenta del fenómeno de la negociación, y que como consecuencia traería el comercio. "... y junto a la figura del labrador, del herrero, del carpintero, etc., aparece la del comerciante, el hombre que se dedica a interponerse, para facilitarlos, en el cambio de satisfactores." (Mantilla Molina, 2001, pág. 3).

Cabe señalar que en lo que respecta al derecho romano, si bien existían normas tendientes a regular el comercio, no se nota una distinción propiamente hecha entre el derecho civil y el derecho mercantil.

En la Edad Media, el comercio nuevamente tuvo su auge con las Cruzadas, las cuales además de abrir vías de comunicación, lograron que se diera un intercambio de mercancías entre los países europeos. Este nuevo auge se debió en parte a las condiciones jurídicas, económicas y políticas que prevalecían en Roma. El derecho se tornó un tanto inflexible, no reflejaba las necesidades de la sociedad que gracias al intercambio anteriormente mencionado se volvía sumamente dinámico en cuanto a la mercadería. Es precisamente éste dinamismo el que lleva a los comerciantes a crear un derecho más flexible, ágil y cambiante de acuerdo a sus necesidades. El *Corpus Iuris Civilis* había sido dejado atrás, en parte a lo complejo de su comprensión.

El nuevo paso de los comerciantes suponía un derecho consuetudinario, conformado por reglas dictadas por el día a día. De tal manera que los gremios de mercaderes crearon tribunales encargados de dilucidar conflictos, mismos que no tenían las mismas formalidades del procedimiento. Es en este derecho del medioevo en donde surgen instituciones importantes tales

como el registro de comercio, las sociedades mercantiles, los títulos de crédito, etc. (Mantilla Molina, 2001, pág. 6)

Posteriormente el Código de Comercio francés (1807) hace que evolucione el derecho, en el cual es el hecho de llevar a cabo actos mercantiles y no el hecho de ser comerciante, lo que determina la competencia del tribunal ya sea civil o mercantil, y por ende la aplicación de uno u otro código.

Por otro lado el Código de Comercio Alemán (1900) establece que no es el carácter del acto, sino que lo realicen los comerciantes, por lo que regresa el carácter subjetivo del derecho mercantil.

En Suiza, no se quiso hacer distinción entre la materia civil y mercantil, por lo que en lugar de crearse un código de comercio y otro civil, desde el año de 1881 cuentan con el Código Federal de las Obligaciones.

En lo tocante al derecho mercantil de nuestro país, es necesario remontarse a la época de la Nueva España, y para lo cual es necesario distinguir varias etapas de su evolución.

En primer término se ubica la denominada Edad Moderna, en la cual grupos profesionales de comerciantes denominados Universidades de Mercaderes crearon sus propios tribunales denominados Consulados los cuales tomaban decisiones en cuanto a la solución de controversias, sin embargo para que estas decisiones tuvieran fuerza jurídica fue necesario la autorización real. (Mantilla Molina, 2001, pág. 11)

Posteriormente en la Nueva España se siguió la línea de la madre patria, por lo que los comerciantes de la Ciudad de México constituyeron su Universidad.

“Con la consumación de la Independencia de México se estableció que los juicios mercantiles fueran resueltos por un juez que fuere asistido por dos comerciantes.

Es en el año de 1854 en el que con fecha 16 de Mayo se promulga el primer Código de Comercio mexicano. Sin embargo, desde la Constitución de 1824 y repitiéndolo la de 1854 se concedía a los Estados facultades para legislar en materia de comercio.

Finalmente se le concedió facultades al Congreso Federal para legislar en materia de comercio, esto mediante una reforma a la fracción X del Artículo 72 de la Constitución. En virtud de dicha reforma se elaboró el nuevo Código de Comercio Federal de 1884. Es desde 1890 que entró en vigor el Código de Comercio actual, mismo que ha sufrido diversas modificaciones a fin de adecuarse a la realidad social.

El comercio electrónico como acto jurídico, ¿civil o mercantil?

Ahora bien, después de hacer una breve remembranza de la historia del derecho mercantil, es menester señalar que en el campo del derecho, se hacen distinciones doctrinales respecto al tipo de derechos, los derechos objetivos y los derechos subjetivos. Los objetivos son aquellos que rigen el actuar del hombre en sociedad, mientras que los subjetivos son aquellas facultades o beneficios de los que goza un individuo.

Por lo pronto, aquellos que nos interesan son los subjetivos. Entre las clasificaciones de los derechos subjetivos que la doctrina jurídica ha elaborado, destaca por su importancia, la distinción entre los derechos reales y los personales. (*Bejarano Sánchez, 1984, pág. 5*)

El derecho real es la facultad o poder de aprovechar autónoma y directamente de una cosa. El derecho personal consiste en la facultad de obtener de otra persona una conducta que puede consistir en hacer algo, en no hacer nada, o en dar alguna cosa. (*Bejarano Sánchez, 1984, pág. 5*)

El comercio electrónico no es más que el comercio que llevan a cabo las partes mediante el uso de medios tecnológicos o electrónicos. Es aquí donde empezamos a entender la naturaleza del comercio como acto jurídico.

Estos derechos personales o de crédito, también pueden ser llamados obligaciones. “Se pueden proporcionar diversos conceptos de derecho personal u obligación. Algunos lo enfocan, desde el punto de vista del acreedor, como una facultad que tiene un sujeto (acreedor) de exigir de otro (deudor) una prestación. Otros lo consideran, desde la perspectiva del deudor, como una

necesidad de cumplir. La necesidad de proporcionar al acreedor una prestación”. (*Bejarano Sánchez, 1984, pág. 6*)

Se entiende por obligaciones civiles todas las que se encuentran sancionadas de una manera total por el derecho positivo mediante una acción, es decir, mediante el derecho concedido al acreedor de exigir por las vías legales y bajo la protección del estado que sea cumplida en su favor. (*Bonnecase, 1999, pág. 737*)

Podemos decir que la obligación es la necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de conceder a otra llamada acreedor, una prestación de dar, hacer o de no hacer. (*Bejarano Sánchez, 1984, pág. 7*)

Como se ha podido observar, la obligación tiene determinados elementos, mismos que son; a) los sujetos, b) el objeto, y c) la relación jurídica.

Lo primero que se puede establecer en cuanto a los sujetos, es que estos son “las personas aptas para ser titulares de derechos y resultar obligadas”. Para una obligación bastan dos sujetos; a) el que ostenta el derecho subjetivo, es decir el acreedor, y b) el que soporta la deuda, o deudor. (*Bejarano Sánchez, 1984, pág. 8*)

En relación al segundo elemento de la obligación, es decir el objeto, “es lo que el deudor debe dar, hacer o no hacer. Es el contenido de la conducta del deudor.” (*Bejarano Sánchez, 1984, pág. 11*)

En lo que hace al tercero de los elementos de la obligación, es decir la relación jurídica, esta es el vínculo ideal que ata al deudor respecto de su acreedor. El deudor y el acreedor se encuentran unidos por esa liga imaginaria. (*Bejarano Sánchez, 1984, pág. 14*)

Ahora surge la interrogativa respecto al origen de estas obligaciones y su relación con el comercio electrónico.

Las fuentes de las obligaciones son los hechos jurídicos que les dan origen a estas últimas. (*Colin & Capitant, 2002, pág. 81*)

Generalmente llamamos fuente a aquel lugar ya sea físico o imaginario de donde emana algo. Viéndolo desde ese punto de vista, las fuentes de las obligaciones, son la clasificación que se hace respecto a los supuestos de donde estas nacen. Estas son el contrato, la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, el hecho ilícito, y el riesgo creado. El comercio electrónico se puede encuadrar propiamente dentro de los contratos. El contrato es en la teoría una especie de convenio. Esto está determinado también en nuestro Código Civil Federal de la siguiente manera:

“Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”

“Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.”

Tanto los contratos como los convenios en sentido estricto, son actos jurídicos bilaterales, en donde existe una manifestación exterior de la voluntad, tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley. Es una doble manifestación de voluntad: la de los contratantes que se ponen de acuerdo. (*Bejarano Sánchez, 1984, pág. 32*)

“Al contratar, las partes pueden proponerse crear un vínculo jurídico, crear o transferir un derecho real u originar obligaciones, modificar una relación existente o, por último, extinguirla”. (*Colin & Capitant, 2002*)

Un convenio o un pacto es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo. (*Bonnecase, 1999, pág. 752*)

Por lo tanto, “el rasgo característico de la convención, tomada en sentido amplio, es que consiste, como hemos dicho, en un acuerdo de voluntades, el cual determina libremente, sin reserva alguna, los efectos jurídicos del vínculo de derecho fijado por las partes. Éstas son duelas soberanas; establecen como quieren, como lo juzgan mejor, los derechos y las obligaciones que crean entre ellas. Estamos aquí en un dominio en el que la voluntad de los particulares reina como soberana”. (*Colin & Capitant, 2002, pág. 84*)

Atendiendo a las partes que intervienen en la celebración de los contratos y en lo que toca al presente tema, se pueden dividir en:

a) Civiles: que son aquellos que se conciertan entre particulares, o aun entre el particular y el Estado cuando éste interviene en un plano de igualdad, como si fuera un sujeto privado. (*Bejarano Sánchez, 1984, pág. 32*)

b) Mercantiles: son aquellos en los que las partes intervinientes están realizando un acto de comercio. Los actos de comercio son aquellos enumerados el artículo 75 del Código de Comercio. No se tratan por el momento pues se verán en el subcapítulo siguiente. (*Bejarano Sánchez, 1984, pág. 32*)

Existen muchas otras clasificaciones de contratos, sin embargo el comercio electrónico puede encuadrarse comúnmente como un contrato bilateral y oneroso.

“Artículo 1836 Código Civil Federal.- El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.”

“Artículo 1837.- Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.”

En el oneroso hay un sacrificio recíproco y equivalente; en el gratuito el sacrificio sólo es de una de las partes y la otra no tiene gravamen alguno, sino sólo beneficios. (*Bejarano Sánchez, 1984, pág. 38*) Es por lo tanto y que al derivarse de una relación mercantil, en donde se busca un lucro, no podríamos hablar de que fuera un contrato gratuito.

Así mismo los contratos onerosos se dividen a su vez en aleatorios y conmutativos.

“Artículo 1838.- El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.”

Existen también clasificaciones del contrato respecto a la formalidad necesaria del acto. Estos son los consensuales, reales, formales y solemnes: Los contratos consensuales son aquellos para cuya celebración no exige la ley ninguna forma especial pues son perfectos con tal que se exteriorice de cualquier manera la voluntad de celebrarlos; basta la voluntad, el consentimiento, de ahí que se les conozca como actos consensuales. Los contratos reales son aquellos que se constituyen no sólo con la declaración de voluntad, sino que a esta debe forzosamente acompañarse la entrega de una cosa de ahí que se les denomine reales. Por otro lado los formales son aquellos a los que el legislador asigna una forma necesaria para su validez. Y finalmente los solemnes que para existir necesitan de ciertos ritos establecidos en la ley. (*Bejarano Sánchez, 1984, págs. 41-43*)

De igual manera debemos distinguir entre contratos principales y accesorios. El contrato principal surge en forma independiente y no es apéndice de otro contrato, pues cumple autónomamente su función jurídico-económica. Por el contrario los accesorios no tienen existencia independiente, solo se justifica como parte complementaria de otro acto. (*Bejarano Sánchez, 1984, pág. 43*)

También podemos dividirlos en contratos instantáneos y de tracto sucesivo. Son instantáneos los que se forman y deben cumplirse inmediatamente. Se agotan en un solo acto. Los de tracto sucesivo son aquellos que se cumplen escalonadamente a través del tiempo.

Finalmente en contratos nominados e innominados. Los nominados son aquéllos que están instituidos en las leyes. Los innominados no están instituidos en la ley y son los que las partes diseñan de acuerdo a sus necesidades e interés. (*Bejarano Sánchez, 1984, pág. 44*)

El contrato más comúnmente celebrado por medios electrónicos es la compraventa, esto derivado del creciente número de páginas web que ofrecen el servicio de publicidad de los artículos a vender.

La venta es un contrato por el cual una persona llamada vendedor, se obliga a transferir a otra, llamada comprador, la propiedad de una cosa, mediante una contraprestación en dinero, llamado precio. (*Bonnecase, 1999, pág. 959*)

Como se ha establecido, el comercio electrónico proviene del derecho civil entendiendo este como un todo, y se concretiza a el derecho mercantil como la especie.

Inicialmente la exteriorización típica del comercio se limita al acto de comprar para revender con lucro.

La compraventa constituye el acto de comercio por excelencia, realizando el cambio de bienes sin alteración de la forma. Comerciante es el que compra una mercancía para revenderla a mayor precio, sin transformarlo, lucrándose con la diferencia de valor. (*Carrigues, 1987, págs. 8-9*)

En su origen, el derecho mercantil fue un Derecho de comerciantes (los comerciantes se sometían en él) y un Derecho de actos de comercio (los actos de los comerciantes ajenos a su profesión no se sometían a él).

Pero actualmente, por obra del Código de Comercio francés, la expresión Derecho de los actos de comercio tiene otro sentido. Es el Derecho que se aplica a unas operaciones que el legislador llama “actos de comercio”, aunque no se realicen por comerciantes y aunque las mismas operaciones no sean comerciales en sentido económico. (*Carrigues, 1987, págs. 10-11*)

Ante esta situación cabe la pregunta de por qué existe un Derecho mercantil separado del Derecho civil.

A esta pregunta se pueden dar, entre otras, las siguientes cuatro contestaciones distintas:

1. Porque entre las actividades profesionales hay una profesión –la del comerciante—que reclama un Derecho especial.

2. Porque entre las actividades humanas –con independencia de la profesión de comerciante—hay unos actos –los actos de comercio—que deben ser regulados por un Derecho especial.

3. Porque en la estructura de la economía moderna hay unos organismos –las empresas-- que reclaman un derecho especial.

4. Porque la actividad económica o en mundo de los negocios necesita un Derecho, que tradicionalmente se ha llamado Derecho mercantil. (*Carrigues, 1987, págs. 6-7*)

Atendiendo a la manera en que cada derecho positivo enfoca la regulación de las relaciones comerciales, pueden distinguirse dos tipos fundamentales de sistemas jurídicos a saber: países de derecho privado unificado y países de derecho privado diferenciado en derecho civil y mercantil. (*Mantilla Molina, 2001, pág. 21*). Con esto podemos inferir que México forma parte de aquellos países de derecho privado diferenciado.

Por lo pronto podemos decir que el DERECHO MERCANTIL es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos. (*Mantilla Molina, 2001, pág. 23*)

El Derecho Civil y el Mercantil forman lo que tradicionalmente se ha venido llamado derecho privado; prescindo de toda discusión sobre el valor científico de esta categoría para señalar la indudable afinidad de ambas ramas del derecho, la cual plantea el problema de sus relaciones mutuas.

“Solo quien no tenga presentes los conceptos de género y especie puede sostener que el derecho civil es el género y el mercantil la especie”. (*Mantilla Molina, 2001, pág. 25*)

Ahora bien, a fines del siglo pasado, César Vivante señaló que ya no era necesario separar la legislación civil de la mercantil y propugnó por la fusión de ambas ramas del derecho privado. (*Mantilla Molina, 2001, pág. 27*)

La disgregación legislativa entre el derecho civil y mercantil, ha llevado a sostener la existencia de una ciencia autónoma cuyo objeto de estudio es el derecho mercantil.

Algunas de las razones empleadas para señalar que de cualquier modo se debe separar el derecho civil y mercantil apuntan lo siguiente; a) que el derecho mercantil tiene una amplitud suficiente para merecer un estudio especial; b) doctrinas homogéneas dominadas por conceptos

generales comunes y distintos de los que informan otras disciplinas y, c) “que disponga de método propio”.

Se dice también que el derecho mercantil utiliza las mismas categorías o conceptos generales que el derecho civil, sin embargo también del derecho procesal del trabajo, como sujeto jurídico, relación, objeto, capacidad, etc. Sin embargo estas ramas del derecho no son partes integrantes de un mismo todo. (*Mantilla Molina, 2001, pág. 38*)

Nuestro vigente Código de Comercio desde su primer artículo señala que sus disposiciones “son aplicables solo a los actos de comercio”, sin embargo pocas líneas más adelante, en su artículo tercero establece una serie de preceptos sobre el comerciante y sus obligaciones, con lo cual se pone en evidencia la palmaria verdad de que el Código no es aplicable “solo a los actos de comercio”. (*Mantilla Molina, 2001, pág. 57*)

El catálogo de los actos de comercio del derecho mexicano se encuentra principalmente en el artículo 75 del Código de Comercio y que a fin de no hacer de este trabajo una referencia a la legislación, no se copiará.

Sin embargo, hay actos esencialmente civiles, que de ninguna manera son regidos por el derecho mercantil; pueden reducirse a los relativos al derecho de la familia y al derecho sucesorio.

Pero del mismo modo hay actos absolutamente mercantiles es decir, que siempre y necesariamente están regidos por el derecho mercantil; como por ejemplo los títulos de crédito.

Regulación

La contratación por medios electrónicos tiene su origen en las relaciones entre empresas que buscaban tener una facilidad de comunicación y en el entorno de sus actividades comerciales, se fueron dando acuerdo en los que intervenían medios electrónicos. (*Elías Azar, 2010, pág. 69*)

Tres son las características primordiales de este denominado “comercio electrónico. El primero es que su naturaleza es internacional en virtud de los medios electrónicos utilizados y que no tienen límites fronterizos. El segundo de ellos es que es un comercio interdisciplinario pues no se limita a bien exclusivamente, sino también a servicios lo que hace que tenga una amplia gama en nuestra actividad diaria. Y finalmente el hecho de que su importancia le ha merecido ser debatido en importantes foros y congresos a fin de generar conocimiento respecto al tema. (*Vargas García, 2007, pág. 10*)

El marco jurídico del comercio electrónico es tan amplio, que éste no se encuentra aglutinado en un solo ordenamiento jurídico. De tal manera podemos decir que principalmente se han elaborado reformas al Código Civil Federal, al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código de Comercio y a la Ley Federal de Protección al Consumidor. Se detallarán más adelante.

Es la falta de seguridad jurídica uno de los dos grandes problemas que enfrenta el comercio electrónico. Legislaciones como la nuestra en la que los actos deben constar por escrito y en muchas ocasiones ser firmados de puño y letra, crean barreras para que se dé una óptima transición hacia el mundo del comercio virtual.

Por la naturaleza misma de que el comercio se desarrolla no solo en el plano local sino también en el global, este ha tenido que enfrentar el problema de la amplia gama de regímenes jurídicos de las naciones entre las cuales se efectúa el tráfico. Es este el segundo de los problemas mencionados anteriormente.

A fin de evitar dichos problemas, es común que se celebren convenciones internacionales que armonicen las normas del conflicto de leyes. Para tal efecto, algunos tratadistas señalan que mejor que resolver un problema es evitarlo. Confían en que no habrá conflicto de leyes entre los países que adopten un mismo régimen jurídico.

Diversos organismos trabajan con tal propósito y para llegar a eso encuentran varios métodos. El primero es la elaboración de “leyes tipo” con relación a determinada materia y que

se propone como un modelo a los países. Cuando varios de estos países optan por este modelo, se logra por lo menos una parcial identidad de regímenes jurídicos.

Otro camino a seguir es el de la elaboración de un texto de ley, destinado a regir en los países que al efecto, suscriban un tratado que los obligue a ponerlo en vigor dentro de su respectivo territorio.

Por último, el texto de una ley puede ser incorporado a una convención internacional, que al ser ratificada por un Estado convierte en derecho interno, el contenido de tal ley. Esta es sin duda, la forma más eficaz, más enérgica de la unificación. Tres organismos internacionales trabajan actualmente en la unificación de materias del derecho mercantil; la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, mejor conocido como UNCITRAL (por sus siglas en inglés); la Conferencia permanente de La Haya sobre Derecho internacional Privado y el UNIDROIT (Instituto para la Unificación del Derecho Privado, de Roma). (*Mantilla Molina, 2001, págs. 41-42*)

Es de señalar que la UNICITRAL cuenta con una Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, la cual fue elaborada para ayudar a que los gobiernos detecten las nuevas formas de regulación y depuren sus ordenamientos jurídicos. Ya han sido varios los países o estados que han adoptado disposiciones de esta ley, y dentro de los cuales encontramos a Singapur, el Estado de Illinois, la república de Corea, Colombia, Australia y Hong Kong. Sin embargo también hay países que si bien no la han adoptado en su totalidad, han llevado a cabo reformas en sus ordenamientos jurídicos a fin de adecuarse a los nuevos requerimientos de la sociedad en torno a la legislación del derecho informático, tal es el caso de Canadá, México y Chile por citar algunos ejemplos.

Esta Ley Modelo de la UNCITRAL sobre comercio electrónico surge a partir de que precisamente la Comisión hace ver a los gobiernos que sus legislaciones merman el desarrollo del comercio electrónico en tanto que exigen que las transacciones comerciales ya sean locales o internacionales, se basen en un aspecto escrito físicamente.

Posteriormente se acuerda que las naciones integrantes deberán adoptar medidas para el intercambio electrónico de datos, lo cual sería el primer paso para que se pusiera atención al aspecto jurídico del comercio electrónico. Por lo tanto se crea un grupo que tendría que estudiar sobre todo temas con relación a otorgar esa seguridad jurídica tan anhelada, por lo que se avocaron al perfeccionamiento de los contratos, a la responsabilidad de los socios comerciales y a los terceros proveedores de servicios en las relaciones de comercio electrónico.

Fue finalmente en 1992 cuando se encomendó al Grupo de Trabajo sobre Intercambio electrónico de Datos de la UNCITRAL que elaborara una legislación tendiente a ser un modelo que adoptaran los países integrantes. *(De Miguel Asensio, 2005, pág. 7)*

Esta Ley Modelo por lo tanto, es elaborada para romper las barreras ocasionadas por la legislación de diversas naciones, y que derivado a que exigen una forma escrita físicamente palpable, hacen imposible el uso de tecnologías como el correo electrónico, fax, páginas web, etcétera. Así mismo a fin de que la parte actora en un conflicto pueda hacer efectivo su derecho es necesario según las legislaciones internas, que se exhiba el documento original. *(Rojas Amandi, pág. 389)*

El contenido de dicha ley modelo incluye respecto al comercio electrónico en general, las disposiciones generales, la aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos, y finalmente su comunicación. En una segunda parte de la ley, se hace referencia a aspectos especiales del comercio electrónico en relación con actos comerciales específicos.

Así mismo, la UNCITRAL ha elaborado una guía para la introducción al sistema jurídico de los países de la Ley Modelo. Esta guía hace referencias artículo por artículo haciendo incluso sugerencias de la manera en que se debe regular determinada conducta.

El ámbito de aplicación de dicha ley es nacional e internacional, siempre y cuando intervenga uno o más de los medios tecnológicos de transferencia de datos en alguna operación de comercio.

A manera de ejemplificar las sugerencias que hace la Ley Modelo, podemos hacer referencia a que sugiere textos alternativos para los diferentes artículos, como por ejemplo que

sugiere se haga referencia a que la aplicación de dicha ley no mermará ninguna protección que se haga a los consumidores por otras legislaciones.

Esta ley modelo define a los sujetos de la relación (iniciador, destinatario e intermediario), a los medios de comunicación (que no son más que los sistemas de información señalados anteriormente) así como al soporte de la información generada en dicha transacción (propriadamente, el mensaje de datos).

El concepto de mensaje de datos no se limita únicamente a la comunicación, puede ser referente a información no comunicada y que se encuentre únicamente consignada. (*Reyes Krafft, 2008, pág. 165*)

Algo muy importante son las EDIs, es decir el intercambio electrónico de datos (EDI) el cual se entenderá como la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información.

Como ya lo mencionamos anteriormente, las partes en este proceso de la información, son el iniciador, el destinatario y el intermediario.

Por iniciador podemos entender toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él. (*Reyes Krafft, 2008, pág. 165*) Por el destinatario entenderemos a la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje siempre y cuando no sea un intermediario; y por intermediario toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él.

Así mismo establece que por “sistema de información” se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos. Ya los hemos ejemplificado como el correo electrónico, el fax, las páginas web, etcétera.

En esta Ley Modelo se establece la necesidad de que se reconozca la misma validez de los documentos electrónicos que se hace a los documentos físicos, siempre y cuando cumplan con las características y requisitos establecidos.

También se refiere a la funcionalidad de los documentos de forma escrita, y que son las de claridad, inalterabilidad, precisión, seguridad, manejabilidad, constatabilidad, controlabilidad, rastreabilidad, fiabilidad, verificación, reproductividad, incorporabilidad de derechos y obligaciones, etcétera. Cualidades mismas que si bien cumple un mensaje de datos, debe darse el mismo valor probatorio. Es decir, si la información es accesible para su ulterior consulta.

En relación con la firma, las Ley modelo establece que si esta cumple con las funciones de identificación de autor, y certeza de que el autor aprueba dicho documento, se debe otorgar el mismo valor a una firma de puño y letra.

Ahora bien, se hace referencia a una tercera definición, que es la de la originalidad del documento, ya que si bien en los documentos escritos en papel se utiliza dicho término para referirse a aquel documento impreso en el cual consta la voluntad del autor, no es posible asignar dicha definición directamente a los medios electrónicos. En cuestión de los electrónicos estos son aquellos en los que se puede tener la certeza de que desde su elaboración, no se ha alterado su contenido. Es a esta cualidad a la que se refiere la originalidad en los documentos electrónicos.

Ahora bien, tratándose de la manifestación de la voluntad que se tocará de modo más extenso más adelante, la Ley Modelo establece que un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado por el propio iniciador. Lo que crea la incógnita de ¿Cuándo se entiende que un mensaje de datos proviene del iniciador? La respuesta es que se entenderá si ha sido enviado por alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de ese mensaje; o por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente.

En razón al tiempo y lugar del mensaje de datos, establece esta ley que el tiempo de formación del mensaje se entenderá a partir de que dicho mensaje entra en otro sistema de procesamiento de datos, entendiéndose éste como el del intermediario o destinatario. En relación

al lugar no se hace distinción y señala que será aquel en donde tengan su establecimiento las partes. Si fueran varios, será aquel que guarde una relación más estrecha con la negociación.

El “contra” de esta Ley Modelo es que no se regularon ciertos aspectos que se consideran fundamentales, tal es el caso de las firmas digitales, el del tribunal competente para solucionar una competencia, el del derecho aplicable a un caso en concreto, etcétera.

Pasando a la legislación mexicana, es de señalar el avance (ya por demás necesario) que se tuvo con las reformas del 2000, mediante las cuales sufrieron cambios el Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles, el propio Código de Comercio y finalmente la Ley Federal de Protección al consumidor. (*De Miguel Asensio, 2005, pág. 24*) Esto nos dice que obviamente el legislador mexicano prefirió hacer reformas a sus ordenamientos que incorporar la Ley Modelo de UNCITRAL.

En relación al ámbito material de aplicación de la legislación del comercio electrónico, es de señalar la mayor amplitud del alcance del Código de Comercio en relación con la Ley Modelo, esto debido a que el Código establece que sus disposiciones se aplicarán a todos los actos de comercio, mientras que la ley modelo hace referencia a las actividades comerciales derivadas del uso de medios electrónicos. (*Rojas Amandi, pág. 400*)

Es de señalar que al ser modificaciones a un ordenamiento jurídico existente, la interpretación de la norma se dará de acuerdo a lo señalado por la legislación local, y no como lo prevé la Ley Modelo dándole ese sentido de internacionalidad.

En relación a los contratos celebrados entre presentes o ausentes, en nuestro país predomina un sistema mixto, en tanto que si el medio electrónico permite una respuesta inmediata, se tendrá como un contrato celebrado entre presentes, y si no lo permite, como uno celebrado entre ausentes. Esto para el puro efecto de plazos y términos.

En relación a los requisitos de forma y firma, la legislación local establece los requisitos de que estos deberán ser atribuibles a su autor y poder ser consultables posteriormente, lo que a primera vista pareciera razonable, sin embargo la Ley Modelo establece un requisito más, y que es el hecho de que el autor confirme que lo plasmado fue precisamente su voluntad.

Otra de las graves omisiones de la legislación local es el uso de medios fiables que garanticen la integridad de la comunicación y por consiguiente la manifestación de la voluntad, en la Ley Modelo se sugiere el uso de medios y métodos de seguridad que doten de seguridad jurídica al comercio electrónico.

Por lo que respecta a la conservación de documentos, el Código de Comercio establece la necesidad de que el mensaje de datos sea inalterable, sin embargo, para la conservación de un documento se realizan decodificaciones, compresiones y demás, que ya de por sí son modificaciones. De acuerdo a la Ley Modelo no se trata de una inalterabilidad como tal, sino que la información sea la misma que pretendía el iniciador.

En lo que hace a la seguridad de que una persona envió un mensaje de datos, el Código de Comercio establece que se presumirá que así sucedió si el destinatario un método de autenticación que compruebe que el iniciador fue quien envió dicho mensaje, lo que a mi parecer va de acuerdo a la Ley Modelo de UNCITRAL.

Manifestación de la voluntad.

Una de las diferencias esenciales por no decir la más importante, entre la manifestación de la voluntad por medios electrónicos, y aquella hecha por así decirlo “convencional”, es que en la esta última manera podemos verificar la materialidad de la misma. Sin embargo, en los medios electrónicos, es posible usar cierta anonimidad en la comunicación del mensaje.

El hecho de que el comercio electrónico se de en un entorno virtual, provoca cierta inseguridad incluso en la persona con la cual se está contratando. De tal manera que las legislaciones locales tienden a obligar ciertos requisitos a fin de estar en posibilidad de formular aclaraciones. Ejemplo de esto es la Ley Federal de Protección al Consumidor, que establece que en materia de comercio electrónico el proveedor está obligado a proporcionar su domicilio físico, teléfonos y demás medios de contacto. *(De Miguel Asensio, 2005, pág. 77)*

Como ya se ha señalado anteriormente, el consentimiento es uno de los elementos esenciales del contrato. La voluntad debe ser vista desde dos puntos o perspectivas, la subjetiva y

la objetiva. En la subjetiva se entiende la voluntad o deseo de que se produzcan los efectos, y en la objetiva, se da la materialización para dar a entender la aceptación. Actualmente la legislación mexicana ha otorgado validez a la manifestación de la voluntad por medios electrónicos.

Con relación a la forma en que debe manifestarse la voluntad, es de explorado derecho que se hace de manera expresa o tácita. Solamente en el caso de que a determinada situación la ley exija que sea de manera expresa la manifestación de la voluntad así se tendrá, sin embargo al no haber distinción podríamos tomarla como expresa o tácita. Es de señalar que para que se tenga por hecha la manifestación es necesaria que ésta se comunique.

Por motivo de lo que ya se ha mencionado en relación a que la manifestación de la voluntad no únicamente debe ser expresada sino también comunicado, podemos decir que habido el caso en que lo comunicado no fuera lo mismo que lo expresado, se tendrá la presunción de que lo comunicado fue lo que se quiso expresar. Esto sin perjuicio de probar en contrario.

Surge a últimas instancias la pregunta de si es válida la manifestación de la voluntad a través de los medios electrónicos, lo cual es absolutamente correcto, esto debido a que tanto el Código Civil Federal como el Código de Comercio, avalan la utilización de los medios electrónicos en sus artículos 1803 y 80 respectivamente. (*Elías Azar, 2010, pág. 75*)

Se ha hecho incluso referencia a que la manifestación de la voluntad por medios electrónicos supone un acuerdo previo de llevarlo a cabo en tal forma, sin embargo la legislación mexicana no obliga a que sea de tal modo.

Otra de las cuestiones claves en materia de manifestación de la voluntad, es el uso de sistemas automatizados. Si bien es cierto que ni en la legislación mexicana ni en la Ley Modelo se hace referencia a estos sistemas, se debe entender que cuando una persona ha programado uno de estos sistemas para que a su nombre haga estas ofertas o contestaciones, se tenga la total validez de manifestación de la voluntad cual si dicha persona lo hubiera expresado y comunicado.

Ahora bien, de acuerdo al Código de Comercio en su artículo 90, un mensaje debe ser atribuido a cierta persona en los siguientes casos: a) cuando un mensaje ha sido enviado desde

una cuenta por medio de una persona que no es el titular de dicha cuenta; b) si se utilizan medios de identificación que supongan que determinada persona lo envió; c) cuando el mensaje es enviado por una persona facultada para actuar en nombre y representación de la otra; y d) cuando ha sido enviado por un sistema de información programado.

Así mismo se establece que un destinatario está autorizado a entender que la comunicación se ha hecho por el emisor real hasta en tanto se le comunique que no ha sido así. Lo cual apareja la obligación de los emisores de salvaguardar los medios que expresan su voluntad. Ya que en caso contrario ya sea por impericia o negligencia, éstos deberán sufrir las consecuencias jurídicas.

Ahora bien, la integridad del mensaje es uno de los aspectos fundamentales en la manifestación de la voluntad, ya que lo que se expresa debe concordar idénticamente con lo recibido por la otra parte. De lo contrario estamos en presencia de un error obstáculo, del cual pudiéramos hacer referencia a si este es invencible o no, sus consecuencias, sin embargo esto es tema del derecho civil puro que se aplica de la misma manera en éstas materias de derecho privado.

Como ya se ha mencionado hay dos supuestos de formación del contrato electrónico. La primera entre presentes cuando se hace uso de medios que permitan la comunicación inmediata o en tiempo real, tal es el caso del IRC o chat, de la telefonía por internet, videoconferencias, etc. Por otro lado, se tendrá como efectuado entre ausentes cuando esa respuesta no pueda ser dada de manera rápida como en el caso de correos electrónicos, páginas web que no impliquen un chat, etcétera.

A manera de establecer el derecho aplicable y los tribunales competentes, es de señalarse que el Código de Comercio establece que se tendrá el lugar donde el oferente recibe la aceptación. En nada tiene que ver que los sistemas de información estén en lugar diverso que las partes, pues es común que los servidores se alojen en lugares conocidos de comunicación mientras las partes están en otro lugar.

Sin embargo, Julio Téllez Valdés, hace referencia a que las controversias en relación con contratos en los que no se ha elegido el derecho aplicable, de acuerdo al proyecto de Convenio de La Haya se estipula que puede plantearse una demanda en el Estado en el que se hayan entregado o prestado ya sean los bienes o servicios. Respecto a aquellas transacciones en las que se hace un pedido en línea, pero los bienes se envían al cliente, se deben aplicar las normas de derecho internacional privado. (Téllez Valdés, 2003, pág. 198)

Cabe hacer referencia también a los contratos *click wrap*, es decir aquellos que se celebran en páginas web en donde se suele hacer *click* a un botón que dice acepto. La razón de ser de estos contratos es la de facilitar a los dueños de sitios web el no estar celebrando contratos con todas y cada una de las personas que acuden a dichos sitios. Ejemplo de estos sitios son mercadolibre.com y despegar.com, en donde se celebra un contrato y se acepta mediante un botón o ícono.

Si bien es cierto no se encuentra regulado en nuestro país, en Estado Unidos son cada vez más comunes los litigios en relación a dichos contratos. La razón es sencilla, si se puede probar que la persona hizo *click*, se está probando que tuvo la intención de obligarse.

Solución de controversias

Como ya se ha mencionado, la manera de determinar el derecho aplicable, así como el juzgado competente para conocer de un asunto de comercio electrónico, es la de revisar el lugar de formación del contrato atendiendo al lugar en donde el oferente recibe la aceptación.

A fin de poner un alto a actividades perjudiciales o solucionar conflictos en un mundo cada vez más globalizado, resulta en un desastre cuando se pretende que resuelvan los tribunales tradicionales, es aquí donde entran los medios alternativos de solución de controversias. (Téllez Valdés, 2003, pág. 199)

Algunos sitios de internet como por ejemplo mercadolibre.com.mx han celebrado convenios con la Procuraduría Federal del Consumidor, para agilizar los trámites relacionados por quejas en el servicio. El método utilizado se denomina Concilianet en el cual se aglutina más

de 20 empresas que incorporan el comercio electrónico a su logística, y que desean adherirse a esta facilidad que otorga la PROFECO.

Ahora bien, el arbitraje es otra de las opciones que se plantean en esta nueva era de las comunicaciones, y es posible en la medida en que las personas se acostumbren a utilizar medios alternativos de solución de conflictos, por ejemplo el arbitraje.

El arbitraje es cuando el Estado delega parte de sus funciones jurisdiccionales de tal manera que el árbitro es una especie de juez privado para las partes,

Sin embargo, en nuestro Estado no está permitida dicha delegación, pues de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional, las funciones del Estado son indelegables.

Lo anterior nos lleva a suponer que la fuerza que tiene un laudo arbitral no proviene del Estado, por lo cual es necesario encontrar la razón de ser de la obligatoriedad. Ahora bien, tomando en cuenta que lo pactado por las partes es Ley Suprema, podemos ir encontrando la razón de ser de su obligatoriedad.

Lo cual a su vez nos lleva a la teoría del acto jurídico pues los participantes somos capaces de producir actos jurídicos mediante la manifestación externa de nuestra voluntad.

Es de señalarse que cada vez más empresas optan por incluir una cláusula arbitral a sus contratos, a fin de evitarse los engorrosos trámites ante un juzgado.

El protagonismo del arbitraje encuentra su génesis no únicamente en el principio de la autonomía de la voluntad contractual, sino también en las ventajas que luce frente a otros sistemas. Tal es el caso de la fuerza del laudo arbitral. (*Elías Azar, 2010, pág. 332*)

Es en medio del comercio electrónico en donde más acuerdos sobre solución de controversias por la vía arbitral se toman, esto debido a los altos costos de la procuración de justicia tradicional y al carácter transfronterizo de las operaciones. Pudiéramos incluir la baja cuantía de las operaciones lo que en todo caso incidiría en cuestiones de costo-beneficio. (*De Miguel Asensio, 2005, pág. 99*)

Referencias bibliográficas

Bejarano Sánchez, M. (1984). Obligaciones Civiles (Tercera ed.). México, D.F.: Harla.

Bonnecase, J. (1999). Tratado elemental de derecho civil (Primera ed., Vol. I). México, D.F.: Oxford University Press.

Carrigues, J. (1987). Curso de Derecho Mercantil (Octava ed., Vol. I). México, D.F.: Porrúa.

Colin, A., & Capitant, H. (2002). Derecho Civil (Vol. Obligaciones). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Universitaria.

De Miguel Asensio, P. (2005). Derecho del Comercio Electrónico (Primera ed.). México, D.F.: Porrúa.

Elías Azar, E. (2010). La Contratación por Medios Electrónicos (Segunda ed.). México, D.F.: Porrúa.

Mantilla Molina, R. (2001). Derecho Mercantil (Vigésima novena ed.). México, D.F.: Porrúa.

Reyes Krafft, A. A. (2008). La firma electrónica y las entidades de certificación (Segunda ed.). México, D.F.: Porrúa.

Rojas Amandi, V. M. (s.f.). Sitio web del IIJ-UNAM. Recuperado el 18 de 08 de 2011, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt/cnt16.pdf>

Téllez Valdés, J. (2003). Derecho Informático (Tercera ed.). México, D.F.: Mc Graw Hill.

Vargas García, S. (2007). Algunos comentarios sobre el comercio electrónico y la correeduría pública en México (Segunda ed.). México, D.F.: Porrúa.